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 II

G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Annali del Seminario Giuridico
Monografie – 16/II

Giuseppe Romano

GIULIANO E I *NOVA NEGOTIA*

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

Tomo II

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 II

Abbreviazioni principali IX

CAPITOLO IV

ULP. 4 *AD ED.* § 2 E IL *TRACTATUS* DI PAUL. 5 *QUAEST.* D. 19.5.5: L'AZIONE PRETORIA COME CONSEGUENZA DI UNA *DATIO* INEFFICACE? LIMITI DI UN DIFFUSO INDIRIZZO RICOSTRUTTIVO: TRA LOGICHE CONSERVATIVE E MODELLI NEGOZIALI

1. Valutazione della tesi di Giffard che vorrebbe legare la decisione di Giuliano in Ulp. 4 *ad ed.* a un vizio strutturale della fattispecie 1
2. Paul. 5 *quaest*. e il *totius ob rem dati tractatus* 4
2.1. Paul. 5 *quaest*. Osservazioni critiche: § 3. Opere c.d. locative 20
3. *Actio in factum* e *actio de dolo*: per un raffronto tra Paul. 5 *quaest.* e Ulp. 4 *ad ed* 30
3.1. Dolo e formazione del contratto nelle vicende negoziali tutelate con *iudicia bonae fidei*. Dolo incidente e dolo essenziale: Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7 pr..... 38
3.2. Conferma della natura pretoria dell'azione. Riflessi e prime considerazioni sulla tesi di Giffard 48
4. *Do ut des* o *do ut facias*? Valutazioni circa una possibile riconfigurazione del negozio secondo lo schema del *facio ut des*. Inapplicabilità dell'istituto della conversione o di altri strumenti di conservazione dell'atto giuridico. Differenza di Ulp. 4 *ad ed.* rispetto al caso dei gladiatori di Gai 3.146..... 63

4.1. Ancora sulla riconfigurazione del negozio: consenso e *animus contrahendi*. Gai 3.91 e la questione della *voluntas* nella scuola sabiniana e in Salvio Giuliano in particolare 90
5. Riflessioni conclusive su *animus contrahendi* in Salvio Giuliano (e Ulpiano)..... 106
6. L'ipotesi di una riconversione alla luce di Ulp. 4 *ad ed.* 109
7. Ancora a proposito della tesi di Giffard. Il punto di vista di Paolo in caso di evizione in materia di permuta. Paul. 32 <33> *ad ed.* D. 19.4.1.1: azione *in factum* pretoria o *in factum civilis*? Paul. 32 <33> *ad ed.* D. 19.4.1.4: critiche all'ipotesi ricostruttiva avanzata da Lenel. Implicazioni sull'interpretazione del § 1 dello stesso frammento 114

CAPITOLO V

ULP. 4 *AD ED.* § 2: UNA VICENDA DI CONFINE TRA AFFARE E *DONATIO*. GIULIANO E PAOLO INTERPRETI RIGOROSI DELLA NOZIONE SINALLAGMATICA ARISTONIANA

1. Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 alla luce dell'interpretazione di Paul. 32 *ad ed.* D. 19.4.1.1. Quali margini per la concessione di azione pretoria *in factum* in caso di evizione..... 141
1.1. Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.3 e la concessione dell'*a. de dolo* per i casi di *facio ut des* (di opere non locative). Riflessi sulla genuinità del § 2: Paolo non concedeva l'azione contrattuale, ma la *condictio* in via di ripetizione 143
2. Verifica dell'ipotesi di una relazione tra la posizione di Giuliano in Ulp. 4 *ad ed.* e il mancato verificarsi dell'effetto traslativo..... 160
3. Il rifiuto di Giuliano legato all'assenza di un vantaggio economico per il proprietario dello schiavo ceduto in cambio della manomissione. Tra *negotium* e *donatio* 167
4. Aristone: *negotium mixtum cum donatione* e *obligatio* in Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18 pr.-1 198
4.1. (continua) riflessioni conclusive. Ulp. 71 *ad ed.* § 2: *negotium mixtum cum donatione* e *donatio manumissionis causa*..... 212
5. Interesse negoziale, *lucrum* ed esercizio dell'azione contrattuale. Ulp. *l. s. reg.* D. 44.7.25.1 217

6. Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15: per una verifica dell'ipotesi di una carenza di interesse negoziale. Struttura e tutela della vicenda obbligatoria: applicazione della *condictio praescriptis verbis*?..... 221
7. Aristone e il caso della semina di Pomp. 22 *ad Sab.* D. 19.5.16.1. 260
8. Il *negotium* come schema concettuale tra ripetizione e adempimento..... 273
9. Paul. 29 *ad ed.* D. 13.6.17.3: Paolo e il *gerere negotium invicem*.... 295
10. Indizi di una possibile persistenza dell'indirizzo giulianeo-paolino ancora in epoca dioclezianea..... 310

Riepilogo..... 321

Indice bibliografico..... 349

Indice delle fonti citate..... 387

ABBREVIAZIONI PRINCIPALI

AcP	Archiv. für die civilistische Praxis
AG	Archivio giuridico Filippo Serafini
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
AUPE	Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli studi di Perugia
Banca e Borsa	Banca, borsa e titoli di credito: rivista di dottrina e di giurisprudenza
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

Enc. giur.	Enciclopedia giuridica Treccani
Filangieri	Il Filangieri. Rivista giuridica, dottrinale e pratica
Fragm. Vat.	*Fragmenta quae dicuntur vaticana* (FIRA II^2, ed, Baviera, Florentiae 1968)
Gai	*Gai institutiones. Fontes iuris Romani anteiustiniani* (FIRA II^2, ed, Baviera, Florentiae 1968)
I.	*Iustiniani Institutiones* (*Corpus Iuris Civilis*, I,^{16} ed. P. Krüger, Berolini 1954)
Index	*Index*. Quaderni Camerti di studi romanistici
Interpretatio Prudentium	Interpretatio Prudentium: direito romano e tradição romanista em revista; diritto romano e tradizione romanistica in rivista; roman law and roman legal tradition in review
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
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)
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
Nuova Riv. dir. comm.	Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale

Paul. Sent.	*Pauli receptae sententiae* (FIRA II^2, ed, Baviera, Florentiae 1968)
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/rivistadirittoromano/)
REHJ	Revista de Estudios Histórico-Jurídicos
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-)
Riv. dir. proc.	Rivista di diritto processuale
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.
ZSS	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung.
ZPOR	Zeitschrift für das Privat-und Öffentliche Recht der Gegenwart.

CAPITOLO IV

ULP. 4 *AD ED.* § 2 E IL *TRACTATUS* DI PAUL. 5 *QUAEST*. D. 19.5.5: L'AZIONE PRETORIA COME CONSEGUENZA DI UNA *DATIO* INEFFICACE? LIMITI DI UN DIFFUSO INDIRIZZO RICOSTRUTTIVO: TRA LOGICHE CONSERVATIVE E MODELLI NEGOZIALI

Sommario: 1. Valutazione della tesi di Giffard che vorrebbe legare la decisione di Giuliano in Ulp. 4 *ad ed.* a un vizio strutturale della fattispecie. – 2. Paul. 5 *quaest*. e il *totius ob rem dati tractatus*. – 2.1. Paul. 5 *quaest*. Osservazioni critiche: § 3. Opere c.d. locative. – 3. *Actio in factum* e *actio de dolo*: per un raffronto tra Paul. 5 *quaest.* e Ulp. 4 *ad ed.* – 3.1. Dolo e formazione del contratto nelle vicende negoziali tutelate con *iudicia bonae fidei*. Dolo incidente e dolo essenziale: Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7 pr. – 3.2. Conferma della natura pretoria dell'azione. Riflessi e prime considerazioni sulla tesi di Giffard. – 4. *Do ut des* o *do ut facias*? Valutazioni circa una possibile riconfigurazione del negozio secondo lo schema del *facio ut des*. Inapplicabilità dell'istituto della conversione o di altri strumenti di conservazione dell'atto giuridico. Differenza di Ulp. 4 *ad ed.* rispetto al caso dei gladiatori di Gai 3.146. – 4.1. Ancora sulla riconfigurazione del negozio: consenso e *animus contrahendi*. Gai 3.91 e la questione della *voluntas* nella scuola sabiniana e in Salvio Giuliano in particolare. – 5. Riflessioni conclusive su *animus contrahendi* in Salvio Giuliano (e Ulpiano). – 6. L'ipotesi di una riconversione alla luce di Ulp. 4 *ad ed*. – 7. Ancora a proposito della tesi di Giffard. Il punto di vista di Paolo in caso di evizione in materia di permuta. Paul. 32 <33> *ad ed.* D. 19.4.1.1: azione *in factum* pretoria o in *factum civilis*? Paul. 32 <33> *ad ed.* D. 19.4.1.4: critiche all'ipotesi ricostruttiva avanzata da Lenel. Implicazioni sull'interpretazione del § 1 dello stesso frammento.

1. Valutazione della tesi di Giffard che vorrebbe legare la decisione di Giuliano in Ulp. 4 *ad ed.* a un vizio strutturale della fattispecie.

I risultati conseguiti nella prima parte dell'indagine hanno dimostrato l'impraticabilità dell'indirizzo tradizionale che tende ad attribuire a Salvio Giuliano un atteggiamento di rigida chiusura rispetto alla questione del riconoscimento

dei *nova negotia*. Al tempo stesso hanno evidenziato le gravi difficoltà cui si andrebbe incontro a voler aderire alle tesi di quanti hanno provato a giustificare la soluzione di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 nell'ottica di un'adesione giulianea alla dottrina del sinallagma labeoniano o di un approccio valutativo di tipo paradigmatico, in cui a incidere sul ricorso all'azione pretoria da parte del giurista adrianeo sarebbe stata l'impossibilità di individuare, nella fattispecie in esame, una significativa affinità rispetto a vicende contrattuali tipiche.

Rimane da spiegare a questo punto il senso della decisione di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 e in che modo questa si raccordi con la dottrina aristoniana del sinallagma. Per farlo è il caso di prendere le mosse dall'ipotesi di una delimitazione della soluzione giulianea allo specifico caso dell'evizione, secondo quanto congetturato già sul finire degli anni '40 da Giffard.[1] Come si è già precisato,[2] era opinione dello studioso francese che il ricorso all'*actio in factum* da parte di Giuliano fosse dipeso dalla circostanza che, una volta verificatasi l'evizione, il rapporto non sarebbe stato più riconducibile allo schema del *do ut facias*, ma a quello del *facio ut des*, che al pari di quello del *facio ut facias* sarebbe rimasto al di fuori della dottrina aristoniana. La nullità della *datio* avrebbe fatto sì che la situazione determinantesi sarebbe risultata «la même que s'il y avait eu synallagma *facio ut des*».[3] Di qui l'impossibilità di ricorrere all'azione altrimenti scaturente dal rapporto contrattuale, la si chiami *actio civilis incerti* o *a. praescriptis verbis*, denominazione, quest'ultima, ritenuta bizantina da Giffard.

In sostanza, le motivazioni del rifiuto giulianeo andrebbero ricercate nell'ossequioso rispetto della dottrina aristoniana, la quale avrebbe richiesto ai fini dell'esercizio dell'azione contrattuale una (valida) *datio ob rem*,[4] con un punto di vista che avrebbe peraltro trovato consensi più in là nel tempo, anche in Paolo,[5] dovendosi (e potendosi) così spiegare l'adozione da parte del giurista severiano in Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2[6] della soluzione giulianea che prevedeva l'impiego

---

[1] A. GIFFARD, *La doctrine d'Ariston* (*Études*) cit., 192 s.; ID., *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 196 ss.; ID., *Une interpolation prétendue* cit., 139.

[2] Vd. vol. I, cap. II § 6.

[3] A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 198.

[4] A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 196 («Elle devait donc naître en première ligne du synallagma *do ut des* ou *ut facias* prévu par Ariston et Julien»), 198 («Julien lui refusait l'action *civilis incerti* parce qu'il n'avait pas fait de *datio ut des* ou *facias*, exigée par Ariston»).

[5] A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 193, 197.

[6] A. GIFFARD, *La doctrine d'Ariston* (*Études*) cit., 193 («Paul, qui à la suite de Julien, préconisait l'*actio in factum* dans le cas où il n'ya pas *datio*, mais un *factum*»).

dell'*a. in factum* pretoria o se, del caso, dell'*a. de dolo*; o ancora il ricorso, sempre da parte di Paolo, alla stessa azione *in factum* pretoria in materia di permuta (Paul. 32 *ad ed*. § 1), accordata ancora una volta nel solco dell'indirizzo aristoniano-giulianeo:[7]

D. 19.5.5.2 (Paul. 5 *quaest*.): […] *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>.*

D. 19.4.1.1 (Paul. 32 *ad ed.*): *Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur*.

L'ipotesi, non del tutto nuova in effetti, è senza dubbio estremamente ingegnosa: ciò spiega del resto le importanti adesioni che, almeno nei suoi tratti essenziali, ha saputo riscuotere nel corso degli anni.[8] Potrebbe ritenersi peraltro ancor più persuasiva, là dove si potesse effettivamente dimostrare l'adesione, da parte di Paolo, al punto di vista del giurista adrianeo (o a questo punto dovremmo dire aristoniano) in tema di evizione, tenuto conto che, per entrambe le vicende negoziali richiamate da Giffard (*do ut des*, *do ut facias*), in assenza di vizi sul piano della costituzione del rapporto, il giurista severiano sembrerebbe ricorrere all'impiego dell'azione contrattuale (civile). Si pensi appunto a Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.1 e alla prima parte del successivo § 2, in materia, rispettivamente, di permuta e *do ut manumittas*:

D. 19.5.5.1-2 (Paul. 5 *quaest.*): […] sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, *dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere* 2 […] Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas […] condici ei potest *vel praescriptis verbis agi* […]

È inutile dire che si verrebbero così a indebolire significativamente gli argomenti sino ad ora addotti per considerare la concessione dell'*actio in factum* co-

[7] A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 197 («Ariston se trouva ainsi en plein accord avec Paul en matière d'échange […] Si la tradition est nulle, il n ya pas d'échange et le préteur donnera une *actio in factum*»).

[8] Per indicazioni al riguardo vd. vol. I, cap. II nt. 299, nonché *infra* cap. IV § 4, ntt. 203-204.

me la diretta conseguenza del mancato riconoscimento a livello civilistico delle predette fattispecie, rafforzandosi piuttosto l'eventualità che alla stessa azione contrattuale facesse ricorso «Julien à la suite d'Ariston, dans les cas de *datio* valable non suivie d'*evictio*, c'est-à-dire d'une *datio ut des* ou *ut facias*».[9]

2. Paul. 5 *quaest*. e il *totius ob rem dati tractatus*.

Per una puntuale analisi di tale ipotesi interpretativa, data la complessità e la molteplicità delle questioni che essa pone, occorre esaminare con attenzione le testimonianze in proposito richiamate dallo studioso francese, prendendo in particolare le mosse da Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5 pr.-5, brano che non solo ci restituisce preziose informazioni sul punto di vista giulianeo, ma che soprattutto è indispensabile per una ricostruzione complessiva del pensiero di Paolo, che secondo Giffard, come si è detto, andrebbe annoverato tra i più fedeli seguaci di Salvio Giuliano. Per entrambe queste ragioni è senz'altro opportuno riportare integralmente il testo.

D. 19.5.5 pr.-5 (Paul. 5 *quaest.*): *Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est. in hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest. <qui in his competit speciebus: aut enim do ut des, aut ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur>*[10]*.* 1 *Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, 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. Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes. explicitus est articulus ille do ut des.* 2 *At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do,*[11] *non erit loca-*

[9] A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 196.

[10] Uncinava l'intero passaggio O. LENEL, Rec. a O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 181; interpreta *obligatio* nel senso di *actio* C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 82.

[11] Assente nel *codex Florentinus*, è aggiunto dagli editori sulla scorta di Bas. 20.4.5 'εἰ δὲ δώσω πρᾶγμα' (Hb. II 380 'Sin autem rem *dedero*'): TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*

tio, sed nascetur <vel> civilis actio in hoc quod mea interest <vel ad repetendam condictio>. Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest vel praescriptis verbis agi: quod his quae diximus convenit. 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>. 3 *Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.* 4 *Sed si facio ut facias, haec species tractatus plures recipit. Nam si pacti sumus, ut tu meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi*[12] *et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse potest, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest: quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuum officium praestamus et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere (possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes et*[13] *non plus impensas in exigendo quam decem): et si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est. Sin autem alter fecit, ut et hic mandatum videatur, quasi refundamus invicem impensas: neque enim de re tua tibi mando. sed tutius erit et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni.* 5 *Si ergo haec sunt, ubi de faciendo ab utroque convenit, et in proposita quaestione idem dici po-*

---

1 cit., 575 nt. *lin.* 29; sul punto vd. C. LONGO, *Sulla natura della 'merces'* cit., 115 s., il quale, anche in considerazione della proposta ricostruttiva avanzata sulla prima parte del § 2 (vol. I, cap. III nt. 45), ritiene non indispensabile l'integrazione («il *si rem* ellittico può stare come è, non ha bisogno di supplementi ed è anche elegante»).

[12] Per un'integrazione di '*exegi vel*', prima di *aedificavi*, vd. PH. E. HUSCHKE, *Kleine kritische Versuche* cit., 109 s.; adesivamente M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 194 nt. 89; in senso contrario vd. J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones. Eigenart und Textgeschichte einer spätklassischen Juristenschriften*, Berlin 1993, 227 nt. 81; R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura contractus e forma iuris*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli 2008, 71 nt. 175.

[13] Legge '*ut*' G. HALOANDER, *Digestorum seu Pandectarum iuris civilis libri quinquaginta, nunc primum ad fidem Pandectarum Florentinarum sexcentis locis emendati. Pars tertia*, Parisiis 1548, (*De praescriptis verbis. Digestorum lib. XIX tit. V. l. V Naturalis meus*); non necessaria la congiunzione secondo F.A. SCHILLING, *Animadversionum Criticarum ad diversos iuris Iustiniani locos. Specimen IV*, Lipsiae 1843, 7 s., il quale, in base a Bas. 20.4.5.4 («duae, quae hic commemorantur, mandati species per particulam ἢ disiunctae sunt») pensa, al più, a un originario '*aut*'.

test et necessario sequitur, ut eius fiat condemnatio, quanti interest mea servum habere quem manumisi. An deducendum erit, quod libertum habeo? sed hoc non potest aestimari.

Il frammento è ampiamente conosciuto.[14] Durante l'intemperie della critica interpolazionistica, la genuinità del brano era stata messa radicalmente in discussione. Abbandonata l'ipotesi estrema di quanti lo ritenevano opera integrale dei compilatori,[15] si fece presto strada l'idea che si trattasse piuttosto di un commento, probabilmente di carattere scolastico,[16] elaborato in epoca postclassica, come per l'appunto indurrebbe a ritenere l'antinomia di talune soluzioni adottate nel testo con lo stato del diritto giustinianeo.[17] In ogni ca-

[14] Sul passo vd. C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 100 ss.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 136 ss.; P. COLLINET, *Le Fr. 5, Dig., 19, 5, De Praescr. Verbis et in F. Act.: Application de la Méthode critique de Décomposition des Textes*, in *Festschrift P. Koschaker* 1, Weimar 1939, 70 ss.; ID., *La nature des actions* cit., 372 ss.; ID., *La genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, Paris 1952, 182 ss.; P. VOCI, *La dottrina* cit., 279 ss.; R. SOTTY, *"Condictio incerti"* cit., 1483 s.; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 96 ss., 103 ss.; G. MACCORMACK, *Contractual Theory* cit., 146 s.; J. KRANJC, *Die actio* cit., 455; A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 52 s.; ID., *Osservazioni* cit., 141; ID., *I contratti* cit., 84; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 180 ss.; R. KNÜTEL, *La causa* cit., 137 s.; C.A. CANNATA, *Contratto* cit., 38 s.; ID., *Labeone, Aristone* cit., 80 ss.; ID., *Corso* II.2 cit., 208 ss.; R. CARDILLI, *Il problema della resistenza* cit., 69 ss.; C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 152 ss.; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 31 s., 43 ss.; L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 432 ss.

[15] Cosi, ad es., O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 131 ss., col rilievo per cui «die Quästionenschriften der Römer und speciell des Paulus einzelne Fälle besprechen, nicht aber zu systematischen Erörterungen aufsteigen»; nello stesso ordine di idee («adeo scatet interpolationibus […] ut nihil ibi puto veteri iurisconsulto vindicaturus sis») J.C. NABER, *Observantiunculae* XLVIII cit., 84 s.; A. AUDIBERT, *L'expression "civilis in factum"* cit., 50; S. PEROZZI, *Le obbligazioni* cit., 128 nt. («è noto che tutta codesta l. 5 è fattura dei compilatori»).

[16] G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 161; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 137 ss. («evidente carattere scolastico»), 206 s.; F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationrecht. II. Periculum est emporis*, in ZSS 41, 1920, 169; P. COLLINET, *Le Fr. 5, Dig., 19, 5* cit., 71 s., ove si prospetta l'ipotesi di una catena di scoli, in cui sarebbe possibile scorgere sino a cinque mani differenti; «trattatello postclassico» per P. VOCI, *La dottrina* cit., 279; così («petit traité postclassique») anche A. MAGDELAIN, *Le consensualisme* cit., 34 nt. 107; A. EHRHARDT, *Justa causa traditionis* cit., 110; più di recente, l'idea che il testo sia andato incontro a una rielaborazione «für die didaktische Zwecke für die Rechtsschule in Beryt» è rilanciata da A. KREMER, *Die Verhältnisse* cit., 411; alle scuole d'oriente pensa pure J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* cit., 233, su cui vd. *infra* nt. 23.

[17] In questa direzione G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 161; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 138 s., 206 s.; A. KREMER, *Die Verhältnisse* cit., 411.

so il brano si sarebbe rivelato inservibile per il diritto classico.[18]

Ora che l'atteggiamento nei riguardi delle fonti è sensibilmente mutato ed è venuta meno quella diffidenza che aveva portato, secondo un giudizio incisivo ma probabilmente troppo severo di Giffard, a «une espèce de destruction nucléaire des textes»,[19] il frammento è ritenuto, almeno nelle sue linee essenziali, sostanzialmente attendibile,[20] per quanto non siano mancati e non manchino, come si avrà modo di vedere, rilievi sul piano della linearità logico-discorsiva, che non sempre è possibile risolvere attraverso l'ipotesi di semplici interventi rabberciativi.[21] Ancora numerosi sono gli interrogativi che il testo solleva e sui quali non può dirsi sia stata fatta pienamente luce, al punto che deve ritenersi più che mai attuale il giudizio di Naber che ebbe a definirlo «longum et perplexum fragmentum».[22]

L'ipotesi con cui prende l'avvio la trattazione di Paolo ruota intorno a un accordo con cui le parti (*Ego* e *Tu*) si impegnano a manomettere ciascuna un

---

[18] Così O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 131; seguito da P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 137.

[19] A. GIFFARD, *La doctrine d'Ariston* (*Études*) cit., 193.

[20] In questo senso A. KREMER, *Die Verhältnisse* cit., 411: «das Kern der Paulusansichten finden können»; (ricucendo il pensiero dell'autore, relativo ai diversi segmenti del discorso paolino) M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 193 nt. 88, 208 ss.; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 66 nt. 160, che discorre anzi di «quadro tendenzialmente coerente»; C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 208 ss., 211.

[21] C.A. CANNATA, *Contratto* cit., 38 s.: «forse nell'originale la sequenza logica era meno pindarica»; inserisce Paul. 5 *quaest.* D. 2.14.43 ('*In emptionibus scimus, quid praestare debitor debeat quidque ex contrario emptor: quod si in contrahendo aliquid exceptum fuerit, id servari debebit*') tra '*re non secuta*' e il tratto '*Sed scyphos tibi dedi*' O. LENEL, *Pal.* 1.1195 (Paul. 1322); contrario, ma in ragione dell'integrale origine postclassica del frammento, P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 140 nt. 1; denuncia rimaneggiamenti dell'originario brano paolino A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 146 s.; B. SCHMIDLIN, *Il consensualismo* cit., 128 («molto rimaneggiato»).

[22] J.C. NABER, *Observantiunculae* XLVIII cit., 84; per certi versi ancor più significativo è il giudizio precedentemente espresso da BARTOLUS, *In secundam partem Digesti veteris* cit., (*De praescriptis verbis, & in factum actionibus. Titulus V. Lex V.*) 41[9]<5>: «Not. difficiliorem & utiliorem forte legem, quae fuit in Digesto vereri»; per gli studiosi moderni vd. O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 131 («die Stelle ist eine Quelle der grössten Schwierigkeiten; ihre Logik hält einer näheren Prüfung nicht Stand»); P. COLLINET, *Le Fr. 5, Dig., 19, 5* cit., 71: «texte célèbre […] encor pleine d'obscurités»; denuncia una rielaborazione complessiva del brano anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 193 nt. 88; di «estesa e sovente tortuosa sequenza» discorre C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 152 ss.; sulla stessa linea («testo lungo e tortuoso») L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 433.

proprio servo: C (servo di *Ego* e figlio naturale di *Tu*) e D (servo di *Tu* e a sua volta figlio naturale di *Ego*).

Mentre *Ego*, come d'intesa, affranca C, *Tu*, al contrario, non onora l'impegno assunto e continua a tenere in schiavitù D. Il problema posto all'attenzione di Paolo riguarda l'individuazione dello strumento processuale da concedere in favore della parte che ha tenuto fede all'accordo (*Ego*).

Paolo fa presente che per la soluzione del quesito si può consultare il *totius*[23] *ob rem dati tractatus*,[24] che ricomprende al proprio interno una più ampia gamma di fattispecie (*do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* ed infine *facio ut facias*)[25] nella quale rientrano indistintamente vicende contrattuali tipiche e atipiche.[26]

---

[23] Proponeva di leggere '*totus*' F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 582 lett. *y*; ID., *Animadversionum Criticarum* cit., 10. Per quanto la questione sia tutto sommato marginale, non si può neppure escludere che l'aggettivo vada coordinato col participio passato '*dati*' piuttosto che con il sostantivo *tractatus*: eventualità, questa, che imporrebbe ovviamente una correzione testuale. Nella sostanza il significato non cambierebbe di molto. Paolo avrebbe inteso sottolinare come per la soluzione del quesito si sarebbe potuto esaminare il trattato relativo a tutte le ipotesi di *ob rem dati*: lett. dell'intero *ob rem dare*. In questo senso vd. J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* cit., 218 nt. 24, 219, per il quale si tratterebbe comunque di grecismo («in der Bedeutung "jeder" ist es ein Gräzismus»), con una considerazione che rafforzerebbe l'ipotesi, a detta dello studioso, di una rielaborazione per mano di un autore di lingua greca operante nelle scuole d'oriente: così, lo si è appena visto, Gradenwitz. Sospetti sull'impiego dell'aggettivo già in G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 161 («*Totus* = ‚jeder' ist ein Gräzismus»); negli stessi termini («grecismo») P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 137.

[24] È appena il caso di osservare che qui *tractatus* è con ogni evidenza nominativo singolare ('*tractatus inspici potest*') e non «un poco elegante genitivo oggettivo», secondo quanto invece sostenuto da C.A. CANNATA, *Labeone*, *Aristone* cit., 80, salvo che, ovviamente, non si ritenga di aderire alla proposta, rimasta però senza seguito, di S. RÖHLE, *Iulius Paulus. Gelehrte Untersuchungen einzelner Rechtsfragen*, Kassel 1975, 92, di leggere '*totum ius ob rem dati tractatus*'. Da altro punto di vista non sembra si possa neppure aderire alla traduzione che l'autore offre del tratto in questione in C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 209: «In questa *quaestio* si può scorgere tutta la problematica del *datum ob rem* (= studiando questo problema dibattuto può vedersi profilata tutta la trattazione degli accordi, accompagnati dal trasferimento della proprietà di una cosa con l'intesa che l'altra parte trasferisca in cambio la proprietà di una cosa)». Evidenzia più opportunamente la strumentalità del *tractatus* ai fini della soluzione della *quaestio* R. FERCIA, *Il fieri* cit., 77 nt. 269.

[25] Glossematico l'intero tratto '*in hac quaestione-nascatur*' secondo G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 161; seguito da P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 137; P. COLLINET, *Le Fr. 5, Dig., 19, 5* cit., 73; ID., *La nature* cit., 325; sospetti recentemente raccolti da J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* cit., 218 s.

[26] Di qui la critica («quadripartizione […] nemmeno precisa») di P. DE FRANCISCI, **ΣΥ-**

Con estrema probabilità, il caso contemplato dovette rappresentare un semplice pretesto per introdurre la trattazione dei rapporti riconducibili allo schema sinallagmatico, come parrebbe principalmente dimostrato dal fatto che Paolo cominci ad analizzare le singole *species*, disinteressandosi del tutto della questione da cui aveva preso le mosse, la quale verrà affrontata soltanto alla fine del lungo frammento (§ 5), con un'opzione, sul piano dell'impianto narrativo, che aveva contribuito a rafforzare i sospetti sul brano.[27]

A essere presa per prima in considerazione è l'ipotesi di scambio di cosa contro prezzo (*do pecuniam ut rem accipias*), che Paolo mostra di ricondurre all'*emptio venditio*,[28] senza che nel brano vengano in alcun modo sollevati quei profili problematici, in relazione ai diversi possibili meccanismi attuativi, che sembrerebbero invece emergere in Cels. 3 <8> *dig.* D. 12.4.16,[29] ove a impedire agli occhi di Celso la configurabilità di una compravendita sarebbe stato, come si è detto,[30] il previsto obbligo di trasferimento della proprietà (anziché del

---

ΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 137; non diversamente P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 325. Seppure in un'ottica ovviamente non interpolazionistica, una notazione al riguardo si trova già in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 82: «Es ist merkwurdig, daß Paulus […] auch benannte Contracte begreift»; E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 175 s. («sind […] diese 4 Formen die möglichen Formen einer jeden zweiseitigen Handlung überhaupt»).

[27] Rilievi in O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 121 ss., 134 s.; così anche P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 137.

[28] Del tutto insostenibile l'ipotesi di F. HAYMANN, *Textkritische Studien* 2 cit., 168 nt. 4, secondo la quale ad essere qui in discussione sarebbe la vendita reale di tradizione ellenistico-orientale, («Das ist der Standpunkt des griechischen Rechts, das nur den Realkauf kennt»), 172 ss. («Das griechische Recht kannte […] nur ein durch Zahlung des Kaufpreises und dadurch bedingten Eigentumswechsel reell vollzogenes Kaufgeschäft»), con un punto di vista che rappresenta un'efficace dimostrazione dei gravi equivoci interpretativi nei quali si rischia di incorrere, se si cede alla tentazione di trasferire sul piano dei meccanismi costitutivi del rapporto contrattuale, formule espressive (*do pecuniam ut rem accipias*) diversamente volte a fornire un'indicazione riassuntiva del profilo causale dell'operazione negoziale. Sulla questione delle *dationes ob rem* vd. quanto si è già osservato in vol. I, cap. II § 7.

[29] Evidenzia il diverso ordine di idee in cui si muove Paolo rispetto a Celso già ACCARIAS, *Théorie* cit., 108 («La contradiction […] est […] flagrante»); nello stesso ordine di idee («der bekannte Widerspruch») O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 132, con valutazioni sulla correttezza dogmatica della soluzione paolina che non sembra si possano però in alcun modo seguire («Unleugbar ist diese Entscheidung theoretisch höchst befremdlich»); seppur con diverse conclusioni S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione* cit., 111 s.; da ultimo C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 212. In proposito vd. *infra* nel testo di questo §.

[30] Vol. I, cap. II § 1.2.

semplice possesso) della *res vendita*.[31] Subito dopo il giurista passa a esaminare il caso di scambio di cosa contro cosa. Dovendosi escludere il ricorso all'*actio empti*, sul presupposto che la *permutatio*, secondo l'insegnamento proculeiano,[32]

[31] Non sembra che a questo proposito si possa provare a valorizzare l'impiego del verbo *accipere* da parte di Paolo, in luogo del verbo *dare*, quasi si trattasse di una precisa opzione lessicale diretta a evidenziare il fatto che qui l'operazione mirasse a trasferire il semplice possesso anziché la proprietà, come invece in Cels. 3 <8> *dig.*, secondo quanto è stato talvolta sostenuto in dottrina: così già BARTOLUS, *In secundam partem Digesti veteris* cit., (*ad lib. XIX Digest. De praescriptis verbis et in factum actionibus. Titulus V. Lex V*), 416: «hic vero non fuit actum ut rem darem, sed ut rem accipiam […] istum verbum […] non inducit de necessitate translationem dominij»; L. PFORDTEN, *Ueber die Klagbarkeit* (*Abhandlungen*) cit., 250 («ist zwar ein Kauf geschlossen, wenn verabredet wird, pecuniam do, ut rem *accipiam*, nicht aber, wenn ich dir Geld gebe, ut rem mihi *dares*, in welchem Falle vielmehr ein Tausch besteht»). Tra gli studiosi recenti segnala la differenza tra le due ipotesi R. KNÜTEL, *La causa* cit., 137; propone di intendere *accipere* in un senso diverso dalla consegna traslativa («ist also keine *datio* als Gegenleistung vereinbart»), soprattutto, J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* cit., 219 s., con un'interpretazione che induce l'autore a giudicare incongruente la collocazione all'interno dello schema del *do ut des*; sempre nel senso di un ridimensionamento del contrasto tra le due soluzioni vd. M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 209 nt. 174 («Von einer Übereignung der Sache durch *Tu* ist indessen in D. 19, 5, 5, 1 nicht die Rede. Ein „*rem accipere*" […] kann in seiner Allgemeinheit durchaus dem *habere licere*, das Inhalt der Verpflichtung eines Verkäufers ist […], entpsrechen»). In senso contrario, sarebbe sufficiente osservare il ricorso da parte di Paolo alla medesima forma verbale nel tratto successivo dello stesso §, là dove viene esaminato il caso dello scambio permutativo (*sin autem rem do, ut rem accipiam*), benché lo scambio fosse qui certamente diretto a un reciproco trasferimento di proprietà: così del resto («Bei dem Tausche ist jeder der Contrahenten zum dare verpflichtet») anche L. PFORDTEN, *Ueber die Klagbarkeit* (*Abhandlungen*) cit., 249; la notazione si trova più di recente in S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione* cit., 109 ss., al quale si rinvia anche per gli opportuni ragguagli bibliografici. Per una svalutazione dell'argomento lessicale legato all'impiego del verbo *accipere* vd. già C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 108.

[32] Il testo fondamentale in proposito rimane Paul. 32 *ad ed*. D. 18.1.1.1; per la posizione sabiniana che tendeva a ricostruire la *permutatio* come *vetustissima species emptionis venditionis* sul presupposto che '*etiam in alia re* (diversa cioè da una somma di denaro) *posse consistere pretium*' si legga anche Gai 3.141; sul prevalere dell'orientamento proculeiano accolto nella compilazione giustinianea vd. I. 3.23.3: sulle fonti citate e più in generale sulla questione si rinvia a E. BETTI, *Sul valore* cit., 24 ss.; B. BIONDI, *Contratto* cit., 85 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., 134 ss.; C.A. MASCHI, *Il diritto romano* 1[2] cit., 572 ss.; per un primo approccio si veda anche F. SITZIA, v. *Permuta (diritto romano)*, in Enc. dir. 33, Milano 1983, 107 ss.; M. TALAMANCA, v. *Vendita (dir. rom.)* cit., 312 s.; più di recente E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 207 ss.; G. NICOSIA, *Celio Sabino* cit., 18 ss. Sul rilievo che riveste invece Paul. 32 *ad ed.* D. 18.1.1 pr. con riferimento all'aspetto specifico dell'utilizzo della moneta come strumento di intermediazione negli scambi commerciali, nonché sulle affinità dell'impianto discorsivo paolino con le considerazioni già sviluppate da Aristotele in *Eth. Nicom*. 5.8, 1133a, si rinvia per un quadro generale a

andava tenuta distinta dalla *emptio*(-*venditio*), Paolo sembrerebbe non mostrare esitazioni (*dubium non est*) nel riconoscere la sussistenza di una *civilis obligatio*, per la cui attuazione si sarebbe provveduto attraverso una non meglio precisata azione diretta all'adempimento e dunque al soddisfacimento pieno dell'interesse contrattuale (*quanti interest mea illud de quo convenit accipere*), potendosi in alternativa agire con la *condictio ob rem datam re non secuta*, allo scopo di ottenere, però, la semplice ripetizione di quanto trasferito, con un'opzione che si trova egualmente attestata nel successivo § 2 in caso di *do ut facias*,[33] e che anche in tempi recenti ha destato qualche perplessità.[34]

P. CERAMI, in P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Lezioni* cit., 25 s. e ivi nt. 42; sempre sul brano (pr.) vd. G. NICOSIA, *Celio Sabino* cit., 18 ss., C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 188 ss.

[33] Come si è già avuto modo di evidenziare (vol. I, cap. II § 5), il medesimo concorso alternativo è documentato, sempre per un'ipotesi di *do ut facias*, pure in Pap. 2 *quaest.* D. 19.5.7: […] *agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest, aut si nihil interest, condicam tibi ut decem reddas*. Tende a differenziare tale principio da quello affermato in Paul. 5 *quaest*. §§ 1 e 2 F. HAYMANN, *Die Schenkung unter einer Auflage nach römischen und deutschen bürgerlichen Recht*, Berlin 1905, 130 nt., su cui vd. nt. seg. Diversamente, non esclude che il ricorso elettivo alle due azioni possa imputarsi a un intervento compilatorio E. BETTI, *Sul valore* cit., 34 s.; ID., *Istituzioni* 2 cit., 328 nt. 39. Sul brano vd. *infra* cap. V § 1.1.

[34] Così («Altro profilo su cui i dubbi possono essere molti e fondati è quello del concorso fra la *condictio* e l'azione di adempimento») M. TALAMANCA, *Contratto e patto* cit., 71 nt. 92; richiama l'attenzione sul carattere problematico della questione, senza prendere una precisa posizione in proposito, anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 210 nt. 182, 212 nt. 189, con una serie di rilievi di ordine formale sulla frase '*vel-non secuta*' che potrebbero anche far pensare, a detta dell'autore, a un'origine glossematica. Sospetti sul ricorso alternativo alla *condictio*, lasciato alla libera determinazione del contraente primo esecutore, si trovano ancor prima in F. HAYMANN, *Die Schenkung* cit., 129 ss. nt. 1, il quale ritiene inappagante l'idea che vede nell'impiego della *condictio* il retaggio di un più antico regime che non avrebbe ancora conosciuto il ricorso all'azione contrattuale: situazione che non andrebbe comunque confusa, a detta dell'autore, con quella prospettata in Pap. 2 *quaest.* D. 19.5.7, in cui il ricorso all'azione di ripetizione sarebbe subordinata all'impossibilità di agire in via contrattuale per mancanza di interesse («Papinian […] der nicht schlechtin condictio gewährt, sondern nur, wenn dem Geber an der Erfüllung nihil interest»); E. BETTI, *Sul valore* cit., 26, 34 s., con diagnosi con qualche cautela estesa, come si è appena visto, anche a Pap. 2 *quaest.* D. 19.5.7. In un ordine di idee che diversamente contesta l'impiego dell'azione contrattuale da parte di Paolo, rilievi sulla genuinità del tratto '*vel-secuta*' («nemmeno nell'ultimo periodo relativo alla *condictio* è il classico che parla») si trovano anche in P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 141, che pure non ha dubbi sull'impiego dell'azione di ripetizione da parte della giurisprudenza classica; in difesa del testo di Paolo vd. C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 110 s., il quale si limitava a suggerire la correzione di *repetatur* in *repetetur*. Sulla genuinità della soluzione non sembrano sussistere più dubbi tra gli autori recenti: in questo senso vd. tra i tanti R. KNÜTEL, *La causa* cit., 137 s. («non dovrebbe destare sospetti»); L.

Superati possono invece ritenersi i sospetti avanzati sull'impiego dell'azione contrattuale,[35] sulla cui formazione ha sicuramente contribuito un'esposizione, che, nel tenore attuale della testimonianza, non appare propriamente ineccepibile dal punto di vista della logica argomentativa. Non si può in effetti negare che il tratto (*dubium non est-secuta*), in cui il giurista si pronuncia per l'ammissibilità dell'*actio* all'*id quod interest*, non risulta felicemente coordinato con la precedente affermazione '*quia non placet permutationem rerum emptionem esse*', dato che l'impossibilità di ricondurre all'interno dell'*emptio venditio* i rapporti permutativi (in senso stretto) non può certo di per sé ritenersi una circostanza tale da giustificare la concessione di un'azione di adempimento, nel presupposto di un riconoscimento contrattuale dell'operazione stessa.[36] Ma più che a una manipolazione sostanziale della soluzione adottata dal giurista severiano, è

PELLECCHI, *L'azione in ripetizione* cit., 121 e ivi nt. 172, 124; O. BEHRENDS, *Die condictio causa data causa non secuta* cit., 52 s.; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 43; C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 213.

[35] Con diagnosi interpolativa che prende di mira in effetti tutto il tratto '*dubium non est-non secuta*' vd. O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 132 s., ove viene fatta salva solo la parte conclusiva del § '*sed si-periculo meo Stichus erit*'; G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 162, per il quale andrebbe attribuito ai compilatori l'intero passaggio '*dubium non est-vel*'; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 140 s., il quale vi scorgeva il tentativo, maturato in ambiente postclassico, di ricostruire la permuta quale autonomo tipo contrattuale, produttivo di *obligatio civilis*, con un allontanamento rispetto alla più genuina prospettiva classica che si sarebbe diversamente affidata a forme di tutela extracontrattuali quali la *condictio* o (in taluni casi) l'*actio in factum* giulianea, ammettendo al più l'impiego delle azioni contrattuali tipiche (*ex empto*, *ex vendito*) nel presupposto di un'assimilazione (anche formale) con la compravendita, secondo il punto di vista emerso in ambito sabiniano: quanto al ventilato concorso di azioni, si spiegherebbe col fatto che una volta maturata in epoca postclassica la nuova configurazione della permuta come contratto autonomo tutelato mediante *a.p.v.*, non ci si sarebbe preoccupati (o se si vuole, «non si osò») di «sopprimere la *condictio*, ormai quasi superflua»; A. EHRHARDT, *Justa causa traditionis* cit., 110 («Dann gibt nämlich nicht die Klage auf das Vertragsinteresse, sondern die condictio»); per la fattura bizantina anche P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 326 ss., 372, il quale espungeva il '*non*' e l'intero passaggio '*in qua actione-secuta*' («*quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium* [*non*] *est nasci civilem obligationem* [*in qua-secuta*]»): in altri termini, l'impossibilità di ricondurre la permuta alla vendita avrebbe reso dubbia agli occhi di Paolo la stessa esistenza di un'obbligazione civile; in difesa della soluzione vd. già F. HAYMANN, *Textkritische Studien* 2 cit., 169, per quanto l'autore salvasse solo la frase '*non ut reddas–convenit accipere*', essendo coerente con Pap. 2 *quaest.* D. 19.5.7 e Paul. 32 <33> *ad ed.* D. 19.4.1.4.

[36] Rilievi sul punto si trovano in P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 140; più recentemente in M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 288. Intende diversamente in senso restrittivo l'affermazione paolina, quasi a voler dire: «purché non vi sia stata venditio», analogamente a Pomp. 22 *ad Sab.* D. 19.5.16 pr. '*si quidem nulla venditio intercessit*', E. BETTI, *Sul valore* cit., 34, con un'interpretazione che non sembra però rispettosa del dato testuale di Paul. 5 *quaest.*

preferibile credere a un semplice intervento di sintesi rispetto a un discorso originariamente più esteso e soprattutto meglio articolato. Il che potrebbe forse anche spiegare le ulteriori sconnessioni che il brano presenta, a partire dall'inopportuno passaggio dal piano dell'obbligazione a quello dell'azione ('*dubium non est nasci civilem obligationem*, *in qua actione*')[37] che non poco disappunto ha suscitato in dottrina,[38] ma che non legittima certe ricostruzioni testuali che hanno ritenuto di sostituire (qui come in Ulp. 4 *ad ed.*) *obligationem* con un originario *actionem*, in base peraltro a discutibili criteri lessicali che pretenderebbero di delimitare rigorosamente gli usi linguistici del verbo *nasci* alla sfera dell'azione,[39] con un'ipotesi che è però apertamente smentita dalle fonti e in particolare dal lessico gaiano.[40]

---

[37] In questo senso giustamente M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 288; di «incongruente salto» discute più recentemente C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 214, il quale prova a risolvere l'inconveniente suggerendo di inserire le parole '*et actio praescriptis verbis*' tra *obligationem* e *in qua actione*, leggendo dunque: «*dubium non est nasci civilem obligationem <et actio praescriptis verbis>*, *in qua acttione* […]» (da correggersi ovviamente in: et actio*nem* praescriptis verbis); non esclude una «compressione del testo» neppure R. FERCIA, *Il fieri* cit., 43.

[38] P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 140, ove in più si denuncia l'uso scorretto del congiuntivo *repetatur*, così come dell'avverbio '*quasi*' («è un vero gioiello»); rilievi sul congiuntivo '*repetatur*' si trovano già in O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 133; proponeva di espungere l'intero tratto '*nasci-sed*' G. BORTOLUCCI, *Note sul contratto* cit., 268, ove si avanzava la seguente ricostruzione: *dubium non est <in hoc teneri> [nasci-sed] ut damneris mihi quanti interest mea* rell.; per un ridimensionamento dei sospetti vd. J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* cit., 220 nt. 38, per il quale potrebbe trattarsi di un semplice scambio terminologico, favorito da un non inusuale impiego di *obligatio* nel senso di *actio*; in questo senso del resto già C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 110 («Le jurisconsulte emploie le mot *obligatio* comme synonime d'*actio*»).

[39] Così («della obligatio dicono piuttosto contrahi o fieri») E. BETTI, *Sul valore* cit., 26 e ivi nt. 2, 34, ove si spiega tale intervento manipolativo con la tendenza bizantina all'accentuazione del diritto materiale; adesivamente C.A. MASCHI, *Il diritto romano* 1[2] cit., 614. Tra gli studiosi più recenti l'idea di un originario riferimento al profilo dell'azione («*nasci civilem obligationem* va sicuramente corretto *in civilem actionem*») ha fatto comunque presa su M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2001), 242 nt. 9, ove in più si avanzano riserve sulla presenza in origine dell'aggettivo *civilis* («è poi dubbio che il *civilem* fosse veramente nel testo originario»), con un sospetto che però non viene più riproposto in ID., *Actio civilis in factum* (2006) cit., 234 nt. 10; sempre per una correzione di '*obligationem*' in '*actionem*' vd. R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio* cit., 81 nt. 359; in senso contrario («non pare accettabile») E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 296 s., il quale tra l'altro osserva come si eviti così «la ripetizione del termine "*actio*" nel tratto successivo»; sempre per il mantenimento del riferimento all'*obligatio*, come si è anche in parte visto (*supra* nt. 37), R. FERCIA, *Il fieri* cit., 43; C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 214.

[40] A questo proposito sarebbe sufficiente citare Gai 3.88-89 '[…] *omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.* 89 *Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur* […]', Gai

A entrambe le azioni qui indicate non sarebbe stato però possibile fare utilmente ricorso nell'eventualità che l'inadempimento fosse stato determinato da caso fortuito o *vis maior*, dovendosi far ricadere il *periculum* sul contraente che avesse già eseguito la propria 'prestazione'. E così se ho dato a *Tu* delle coppe di ceramica con l'intento di ottenere in cambio la proprietà del servo *Stichus*, e questi è successivamente morto per causa non imputabile a *Tu*, su di me graverà il *periculum* e *Tu* sarà pertanto libero, né sarà tenuto alla restituzione.[41] Si tratta di una soluzione profondamente innovativa rispetto a quella che si trova adottata in Cels. 3 <8> *dig.* D. 12.4.16, ove per la stessa ipotesi è al contrario ammessa l'azione di ripetizione. Un siffatto scarto solutivo non deve però insospettire[42] ed è anzi del tutto coerente col differente ordine di idee entro il quale si muovevano i due giuristi, e che con Paolo ha portato a una prevalenza della logica contrattuale su quella propriamente ripetitiva.[43]

3.163 '*expositis generibus obligationum, quae ex contractu nascuntur* […]', Gai 3.176 '[…] *nam interventu novae personae nova nascitur obligatio*', Gai 3.182 '*Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur*'. A essere eccezionale in Gaio è semmai l'associazione *nasci-actio* che troviamo solo in Gai 4.78, unitamente, ancora una volta, alla più usuale associazione *nasci-obligatio*: '*nulla actio nascitur: nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nasci potest*'.

[41] Così, e dunque nel senso di escludere anche l'impiego della *condictio*, già G. WÄCHTER, *Doctrina de condictione* cit., 50 ss.; adesivamente K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* 3[7] cit., 208 ss.; B. WINDSCHEID *Die Lehre* cit., 179 ss.; F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht* 1 cit., 391 s. Diversamente L. PFORDTEN, *Ueber die Klagbarkeit* (*Abhandlungen*) cit., 276 ss., su cui vd. *infra* nt. 43.

[42] Così invece, come si è detto (*supra* nt. 29) O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 132; negli stessi termini A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 304 e ivi nt. 1, il quale osserva come di fatto la *datio ob rem* avesse finito per essere assimilata ai contratti sinallagmatici di buona fede («[…] wird die *ob rem datio* mehr und mehr der Art und Weise des gegenseitigen *bona-fide*-Verträges angenähert»); per l'origine giustinianea vd. F. DE ROBERTIS, *La responsabilità* 2 cit., 624 ss., che adduce in tal senso anche lo sch. 3 Βλέπε a Bas. 24.1.16 (Hb. III 8 = Schelt. B V 1726 s.).

[43] Così giustamente già B. WINDSCHEID *Die Lehre* cit., 181; seguito da F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht* 1 cit., 393 («[…] der allgemeine Regel: casus a nullo praestantur sich ergab, auf die condictio c. d. c. n. s. übertrug»); in questi termini e per un condizionamento derivante dal regime della compravendita vd. P. KRÜCKMANN, *Periculum emptoris*, in ZSS 60, 1940, 61, in un quadro ricostruttivo che, da altro punto di vista, finisce per snaturare il pensiero complessivo del giurista severiano, facendo di fatto coincidere il più generale schema del *do ut des*, all'interno del quale rientra ovviamente anche la permuta, con la più specifica ipotesi del *do pecuniam ut rem accipiam* («Paulus spricht sich geradezu für das periculum emptoris aus, insofern er das do ut des wie emptio venditio behandelt. Hat er doch schon zu Beginn der l. 5 § 1 ausdrücklich gesagt: si pecuniam dem ut rem accipiam emptio et venditio est»). Non pare possa

Diversamente, se a determinare l'impossibilità della prestazione sarà stato un comportamento colposo dell'accipiente, essendo egli tenuto a *culpam praestare*, si potrà optare tra l'esperimento della *condictio ob rem dati*, al fine di ripetere quanto dato, e il ricorso all'*actio civilis* per ottenere il risarcimento del danno.

Con il caso esaminato Paolo esauriva l'*articulus*[44] (del *tractatus*) relativo allo schema del *do ut des*, per passare a occuparsi delle ipotesi del *do ut facias*, le quali presentavano una molteplicità di soluzioni, a seconda dell'oggetto e della natura delle 'prestazioni'. Innanzi tutto occorreva distinguere i casi in cui il *facere* consistesse in una condotta che potesse costituire prestazione all'interno di un contratto di locazione (che *locari solet*), da quelli in cui, al contrario, il *facere* si risolvesse in un comportamento che *locari non solet*.[45]

Con riferimento alla prima fattispecie, sarebbe stato altresì necessario porre un'ulteriore distinzione, questa volta in considerazione della natura del bene oggetto della *datio* iniziale: denaro o altra *res*. Mentre nel primo caso ci troveremo in presenza di un normale contratto di *locatio-conductio* (nel caso specifico, di *locatio operis*), nella seconda eventualità, non diversamente dal regime prospettato per l'ipotesi del *do ut des*, ci si potrà avvalere alternativamente della *condictio ob rem dati* o dell'*actio civilis*, rispettivamente per la ripetizione o per l'adempimento. Si è già visto quale rilievo il brano abbia assunto a favore della tesi della *merces nummaria*.[46]

Diverse le considerazioni (*quod si*)[47] da farsi qualora il *facere* concordato non possa costituire invece oggetto di locazione, come nell'ipotesi di impegno a far acquistare la libertà a un servo, mediante manomissione. Di fronte a un'eventualità di siffatto genere si rivelerà del tutto indifferente se ad essere offerto co-

---

condividersi il tentativo di L. PFORDTEN, *Ueber die Klagbarkeit* (*Abhandlungen*) cit., 276 ss., di coniugare le due testimonianze, suggerendo di riferire le parole di Paolo al solo esercizio dell'*a.p.v.*

[44] Per un'interpretazione nel senso di *species* («species etiam vocat articulos in §. *seq*.») vd. J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes in Librum V quaestionum Pauli* cit., in *Opera* V cit., 1613, ove si invoca in proposito, in aggiunta al *liber singularis de articulis liberalis causae* dello stesso Paolo, anche Gai. 2 *inst.* D. 1.8.1 pr. ('*summa rerum divisio in duos articulos deducitur*'), che oggi sappiamo corrispondere a Gai 2.2. Per un'origine glossematica del tratto '*explicitus-des*' vd. O. LENEL, Rec. a O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 181; tra gli studiosi recenti J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* cit., 219 e ivi nt. 31; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 210 nt. 181; sospetti sulla frase si trovano anche in C.A. CANNATA, *Labeone*, *Aristone* cit., 80.

[45] Sul significato da attribuire alla locuzione vd. quanto si osserverà *infra* cap. V § 5.

[46] Al riguardo vd. vol. I, cap. III § 1.

[47] Sull'impiego della congiunzione '*quod si*' vd. *infra* cap. V § 1.1.

me corrispettivo sarà del denaro o altra *res*.[48] Tenuto conto, infatti, che la prestazione non è di per sé tale da 'essere locata', dovrà comunque escludersi la configurabilità di una *locatio operis*, con la conseguenza che, in caso di inadempimento, si potrà anche qui ricorrere, con diverse finalità, alla *condictio* o alla stessa (ci sarebbe da supporre)[49] azione contrattuale di cui si era discusso poco

[48] Il modo di esprimersi di Paolo non consente, in effetti, di affermare con certezza che il servo da manomettere dovesse appartenere all'autore dell'affrancamento, e che ciò avvenisse in cambio di denaro o beni di altra natura. Potrebbero dunque astrattamente rientrarvi ipotesi di *do ut facias* prive di una anche solo embrionale struttura sinallagmatica, come nel caso di trasferimento di un proprio servo *manumissionis causa*, magari *intra certum tempus*. Lo sviluppo del pensiero paolino, alla luce soprattutto della parte iniziale dello stesso §, porta però a ritenere che anche in questa circostanza il giurista si stesse riferendo a una relazione di scambio in senso proprio. Così del resto già H. DONELLUS, *Commentarium ad Titulum Digestorum, de Praescriptis verbis et in factum actionibus. Cap. IV*, in *Opera omnia. Tomus Decimus et commentariorum in selectos quosdam titulos Digestorum. Volumen Primum*, Maceratae 1832, 1224: «cum pecuniam tibi do, ut Stichum manumittas: in qua specie dici potest, ideo manumissionem non esse factum, quod locari possit»; A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. Lib. XIX tit. V. Ad l. Naturalis. Ad § 2. At cum do ut facias*), 651: «si dederim tibi pecuniam, ut aliquid faceres quod locari non solet, puta ut servum manumitteres»; così anche («Du soll einen deiner Sklaven manumittiren») C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 84; C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 147: «Je vous ai donné de l'argent ou une chose quelconque». Il riferimento a vicende di scambio può ritenersi del tutto pacifico fra gli studiosi recenti, al punto che l'eventualità di un'allusione (anche) a fattispecie non propriamente sinallagmatiche non è neppure presa in considerazione. Pensava diversamente a un caso di *datio ad manumittendum* (*intra certum tempus*) J.J. BACHOFEN, *De Romanorum judiciis civilibus* cit., 288, il quale (almeno per l'ipotesi in questione) faceva dipendere il ricorso all'azione contrattuale atipica dal vantaggio economico che avrebbe ricavato il potenziale mandatario dalla facoltà, che gli sarebbe stata di fatto riconosciuta, di avvalersi dei servigi dello schiavo sino al termine prefissato: vantaggio che sarebbe stato in qualche modo accostabile a una *merces*. Si sarebbe in sostanza trattato di fattispecie oscillante tra mandato e locazione, o per meglio dire di vicenda negoziale la cui configurazione in termini di mandato avrebbe potuto essere messa in discussione sul piano della gratuità dell'operazione, potendosi appunto astrattamente prospettare una temporanea utilità economica a favore del manumissore: «qui servum alicui tradiderit ita, ut ab eo intra certum tempus manumittatur […] manifestum est, in ipsa temporis adjectione, intra quod servus manumittatur, mercedem contineri […] Quare qui tradidit, non mandati, sed P. V. agere debere». Spiegazione in effetti poco convincente e che avrebbe dovuto semmai suggerire un accostamento con lo schema del *negotium mixtum cum donatione* di Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18 pr.-1, su cui vd. *infra* cap. V § 4.

[49] Diversamente R. SOTTY, *"Condictio incerti"* cit., 1483 s., per il quale l'*actio in hoc quod mea interest* sarebbe da identificare con la *condictio incerti* la cui *intentio* si trova indicata in Gai 4.41 '*qua dari fierive oportere intendimus*' e non anche con l'*actio praescriptis verbis*, che sarebbe stata

prima, in questa occasione chiamata però '*praescriptis verbis*', con una soluzione sulla quale occorrerà tornare a riflettere con maggiore attenzione.[50]

Di notevole importanza, in quanto serve a Paolo per introdurre la citazione del pensiero giulianeo, è poi il caso immediatamente successivo, il quale viene presentato, per così dire, come un'ipotesi particolare rispetto a quella da ultima esaminata: lo schema in questione rimane ancora quello del *do ut facias*.

La fattispecie ci è già nota. Non v'è alcun dubbio che essa coincida con quella presa in considerazione in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, così come non vi alun serio motivo per ritenere che essa non fosse presente nell'originario brano paolino.[51]

Ego trasferisce a *Tu* il servo C, per ottenere in cambio la manomissione di D; *Tu* adempie, ma subisce l'evizione da parte del legittimo proprietario di C. Secondo Giuliano (*Iulianus scribit*), *Tu* potrà agire con l'*actio de dolo*, qualora risulti che il *dans* fosse a conoscenza dell'altruità del servo che si era impegnato a trasferire; diversamente non gli rimarrà che avvalersi di un'*actio in factum* nel testo qualificata *civilis*.[52]

Ancora differenti sono poi le soluzioni adottate per i rapporti del tipo *facio ut des*, *facio ut facias*, rispettivamente affrontati nei §§ 3 e 4.

Per i primi Paolo sembrerebbe categorico nell'escludere che da essi possa sorgere tanto l'azione di adempimento quanto la concessione della *condictio*:[53] *nulla erit civilis actio*.[54] Si potrà tutt'al più agire con l'*actio de dolo*, con una de-

---

concessa nei casi in cui ad essere oggetto della prestazione fosse un puro fatto e che si sarebbe contraddistinta dall'*a.c.i.* (*condictio incerti*) per la presenza di un'*intentio* diversamente orientata al *praestare oportere*, preceduta da *praescripta verba*; in senso contrario vd. A. BURDESE, *In margine ai contratti innominati* cit., 400 ss.; per l'identificazione vd. J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* cit., 223 s.; C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 82, 97; ID., *Corso* II.2 cit., 213 s.

[50] Sulla genuinità o meno dell'inciso '*vel praescriptis verbis*' vd. *infra* cap. V § 2.

[51] A una glossa postclassica che avrebbe tratto spunto proprio dal brano ulpianeo pensava P. COLLINET, *Le Fr. 5, Dig., 19, 5* cit., 78; diversamente e più generalmente denuncia «un parallélisme constant entre le texte de Paul et celui d'Ulpien» A. GIFFARD, *La doctrine d'Ariston* (*Études*) cit., 189, ove si ipotizza l'impiego di una fonte comune come «les Digesta de Julien».

[52] In proposito vd. *infra* § 3 di questo stesso cap.

[53] Alla luce di Iav. 1 *ex Plaut.* D. 12.4.10, Cels. 5 *dig.* D. 12.1.32, Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.6.26.12, ammette invece un impiego della *condictio* seppur in casi eccezionali, come ad es. *acceptilatio* e *operae fabriles* suscettibili di valutazione economica, C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 171 ss.: («lorsque dans notre loi 5 nous voyons Paul ne parler de la *condictio* qu'à propos des *negotia do ut des*, *do ut facias*, nous ne devons pas en conclure […] qu'il la rejette absolument dans les deux autres hypothèses»), 193 nt. 1.

[54] P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 207, il quale è dell'avviso che l'*actio civilis* cui si allude nel testo sarebbe l'*a.p.v.*, «segno evidente che, rispetto allo schema *facio ut des*, anche il

cisione sulla quale si sono a lungo affaticati gli studiosi e sulla quale a breve sarà bene soffermarsi a riflettere più attentamente. Per i secondi, invece, il giurista severiano, pur ritenendo ammissibile l'impiego dell'*actio mandati*, considera tuttavia preferibile sul piano della tutela (*sed tutius erit*)[55] il ricorso all'*agere praescriptis verbis*,[56] proponendo così un'azione che dovrà essere congegnata prendendo a modello (la struttura formulare del)la stessa *actio mandati*,[57] non diversamente dai casi precedenti affrontati, ove a essere prese a riferimento sarebbero state, volendo sorvolare sull'assai infelice modo di esprimersi del brano (*quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni*),[58] le *actiones locati* ed *empti*.

---

diritto post-classico non aveva ancora fatto un gran passo avanti in confronto al diritto classico»; P. COLLINET, *La genèse* cit., 200.

[55] L'unico rischio a cui si sarebbe andati incontro agendo con l'*actio mandati* sarebbe stato, secondo C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 231, quello di dover riproporre il giudizio, con evidente aggravio di tempo e di costi, nel caso in cui il giudice avesse assolto il convenuto sul rilievo della non riconducibilità del rapporto posto in essere al contratto di mandato. Per contro, non sarebbe venuta meno la possibilità di agire una seconda volta *p.v.*: e ciò perché la prima azione si sarebbe risolta in un *aliud pro alio petere*, rispetto al quale, secondo l'insegnamento di Gai 4.55, '*nihil eum* (scil. l'attore) *periclitari eumque ex integro agere potest*'.

[56] Per l'origine compilatoria dell'intero passaggio '*sed tutius-emptioni*' vd. O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 133 s.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 230; così anche E. BETTI, *Sul valore* cit., 25 e ivi nt. 2; ancora più ampiamente, estendeva la propria critica anche alla parte iniziale del § 5, sino alle parole '*ab utroque convenit*', O. LENEL, Rec. a O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 181; così recentemente anche M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 289, con rilievi che non risparmiano neppure la frase '*idem dici potest et necessario sequitur*'.

[57] Per una somiglianza tra i due modelli processuali vd. J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes in Librum V quaestionum Pauli*, in *Opera* V cit., 1629; più recentemente avanza l'ipotesi di un'applicazione utile mediante *praescripta verba* dell'*a. mandati*, in osservanza di quanto disposto in Iul. 15 *dig.* D. 1.3.12, F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 185 nt. 18; a un adattamento, mediante *praescripta verba*, dell'*a. mandati contraria*, analogamente a Ulp. 31 *ad ed.* D. 19.5.19.1, pensa pure M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 195; suggerisce piuttosto un'analogia sul versante del regime sostanziale C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 215, con una presa di posizione che appare del resto coerente col modello di *a.p.v.*, quale azione contrattuale generale, adottato dall'autore. Rilievi sull'espressione («l'a. *similis* mandati actioni è evidentemente itp.») e, di conseguenza, sul ricorso all'*a.p.v.* si trovano (diversamente) in E. BETTI, *Sul valore* cit., 25 e ivi nt. 2, per il quale Paolo avrebbe qui reso omaggio all'indirizzo anomalista sabiniano, concedendo la stessa *a. mandati*.

[58] Rilievi in O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 134: «die *actio* nicht *locationi et emptioni similis* ist, sondern *locationis et emptionis* (*actio*)»; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 230; forti dubbi sulla genuinità della chiusa si trovano in M. TALAMANCA, *Pubblicazioni (1989-1990)* cit., 738; perplessità più di recente anche in F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 185 nt. 18; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 193 nt. 188; interpolato per M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 289; propone di leggere '*locationis et emptionis*' C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit.,

Il lungo ragionamento serve a Paolo per concludere (§ 5) che nel caso preso in considerazione in apertura del frammento, essendosi entrambe le parti impegnate a un *facere* (*ubi de faciendo ab utroque convenit*), si dovrà riconoscere all'attore il diritto di agire con un'azione con la quale poter far valere il proprio interesse a mantenere la proprietà del servo manomesso (*quanti interest mea servum habere quem manumisi*), senza che, in sede di *litis aestimatio*, si possa prendere in considerazione (a favore del convenuto) il vantaggio economico dell'attore, derivante dal fatto che egli si troverà comunque nella condizione di esercitare sul servo le prerogative spettatentegli in base al rapporto di patronato (*An deducendum erit, quod libertum habeo? sed hoc non potest aestimari*).[59] A differenza dei §§ 1 e 2, nulla di preciso viene poi detto in relazione all'esercizio in via alternativa dell'azione di ripetizione, per quanto, al pari del § 3, debba ritenersi escluso l'impiego della *condictio*.[60]

Questo a grandissime linee l'*excursus* paolino.

---

84 nt. 131; ID., C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 215 nt. 163, ove in termini sostanzialmente coincidenti si suggerisce la lettura '*locati et empti*', sul presupposto di un errore di interpretazione da parte di un copista («Probabilmente si tratta di abbreviazioni mal sciolte dagli scribi del Digesto»).

[59] Sospetti sulla frase '*an deducendum-potest aestimari*', ritenuta di origine glossematica, si trovano in P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 238 nt. 1, ove si segnala il contrasto con Paul. 5 *quaest.* D. 19.1.45.2; punto di vista condiviso da P. COLLINET, *Le Fr. 5, Dig., 19, 5* cit., 81 ss., il quale non esclude possa trattarsi della ricucitura di due distinti scoli; un'apertura per l'origine glossematica («der Schluss *an deducendum* rell. kann Glosse sein») si registra anche in D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., 70 s. Per la classicità vd. invece già C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 235 ss; G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 163; non sembra sollevare rilievi H. ANKUM, *Die manumissio fideicommissaria der Arescusa, des Stichus und des Pamphilus. Eine cause „célèbre" der spätklassischen Rechtspraxis in Paul. D. 19,1,43 und 45,1-2*, in M.J. SCHERMAIER, Z. VÉGH (a cura di), *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein*, Stuttgart 1993, 10, il quale anzi segnala il coincidente punto di vista di Ulpiano in Ulp. 15 *ad ed.* D. 50.17.126.1 '*Locupletior non est factus, qui libertum adquisierit*'. Quanto al rapporto con Paul. 5 *quaest.* D. 19.1.45.2, tenta una conciliazione tra i due brani C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 235 nt. 1; più recentemente, esclude l'esistenza di un effettivo contrasto tra le due testimonianze paoline (in effetti l'autore cita Paul. 5 *quaest.* D. 19.1.43) J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* cit., 231 nt. 102.

[60] Sembra ammettere una sorta di *condictio*, anche in esercizio dello *ius poenitendi*, in termini che, in sostanza, finiscono però per identificare l'azione da impiegare a tal fine col modello processuale diretto all'interesse negativo, cui si riferisce Paolo, H. DONELLUS, *Commentarium ad Titulum Digestorum, de Praescriptis verbis et in factum actionibus. Cap. VIII*, in *Opera* X cit., 1229: «Sed † nihilominus et de eo retractando vi ipsa agi potest […] non ut ipsum, quod non dedimus condicatur; sed ut in id agamus quod nostra interest, id factum non esse, quod fecimus: ut si manumisi Stichum, ut Pamphilum manumittas, prius quam manumiseris, possum tecum agere, quanti interest mea servum habere, quem manumisi, ut Paulus scribit in *d. L. naturalis, § ult.*».

2.1 Paul. 5 *quaest*. Osservazioni critiche: § 3. Opere c.d. locative.

Se, come si accennava, oggi prevale un atteggiamento complessivamente conservativo, non si può però negare che il testo continui a presentare aspetti estremamente problematici che non sempre possono essere risolti affidandosi all'ipotesi di semplici interventi di sintesi. Del resto l'estrema debolezza dell'impianto logico del brano è stata efficacemente messa in evidenza già da tempo, portando la dottrina a esprimere giudizi estremamente severi, ma certo non ingiustificati.[61]

Non lievi difficoltà interpretative pongono ad es. i §§ 4 e 5. Per il primo (§ 4) non è ad es. possibile stabilire con certezza se il prospettato ricorso alternativo all'*a. mandati* o all'*a.p.v.* dovesse assumere portata generale, valendo dunque per ogni ipotesi astrattamente configurabile di *facio ut facias*, o se invece trovasse applicazione per le sole fattispecie qui indicate o meglio ancora per una sola di queste, come in effetti tutto lascerebbe credere.[62] Così come appare decisamente inappropriata l'omologazione dell'insieme di tali rapporti all'interno dello schema del contratto di mandato che traspare dal brano e che non tiene conto della molteplicità dei profili causali che lo schema in questione (*facio ut facias*) poteva in concreto abbracciare.[63] Per il secondo (§ 5) è stato giustamente rilevato che l'azione qui accordata dal giurista severiano, sulla base peraltro delle considerazioni sviluppate nel precedente § 4 (*Si ergo haec sunt, ubi de faciendo ab utroque convenit*), non è diretta all'interesse positivo, e dunque all'adempimento della prestazione (manomissione del servo altrui), ma è diversamente volta al conseguimento dell'interesse negativo,[64] con una finalità che non sem-

---

[61] Assai incisive, da questo punto di vista, le parole di M. PÖHLS, *Versuch* cit., 165: «die ganze Fassung der L. 5 cit. eben nicht als ein Muster von Logik aufgestellt werden kann».

[62] Sulla questione vd. C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 254 s.; P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 228, 232.

[63] Rilievi in tal senso si trovano giustamente già in A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 104 e ivi nt. 23; contro l'idea di una generale riconducibilità dello schema contrattuale del *facio ut facias* al mandato vd. anche C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 232; P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 233 e ivi nt. 1, che ne attribuisce la paternità al glossatore postclassico autore della rielaborazione dell'originario testo paolino.

[64] Diversamente parla di interesse positivo da farsi valere attraverso l'impiego dell'*a. mandati* E. BETTI, *Sul valore* cit., 25 nt. 2; un punto di vista in qualche modo analogo sembra potersi riscontrare più recentemente, almeno per ciò che concerne l'aspetto sostanziale dell'interesse in gioco, in R. FERCIA, *Il fieri* cit., 66 nt. 160, 77 nt. 269, il quale tiene d'altra parte a precisare come, proprio con riferimento al caso qui esaminato, rischi di rivelarsi non del tutto adeguata la (moderna) distinzione tra interesse positivo e negativo.

bra coerente con l'impiego di un'azione contrattuale. Di qui l'ipotesi di un originario riferimento a rimedi processuali non contrattuali.[65] Si tratta di aspetti assai interessanti che, per ragioni di spazio, non possono essere tuttavia affrontati in questa sede e sui quali ci ripromettiamo di tornare con l'attenzione che essi certamente meritano.

È invece il caso di fermarsi a riflettere sul § 3 relativo alle ipotesi di *facio ut des*, dal cui esame crediamo possano trarsi elementi utili ai fini di una valutazione della seconda parte del § 2 in cui Paolo si occupa della tutela del *do ut facias* di *factum*, *quod locari non possit*, discutendo peraltro del medesimo caso di cui si era occupato Giuliano in Ulp. 4 *ad ed*. Come si è anticipato, una delle questioni maggiormente dibattute riguarda la decisione del giurista severiano di escludere un riconoscimento contrattuale per le ipotesi di *facio ut des*, ammettendo il solo ricorso all'*actio de dolo*, con una soluzione che non ha mancato di suscitare serie perplessità.[66]

Se le ragioni del mancato utilizzo della *condictio* in via di ripetizione sono facilmente intuibili e sono certamente da ricollegare al tipo di prestazione iniziale eseguita (*facere*),[67] non altrettanto chiaro è il motivo che avrebbe dovuto indur-

---

[65] Per un impiego della *condictio* vd. F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht* 2 cit., 124; sempre per una *condictio*, ma *incerti*, vd. O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 134 s. Per un impiego piuttosto dell'*a. in factum* vd. J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 83; G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 163; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 237; P. COLLINET, *Le Fr. 5, Dig., 19, 5* cit., 81; così parrebbe, più recentemente, anche M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 289; P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 21 nt. 17. Pensa ancora diversamente a un ricorso all'*a. de dolo* G. MACCORMACK, *Contractual Theory* cit., 147 e ivi nt. 34.

[66] A. GOVEANUS, *Variarum Lectionum Iuris Libri duo. Liber secundus. Caput 28*, in *Novarum declarationum* cit., 284 («Hic […] paragraphus multorum ingenia exercuit»); U. HUBER, *Eunomia romana sive censura Juris Justinianei. Editio altera*, Amstelodami 1724, 719 s. («crucem omnibus […] Interpretibus»); W. CURTIUS, *Dissertatio* cit., 28 («ingens & difficillima […] controversia»); C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 192: «Ce paragraphe est très-court, très-clair en lui-même; et néanmoins […] on sent qu'on touche à une des plus sérieuses difficultés de la matière […]»; O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 133: «eine vollständige Crux»; «singolare la mancanza d'azione» anche per E. BETTI, *Sul valore* cit., 37 nt. 2; di «enigma» discute da ultimo L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 432.

[67] È superfluo dire che nel caso di specie difetta la *datio* iniziale. Rimarrebbe invero la possibilità teorica di un impiego della *condictio incerti*: anche a prescindere però dal più generale dibattito sulla classicità di tale rimedio, oggi per lo più risolto in senso positivo (sul punto vd. vol. I, cap. III § 3), occorre in ogni caso considerare, come è stato già opportunamente segnalato (M. TALAMANCA, *Contratto e patto* cit., 71 nt. 88), che nelle fonti non sono espressamente documentati casi di applicazione della *condictio* con riferimento all'esecuzione di prestazioni di *facere*; in questo senso vd. più recentemente R. FERCIA, *Il fieri* cit., 66 nt. 160. Per l'ipotesi di un utiliz-

re Paolo a negare anche l'azione di adempimento, senza peraltro mostrare di tenere in alcuna considerazione la natura (locativa o meno) della prestazione di *facere*, alla quale era stata invece attribuito un rilievo decisivo nell'ipotesi precedentemente esaminata di *do ut facias*.[68]

Si tratta di una soluzione indubbiamente singolare e che certamente giustifica lo straordinario interesse degli studiosi nei confronti del brano.[69] A destare

---

zo della *condictio incerti* vd. tuttavia O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 134 s., con una congettura che già allora attirò su di sé le critiche di J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 82 s. Va detto che la questione potrebbe in verità riannodarsi a quella della ripetizione delle *operae* prestate dal liberto nell'ambito del rapporto di patronato: argomento questo estremamente discusso che si ricollega a sua volta al tema della configurazione delle opere come *certum* o *incertum*. Non sono pochi gli studiosi che, in base al principio celsino di Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.6.26.12 ([…] *sed hae, inquit, operae recipiunt aestimationem: et interdum licet aliud praestemus, inquit, aliud condicimus*), posto in materia di *condictio* delle *operae fabriles*, ammettono la *condictio certae rei*, nel presupposto che questa avesse però ad oggetto (o per meglio dire come obiettivo) l'*aestimatio* delle *operae*: tra questi ci limitiamo a segnalare già H.H. PFLÜGER, *Ciceros Rede pro Q. Roscio Comoedo rechtlich beleuchtet und verwertet*, Leipzig 1904, 23 ss.; ID., *Condictio und kein Ende. Eine Antikritik und auch eine Selbstkritik*, in *Festgabe P. Krüger*, Berlin 1911, 41; B. BIONDI, *Iudicium operarum*, in AUPE 28, 1914, 66; E. BETTI, *Sul valore* cit., 78, che ricostruisce così il brano: «aliud praestamus, inquit, aliud condic<tione consequimur> <in condemnatione>»; sempre per un recupero del valore pecuniario G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones (Studi 2)* cit., 749 s., il quale nega, anch'egli, che Celso o Ulpiano ponessero la questione come *condictio certae pecuniae* (come il brano lascerebbe intendere '*posse condici quanti operas essem conducturus*), con una prospettiva che risponderebbe in realtà alle diverse vedute postclassiche, che avrebbero visto andare smarrita la distinzione tra *petitum* formale (*intentio*) e sostanziale (*condemnatio*): per i giuristi classici si sarebbe trattato, come si è detto, di una *condictio certae rei*; U. VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der Condictio* cit., 51 ss., che attribuisce ai compilatori la formulazione del principio generale *et interdum licet aliud praestemus* […] *aliud condicimus*; sull'argomento vd. P. CERAMI, *D. 39.5.21.1. (Cels. 28 dig.). Una controversa testimonianza celsina in tema di delegatio promittendi donationis causa*, in SDHI 44, 1978, 181 ss.; più recentemente vd., con ricostruzione del punto di vista della dottrina a partire da Donello, G. MANCINETTI, *'Et ideo nec volens quis reddere potest'. Osservazioni sulla 'causa operarum'*, in BIDR 103-104, 2000-2001, 397 ss. Sulla ripetizione delle *operae indebitae* vd., in senso negativo, con riferimento all'ipotesi di scambio di opere servili, Marcian. 3 *reg.* D. 19.5.25, citato vol. I, cap. II nt. 33. Per la irripetibilità delle operae *officiales* vd. Giuliano nell'appena richiamato Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.6.26.12 (*Libertus cum se putaret operas patrono debere, solvit: condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit, Iulianus libro decimo digestorum scripsit: natura enim operas patrono libertus debet*): in proposito e per l'integrazione di *officiales* (tra *operas* e *patrono*) vd. sempre U. VON LÜBTOW, *Beiträge* cit., 51 s.

[68] In questo senso A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 149 nt. 51.

[69] Interesse efficacemente reso dalle parole di C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 192: «deux lignes de Paul on fait éclore des volumes».

comprensibilmente il maggiore stupore, e anche le più dure critiche,[70] è stata la diversità di trattamento riservato alle fattispecie di *facio ut des* rispetto a quelle di *do ut facias*, nel caso avessero entrambe a oggetto un '*factum, quod locari solet*'.[71]

In un contesto così incerto, un dato dovrebbe però ritenersi sin d'ora fuori discussione: e cioè che nessun giurista, Paolo incluso, avrebbe potuto negare la presenza di una *locatio conductio* nel caso in cui a eseguire per primo la prestazione fosse stato il contraente su cui gravava l'obbligo di *facere* (nel caso, naturalmente di *factum quod locari possit*), per la semplice ragione che, nell'ottica di un contratto consensuale, sarebbe dovuto risultare del tutto irrilevante l'ordine di esecuzione delle rispettive prestazioni, essendosi la vicenda contrattuale già perfezionata col raggiungimento del semplice accordo dei contraenti.[72]

D'altra parte sarebbe già sufficiente osservare come, nel primo paragrafo,

---

[70] Si consideri a questo proposito il severo giudizio di H. DONELLUS, *Commentarium ad Titulum Digestorum, de Praescriptis verbis et in factum actionibus. Cap. XIV*, in *Opera* X cit., 1246: «ridiculum autem esse si quis ab eo ordiens qui dat, dicat esse locationem; ordiens autem ab eo qui facit, neget eandem esse locationem».

[71] Di recente, non manca di sottolineare l'anomalia della decisione paolina rispetto all'impostazione del § 2 C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 84 («non capisco perché un *tabulam pingo ut pecuniam des* non dovesse potersi, per Paolo, alla stregua di quanto detto sopra nel § 2, recuperare come *locatio*»), su cui vd. *infra* nt. 74; di «misteriosa concessione in via generale dell'*actio de dolo*» discute pure C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 159; non può pertanto condividersi l'opinione («non sorprende la naturalezza con la quale Paolo […] ricorre […] all'*actio del dolo*») espressa da A. WACKE, *Sul concetto di 'dolus' nell'actio de dolo*, in IVRA 28, 1977, 34, la quale non tiene evidentemente nella giusta considerazione le incongruenze che una tale decisione verrebbe a porre rispetto al quadro di tutele prospettato, sempre da Paolo, nel precedente § 2, per le stesse vicende a schema invertito (*do ut facias*).

[72] Sulla natura consensuale, almeno per il diritto classico, la dottrina è pacifica: in questo senso vd. TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio* cit., 81 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 154 s.; M. KASER, RPR I,[2] 564; A. MASI, v. *'Locazione'* cit., 908 e ivi nt. 2. Semmai si è ipotizzato che il perfezionamento potesse essere in origine legato alla consegna della *res*: così H. DEGENKOLB, *Platzrecht* cit., 188 ss.; adesivamente, con considerazioni valide anche per la vendita, A. PERNICE, *Labeo* 1 cit., 466 ss.; E. BETTI, *L'antitesi di iudicare* cit., 73 nt. 1, che così argomentava anche in ragione della «duplicità e simmetria dei termini»; per un originario carattere reale del contratto anche G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 214. Superato deve invece ritenersi il punto di vista più radicale di S. PEROZZI, *Il contratto consensuale classico*, in *Studi giuridici dedicati e offerti a F. Schupfer nella ricorrenza del XXXV anno del suo insegnamento. Diritto romano*, Torino 1898, 163, per il quale tale carattere si sarebbe mantenuto inalterato per tutta l'epoca classica; così ancora in ID., *Istituzioni* 2 cit., 231 («Nel diritto classico si perfezionava soltanto colla consegna della cosa»). In senso contrario vd. già G. PACCHIONI, *Corso* 2 cit., 235 s. e ivi nt. 437.

Paolo affronti unitariamente la vicenda negoziale del *do pecuniam ut rem accipias*, senza porsi minimamente il problema di andare a valutare l'eventuale incidenza di un differente ordine esecutivo sulla qualificazione del rapporto in termini di *emptio venditio*: e ciò semplicemente perché, giuridicamente, una tale incidenza non avrebbe potuto manifestarsi in alcun modo. Potremmo dire che con l'espressione *do pecuniam ut rem accipias* a essere descritta è la causa negoziale, ovvero la funzione unitariamente intesa: la quale naturalmente non può che prescindere dalle concrete modalità attuative.[73]

È piuttosto nell'ambito di una vicenda contrattuale diversamente impostata secondo gli schemi propri del contratto reale o comunque con prestazione costitutiva (c.d. Vorleistung), che l'ordine di esecuzione del programma obbligatorio convenuto (ma non ancora vincolante) potrebbe tradursi in un elemento in grado di incidere sulla qualificazione (o per meglio dire configurazione) giuridica della fattispecie e dunque sulla sua regolamentazione.

Un contratto consensuale come la *locatio conductio*, non rappresenta né un caso di *do ut facias*, né di *facio ut des*. A ben vedere, la questione stessa rischia di tradursi in un grossolano fraintendimento. Le obbligazioni reciproche potranno essere adempiute per prima dall'una o dall'altra parte, senza che questo influisca in alcun modo sulla configurazione del contratto. Non sarà un caso di *do ut facias* oppure di *facio ut des*: sarà e rimarrà sempre e soltanto una *locatio-conductio*.[74] Se in sede di ricostruzione della vicenda si trova spesso affermato che

---

[73] Questione che non sempre è stata correttamente intesa in dottrina e che proprio per questo ha portato a vistosi fraintendimenti: così, in particolare, O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 132 («systematisch ist zu bemerken, dass der Fall des Verkaufs fehlt […] der Fall: *si rem do ut pecuniam accipiam* nicht erwähnt ist»); sulla cui linea si poneva anche P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 140; e più recentemente M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 288 («manca il caso contrario della vendita, *si rem do ut pecuniam accipiam*»); da ultimo incorre nello stesso equivoco C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 212 («questa operazione di parziale recupero del *do ut des* come contratto tipico Paolo la compie […] solo nel caso in cui la prima prestazione eseguita fosse quella pecuniaria»), che pure mostra di non avere dubbi nel ricondurre all'interno della *locatio conductio* le ipotesi di *facio ut des* aventi ad oggetto opere locative: in proposito vd. nt. seg.

[74] L'unitarietà della vicenda contrattuale era stata del resto già ben evidenziata, allo scopo, come vedremo, di risolvere l'incongruenza tra i §§ 2 e 3 relativamente alle opere non locative, da G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus liber singularis. Caput IX*, in *Opera* cit., 506: «[…] unus est contractus emptio & venditio, item unus locatio & conductio»; più di recente C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 214: «Se la prestazione di dare fosse pecuniaria e quella di fare fosse un'attività suscettibile di essere locata, le parti – che una prestazione fosse eseguita o

una parte ha dato qualcosa perché l'altra facesse altro in cambio (o viceversa), è solo perché si sta rispondendo a un'esigenza di tipo descrittivo, funzionale all'acquisizione degli elementi utili alla elaborazione della soluzione da parte del giurista, il quale non sarebbe naturalmente in condizione di decidere, in assenza di una esatta rappresentazione di quanto accaduto in sede di attuazione del contratto.

In sostanza non c'è ragione alcuna per cui Paolo non dovesse qui concedere le *actiones locati-conducti*, sul presupposto di un'intervenuta *locatio-conductio*, come del resto era stato anche felicemente intuito in passato,[75] con una proposta che aveva saputo raccogliere qualche adesione in dottrina sino all'ultimo scorcio del XIX sec.,[76] ma che, salvo rarissime eccezioni,[77] sembra essere stata messa del tutto da parte negli studi più recenti: anche in questo caso non senza autorevoli anticipazioni nel pensiero della dottrina di diritto comune.[78]

A sostegno della decisione paolina si è talvolta invocato il già richiamato Pomp. 9 *ad Sab*. D. 18.1.20 '*nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum*

---

no – avrebbero comunque concluso una locazione (io ti dipingo il ritratto perché tu mi dia 1.000 HS; io ti permetto di abitare nel tale mio immobile per un anno perché tu mi dia 300 HS)».

[75] Così giustamente già H. DONELLUS, *Commentarium ad Titulum Digestorum, de Praescriptis verbis et in factum actionibus. Cap. V*, in *Opera* X cit., 1225 («In illa specie, cum facio, ut des, nihil dicit Paulus, quando locatio contrahi intelligatur: quia hoc ex superiore satis intellegitur. Nam si cum do decem, ut insulam mihi aedifices, a me conductio est: necesse est te, qui aedificas, ut tibi dem ea decem, locatorem videri»), *Cap. XIV*, 1245 ss: «eadem locatio, aut negotium, quod pariter referat locationem et conductionem»; D. GERSTMAN SILESIUS, *Disputatio juridica* cit., *Positio XXX.*: «Succedit articulus FACIO UT DES, qui ex praecedenti contractu, *Do ut facias*, totus dependet, eademque facta & easdem actiones recipit […] erroris videntur arguendi, qui locationem à dando semper incipere putant»; G.A. STRUVIUS, *Syntagma* cit., (*Exercitatio XXV, § XXIX*)1741 nt. α): «Non solum locatio est, si dederim mercedem, ut facias; verum etiam, si quid feceris, ut des mercedem».

[76] Così ad es. O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 133: «wenn *do (pecuniam) ut facias* eine *locatio* ist, so ist *facio ut des (pecuniam)* mit vollkommener Sicherheit eine *conductio*».

[77] In aggiunta a Cannata (citato *supra* nt. 74), vd. J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* cit., 225 s., ove si mette opportunamente in evidenza l'irrilevanza dell'ordine attuativo del programma obbligatorio in una vicenda contrattuale di tipo consensuale.

[78] In questo senso soprattutto («omnis locatio conductio ita contrahitur, do, vel dabo ut facias, non facio, aut faciam ut des») J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes in Librum V quaestionum Pauli* cit., in *Opera* V cit., (*Ad L. V de praescriptis verbis. Ad §. Quod si faciam*) 1625, ove a rilevare per il giurista culto era, non senza incongruenza, l'ordine attuativo concordato più che quello effettivamente realizzato («Neque vero conventio ita facta, ut ego darem tibi aliquid, tu faceres, subvertitur si tu praevortas facere […] non immutatur origo et forma primae conventionis»).

non detur ab eo quo, cui id fieret',[79] ingannati dal tono generalizzante delle parole di Pomponio (*nec posse ullam locationem esse*),[80] senza considerare che l'intenzione del giurista doveva essere piuttosto quella di fornire un criterio da utilizzare nei casi di incerta qualificazione, a cavaliere tra *locatio operis* e compravendita, per il quali la somma di denaro convenuta si prestava astrattamente ad essere intesa sia come prezzo per l'acquisto del manufatto finale che come *merces* per l'opera prestata per la sua realizzazione. Ecco che allora il fatto della consegna del *corpus*, della materia da lavorare, veniva considerato un sicuro elemento discriminativo (a favore della *locatio conductio*). Si trattava di questione assai dibattuta, sulla quale da lungo tempo si interrogava con esiti diversi la giurisprudenza: già a partire da Cassio, la cui opinione del doppio contratto (*materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem*) ci è stata tramandata nel notissimo Gai 3.147.[81] Ciò non significa però che vi fossero ragioni dogmaticamente ostative allo svolgimento di un *opus* su cose dello stesso conduttore (*artifex*).[82] Quanto a quelle storiche pare

[79] Il brano è riportato nel vol. I, cap. III nt. 61.

[80] In questo senso, in particolare, C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 155 ss. (158: «ils impliquent un travail pratiqué sur une chose remise à celui qui fait le travail par celui qui doit en profiter»), 198 («pour qu'il y ait louage, il faut absolument dans les idées Romaines qu'une chose matérielle ait été ou doive être mise par l'une des parties entre les mains de l'autre […] dans l'hypothèse *facio ut des*, l'auter du *factum* n'a mis aucune chose, aucun *corpus* entre le mains de l'autre partie»), per quanto poi l'autore, come vedremo (*infra* nt. 84), approdasse a conclusioni opposte.

[81] Gai 3.147 *Item quaeritur, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret et acciperet verbi gratia denarios CC, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem; sed plerisque placuit emptionem et venditionem contrahi. atqui si meum aurum ei dedero mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi*. Sulla questione vd. L. BOVE, *Ricerche sugli agri vectigales*, Napoli 1960, 105 ss.; A. METRO, *Locazione* cit., 200 ss.; B. COCHIS, *Una presunta disputa* cit., 1 ss.; S. LONGO, *La conventio cum aurifice di Gai 3.147*, in Index 38, 2010, 291 ss.; da ultimo A. CORBINO, *Ritorni su Gai 3.147. La ratio del dissenso giurisprudenziale circa la qualificazione causale dell'accordo di commissione di anelli da confezionare con materiale dell'artefice*, in L. GAROFALO, L. ZHANG (a cura di), *Diritto romano fra tradizione e modernità* cit., 117 ss. Com'è noto, un riferimento sotto traccia al punto di vista di Cassio può leggersi, per opposizione (*unum* esse negotium), anche nella riassuntiva versione di Gai. 2 *rer. cott.* D. 19.2.2.1: […] ut ecce si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit verbi gratia trecenta, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio? *sed placet unum esse negotium et magis emptionem et venditionem esse*. quod si ego aurum dedero mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit.

[82] Da ultimo lo mette bene in evidenza («la possibilità […] che la *locatio conductio* cosiddetta

davvero difficile credere a un perdurante condizionamento, ancora in pienà età severiana, della primigenia idea del *locare* come attività del porre materialmente qualcosa di proprio nella disponibilità di altri con obbligo alla restituzione da parte di quest'ultimo. Basterebbe da questo punto di vista leggere le parole di Paolo per comprendere che oggetto del *locare* è l'*opus* stesso, il *factum*: nel nostro caso il *tabulam pingere* (do ut facias, si tale sit *factum, quod locari solet*, puta ut tabulam pingas […]).

Non si è in più considerato che nel § 2, in cui è preso in esame lo schema di *do ut facias*, e in particolare quello di *do ut pingas*, non vi è alcun elemento che lasci anche solo ipotizzare che la *tabula* fosse stata messa a disposizione dal committente.[83] La questione per il giurista è irrilevante.

Peraltro (e soprattutto) il *do* si riferisce evidentemente alla *pecunia* data in corrispettivo, non certo al materiale (qui la *tabula*) su cui eseguire l'*opus*. Lo stesso vale ovviamente anche nell'ipotesi inversa. Il che vuol dire che si sarebbe configurato un *facio (opus*) *ut des* (*pecuniam*), pure nell'eventualità che il committente avesse preventivamente provveduto a consegnare all'*artifex* il materiale da impiegare nella realizzazione dell'opera. Per essere ancora più espliciti, volendo per un momento ignorare quanto si è prima osservato sull'irrilevanza dell'ordine di adempimento delle prestazioni nel quadro di una vicenda contrattuale costituita *consensu*, non è certo la consegna della cosa (*tabula*) l'elemento da cui dipende la rappresentazione (per così dire) schematica della vicenda stessa, quale ipotesi di *do ut facias* o *facio ut des*.[84] E d'altra parte non si

---

"*operis*" pretendesse l'impiego di materiali "forniti" dal locatore appare più una schematizzazione dei moderni che una veduta dei Romani») A. CORBINO, *Ritorni su Gai 3.147* cit., 120 ss., con ampia elencazione di esempi (tra i quali Cic., *Verr*. 2.1.146-147, Alf. 3 *a Paulo epit*. D. 19.2.30.3, Alf. 5 *a Paulo epit*. D. 19.2.31); così anche M. KASER, RPR I,[2] 570 nt. 77, il quale d'altra parte fa notare come il contratto non richiedesse necessariamente la presenza di un oggetto materiale su cui eseguire l'*opus*; tra le righe («generalmente») C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*,[10] edizione curata e aggiornata da A. Corbino e A. Metro, Soveria Mannelli 2002, 304 («L'opera consiste generalmente in un'attività relativa a una materia fornita dal locatore»); diversamente, come si è visto, C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 155, il quale a questo proposito traeva conforto dalla precisazione labeoniana di *opus* che si legge in Paul. 2 *ad ed.* D. 50.16.5.1 (*'opere locato conducto': his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci* ἀποτέλεσμα *vocant, non* ἔργον*, id est ex opere facto corpus aliquod perfectum*'), ove si pone una corrispondenza con il sostantivo greco nel senso di *corpus aliquod perfectum*, anziché con la più generica voce ἔργον; negli stessi termini, per la manualistica, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*,[3] Palermo 2006, 471.

[83] Così invece, ma in assenza di qualunque elemento concreto, C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 198: «dans l'hypothèse *do ut facias*, l'auter de la da dation a fourni sa chose».

[84] Non tiene conto di questi aspetti, in termini che ne compromettono l'intero ragionamen-

può certo pensare che la consegna della *res* costituisse parte (del contenuto) dell'obbligazione del committente:[85] la quale rimane unicamente quella di pagare la *merces*.

Se non vi è dunque ragione per ritenere che Paolo potesse non concedere le stesse azioni *locati conducti*, neppure vi è motivo per credere a un intervento manipolativo,[86] di cui sfuggirebbe peraltro il senso.[87] Al più si potrebbe ipotizzare un intervento di sunteggiatura[88] o magari anche un guasto sul piano della

---

to, C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 198, il quale peraltro alla fine, con un vero capolavoro, finisce per bocciare la sua stessa congettura, con un giudizio peraltro molto severo, spacciandola di fatto per il punto di vista del giurista severiano («Si tel est le motif de Paul, ce que son laconisme ne me permet pas d'affirmer absolument, ce motif est-il sérieux? est-il rationnel? non. Et en effet la formation du contrat de louage n'implique pas, comme condition nécessaire, que la chose ait été remise et livrée; il suffit qu'elle doive l'être, puisque le contrat est consensuel»).

[85] Così invece M. MARRONE, *Istituzioni*[3] cit., 471.

[86] In questo senso invece F. LITTEN, *Zum dolus-Begriff in der actio de dolo*, in *Festgabe für K. Güterbock*, Berlin 1910, 275, su cui pesava però il preconcetto di un impiego dell'azione *de dolo* rigorosamente circoscritto alla repressione del solo dolo negoziale; sempre per l'interpolazione B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis*, Palermo 1913, 104, per il quale troverebbe qui applicazione l'idea bizantina dell'*a. de dolo* come azione generale che compete «ogni qual volta si abbia un agire contrario alla bona fides»: quella che l'autore sulla scia di Mitteis (L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 320), ma in un ordine di idee opposto, chiama «azione generale di equità»; G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova 1937, 241 s.; sempre per la manipolazione, ma in assenza di solide basi testuali, P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 372 nt. 4, il quale, in definitiva, fondava integralmente la propria diagnosi sulla semplice omissione del termine *actio* nel tratto '*et ideo de dolo dabitur*'; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*,[12] Napoli 1954, 317; («die actio de dolo ist hier den Kompilatoren zuzuschreiben») M. NÄF-HOFMANN, *Zur objektiven Ausweitung der actio de dolo im römischen und gemeinen Recht*, Winterthur 1962, 33 ss., anche qui senza argomenti seriamente apprezzabili. Per la genuinità vd. già L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 319 nt. 15; più recentemente A. WACKE, *Sul concetto di 'dolus'* cit., 34; ID., *Zur dolus-Begriff der actio de dolo*, in RIDA 27, 1980, 378 e ivi nt. 78; esclude un'alterazione anche C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 99 nt. 170. Nella sostanza, l'eventualità di un intervento propriamente interpolazionistico era scartata anche da C. MAYNZ, *Cours* 2 cit., 308 nt. 8, il quale pensava al più a un errore di valutazione da parte dei commissari («il n'est pas impossible […] que les compilateurs aient erronément transformé en règle générale la décision de Paul»).

[87] Evidenzia l'incongruenza del brano rispetto alle teoriche bizantine, soprattutto in tema di contratti innominati, P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 206 s., il quale pensa pertanto a una svista da parte dei compilatori o al più a un mero intento storico-documentativo: sul pensiero dello studioso vd. anche nt. 89.

[88] Uno spunto in tal senso si trova in R. FERCIA, *Il fieri* cit., 66 nt. 160 («Al riguardo, non escluderei che nel fr. 5.3 il problema del '*facio ut des*' fosse preso in considerazione in termini più

tradizione testuale, a seguito del quale sia saltata la parte del brano in cui Paolo si trovava ad affrontare la specifica ipotesi del *facio ut des* di *factum quod locari solet*.

C'è però un'altra e più probabile spiegazione. È cioè possibile che il giurista severiano non abbia espressamente preso in considerazione tale ipotesi, non avendo essa, nell'ambito di un rapporto contrattuale consensuale, proprio per le ragioni che si sono chiarite, una effettiva autonomia concettuale, avendo qui, l'espressione *do ut facias* (*facio ut des*) valore meramente descrittivo del profilo economico dell'operazione, al pari, come si è detto, dell'espressione *pecuniam dem, ut rem accipiam* del § 1.[89] Ciò significa che la soluzione contenuta nel § 3 non va riferita ad ogni ipotesi di *facio ut des*, ma (solo) a quelle che avessero ad oggetto un *factum quod locari non possit*.[90] È solo per questa ipotesi che Paolo concede l'*a. de dolo*, con una soluzione che comunque suscita (e ha suscitato) perplessità, non essendo chiaro il motivo per cui il giurista non avrebbe dovuto concedere l'azione contrattuale atipica (*a.p.v.*), alla quale egli pure mostrava di far ricorso per gli stessi rapporti ad attuazione invertita (*do ut facias*, di *factum quod locari non possit*). Di questo aspetto ci occuperemo però più in là.[91] Basti per il momento osservare che il § 3 pone delicati interrogativi, non risolvibili nell'ambito di un'interpretazione generalizzante della soluzione indicata dal giurista severiano. Per le ragioni in parte già esposte e per ciò che si dirà, si deve piuttosto ritenere che la concessione dell'*actio de dolo* non esaurisse il ventaglio di strumenti posti a tutela delle vicende negoziali aventi ad oggetto opere non locative.[92] Per quelle locative, come si è detto, non vi era ragione per non con-

---

ampi di quanto ci è pervenuto»), in un contesto di indagine che tralascia però di affrontare la questione della configurazione dogmatica delle vicende di *facio ut des* aventi ad oggetto opere locative, per concentrarsi sul solo problema della tutela dei rapporti (di *facio ut des*) relativi a opere non locative.

[89] Uno spunto in tal senso può trovarsi, come si è visto (*supra* nt. 75), in H. DONELLUS, *Commentarium ad Titulum Digestorum, de Praescriptis verbis et in factum actionibus. Cap. V*, in *Opera* X cit., 1225.

[90] Così, in qualche modo, in un ordine di idee che tende però ad attribuire la formulazione della soluzione a un impacciato glossatore postclassico, P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 203 ss., con la differenza che, a detta dell'autore, la concessione dell'*a. de dolo* non avrebbe riguardato soltanto l'ipotesi del *factum quod locari non potest*, ma anche le ipotesi che «non possono rientrare nella locazione, o perché non v'ha *merces* costituita da *pecunia* (D. 19.5.16 § 1) o perché la *merces* non è determinata (D. 19.5.22)».

[91] In proposito vd. *infra* cap. V § 1.1.

[92] Un'apertura rispetto all'ipotesi che in origine la decisione di Paolo si riferisse a un caso

cedere le azioni a tutela del contratto di locazione (*a. locati*, *a. conducti*).

Ciò ovviamente non significa, è bene ribadirlo, che occorra prendere in considerazione l'ipotesi di una diagnosi di tipo interpolazionistico.

3. *Actio in factum* e *actio de dolo*: per un raffronto tra Paul. 5 *quaest*. e Ulp. 4 *ad ed*.

Anche se fra le molte incertezze evidenziate o anche solo segnalate, il testo rappresenta un'ulteriore conferma del fatto che le soluzioni elaborate in seno alla giurisprudenza (o almeno da parte di essa) con riferimento alla questione della tutela di fattispecie contrattuali atipiche non erano affatto improntate a un atteggiamento unitario.[93] Esse piuttosto, pur muovendosi all'insegna di una innegabile tendenza sistematrice, dipendevano concretamente dalla specificità delle varie ipotesi esaminate, in una prospettiva che, almeno all'apparenza, parrebbe tener conto congiuntamente del duplice profilo strutturale e causale, in una misura variabile e comunque non facilmente predeterminabile.[94]

Il dato evidenziato è già di per sé significativo, in quanto rafforza l'eventualità che la soluzione giulianea riferitaci in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 potesse essere maturata con riferimento a un caso specifico, o magari rispetto alla sola

---

specifico (magari analogo a quello affrontato in Pomp. 22 *ad Sab.* D. 19.5.16.1) si rinviene in C. MAYNZ, *Cours* 2[3] cit., 307 s. nt. 8, il quale, come si è accennato, addebitava a un maldestro intervento dei commissari il tono generalizzante con cui è formulata la soluzione paolina; per l'esclusione di una generalizzazione della soluzione vd. di recente R. FERCIA, *Il fieri* cit., 66 nt. 160.

[93] L'assenza di un'impostazione propriamente sistematica è già opportunamente evidenziata in C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 195, 233: «Les jurisconsultes […] n'arrivaient pas à un système».

[94] Eloquente a tal proposito sembrerebbe rivelarsi, come si è appena visto, l'atteggiamento assunto da Paolo con riguardo ai negozi del tipo *facio ut des*, rispetto ai negozi di *do ut facias*, in cui il momento strutturale, o per meglio dire della sequenza temporale delle attribuzioni patrimoniali, sembrerebbe (apparentemente) acquisire un rilievo senz'altro preponderante rispetto a qualsiasi valutazione legata agli aspetti propriamente causali delle varie fattispecie a esso riconducibili: così già J. CUJACIUS, *Notae Ad librum XIX* cit., in *Opera* III cit., 456 («Si simile est, est simile locationi: sed nec locationi simile est: nam spectandum semper est, quis det initium contractui, et quo verbo […] *do ut facias*, recte comparatur locationi. At *facio ut des*, non potest locationi comparari, nam hac forma numquam fit locatio»). Con conseguenze peraltro di non poco rilievo sulla questione dell'azionabilità della pretesa atipica al di fuori di ogni preventiva esecuzione, che, com'è noto, torna ad essere estremamente dibattuta. In proposito vd. però quanto si osserverà *infra* cap. V § 1.1.

ipotesi di evizione, così come suggerito da Giffard. Prima di fare ogni valutazione in tal senso, è innanzitutto necessario tornare a esaminare la parte conclusiva del § 2. Si è già accennato che l'opinione di Giuliano è qui riportata in termini che presentano significativi punti di divergenza rispetto al quadro tratteggiato da Ulpiano nel più volte richiamato Ulp. 4 *ad ed.* Occorre adesso valutare quali considerazioni possano trarsi dalle diverse, ma anche più dettagliate, informazioni forniteci da Paolo: e soprattutto se da queste potranno ricavarsi elementi utili a sostegno della congettura dello studioso francese, anche con riferimento all'ipotesi di un'adesione paolina all'indirizzo giulianeo.

È il caso dunque di tornare a leggere

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>.*

A dar credito sino in fondo alla testimonianza di Paolo, la soluzione messa a punto da Giuliano sarebbe stata ben differente rispetto a quella riportata da Ulpiano e oggetto della *reprehensio* di Mauriciano. Più precisamente il giurista adrianeo avrebbe prospettato l'impiego di un'azione civile decretale (*actio in factum civilis*) in concorso, peraltro, con l'*actio de dolo*, a seconda che il primo esecutore fosse stato o meno consapevole dell'altruità del servo per il quale egli aveva compiuto atto di trasferimento in favore dell'*accipiens*.

La profonda discrepanza rispetto al brano ulpianeo non poteva passare certo inosservata. A richiamare l'attenzione già dei primi interpreti,[95] non fu solo la maggiore articolazione degli strumenti processuali approntati, ma anche e soprattutto il ricorso all'azione civile (*a.p.v.*) anziché all'*actio in factum* pretoria. L'antinomia era così dirompente che in molti provarono a sanare il contrasto tra i due brani azzardando congetture di ogni genere,[96] più o meno fantasiose, nel disperato[97] tentativo di salvare entrambe le soluzioni. Taluni ipotizzarono

[95] Per un'efficace sintesi delle diverse ipotesi esplicative emerse nel dibattito storiografico meno recente vd. W. CURTIUS, *Dissertatio* cit., 13 s.

[96] Per una valutazione d'insieme vd. J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor. Liber secundus. Sectio I. De contractibus innominatis, et actione praescriptis verbis. Liber II. Sectio I. Cap. X. Actionem praescriptis verbis, quae ex permutatione oritur, habere effectus actionis ex empto. Nn. 4 ss.* cit., 204 ss.; C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 103.

[97] Così, con un modo di esprimersi che richiama alla mente l'*opus desperatum* […] *caelesti favore* di Giustiniano (const. *Imperatoriam* § 3), G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis et tran-*

che Paolo avesse malamente attribuito a Giuliano la critica a lui mossa da Mauriciano, con un fraintendimento davvero troppo grossolano per essere ritenuto verosimile.[98] Altri ritennero che Giuliano avrebbe genericamente discusso di *actio in factum* e Mauriciano avrebbe erroneamente pensato all'*a. in factum* pretoria. Equivoco nel quale sarebbe incorso, per il tramite di Mauriciano, anche Ulpiano, ma non il più scrupoloso Paolo,[99] che non si sarebbe accontentato di ricostruire l'opinione di Giuliano sulla base del solo (ed ambiguo) testo utilizzato da Mauriciano e Ulpiano, ma si sarebbe al contrario impegnato in una più ampia e approfondita lettura dell'opera del giurista adrianeo: circostanza che gli avrebbe consentito di coglierne l'effettivo pensiero.[100] Secondo altri ancora, Giuliano si sarebbe occupato in due diverse occasioni della stessa fattispecie, manifestando due differenti opinioni, magari sotto la suggestione della critica rivoltagli da Mauriciano: di qui le discordanze tra le testimonianze di Paolo e Ulpiano(-Mauriciano) che avrebbero attinto, appunto, alle due tradizioni di pensiero o per meglio dire ai due diversi stadi evolutivi del pensiero del giurista.[101] A detta di altri, infine, Paolo avrebbe citato Giuliano solo nel tratto '*Si sciens-scribit*', mentre la successiva precisazione circa l'esercizio dell'azione civile *in factum* rifletterebbe piuttosto il pensiero del giurista severiano.[102]

---

sactionibus liber singularis. Caput IX, in *Opera* cit., 505: «si nec mihi omnino faveat fortuna in re desperata».

[98] In questo senso M. PÖHLS, *Versuch* cit., 161.

[99] R. FULGOSIUS, *In primam Pandectarum partem Commentaria*. *Tomus primus*, Lugduni 1554, (*De pactis. Juris gentium*. 8) 77: «dicerem Mauritianum minus fideliter recitasse Julianum, Paulus melius recitavit. Nam Mauritianus putavit eum locutum fuisse de actione in factum, scilicet praetoria […] sed debet intelligi de in factum actione, scilicet civili: sic intellegerit eum Paulus melius».

[100] In questi termini («Sed Paulus ex diversis Juliani libris, hanc forte distinctionem collegit») L. CHARONDA, **ΠΕΙΘΑΝΩΝ** *seu Verisimilium. Liber secundus. Caput VII.* cit., 746 s., il quale così spiega l'origine della diversa soluzione di accordare l'*actio in factum praetoria* in Ulp. 4 *ad ed.* e l'*actio in factum civilis* in Paul. 5 *quaest.* («accepi Julianum plures libros in jure civili scripsisse […] In quorum variis locis hanc eum quaestionem tractasse probabile est. Sed cum, uno forte in loco, dandam esse in factum actionem dixisset Julianus […] existimavit Martianus, ipsum de actione in factum praetoria loqui, eumque ideo reprehendit […] Verum Paulus, qui omnes diligentius forte Juliani libros perlegerat […] intellexit Julianum de civili in factum actione loqui»).

[101] In questi termini, come si è anticipato (vol. I, cap. I § 2), E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 184 s. nt. 9, 195 s. («Wenn Paulus denseben Fall […] anders erzählte, so scheint es nach diesem gerechten Tadel modificirt worden zu sein»).

[102] Ipotesi, la cui prima formulazione, se non ci inganniamo, si deve, nel 1613, a B. PINELLUS, *Selectae iuris Interpretationes, Conciliationes & variae Resolutiones. Liber II. Caput XVI. Ad*

È inutile dire che si trattava di tentativi inevitabilmente votati all'insuccesso, destinati a non superare il vaglio delle critiche che nel corso del tempo furono loro mosse.[103]

Non miglior sorte è toccata alle ipotesi formulate da José Fernández de Retes e Gerard Noodt. Su entrambe è il caso di spendere qualche parola. Per il primo,[104] Giuliano si sarebbe occupato di tre differenti fattispecie, giungendo a tre distinte soluzioni. La prima avrebbe riguardato l'ipotesi di consapevole trasferimento di servo altrui. La seconda quella di trasferimento in buona fede di uno qualunque dei propri servi (solo in un secondo momento rivelatosi altrui). La terza, infine, l'ipotesi di trasferimento in buona fede di un servo specifico. Ebbene, nel primo caso Giuliano avrebbe concesso l'*actio de dolo*, con una decisione condivisa da Mauriciano (ma anche da Paolo e Ulpiano).[105] Nel secondo avrebbe concesso l'*a.p.v.*, seguito egualmente da Mauriciano.[106] Nel terzo avrebbe invece suggerito l'impiego dell'*a. in factum* pretoria, con una decisione che si sarebbe esposta alle critiche di Mauriciano, il quale si sarebbe piuttosto

---

Ulp. in l. iuris gentium, vers. & ideo puto, ff. de pactis. N. 17, Lugduni 1670, 214 («Iulianus approbetur à Paulo, quando datur scientia dantis servum alienum, ad concedendam actionem de dolo, & ad id tantum membrum citari; quando vero datur ignorantia, actionem civilem in factum concedit, non ex opinione Iuliani […] sed ex sua contra Iulianum»); così anche S. DE COCCEJUS, *Jus civile controversum* cit., (*Lib. XIX. Tit. V de praescriptis verbis et in factum actionibus. Quaestio I.*) 967: «ultima verba non esse Juliani, sed Pauli […] de suo addit: *si ignorans in factum civilem*»; G.A. STRUVIUS, *Syntagma* cit., (*Exercitatio XXV, § XXVII*) 1740: «verba: *si ignorans in factum civilem*, ipsius Pauli sententiam continent, & subintelligendum est: *dandam puto* […] sequitur […] Paulus sententiam Mauriciani, quem etiam alibi est secutus»; così nella sostanza anche A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 84 s., su cui vd. *infra* nt. 194; negli stessi termini, in definitiva e più di recente, C.A. CANNATA, *Labeone e il contratto* cit., 137 nt. 50; ID., *Corso* II.2 cit., 202, 208 ss. e ivi nt. 151, su cui vd. *infra* in questo stesso §. Invoca in senso contrario l'unitarietà del costrutto sul piano sintattico-grammaticale M. PÖHLS, *Versuch* cit., 163, ove più precisamente si fa notare come il gerundio '*dandam*' si riferisca a entrambe le ipotesi.

[103] Per uno sguardo d'insieme si veda M. PÖHLS, *Versuch* cit., 161 ss.

[104] J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor. Liber secundus. Sectio I. De contractibus innominatis, et actione praescriptis verbis. Liber II. Sectio I. Cap. X. Actionem praescriptis verbis, quae ex permutatione oritur, habere effectus actionis ex empto. Nn. 10-11.* cit., 206 ss.

[105] J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor* cit., 206 s.: («primus est, cum sciens, alienum esse servum […] Hunc casum Iulianus decidit, Mauritianum non improbavit»).

[106] J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor* cit., 206 ss.: «si de dando indistincte servo meo convenit, & dedi aliquem, qui evictus fuit; actionem in factum civilem, id est praescriptis verbis dandam esse existimabat […]».

dichiarato anche qui favorevole alla concessione dell'azione contrattuale.[107] Ecco così spiegato il ricorso di Giuliano all'*actio in factum civilis* in Paul. 5 *quaest.*: esso si riferirebbe, appunto, alla seconda delle fattispecie affrontate dal giurista adrianeo.

Si tratta di ipotesi non priva di ingegno, che in tempi più recenti ha fatto pure presa su qualche isolato studioso[108] ma che nel complesso appare del tutto congetturale[109] e scarsamente convincente,[110] unicamente governata dall'esigenza di risolvere a ogni costo l'antinomia tra Ulp. 4 *ad ed.* e Paul. 5 *quaest.*, per quanto, come vedremo, introduce (più o meno consapevolmente) interessanti elementi di riflessione per ciò che concerne la possibilità (già allora vivamente dibattuta) di un recupero del rapporto nelle diverse forme del *facio ut des*.[111]

Non differenti considerazioni sembra si debbano fare anche per la congettura avanzata da Noodt,[112] il quale, proprio traendo spunto dalla più articolata posizione giulianea qui testimoniata, aveva sostenuto che Giuliano non sarebbe stato ripreso da Mauriciano, per aver accordato l'*actio in factum* pretoria, cosa che per l'appunto il giurista adrianeo non avrebbe mai fatto, ma per aver piuttosto proposto una non necessaria duplicazione delle forme di intervento processuale, il cui unico vero risultato sarebbe stato quello di restringere immotiva-

---

[107] J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor* cit., 204 s.: «si Stichum dare placuit, & non alium, sed illum nominatim […] putabat non nasci actionem ex negotio, sed in factum a praetore dandam. Hanc extremam partem notavit Mauritianus, & dixit etiam in hoc casu in factum civilem incerti nasci, ut in primo senserat Iulianus».

[108] L'idea che la differenza tra Ulp. 4 *ad ed.* e Paul. 5 *quaest.* potesse dipendere dalla specificità o meno dei servi oggetto dell'accordo è stata ripresa, tra i giuristi moderni, da J. B. THAYER, *Actio praescriptis verbis* cit., 73 s.

[109] A sottolineare il carattere congetturale dell'ipotesi, formulata peraltro negli anni della gioventù («cum plene caeperam pubescere»), era del resto lo stesso J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor* cit., 206: «Ego vero […] aliam novam coniecturam meam proponere non verebor, quam duodecim ab hinc annis feci circa interpretationem utriusque loci, cum plene caeperam pubescere».

[110] Critico M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 146 nt. 404: «wenig wahrscheinlich».

[111] Sul rilievo che la specificità del servo avrebbe potuto assumere ai fini di un recupero (o riconversione) della fattispecie in termini di *facio ut des*, una volta avvenuta l'evizione, vd. *infra* § 4.1 in questo cap.

[112] G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus liber singularis. Caput IX*, in *Opera* cit., 505 s.; adesivamente vd. I. WYBO, *Dissertatio juridica inauguralis. Tribonianus ab emblematibus Wissenbachii liberatus. Cap. III. § 14*, Trajecti ad Rhenum 1729, 29 («Ego hic cum Noodt […] puto»).

tamente l'ambito applicativo dell'*actio in factum* (*civilis*) al solo caso di buona fede del primo esecutore.[113] Ciò induceva lo studioso ad apportare una correzione al testo di Ulp. 4 *ad ed.*, sostituendo *in factum* con *ex facto* o *in facto* («*Iulianus scribit*, ex facto *actionem a Praetore dandam*: vel, si mavis, *Julianus scribit*, in facto *actionem a Praetore dandam*»),[114] invocando in proposito (tra l'altro) Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.13.7 '*in facto proponeretur*'. Si sarebbe potuta, in effetti, anche mantenere la lezione contestata (*in factum*), a condizione però di intenderla nel medesimo senso («pro, in facto, vel ex facto, vel ex causa, distinguenda, sive iudicanda»), analogamente a Paul. 1 *quaest*. D. 3.5.33 '*haec disceptatio in factum consistit*'.[115]

In sostanza, la critica di Mauriciano sarebbe stata unicamente indirizzata verso la concessione dell'*actio de dolo* nel caso in cui il *dans* fosse stato al corrente (*sciens*) dell'altruità della *res*. Più precisamente, il più tardo giureconsulto avrebbe ritenuto non necessario il ricorso a tale azione, in caso di consapevolezza dell'altruità della cosa,[116] potendosi validamente agire, anche in questa circostanza, con l'*a. civilis in factum*.[117]

Si tratta di ipotesi che non sembra potersi però seguire nell'ottica della concessione di un'azione contrattuale, seppur extraedittale, secondo quanto appunto immaginato da Noodt, e che semmai potrebbe ritenersi praticabile nella diversa prospettiva della concessione di azione *in factum* pretoria, non contrattuale,[118] volta a far valere una responsabilità *ex facto* (*actione teneri*), conformemen-

---

[113] G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus liber singularis. Caput IX*, in *Opera* cit., 505: «ego mihi persuadeo Julianum fuisse a Mauriciano idcirco reprehensum: quod voluit, a Praetore ex causa sive pro re nata, dari actionem aut in factum civilem, aut de dolo: prout alienus servus sit a sciente aut ab ignorante datus».

[114] G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus liber singularis. Caput IX*, in *Opera* cit., 505: «non esse legendum, *Julianus scribit*, in factum *actionem a Praetore dandam*».

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

[116] G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus liber singularis. Caput IX*, in *Opera* cit., 505 s.: «sive sciens dedi, sive ignorans, sufficere civilem actionem praescriptis verbis, neque necessariam esse de dolo actionem».

[117] È sempre G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus liber singularis. Caput IX*, in *Opera* cit., 506, a porre una connessione con Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15, ove Ulpiano prenderebbe di mira proprio Giuliano seguito da Paolo: «quia tamen cuidam (id est, Juliano: sic opinor) aliter fedet; & hunc Paulus sequitur»: in proposito vd. *infra* cap. V § 6.

[118] In questo senso vd. già J. CUJACIUS, *Commentarius ad titulum de pactis. Ad L. Juris. gentium 7,* in *Opera* VI cit., 334 s.

te a quanto diversamente sostenuto dalla dottrina tradizionale, sulle orme di Pernice.

Proprio da questo punto di vista si deve purtroppo rilevare come l'autore avesse del tutto tralasciato di spiegare in che modo la configurabilità di un dolo negoziale, con conseguente applicabilità (a nostro avviso solo) teorica dell'*a. de dolo*, avrebbe dovuto rendere impraticabile agli occhi di Giuliano, ma non di Mauriciano (si badi bene), il ricorso all'azione contrattuale. Volendo provare a superare il silenzio dello studioso, si potrebbero astrattamente prospettare due diverse spiegazioni: o assegnare all'*a.p.v.* carattere rigorosamente residuale rispetto all'insieme dei rimedi processuali edittali, compresa dunque l'*a. de dolo*; o ancora ipotizzare che la consapevolezza dell'altruità del servo (il dolo, per l'appunto) potesse costituire un impedimento alla regolare formazione del contratto, per vizio del consenso o per assenza di *animus contrahendi*, quasi che l'intento effettivo fosse piuttosto quello di perpetrare un raggiro a scapito della controparte. Di qui l'inapplicabilità dell'*actio civilis* (*in factum*).

Invero entrambe le strade sono state percorse:[119] non da Noodt, il quale,

[119] Per la prima vd. U. HUBER, *Eunomia romana* cit., 721: «Doli actio non habet locum, ubi civilis actio competit, hanc patitur exceptionem […] Cessat actio doli, cum alia competit ordinaria civilis aut honoraria […] sed extraordinaria vaga & incerta, qualis est praescriptis verbis actio, non expellit actionem doli. Potius, ubi dolus est certus, haec incerta & extraordinaria cessat actio, ut de dolo agatur indubitato»; per via di una troppo rigida interpretazione di D. 19.5.2 (*nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est*'), anche F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 81 («mußte die generelle actio praescriptis verbis, im Falle eines erweislichen offenbaren Dolus, der speciellen actio doli weichen»), 99 s. («wenn offenbarer dolus, als der Grund der speciellen actio doli, vorhanden ist, die generalis actio praescriptis verbis nach L. 2. D. *de praescr. verb*. wegfallen, und die actio specialis doli derselben vorgezogen werden muß»); così anche, almeno nell'ottica di Giuliano, seguita da Pomponio e Paolo, E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 195 («Pomponius aber und vor allem Paulus erklären sich für die Meinung des Julian, der nur in Fall eines Nichtdolus die actio in factum civilis […] ertheilt, und in so fern die actio de dolo in dasselbe Verhältniß zur actio in factum civilis, wie zur actio in factum praetoria setzt»); J.J. ENSCHEDÉ, *Dissertatio* cit., 43 nt. 2, che adduce a sostegno Ulp. 42 *ad Sab*. D. 19.5.15 («oriri potest *actio civilis praescr. verbis*; tum demum, inquit Ulp., etiam in casu proposito *doli actio* locum habet, quando apparet reum *dolo* agere; nam tunc non deficit prodita et vulgaris actio»): ciò portava l'autore a ritenere che il contrasto di opinioni tra Giuliano e Mauriciano avrebbe riguardato il solo caso di evizione del servo dato in buona fede. Per la seconda spiegazione vd. già («cum autem rem alienam sciens do, animum contrahendi non videor habere, sed decipiendi, ideoque ex parte mea gestus contractus non videtur») J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor*. *Liber secundus. Sectio I. De contractibus innominatis, et actione praescriptis verbis*. *Liber II. Sectio I. Cap. X. Actionem praescriptis verbis, quae ex permutationem oritur, habere effectus actionis ex empto. nn. 5 ss.* cit., 204 s., il quale, come

come si è appena detto, non ha affrontato in alcun modo la questione.[120] Nessuna delle due ha portato però a risultati convincenti. Quanto alla prima, sarà sufficiente osservare come essa sia legata a una rigida e poco credibile interpretazione del già richiamato Cels. <3> 8 *dig.* D. 19.5.2 ('*cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est*'),[121] che prova a far leva, in sostanza, sulla natura edittale dell'*actio de dolo* e che non tiene per lo meno conto di Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.9.3.[122] In realtà a valere è proprio il principio opposto: in presenza di contratto, ancorché atipico, non poteva esservi spazio per la sussidiaria *a. de dolo*.[123]

---

si è visto, distingue questa prima ipotesi, la cui soluzione sarebbe stata seguita da Paolo, ma anche dallo stesso Mauriciano («quem probat Paulus, nec improbat Mauricianus»), rispetto a quella in cui invece *Ego* non sarebbe stato al corrente dell'altruità del servo e nell'ambito della quale non si sarebbero posti i denunciati inconvenienti sul piano della volontà contrattuale («quo casu constat, me habere animum contrahendi»). Tra gli studiosi moderni l'idea sembra aver fatto presa su J. KRANJC, *Die actio* cit., 439 s. nt. 15 («Die Absicht des *tu* war, den *ego* zu betrügen und nicht mit him einen Vertrag zu schließen»). Sempre per un'incidenza del dolo sulla formazione del contratto, ma senza una specifica motivazione, vd. ancor prima C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 55 («l'inexécution de la dation résulte d'un dol commis *ab initio* […] le dol empêche la formation du contrat»).

[120] Nulla si trova appunto in G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus liber singularis. Caput IX*, in *Opera* cit., 505 ss.

[121] Critico («aberrasse videantur, qui actionem de dolo praescriptis verbis actioni praecedere dicant») A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 82; ancor prima J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera* VII cit., 1316 s., su cui vd. *infra* nt. 157. Ulteriori indicazioni *infra* in nt. 123.

[122] La notazione risale già a A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 82 nt. 15. Sulla genuinità della soluzione, che vede qui Pomponio concedere l'*a.p.v.*, non sussistono oggi più dubbi e del resto lo stesso O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 144, si limitava ad espungere la sola parola *actione* (praescriptis verbi <actione> agi); tra gli studi più recenti vd. M. TALAMANCA, *Note su Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.9.3* cit., 205 ss.; A. BURDESE, *In margine a D. 4.3.9.3* cit., 37 ss.; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 164 ss.; M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli 2008, 55 ss. In senso contrario e per un probabile originario riferimento a un'*actio in factum* vd. invece P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 318 ss.; seguito da P. VOCI, *La dottrina* cit., 253 e ivi nt. 1; A. GUARINO, Rec. a B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in Labeo 8, 1962, 277.

[123] In questo senso giustamente G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 165; più recentemente C.A. CANNATA, *Labeone*, *Aristone* cit., 82 s.; C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 157, senza che però nessuno degli ultimi due autori si sia preoccupato di valutare la possibilità di un'incidenza del dolo sulla formazione del contratto e dunque sull'esperibilità dell'azione da questo scaturente (*a. civilis in factum*). Sulla decisione paolina (da molti ritenuta un nodo insolubile, che, secondo un'efficace immagine solitamente attribuita a Paolo di Castro, neppure Paolo sarebbe

3.1. Dolo e formazione del contratto nelle vicende negoziali tutelate con *iudicia bonae fidei*. Dolo incidente e dolo essenziale: Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7 pr.

Quanto alla seconda, occorre qualche considerazione in più. Il tema del rilievo dei vizi della volontà (e del dolo in particolare) sulla formazione del contratto, si sa, attirò l'attenzione degli interpreti di diritto comune, i quali non seppero resistere alla tentazione di proiettare su di un piano sostanziale aspetti e

---

stato in grado di sciogliere: *infra* in questa stessa nt.) si erano invece a lungo interrogati gli autori di diritto comune, che in varie occasioni avevano lamentato i possibili profili di incoerenza col carattere sussidiario del rimedio pretorio. Interessante da questo punto di vista si rivela la testimonianza di A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. Lib. XIX tit. V. Ad l. Naturalis. Ad § 2. At cum do ut facias*), 652: «Quod si contra me scientem civilis actio in factum id est Praescriptis verbis locum habere potest, quomodo locus esse poterit actioni de dolo, quam diximus non nisi in subsidium & qualibet alia deficiente dandam esse? Dici certum non potest quantum hic se torqueant & antiquiores & recentiores interpretes, adeo ut putet Castrensis, nec si Paulus ipse revivisceret, futurum tamen ut nodum hunc posset dissolvere». Proprio questa fu una delle ragioni che, in aggiunta ovviamente al diverso quadro informativo di Ulp. 4 *ad ed*. D. 2.14.7.2, alimentò i sospetti sull'impiego qui dell'*actio in factum civilis*, favorendo il nascere delle prime diagnosi interpolazionistiche: sulla questione vd. sempre A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. Lib. XIX tit. V. Ad l. Naturalis. Ad § 2. At cum do ut facias*), 652. A questo proposito è bene però precisare che a essere presa di mira da Paolo di Castro era in realtà la concessione dell'azione civile a favore del contraente evitto (senza dolo) per un caso che egli riteneva (per lo meno dal punto di vista del contraente evitto) come un'ipotesi di *facio ut des*, per la quale, dunque, stando sempre a Paolo, non si sarebbe potuto fare ricorso ad alcun rimedio civile ('*Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur*'). In sostanza ad essere denunciato era un incongruo impiego dell'azione contrattuale rispetto a quanto affermato nel successivo § 3: nulla a che vedere, quindi, con la questione della sussidiarietà dell'*a. de dolo*, secondo quanto lascerebbe intendere Faber. Vale la pena leggere direttamente il pensiero di P. CASTRENSIS, *In secundam Digesti veteris partem Commentaria*, Lugduni 1583, (*De praescriptis verbis & in factum actionibus. Lex V. § at cum do ut*), 140: «datur actio de dolo illi qui fecit contra illum, qui non perfecte dedit: quia ex parte sua dicitur, facio ut des, nimirum si datur actio de dolo, quando adversarius fuit in dolo […] si non est in dolo, saltem datur actio praescriptis verbis licet ex parte ipsius sit facio ut des, quod videtur contra tex. sequentis § ubi […] in facio ut des nulla est civilis actio […] quia valde difficile est sustinere istos textos & si Iurisconsultus revivisceret, haberet laborem». Va anche detto che ai rilievi critici qui riportati Faber faceva in effetti riferimento, ma come se si trattasse di considerazioni aggiuntive («praesertim»): A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. Lib. XIX tit. V. Ad l. Naturalis. Ad § 2. At cum do ut facias*), 652: «[…] praesertim cum in §. seq. statim subiciiat […] nullam esse civilem actionem».

questioni di natura prettamente processuale, strettamente attinenti alle differenti tipologie di programma di giudizio adoperati. Si finì così per prospettare una diversa incidenza del dolo sulla validità del contratto in ragione dello strumento di tutela processuale approntato. Nullità in caso di contratto di buona fede (*rectius*: tutelato con azione di buona fede),[124] la semplice annullabilità in caso di contratto c.d. di stretto diritto: ciò perché, come si può intuire, il fatto del dolo non avrebbe, *iure civili*, consentito al giudice di respingere la pretesa dell'attore (autore del dolo), occorrendo a tal fine un apposito intervento pretorio, quale l'inserimento dell'*exceptio doli* all'interno del programma di giudizio. Sul punto la dottrina fu unanime. Al più si discusse se al principio della nullità dei contratti di buona fede si dovesse assegnare portata generale, riguardando così ogni ipotesi di raggiro,[125] o se piuttosto dovesse valere per i soli casi di dolo essenziale (o c.d. *causam dans*), con un'ipotesi che finì per imporsi, come proprio adesso avremo modo di vedere, grazie soprattutto a Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7 pr.

La questione non fu priva di riflessi sull'interpretazione del brano di Paolo. Se alcuni, come si è detto, pensarono alla nullità del contratto per mancanza di una seria volontà negoziale, altri lamentarono l'assenza dei presupposti necessari per la configurazione di una nullità da dolo, trattandosi, si disse, di vicenda contrattuale tutelata da azione di stretto diritto,[126] essendo tali (per lo più) allo-

---

[124] Per la nullità dei contratti di buona fede in presenza di *metus* o dolo vd. H. DONELLUS, *Comm. de jure civili Lib. XII. Caput VII § XII,* in *Opera* III cit., 482: «Nam in bonae fidei contractibus si quis vi coactus sit […] ipso iure nulla est obligatio […] Et certe in eo, qui dolum deceptus est in hoc, ut idem faceret, nulla est venditio, ut diserte traditur in *L. et eleganter*, in princ. *D. de dol.*»; sul punto e sull'influenza della dottrina canonica vd. G. RENARD, *L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen âge*, in NRHD 17, 1903, 214 ss., 327 ss.; A. COSTA, *La nullità della sentenza e la 'querela nullitatis' nella storia del processo italiano*, in RISG 57, 1916, 219 ss.; G. FRANSEN, *Le dol dans la conclusion des actes juridiques selon le droit canonique du moyen age*, in Ephémérides Theologicae Lovanienses 21, 1944-45, 61 ss.; ID., *Le dol dans la conclusion des actes juridiques. Évolution des doctrines et système du code canonique*, Gembloux 1946; O. ROBLEDA, *La nulidad del acto jurídico*, Roma 1964; per un'attenta ricostruzione dei percorsi dottrinali che in materia di errore portarono alla messa a punto della categoria dell'annullabilità vd. M.J. SCHERMAIER, *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*, Wien-Köln-Weimar 2000.

[125] In questo senso ad es. G. NOODT, *De forma emendandi doli mali, in contrahendis negotii admissi, apud veteres, liber*, Lugduni Batavorum 1709, (Caput III, VII) 12 ss., 32 ss.

[126] Si veda sul punto A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. L.5 § 2*), 652, dove, sull'esempio di Accursio, si prendono le distanze da quanti erano per la concessione dell'*a. de dolo*, sul presupposto della nullità del contratto, rimproverando loro di non aver tra l'altro (*infra* nt. 149) tenuto

ra considerate le applicazioni dell'*a.p.v.* diverse da quelle indicate in I. 4.6.28 (*a. de aestimato*, *de permutatione*).[127] Non è il caso di insistere sul fatto che si tratta di considerazioni oggi non più riproponibili e comunque non corrispondenti al punto di vista della dottrina maggioritaria, che com'è noto pensa a un modello di giudizio di buona fede (almeno per l'*a.p.v.*).

Conta piuttosto osservare che tra le conseguenze più evidenti di questa commistione tra diverse logiche argomentative vi fu quella di elevare al rango di regola generale singole soluzioni processuali attente all'esito concreto del giudizio e dunque al ruolo (di attore o convenuto) che il contraente raggirato avrebbe assunto nel processo, più che a una specifica valutazione della validità del rapporto sottostante,[128] senza considerare gli effetti paradossali che ciò avrebbe comportato in termini di ridotta tutela del *deceptus*, che si sarebbe visto così sottratta la possibilità di ricorrere all'azione contrattuale.[129]

Come si appena accennato, un ruolo centrale per la teoria della nullità del contratto (di buona fede) ha assunto Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7 pr., notissima e

---

conto della natura di stretto diritto dell'*a.p.v.* qui impiegata: «Sed […] errant alij […] existimantes in hac specie ideo dari actionem de dolo, quod contractus ipso iure nullus est, quippe cui dolus causam dedisse […] nec illud quoque verum est, dolum qui causam dedit contractui stricti iuris, facere posse ut eiusmodi contractus sit ipso iure nullus quod ius proprium est contractuum bonae fidei […] sed tantum ut annullandus sit, quomodo nostri loquuntur, per exceptionem doli […] Hic porro contractus de quo agimus […] stricti iuris est»; nello stesso ordine di idee vd. A. GOVEANUS, *Variarum Lectionum Iuris Libri duo*. *Liber secundus. Caput 27*, in *Novarum declarationum* cit., 283 («Neque est quod quisquam dicat, actionem de dolo in eum dari […] quia contractus nullus sit […] Id enim in contractibus bonae fidei vere dicitur: at contractus hic innominatus, Do ut facias, stricti iuris est»).

[127] In proposito vd. vol. I, cap. I § 1. Tra gli studiosi moderni ha provato a riprendere l'idea di una delimitazione del carattere di buona fede alle sole azioni *ex permutatione* e *de aestimato*, com'è noto, G. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria* cit., 152 ss., 178 ss., con un tentativo che è rimasto però isolato: sulla questione vd. vol. I, cap. III § 5.

[128] Nega correttamente un'incidenza del *dolus in contrahendo* sulla validità o efficacia del contratto M. TALAMANCA, v. *Vendita (dir. rom)* cit., 438 s., il quale argomenta, tra l'altro, dall'esperibilità a tal fine dell'azione contrattuale, la quale presuppone «esistente ed efficace il contratto nel suo complesso»; in questo senso già L.J. NEUSTETEL, *Bonae fidei negotia* cit., 23, 56 ss., con svalutazione della distinzione tra dolo incidente e *causam dans*; sul punto vd. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* IV cit., (§§ 293-295) 113 ss.

[129] Un appunto in tal senso può già rinvenirsi in M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 146 nt. 404, il quale opportunamente osserva come a maggior ragione si sarebbe dovuto ammettere l'azione contrattuale in favore del contraente evitto nel caso di Paul. 5 *quaest.* § 2, di fronte a una consapevole reticenza da parte del primo esecutore («*Tu* […] klagen konnte, dies umso mehr in Falle eines vorsätzlichen Verhaltens des *Ego* gelten»).

tormentata testimonianza,[130] sulla quale è stata in larga misura costruita la distinzione tra dolo incidente e dolo essenziale (o *causam dans*).[131] È il caso di riportare il brano

Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7 pr.: *Et eleganter*[132] *Pomponius haec verba 'si alia actio non sit' sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si*

---

[130] Per la letteratura più risalente vd. A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. L.5 § 2*) 652; K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* 3[7] cit., (§ 605) 278 ss.; S. SOLAZZI, *Studi sull"actio de peculio'* (II), in BIDR 18, 1906, 242, nt. 1; G. BESELER, *Einzelne Stellen*, in ZSS 45, 1925, 435; G. LONGO, *Contributi* cit., 21 ss.; C. VAN OVEN, *D. 4.3.7, pr. Contribution à l'histoire du dol dans les conventions,* in *Studi in memoria di E. Albertario*, Volume I, Milano 1953, 273 ss. Tra gli studi più vicini ai giorni nostri si segnalano A. WACKE, *Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum?*, in ZSS 88, 1971, 111 ss.; ID., *'Circumscribere', gerechter Preis und die Arten der List*, in ZSS 94, 1977, 237 ss.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, Volume I, Milano 1973, 11 ss.; B. KUPISCH, *In integrum restitutio* cit., 250 ss.; M. KASER, *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus*, in ZSS 94, 1977, 144 nt. 158; A. D'ORS, *Una accion de dolo dada al menor contra su esclavo manumitido: una revision de Ulp. 4.3.7 pr. y 4.4.11 pr.*, in SDHI 46, 1980, 31 ss.; G. MACCORMACK, *Dolus in decisions of the mid-classical jurists (Iulian Marcellus)*, in BIDR 156-157, 1993-94, 88; E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum'* 2 cit., 260 ss.; ID., *I casi e la regula: una dialettica incessante*, in L. VACCA (a cura di), *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC* (Roma, 22-23 febbraio 2013), Napoli 2014, 69 s.; ID., *I segni di una tecnica. Alcune considerazioni attorno a rigore terminologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani*, in AUPA 59, 2016, 111 ss.; M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo* cit., 71 ss.; T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam'* 2 cit., 627 ss.

[131] Molto efficaci, al riguardo, le parole di G. NOODT, *De forma emendandi* cit., (*Caput XIV.*) 112, che bene esprimono da altro punto di vista lo scetticismo dello studioso («illecebra») sul rilievo dogmatico della distinzione («in ea est caput ac fons ex quo profuxit illecebra distinctionis doli mali, dantis causam contractui bonae fidei»). Sulla questione si rinvia a F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* IV cit., (§§ 293-295), 113 ss.; K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* 3[7] cit., (§ 605) 274 ss., con accurato ragguaglio sulla letteratura più risalente; per l'estraneità della distinzione per il diritto romano vd. soprattutto B. BIONDI, *Dolus causam dans e incidens*, in *Nota Appello Torino 27 dicembre 1910* = ID., *Scritti giuridici. III. Diritto romano, diritto privato*, Milano 1965, 301 ss.; ID., *Studi sulle actiones arbitrariae* cit., 91 s. nt. 4; per la letteratura recente vd., da ultimo, T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità* cit., 653, ove si esclude una formale «concettualizzazione delle due *species* identificabili all'interno del dolo».

[132] Ritiene che l'avverbio esprima l'apprezzamento ulpianeo nei confronti del canone interpretativo fissato da Pomponio, avendo questo rappresentato «un maturo punto d'approdo […] del precedente lavorio interpretativo», E. STOLFI, *I casi e la regula* cit., 67 s.

minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem (hoc[133] *enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit) aut*[134] *nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est. et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere*.

Nell'ambito di una più generale trattazione sul principio di sussidiarietà dell'*a. de dolo*, Ulpiano passa ad esaminare il caso della vendita di uno schiavo (con peculio) da parte del proprietario minore di 25 anni, raggirato dallo stesso schiavo poi liberato dal compratore,[135] per il quale Giuliano concedeva l'*actio de dolo* nei confronti del servo affrancato. La deviazione è dettata dalla preoccupazione di giustificare la concessione dell'*actio de dolo* da parte del giurista adrianeo, fugando così i dubbi su un possibile contrasto con il principio di sussidiarietà dell'azione (*nec videtur huic sententiae adversari*) poco prima richiamato dal giurista severiano.[136] In realtà, osserva Ulpiano, non vi è alcuna deroga al principio, dovendosi spiegare qui il ricorso all'*actio de dolo* con l'impossibilità di in-

[133] Nell'edizione aloandrina si legge piuttosto '*sive* [hoc] enim [sic] accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit *sive* [aut] nullam esse venditionem […]'; così anche J. ROBERTUS, J. CUJACIUS, *Controversiarum libri tres*, in *Opera* II cit., (*Lib. III, cap. V*) 458; indicazioni paleografiche possono trovarsi in G. NOODT, *De forma emendandi* cit., (*Caput XIV*), 113, il quale aderisce alla versione della *Florentina*.

[134] Evidenziano come la congiunzione sia scritta tra due asterischi G. NOODT, *De forma emendandi* cit., 113 («posita particula, *aut*, inter duas stellas»); L.J. NEUSTETEL, *Bonae fidei negotia* cit., 40; C. VAN OVEN, *D. 4.3.7, pr.* cit., 284; osserva come nel *codex Florentinus* la congiunzione si trovi al di sopra della linea del testo, tra le parole *non possit* e *nullam esse venditionem*, T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità* cit., 629 nt. 37.

[135] Una volta divenuto proprietario per usucapione (*emptionis causa*) secondo E. STOLFI, *I segni di una tecnica* cit., 121 s. e ivi nt. 32, nell'ambito di una ricostruzione della vicenda concreta che sembra però lasciare troppo spazio alla congettura e che non trova comunque nel testo significativi riscontri a favore del preordinato (e astuto) «disegno» che sarebbe stato messo in atto, a detta dell'autore, dal servo: «quest'ultimo […] aveva approfittato dell'inesperienza del (primo) padrone per ottenere non solo (e non tanto) un mutamento di proprietà, ma per precostituirsi le condizioni onde acquistare la libertà (ed eventualmente anche la cittadinanza, ove l'*emptor* fosse divenuto frattanto suo *dominus ex iure Quiritium* e avesse provveduto a una delle cosiddette manomissioni civili)».

[136] Così, tra i molti, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in AUPA 28, 1961, 189; T. DALLA MASSARA, *Sulle origini del dolo incidente*, in TSDP 3, 2010, 24; E. STOLFI, *I casi e la regula* cit., 68 s.

tentare in concreto l'*a. venditi*[137] nei confronti del compratore, non essendo egli artefice dell'inganno (*hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit*),[138] e dovendosi d'altra parte escludere l'impiego della stessa azione nei confronti del servo poi manomesso, non essendo quest'ultimo parte del contratto.

Per altro verso, precisa ancora Ulpiano, la stessa azione contrattuale non sarebbe stata egualmente adoperabile, lasciando così ancora una volta spazio all'*a. de dolo*, nell'ipotesi in cui i raggiri fossero risultati determinanti sulla formazione della volontà stessa di vendere,[139] dovendosi in questo caso configurare la nullità (o se si preferisce, il mancato perfezionamento)[140] dello stesso contratto di compravendita ('[…] *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet circumscriptus est*'). Né infine poteva darsi corso all'*in integrum restitutio*, non potendosi revocare gli effetti della manomissione dello schiavo.[141]

Sulla genuinità del brano e in particolare sul tratto '*hoc enim-in integrum restitutionem*' sono stati sollevati diversi rilievi,[142] che non hanno risparmiato la

---

[137] Sulla frase *ut ex empto teneri non possit* vd. *infra* nt. 145.

[138] In questo senso giustamente T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità* cit., 632, ove conseguentemente si ammette l'esercizio dell'*a. venditi* nei confronti del compratore nel differente caso di una sua *collusio* col servo (*sic accipimus*).

[139] Sulla questione della paternità dei raggiri vd. *infra* nel testo di questo stesso §.

[140] Per la coincidenza delle due prospettive vd. T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità* cit., 658 s.

[141] Avanza sospetti sulla chiusa, non trattandosi di principio generalizzato per il diritto classico, M. BRUTTI, *La problematica* 1 cit., 23 ss., 32 ss., il quale, alla luce di Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.2.9.2, fa anzi osservare come lo stesso Pomponio fosse tra quanti ammettessero il ricorso all'*in integrum restitutio adversus libertatem* in caso di *metus*, il che porta l'autore a concludere che Giuliano avesse in definitiva optato «fra due soluzioni di diritto pretorio entrambe teoricamente possibili. La prima […] rappresentata dalla concessione di una *restitutio in integrum* […] la seconda dall'esercizio di un'*actio de dolo*». In difesa del testo vd. invece F. CURSI, *L'eredità* cit., 74 ss.; E. STOLFI, *I casi e la regula* cit., 69 nt. 175, con revisione del punto di vista sostenuto in ID., *Studi sui libri ad edictum* 2 cit., 266 nt. 83, ove si condividevano i sospetti di Brutti sull'intero tratto '*hoc enim-in integrum restitutionem*' ritenuto «pedante per un verso e contraddittorio per un altro». Da altro punto di vista si interroga sulle ragioni per cui non sia stata qui presa in considerazione una *in i. r. propter minorem aetatem* nei confronti del compratore C. VAN OVEN, *D. 4.3.7, pr.* cit., 276 nt. 1, il quale fa notare come a tal fine si rivelasse sufficiente che il minore fosse stato *captus* a causa della propria *imperitia* (Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.4.11.3, Paul. 1 *sent.* D. 4.4.48.1 '*Minor ancillam vendidit: si eam emptor manumiserit, ob hoc in integrum restitui non poterit, sed adversus emptorem quanti sua interest actionem habebit*'). Entrambe le questioni sono ai nostri fini ininfluenti.

[142] K. HELDRICH, *Das Verschulden* cit., 17; G. BESELER, *Einzelne Stellen* (1925) cit., 435;

frase '*aut-circumscriptus est*', dove sono indagate le implicazioni del dolo essenziale sulla conclusione stessa del contratto.[143]

Non è certo qui possibile impegnarsi in un esame della testimonianza e dei molti aspetti problematici che essa pone: dalla ricostruzione esatta della fattispecie presa in esame da Giuliano;[144] ai dubbi sollevati sul passaggio '*hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit*';[145] o ancora e so-

---

H.H. PFLÜGER, *Zum Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischen Recht*, München-Leipzig 1937, 24; G. LONGO, *Contributi* cit., 20 ss.; C. VAN OVEN, *D. 4.3.7, pr.* cit., 276 ss.; M. BRUTTI, *La problematica* 1 cit., 21.

[143] A mettere per la prima volta in dubbio la genuinità del brano è stato, com'è noto, G. NOODT, *De forma emendandi* cit., (*Caput XIV*.) 115 ss. («monebo, quod a nemine observatum est, verba, haec, *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptum est*, quae verba delevi, non esse Ulpiani»), il quale pensava più precisamente a una glossa rientrata nel testo, con una diagnosi che consentiva all'autore di sbarazzarsi dell'argomento principale su cui si fondava l'idea di una perimetrazione della nullità contrattuale al solo caso di dolo essenziale; così («*potius interpretis cuiusdam quam Ulpiani sit*») anche O. LENEL, *Pal*. 2.466 nt. 1; sempre per l'origine glossematica C. VAN OVEN, *D. 4.3.7, pr.* cit., 278 s., ove si pensa più nel dettaglio all'annotazione di un professore bizantino operante tra il IV e il V sec. Sembra piuttosto propendere per l'origine compilatoria B. BIONDI, *Dolus* cit., 302 nt. 2; ID., *Studi sulle actiones arbitrariae* cit., 91 s. nt. 4; contro la genuinità vd. anche B. ALBANESE, *La sussidiarietà* cit., 189; M. BRUTTI, *La problematica* 1 cit., 22 s. Prende diversamente posizione in difesa del testo T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità* cit., 646 ss., il quale è al più disposto a prendere in considerazione l'ipotesi di mere alterazioni formali («Se si può ammettere che nella forma qualcosa risulti guasto, la sostanza resta però […] affidabile»); sembra propendere per la genuinità anche E. STOLFI, *I casi e la regula* cit., 69 nt. 175; ID., *I segni di una tecnica* cit., 121 s. e ivi nt. 34, il quale d'altra parte non manca di evidenziare i dubbi circolanti in dottrina sulla genuinità del tratto in questione.

[144] Prova a sfruttare il riferimento di Ulpiano al *peculium* C. VAN OVEN, *D. 4.3.7, pr.* cit., 276, il quale arriva per questa via a ipotizzare che il raggiro del servo consistesse nell'aver ingannato il proprio *dominus* sull'effettivo ammontare del peculio, confidando nel fatto che il compratore lo avrebbe in seguito mamomesso al fine di mantenere per sé il peculio, il cui valore doveva risultare maggiore rispetto al prezzo di vendita; ipotesi rilanciata più recentemente da T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità* cit., 634 («Nel fare ciò, probabilmente, lo schiavo aveva persuaso il proprio padrone del fatto che il peculio – di per sé non costituente oggetto della vendita dello schiavo – fosse di valore inferiore a quello reale; l'acquirente avrebbe quindi realizzato un affare per sé vantaggioso liberando lo schiavo e trattenendosi il *peculium*, di ammontare superiore al prezzo della vendita»); negli stessi termini E. STOLFI, *I casi e la regula* cit., 69 s. nt. 175; soprattutto ID., *I segni di una tecnica* cit., 121 s., per il quale ciò spiegherebbe il comportamento del compratore che avrebbe prima acquistato e poi manomesso il servo («evidentemente non per spirito filantropico o premiale, ma perché a ciò indotto dalla disponibilità economica del *servus*»).

[145] A insospettire gli studiosi è stato soprattutto il riferimento ritenuto incongruente all'*a. ex empto* (anziché all'*a. venditi*), che ha fatto pensare a una nota marginale rientrata nel testo. La

prattutto alla perimetrazione dell'affermazione ulpianea '*aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*', in cui è incerto se le valutazioni del giurista severiano[146] si riferiscano alla stessa vicenda esaminata da Giuliano, in cui autore dell'inganno era il servo del venditore,[147] o se invece riguardino il differente caso in cui autore del dolo fosse il compratore, distinguendo a questo proposito, e solo a questo proposito, tra dolo essenziale e dolo incidente.[148]

---

segnalazione si trova già nella Glossa: *Glossa in Digestum vetus ad Lib. IIII, Tit. III de dolo malo*, *L. VII* cit., 247 nt. *h*); G. NOODT, *De forma emendandi* cit., (*Caput XIV*) 115. Sospetti sull'intera frase si trovano in E. HUSCHKE (†), *Weitere Beiträge zur Pandektenkritik*, in ZSS 9, 1888, 354 s. nt. 11; G. LONGO, *Contributi* cit., 22; C. VAN OVEN, *D. 4.3.7, pr.* cit., 276 ss., ove si azzarda l'ipotesi che possa trattarsi di glossa scolastica, forse anche di uno studente, tenuto conto del grossolano errore che finisce per prospettare un impiego dell'*a. ex empto* da parte del venditore nei confronti del compratore; B. ALBANESE, *La sussidiarietà* cit., 189. Per un ridimensionamento dei rilievi vd. T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità* cit., 632 s.; ID., *Sulle origini* cit., 26 s., per il quale si tratterebbe in ogni caso di glossema non incisivo sulla «logica generale» del brano; non muove rilievi sul tratto in questione E. STOLFI, *I casi e la regula* cit., 70 nt. 175, che attribuisce la precisazione ad Ulpiano («precisazione, che appare solo ulpianea»).

[146] Che si tratti di riflessione giulianea è diversamente sostenuto da L.J. NEUSTETEL, *Bonae fidei negotia* cit., 47 s., in termini che non possono però condividersi e per i quali non vale certo invocare Bas. 10.3.7, che non si vede come possa tornare utile alla soluzione della questione; sempre per un'attribuzione a Giuliano vd. P. VAN WETTER, *Les obligations en droit romain. Tome second*, Gand-Paris 1884, 142 nt. 35, secondo il quale ad Ulpiano andrebbe riconosciuta solo la paternità del precedente tratto '*hoc enim-non possit*'; più di recente C. VAN OVEN, *D. 4.3.7, pr.* cit., 277; T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità* cit., 651; da ultimo («il tenore della distinzione giulianea») E. STOLFI, *I segni di una tecnica* cit., 121 s. Se si è talvolta arrivati ad attribuire direttamente al giurista adrianeo la formulazione del periodo è in parte (e almeno in taluni casi) dipeso dal fatto che si è data per presupposta l'origine glossematica della frase '*hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit*' posta tra parentesi, in modo da ricollegare la proposizione infinitiva *nullam esse venditionem* direttamente a *Iulianus scribit*, da cui dipende la frase '*dandam in manumissum de dolo actionem*' anziché a *sic accipimus* (hoc sic accipimus: *carere* dolo emptorem […] *aut nullam esse* venditionem), con un risultato che finisce però per svilire il senso complessivo del brano e non tiene conto della stretta connessione tra le due ipotesi costituenti due segmenti dello stesso percorso argomentativo: senza contare che si renderebbe comunque necessario un intervento correttivo del brano che secondo l'attuale stesura non avrebbe alcun senso. Al riguardo vd. C. VAN OVEN, *D. 4.3.7, pr.* cit., 277 ss.

[147] Così G. LONGO, *Contributi* cit., 21; C. VAN OVEN, *D. 4.3.7, pr.* cit., 278; M. BRUTTI, *La problematica* 1 cit., 22; soprattutto T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità* cit., 651 s. («l'attività raggiratoria, ancorché posta in essere dal servo, il quale non è parte contrattuale […] ha impedito che un accordo si raggiungesse»); sulla stessa linea parrebbe anche E. STOLFI, *I casi e la regula* cit., 69 s. nt. 175; ID., *I segni di una tecnica* cit., 122.

[148] Ipotesi che ci pare nettamente da preferire, a dispetto di quanto il brano sembrerebbe lasciar intendere: sul punto ci auguriamo di poter tornare in altra occasione.

Ai nostri fini è sufficiente osservare come, anche a volere ritenere genuina la frase *aut nullam-circumscriptus est*, la nullità contrattuale avrebbe comunque riguardato la sola ipotesi del dolo c.d. essenziale. Che tale non potesse (di per sé) considerarsi la mera conoscenza dell'altruità del servo da parte del venditore al momento della conclusione del contratto,[149] risulta provato da Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.13 pr., in cui il giurista severiano ci informa di una raffinata soluzione giulianea in materia di vizi occulti, applicabile a detta di taluni anche all'ipotesi di evizione,[150] con la quale la misura del risarcimento dovuto al compratore veniva adeguata al grado di responsabilità del venditore, allo scopo o comunque col risultato di aggravare la posizione di chi avesse venduto, consapevolmente, una cosa affetta da vizi.[151]

Ciò che più conta evidenziare è che in entrambi i casi il compratore avrebbe fatto valere la propria pretesa attraverso l'impiego dell'azione spettante in base al rapporto contrattuale (*a. ex empto*), con una soluzione che indebolisce sensibilmente l'ipotesi di un'incidenza della *scientia venditoris* sulla validità del contratto. Si consideri peraltro che sull'impiego dell'*a. ex empto* per il caso di *venditor sciens* non si è mai dubitato in dottrina. Né del resto vi era motivo per farlo, essendo per sua natura il dolo in contrasto col canone di buona fede che regolava il rapporto contrattuale. Perplessità erano state piuttosto espresse sull'impiego della stessa azione nei confronti del venditore in buona fede, per quanto anche queste siano state col tempo giustamente superate.[152] Si legga il brano nel tratto in questione:

---

[149] Lo escludeva già A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. L.5 § 2*), 652: «falsum est, dolum in proposito casu dedisse causam contractui, sed incidisse potius in contractum».

[150] In questo senso, in base al successivo § 1, L. VACCA, *Sulla responsabilità ex empto del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica*, in R. FEENSTRA, A.S. HARTKAMP, J.E. SPRUIT, P.J. SIJPESTEIJN, L.C. WINKEL (a cura di), *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65e anniversaire* 2, Amsterdam 1995, 560 s.

[151] Suggerisce una relazione tra la decisione di Giuliano di diversificare l'ammontare della condanna «a seconda delle circostanze che hanno determinato l'inadempimento del venditore» e la *distinctio* serviana di Alf. 3 *dig. a Paul. epit.* D. 19.2.30 pr., relativamente a un caso di demolizione di edificio urbano da parte del locatore, in cui l'importo della condanna in sede di *actio ex conducto* è fatto dipendere dalle ragioni concrete che hanno portato all'abbattimento dell'edificio, G. ROSSETTI, *Interdipendenza delle obbligazioni e risoluzione della emptio venditio: alcune soluzioni casistiche della giurisprudenza classica*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita* 2 cit., 41 nt. 84. Sul brano di Alfeno vd. anche L. VACCA, *Sul rischio del locatore nella locatio conductio rei*, in *Studi per G. Nicosia*, VIII, Milano 2007, 316 s.

[152] Per l'interpolazione della soluzione vd. F. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache* I, Berlin 1912, 65 ss., 89 ss.; pensava piuttosto a un glossema post-

Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.13 pr.: *Iulianus libro quinto decimo inter eum qui sciens quid, aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto* rell.

Tenendo ciò presente e tornando al nostro Paul. 5 *quaest.* § 2, non ci sarebbe stato dunque alcun motivo per negare al *parens manumissor* evitto il ricorso all'azione contrattuale atipica: perlomeno non in base al fatto che il venditore fosse a conoscenza dell'altruità del servo.[153]

Non si può fare a meno, peraltro, di osservare che l'ipotesi di una differenziazione da parte di Giuliano dei rimedi processuali nel senso indicato (*a. civilis*

classico W. KUNKEL, *D. 19.1.13 pr.-2 (Miszellen)*, in ZSS 46, 1926, 285 ss., ove si ipotizza un originario riferimento all'*a. aestimatoria* edilizia; adesivamente G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova 1955, 247 ss., 253; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., 242, 360; in senso contrario, per la genuinità si vedano D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., 128 ss., 140 ss.; H. HONSELL, *Quod interest* cit., 83 ss.; M. TALAMANCA, v. *Vendita (dir. rom.)* cit., 446 nt. 1478; G. ROSSETTI, *Interdipendenza* cit., 40 ss., 50 s.; L. VACCA, *Garanzia e responsabilità. Concetti romani e dogmatiche attuali*, Padova 2010, 97 ss.; L. SOLIDORO, *'… Si vero sciens retinuit et emptorem decepit …' (D. 19.1.13 pr.): 'vizi di fatto', 'vizi di diritto' e reticenza del venditore*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Fides Humanitas Ius*, vol. VIII cit., 5290 ss.; F. PROCCHI, *Dolus e culpa in contrahendo* cit., 215 s., con richiamo, nello stesso ordine di idee, a Marcian. 4 *reg.* D. 18.1.45; ID., *Dall'id quod interest* cit., 494 s.; non avanza sospetti sull'impiego dell'azione contrattuale contro il venditore *ignorans* neppure R. FIORI, *'Bona fides'. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda)*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, Napoli 2011, 142 s. e ivi nt. 141, il quale anzi si premura di evidenziare il carattere fortemente innovativo della soluzione, anche dal punto di vista dell'interpretazione del canone di buona fede («la *bona fides* va oltre la *scientia* e diviene parametro puramente oggettivo di equilibrio contrattuale»); sul brano vd. anche M. PADOVAN, *Il danno patrimoniale* cit., 366 ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche.

[153] Ben altra questione è se la concessione dell'azione contrattuale fosse compatibile con una consegna non traslativa della proprietà nell'ambito di un rapporto (come quello di Ulp. 4 *ad ed.* e Paul. 5 *quaest.*) di regola inquadrato nel contratto a prestazione costitutiva: in proposito vd. *infra*. Una svalutazione del rilievo del profilo soggettivo si può già cogliere, anche se in un'ottica interpolazionistica, in A. AUDIBERT, *L'expression "civilis in factum"* cit., 50 s. («Si Julien donnai vraiment dans ce cas l'action civile […] quelle raison aurait-il pu avoir de ne l'admettre que dans le cas où le coéchangiste s'était cru propriétaire de la chose par lui donnée? Pourquoi celui qui aurait su n'être pas propriétaire se ne serait-il pas également obligé?»); più di recente anche in M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 146 nt. 404, per quanto l'attenzione dell'autore si concentri più sulla validità dell'atto traslativo posto in essere dal primo esecutore che sulla validità del rapporto contrattuale nel suo insieme («die Wirksamkeit der *datio* hängt nicht von einen subjektiven Tatbestand auf Seiten des Gebers ab»).

in factum, *a. de dolo*) non risulta compatibile con il dato testuale che emerge da Ulp. 4 *ad ed.*,[154] se non a costo di ricorrere, come si è visto, ad artificiose ricostruzioni testuali (*ex facto* [*in factum*] *actionem a Praetore dandam*) prive di serio supporto argomentativo. Senza contare che non ci si è preoccupati di fare chiarezza su quali basi avrebbe dovuto diversamente ammettere l'esercizio dell'azione contrattuale, in caso di dolo, Mauriciano. A questo proposito può solo dirsi che, a ben vedere, l'intera congettura di Noodt si basa sull'assenza di una oggettiva e insuperabile incompatibilità tra dolo e azione contrattuale, non potendo altrimenti trovare spiegazione l'impiego dell'*a. civilis incerti* da parte di Mauriciano prima e Ulpiano poi.

3.2. Conferma della natura pretoria dell'azione. Riflessi e prime considerazioni sulla tesi di Giffard.

Se dunque tutti questi tentativi di salvare il riferimento all'azione contrattuale, devono essere respinti, si deve invece e piuttosto concordare con la stragrande maggioranza degli studiosi nel ritenere insiticio l'aggettivo '*civilis*' che si legge oggi nel testo,[155] per quanto non sempre se ne possano condividere sino in fondo le motivazioni.[156]

---

[154] Si è già per inciso osservato (vol. I, cap. II § 3, nt. 127) come, nell'attuale versione del brano, l'ipotesi di un ricorso ad *a. in factum civilis* da parte di Giuliano si scontri con la motivazione posta a supporto della *reprehensio* mauricianea (*esse enim contractum* rell.).

[155] F. HOTOMANUS, *Coniectura de perscriptis verbis* cit., 162; G. FRANTZKIUS, *Commentarius* cit., (*Liber XIX. Titulus V. De praescriptis verbis actione. n. 40*) 641 s.; A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 91 («Daß […] daß lezte Wort […] interpoliert ist […] es ist mir ganz unzweifelhaft»); O. LENEL, Rec. a O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 181; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire*,[1] cit., 571 nt. 6; C.A. CANNATA, *Sulla divisio obligationum* cit., 66 nt. 38; ID., *Labeone*, *Aristone* cit., 82 s.; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 161 nt. 243; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 95; ID., *Actio civilis in factum* cit., 683 s., 704 s.; A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 28, 53; M. TALAMANCA, *La tipicità* cit., 100 nt. 250; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 180; S. TONDO, *Note ulpianee* cit., 453; P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 21 nt. 17; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 146 s.; M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 248, 289; M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo* cit., 88; C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche* cit., 95 nt. 200; ID., *Do ut des* cit., 156 ss.; B. SCHMIDLIN, *Das Nominatprinzip* cit., 88 nt. 63; per ulteriori indicazioni rinviamo a G. ROMANO, *Nota sulla tutela* cit., 12, 39 ntt. 166-169; da ultimo E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 291. Prende le distanze dalla dottrina maggioritaria, pronunciandosi per la genuinità (in revisione di quanto sostenuto in *Contratti innominati* cit., 203 nt. 11, 220, seppure in assenza di una anche solo embrionale analisi del brano), L.

ZHANG, *Studies* cit., 497 ss., il quale, come si è accennato (vol. I, cap. II § 3 e ivi nt. 127), pensa più precisamente ad azione decretale civile da modellarsi sull'*a. empti*, con una soluzione processuale che l'autore vorrebbe fondare sul canone di buona fede, in termini che non appaiono per nulla convincenti e che finiscono per di più per svincolare tale canone dall'ambito processuale, nel quale esso si colloca, per proiettarlo sul ben differente piano del diritto sostanziale, quasi a farne un principio dogmatico e solutivo di applicazione generale («In Julian's view, the laibility for eviction results from the violation of the principle of good faith, on the basis of which the *ius civile* is created. For this reason, an *actio civilis* shall be garanted»). Assai incerto appare anche il legame che l'autore pone tra il caso di Paul. 5 *quaest.*-Ulp. 4 *ad ed.* e il contratto compravendita, le cui analogie in verità sfuggono e del resto erano escluse dallo stesso studioso in ID., *Contratti innominati* cit., 203 e ivi nt. 111 («Data la negata somiglianza tra la fattispecie "*dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas*" e la compravendita»). Né si possono ignorare i tanti profili problematici e a tratti di scarsa congruenza che la tesi solleva, a partire dalla decisione di circoscrivere la soluzione di Giuliano di concedere l'*a. in factum* (*ad exemplum empti*) al solo caso dell'evizione («In our opinion, as a matter of fact, the *questio* (sic) arising hereof refers only to the liability for eviction, but not to how to recognize the right of the party who has already fulfilled his obligations to obtain the counter-performance in the cases "*do ut facias*" or "*facio ut des*"»). Ammesso l'impiego di una tale azione per l'evizione, non si può davvero credere che la stessa non venisse concessa anche e ancor prima al primo esecutore per l'adempimento della controprestazione.

[156] Non sembra si possa ad es. aderire a certe considerazioni sviluppate da J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 89, circa i profili di illogicità che la soluzione prospettata nel brano avrebbe comportato dal punto di vista pratico-applicativo, per via del diverso tipo di tutela assicurato dai due rimedi processuali: interesse meramente negativo con l'*actio de dolo*, interesse positivo con l'*actio in factum civilis*. Tenendo conto che nella normalità dei casi il contraente affrancatore avrebbe accettato di manomettere il proprio servo, solo se quello datogli in cambio fosse stato di maggiore valore («z. b. fur einen Sclaven, der 100 werth ist, werde ich einen anderen fordern, der 120 kostet»), e considerato inoltre che l'*actio de dolo* avrebbe condotto al solo risarcimento dell'interesse negativo ('*Pamphilum amissum non esse*'), mentre con l'*actio in factum civilis* si sarebbe tenuto conto anche dell'interesse (positivo) di '*Stichum habere*', ecco che, accettando per buona la soluzione prospettata nel frammento paolino, si sarebbe dovuti pervenire alla conclusione, (a detta dell'autore) contraria a ogni principio di ragionevolezza, per cui il contraente di buona fede, ignaro dell'altruità della cosa, si sarebbe visto costretto a pagare il valore di Stico e dunque 120, quando invece per il contraente doloso si sarebbe rivelato sufficiente il pagamento di 100, appunto il valore del servo manomesso (Panfilo). Adesivamente vedi P. BONFANTE, *Istituzioni*[5] cit., 468. Non c'è dubbio che, nei termini qui riferiti, tali perplessità sarebbero tutt'altro che infondate, così come ancora non si potrebbe accusare di esagerazione la provocazione lanciata sempre da Pokrowsky, che in proposito paragonava il quadro delineantesi da Paul. 5 *quaest.* a una goffa rappresentazione teatrale in cui, con ruoli chiaramente invertiti, «der Kläger würde versichern, sein Gegner sei ein sehr ehrlicher Mann, der Beklagte würde dagegen von sich aussagen, er sei ein doloser Schwindler!». Sennonché, anche a voler sorvolare sul carattere marcatamente postulatorio delle premesse su cui poggia il ragionamento dello studioso (e cioè che nessuno avrebbe manomesso il proprio servo se quello trasferitogli in cambio non fosse stato di maggior valore), tale ipotesi non tiene conto del fatto che la condanna in sede di *actio de*

Qualche incertezza sussiste semmai sulla natura dell'alterazione testuale, rimanendo incerto se debba pensarsi a un semplice glossema postclassico,[157] o piuttosto a una vera e propria interpolazione, secondo quanto fu a suo tempo sostenuto già da Duareno,[158] e come parrebbe in verità più probabi-

dolo, se non era certo commisurata al semplice valore di mercato del servo manomesso (il c.d. 'Sachwert'), non era però neppure esattamente calibrata sul c.d. interesse negativo, per lo meno non nella sua ordinaria interpretazione. Essa era diversamente rapportata alla stima effettuata dall'attore sotto *ius iurandum*, per un importo che facilmente avrebbe potuto avvicinarsi all'utilità economica che questi avrebbe tratto da una corretta esecuzione della prestazione concordata (interesse positivo), pur rimanendo l'azione fondamentalmente indirizzata a una neutralizzazione degli effetti economici prodottisi: in proposito vd. *infra* in questo stesso §, in particolare nt. 185.

[157] Per un glossema da imputare «imperito interpreti» vd. già A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus Lib. XIX Tit. V. Ad l. naturalis. Ad §. 2 At cum do ut facias*), 652; ancor prima J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus. Ad L. V. § 2 At cum do*, in *Opera* VII cit., 1326, il quale, prendendo le distanze dall'orientamento allora come oggi dominante che propendeva per l'origine compilatoria della locuzione – orientamento al quale, in effetti, aveva lui stesso prestato o avrebbe prestato (sull'incertezze che sussistono circa la datazione delle opere in questione o delle loro singole parti, essendo tutte postume, vd. D. ALBANENSIS, *Promptuarium* cit., XLVIII ss. nn. 45, 58, 66) adesione in ID., *In Digesta, seu Pandectas Dom. Justiniani Imperatoris Notae*, in *Opera* III cit., (*Notae ad librum II digestorum. De Pactis. Tit. XIV*) 359 («verum recte annotavit Franc. Duarenus hoc verbum, *civilem*, additum esse a Triboniano […] At imperite illud addidit Tribonianus»), ma anche in ID., *Recitationes solemnes in Librum V quaestionum Pauli*, in *Opera* V cit., 1622, sebbene in termini improntati a maggiore prudenza («interpolatus est a Triboniano, vel aliquo alio») –, riteneva più verosimile l'ipotesi di una intrusione per mano di un poco avveduto editore pregiustinianeo: «verum addo Tribonianus hoc imperite addidisset: nam si in ignorantem est actio in factum civilis: necesse est ut in scientem sit haec actio, non de dolo quae cessat, cum actio civilis est praescriptis verbis». Va detto che la difficoltà di ascrivere a Triboniano l'aggiunta '*civilem*' va messa in relazione con l'*ordo actionum* immaginato dallo studioso francese unitamente al carattere sussidiario dell'*actio de dolo* (J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera* VII cit., 1316 s.): «Primo est actio civilis, quae si est, ceterae non dantur: Deinde est actio in factum civilis, quae et utilis dicitur, et haec est praescriptis verbis, vel non. Tertio in factum praetoria quae competit ex edictis [...] Quarto est actio de dolo, quae non datur, nisi superioribus deficientibus. Ultimo est in factum praetoria, quae non ex edicto, sed ex decreto datur, in negotiis infinitis, estque subsidio etiam actioni de dolo». Tra gli studiosi moderni sembra credere a un'aggiunta postclassica P. VOCI, *La dottrina* cit., 284 s. nt. 1 («i postclassici non intendono il valore della discussione […] e quindi amalgamano le due tesi»); A. KREMER, *Die Verhältnisse* cit., 415, il quale svaluta l'ipotesi di un intervento bizantino, in considerazione del fatto che ad avvertire l'esigenza di aggiungere l'aggettivo in questione non potevano essere stati i compilatori, per il quali la locuzione *actio in factum* avrebbe assunto «die gleiche Bedeutung wie die Zivilklage»; più recentemente si orienta per un glossema pregiustinianeo R. FERCIA, *Il fieri* cit., 71 s. nt. 217.

[158] F. DUARENUS, *In tractatum de pactis, lib. Pand. II. Commentarius. VII. Ulpianus lib. IIII*

le.[159] Non sembra invece molto verosimile la congettura di un guasto prodottosi in sede di tradizione testuale, dovuto a una caduta per omoteleuto, rispetto a una originaria versione del tipo: '*si ignorans in factum<: sed ego puto omnimodo dandam in factum> civilem*'.[160] Anche in questo caso si tratta di ipotesi, certo ingegnosa, che prova a restituire un quadro omogeneo di tutele risolvendo possibili aporie nell'impianto solutivo del brano, senza però prendere in considerazione l'eventualità che siano piuttosto altri gli elementi informativi sui quali condurre un intervento correttivo. Su questo aspetto avremo modo di tornare più appronfonditamente in seguito.[161]

Per il momento è piuttosto il caso di osservare che la disparità di vedute sulle origini della corruzione del brano non ha comunque avuto incidenza sull'aspetto fondamentale della questione, visto che gli studiosi sono oggi giustamente orientati ad attribuire a Giuliano la concessione di un'*actio in factum* pretoria,[162] non essendovi peraltro alcun motivo per supporre l'adozione di una diffe-

---

ad edictum, in *Opera Omnia* cit., 41: «suspicor, Tribonianum […] verbum CIVILEM adiecisse: id satis esse ratum ad ἀντινομίαν vitandam».

[159] Per l'origine compilatoria si erano già pronunciati A. GOVEANUS, *Variarum Lectionum Iuris Libri duo. Liber secundus. Caput 27*, in *Novarum declarationum* cit., 283; U. HUBER, *Eunomia romana* cit., 719; per gli autori moderni vanno perlomeno segnalati C.F. ELVERS, *Ueber die Actio in factum civilis* cit., 336 nt. 15; A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 91 («Daß in fr. 5 § 2 cit. das letzte Wort […] interpoliert ist […] es ist mir ganz unzweifelhaft»); ID., *Zur Vertragslehre* cit., 255 nt. 4; J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 84; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 161 nt. 243; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 95; G. MACCORMACK, *Contractual Theory* cit., 146; A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 28, 53; M. TALAMANCA, *La tipicità* cit., 100 nt. 250; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 180.

[160] Così C.A. CANNATA, *Labeone e il contratto* cit., 137 nt. 50, il quale più precisamente pensa all'«omissione di un brano (di circa una riga) ad opera del copista del manoscritto fiorentino del Digesto, o anzi, più probabilmente, del redattore dell'archetipo dei manoscritti del Digesto»; posizione ribadita nel corso degli anni in ID., *Der Vertrag* cit., 68 nt. 35; ID., *Contratto* cit., 38; ID., v. *Obbligazioni* cit., 449 nt. 255; più recentemente in ID., *L'actio in factum civilis* cit., 32 e ivi nt. 45; ID., *Labeone*, *Aristone* cit., 83 e ivi nt. 130, ove si tende a svalutare l'ipotesi di un intervento da parte dei commissari, non potendosi loro attribuire una soluzione che avrebbe finito per porsi in contrasto con lo stesso diritto giustinianeo; così ancora in ID., *Corso* II.2 cit., 202; nella stessa direzione vd. R. KNÜTEL, *La causa* cit., 138 s.; aderisce alla proposta ricostruttiva di Cannata, ritenendo che qui Paolo si richiami a Giuliano senza però adeguarsi alla soluzione indicata dal giurista adrianeo, anche C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 154 s., 157 s., 166; da ultimo, reputa plausibile l'eventualità di un «salto di frase» L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni* cit., 432, il quale però non esclude neppure l'ipotesi di un «raccorciamento manipolativo».

[161] Al riguardo vd. *infra* cap. V § 1.1.

[162] Non pare vi siano neppure margini per ipotizzare l'impiego di un'*actio in factum de dolo*,

rente soluzione rispetto a quella indicata in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2.[163]

Da questo punto di vista è rimasta assolutamente isolata la posizione espressa da Kranjc, il quale confidando, sicuramente con eccesso di fiducia, nella genuinità della qualificazione,[164] si è sforzato di salvare la diversa soluzione (ovvero concessione di *actio civilis in factum*) rispetto a Ulp. 4 *ad ed*. D. 2.14.7.2 (*actio in factum*, nel senso di azione con *formula in factum*), immaginando che, al di là dell'apparenza, le due fattispecie presentassero in realtà significativi profili di difformità.[165]

Al pari delle congetture prima passate in rassegna, anche l'idea di Kranjc non ha riscosso successo, tanto più che lo studioso non si è neppure proccupato di chiarire quali sarebbero stati, in concreto, i denunciati aspetti discordanti tra le due vicende negoziali.[166]

---

verbis temperata, secondo la terminologia adoperata in Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.11.1 '*in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonae fidei mentio fiat*', in termini che ne avrebbero dovuto rendere praticabile l'impiego anche in assenza di un comportamento doloso in senso stretto: informazioni in proposito si trovano in W. CURTIUS, *Dissertatio* cit., 114; critico rispetto a un'ipotesi di questo genere già S. DE COCCEJUS, *Jus civile controversum* cit., 967: «Julianus […] non loquitur de in factum actione praetoria de dolo […] sed loquitur ille de subsidiaria in factum actione». Su Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.11.1 vd., con diagnosi interpolazionistica per il tratto in questione, P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 90 s.; B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae* cit., 82 nt. 2; sospetti anche in A. WATSON, *'Actio de dolo'* cit., 395 nt. 16; per la genuinità P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e risarcimento per fatto illecito*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam'* 2 cit., 590, a giudizio della quale si sarebbe trattato di «azione non infamante, ma che conduceva probabilmente alle medesime conseguenze economiche dell'*actio de dolo malo*».

[163] J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 83 («muss Julian an eine prätorische Klage mit deren gewöhnlicher condemnatio auf quanti ea res est gedacht haben. Mit dieser condemnatio stimmt die von Paulus in fr. 5 § 5 de pr. v. gegebene Entscheidung unseres Falles vollkommen überein; nur bei dieser condemnatio ist die Geltendmachung des negativen Interesses möglich»); nello stesso ordine di idee, di recente, anche P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 21 nt. 17, il quale ritiene che Giuliano si sarebbe pronunciato «für eine spezielle, wohl nur auf Ersatz des negativen Interesses gerichetete *actio in factum* entschieden»: soluzione condivisa, secondo lo studioso, anche da Paolo, il quale accogliendo il punto di vista del giurista adrianeo avrebbe «beschränkt den Schadensersatz ausdrücklich auf das negative Interesse».

[164] J. KRANJC, *Die actio* cit., 455 («D. 19.5.5.2 […] womit zweifelsohne die präskribierte Klage gemeint ist»).

[165] J. KRANJC, *Die actio* cit., 455 («Es waren wohl fallbezogene Details die überwogen und aufgrund derer ein Tatbestand als ziviler Vertrag und ein ähnlicher Tatbestand nicht als Vertrag galt»).

[166] Al riguardo vd. le corrette osservazioni di F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 181; più recente-

Ancor più impraticabile deve ritenersi la proposta, da altri più recentemente avanzata, di sopprimere le parole '*Iulianus scribit* […] *in factum*',[167] con un approccio metodologico sul piano della ricostruzione testuale che suscita qualche motivo di riflessione,[168] anche per ciò che riguarda l'impiego delle fonti bizantine.[169]

Se da un lato bisogna quindi riconoscere che anche da Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 risulta confermata la natura onoraria dell'*actio in factum* concessa al contraente evitto, dall'altro si deve però prendere atto, come si è evidenziato, che la posizione assunta da Giuliano risultava sicuramente più articolata rispetto a quella che è dato invece ricavare arrestandosi alla sola lettura di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2. Proprio su questo, del resto, aveva basato allora la propria congettura Noodt.

La concessione di un'*actio in factum* da parte del giurista adrianeo non era infatti prevista per qualsiasi ipotesi in cui l'*accipiens*-affrancatore avesse subito l'evizione del servo, e dunque in via generale, ma era al contrario pensata per la sola eventualità che l'inconsapevolezza del primo esecutore in ordine all'altruità della cosa avesse reso improponibile un impiego dell'*actio de dolo*: '*si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum <civilem>*'.

Sulla genuinità della soluzione e dunque sul ricorso all'*actio de dolo* in caso consapevolezza dell'altruità del servo non vi è ragione di dubitare.[170] Non ci so-

---

mente aderiscono al punto di vista di Gallo P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 21 nt. 17; C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 156 nt. 123; («critica efficace») E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 291 nt. 208.

[167] In questo senso, in base all'incerta idea di una incompatibilità tra azione pretoria e *a. de dolo* («[…] eine *actio in factum* der *actio de dolo* nicht gegenübergestellt werden kann») J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* cit., 223 ss., il quale finisce così per attribuire a Paolo la concessione dell'azione civile in alternativa all'*a. de dolo*, con una soluzione che (incomprensibilmente) non desta nell'autore lo stesso genere di rilievi («die *actio civilis* […] kann auch der *actio de dolo* gegenübergestellt werden»); critico C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 156 nt. 123.

[168] Si vedano i rilievi di M. TALAMANCA, Rec. a J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones. Eigenart und Textgeschichte einer spätklassischen Juristenschriften*, in BIDR 96-97, 1993-1994, 875.

[169] Nessun argomento in tal senso può ovviamente trarsi da Bas. 20.4.5.2 (Hb. II 380; Schelt. B III 1009) 'ἡ πολιτικὴ ἀγωγή', secondo quanto pretenderebbe invece J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* cit., 225 e ivi nt. 67 («der Hinweis auf Iulian fehlt und nur von einer *actio civilis* die Rede ist»).

[170] Per la concessione dell'*actio de dolo* vd. già ACCURSIUS, *Glossa in Digestum vetus ad D. 2.14.7.1-3,* lett. *h.* (Lugduni 1549, 117): «Stichum ignorans alienum: alias de dolo teneor: ut de praescrip. verb. l. naturalis. § sed si dedi»; A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 84 s. («plenior […] Pauli narratio videtur»); sempre per la genuinità C. ACCARIAS, *Théorie*

no elementi per pensare a un intervento compilatorio, secondo quanto è stato talvolta ipotizzato in dottrina, ma senza alcuna specifica argomentazione.[171] Nulla prova, da questo punto di vista, il differente quadro informativo che si ricava da Ulp. 4 *ad ed.*,[172] potendo questo essere dipeso da una volontaria reticenza ulpianea,[173] o ancora (questa volta sì) da un intervento volto a sopprimere il rife-

---

cit., 220; J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 84; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 168 ss.; classica anche secondo P. COLLINET, *La genèse* cit., 219 («le fr. 5 § 2, avec sa distinction de la mauvaise et de la bonne foi chez le premier exécutant serait près de l'original»), su cui vd. però *infra* nt. seg.; per la genuinità A. WATSON, *'Actio de dolo'* cit., 402 nt. 45; seppur con prudenza B. ALBANESE, *La sussidiarietà* cit., 287 s.; più di recente non muovono rilievi alla fonte, sotto questo aspetto, S. TONDO, *Note ulpianee* cit., 453; C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 82 s.; C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 155 e ivi nt. 122; L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni* cit., 431 s. Prende espressamente posizione per la genuinità M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo* cit., 88 ss., la quale in particolare non individua profili di incompatibilità per ciò che riguarda il regime di sussidiarietà dell'azione, tenuto conto anche del fatto che ad essere qui in discussione era l'applicazione di uno strumento processuale (*a. in factum*) che al pari dell'*a. de dolo* presentava carattere residuale, il che comportava un allentamento del principio di sussidiarietà, trovando questa applicazione «soltanto rispetto agli strumenti tipici»: di modo che il concorso tra strumenti processuali tutti egualmente residuali finiva per sfuggire «a regole predeterminate». Non riscontra anomalie rispetto al principio di sussidiarietà neanche P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 242 ss., la quale non trova motivi di sospetto neppure in relazione alla decisione del giurista «di differenziare la tutela in base alla posizione soggettiva», adducendo anzi in proposito Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18.3, in cui, in caso di evizione della cosa donata, si ammette l'impiego dell'*actio de dolo* nei confronti del donante in mala fede, per il rimborso delle spese effettuate dal donatario.

[171] Così, ma con una posizione che, come si è appena visto (nt. prec.), sarebbe stata abbandonata di lì a pochi anni, P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 366, per il quale il brano andava restituito nel seguente modo: *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*]; ID., *Le Fr. 5, Dig., 19, 5* cit., 78. Una preferenza per la versione di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 si trova anche in P. VOCI, *La dottrina* cit., 272 s. («parmi indubbio sia da preferire la versione di D. 2.14.7.2: nessuno si prende il rischio di provare il dolo del convenuto, quando può agire con l'*actio in factum*»); tra gli studiosi più recenti sembra avanzare sospetti M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 146; critiche si trovano anche in J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* cit., 224 s.

[172] Per una svalutazione, condivisibilmente, già C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 220 («le silence d'Ulpien ne nous autorise pas à croir que Julien ne la proposât pas effectivement»).

[173] Così in sostanza, F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 100, per il quale Ulpiano si sarebbe preoccupato di riferire il solo aspetto della soluzione giulianea con il quale si trovava egli in disaccordo, nel presupposto che entrambi i più tardi giuristi condividessero la decisione del giurista adrianeo di ricorrere all'*a. de dolo* nel caso in cui il *dans* fosse consapevole dell'altruità dello schiavo: ciò per le ragioni già chiarite (*supra* nt. 119) circa il rapporto di sussidiarietà tra *a.*

rimento all'*actio de dolo*, attestativo di un regime non più attuale.[174] Né si può peraltro scartare, come si è visto, l'eventualità di un ricorso da parte di Paolo e Ulpiano a una differente tradizione testuale.[175]

Che del resto Giuliano potesse attribuire rilievo, in tema di evizione, alla consapevolezza del dante causa circa l'altruità della cosa oggetto del trasferimento pare ancor più plausibile[176] alla luce dell'appena richiamato Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.13 pr.,[177] in cui, come si è visto, è riferita una soluzione di Giuliano in

---

de dolo e *a.p.v.*; più recentemente C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 84; di «intenzionale reticenza» ulpianea parla apertamente C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 155.

[174] Così tra le righe (non senza incongruenza: vd. *supra* nt. 171) P. VOCI, *La dottrina* cit., 281 nt. 1, per il quale si sarebbe trattato di soluzione «priva di valore legislativo». Si pronunciava a favore dell'ipotesi di un'alterazione postclassica, più che giustinianea, P. COLLINET, *La genèse* cit., 219 («il représente le texte original de Julien amputé d'une de ses deux hypothèses par un scoliaste, plûtot che par un Tribonien»), anche qui con radicale inversione di prospettiva rispetto al punto di vista espresso in ID., *La nature* cit., 366. Sulla posizione dello studioso francese vd. anche nt. seg.

[175] Così, pur dichiarandosi, come si è visto, favorevole all'ipotesi di un'amputazione postclassica di Ulp. 4 *ad ed.*, P. COLLINET, *La genèse* cit., 219 («La source du passage *sed si dedi-in factum* n'est pas donc le fr. 7.§ 2 […] c'est une source indépendante du fr. 7,2»); prima ancora («Sed Paulus ex diversis Juliani libris, hanc forte distinctionem collegit») L. CHARONDA, **ΠΕΙΘΑΝΩΝ** *seu Verisimilium. Liber secundus. Caput VII.* cit., 746. Non ci pare ci siano invece significativi elementi per aderire alla spiegazione prospettata da M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo* cit., 90, la quale, seppur con cautela, non esclude che la diversa soluzione adottata in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 possa spiegarsi con il mancato accertamento, in questo caso, di un contegno doloso. L'ipotesi lascia in verità dubbiosi, per quanto non si possa naturalmente escludere che Giuliano possa essersi occupato in due distinti momenti della medesima fattispecie, affrontandola magari a diversi livelli solutivi: in stretta aderenza al caso specifico in Ulp. 4 *ad ed.*; in una proiezione teorica in Paul. 5 *quaest.*, in modo da approntare un modello regolativo generale in grado di piegarsi alle diverse situazioni che avrebbero potuto in concreto verificarsi. È però certo più ragionevole (o perlomeno plausibile) ritenere che ci si trovi innanzi alla stessa decisione e che la mancata indicazione dell'*a. de dolo* si debba piuttosto imputare a una delle cause qui indicate (sunteggiatura da parte dei compilatori o dello stesso Ulpiano; differente tradizione testuale). Da ultimo sembra condividere la proposta di Cursi L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni* cit., 432, per il quale la decisione di Giuliano in Ulp. 4 *ad ed.* sarebbe appunto maturata «sul presupposto della buona fede del *dans*».

[176] In questo senso già A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 84 e ivi nt. 19.

[177] Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.13 pr.: *Iulianus libro quinto decimo inter eum qui sciens quid, aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto; ait enim, qui pecus morbosum, aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestiturum, quanto minoris esse empturus, si ita esse sciissem; si vero sciens reticuit, et emptorem decepit, omnia detrimen-*

materia di vizi occulti,[178] con la quale si poneva una distinzione (*differentiam facit*) nella determinazione dell'importo della condanna, a seconda che il venditore fosse o meno a conoscenza del vizio della *res vendita*.

Nel primo caso, il venditore sarebbe stato chiamato a rispondere unicamente del minor valore della cosa (*quanto minoris esse empturus, si ita esse sciissem*). Nel secondo, invece, sarebbe stato tenuto a risarcire ogni ulteriore danno sofferto dal compratore (*omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit*):[179]

---

ta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestiturum ei. Sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbis pecoris perierunt, quod interfuit idonea veniisse, erit praestandum. Sul brano vd. P. VOCI, *Risarcimento del danno* cit., 83 s.; M. TALAMANCA, v. *Vendita (dir. rom)* cit., 442 ss.; L. VACCA, *Sul rischio del locatore* cit., 326 s.; G. ROSSETTI, *Interdipendenza delle obbligazioni* cit., 40 ss.; L. SOLIDORO, *'… Si vero sciens retinuit* cit., 5290 ss.; ID., *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli 2007, 85 s.; N. DONADIO, *Garanzia per i vizi della cosa e responsabilità contrattuale*, in E. JAKAB, W. ERNST (a cura di), *Kaufen nach römischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen*, Berlin-Heidelberg 2008, 67 nt. 14; F. PROCCHI, *Dolus e culpa in contrahendo* cit., 215 s.; ID., *Licet emptio non teneat* cit., 100 s., 206 s.; M. PADOVAN, *Il danno patrimoniale* cit., 366 ss.; da ultima B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata: inadempimento e rispondenza ex fide bona*, Roma 2020, 108 ss.

[178] Sull'applicabilità anche in materia di evizione vd. *supra* § prec. e ivi nt. 149.

[179] Attribuisce ai bizantini il riferimento all'interesse positivo E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 214 s. nt. 81; per una diagnosi interpolazionistica vd. P. VOCI, *Risarcimento del danno* cit., 83 s., a detta del quale ad essere in origine contrapposti sarebbero stati piuttosto *id quod interest* ed *aestimatio*; per la classicità già G. IMPALLOMENI, *L'editto* cit., 253; sull'incongruenza che potrebbe prospettarsi rispetto al successivo § 1, per il caso di vendita di schiavo ladro o fuggitivo, nel caso in cui si dovesse rapportare la misura della condanna all'interesse negativo ([…] *si quidem sciens, praestare debebit, quanti emptoris interfuit non decipi*) vd. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., 242 ss., il quale, a dispetto del tenore letterale, propone di interpretare la frase '*omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit*' come allusiva al solo danno emergente; diversamente M. TALAMANCA, v. *Vendita (dir. rom)* cit., 442, il quale si orienta per l'interesse positivo. La questione è in qualche modo ricollegata ai problemi di ricostruzione testuale relativi alla frase 'quod interfuit idone*a* venisse erit praestandum' che si legge nella restituzione proposta nell'*Editio maior* di Mommsen. I dubbi dipendono dal fatto che, com'è noto, nella Florentina si legge 'QUODINTERFUIT*IDONE*VENISSE'. Se la maggior parte degli autori suggerisce di leggere (con Mommsen) 'quod interfuit idone*a* venisse erit praestandum' o al più 'quod interfuit idone*um* rell.' (così, ad es., M. TALAMANCA, v. *Vendita [dir. rom]* cit., 442 nt. 1440; G. ROSSETTI, *Interdipendenza delle obbligazioni* cit., 42 e ivi nt. 86), altri, come E. FRAENKEL, *Julian-Ulpian über die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, in ZSS 44, 1924, 527 ss., hanno piuttosto proposto di correggere 'IDONEVENISSE' in *id non evenisse*', con un'ipotesi che è non priva di conseguenze sul piano della determinazione dell'importo della condanna e che infatti ha indotto l'autore ad orientarsi per l'interesse negativo. Va detto, però, che l'ipotesi, salvo rare eccezioni (così P. VOCI, *Risarcimento del danno* cit., 83 s. e ivi nt. 52; G. IMPALLOMENI,

sempre, come si è sottolineato, attraverso l'*actio ex empto*.[180]

Naturalmente non vi sono elementi per supporre che, anche nell'ipotesi di Paul. 5 *quaest.*, la concessione da parte di Giuliano dell'*actio in factum* contro il *dans* in buona fede fosse sorretta dalle medesime ragioni e finalità.[181] Piuttosto, sembra proprio che il ricorso all'*actio in factum* pretoria da parte del giurista adrianeo fosse dipeso dalla necessità di sopperire all'assenza di rimedi processuali utilizzabili, compresa la stessa *actio de dolo*.[182] Ciò non impedisce però di ritenere che, in concreto, una differenza tra i due rimedi processuali potesse emergere anche sotto il profilo della quantificazione della *summa condemnationis*.[183] Del resto, il carattere arbitrario dell'*actio de dolo*[184] avrebbe fatto sì che nel determinare l'importo della condanna il giudice avrebbe dovuto attenersi all'estimazione giurata effettuata dall'attore.[185] In ogni caso il convenuto con *actio in*

L'editto cit., 253; P. STEIN, *Fault* cit., 26; J.D. HARKE, *Besonderes Schuldrecht*, Berlin-Heidelberg 2011, 11 nt. 17) non ha riscosso significative adesioni in dottrina. Per il mantenimento della lezione mommseniana, vd., a condizione però di «ritenere il testo interpolato nella frase finale», V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., 243; tra gli autori recenti ci limitiamo a segnalare F. PROCCHI, *Dolus e culpa in contrahendo* cit., 215; M. PADOVAN, *Il danno patrimoniale* cit., 366; B. CORTESE, *La tutela* cit., 109.

[180] Soluzione, questa, ripresa da Marciano in Marcian. 4 *reg.* D. 18.1.45: in proposito vd. M. TALAMANCA, v. *Vendita (dir. rom.)* cit., 442; L. VACCA, *Sulla responsabilità ex empto* cit., 560 nt. 34.

[181] Lo sostiene invece A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 88, il quale pensa a un'estensione del regime della compravendita («qui sciens rem alienam dederit […] eius instar, qui sciens rem vitiosam emptori ignoranti tradiderit, pluris condemnatum iri, quam eum, qui ignorans fecerit»).

[182] Così giustamente già J.J. ENSCHEDÉ, *Dissertatio* cit., 42; A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 105. Al riguardo vd. *infra* cap. V § 1.1.

[183] Ritiene coerente la distinzione posta sul versante del profilo soggettivo dell'autore con il tipo di responsabilità in concreto fatto valere nell'ambito dell'*actio in factum* (Schadenstheorie) J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 84: «Der Grund der Haftung […] liegt […] darin, dass er den Schaden verursacht hat. Seine subjective Beziehung zu diesem Schaden kann unter gewissen Umständen einen besonders acuten Charakter annehmen, den Charakter eines Betruges […]».

[184] In proposito vd. O. LENEL, EP,[3] 115; P. VOCI, *Risarcimento e pena privata*, Milano 1939, 190 s.; C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano* 1, Torino 2001, 129; P. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova 2010, 111; M. VARVARO, *Gai 4.163 e la struttura della formula arbitraria nell'agere ex interdicto sine poena*, in AUPA 55, 2012, 729; G. D'ANGELO, *Azioni nossali e clausola arbitraria*, in AUPA 60, 2017, 290. Per l'attribuzione di tale carattere ai bizantini vd. tuttavia B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae* cit., 78 ss.

[185] In questo senso vd. Ulp. 1 *disp.* D. 5.1.64 pr., '*Non ab iudice doli aestimatio ex eo, quod*

factum si sarebbe visto sottratto alla natura infamante dell'*actio de dolo* (Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.1.4).[186]

Resta da valutare, a questo punto, quale rilievo possa avere il più completo quadro informativo, che si ricava da Paul. 5 *quaest*. § 2, ai fini di una riconsiderazione dell'interpretazione tradizionale della soluzione giulianea di Ulp. 4 *ad ed.* nel senso voluto da Giffard.

L'informazione di per sé non può certo ritenersi priva di interesse. Peraltro, come si è visto, ha portato gli studiosi a interrogarsi in ordine alla misura del dissenso mauricianeo, chiedendosi, per l'appunto, se questo dovesse ritenersi circoscritto alla sola ipotesi di esercizio dell'azione contro il contraente che avesse incolpevolmente effettuato atto di trasferimento di un servo altrui;[187] o se in-

---

interest, fit, sed ex eo, quod in litem iuratur', in linea peraltro con il principio di portata generale affermato sempre da Ulpiano, in tema di rivendica, in Ulp. 51 *ad ed*. D. 6.1.68: '*haec sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiontes in rem, sive in personam sunt ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet*'. Per altro verso bisogna riconoscere che il vantaggio del contraente evitto 'raggirato' di poter conseguire una condanna il cui importo nei fatti avrebbe potuto risultare maggiore rispetto al valore della cosa, sino a poter probabilmente arrivare a coincidere con lo stesso interesse negoziale (*id quod interest*), sotto altro profilo veniva però temperato dalla natura penale e al contempo onoraria dell'*actio de dolo*, che ne avrebbe impedito l'impiego *post annum* o ancora nei confronti degli eredi, se non nei limiti ben noti del solo arricchimento (*id quod pervenit*): sul punto vd. Ulp. 7 *ad ed.* D. 2.10.1.6 (= Bas. 7.15.7) e, anche se formalmente con riferimento all'*actio ad exhibendum*, Paul. 26 *ad ed.* D. 10.4.12.6.

[186] Sulla questione della natura infamante ed in particolare sui possibili riflessi sul carattere sussidiario dell'azione vd., per la tesi positiva, in disaccordo con la dottrina dominante, B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae* cit., 82, 96 s., ove si invoca il notissimo Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.1.4 '*merito praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni*'; con discussione della letteratura B. ALBANESE, *La sussidiarietà* cit., 173 ss., 303 ss., con svalutazione del pur genuino Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.1.4, che, a detta dello studioso, conterrebbe semplicemente una personale riflessione da parte di Ulpiano, al quale sarebbero sfuggite le più profonde ragioni di un regime che andava piuttosto messo in relazione con l'origine stessa dell'azione, concepita come strumento di completamento di un sistema repressivo penale che rischiava di rivelarsi inefficace rispetto a comportamenti illeciti di non facile inquadramento negli schemi (in rapida e continua evoluzione) delle principali figure delittuose (*furtum-damnum iniuria datum*); dello stesso autore vd. (anche per una risposta ai rilievi avanzati da A. GUARINO, Rec. a B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo* cit., 270 ss.), ID., *Ancora in tema di sussidiarietà dell'"actio de dolo"*, in Labeo 9, 1963, 42 ss.

[187] J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes in Librum V quaestionum Pauli*, in *Opera* V cit., (*Ad L. V de praescriptis verbis*) 1622 s. («Reprehensus est in notis a Mauritiano, qui negabat summa cum ratione, in ignorantem competere actionem in factum praetoriam, quae est extremum subsidium juris sui persequendi, cum suppetat actio in factum civilis, id est praescriptis verbis, quia civile negotium gestum est […] Scientem tamen Mauritianus admittebat teneri actione de dolo

vece sotto il peso della critica del più tardo giurista fosse caduta l'intera costruzione giulianea, e dunque anche il ricorso all'*actio de dolo* in caso di consapevolezza circa l'altruità del servo, come parrebbe a noi in effetti maggiormente verosimile, anche per le ragioni appena chiarite circa il possibile rilievo del dolo ai fini della costituzione della vicenda contrattuale.

Quanto alla questione principale, essa non è però, di per sé, di significativo aiuto. Per meglio dire, non ci mette nella condizione di poter affermare che Giuliano avrebbe concesso l'azione civile nell'ambito dello stesso rapporto se validamente costituitosi, secondo quanto diversamente ipotizzato dallo studioso francese.

Nulla impedisce infatti di ritenere che, anche in questa circostanza, il giurista adrianeo potesse essersi orientato verso un impiego dell'azione pretoria in senso stretto, o meglio ancora (come vedremo)[188] della *condictio* ripetitiva, dovendosi invece escludere un impiego della sussidiaria *actio de dolo* a fronte di un possibile ricorso all'azione civile di ripetizione.

Si sarebbe semmai costretti a un serio ripensamento sulla fondatezza dell'opinione tradizionale, se si potesse piuttosto dimostrare, sempre secondo quanto sostenuto da Giffard e da molti studiosi prima[189] e dopo di lui,[190] una piena adesione paolina al punto di vista di Giuliano (*Iulianus ait*), tenuto conto del fatto che, stando perlomeno[191] all'attuale versione del brano, Paolo avrebbe

---

malo […] Quod & verissimum est, quia ex *do ut facias*, quae nascitur actio praescriptis verbis, stricta est, non bonae fidei […] & stricto iudicio dolus non vindicatur»; F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 100; A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 84.

[188] *Infra* cap. V § 1.1.

[189] Per un'adesione paolina al punto di vista giulianeo vd. già L. CHARONDA, **ΠΕΙΘΑΝΩΝ** *seu Verisimilium. Liber secundus. Caput VII.* cit., 746 («Paulus vero Juliani sententiam approbans»); F. HOTOMANUS *Coniectura de perscriptis verbis* cit., 162: «Iuliano Paulus adstipulatus est»; U. HUBER, *Eunomia romana* cit., 721; G. FRANTZKIUS, *Commentarius* cit., *Liber XIX. Titulus V. De praescriptis verbis actione. n. 38*, 641; M. PÖHLS, *Versuch* cit., 162 («Paulus die Meinung des Julian stillschweigend billigt»); seppur con cautela («peut-être bien») C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 221; («Der Meinung von Julian scheint auch Paulus selbst zuzustimmen») J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 82.

[190] Tra questi G. MACCORMACK, *Contractual Theory* cit., 146 s., per il quale «Paul here appears to be adopting and affirming a decision of Iulian»; P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 21 nt. 17 («Paulus, der sich auf Julian beruft»); da ultimo anche E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 291 ss., 298 («Paolo dimostra di preferire la soluzione, dal momento che cita solamente la tesi del celebre giureconsulto adrianeo e non anche quella di Mauriciano»).

[191] In proposito e più in particolare sul riferimento all'*a.p.v.* vd. però quanto si osserverà *infra* cap. V § 1.1.

accordato, a tutela dei citati rapporti, l'azione civile di adempimento, seppur in concorso con la *condictio*:

Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2: *Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas* […] *condici ei potest vel praescriptis verbis agi*

A questo proposito, si deve in effetti riconoscere che la testimonianza non sembra contenere elementi che consentano di differenziare, neppure in via congetturale, la posizione assunta dal giurista severiano da quella del predecessore Giuliano.[192] Né a Paolo sarebbe certo mancata l'occasione per manifestare un eventuale dissenso. Dissenso che non può ritenersi espresso dall'impiego della congiunzione '*sed*' posta ad apertura di periodo, dato che nel caso specifico la congiunzione assolve l'unica funzione di introdurre una contrapposizione di ipotesi e non di orientamenti: '*si tale est factum quod locari solet* [...] *condici ei potest vel praescriptis verbis agi* [...] *sed si dedi tibi servum*'. In altri termini Paolo sembrerebbe mettere in guardia il lettore, precisando che, se *Tu* avesse subìto (una volta manomesso il proprio servo) l'evizione del servo datogli da *Ego*, non avrebbe potuto avvalersi degli strumenti prima esaminati (*condictio* o *actio praescriptis verbis*), ma avrebbe dovuto far ricorso, come già suggeriva Giuliano, a un'*actio in factum* o all'*actio de dolo*, a seconda dei casi.

Né poi ci sono indizi per ritenere, come si è talvolta sostenuto, che in Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 Paolo avrebbe preso le distanze dal giurista adrianeo e che il tratto in questione non ci sarebbe pervenuto per via di una svista di un copista della littera *Florentina* se non addirittura di una interpolazione.[193] Così come pare del tutto da rigettare la congettura di una citazione di sintesi, in cui sarebbero stati riassunti i diversi punti di vista di Giuliano e Mauriciano,[194] nell'ottica, peraltro, di una perimetrazione della posizione critica di quest'ultimo al

[192] In senso contrario C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 155 nt. 122, su cui vd. *infra* ntt. 196, 197.

[193] Per entrambe le ipotesi vd. gli autori indicati *supra* in nt. 160, ai quali va aggiunto, nella prospettiva di un guasto testuale, R. FERCIA, *Il fieri* cit., 31 s.

[194] J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes in Librum V quaestionum Pauli*, in *Opera* V cit., 991 («Quod ergo Paulus refert in §. *sed si dedi*, partim est ex Juliano, in scientem scilic. dari actionem de dolo: partim est ex nota Mauriciani ad Julianum, nempe in ignorantem esse actionem in factum civilem»); così, respingendo l'ipotesi di un'interpolazione, anche A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 84 s., il quale attribuisce il riferimento all'*actio in factum civilis* a Paolo, il quale avrebbe riferito il punto di vista di Giuliano adeguandolo alla critica mossagli da Mauriciano e condivisa dallo stesso Paolo («dicendum sit, Juliani sententiam a Paulo statim sic propositam esse, uti a Mauriciano […] emendata erat»).

solo caso di impiego dell'*actio in factum* pretoria.[195] Lo stesso dicasi per l'ipotesi di una citazione meramente documentativa, mossa da un intento storico-ricostruttivo, secondo quanto si è anche recentemente sostenuto,[196] provando a sfruttare le neutralità della forma espressiva adottata dal giurista severiano (*scribit*), rispetto a scelte lessicali che avrebbero potuto diversamente evidenziare una condivisione delle dottrine riferite (*eleganter*, *recte scribit*).[197] Si tratta di spiegazioni, come si è già accennato, tutte accomunate dalla preoccupazione di restituire coerenza solutiva all'ampio squarcio paolino.

Stando così le cose, la questione potrebbe ritenersi risolta, dimostrando in concreto, e non solo in astratto, la compatibilità tra azione pretoria per l'obbligazione di garanzia (a seguito di evizione) e azione civile per l'adempimento dell'obbligazione principale, con conseguente e inevitabile svalutazione di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2. Ciò ovviamente alle condizioni che si sono chiarite: adesione di Paolo al punto di vista di Giuliano, in caso di evizione; ricorso all'azio-

---

[195] Così, appunto, J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes in Librum V quaestionum Pauli*, in *Opera* V cit., 1622 s., ove si ipotizza, come si è detto (*supra* nt. 187), un'adesione da parte di Mauriciano alla soluzione di Giuliano, per ciò che riguarda la concessione dell'*actio de dolo* nei confronti del primo esecutore *sciens*; sempre per una possibile concordanza di opinioni tra i due giuristi su questo specifico aspetto vd., in un quadro ricostruttivo che si rivela però (lo si è visto: cap. IV § 3) ben più articolato, J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor* cit., 206 s.; ulteriori indicazioni sempre in nt. 187.

[196] Così per certi versi, ma in un ordine di idee che, come si è visto (*supra* nt. 160), finisce per prediligere l'ipotesi di una caduta per omoteleuto, C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 155 nt. 122, per il quale, per l'appunto, Paolo avrebbe inteso solo «rievocare una corrente di pensiero del secondo secolo d.C. […] senza che questa restituzione storico-filologica implicasse anche alcuna accettazione della dottrina riprodotta». Va detto che l'autore si richiama alle conclusioni di C.A. MASCHI, *Il diritto romano* 1[2] cit., 611, la cui l'ipotesi di un «*excursus* storico» da parte del giurista severiano non riguardava però Paul. 5 *quaest.* § 2, ma era diversamente formulata per Paul. 32 *ad ed.* D. 19.4.1.1.

[197] C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 155 nt. 122 («Paolo dice solo che "*Iulianus scribit*" e non che questi "scrive con eleganza", o "scrive correttamente"»). Con conclusioni opposte, sempre sul versante espressivo, U. HUBER, *Eunomia romana* cit., 721, il quale si dichiarava nettamente contrario all'ipotesi di una citazione meramente documentativa, ritenendola incompatibile col modo di esprimersi del giurista, tipico piuttosto di un atteggiamento adesivo («Paulus […] ita scribit de Juliani sententia, ut facere solent, aliorum laudantes sententias Jurisconsulti easque probantes»); argomentazione espressamente ripresa non senza enfasi («[…] eine bekannte Maxime der Römischen Rechtsgelehrten, daß sie die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten, welche sie anführen, ohne dieselbe zu verwerfen, billigen») da C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 104; critico rispetto all'eventualità di una notazione di carattere storico-ricostruttivo anche M. PÖHLS, *Versuch* cit., 162.

ne civile da parte di Paolo in caso di mancata esecuzione della prestazione manomissoria, in presenza di rapporto regolarmente costituitosi.

Non c'è dubbio, poi, che l'ipotesi di una delimitazione della soluzione di Ulp. 4 *ad ed.* al solo caso di evizione, in ragione della congetturata trasformazione del rapporto da *do ut facias* in *facio ut des*, o comunque per assenza di valida *datio ob rem*, otterrebbe un'ancora più incisiva conferma nel caso in cui dovesse trovare riscontro l'ipotesi, sempre avanzata dallo studioso francese, di un analogo ricorso all'azione pretoria da parte di Paolo anche in Paul. 32 *ad ed.* D. 19.4.1.1, ove è affrontato il tema dell'evizione in materia di permuta: tenuto conto (pure in questo caso) dell'impiego dell'azione civile in Paul. 5 *quaest.* § 1.

Nonostante tutto, nessuno degli aspetti invocati da Giffard può ritenersi sufficientemente suffragato: perlomeno nessuno di quelli, per così dire, centrali nella tesi dello studioso francese. Non l'ipotesi di una trasformazione della vicenda negoziale da *do ut facias* in *facio ut des* per via della mancata produzione dell'effetto traslativo. Non quella di uno *ius controversum* in relazione ai requisiti richiesti per l'integrazione di una *datio ob rem* e dunque del sinallagma aristoniano. Non, infine, il ricorso da parte di Paolo all'azione pretoria in caso di evizione della cosa permutata.

L'unico punto sul quale l'autore sembra aver colto nel segno è quello di un'adesione di Paolo al punto di vista di Giuliano rispetto all'ipotesi di Paul. 5 *quaest.* § 2, con una conclusione che però, più che muoversi nella direzione di rafforzare la congettura di Giffard, sembra destinata, come vedremo, a sollevare seri interrogativi sulla genuinità della soluzione indicata nella parte immediatamente precedente dello stesso § 2, ove si vorrebbe attribuire al giurista severiano il ricorso all'*a.p.v.* per far valere l'obbligazione principale del rapporto (manomissione del servo). Il che, è inutile dirlo, metterebbe in crisi la tesi di Giffard, ma consentirebbe, come vedremo, di sciogliere alcuni dei nodi interpretativi che si sono presentati nell'esame del trattato paolino: in particolare quello sull'incongruo trattamento del *facio ut des* rispetto al *do ut facias*, in caso di opere non locative. Per quelle aventi ad oggetto un *factum, quod locari solet*, (con corrispettivo in denaro) già si è detto. È il caso comunque di proseguire con l'esame della tesi dello studioso francese, senza anticipare ulteriormente le conclusioni alle quali esso ci condurrà.

4. *Do ut des* o *do ut facias*? Valutazioni circa una possibile riconfigurazione del negozio secondo lo schema del *facio ut des*. Inapplicabilità dell'istituto della conversione o di altri strumenti di conservazione dell'atto giuridico. Differenza di Ulp. 4 *ad ed.* rispetto al caso dei gladiatori di Gai 3.146.

Per la molteplicità e la complessità dei temi posti, è indispensabile procedere con ordine. A tal fine è forse conveniente prendere l'avvio dalla prima questione, provando innanzi tutto a riflettere con maggiore attenzione sui meccanismi giuridici attraverso i quali si sarebbe dovuti arrivare a questa sostanziale riqualificazione della fattispecie negoziale.

È bene subito precisare che l'idea di una trasformazione dello schema contrattuale affrontato in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 ('*dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus*') in chiave di *facio ut des* non è per nulla nuova. Essa si inserisce in realtà nel solco di un indirizzo interpretativo assai risalente, particolarmente diffuso tra gli autori di diritto comune.[198]

L'idea ebbe uno straordinario seguito, al punto che fu ripresa e rilanciata da una generazione all'altra di studiosi, sino a rappresentare, non certo senza significativi scostamenti su singoli aspetti,[199] il punto di vista dominante ancora per buona parte del XIX secolo.[200] Nello stesso ordine di idee si poneva, tra gli altri,

---

[198] A scopo meramente esemplificativo si veda, in polemica con Accursio, H. DONELLUS, *Commentarium ad Titulum Digestorum, de Praescriptis verbis et in factum actionibus. Cap. XI*, in *Opera* X cit., 1237 ss. («Quo modo enim ego dici possum dare ut facias: cum constet me hic neque dare quidquam, neque dedisse?»); l'ipotesi era ritenuta astrattamente praticabile («quamvis agatur de contractu Do ut facias […] potest contractus dici Facio ut des») anche da A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. Lib. XIX tit. V. Ad l. Naturalis. Ad § 2 a Sed si dedi tibi servum*), 651, in un ordine di idee che tendeva comunque a escludere una riqualificazione del rapporto (*infra* in questo stesso §); D. GERSTMAN SILESIUS, *Disputatio juridica* cit., *Positiones XXXI-XXXII*; I. M. BRANDES, *Dissertatio juridica* cit., XVI; J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor. Liber secundus. Sectio I. De contractibus innominatis, et actione praescriptis verbis. Liber II. Sectio I. Cap. X.* cit., *n. 4*, 204 («non datus intellegitur: perinde haberi debet, ac si datus non fuisset»); S. DE COCCEJUS, *Jus civile controversum* cit., 965 s.

[199] In questo senso, in particolare, C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, vol. XVIII cit., 101, su cui vd. *infra*, alla fine di questo §.

[200] Che questo potesse essere il punto di vista di Giuliano era sostenuto anche da C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 101, su cui vd. *infra* ntt. 349, 350; A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 86, («qui servum dedit, ut alter servum manumitteret, dominium servi transferre debet, ut alterum vere obligatum habeat») 87 nt. 26 («Spero ta-

anche Accarias, il quale, con riferimento a Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2, osservava che «malgré la place assignée à notre texte, il prévoit très certainement un *negotium facio ut des*». A orientare in questa direzione lo studioso francese era ancora una volta la considerazione che «celui qui donne la chose d'autrui ne fait pas naître le contrat d'échange [...] car la dation doit être réelle».[201] Tra le ragioni principali di tale successo vi era proprio la capacità di raccordare, in termini che apparivano ragionevoli e assai convincenti, il punto di vista espresso da Giuliano in Ulp. 4 *ad ed*. con la più generale posizione che si poteva attribuire al giurista in tema di *nova negotia* in base alle altre testimonianze, tra cui spiccava in particolare Iul. 14 *dig*. D. 19.5.3, in un momento in cui non si era ancora andata profilando l'ipotesi di un sistematico intervento manipolativo da parte dei commissari giustinianei.

È solo sul finire dello stesso secolo che tale visione ricostruttiva, anche sotto la spinta dell'allora nascente dottrina interpolazionistica, cominciò a essere gradualmente messa da canto, per lasciare spazio alle innovative conclusioni cui andava approdando in quegli stessi anni Pernice, non senza fatica, peraltro: se solo si considera che la tesi della trasformazione negoziale aveva in un primo momento annoverato tra i suoi più autorevoli sostenitori anche lo studioso tedesco, proprio nella veste di recensore del lavoro di Accarias.[202]

Ciò segnò una significativa battuta d'arresto che si sarebbe tradotta in una vera e propria interruzione di un percorso interpretativo plurisecolare, se non fosse stato recuperato, sul finire della prima metà del secolo scorso, da Giffard.

Si tratta di una soluzione che anche recentemente ha incontrato non pochi

---

men, me probasse, initium obligationis re vera ab ejus persona proficisci, qui servum manumisit»); J.J. BACHOFEN, *De Romanorum judiciis civilibus* cit., 257 («an id, quod datum est, evictum sit, quia is qui dat, necesse habet rem accipientis facere; manifestum est, totum negotium in eum statum devenisse quo erat Sticho nondum dato. Quum autem interim ex altera parte servus sit manumissus, jam in eam conditionem res est deducta, ut manumissor solus alterum obligatum haberet»); E. GLASSON, *Étude sur les donations à cause de mort*, Paris 1870, 160 ss.

[201] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 54 ss., 218 s.; ID., *Précis de droit romain* 2[1] cit., 562.

[202] Così appunto, nell'ottica di un'inversione della fattispecie originaria, per lo meno da parte di Mauriciano, A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 105 s., ove si svaluta piuttosto l'ipotesi di un contrasto sui requisiti dell'atto costitutivo del rapporto obbligatorio, che avrebbe visto Mauriciano favorevole a una dilatazione dell'idea di dazione («muss man […] die Eviction, so auffaßen, als sei die evincierte Gegenleistung überhaupt nicht erfolgt […] Wenn Maurician […] die a. pr. v. gibt, so liegt der Grund dafür […] nicht in der logischen Ausdehnung der Idee der Dationsgeschäfte, sondern in der Umkehrung der ursprünglichen klagbaren Figur»).

favori fra gli studiosi,[203] tra i quali figura anche Burdese,[204] ancorché l'autore avesse in concreto suggerito di mettere in relazione la soluzione di Ulp. 4 *ad ed.* con l'assenza di affinità di tipo analogico con figure contrattuali riconosciute a livello edittale,[205] nel presupposto, come si è visto, di un rifiuto sostanziale e processuale (*a.c.i.*) della dottrina aristoniana e di un'adesione piuttosto ai diversi meccanismi di intervento messi a punto nell'ambito dell'opposto indirizzo labeoniano (*a.p.v.*).[206]

Se, sotto un profilo strettamente logico, l'ipotesi sembra ineccepibile, oltre che sicuramente altamente suggestiva, non si possono però ignorare i non trascurabili aspetti problematici che essa pone. E del resto, già Cuiacio, pur ammettendo come in effetti ad aver effettuato per primo la propria prestazione fosse stato l'*accipiens*-affrancatore («verum tu prior videris fecisse, quoniam res tibi evicta est»), si sentiva comunque di dover escludere implicazioni sotto il profilo della qualificazione della fattispecie, tali da far pensare a un caso di *facio ut des*:

---

[203] G. MACCORMACK, *Contractual Theory* cit., 147: «in the case under discussion, the first act that might have constituted a *causa* is the act of manumission»; di «fattispecie […] strutturalmente ribaltata» discorre S. TONDO, *Note ulpianee* cit., 453; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 105; ID., *Sul responsum* cit., 293 s.; B. SCHMIDLIN, *Das Nominatprinzip* cit., 88 («die *datio* entfiele, denn der Kläger hat keine *datio* erbracht, sondern ein *facere*»); così pure C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche* cit., 77; E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 292 nt. 209; P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 242 ss.: «malgrado l'accordo iniziale fosse un *do ut facias*, quello concretamente realizzato è un *facio ut des*»; così («solo apparentemente riproduce lo schema *do ut facias* […] mentre rivela […] la sostanza […] di un *factum dandi causa*»), ma in un ordine di idee che sembra suggerire una divergenza di opinioni tra Ulpiano e Mauriciano, E. STOLFI, *I casi e la regula* cit., 37 nt. 91: in proposito vd. *infra* nt. 333; A. PALMA, *La negozialità romana* cit., 637. Per ulteriori riferimenti alla letteratura vd. anche vol. I, cap. II § 6, nt. 299.

[204] A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 137 («si risolve in ipotesi di *facio ut des* a seguito dell'intervenuta evizione di Stico ed esecuzione della manomissione di Panfilo»), 140 («caso sostanzialmente di *facio ut des*»); ID., *I contratti innominati* cit., 79, ove ci si limita a evidenziare un generico «rifiuto, da parte di Giuliano, per un caso di *facio ut des*, del ricorso all'azione aristoniana»; ID., *Divagazioni*, 342; ID., *Panoramica* cit., 574.

[205] Così («in assenza di una affinità della fattispecie con ipotesi di contratti tipici») appunto A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 140, con una posizione che sembra riprendere (per certi versi) il punto di vista di C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 101, su cui vd. *infra* nt. 349.

[206] Ciò almeno per ciò che concerne il punto di vista giulianeo, visto che per quanto riguarda Paolo si dovrebbe piuttosto immaginare un'incidenza della riqualificazione della fattispecie in termini di *facio ut des*, in considerazione del fatto che per il giurista severiano l'autore ha piuttosto ipotizzato un'adesione (innanzitutto) alla prospettiva aristoniana.

«nihilominus tamen constat ita gestum esse negotium, do ut facias».[207]

Essa riposa, innanzi tutto, su un assunto non adeguatamente dimostrato: ovvero l'idoneità dell'evizione, o meglio di una successiva esecuzione del comportamento convenuto (*facere*),[208] a incidere sulla qualificazione giuridica del rapporto contrattuale.[209] Da questo punto di vista occorre infatti considerare che tale congettura non è stata accompagnata da un adeguato sforzo di precisazione in relazione all'individuazione dei meccanismi giuridici che avrebbero dovuto rendere possibile un risultato come quello indicato. Per quanto le espressioni impiegate in proposito dagli studiosi non consentano di approdare a conclusioni sicure,[210] pare che lo schema tecnico presupposto vada ragionevolmente ricercato tra i c.d. strumenti di conservazione dell'atto giuridico.[211]

Orientarsi con precisione tra queste figure non risulta affatto agevole: ciò a causa della ben nota assenza di un profilo concettuale e terminologico sufficientemente omogeneo dal punto di vista dell'identificazione dei caratteri propriamente distintivi delle diverse forme di conservazione del negozio giuridico. In più a complicare sensibilmente la vicenda interviene la varietà di configurazioni a sua volta rinvenibili sul sottostante e correlato versante della messa a punto della nozione di invalidità,[212] le cui diverse e molteplici configurazioni non sono

---

[207] J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera* VII cit., (*Ad. L. V. Ad §. 2 At cum do*) 1325.

[208] È appena il caso di osservare che, a stretto rigore, a determinare la riconfigurazione del rapporto contrattuale, o se si vuole una sua diversa configurazione (essendo la prima solo apparente), non è il verificarsi dell'evizione in quanto tale, secondo quanto variamente affermato (ma per evidenti ragioni di sintesi espressiva) in dottrina. Essa semmai rappresenta un indice, un elemento meramente rilevatore del mancato perfezionamento della fattispecie contrattuale negli originari termini di *do ut facias*, dovendosi piuttosto individuare nel *facere* (qui la manomissione) il fattore di riconfigurazione della vicenda negoziale.

[209] Si mostra giustamente critico rispetto all'ipotesi di una riqualificazione del rapporto esaminato in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 in termini di *facio ut des* C.A. CANNATA, *Labeone*, *Aristone* cit., 72 s.: «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»; così, pur in una prospettiva che guarda al più specifico punto di vista di Mauriciano, anche R. FERCIA, *Il fieri* cit., 30: «Non credo […] che Mauriciano reinterpretasse […] la *datio* proveniente *a non domino*, presupposto logico di un (successivo) fatto evizionale, come un *facere*».

[210] In proposito vd. *supra* ntt. 202-204.

[211] Preferisce ricorrere all'espressione «utilizzazione degli atti giuridici», com'è noto, V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante 'conversione' in diritto romano*, Napoli 1962, passim; in proposito si veda ancora utilmente E. BETTI, *Diritto romano* 1 cit., 337 ss.

[212] Indicazioni ancora utili possono trovarsi, con opportuni riferimenti bibliografici per la

prive di implicazioni sul piano della ricostruzione dogmatica delle differenti tecniche conservative, rappresentando l'invalidità la situazione giuridica su cui occorre appunto intervenire in senso correttivo o conservativo.[213]

Gli istituti che più di tutti sembrerebbero avvicinarsi al caso in questione sono probabilmente quelli della conversione (c.d. interpretativa)[214] del negozio

letteratura dell'epoca, in P. CIAPESSONI, *Sul Senatoconsulto Neroniano*, in *Studi in onore di P. Bonfante* 3, Milano 1930, 655 s.; per una concezione romana della nullità intesa quale inesistenza (*nullus = non ullus*) vd. S. DI PAOLA, *Ricerche esegetiche in tema di inesistenza e nullità*, Milano 1965; ID., *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano 1966, in cui l'A., pur continuando a contestare la tesi (così L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 249 ss.; seguìto da E. BETTI, *Diritto romano* 1 cit., 331 ss.) secondo la quale i romani avrebbero distinto tra negozi nulli e negozi inesistenti – tesi avanzata per spiegare la circostanza per cui talvolta dei negozi, pur non producendo effetti propri, determinassero ciò non di meno 'effetti negativi o secondari' –, arriverà a precisare meglio il proprio pensiero, puntualizzando come i giuristi romani non avrebbero ragionato in termini di (in)validità, ma piuttosto di (in)efficacia, in un'accezione comunque differente da quella moderna; sul tema si rinvia a M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in BIDR 101-102, 1998-1999 (pubbl. 2005), 1 ss. Più in generale sulla distinzione tra negozi nulli ed inesistenti vd. R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1950, 345 ss.; G. CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano 1955, 69 ss.; F. CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in Riv. dir. proc. 10, 1955, 208 ss.; più di recente G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli 1983; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Padova 1987, 888 ss., per il quale «la categoria dell'inesistenza non è [...] una categoria giuridica».

[213] La questione è bene evidenziata in P. CIAPESSONI, *Sul Senatoconsulto Neoroniano* cit., 655; V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 34: «Lo studio della utilizzazione è, a sua volta, influenzato dalla posizione dei problemi della fenomenologia degli atti invalidi. La non vitalità del negozio è un *prius* logico rispetto alla sanatoria».

[214] In relazione alla consueta individuazione di tre distinti modelli di conversione (volontaria, normativa, interpretativa), vd., con atteggiamento critico («superficiale tricotomia»), V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 8 nt. 4, 90 ss. e ivi nt. 90, il quale oltre a denunciare l'estraneità all'istituto della c.d. conversione negoziale o volontaria («del tipo della clausola codicillare»), insiste sull'assenza di rilievo pratico della nozione di conversione normativa («Il concetto di conversione legale applicato al diritto romano è pressoché privo di contenuto»), svalutando tra l'altro anche Gai 2.197 relativamente alle ipotesi di sanatoria previste dal Sc. Neroniano («non è accettabile la visione della sanatoria *e Sc. Neroniano* come conversione "legale" – direi "automatica" – di un tipo di legato in un altro […] avrebbe autorizzato un procedimento che diremmo di interpretazione correttiva»: p. 168), o dalla c.d. *oratio Severi* (Ulp. 33 *ad Sab.* D. 24.1.32 pr.): soprattutto pp. 262 s.; un accenno anche in B. BIONDI, *Corso di istituzioni di diritto romano*. I. *Introduzione. Parte generale-Diritti reali*, Catania 1929, 214. Più in generale sull'istituto vd. G. SATTA, *La conversione dei negozi giuridici*, Milano 1903, 4 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, v. *Conversione dell'atto giuridico*, in Enc. dir. 10, Milano 1962, 529 ss.; V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 32 ss., 58; G. GAN-

giuridico e dell'interpretazione c.d. integrativa. Nessuno dei due sembra, però, in grado di offrire una spiegazione realmente esauriente del fenomeno qui ipotizzato.

Quanto al primo è opinione ricorrente ricondurne le origini alla dottrina pandettistica,[215] con una conclusione che non sembra però tenere adeguatamente conto di importanti apporti elaborativi che ci riportano, com'è stato da più parti evidenziato, già alla prima metà del XVIII sec., con la pubblicazione del primo studio monografico sul tema, che vedeva come autore lo studioso tedesco Christian Harpprecht.[216] Non vi è però più alcun dubbio sul fatto che si tratti

---

DOLFI, *Introduzione metodologica allo studio della "conversione"*, in Jus 15, 1964, 212 ss.; ID., *Il concetto moderno di 'conversione' e la sua genesi legislativa*, in *Studi in onore di A. Biscardi* II, Milano 1982, 551 ss.; P. JÖRS, W. KUNKEL, L. WENGER, *Römisches Recht*,[4] (bearbeitet von H. Honsell, T. Mayer-Maly, W. Selb), Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokyo 1987, 129 s.; G. GIAIMO, *La conversione del contratto nullo. Art. 1424*, in *Il codice civile. Commentario*, Milano 2012. Sulla conoscenza dell'istituto da parte di Paolo e Giuliano vd. V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 24, ove si indicano rispettivamente sette e cinque frammenti in cui sarebbe attestato un ricorso da parte di entrambi i giuristi a tale tecnica; in relazione all'ammissibilità di fenomeni conversivi di contratti tipici in contratti innominati vd., negativamente, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*,[7] Napoli 1943, 83 nt. 1.

[215] Così ad es. V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 8 nt. 4 («la costruzione della conversione […] è creazione […] della pandettistica»); sulle origini dell'istituto vd. G. SATTA, *La conversione* cit., 4 ss., 67 ss., ove possono trovarsi utili informazioni sulle modalità con cui l'istituto è stato via via recepito nelle varie legislazioni dell'europa continentale, a partire dal codice sassone del 1865 (§ 103), sino al codice civile italiano del '42 (art. 1424), passando attraverso il § 140 del BGB, nel quale è possibile cogliere l'influenza esercitata dagli studi di Windscheid sul legislatore tedesco; più di recente vd. l'accurata indagine di G. GANDOLFI, *Introduzione metodologica* cit., 212 ss.; ID., *I testi romani sul trattamento di conversione attraverso il filtro della pandettistica*, in *Atti Accademia Costantiniana*, IV. *Studi in onore di de Dominicis*, Perugia 1981, 653 ss.; ID., *La nozione pandettistica di conversione al vaglio della giurisprudenza tedesca dell'ottocento*, in *Sodalitas* cit., vol. VIII, 4053 ss.; ID., *La conversione dell'atto invalido. Il modello germanico*, Milano 1984, 1 ss., al quale si rinvia per un limpido resoconto delle principali posizioni emerse nell'ambito della dottrina pandettistica, oltre che per una valutazione delle non semplici questioni dogmatiche che l'istituto della conversione poneva rispetto allo statuto dogmatico del negozio giuridico, nell'impostazione che questo aveva assunto già a partire dagli studi di Savigny; ID., *La conversione dell'atto invalido 2. Il problema in proiezione europea*, Milano 1988, 189 ss.; sul tema vd. da ultimo G. GIAIMO, *Conversione* cit., *passim*.

[216] CH.F. HARPPRECHT, *Dissertatio juridica inauguralis, de eo, quod justum est, circa conversionem actuum negotiorumque juridicorum jamjam peractorum,* Tubingae 1747. Per la dottrina pandettistica vd. invece (in termini molto generici) C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. Erster Theil*, Erlangen 1797, 104 s.; C.F. MÜHLENBRUCH, *Doctrina pandectarum in usum scholarum. Volumen* I, Halis Saxonum 1823, (§ 124) 272 s.; per uno studio più specifico vd. R. RÖMER, *Zur Lehre von der Conversion der Rechtsgeschäfte*

di costruzione dogmatica avviata sulla base di spunti presenti già nel pensiero dei giuristi di epoca classica.[217]

Più in particolare col termine 'conversione' si è soliti alludere al fenomeno in base al quale a un negozio invalido, ancor meglio affetto da nullità (assoluta),[218] vengono riconosciuti gli effetti di altro negozio idoneo a conseguire un medesimo scopo pratico.[219] Il termine è stato ricavato dalle fonti romane e in partico-

---

überhaupt und ihrer besonderen Anwendung auf das Wechselversprechen, in AcP 36, 1853, 66 ss.; ulteriori indicazioni possono trovarsi in V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 8 nt. 4; G. GANDOLFI, *I testi romani* cit., 658 s.; rileva l'assenza di riferimenti all'istituto in Savigny W. FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 2. Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York 1979, 590 nt. 60.

[217] In tal senso E. BETTI, *Diritto romano* cit., 339 ss.; ID., v. *Conversione del negozio giuridico (diritto romano)*, in Noviss. dig. it. 4, Torino 1959, 810 s.; V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 107 ss., 369, il quale in più fissa «l'emersione […] dell'esigenza di conservazione degli atti giuridici non vitali mediante conversione» già nel I sec. a.C., con riferimento alla nota vicenda della *causa Curiana* (93-91 a.C.); M. KASER, RPR I,[2] 249 e ivi nt. 25; devono ritenersi pertanto superati i sospetti di G. BESELER, *Einzelne Stellen* (1927) cit., 357 s. («Der Gedanke, daß der Jurist aus eigener Macht zu einer auslegenden kumulativen oder privativen Konversion eines Rechtsgeschäftes in ein anderes Rechtsgeschäft befugt sein könne, ist unklassisch»); una severa critica rispetto all'applicabilità della nozione di conversione al diritto romano si trova tuttavia («'Konversion', als Begriff ohnehin unrömisch und nur als gemeinrechtliches Relikt verständlich, ist in der modernen Romanistik typischerweise nicht mehr als eine façon de parler») in C. KRAMPE, *An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur- D. 46.4.8 pr. (Ulp. 48 ad Sab.)*, in TR 53, 1985, 21 ss. («Die Konversion ist eine Einrichtung der modernen Rechtsgeschäftslehre»), il quale d'altra parte osserva come gli stessi studiosi che in un modo o nell'altro riferiscono il concetto di conversione già ai giuristi romani, di fatto finiscono per trattare la conversione come un particolare tipo di interpretazione, piuttosto che come un istituto da questa ben distinto («[…] meinen mit 'Konversion' aber nur einen Sonderfall der Auslegung und nicht einen von der Auslegung gesonderten Fall»). In proposito vd. anche G. GANDOLFI, *I testi romani* cit., 656 s. e ivi nt. 4.

[218] In senso contrario, per un'applicabilità dell'istituto della conversione anche ai negozi annullabili vd. F. MILONE, *Programma del corso di istituzioni di diritto romano*, Napoli 1905, 144; diversamente L. BIGLIAZZI GERI, v. *Conversione dell'atto giuridico* cit., 535 s., con discussione delle principali posizioni al riguardo; per un accostamento dell'invalidità pretoria alla moderna nozione di annullabilità vd., favorevolmente, G. FINAZZI, *Riflessioni sul rapporto tra convalida e ratifica nell'esperienza giuridica romana*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Fides Humanitas Ius*, vol. III cit., 1914; sul punto, si rivelano ancora utili le riflessioni di E. BETTI, *Diritto romano* 1 cit., 327 ss.; sulla distinzione tra conversione e validità parziale vd. R. RÖMER, *Zur Lehre der Conversion* cit., 67; in proposito vd. G. GANDOLFI, *Il concetto moderno* cit., 551 s. nt. 2.

[219] Di intervento diretto a una «correzione di qualifica giuridica» discute E. BETTI, *Consapevole divergenza della determinazione causale nel negozio giuridico (simulazione e riproduzione dicis causa o fiduciae causa)*, in BIDR 42, 1934, 313; ID., *Diritto romano* cit., (§ 67 C) 339, in termi-

lare da quell'insieme di testimonianze in cui è fatto impiego del verbo '*convertere*', anche se con modalità operative non riconducibili all'istituto in questione.[220] In ogni caso sconosciuto alla lingua latina risulta invece il sostantivo '*conversio*',[221] il cui utilizzo in ambito giuridico è fatto risalire proprio ad Harpprecht,[222] che certo mostrava di tenere in considerazione l'uso che dello stesso termine faceva da tempo la dottrina teologica, nell'occuparsi del dogma della *conversio consubstantialis* o *Eucharistica*.[223]

Si è da taluni obiettato che il termine è quantomeno improprio se non addirittura equivoco, dato che con la conversione non si verrebbe a realizzare una

---

ni che rendono assai incerti i confini rispetto all'istituto dell'interpretazione c.d. integrativa: in proposito vd. *infra* in questo stesso § e nt. 244.

[220] In proposito si rinvia, con indicazione ragionata dei principali lessici, a V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 25 ss., 32 ss., 58, ove si fa osservare come il verbo *convertere* e i suoi derivati non siano mai adoperati nelle fonti con riferimento al fenomeno della conversione in senso tecnico, con la sola eccezione di Ulp. 4 *disp.* D. 29.1.19, in cui però andrebbe esclusa la genuinità dell'impiego («la terminologia non è classica, giacché il dettato in cui è contenuta non è genuino»). Più in generale, sospetti sull'impiego di '*convertere*' nel senso di 'trasformare' si trovano in G. BESELER, *Unklassische Wörter* cit., 20 s.; conclusione sostanzialmente condivisa più di recente da V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 28 nt. 80.

[221] Al riguardo vd. sempre V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 28.

[222] CH. F. HARPPRECHT, *Dissertatio* cit., *passim*, al quale si deve peraltro l'elaborazione di un primo modello definitorio dell'istituto (§ 23, p. 9): «Est traductio vel commutatio unius negotii in alterum pro obtinendo & salvando fine necessaria, acti & intentionis agentis conformis». In proposito vd. C. KRAMPE, *Die Konversion des Rechtsgeschäfts*, Frankfurt am Main 1980, 28 ss., 36 ss., con attenta ricostruzione del pensiero di Harpprecht; W. FLUME, *Allgemeiner Teil* 2 cit., 590 nt. 59 («HARPPRECHT dürfte hiernach der Schöpfer des Terminus der conversio sein»); R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 683. Sull'impiego del termine *Konversion* da parte della pandettistica vd. G. GANDOLFI, *Introduzione metodologica* cit., 223 ss.; ID., *I testi romani* cit., 658 nt. 7; ID., *La conversione* 1 cit., 5 nt.7, ove si avanza la congettura di una possibile relazione con il commento di Baldo a Ulp. 4 *disp.* D. 29.1.19 pr.-1 ([…] in causam fideicommissi et codicillorum vim prioris testamenti *convertisse*); sempre sull'origine della denominazione, pensava (genericamente) a un ignoto commentatore G. SATTA, *La conversione* cit., 4 s., con ipotesi condivisa da V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 4 nt. 2.

[223] Si veda ad es. il rinvio al punto di vista del cardinale e teologo Roberto Bellarmino in F. HARPPRECHT, *Dissertatio* cit., (§ 29) 10 («comparatio nostrae conversionis cum illa de qua Bellarminus […]»). La notazione può trovarsi già in C. KRAMPE, *Die Konversion* cit., 36 ss., al quale si rinvia (40 s.) per uno specifico approfondimento del pensiero di Bellarmino e del notevole impatto che esso ebbe sugli studi di Harpprecht e, di riflesso, sulla messa a punto della nozione giuridica di conversione («Der juristische Konversionsbegriff […] ist aus der katholischen Theologie übernommen worden»); R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 683.

trasformazione[224] di un negozio giuridico nullo in un negozio valido,[225] ma una semplice conservazione, nel senso che il negozio invalido conterrebbe già in sé quello convertito.[226] A rilevare l'equivocità del termine era stato del resto lo stesso

[224] Sul termine *conversio* e sul suo richiamo semantico all'idea della trasformazione (Umwandlung, Verwandlung) vd. C. KRAMPE, *Die Konversion* cit., 29 e ivit. nt. 8.

[225] F. MÜHLENBRUCH, *Doctrina pandectarum* 1 cit., 272 («negotia transformantur interdum in alia»).

[226] Così A.F.J. THIBAUT, *System des Pandekten-Rechts. Erster Band*,[3] Jena 1809, 63 (§ 83), in una prospettiva che suggerisce un accostamento col fenomeno della nullità parziale; nello stesso ordine di idee anche G.F. PUCHTA, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig 1838, 47 s.; rilievi in proposito anche in R. RÖMER, *Zur Lehre der Conversion* cit., 66 s., con presa di distanza però rispetto al punto di vista di Thibaut e Puchta («Vor allem handelt es sich hier nicht von der theilweisen Giltigkeit eines Rechtsgeschäfts, wie von Thibaut, ja sogar von Puchta angenommen wird»); sempre in proposito vd. F. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* 1 cit., 184 nt. 15; O. WENDT, *Lehrbuch der Pandekten*, Jena 1888, 161; G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 239 s.; una critica più di recente si trova anche in V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 4 nt. 2 («espressione […] insoddisfacente, soprattutto perché implicante l'idea contestata di mutamento, di trasformazione dell'atto invalido o inefficace»); sul punto di vista di Thibaut vd. G. GANDOLFI, *I testi romani* cit., 665 ss.; ID., *La conversione* 1 cit., 10 ss. Com'è stato già opportunamente osservato in dottrina – così G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 240; G. GANDOLFI, *La conversione* 1 cit., 26 ss. – una presa di distanza rispetto all'idea della trasformazione negoziale può trovarsi anche in Dernburg, in un contesto ricostruttivo complessivo molto incerto e che, a dispetto di quanto dichiarato, finiva in concreto per identificare l'istituto della conversione negoziale con quello della c.d. interpretazione integrativa (rettifica del *nomen iuris*). Così appunto H. DERNBURG, *System des Römischen Rechts. Der Pandekten. Erster Teil*,[4] Berlin 1896, (§ 124) 293 e ivi nt. 6: «Man bezeichnet dies meist als Konversion des Rechtgeschäftes. In der Tat handelt es sich aber um Erhaltung, nicht um Unwandlung des Geschäftes». Se è vero che l'autore si riferiva formalmente a quella che egli chiamava «Konversion des Namens des Geschäftes», da tenersi distinta dalla conversione vera e propria, si deve d'altra parte considerare, da un lato, che all'interno della prima («Konversion des Namens des Geschäftes») erano fatte rientrare ipotesi che appartengono certamente alla conversione negoziale in senso stretto (è il caso di Iul. 15 *dig.* D. 18.5.5 pr.); dall'altro, che le ipotesi che egli riconduceva alla conversione negoziale (vera e propria) nulla hanno in realtà a che vedere con l'istituto in questione, e riguardano piuttosto fattispecie nelle quali è attribuito a una delle parti il diritto di mutare schema negoziale in fase di attuazione di rapporto perfettamente valido ed efficace («Eine Konversion des Geschäftes der Sache nach findet sich, wenn einem Beteiligten das Recht gegeben ist, das Geschäft durch seinem Entschluß umzuwandeln, z. B. der Mieter wird berechtigt, die Miete nach Belieben in ein Kaufgeschäft zu verwandeln»). Al riguardo vd., con riferimento alla prima questione ('Konversion des Namens des Geschäftes'), già G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 240 («In questi casi non si tratta semplicemente di un mutamento del *nomen iuris* del negozio conforme alla volontà delle parti, ma si ha vera conversione di un negozio nullo

Harpprecht,[227] il quale d'altra parte riteneva di dover difendere tale scelta lessicale, non essendovene, a suo dire, di più efficaci.[228] La nota saliente della conversione sarebbe comunque da rinvenire, per lo meno nell'impostazione dogmatica moderna, nel mutamento del tipo negoziale.[229]

Anche a superare i dubbi avvertiti dalla dottrina in relazione alla possibilità di una piena equiparazione tra l'istituto moderno della conversione e quello romano,[230] e anche a prescindere dal dibattito ancora aperto su aspetti più spe-

---

in negozio giuridico valido. Cosicché, io non ritengo punto sicuro, per il diritto romano, ciò che il Dernburg afferma a questo proposito»); nello stesso ordine di idee («nei casi ivi contemplati non si allude infatti ad una rettifica del *nomen iuris* impropriamente indicato») G. GANDOLFI, *I testi romani* cit., 678 ss., con valutazione anche del secondo aspetto; ID., *La conversione* 1 cit., 28 s.

[227] F. HARPPRECHT, *Dissertatio* cit., (§ 130), 46: «obmovebitur verbo *convertere & conversio*, quod inadaequate huc applicetur, quoniam, quae hactenus recensuimus, non complectantur conversionem, dum actus convertendus supponatur nullus». Al riguardo vd. C. KRAMPE, *Die Konversion* cit., 34 ss.

[228] Così («hanc denominationem propterea selegi, quia aptiorem reperire non potui») F. HARPPRECHT, *Dissertatio* cit., (§ 132), 47, il quale la riteneva comunque preferibile rispetto ad altre opzioni lessicali, in uso all'epoca, che si affidavano piuttosto al verbo *impropriare* (§ 133); sulla base di Gai 2.218 ('*inutile est legatum, adeo ut Sabinus existimauerit ne quidem ex senatus consulto Neroniano posse convalescere*'), adombrava una possibile relazione sul piano lessicale col verbo *convalescere* H. SIBER, *Römisches Recht* cit., 431; in senso critico, pur riconoscendo come il verbo sia impiegato da Gaio solo in questa occasione e con riferimento a «un esempio di conversione di negozio giuridico», vd. V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 29 s., il quale respinge anche associazioni col verbo *confirmari* egualmente impiegato in Gai 2.218 ('*senatus consulto ea tantum confirmantur*').

[229] V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 58.

[230] Così V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 33: «secondo la mentalità romana, più elementare, l'atto posto in essere scompare dalla scena giuridica, ove non ha possibilità di esistere neppure sotto diverse regole; l'atto a cui si dà efficacia è costruito esclusivamente sulla considerazione dell'attività materiale […] Nessun mutamento del negozio nullo ha luogo, dunque. Nessuna sanatoria (in senso proprio) della nullità per sé stessa. Redento dalla inutilità sua sul piano giuridico è il mero comportamento del privato […] Rispetto alla tecnica odierna della conversione non si riscontra, quindi, nulla più di una vaga affinità. Conservo il termine soltanto perché non so e non oso trovarne uno originale»; sempre nell'ottica di una differenziazione vd. più recentemente C. KRAMPE, *Die Konversion* cit., 57 ss., al quale si rinvia per un efficace quadro d'insieme della dottrina romanistica, con particolare attenzione al punto di vista di Giuffrè; G. GANDOLFI, Rec. a V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante 'conversione' in diritto romano*, in IVRA 17, 1966, 417 ss.; ID., *Il concetto moderno* cit., 551 ss., a detta del quale, per il diritto romano, si dovrebbe guardare alla conversione come a una «tecnica conservativa» semplicemente «affine al meccanismo proprio del moderno concetto legislativo», utilizzata, peraltro, come criterio ispiratore di singole decisioni, al di fuori dunque di un'applicazione di ordine generale, quasi si trattasse di un «canone del regime negoziale».

cifici legati ai meccanismi di funzionamento dell'istituto,[231] e in particolare al controverso tema del rapporto tra conversione e interpretazione,[232] va detto che la trasformazione della fattispecie originaria in *facio ut des* difficilmente si presta a essere ricondotta all'istituto della conversione, per lo meno in quella che possiamo ritenere la sua configurazione tradizionale.[233]

Si deve infatti considerare che, differentemente da altri istituti come ad es. la convalescenza,[234] con riferimento al quale si assiste a un perfezionamento auto-

---

[231] Soprattutto con riferimento all'annosa questione della coerenza del negozio di conversione rispetto agli intenti delle parti: una critica all'impostazione volontaristica dell'istituto si trova, com'è noto, in E. BETTI, v. *Conversione del negozio giuridico* (*diritto vigente*), in Noviss. dig. it. 4, Torino 1959, 811 ss.; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*,[2] Torino 1959, 496; punto di vista ripreso, in una prospettiva che guarda anch'essa al solo diritto moderno, da L. BIGLIAZZI GERI, v. *Conversione dell'atto giuridico* cit., 531 ss. («non si può che uscire dal campo dell'interpretazione vera e propria, per entrare in quello della integrazione o della sostituzione della volontà negoziale, sulla base dei criteri indicati dalla legge […] la volontà delle parti non ha più alcun rilievo»); sempre in senso critico vd. G. GANDOLFI, *La nozione pandettistica* cit., 4053 ss.; per il diritto romano vd. *infra* § seg., nt. 291.

[232] Per un accenno al riguardo vd. *infra* nt. 245.

[233] È appena il caso di osservare che, trattandosi di istituto privo di una specifica elaborazione da parte dei giuristi romani, ogni considerazione sul punto rimane fortemente congetturale, non potendo che fare (principale) affidamento sulla configurazione dogmatica delineatasi nel corso dell'esperienza giuridica moderna: sull'assenza di precise indicazioni di ordine generale su meccanismi e presupposti applicativi dell'istituto per il diritto romano vd. del resto già R. RÖMER, *Zur Lehre von der Conversion* cit., 87 («Daß sich die Römischen Juristen des von uns aufgestellten vermittelnden Prinzips in der Lehre von der Conversion als Prinzips nicht klar bewußt waren, sie entschieden in dem concreten Falle richtig, aber mehr aus juristischem Takt, als aus vollem juristischen Bewußtsein»); F.L. KELLER (†), *Pandekten*, Leipzig 1861, 118: «Eine feste allgemeine Regel lässt sich […] nicht aufstellen»; sempre sull'assenza di una disciplina di carattere generale, dovuta alla mancanza di una specifica riflessione sul fenomeno in questione, vd. più recentemente W. FLUME, *Allgemeiner Teil* 2 cit., 590; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 684.

[234] In relazione all'ammissibilità della convalescenza per il diritto romano, in presenza del principio di carattere generale fissato in materia di testamento in Paul 28 *ad Sab.* D. 50.17.29 '*Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*', e per una valutazione delle deroghe al principio stesso, vd. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts. Vierter Band*, Berlin 1841, 554 ss.; per un elenco delle eccezioni alla regola vd. anche F.L. KELLER, *Pandekten* cit., 117 e ivi nt. 11; per una panoramica generale sull'istituto vd. E. BETTI, *Diritto romano* 1 cit., 337; ID., v. *Convalescenza del negozio giuridico (diritto romano)*, in Noviss. dig. it. 4, Torino 1959, 787 ss., ove, almeno per il diritto classico si respinge l'ipotesi di una convalescenza in senso proprio, in particolar modo per i negozi di *ius civile* («l'invalidità […] ha carattere di nullità definitiva e irrimediabile»): per quelli di diritto pretorio si sarebbe fatta strada una

matico al presentarsi di presupposti mancanti al momento genetico dell'atto,[235] la conversione opera sul presupposto che sin dal momento dell'apparente conclusione del negozio (in realtà nullo) siano presenti tutti i requisiti necessari per la configurazione di un'altra fattispecie (qui contrattuale).[236] E proprio su questo si basava, in definitiva, l'indirizzo interpretativo che guardava alla conversione come a un caso di nullità parziale.[237] Nel caso prospettato in Ulp. 4 *ad ed*. D. 2.14.7.2, invece, al momento del compimento dell'atto teoricamente traslativo, non possono ritenersi in alcun modo soddisfatti i presupposti che potrebbero rendere eventualmente possibile una qualificazione della fattispecie negli invocati termini di *facio ut des*. A tal fine, più che l'intervenuto fenomeno evittivo – avendo esso, come si è chiarito, natura meramente acclarativa della effet-

---

sorta di «convalescenza indiretta»; anche per ciò che riguarda possibili connessioni lessicali col verbo *convalescere* vd. P. KOSCHAKER, *Fr. 4.32 D. 44.4. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano*, in IVRA 4, 1953, 3 ss.; esclude una riferibilità del verbo *convalescere* al fenomeno della convalescenza V. GIUFFRÈ, *Convalescere in Gai 2.218*, in *Synteleia V. Arangio-Ruiz. Raccolta di Studi di diritto romano, di filologia classica e di vario diritto*, Vol. II, Napoli 1964, 623 ss.; («manifestamente atecnico») ID., *L'utilizzazione* cit., 29 s. e ivi ntt.; più di recente sottolinea l'ampio ricorso all'istituto nel diritto romano R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 682 s. La questione della sanatoria del contratto invalido per inefficacia della *datio* iniziale dovuta ad altruità della cosa fu variamente affrontata e risolta dai giuristi meno recenti. Soprattutto si discuteva in relazione alla possibilità di un successivo acquisto per usucapione: la negava («Nec usucapi potest, quia titulus ipso iure nullo est, sine titulo autem usucapio non procedit. Indeque publiciana quoque non datur») S. DE COCCEJUS, *Jus civile controversum* cit., 959, sempre che a compiere l'atto di trasferimento di cosa altrui fosse stato il primo esecutore e non l'accipiente: in proposito vd. *infra* nt. 353. Al riguardo, ma con riferimento alla differente ipotesi di successiva *consumptio*, vd. A. BURDESE, *In tema di consumptio nummorum*, in Riv. dir. comm. 51, 1953, 269 ss., 281 s.

[235] Convalescenza da intendersi *stricto sensu* quale ipotesi di sanatoria distinta rispetto alla convalida (o conferma) del negozio giuridico: sulla questione e per una distinzione tra gli istituti in questione vd. E. BETTI, v. *Convalescenza del negozio giuridico (diritto vigente)*, in Noviss. dig. it. 4 cit., 789 s., ove appunto si sottolinea la necessità, per il secondo modello di sanatoria indicato (convalida), di uno specifico «atto giuridico positivo di conferma». Si prescinde dunque qui da diverse e più specifiche accezioni che gli stessi termini hanno talvolta assunto nel linguaggio specialistico di taluni settori scientifici: per una distinzione, nell'ambito del diritto amministrativo, tra convalida, ratifica e sanatoria come figure specifiche interne alla (più ampia e generale) nozione di convalescenza, ci limitiamo a segnalare P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Volume II. Atti e ricorsi*, Milano 2001, 143 ss.; M. MIRABELLA, in M. MIRABELLA, A. ALTIERI, P. M. ZEMAN, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2012, 559 ss.

[236] C.F. MÜHLENBRUCH, *Doctrina pandectarum* 1 cit., 272 s.; F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 1 cit., 282.

[237] Per brevi riferimenti alla letteratura vd. *supra* nt. 226.

tiva configurazione del rapporto, o se si preferisce della già avvenuta trasformazione dello stesso –, occorrerà l'adempimento della controparte, con un procedimento costitutivo che presenterebbe semmai maggiori affinità con quello della c.d. fattispecie a formazione progressiva o successiva.[238]

Né si può tralasciare che, mentre la conversione trova attuazione attraverso un mutamento del tipo negoziale,[239] ovvero attraverso un cambiamento della fattispecie sotto il profilo causale o comunque del titolo, qui, a stretto rigore, la causa rimarrebbe invece immutata: trasferimento di uno schiavo a fronte della *manumissio* di altro schiavo. Ad andare incontro a una trasformazione è semmai lo schema strutturale del rapporto, o se si preferisce la sequenza temporale delle attribuzioni patrimoniali: non più *do ut facias*, ma *facio ut des*. Oggettivamente poca cosa e sempre che si sia disposti ad accettare la prospettiva (si è visto ampiamente maggioritaria) di contratti a prestazione costitutiva.

Anziché provare ad adattare ad ogni costo l'istituto alla vicenda in questione, si dovrebbe più ragionevolmente riconoscere che esso non è applicabile al caso specifico. Del resto, da questo punto di vista, deve ritenersi già di per sé indicativo il fatto che, tra i moltissimi testi invocati a dimostrazione dell'impiego di questa tecnica da parte dei giuristi romani, non si trovi mai citato Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2.[240] Il che è davvero singolare se solo si considera che questo sarebbe l'unico caso in cui il recupero della fattispecie sarebbe avvenuto nell'ambito dello *ius civile*, essendo esplicitamente ribadita, sul piano sostanziale, la natura propriamente contrattuale della vicenda negoziale, con conseguente concessione di rimedio processuale civile, a detta di molti addirittura edittale (*a.c.i.*).

Fatta salva (forse)[241] l'eccezione prevista per l'ipotesi contemplata dal Sc. Neroniano, ove però l'opinione prevalente è che si tratti di interpretazione c.d. le-

---

[238] Sul punto vd. E. BETTI, *Diritto romano* 1 cit., 191 s.; («in materia negoziale, i giuristi romani non ignorano in effetti la possibilità di negozi a formazione progressiva diverse dal negozio condizionale») M. TALAMANCA, v. *Vendita (dir. rom)* cit., 316: ciò avverrebbe, ad es., in materia di *traditio* o *mancipatio* al *servus fructuarius*, con rimando a G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*,[2] Torino 1958, 205 ss.

[239] In proposito vd., non senza oscillazioni (*infra* nt. 245), E. BETTI, *Teoria generale*[2] cit., 493 ss. («*valutazione quale negozio di tipo diverso*»); soprattutto V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 32, 58.

[240] Non vi si fa cenno neppure nell'accuratissimo studio di Giuffrè.

[241] Nega in ogni caso che per l'ipotesi prevista dal S. C. Neroniano si possa parlare di un effetto conversivo o comunque di un intervento di recupero in senso proprio P. CIAPESSONI, *Sul Senatoconsulto Neroniano* cit., 656 ss., su cui vd. *infra* nt. 243.

gale,[242] tutti i casi di conversione (c.d. interpretativa) individuati in dottrina sono infatti contrassegnati dall'adozione di rimedi dello *ius honorarium*: e ciò peraltro ha costituito una delle principali ragioni che hanno indotto parte degli studiosi a ritenere inammissibili per il periodo classico fenomeni propriamente conservativi, non essendovi appunto un recupero della fattispecie sul piano dello *ius civile*.[243]

Se sembra si debba rinunciare all'idea di un'applicazione dell'istituto della conversione, non pare condurre a migliori risultati neppure il tentativo di ricorrere a quella, che, con formulazione di Betti, si è soliti chiamare 'interpretazione integrativa', nell'ambito della quale non si assiste in senso tecnico a un'azione di recupero di un atto giuridicamente nullo,[244] ma in cui piuttosto si realizza un intervento di riqualificazione della fattispecie, attraverso una mera rettifica del *nomen iuris*,[245] in ordine a fattispecie perfettamente valida ed efficace, rispetto

---

[242] Sul punto e per una valutazione critica si rinvia a V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 32, 35 nt. 97, 370 ss., 378 s., su cui vd. *supra* nt. 214.

[243] Così in particolare P. CIAPESSONI, *Sul Senatoconsulto Neroniano* cit., 656 ss., pur in un contesto espressivo estremamente variegato che non fa mai ricorso alla terminologia della conversione («non si potrà propriamente parlare né di quiescenza e risveglio, né di estinzione e reviviscenza o resurrezione»); spunti in tal senso possono già trovarsi, seppur in un diverso ambito di indagine, in A. GUARNERI CITATI, *Reviviscenza e quiescenza nel diritto romano*, in Annali Messina 1, 1927, 28.

[244] V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 72: «Non trattandosi di invalidità o inefficacia vere e proprie, la interpretazione che, con terminologia bettiana, possiamo chiamare (tipica e) "integrativa" e la rettificazione della qualifica del negozio non possono essere considerate tecnicamente espedienti di sanatoria degli atti giuridici».

[245] Così secondo quella che è l'impostazione più rigorosa che si trova (non senza in verità ondeggiamenti di pensiero) in E. BETTI, v. *Conversione del negozio giuridico* (*diritto vigente*) cit., 811 s.: «[…] mediante la interpretazione integrativa non si fa che mettere in luce il vero contenuto precettivo di un atto in sé perfetto ed efficace: contenuto lasciato in ombra o inesattamente formulato dalle parti [...] Con la conversione, viceversa, si raccoglie quel che di salvabile è in un'attività non vitale per dar luogo artificialmente ad atto giuridico che ha contenuto ed effetti solo parzialmente coincidenti con quelli effettivamente voluti dalle parti». Assai più fluido il discrimine tra le due nozioni («[…] il negozio invalido è suscettivo di c o n v e r s i o n e. Consiste questa in una c o r r e z i o n e d i q u a l i f i c a g i u r i d i c a del negozio») che si rinviene invece in E. BETTI, *Diritto romano* cit., 343 s., ove, oltre a segnalarsi la «strettissima affinità» tra i due istituti, si fa espressamente osservare l'appartenenza di entrambi alla «dottrina dell'interpretazione del negozio giuridico»; negli stessi termini ID., *Teoria generale*[2] cit., 493, 499; al riguardo vd. V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 71 s. e ivi nt. 175, il quale peraltro osserva come in più occasioni Betti citi «le stesse fonti a proposito di entrambe le tecniche conservative: es. D. 45.1.56.4»; da questo punto di vista non sembra del tutto condivisibile il rilievo mosso a Giuffrè

alla quale occorre intervenire apportando una correzione all'inesatta qualificazione attribuita dagli autori del negozio, con conseguente (in realtà, solo apparente) 'mutamento' di regime.

Del resto, che la libertà dell'interprete non subisca limitazioni dalla qualificazione assegnata dalle parti al rapporto contrattuale da loro posto in essere costituisce un dato notorio.[246] Tale interpretazione rientra nella normale attività di qualificazione giuridica,[247] soprattutto nelle ipotesi in cui la concreta operazione realizzata dai contraenti non risulti facilmente riconducibile ai tipi negoziali conosciuti.

Se torniamo a leggere Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, avremo facilmente modo di constatare come in questo caso, invece, non solo la prima fattispecie sarebbe risultata affetta da nullità (per lo meno facendo riferimento alle nostre concezioni in materia) o comunque non integrata, ma ancora una volta sarebbero occorsi requisiti sicuramente assenti al momento perfezionativo, o apparentemente tale, della fattispecie: affrancamento del servo Panfilo con successiva evizione di Stico. Valgono in sostanza le stesse considerazioni già svolte per la conversione, pur a voler ignorare i molti dubbi che potrebbero certo aversi in relazione alla possibilità stessa di prospettare un intervento di rettifica del *nomen iuris* rispetto a una vicenda per definizione caratterizzata dall'assenza di una anche solo approssimativa qualificazione causale.

In ogni caso e più in generale, va poi osservato che l'idea di un recupero della fattispecie in termini di *facio ut des* (a prescindere dalla precisa individuazione dei meccanismi giuridici a tal fine adoperati) non sembra comunque facilmente coordinabile con il principio che si trova variamente e in più occasioni ribadito

---

da C. KRAMPE, *Die Konversion* cit., 59 s., che rimprovera allo studioso italiano di non avere pienamente inteso l'opinione di Betti, con una critica che, a nostro modo di vedere, non tiene sino in fondo conto delle sfaccettature (per non dire oscillazioni) che presenta il pensiero di Betti; insiste sulla necessità di tenere distinte le due ipotesi G. GANDOLFI, *Introduzione metodologica* cit., 216. Sulla strettissima relazione intercorrente tra conversione e interpretazione vd., ancor più recentemente, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 684 («It is obvious that conversion and interpretation are very closely related to each other»).

[246] E. BETTI, v. *Conversione (dir. rom.)* cit., 811, con richiamo a Lab. 5 *post. a Iav. epit.* D. 18.1.80.3; V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 77.

[247] Assai significativo, da questo punto di vista, rimane Iul. 18 *dig.* D. 12.1.20 *Si tibi pecuniam donassem, ut mihi eandem crederes, an credita fieret? Dixi,* [*in huiusmodi propositionibus non propris verbis nos uti; nam talem contractum*] *neque donationem esse, neque pecuniam creditam* rell., indipendentemente dai vari rilievi che sono stati avanzati in dottrina sulla genuinità, in particolare, dell'inciso '*in huiusmodi propositionibus-contractum*'. In proposito vd. *infra* § 4.1 di questo cap.

nelle fonti[248] e al quale del resto avevano prestato la propria adesione sia Giuliano che Paolo,[249] in base al quale l'inquadramento del contratto andava realizzato tenendo esclusivamente conto dei caratteri che questo presentava nelle sue fasi costitutive ('*uniuscuiusque enim contractus initium spectandum*),[250] e nel cui regime i margini per una riqualificazione o riconsiderazione del rapporto, sulla base di sviluppi (patologici) teoricamente idonei a determinarne un'alterazione sul piano della fisionomia, sembrano davvero ridotti.[251]

---

[248] In tal senso vd. soprattutto Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.8 pr. '*uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam*': per la genuinità del principio e per una sua attribuzione a Labeone vd. M. TALAMANCA, *La tipicità* cit., 91 s.; F. GALLO, *Synallagma* 1 cit., 171 ss.; R. SANTORO, *La causa* cit., 92; intende il sostantivo '*causa*' nel senso di «scopo tipico» A. BURDESE, *Sulle nozioni* cit., 57, il quale peraltro propone di interpretare il sostantivo *contractus* nel senso di «insieme della contrattazione» inteso come «atto del contrarre», in revisione del precedente punto di vista espresso in ID., *Sul concetto* cit., 30; che l'impiego del termine *causa* sia da attribuire piuttosto ad Ulpiano è sostenuto da T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 122, 152 nt. 256; mette in dubbio la riferibilità della frase al giurista augusteo, propendendo piuttosto per Ulpiano se non addirittura per un più tardo glossema, M. SARGENTI, *Labeone* cit., 45 s.; oltre ai brani indicati nella nt. seg., la regola si trova sostanzialmente richiamata (anche se senza il riferimento alla *causa*) pure in Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.30 '*initium enim contractus spectandum est*'.

[249] Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.58.2 '*Iulianus scripsit libro quartodecimo digestorum* […] *initium enim in his contractibus inspiciendum*; Paul. 30 *ad ed.* D. 14.6.12 '*quoniam initium contractus spectandum est*'.

[250] In tal senso vd. già J. CUJACIUS, *Commentarius ad titulum de pactis. Ad L. Jurisgentium 7,* in *Opera* VI cit., 335 («conventiones aestimari ex initio non ex implemento»).

[251] Un dibattito sul punto si può gia trovare fra gli interpreti di diritto comune. In proposito è interessante recuperare, con un registro fortemente polemico, la lettura di H. DONELLUS, *Commentarium ad Titulum Digestorum, de Praescriptis verbis et in factum actionibus. Cap.* XI, in *Opera* X cit., 1237 ss., il quale, criticando apertamente («[…] tam absurda ratione uteretur. Quid enim, quaeso, absurdius […]») il diverso punto di vista di Accursio, si pronuncia per la riqualificazione del rapporto *ex implemento*: «inquit Accursius, hic est, do, ut facias, sic enim appellat negotium illud […] quis non videt haec verba, do, ut facias, mihi in hac specie convenire non posse? […] Quisquamne igitur negare possit fecisse te, ut darem: non me dedisse, ut tu faceres? […] inquit ille, est do ut facias […] quia convenit, ut prius darem, etsi tu faciendo antevertisti. Hi autem contractus ex eo quod initio convenit, non ex eo quod secutum est, sunt appellati […] non sunt haec verba seu negotia ex conventione, sec ex implemento aestimanda»; altre considerazioni *infra* nel testo; prende le distanze rispetto al punto di vista di Donello G. FRANTZKIUS, *Commentarius* cit., *De praescriptis verbis actione.* n. 34, 640 («contractus verius est, praedictum negotium esse & manere contractum do ut facias, quia contractus ab initio suo & illo quod essentiale est, non vero consecutione & accessione quadam accidentali aestimandi»); così anche C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 101, ove per l'appunto si respinge un'incidenza dell'evizione sul piano della (ri)qualificazione del rapporto.

Margini che le fonti, in effetti, parrebbero talvolta ammettere, ma solo in presenza di eventi espressamente previsti e dunque riconducibili a uno degli sviluppi fisiologici della vicenda negoziale, preventivamente e sin dall'inizio accettati dalle parti, incisivi sul profilo causale della fattispecie contrattuale, ovvero del *nomen iuris*, ma da ritenersi ininfluenti per ciò che concerne l'individuazione del momento genetico del rapporto, non essendo in grado di determinarne, temporalmente, uno spostamento in avanti.[252]

Il pensiero non può che andare al notissimo[253]

Gai 3.146: *Item quaeritur*[254] *si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii xx mihi darentur, in eos vero singulos,*

---

[252] Analoga notazione può trovarsi in C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 317 nt. 1.

[253] In proposito ci limitiamo qui a segnalare F. KNIEP, *Gai Institutionum Commentarius Tertius §§ 88-225 (Obligationenrecht). Text mit Erklärung und Anhängen*, Jena 1917, 30 s., 311 ss.; G. BESELER, *Einzelne Stellen* (1927) cit., 357; L. BOVE, *Ricerche sugli agri vectigales* cit., 104 ss.; A. MASI, *Studi sulla condizione in diritto romano*, Milano 1966, 150 ss.; M. TALAMANCA, *'Alia causa' e 'durior condicio' come limite dell'obbligazione dell"adpromissor'*, in *Studi in onore di G. Grosso* 3, Torino 1970, 148 nt. 63; ID., v. *Vendita (dir. rom.)* cit., 316 s.; A. CALONGE, *En torno al problema de la retroactividad de la condición en derecho romano clásico*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra* 3, Milano 1971, 161 ss.; A. GUARINO, *Spartaco professore?*, in Labeo 26, 1980, 325 ss.; ID., *I 'gladiatores' e l"auctoramentum*', in Labeo 29, 1983, 7 ss. = ID., *Pagine di diritto romano* VI cit., 147 s.; ID., *Il Leasing dei gladiatori*, in Index 13, 1985, 461 ss. = ID., *Pagine di diritto romano* VI cit., 153 ss.; J. PARICIO, *Una observación sobre Gai. 3.146*, in J. ROSET ESTEVE (a cura di), *Estudios en homenaje al Professor Juan Jglesias* II, Madrid 1988, 993 ss.; G. GATTI, *Il pactum displicentiae nella vendita romana e il contratto di 'leasing' nel diritto romano*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* V, Milano 1984, 291 s.; con ampio resoconto bibliografico, R. LAMBERTINI, *Gai 3.146: fra dogma della pendenza e condizione*, in *Studi in onore di T. Carnacini*, III, Milano 1984, 663 ss.; A. WACKE, *Incidenti nello sport e nel gioco in diritto romano*, in Index 19, 1991, 371 ss.; M.C. LÁZARO GUILLAMÓN, *Las transacciones comerciales a través de leasing en las fuentes jurídicas romanas*, in RIDA 48, 2001, 185 ss.; S. LONGO, *L'ingaggio dei gladiatori in Gai 3.146*, in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di A. Metro*, III, Milano 2009, 467 ss.; ID., *Emptio venditio et locatio conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur. Le fattispecie gaiane oggetto di dibattito giurisprudenziale*, Torino 2020, 127 ss.; F. REDUZZI MEROLA, *I luoghi della dipendenza dei gladiatores: dal ludus all'arena*, in A. BELTRÁN, I. SASTRE, M. VALDÉS (a cura di), *Los espacios de la esclavitud y la dependencia desde la antigüedad. Madrid, 28-30 novembre 2012. Actas del XXXV coloquio del GIREA. Homenaje a Domingo Placid*, Besançon 2015, 395 ss.; V. CARRO, *Gai Inst. 3.146: considerazioni sui contratti condizionati di locazione e vendita*, in Interpretatio prudentium 1, 2017, 13 ss.

[254] Espunto di regola come glossema per via della ripetizione alle ll. 19-20 (fol. 26 b): così già J.F.L. GÖSCHEN, *Gai institutionum commentarii IV*, Berolini 1820, 222 nt. 14; in proposito vd., con letteratura, S. LONGO, *Emptio venditio* cit., 128 nt. 2.

qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur, utrum emptio et venditio an[255] *locatio et conductio contrahatur. Et magis placuit eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque venditione aut locatione. Iam enim non dubitatur, quin sub condicione res veniri aut locari possint.*

Il giurista antoniniano è qui chiamato ad affrontare una complessa vicenda negoziale suscettibile di tradursi in un fascio di rapporti di diversa configurazione, ma comunque ricadenti nell'alternativa della *venditio* e della *locatio*, in funzione della sorte concretamente occorsa ai singoli gladiatori, grazie a un sofisticato meccanismo che, ricorrendo a un sistema di apparenti condizioni incrociate, finisce per gravare più che su un'obbligazione alternativa, ovvero su due diverse prestazioni nell'ambito di uno stesso rapporto obbligatorio, su diverse prestazioni nell'ambito di diverse obbligazioni (pagamento del prezzo,[256] pagamento della mercede), con la conseguenza che al mutamento del tipo di prestazione richiesto per il singolo schiavo si accompagna anche un mutamento del *nomen iuris* per il rapporto ad esso relativo.

Più precisamente, avrebbero dovuto considerarsi venduti i gladiatori morti o che comunque avessero riportato ferite tali da comprometterne irrimediabilmente le capacità fisiche e dunque il valore (*eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse*). Semplicemente locati tutti gli altri ('*eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri*'). Così, almeno, in base all'indirizzo interpretativo che era risultato prevalente (*magis placuit*),[257] ponendo termine (si deve supporre) a una precedente querelle giurisprudenziale.

A differenza di quanto si è da tempo e in varie occasioni sostenuto, non

---

[255] Difende il testo contro le proposte di quanti hanno diversamente suggerito di leggere *aut* in luogo di *an* S. LONGO, *L'ingaggio dei gladiatori* cit., 486 s. e ivi nt. 73, alla quale si rinvia per gli opportuni ragguagli bibliografici (per i quali occorre considerare anche p. 470 nt. 11).

[256] Non sembra vi siano margini per aderire all'idea di G. GATTI, *Il pactum displicentiae* cit., 295, che vorrebbe attribuire ai mille denari (previsti in caso di morte o di ferimento di ciascun singolo gladiatore) «sapore più di multa che di corrispettivo»; adesivamente V. CARRO, *Gai Inst. 3.146* cit., 20. Sulla questione del valore degli schiavi vd. F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica. Volume I*, Firenze 1980, 69 ss.

[257] In questo senso R. LAMBERTINI, *Gai 3.146* cit., 691 ss.; («opinione dominante») A. GUARINO, *Il leasing* (*Pagine di diritto romano* VI) cit., 154; M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 233; S. LONGO, *L'ingaggio dei gladiatori* cit., 472; V. CARRO, *Gai Inst. 3.146* cit., 15 ss.

sembra si possa pensare a una condizione sospensiva,[258] per la semplice ragione che l'obbligazione del proprietario degli schiavi[259] di mettere questi a disposizione deve ritenersi costituita e comunque azionabile[260] già al momento della

[258] Così diversamente (con varietà di posizioni) A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 112; C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 316 s.; G. BESELER, *Einzelne Stellen* (1927) cit., 357, ove si avanza, com'è noto, la tesi del doppio contratto (doppiamente) condizionato («Zwei Verträge unter entgegengesetzten Bedingungen mit Bedingungsrückwirkung»); F. HAYMANN, *Zur Klassizität des periculum emptoris*, in ZSS 48, 1928, 335; G. GROSSO, *Gai III, 146 e la retroattività della condizione*, in SDHI 9, 1943, 290 s.; A. MASI, *Studi sulla condizione* cit., 153; J.A.C. THOMAS, *Gaius and the gladiators*, in *Homenaje al profesor Sánchez del Río y Peguero*, Zaragoza 1967, 151 ss.; A. CALONGE, *En torno* cit., 161 ss.; M. TALAMANCA, *'Alia causa'* cit., 148 nt. 63; («*contractus* obbligatorio *sub condicione*») in un primo momento A. GUARINO, *I 'gladiatores'* (*Pagine di diritto romano* VI) cit., 147, con un punto di vista che verrà però superato negli studi successivi (*infra* ntt. 270, 273); nell'ottica di una duplicità di contratti per ogni singolo gladiatore, ciascuno sottoposto a condizioni tra loro contrarie, in termini che si rifanno chiaramente alla tesi di Beseler, S. LONGO, *L'ingaggio dei gladiatori* cit., 500 s.; così anche F. REDUZZI MEROLA, *I luoghi* cit., 397 («due diversi contratti conclusi sotto condizione»); da ultima si orienta per il contratto condizionato anche V. CARRO, *Gai Inst. 3.146* cit., 15.

[259] In relazione alla possibilità che si tratti di un *lanista* e sulla figura in questione vd. R. LAMBERTINI, *Gai 3.146* cit., 669 e ivi nt. 10; soprattutto S. LONGO, *L'ingaggio dei gladiatori* cit., 470 ss., la quale da altro punto divista esclude (472 nt. 21) che attraverso l'uso generico del termine *gladiatores* Gaio intendesse riferirsi esclusivamente a gladiatori di condizione servile. Al riguardo, e più in generale sul tema della condizione giuridica dei gladiatori, rinviamo alla dettagliata rassegna bibliografica che si trova (sempre) in S. LONGO, *L'ingaggio dei gladiatori* cit., 471 nt. 14, 472 s. nt. 21. Per una svalutazione della questione ai fini che qui interessano vd. R. LAMBERTINI, *Gai 3.146* cit., 670 nt. 13. Sulla incerta figura dell'*auctoratus* e sul connesso istituto dell'*auctoramentum* vd. A. GUARINO, *I 'gladiatores'* (*Pagine di diritto romano* VI) cit., 134 ss.; più recentemente F. REDUZZI MEROLA, *I luoghi* cit., 396.

[260] Sulla questione dei meccanismi operativi della condizione in diritto romano, vd., nel senso della dottrina (per così dire) tradizionale o (comunque oggi) maggioritaria che propone di circoscrivere gli effetti della condizione al (solo) piano dell'efficacia del negozio, già F. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* 1 cit., (§ 86) 191 s. e ivi nt. 2, («Bedingung […] ist die bei einer Willenserklärung gemachte Hinzufügung des Inhalts, daß die gewollte rechtliche Wirkung nur bei Vorhandensein eines gewissen Umstandes eintreten solle»); O. SCHÖNEMANN, *Ueber das Wesen der suspensiv bedingten Rechtsgeschäfte*, in ZCP 19, 1862, 1 ss., 6; P. BONFANTE, *Diritto romano* cit., 246; S. SOLAZZI, *Saggi di critica romanistica. III. Un nuovo tipo di 'condicio' in Gai. 3.146*, in BIDR 49-50, 1947, 350 ss.; M. KASER, RPR I,[2] 253. É appena il caso di osservare che almeno fino alla prima metà del XIX sec. la dottrina era al contrario prevalentemente orientata per un'incidenza sull'atto più che sul rapporto: in questo senso vd. C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* IV cit., (§ 337), 490 («lange die Suspensivbedingung […] ist der Vertrag noch nicht gültig»); C.F. F. SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht. Erster Band. Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht*, Leipzig 1844, 166 s.; C.F. J. GÖTTING, *Ueber das Wesen der Suspen-*

conclusione dell'accordo, e dunque ben prima del verificarsi di uno degli eventi presi in considerazione.[261] Né del resto sarebbe corretto affermare che a essere

siv-Bedingung, in ZCP 1, 1845, 240 ss., 248: «Auss den ercklärten Stellen scheint mir also mit Evidenz hervorzugehen, daß vor Eintritt der Bedingung das bedingte Geschäft noch gar nicht existirt»; J.P. MOLITOR, *Les obligations en droit Romain avec l'indication des rapports entre la Législation romain et le Droit français. Tome premier*, Gand 1851, 164; H. FITTING, *Ueber den Begriff der Bedingung*, in AcP 39, 1856, 332. Tra gli studiosi più recenti (a partire dagli inizi del secolo passato) si segnalano G. SEGRÈ, *Obligatio* cit., 526 e ivi nt. 85; W. FLUME, *Rechtsakt* cit., 120 ss.; C.A. CANNATA, *Contratto* cit., 39 e ivi nt. 6 («Nella prospettiva dommatica dei giuristi romani, la condizione era apposta all'atto, e non al rapporto che ne nasce»), con richiamo a Ulp. 11 *ad ed.* D. 18.1.50 e Ulp. 3 *disp.* D. 18.1.37; ID., *Atto giuridico* cit., 365: «in un negozio condizionato la condizione si riferisce al negozio stesso, sicché è l'atto ad essere condizionato e non (direttamente) i suoi effetti»; in questo senso, almeno per la condizione sospensiva, rinviamo al nostro G. ROMANO, *Riconoscimento* cit., 76 nt. 232, 79 nt. 254. Le stesse considerazioni valgono a maggior ragione per quella corrente di pensiero che riferiva gli effetti della condizione direttamente alla volontà negoziale: in questo senso vd. K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten. Erster Band*,[7] Marburg-Leipzig 1863, (§ 93 nt. 1) 133: «Eine Bedingung im weitern Sinne des Worts ist überall dann vorhanden, wenn einer Willenserklärung ein Zusatz beigefügt ist, wodurch die Existenz des Willens des Kontrahenten oder Disponenten von der Existenz irgend eines äußern Umstands abhängig erklärt wird». Punto di vista naturalmente non condiviso, all'epoca, da F. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* 1 cit., (§ 86) 191 s. e ivi nt. 2, in un ordine di idee che provava a tenere tra loro separati volontà e voluto («Nicht die Existenz des Willens wird von der Bedingung abhängig gemacht, sondern die Existenz des Gewollten»). Ambiguo il punto di vista di F.C. VON SAVIGNY, *System* 3 cit., (§ 116), 121, ancorché formalmente proiettato sul piano del rapporto più che su quello dell'atto. Ambiguità che d'altra parte è in larga misura da addebitarsi alla netta demarcazione concettuale posta dalla dottrina moderna tra atto e rapporto, che non sembra rispondere sino in fondo alle più fluide visioni ricostruttive della giurisprudenza romana. Per una 'terza via' vd. E. BETTI, *Diritto romano* cit., 346 ss., ove si prendono le distanze rispetto a entrambe le ipotesi tradizionali che pongono un nesso di subordinazione ora con la volontà (negozio) ora con gli effetti (del negozio), vedendo piuttosto nella condizione un elemento (un fatto) perfezionativo che «porta a compimento la fattispecie complessa (negozio + fatto dedotto in condizione) di cui il negozio costituisce […] l'elemento fondamentale». Di qui la scelta, dell'autore, di definire la condizione come la «previsione di un evento futuro e obbiettivamente incerto, dal cui avverarsi la parte fa dipendere il valore impegnativo del negozio»: attraverso un modello definitorio che, come si vede, evita accuratamente di fare riferimento alle più usuali prospettive del perfezionamento o dell'efficacia del negozio.

[261] Non si dimentichi che ci troviamo sempre nell'ambito di rapporti contrattuali di tipo consensuale (*emptio venditio*, *locatio conductio*). A nulla vale invocare in senso contrario il modo di esprimersi di Gaio (si gladiatores ea lege tibi *tradiderim*), con il quale non si intende certo alludere ai meccanismi perfezionativi della vicenda contrattuale, avendo piuttosto valore meramente descrittivo della fattispecie, anche nei suoi sviluppi successivi alla costituzione del vincolo obbligatorio. Diversamente, ma con un punto di vista che non ci sentiamo di condividere, B.

sottoposta a condizione sarebbe la sola obbligazione dell'impresario organizzatore dei giochi, la quale in effetti è da ritenersi certa nell'*an* e semmai incerta solo con riferimento al *quantum*: '*qui integri exierint, pro sudore denarii xx mihi* […] *qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille*'. Un'ipotesi del genere rischierebbe di porre, peraltro, non indifferenti problemi di ordine dogmatico, in quanto verrebbe sostanzialmente a negare la presenza di un sinallagma (genetico) al momento costitutivo del rapporto contrattuale, pur rappresentando questo un elemento essenziale (e dunque costitutivo) di entrambe le fattispecie richiamate dal giurista antoniniano (*emptio venditio*, *locatio conductio*),[262] al quale i giuristi sembrerebbero derogare solo in casi particolarissimi.[263]

BIONDI, *Contratto* cit., 89. Che l'obbligazione fosse già costituita è d'altra parte ammesso anche da G. BESELER, *Einzelne Stellen* (1927) cit., 357, che pure aderisce all'idea di un (doppio) negozio condizionato: prima del maturare della condizione l'utilizzatore degli schiavi, non sapendo se questi dovessero considerarsi venduti o locati, avrebbe agito con una *demonstratio* combinatoria del tipo 'quod Aulus Agerius de Numerio Negidio hominem Stichum aut conduxit aut emit', che in taluni casi avrebbe potuto essere preceduta dalla *praescriptio*: ea res agatur de homine Sticho tradendo; critico al riguardo («è assurda […] e nessun pretore l'avrebbe mai concessa») V. ARANGIO-RUIZ, Rec. a D. DAUBE (a cura di), *Studies in the Roman Law of Sale*, *Dedicated to the memory of F. De Zulueta*, in IVRA 11, 1960, 308 s., a detta del quale, per tutti i casi teorici sollevati da Beseler che avrebbero potuto presentarsi prima della definizione del contratto, si sarebbe potuto utilmente agire *ex conducto*; negli stessi termini anche J.A.C. THOMAS, *Gaius and the gladiators* cit., 156; scettico rispetto alla soluzione processuale indicata da Beseler, anche R. LAMBERTINI, *Gai 3.146* cit., 672 s. nt. 17, il quale, a differenza di Arangio-Ruiz, pensa però all'impiego di apposite *actiones in factum*; una critica al riguardo può trovarsi («inverosimile azione») anche in S. LONGO, *L'ingaggio dei gladiatori* cit., 501 nt. 112, che pensa, almeno per l'ipotesi del gladiatore che fosse tornato dal *lanista* per volontà di quest'ultimo, a un'applicazione dell'*a. conducti*, sul presupposto di dover ritenere avverata la condizione.

[262] Per una diversa valutazione vd., anche se con riferimento ad altra questione (Mod. 5 *reg.* D. 18.1.62.1), A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico* cit., 128 ss., 154 ss.; C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam'* 1 cit., in 267 s.

[263] Si pensi alla dibattuta questione del negozio c.d. claudicante («hinkendes Rechtsgeschäft») prospettato nelle fonti in caso di contratto sinallagmatico concluso con un minore *sine tutoris auctoritate*: al riguardo vd. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.13.29 '*Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat*'. In proposito vd. M. TALAMANCA, *In tema di azioni di arricchimento*, in AG 146-147, 1954, 53 s. e ivi nt. 49 («l'obbligazione tipica del contratto nasce soltanto a carico di chi ha conchiuso il negozio con il pupillo»); R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 116 s. nt. 35, con riferimenti alla principale letteratura; A.M. GIOMARO, *'Unde quidam putant'. (Gai 3.91): non solo critica alla bipartizione, non solo traccia dell'evoluzione concettuale di contractus*, in *Studi in onore di R. Martini*, vol. II, Milano 2009, 307 ss.; A.S. GIUMELLI, *Quia natura debet. Una riflessione di Nerazio*

Da questo punto di vista, non ci si deve lasciare trarre in inganno dal richiamo al negozio condizionale fatto da Gaio.[264] Se non ci si arresta infatti a una prima lettura, e soprattutto se non ci si lascia sviare dalle considerazioni finali (*Iam enim non dubitatur, quin sub condicione res veniri aut locari possint*), ma si segue il pensiero del giurista nel suo intero svolgimento, prestando particolare attenzione a quanto questi aveva affermato nel periodo immediatamente precedente ('*ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque venditione aut locatione*'), si dovrà piuttosto pervenire alla conclusione che il primo a escludere una formale configurazione della vicenda in termini di vendita o locazione condizionata era proprio Gaio, potendosi al più e diversamente prospettare una semplice analogia, sul piano dei risultati pratici, con il negozio condizionato. Per riprendere le parole del giurista: *tamquam sub condicione*.[265]

---

sulla solutio del pupillo, in RIDA 57, 2010, 224. Negli stessi termini di Ulpiano vd. Paul. 5 *quaest.* D. 18.5.7.1: in proposito vd. S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova 2011, 115 ss.; M. MILANI, *I poteri del giudice nei bonae fidei iudicia e il patto risolutivo viziato da metus. Alcune riflessioni a margine di Paul. 11 ad ed. D. 4.2.21.4*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, vol. III, Padova 2015, 246 s. e ivi nt. 86.

[264] In relazione alla possibilità che nel ricorso all'istituto della condizione si debba intravedere una scelta di Gaio, che avrebbe con ciò inteso fornire una sua personale spiegazione dell'indirizzo solutivo da lui stesso presentato come prevalente, vd. J.A.C. THOMAS, *Gaius and the gladiators* cit., 154 ss.; nello stesso ordine di idee R. LAMBERTINI, *Gai 3.146* cit., 673 («Il commento che prende l'avvio dalla frase *idque ex accidentibus apparet* […] è di esclusiva matrice gaiana»), 691 («i giuristi anteriori a Gaio non hanno menzionato la *condicio*»), il quale d'altra parte fa osservare (673 nt. 18) come nella edizione di Huschke (PH. E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae*[5] cit., 323) si legga *apparere* anziché *apparet*, con una lettura che se confermata indurrebbe diversamente a ritenere che «la considerazione non sarebbe propria di Gaio, ma dei sostenitori della tesi vittoriosa», con l'ulteriore puntualizzazione per cui si tratterebbe però di «lezione isolata». Respinge l'ipotesi di una spiegazione di «esclusiva matrice gaiana» S. LONGO, *L'ingaggio dei gladiatori* cit., 497 ss.

[265] Di «assimilazione alla condizione» parla G. GROSSO, *Gai III, 146* cit., 290; che il caso in questione fuoriesca dal paradigma dell'obbligazione condizionata era stato già opportunamente evidenziato da S. SOLAZZI, *Un nuovo tipo di 'condicio'* cit., 351 («il § 146 mette innanzi l'idea di una *condicio* la cui deficienza muta e non impedisce gli effetti del negozio»); così anche («è innegabile che si esorbita dal consueto schema di condizione») B. BIONDI, *Contratto* cit., 89, al quale non era sfuggito come a essere qui condizionati non fossero gli effetti (o comunque la formazione del contratto), quanto piuttosto «la natura del negozio»; V. ARANGIO-RUIZ, Rec. a D. DAUBE (a cura di), *Studies* cit., 308: «analogia con la condizione (*tamquam*!)»; rilievi («l'assimilazione […] non è felice») si trovano anche in G. DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*,[5] Milano 1968, 381 nt. 3, il quale evidenzia gli effetti qui sulla *causa traditionis*; più recentemente A. WACKE, *Incidenti nello sport* cit., 373 («Tuttavia, la nostra condizione è tale solo in apparenza: in

Del resto la dottrina ha tempo evidenziato le anomalie di una tale forma di condizione, rimproverando (al giurista) un ricorso azzardato all'istituto della condizione,[266] per una situazione che si sarebbe potuta adeguatamente affrontare attraverso il più generale schema concettuale della pendenza.[267] Di qui i so-

realtà, deve parlarsi di una condizione impropria»). Di una «certa riluttanza» da parte di Gaio nel «considerare i due negozi conchiusi *sub condicione*» discute del resto anche M. TALAMANCA, *'Alia causa'* cit., 148 nt. 63, che pure è tra quanti propendono per il negozio condizionale. Per una diversa interpretrazione rispetto a quella qui sostenuta vd. S. LONGO, *L'ingaggio dei gladiatori* cit., 501 ss.

[266] Critiche rispetto all'accostamento alla condizione, e più in generale sulla ricostruzione complessiva della vicenda prospettata dal giurista antoniniano, possono trovarsi («Der Gedanke, daß es von dem Ausgang des Fechtens abhänge, ob verkauft oder vermietet sei, ist verzwickt und künstlich») anche in P. KRÜCKMANN, *Periculum emptoris* cit., 61 ss., il quale pensa piuttosto a un(a sorta di) contratto assicurativo innestatosi all'interno di un ordinario caso di locazione (al riguardo vd. anche *infra* nt. 272); con giudizio molto severo («falsa *condicio* […] espediente falso e bugiardo») S. SOLAZZI, *Un nuovo tipo di 'condicio'* cit., 350 ss., per il quale Gaio non avrebbe dato alcuna motivazione: quanto alla soluzione della questione, la giurisprudenza classica non avrebbe fatto altro che procedere attraverso «una interpretazione tipica della volontà dei contraenti»; sembrerebbe aderire, almeno da questo punto di vista, alle conclusioni di Solazzi L. BOVE, *Ricerche sugli agri vectigales* cit., 105 s. e ivi nt. 78; così, come si è appena visto, A. WACKE, *Incidenti nello sport* cit., 373. Diversamente A. CALONGE, *En torno* cit., 166, per il quale le diverse critiche rivolte (in proposito) al brano di Gaio avrebbero il torto di adottare un concetto aprioristico di condizione, quando per l'epoca classica questa non avrebbe assunto un significato univoco; respinge l'ipotesi di un'anomalia della condizione anche R. LAMBERTINI, *Gai 3.146* cit., 694 s., per il quale i rilievi della dottrina sarebbero derivati dall'aver valutato la condizione unitariamente (dal carattere, come si è detto, «bifronte»), quando in realtà si tratterebbe di due contratti (con identico oggetto) sottoposti a «condizioni di tenore opposto»: in questo senso, lo si è visto, già G. BESELER, *Einzelne Stellen* (1927) cit., 357; in termini non differenti respinge l'ipotesi di «una condizione "anomala"» S. LONGO, *L'ingaggio dei gladiatori* cit., 503 s.

[267] Sulla pendenza, certo nota anche a Gaio (Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 41.1.43.2, Gai 1.129, 1.135), si rinvia a R. LAMBERTINI, *Gai 3.146* cit., 675 ss., soprattutto 688 ss., per il quale il mancato ricorso all'istituto si spiegherebbe col fatto che, a differenza dei casi di pendenza in senso stretto, in Gai 3.146 gli effetti sono voluti dalle parti «in piena autodeterminazione», con una circostanza che induce l'autore a propendere, come si è appena accennato (*supra*, nt. prec.), per una condizione in senso tecnico. Per un'informazione di carattere generale risulta ancora utile la lettura di E. BETTI, *Diritto romano* 1 cit., 193 ss., ove si evidenzia come lo stato di incertezza, in cui si trova il rapporto durante la fase di pendenza, «non cade […] sulla nascita del rapporto, la quale è fuori di dubbio»: di qui la regola della retroattività del c.d. «fatto ulteriore», il quale, del resto, «non ha altro valore che quello di chiarire lo stato del preesistente rapporto giuridico, definendo nell'uno o nell'altro senso l'incertezza che su di esso incombeva». Situazione che, come si vede, pare perfettamente calzante con l'ipotesi di Gai 3.146, sia per ciò che riguarda l'*an* (della costituzione del rapporto giuridico e dunque della produzione degli effetti a questo collegati), sia

spetti che in diversa misura hanno colpito il tratto finale '*ex accidentibus apparet-res venire aut locari possint*'.[268]

Per la stessa ragione non ci troviamo neanche di fronte a una fattispecie a formazione progressiva,[269] visto che comunque il contratto è già concluso. Neppure però, partendo proprio da tale considerazione, si può accettare l'accostamento autorevolmente prospettato in dottrina con la moderna figura del contratto di leasing (c.d. operativo),[270] visto che la sorte giuridica di ogni singolo schiavo (locazione, vendita) non è rimessa a una volizione della parte fruitrice, ma si determina secondo precisi automatismi 'normativamente' e bilateralmente previsti in sede di conclusione del contratto, che (anche solo per questo) appaiono strutturalmente incompatibili coll'unilaterale diritto di opzione su cui

per ciò che concerne il quando (il momento a partire dal quale il rapporto dovrà ritenersi costituito).

[268] Sospetti in F. KNIEP, *Gai Institutionum Commentarius Tertius* cit., 31 nt. 4 («Man kann zweifelhaft sein: ob obiges Beispiel schon Gaius gebracht hat, oder es von einem Nachgaianer angefügt worden»); per l'origine glossematica del tratto '*idque ex accidentibus-aut locatione*' vd. G. BESELER, *Juristische Miniaturen* cit., 73; dubbi, ma limitatamente all'inciso '*idque ex accidentibus apparet*', si trovano anche in G. GROSSO, *Gai III, 146* cit., 290; rilievi sull'intera chiusa (e dunque sino alle parole *aut locari possit*) si rinvengono in S. SOLAZZI, *Un nuovo tipo di 'condicio'* cit., 350 ss. («squarcio dommaticamente tarato»); al di là della genuinità dell'inciso in questione, respinge tuttavia con decisione l'idea (prospettata da Solazzi) per cui l'intera motivazione che si legge nel brano non sia classica J.A.C. THOMAS, *Gaius and the gladiators* cit., 153 ss.; A. CALONGE, *En torno* cit., 164 s., a detta del quale la frase '*idque ex accidentibus apparet'*, per quanto infelice, risulta al contrario essenziale «para la lógica comprensión de la solución dada por Gaio»; per la genuinità, come si è visto (*supra* nt. 264), R. LAMBERTINI, *Gai 3.146* cit., 673 ss., 692 e ivi nt. 45; S. LONGO, *L'ingaggio dei gladiatori* cit., 488, 497 ss.

[269] Lo esclude M. TALAMANCA, v. *Vendita (dir. rom)* cit., 316, il quale d'altra parte si orienta per il negozio condizionale.

[270] Così A. GUARINO, *Il leasing* (*Pagine di diritto romano* VI) cit., 155 s., il quale appunto pensa a un contratto misto, «esempio ante litteram» del contratto di leasing operativo, in quanto «non basato su un finanziamento, ma su una fornitura»; G. GATTI, *Il pactum displicentiae* cit., 292; adesivamente M.C. LÁZARO GUILLAMÓN, *Las transacciones* cit., 192 ss.; nello stesso ordine di idee («il giurista sembra in qualche modo anticipare l'istituto anglosassone del leasing») V. CARRO, *Gai Inst. 3.146* cit., 19 ss., la quale da altro punto di vista sottolinea l'assenza di taluni requisiti della fattispecie moderna, per quanto l'autrice si soffermi, in effetti, sul solo aspetto (temporale) della durata del contratto: senza contare che alla fine la studiosa giunge a conclusioni che, per quanto formulate con riguardo all'eventualità di una ricostruzione della vicenda gaiana in termini di contratto misto, sembrerebbero rinnegare anche l'ipotesi di una configurazione come leasing, bollandola come semplice «suggestione»; ulteriori indicazioni bibliografiche in adesione all'ipotesi del leasing possono trovarsi in S. LONGO, *Emtio venditio* cit., 145 s. nt. 49.

si regge il moderno istituto del leasing,[271] il cui esercizio in direzione di un acquisto è peraltro funzionale alla realizzazione di un interesse (economico e giuridico) del solo utilizzatore, e non certo del concedente, come nel caso di Gai 3.146, in cui la configurazione come vendita dello schiavo morto o ferito costituisce evidentemente una forma di salvaguardia delle ragioni patrimoniali del proprietario degli schiavi.[272] Men che mai l'accostamento varrebbe nella prospettiva del leasing come contratto atipico misto:[273] non perlomeno per Gaio.

La verità è che le enormi incertezze interpretative che il brano pone sono l'inevitabile conseguenza di una logica solutiva che appare chiaramente imbrigliata in un irrigidimento dogmatico, che fa fatica a prendere in considerazione esiti configurativi alternativi a schemi contrattuali tipici come vendita e locazione. Va da sé che le stesse difficoltà ricostruttive non si sarebbero poste se ci si fosse piuttosto affidati a un procedere argomentativo diversamente orientato nel senso di una valorizzazione del profilo di atipicità della fattispecie, che sul piano processuale avrebbe potuto farsi valere attraverso la concessione di un apposito programma di giudizio riassuntivo dell'intera vicenda negoziale (*a.p.v.*, *a. c. incerti*).[274] Da questo punto di vista, suscita un certo stupore il fatto che la soluzione venga prospettatta da Gaio come prevalente (*magis placuit*),[275] in termini

---

[271] Il rilievo non è sfuggito a G. GATTI, *Il pactum displicentiae* cit., 292 («nel suddetto caso, il passaggio dalla locazione alla vendita non avviene per libera opzione dell'utilizzatore»), che ha provato a risolverlo coll'espediente, da ritenersi però poco plausibile, di un'opzione esercitata già al momento della conclusione del contratto; negli stessi termini M.C. LÁZARO GUILLAMÓN, *Las transacciones* cit., 193 s.; da ultima V. CARRO, *Gai Inst. 3.146* cit., 19.

[272] Considerazione che deve ritenersi certo presente a A. WACKE, *Incidenti nello sport* cit., 373, se è vero che lo studioso suggerisce piuttosto un accostamento col «contratto di assicurazione per danni»; uno spunto in tal senso può trovarsi, come si è accennato, in P. KRÜCKMANN, *Periculum emptoris* cit., 62 («In Wahrheit handelt es sich um eine rechtsgeschäftliche Versicherungshaftung: Für die Gesunden wird Miete gezahlt, für die Verletzten die Versicherungssumme»). In senso critico vd. A. CALONGE, *En torno* cit., 163 («es una evasión del problema»).

[273] A. GUARINO, *Il leasing* (*Pagine di diritto romano* VI) cit., 156 («leasing operativo […] Contratto atipico, misto di locazione […] di vendita e, chi sa, anche di altre figure convenzionali "innominate"»). Giustamente respinge l'ipotesi di una ricostruzione della vicenda da parte del giurista antoniniano in temini di contratto misto R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles 1987, 168.

[274] Mette bene in evidenza lo sforzo ricostruttivo di Gaio, costretto a scomporre il rapporto «nei suoi elementi costitutivi», B. BIONDI, *Contratto* cit., 88 s.

[275] Per un'adesione al punto di vista gaiano da parte di Ulpiano vd. C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 317 («Il me paraît certain qu'Ulpien n'a pas entendu contredire cette doctrine si rationelle qui permet de subordonner la nature d'un contrat à une condition prévue par les parties […]

che portano legittimamente a interrogarsi se questa fosse anche l'opinione proculeiana (il che è difficile da credere) e quale fosse comunque la o le soluzioni alternative.[276]

Ciò che ai nostri fini conta in ogni caso ribadire è che l'articolata soluzione testimoniataci da Gaio non comportava una posticipazione del momento genetico del rapporto. Sul punto non esistono dubbi tra gli studiosi ed è pacificamente ammesso anche da quanti difendono l'idea del negozio condizionale,[277] a

---

Car la condition une fois accomplie rétroagit au jour même de la convention, et par suite le caractère du contrat est réputé n'avoir jamais été douteux»). Adesione che l'autore vorrebbe provata da Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.5.20.1, senza però considerare che in quell'occasione il giurista severiano si stava occupando di una fattispecie ben differente, relativa a un caso di vendita con annesso *pactum displicentiae*.

[276] Prova a colmare il silenzio gaiano, ipotizzando che il diverso orientamento minoritario ricostruisse la fattispecie come un contratto di locazione con *merces* per venti denari, con aggravamento convenzionale della responsabilità per il gladiatore morto o debilitato, J. PARICIO, *Una observación sobre Gai. 3.146* cit., 993, con una congettura che è certo interessante, ma che, a nostro avviso, può ritenersi percorribile alla sola condizione di inserire entrambi gli indirizzi nell'ambito di una polemica interna alla scuola sabiniana. Difficilmente infatti una soluzione come quella ipotizzata dallo studioso spagnolo potrebbe considerarsi rappresentativa dell'indirizzo solutivo proculeiano che, come sappiamo, si contraddistingueva per una valorizzazione dei profili di discontinuità rispetto agli schemi contrattuali tipici, a dispetto dell'atteggiamento sabiniano maggiormente incline alla forzatura del negozio concreto all'interno dei vari modelli edittali, senza che questo si traducesse, come si è evidenziato, in una vera e propria istanza di ordine dogmatico. Né d'altra parte si può ritenere che a scomporre la fattispecie in due distinti modelli contrattuali, nei termini indicatici da Gaio, fossero i giuristi di area proculeiana. Per una critica al punto di vista di Paricio vd. M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla direzione* (Rec. di *Estudios J. Iglesias*) in BIDR 91, 1988, 816; cui aderisce («giuste perplessità») S. LONGO, *L'ingaggio dei gladiatori* cit., 481 nt. 53.

[277] Così già (*supra* nt. 275) C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 317; G. BESELER, *Miscellanea critica* (1922) cit., 435 nt. 2 («Freilich gibt es auch im klassischen Rechte rückwirkende Bedingungen: Gai 3 [146], wo offenbar Rückwirkung gemeint ist»); ID., *Einzelne Stellen* (1927) cit., 357; G. GROSSO, *Gai III, 146* cit., 290 s., il quale tra l'altro invitava a riflettere sull'inammissibilità di una vendita di gladiatori morti; negli stessi termini V. ARANGIO-RUIZ, Rec. a D. DAUBE (a cura di), *Studies* cit., 309; A. MASI, *Studi sulla condizione* cit., 153 s.; J.A.C. THOMAS, *Gaius and the gladiators* cit., 154; M. TALAMANCA, *'Alia causa'* cit., 148 nt. 63 («la decisione del giurista si basa, indubbiamente, sull'efficacia retroattiva del fatto che acclara quale negozio sia stato effettivamente stipulato»); ID., v. *Vendita (dir. rom.)* cit., 316 nt. 123 («innegabile effetto retroattivo del fatto acclarante»); così anche A. CALONGE, *En torno al problema* cit., 162 s.; R. LAMBERTINI, *Gai 3.146* cit., 695. Sempre per una definizione della natura del contratto al momento del raggiungimento dell'accordo («il contratto si stabilisce qual è [locazione oppure vendita] al momento del *consensus in idem placitum*») vd. anche A. GUARINO, *Il leasing* (*Pagine di diritto romano* VI) cit., 154 s., con una presa di posizione che si rivela del resto coerente con la critica che il

dispetto dell'efficacia di regola non retroattiva della condizione.[278] Nel caso invece di Ulp. 4 *ad ed.*, ai fini di un recupero del rapporto in termini di *facio ut des*, si sarebbe resa indispensabile una posticipazione del momento costitutivo, visto che il contratto si sarebbe venuto a perfezionare solo a partire dalla (successiva ed eventuale) manomissione del servo, dovendosi in altri termini far coincidere con essa l'*initium contractus*, attraverso una sostanziale forzatura dell'intera vicenda negoziale, non tenendo conto, come si vedrà, che nelle intenzioni delle parti la contrattazione doveva in realtà intendersi avviata con la consegna, solo successivamente rivelatasi incapace di produrre l'atteso effetto traslativo.[279]

---

maestro napoletano rivolgeva alla ricostruzione gaiana del negozio condizionale e che lo portava a privilegiare l'ipotesi di un contratto (misto) analogo al leasing c.d. operativo. Senza sostanziale seguito la tesi opposta sostenuta da E. SECKEL(†)-(E. LEVY), *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in ZSS 47, 1927, 167 nt. 3 («Hier ist der Kauf „perfekt" erst mit der Tötung oder Verwundung und in diesem Moment fehlt es auch nicht an der Kaufsache, die ja abredegemäß gerade nur in einem Leichnam oder Torso bestehen durfte»); una dura critica si trova in G. BESELER, *Romanistische Studien*, in TR 8, 1928, 282 («Levy's Auffassung führt zu der ungeheuerlichen Konsequenz, dass der conductor aut emptor vor dem Kampfspiele keinen Anspruch auf Lieferung der Gladiatoren hat»); nell'ottica di un perfezionamento *ex tunc* vd. tuttavia S. LONGO, *L'ingaggio dei gladiatori* cit., 504 s., la quale prova a risolvere i rilievi già a suo tempo avanzati da Grosso circa l'inammissibilità di una vendita di gladiatori morti, sostenendo che a essere oggetto di acquisto «non era tanto il gladiatore […] quanto il sacrificio di quest'ultimo», con una proposta che appare però complessivamente non convincente.

[278] Al riguardo vd. G. GROSSO, *Gai III, 146* cit., 291; di «inconcusso principio romano dell'irretroattività» discute V. ARANGIO-RUIZ, Rec. a D. DAUBE (a cura di), *Studies* cit., 309; E. BETTI, *Diritto romano* 1 cit., 365 ss., coerentemente con l'idea che guarda al fatto dedotto in condizione come a un elemento costitutivo di una fattispecie complessa; G.G. ARCHI, v. *Condizione nel negozio giuridico* (*diritto romano*), in Enc. dir. 8, Milano 1961, 755 s.; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 287. Prende le distanze dalla dottrina maggioritaria, negando un approccio unitario da parte dei giuristi romani, A. CALONGE, *En torno al problema* cit., 143 ss., 164 («Los romanos no dogmatizaron; en la práctica utilizaron criterios que no responden a ningún principio teórico absoluto»), 170 ss.

[279] Pur non negando in astratto una riferibilità della fattispecie in esame al tipo *facio ut des* («potest contractus dici Facio ut des»), riteneva tuttavia che, proprio con riferimento al momento iniziale del rapporto contrattuale e alle sue modalità conclusive («inspecto initio & modo ineundi»), la stessa andasse piuttosto inquadrata nello schema del *do ut facias* A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. Lib. XIX. Tit. V. Ad l. naturalis. Ad § 2 a. Sed si dedi tibi servum*), 651 («quamvis inspecto initio & modo ineundi sit contractus Do ut facias»), 653 («si verum amamus, negari non potest, quin prior ego contractum ex parte mea impleverim, cum tibi Stichum dedi ut Pamphilum manumitteres, quamvis ex postfacto apparuerit alienum eum esse […] Inspiciendus enim est & retinendus semper primus ineundi modus»).

Si tratta di aspetti che non devono essere sfuggiti del tutto in dottrina, se è vero che, in un contesto espressivo che parrebbe egualmente collocarsi nell'ambito di una interpretazione correttiva (per cosi dire) del '*nomen iuris*' (*facio ut des*, anziché *do ut facias*),[280] si è in realtà e piuttosto pensato a uno sforzo di tipo analogico-assimilativo sul solo versante regolamentare, non propriamente coinvolgente il profilo qualificativo della fattispecie, andando così a recuperare taluni spunti affiorati in dottrina già nei primi decenni del XIX sec.[281] Il caso sarebbe stato in sostanza trattato come un *facio ut des* ('*quasi*'), pur non essendolo.[282]

4.1. Ancora sulla riconfigurazione del negozio: consenso e *animus contrahendi*. Gai 3.91 e la questione della *voluntas* nella scuola sabiniana e in Salvio Giuliano in particolare.

Si dirà che i rilievi sin qui sollevati sono espressione di un irrigidimento metodologico, tipico di un sapere giuridico come quello moderno, costretto (o anche solo avvezzo) a muoversi nel rispetto di rigide e sempre ben definite griglie concettuali, ma fondamentalmente estraneo al modo di procedere dei giuristi romani, caratterizzato da un più duttile approccio logico-ricostruttivo, interessato più all'elaborazione delle soluzioni in sé, che a uno scrupoloso approfondimento dei connessi meccanismi dogmatici di supporto.[283] E in qualche misu-

---

[280] C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 147 nt. 110: «per rendere fruibile alla parte manumittente l'*actio civilis incerti*, deve con ogni probabilità aver ritenuto compulsorio operare una riqualificazione dell'originario *do ut facias* in un *facio ut des*» (sottinteso Mauriciano).

[281] Nel senso di un'assimilazione sostanziale a un caso di *facio ut des* già («so erhielt das geschlossene Geschäft […] gleichsam das Ansehen eines Contractus facio ut des») vd. C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 101.

[282] C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 146 s. e ivi nt. 110 («il negozio si convertirebbe in concreto, nell'ottica mauricianea, in un'ipotesi di '*factum dandi causa*' […] ritengo sia preferibile ritenere che il caso – più che risolversi, quasi per un naturale ed oggettivo automatismo, in una convenzione innominata vestita di una prima prestazione di *facere* (*manumissio*) in vista di una controprestazione di *dare* – sia stato interpretato da Mauriciano in senso conservativo […] come un'ipotesi di *facio ut des* [...] per farla breve il caso sottoposto all'attenzione di Mauriciano non è di '*facio ut des*', bensì è solo interpretato come tale»), segnalando così un'evoluzione rispetto al punto di vista precedentemente espresso in ID., *Le origine aristoteliche* cit., 77: per quanto non manchino oscillazioni di pensiero (148): «in esame con riguardo a un'ipotesi (*do ut facias* convertito in *facio ut des*)»; (168) «convertito "interpretativamente" in ipotesi di '*facio ut des*' (a seguito e in forza dell'evizione di Stico)».

[283] Proprio con riferimento al tema della conversione, evidenzia il lato pragmatico più che

ra ciò è forse anche vero, tenuto peraltro anche conto degli incerti confini tra le diverse forme di conservazione (o recupero) dei negozi giuridici passate in rassegna, nonché del loro discusso rapporto col tema dell'interpretazione negoziale. Del resto proprio il prima esaminato Gai 3.146 dimostra con quale larghezza d'uso i giuristi piegassero istituti e categorie giuridiche al perseguimento di risultati pratici soddisfacenti e coerenti con gli intenti negoziali delle parti, senza darsi troppa cura delle aporie che ciò rischiava di determinare sul piano della struttura dogmatica degli istituti a tal fine impiegati.

Rimane però il fatto che l'ipotesi di un recupero, anche solo in senso lato, della fattispecie in termini di *facio ut des* si sarebbe presentata comunque estremamente problematica, anche agli occhi del (più) pragmatico giurista romano, pur a voler prendere in considerazione la possibilità che ciò avvenisse nell'ambito di un più generico (ma anche più fluido) processo interpretativo della fattispecie, dell'*id quod actum est*, finalizzato a una conservazione (in senso lato) della vicenda negoziale,[284] anche attraverso il ricorso, magari, a modelli di volontà tipici (o presuntivi: *ac si convenisset*).[285]

Occorre infatti tenere presente che ogni valutazione circa la validità o l'esistenza di un contratto non può che essere effettuata avendo riguardo alla specifica operazione posta in essere dalle parti, e dunque alla luce del concreto assetto di interessi di volta in volta perseguito. Se a livello di mera logica non ci sarebbe forse nulla da eccepire nel considerare come *facio ut des*, un rapporto di *do ut facia*s caratterizzato da una *datio* iniziale nulla, non altrettanto può dirsi se ci poniamo a ragionare abbandonando ogni astratto schematismo.

Fatta eccezione infatti per i negozi che abbiano a oggetto cose di genere, o

---

dogmatico delle decisioni dei giuristi romani R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 684, ove in particolare si sottolinea il fondamentale disinteresse, da parte di questi ultimi, per la questione, oggi invece vivamente dibattuta, del rapporto tra conversione e interpretazione.

[284] Al riguardo, e in relazione al ruolo svolto in tal senso da Giuliano, vd. M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Torino 2017, 87 ss., 100 ss., di cui deve ritenersi certo valido il richiamo a Iul. 50 *dig.* D. 34.5.12, non invece quello a Iul. 87 *dig.* D. 50.17.67 ('*Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est*'), in cui, com'è evidente, il criterio ermeutico prospettato dal giurista non è funzionale alla conservazione (anche solo in senso lato) del contratto a rischio di 'invalidità', secondo quanto sostenuto dallo studioso (88: «tra due significati concorrenti […] Viene scelto il significato efficace. L'altro è scartato poiché rende vano l'atto»), ma a una più efficace realizzazione dello scopo negoziale (*aptior*): così del resto Brutti (88 nt. 152: «più adatto allo scopo»).

[285] M. BRUTTI, *Interpretare i contratti* cit., 91 ss., che discute di «volontà verosimile» e «prassi dominanti».

comunque fungibili, ogni contratto presenta un preciso contenuto: non un *dare* o un *facere* qualsiasi, ma tanti *dare* e *facere* quanti sono i possibili contratti conclusi e ogni volta tutti differenti tra loro. Pensiamo al caso prospettato in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, che fu peraltro all'origine della *reprehensio* di Mauriciano a Salvio Giuliano. Come si è già detto, *Ego* effettua la *mancipatio* di *Stichus* a *Tu* affinché questi affranchi *Pamphilus*. *Tu*, onora l'accordo, ma subisce l'evizione di *Stichus*.

Secondo l'orientamento che si sta qui contestando, a seguito dell'evizione il rapporto si sarebbe trasformato in un *facio ut des*, in quanto il primo principio di esecuzione del contratto sarebbe da individuare, a dispetto delle apparenze, nella *manumissio* compiuta da *Ego*, e sarebbe consistito dunque in un *facere*: da qui la determinazione di Giuliano a concedere la sola *actio in factum*. Da qui ancora la soluzione di segno opposto adottata invece da Mauriciano e ripresa da Ulpiano, resa possibile dal fatto che entrambi questi giuristi avrebbero operato un riconoscimento a livello 'civilistico' delle fattispecie appartenenti allo schema del *facio ut des*.

Non si è però chiarito quale contratto si sarebbe venuto a perfezionare in tal caso. Meglio ancora: non ci si è preoccupati di ricostruire con precisione la concreta operazione economico-giuridica che si sarebbe venuta a costituire tra le parti. Su questo punto si deve infatti registrare un assoluto silenzio da parte degli autori sopra citati. Non c'è dubbio però che, nell'ottica considerata, il contenuto del rapporto contrattuale sarebbe da individuare nella *manumissio* di *Pamphilus* in cambio del trasferimento di *Stichus*, lo stesso *Stichus*, si badi bene, di cui *Tu* aveva appena subito l'evizione.

Ed è proprio questo aspetto che invita ad adottare un atteggiamento di scetticismo di fronte alla possibilità di un recupero della fattispecie nei dichiarati termini di *facio ut des*.

A sconsigliare fortemente la fattibilità della suddetta operazione non dovevano essere tanto eventuali rilievi circa l'impossibilità (a questo punto originaria) della prestazione, dato che di per sé non poteva considerarsi (oggettivamente) impossibile la prestazione che avesse a oggetto il trasferimento di una *res* (che si era accertata ormai essere) altrui (*Stichus*).[286] A profilarsi, in tal caso, po-

[286] Più in generale, sulla questione dell'impossibilità della prestazione vd. F. MOMMSEN, *Beiträge zum obligationenrecht* 1 cit., passim; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire*,[1] cit., 429 s.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. Volume quarto. Le obbligazioni (dalle lezioni). Ristampa a cura di G. Bonfante e G. Crifò*, Milano 1979, 48 ss.; E. RABEL, *Origine de la règle: 'impossibilium nulla obligatio'*, in *Mélanges Gérardin* cit., 473 ss.; G. GROSSO, *Obbligazioni*[3] cit., 40 ss.; P. VO-

teva essere tutt'al più una mera *difficultas solvendi*,[287] come tale del tutto irrilevante.[288] Perplessità doveva piuttosto destare la constatazione che, così facendo, si sarebbe rivelato estremamente difficoltoso rinvenire un consenso intorno all'oggetto dell'obbligazione. È facilmente intuibile che il *dominus* affrancatore, e dunque colui che in quest'ottica sarebbe risultato l'autore della prima (effettiva e non soltanto apparente) prestazione, difficilmente avrebbe rinnovato il proprio consenso al (nuovo)[289] negozio, una volta che, venuto a conoscenza dell'altruità dello schiavo, aveva, per così dire, sperimentato a sue spese la volontà del proprietario di tenere per sé il servo evittogli. Ed è forse per questa ragione che de Retes, lo si è visto, restringeva l'impiego dell'azione pretoria da parte di Giuliano alla sola all'ipotesi di 'scambio' riguardante uno schiavo determinato,

---

CI, *Le obbligazioni* cit., 125 ss., ove indicazioni bibliografiche (nt. 1); D. MEDICUS, *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht*, in ZSS 86, 1969, 67 ss., 83 ss.; M. TALAMANCA, v. *Obbligazioni (dir. rom.)* cit., 34 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 687 ss.; R. CARDILLI, *L'idea romana del 'perpetuarsi dell'obbligazione' e il problema della responsabilità contrattuale*, in AUPA 63, 2020, 85 ss.

[287] Sulla questione specifica vd. Ven. 1 *stip.* D. 45.1.137.4-5 '*generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit*'; sul brano e più in generale sull'antitesi impossibilità oggettiva-impossibilità soggettiva (*difficultas*) vd., con ulteriori indicazioni di fonti, G. GROSSO, *Obbligazioni*[3] cit., 44 ss.; in proposito vd. anche, con ragguagli bibliografici, M. TALAMANCA, v. *Obbligazioni (dir. rom.)* cit., 34 ss. e ivi nt. 229; A.M. RABELLO, *La base romanistica* cit., 2; M. SCHERMAIER, *'Impossibilium nulla obligatio'. Vorverständnis, Begriff und Gegenstand der Unmöglichkeit der Leistung im römischen Recht*, in AUPA 60, 2006, 241 ss.; R. CARDILLI, *L'idea romana* cit., 92. Per la vendita di cosa altrui vd. Ulp. 41 *ad Sab.* D. 18. 1. 28.

[288] Sembrano pertanto eccessive le considerazioni di A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 105 («Doch wäre es widersinnig primo loco mit der Klage in diesem Falle Erfüllung zu beanspruchen: die Eviction hat ja die Unmöglichkeit derselben herausgestellt»). In relazione alla possibilità che la conoscenza dell'altruità del servo da parte di entrambi i contraenti potesse incidere sulla validità del contratto vd., in senso positivo, A. HAIMBERGER, *Reines Römisches Privat-Recht* 4 cit., 66: «Wenn wußten beide Theile, daß die Sache eine fremde sei, so ist wohl der Vertrag ungültig», con rinvio a Paul. 33 *ad ed.* D. 18.1.34.3, relativo però all'ipotesi di acquisto di *res furtiva*: sul brano vd. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*[2] cit., 223 s.; E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum'* 2 cit., 177 s., con ragguagli sulla letteratura; M. FRUNZIO, *Res furtivae. Contributo allo studio della circolazione degli oggetti furtivi in diritto romano*, Torino 2017, 174.

[289] In effetti il negozio che si verrebbe a configurare, sia nell'ottica di una conversione sia in quella di un recupero interpretativo, solo empiricamente si potrebbe qualificare come 'nuovo', in quanto tale qualificazione rinvia inevitabilmente all'idea di un negozio preesistente, qui invece assente, tale non potendosi ritenere, almeno sotto il profilo strettamente giuridico, il negozio nullo.

ammettendo invece il ricorso all'azione contrattuale (*a.p.v.*) nel caso opposto,[290] rispetto al quale la presenza di una tale volontà avrebbe potuto ritenersi implicitamente e ragionevolmente acquisita.

Per lo meno si sarebbe dovuto procedere attraverso un'indagine mirata. Solo all'esito di questa ci si sarebbe potuti eventualmente pronunciare per una trasformazione della fattispecie nel senso indicato. In altri termini, si sarebbe resa necessaria un'apposita *quaestio voluntatis*, non potendosi da questo punto di vista condividere l'idea di automatismi applicativi, del tutto slegati dall'accertamento della volontà (effettiva o anche solo presunta) delle parti: idea che non pare verosimile neppure a volere seguire l'ipotesi, qui contestata, di una conversione, la quale avrebbe comunque richiesto la preventiva elaborazione e successiva individuazione di modelli di volontà tipici.[291]

Nelle parole di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 non c'è però alcun elemento che inviti ad attribuire alla soluzione mauriciano-ulpianea una valenza circoscritta al solo caso di accertamento conclusosi positivamente. Dal tenore del brano si arguisce al contrario che la soluzione era stata congegnata in termini assolutamente generali senza far ricorso a sottili distingui di natura psicologica.

Chi afferma dunque che in questa ipotesi il contratto avrebbe finito per trasformarsi (anche solo di fatto) in un *facio ut des* finisce inevitabilmente per non

---

[290] Vd. *supra* cap. IV § 3.

[291] Quello del rilievo della volontà ai fini del funzionamento dell'istituto della conversione costituisce, com'è noto, un tema assai dibattuto tra gli studiosi. Per la tesi positiva vd. R. RÖMER, *Zur Lehre von der Conversion* cit., 68 ss.; essenziale la presenza della volontà anche per C.F. MÜHLENBRUCH, *Doctrina pandectarum* 1 cit., 272 s. e ivi nt. 6, con richiamo a Ulp. 48 *ad Sab*. D. 46.4.8 pr. (su cui vd. *infra* nt. 335) e Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.1.4; per una corrispondenza del negozio di conversione agli intenti delle parti vd. C.F.F. SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht* 1 cit., 223; («eine solche Umwandlung der Absicht der Disponenten angemessen sei») F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 1 cit., 282, con richiamo a Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.1.4. Corrispondenza che di regola poteva desumersi oggettivamente («bald schon aus dem Inhalte und Zweck des Geschäfts selbst sich ergeben kann»), anche se talvolta le fonti sembrerebbero richiedere una espressa manifestazione di volontà («bald aber eine ausdrückliche Willenserklärung erfordert»), come nel caso di D. 28.6.41.3 e C. 6.36.8 pr.-1; nell'ottica di un meccanismo automatico, ma con volontà presunta, vd. G. PACCHIONI, *Manuale di diritto romano*,[3] Torino 1935, 278; così anche V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 17; richiedeva piuttosto una specifica volontà F. MILONE, *Programma* cit., 145; puntuali indicazioni in proposito possono trovarsi in G. GANDOLFI, *I testi romani* cit., 695 ss.; ID., *Il concetto moderno* cit., 551 s. nt. 2, 554 s., con atteggiamento critico rispetto al requisito della volontà presunta introdotto in ambito pandettistico in omaggio al 'dogma della volontà' («presunzione illogica e aberrante […] concetto praticamente inattuabile, oltre che assurdo»).

tener conto della specificità dell'accordo raggiunto tra i due contraenti, il quale ricadeva su due servi ben individuati, e di sicuro non fungibili.

Si potrebbe invero essere tentati di obiettare che la sussistenza del consenso andrebbe verificata al momento del compimento della prestazione di *facere*, ovvero al momento della manomissione del servo più che al momento della successiva evizione, essendo l'affrancamento del servo a determinare la trasformazione (o comunque configurazione) del rapporto in un *facio ut des*, più che il successivo fenomeno evittivo, il quale, come si è detto, avrebbe più che altro assolto la diversa funzione di certificare il mutamento del tipo negoziale, o per meglio dire il fatto che (a dispetto delle apparenze) non si sarebbe mai formato un *do ut facias* (per nullità della *datio*) ma direttamente un *facio ut des*. E al momento della manumissione del servo non avrebbero potuto presentarsi quei rilievi sul piano della permanenza (o comunque presenza) del consenso che si sono qui evidenziati, non essendovi ragione perché il proprietario di Panfilo dovesse dubitare dell'efficacia dell'atto traslativo compiuto in suo favore dal primo esecutore. Diversamente non avrebbe certo provveduto a liberare il proprio servo.

L'osservazione, che potrebbe ritenersi forse un po' leziosa, ma certo non formalmente scorretta, si esporrebbe comunque a non meno significativi, se non addirittura ancor più gravi, rilievi. Non si può infatti non considerare che il contraente evitto non aveva proceduto all'affrancazione di Panfilo con l'intento di vedersi corrisposta in cambio la proprietà di Stico. Al contrario, lo aveva fatto nel preciso convincimento di esservi tenuto per via del pregresso (ma solo apparente) trasferimento di Stico, con inevitabili riflessi, a questo punto, sotto il profilo della sussistenza di un valido *animus contrahendi* da parte del *dominus* affrancatore.

Volendo provare a prendere a prestito le parole di Gaio in materia di *solutio indebiti* nel notissimo Gai 3.91,[292] potremmo affermare che questi '*magis di-*

[292] Gai 3.91 *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*. Sull'attribuzione a Gaio della riflessione contenuta nel periodo finale '*Sed-contrahere*' devono ritenersi del tutto superate le riserve di quanti pensavano piuttosto a un'origine glossematica: così soprattutto E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del codice civile*, in RISG 1, 1923 = *Studi* 3 cit., 79 s. e ivi nt. 1. Per la genuinità vd. E. BETTI, *Sul significato di contrahere in Gaio e sulla non classicità della denominazione 'quasi ex contractu obligatio'*, in BIDR

strahere vult negotium quam contrahere'. Si tratta di una circostanza non trascurabile, che rende ancor più problematica la configurabilità del caso analizzato in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 nei termini ipotizzati di *facio ut des*: per tutti i soggetti coinvolti nella *dissensio* di Ulp. 4 *ad ed.*, Giuliano compreso.

Da questo punto di vista non si può davvero aderire all'idea che vorrebbe attribuire al giurista adrianeo, e più in generale agli esponenti di scuola sabiniana prima di Gaio, l'elaborazione di un modello empirico di *negotium*, da intendersi come «relazione obiettiva di due individualità patrimoniali distinte»,[293] nell'ambito peraltro di una teorica che avrebbe predicato una stretta identificazione del *negotium contractum* con la categoria del *contractus*.[294] L'idea, la cui formulazione risale a Betti, ha trovato ampio accoglimento in dottrina,[295] anche ai nostri giorni.[296] C'è chi ha addirittura prospettato dirette connessioni con la soluzione giulianea di Ulp. 4 *ad ed.*, e più ampiamente con la posizione assunta dal giurista in materia di *nova negotia*.[297]

25, 1912, 66; ID., *Sul valore* cit., 52 ss.; G. SEGRÈ, *Sulla classificazione delle causae delle obligationes nelle istituzioni di Gaio*, in Rend. Acc. Lincei 5, 1929, 54 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 15 ss., 34 ss.; C.A. CANNATA, *La distinctio re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique*, in W. G. BEKKER, L. SCHNORR VON CAROLSFELD (a cura di), *Sein und Werden* cit., 437 nt. 28; ID., *La nozione di contratto nella giurisprudenza* cit., 20; M. KASER, *Divisio obligationum* (*Römische Rechtsquellen*) cit., 168; ancora più recentemente H.L.W. NELSON, U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181* cit., 83 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 489 ss.

[293] E. BETTI, *Sul valore dogmatico* cit., 54 ss., 62.

[294] E. BETTI, *Sul valore dogmatico* cit., 52 ss.; così, ma in termini più sfumati che parrebbero circoscrivere la questione al più ristretto ambito dell'*obligatio re contracta*, P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 361 ss., 371 s., non senza spunti più radicali che sembrano egualmente muoversi nella prospettiva di una piena identificazione: in proposito vd. ad es. *infra* cap. V nt. 405; aderisce al punto di vista di Betti, più recentemente, A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 159 ss., su cui vd. *infra* nt. 297.

[295] Così G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 55; ID., *La conception du contrat dans le droit romain et son influence dans les droit moderns*, in W. WOŁODKIEWICZ (a cura di), *Le droit romain* cit., 92 ss.; fa proprie le conclusioni di Betti anche A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 159 s. e ivi ntt. 240 e 242.

[296] A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 283 s., 289: «È possibile che per Giuliano il *negotium contractum/gerere* comprendesse ogni fattispecie che, ponendo in contatto un *factum dantis* con la sfera giuridica dell'accipiente fosse in grado di operare un trasferimento patrimoniale (eventualmente anche un trasferimento della proprietà) permanente, ma non definitivo, dall'una sfera patrimoniale all'altra, come diretta conseguenza dell'attività posta in essere dal *dans*».

[297] È il caso di A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 160 s., il quale così giustifica il ricorso da parte di Giuliano all'*a. in factum,* anziché alla *condictio* impiegata da Celso, in materia di *nova negotia* («Egli quindi non può negare la natura contrattualistica dei *nova negotia* e tutelarli con

Sulle conclusioni allora raggiunte dall'illustre studioso italiano ha certo pesato la lettura di Iul. 21 *dig.* D. 26.8.13,[298] grazie al quale è venuto spontaneo inserire Giuliano tra i *quidam* cui si riferiva Gaio in Gai 3.91 e ai quali si è ritenu-

una *condictio*, come fa Celso, per cui il *contractus* non è esaustivo di ogni fonte di *obligatio*, senza contraddire rovinosamente le sue premesse. Non gli resta pertanto, in questa prospettiva, che ricorrere all'estremo rimedio dell'*actio in factum*»). È inutile dire che si tratta di punto di vista al quale non si può aderire e che dimostra anzi a quali (gravi e inverosimili) conclusioni si rischi di approdare a voler percorrere sino in fondo (e, va detto, con assoluta e impeccabile conseguenzialità logica) l'idea *negotium* (*condictio*) = *contractus*. Che a Giuliano fosse precluso il ricorso alla *condictio*, o per meglio dire che ciò ai suoi occhi avrebbe assunto il significato (pratico e dogmatico) di un implicito riconoscimento dei *nova negotia* come *contractus*, è ipotesi che va però assolutamente respinta e che non a caso mai è stata sostenuta in dottrina, se non da Schiavone, il quale ha argomentato da Ulp. 4 *ad ed.*, senza però avvedersi del fatto che il mancato ricorso all'azione di ripetizione era piuttosto da imputare alla circostanza che l'azione fosse qui concessa al *parens manumissor* evitto, e dunque in relazione a un'ipotesi in cui neppure Celso avrebbe potuto prospettare il ricorso alla *condictio* (*certi*). L'impiego della *condictio* da parte di Giuliano può ritenersi del resto attestato in Iul. 10 *dig.* D. 12.1.19 pr., in cui il giurista affronta, nell'ambito di un più ampio discorso sull'obbligazione restitutoria, un caso per molti versi analogo a quello riferitoci in Ulp. 4 *ad ed.*, se non per il fatto che a fronte della manomissione (qui *intra certum tempus*) è previsto il pagamento di una somma di denaro, anziché il trasferimento di uno schiavo, come invece nella testimonianza di Ulpiano. Per un riferimento qui alla *condictio* vd. («in hoc casu […] competit condictio ob rem dati») già J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes in Lib. X digestorum Salvii Juliani*, in *Opera* III cit., (*Ad L. XIX. De reb. cred.*) 784; P. BONFANTE, *Lucri a causa di morte* cit., 130 nt., 141; così anche M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa* cit., 141 nt. 145; G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones (Studi* 2*)* cit., 720 s., 767 s.; implicitamente E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 38 s.; L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione* cit., 109; più recentemente U. BABUSIAUX, *Id quod actum est* cit., 59 s. Pensa alla rubrica *Si certum petetur* O. LENEL, *Pal.* 1.341. In relazione al rapporto tra *condictio* e *actio in factum* vd. quanto si avrà modo di osservare *infra* cap. V § 1.1. Sull'impiego della *condictio* da parte di Giuliano, in alternativa all'*a. in factum*, in una visione ricostruttiva in cui l'azione civile sembrerebbe rappresentare anzi la soluzione elettiva del giurista adrianeo, vd. condivisibilmente L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni* cit., 431.

[298] Iul. 21 *dig.* D. 26.8.13 '*Impuberes tutore auctore obligantur, etiamsi taceant: nam cum pecuniam mutuam acceperint, quamvis nihil dicant, auctoritate tutoris interposita tenentur. Quare etsi non debita pecunia his personis soluta fuerit, quamvis tacuerint, interposita tutoris auctoritas sufficit, ut condictione teneantur*', da cui, a *contrario*, si è ricavata l'idea di una improponibilità dell'azione di ripetizione nei confronti del pupillo in caso di mancata prestazione dell'*auctoritas tutoris*: in questo senso vd. A. PERNICE, *Labeo* 1 cit., 423; ID., *Labeo* 3.1 cit., 246; E. BETTI, *Sul significato* cit., 69 s.; ID., S. WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebraucht und Willensgehalt in klassischen römischen Recht*, Köln-Graz 1964, 93; G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 39 ss.; che l'*interpositio auctoritatis* costituisse una «condizione necessaria […] per l'esperibilità della *condictio*» è più recentemente evidenziato da A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 496.

to di dover attribuire una visione oggettiva del *negotium*.[299] Prospettive, queste, che sarebbero state messe entrambe in discussione da Gaio, in adesione al diverso indirizzo ricostruttivo seguito nell'ambito della scuola rivale,[300] e in particolare da Celso,[301] e i cui capisaldi dogmatici, almeno per quanto riguarda il più specifico tema del rilievo dell'*animus* nelle dinamiche contrattuali e negoziali, avrebbero trovato (ancor prima) una compiuta teorizzazione in Pedio,[302] nel notissimo Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1.3 '*nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem*'.[303]

---

[299] Così E. BETTI, *Sul significato* cit., 68 nt. 4; ID., *Sul valore* cit., 53 («Sono i Neo-sabinani, sopra tutti Giuliano»); G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 35 s., 60 s., 80 e ivi nt. 1; G. MELILLO, *Contrahere*[2] cit., 64 s. Più in generale per un riferimento dei *Quidam* a giuristi sabiniani vd. A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 246; S. SOLAZZI, *'Quidam' (Gli innominati delle Istituzioni di Gaio)*, in *Scritti di diritto romano* 5 (1947-1956) Napoli 1972, 418; B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato: modelli storici*, Padova 2009, 20; ulteriori riferimenti alla letteratura in H.L.W. NELSON, U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181* cit., 89. In relazione alla più specifica questione se nell'impiego del pronome *quidam* si debba scorgere un riferimento a posizione minoritaria vd., per la positiva, M. TALAMANCA, *In tema di azioni di arricchimento* cit., 44 ss.; in senso contrario A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 495 e ivi nt. 66, il quale pensa piuttosto a un'opinione «abbastanza diffusa al tempo di Gaio»; sembrerebbe metterlo in dubbio anche A.M. GIOMARO, *'Unde quidam putant'* cit., 300 («forse non proprio minoritaria»).

[300] E. BETTI, *Sul valore* cit., 52; sempre nel senso di un avvicinamento a logiche di scuola proculeiana vd. S. PEROZZI, *Le obbligazioni* cit., 100 nt. 1; P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 2 cit., 371, 378, 390 s. Una critica rispetto al punto di vista di de Francisci può trovarsi in U. VON LÜBTOW, *Beiträge* cit., 143 nt. 493.

[301] E. BETTI, *Sul valore* cit., 49 ss.

[302] E. BETTI, *Sul valore* cit., 42 ss.

[303] Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1.3 *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*. La letteratura sul brano è sterminata. Per le tante questioni che il brano pone ci limitiamo qui a segnalare E. BETTI, *Sul valore* cit., 42 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 54 ss.; ID., *Da Pedio ai Bizantini in D. 2.14.1.3-4*, in *Studi in onore di E. Volterra* I, Milano 1971, 55 ss.; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 130 s.; ID., *La scrittura* cit., 132 ss.; P. CERAMI, *D. 2.14.5* cit., 199; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 196 ss.; ID., *Per la storia* cit., 75 s.; F. GALLO, *Eredità di giuristi* cit., 47 ss.; ID., *Synallagma* 2 cit., 207; A. MANTELLO, *Le 'classi nominali'* cit., 256; R. KNÜTEL, *La causa* cit., 133; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 67; L. GAROFALO, *Contratto* cit., 350 s.; ID., *Gratuità* cit., 93 ss. e ivi nt. 123; ID., *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche*

Sempre a sostegno della tesi che vorrebbe il giurista adrianeo partigiano di una valutazione oggettiva del *contrahere negotium* (e quindi del *contractus*) vennero invocate altre due notissime testimonianze giulianee. La prima, Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33,[304] ove, in tema di *condictio*, si afferma il principio per cui anche '*qui non debitam pecuniam solverit*', per il fatto stesso di adempiere (*hoc ipso*), pone in essere un negozio ('*aliquid negotii gerit*').[305] La seconda, Iul. 13 *dig.* D. 41.1.36,[306] in materia di *error in causa*, per la quale si è sostenuto che, con la

cit., 405 ss.; C.A. CANNATA, *La nozione di contratto nella giurisprudenza* cit., 8 ss.; C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 107 nt. 38; G. FALCONE, *Riflessioni sulla conventio* cit., 197 ss.

[304] D. 12.6.33 (Iul. 39 *dig.*): *Si in area tua aedificassem, et tu aedes possideres, condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contrahetur; nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed et si, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, condictionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. Et ideo constat, si quis cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse.* Per la letteratura si vedano (in favore della genuinità) quantomeno E. BETTI, *Sul valore* cit., 55 ss.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 373 ss.; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 189 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 279 ss.; A. CORBINO, *Fondamento e presupposti della condictio causa data causa non secuta*, in A. PALMA (a cura di), *Studi in onore di Francesco Guizzi*, I, Torino 2013, 151 s. Per una diagnosi interpolazionistica vd. in vario modo W. RECHNITZ, *Studien zu Salvius Julianus*, Weimar 1925, 53 s.; H.H. PFLÜGER, *Zum Lehre vom Erwerbe* cit., 77 s.; S. SOLAZZI, *L'errore nella condictio indebiti*, in Atti dell'Accademia di Scienze morali e Politiche della Società Reale di Napoli 59, 1939 = *Scritti di diritto romano* 4, Napoli 1963, 147 nt. 189; E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano. I. Fonti e casi*, Milano 1947, 428 s.; G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones (Studi* 2*)* cit., 717 nt. 77.

[305] Di «situazione […] intermedia nella quale non si ha il negozio in senso pieno» o ancora di «negozialità dimezzata» discute piuttosto F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 191 ss., 196 ss. e soprattutto nt. 46; idea ribadita in ID., *Contratto e atto* cit., 29. Perplessità rispetto alla posizione di Gallo si trovano in A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 282 s. («a rigor di logica, la volontà o c'è o non c'è, e non mi pare possibile affermare che ce ne è un poco, e questo poco basta»). In effetti non sembra che alla locuzione si possa attribuire un significato tanto differente rispetto a quello con cui è adoperata l'espressione '*aliquod negotium*' che vedremo impiegata in Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15 (ma anche nel meno celebre Afr. 7 *quaest.* D. 4.4.4), volendosi in sostanza qui affermare che anche nell'adempimento non dovuto si ha una qualche forma di negozio: un qualche negozio. Interpretazione che sembra peraltro trovare significativo conforto dalla lettura di Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.1.20.3, unico frammento in cui la nostra locuzione ritorna e curiosamente sfuggito all'attenzione degli studiosi, in cui non sembrano sussistere margini per prospettare un riferimento a vicende solo parzialmente negoziali: Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.1.20.3 *Quae autem in testamento diximus super prohibendis testimoniis eorum, qui in potestate sunt, in ommnibus testimoniis accipias, ubi aliquid negotii geritur, per quod adquiratur*.

[306] Iul. 13 *dig.* D. 41.1.36: *Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero*

frase '*nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus*', il giurista avrebbe fatto riferimento all'«opposto *punto di vista subiettivistico*» proculeiano, al quale, come si è detto, avrebbe più tardi prestato la propria adesione Gaio (Gai 3.91).[307]

Si tratta di conclusioni, che come si diceva, non possono essere accolte. Senza che si possa qui affrontare la questione con l'attenzione e lo spazio che essa richiederebbe e rinviando a un'apposita indagine al riguardo, si deve e si può tuttavia sin d'ora affermare come sulla questione del rilievo della volontà sulle dinamiche contrattuali per i Sabiniani di vecchia scuola e per Giuliano in particolare si è in realtà ampiamente speculato,[308] arrivando a conclusioni che appaiono difficilmente sostenibili (anche) per gli stessi fautori di tale indirizzo interpretativo. Ciò rende ragione delle contraddizioni che in più di un'occasione vanno emergendo nel pensiero di tali autori.[309]

Quanti hanno aderito all'ipotesi di una visione oggettiva del *contrahere* in Salvio Giuliano non hanno peraltro dato il giusto risalto a non meno significative testimonianze del pensiero giulianeo, che, al contrario, fanno di Giuliano un attento indagatore dell'intento perseguito dagli autori del negozio, o se vogliamo del profilo soggettivo della causa. Il contributo del giurista adrianeo al

---

dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. Sul brano vd. M. KASER, *Zur iusta causa traditionis*, in BIDR 64, 1961, 66 s.; O. BEHRENDS, *Iusta causa traditionis* cit., 155 ss.; C.A. CANNATA, *Iul. D. 41.1.36: una «interpolazione occasionale»*, in *Incontro con G. Pugliese* (18 aprile 1991), Milano 1992, 67 ss.; A. LOVATO, *Traditio e conventio* cit., 124 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza* cit., 345 ss.; R. FERCIA, *Principio di utilizzazione negoziale e iusta causa traditionis*, in LR 6, 2017, 121 ss.

[307] E. BETTI, *Sul valore* cit., 65 s.; adesivamente G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 44 s.

[308] Di un'«estremizzazione» della controversia di Gai 3.91 discorre A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 285, che pure aderisce all'ipotesi di un'elaborazione oggettiva del *negotium* in Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33.

[309] Da questo punto di vista, non si può ad es. non considerare come fosse lo stesso Betti ad annoverare Giuliano tra i giuristi maggiormente impegnati nello sforzo di valorizzare il profilo della *voluntas* nell'ambito di ogni vicenda negoziale, compresa la *stipulatio*, che pure era strutturata secondo una rigorosa logica di tipo formale. Così appunto E. BETTI, *Sul valore* cit., 46 s.: «nella interpretazione delle stipulationes e di altri negozi giuridici già Pedio aveva accentuato il momento della volontà […] Né egli era solo […] anche per Giuliano la conventio non entra […] nelle caratteristiche peculiari (natura) della acceptilatio e in genere della obligatio verbis facta ma pure la contiene in sé in potenza e per implicito»». Il riferimento è a Iul. 15 *dig.* D. 18.5.5 pr.

rafforzamento del rilievo del consenso nei processi formativi del contratto era stato al contrario ben evidenziato dalla dottrina più antica,[310] che a questo proposito aveva innanzi tutto richiamato Iul. 15 *dig.* D. 18.5.5 pr.,[311] testo ben noto, soprattutto a chi si è occupato del tema della conversione del negozio giuridico, in cui si ammette il recupero come *pactum de non petendo* (reciproco) di *acceptilatio* o *acceptilationes* (invalida o invalide) prestate nell'ambito di un rapporto di compravendita,[312] sul rilievo per cui '*acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet*'.[313] La stessa attenzione verso il profilo

[310] Si vedano ad es. A. PERNICE, *Labeo* 1 cit., 406; C. FERRINI, *Sesto Pedio* (*Opere* 2) cit., 46, che discorre di «colpo decisivo al vecchio formalismo per cui la volontà venne a considerarsi in ogni negozio giuridico come l'elemento precipuo»; in tema di donazione G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 40 s.; più recentemente vd., con opportuna valorizzazione Iul. 15 *dig.* D. 18.5.5 pr., M. SARGENTI, *Svolgimento* cit., 50 («prezioso indice del travaglio attraverso cui si andava precisando il ruolo del consenso nei negozi giuridici»); un invito a rivedere «la frequente contrapposizione tra Gaio e Giuliano in merito al rilievo attribuito all'elemento volontaristico per l'individuazione del contratto» si trova anche in F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 191 ss.

[311] Iul. 15 *dig.* D. 18.5.5 pr. *Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret, sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet.*

[312] Sulla ricostruzione esatta della questione affrontata da Giuliano sussistono, com'è noto, non poche incertezze, in qualche misura legate alla lettura della frase iniziale '*Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat*', per la quale si è talvolta suggerito di leggere *et* al posto di *vel*: così H. SIBER, *Contrarius consensus*, in ZSS 42, 1921, 73 s.; U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, in *Studi P. Bonfante* 2, Milano 1930, 559. In senso contrario vd. H. STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im römischen Recht*, in ZSS 44, 1924, 63; H. P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma* cit., 75 e ivi nt. 34; V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 308 nt. 262. Più in generale sul brano si vedano R. RÖMER, *Zur Lehre von der Conversion* cit., 79 ss.; A. PERNICE, *Labeo* 1 cit., 406; ID., *Zur Vertragslehre* cit., 213; C. FERRINI, *Sesto Pedio* (*Opere* 2) cit., 46; S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*,[2] I, Napoli 1935, 268 ss.; E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 55 s.; V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 308 ss.; C. KRAMPE, *An inutilis acceptilatio* cit., 18 s.; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 192 s.; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est* cit., 116 s.; R. MARINI, *Actus contrarius e pacisci nel mutuo dissenso*, Roma 2016, 153 ss.

[313] Per l'origine bizantina della soluzione si segnalano S. PEROZZI, *Istituzioni*[2] cit., 403 nt. 1; G. BESELER, *Beiträge* 4 cit., 132; ID., *Eiznelne Stellen* (1927) cit., 358; S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* 1[2] cit., 268 ss. In senso contrario vd. PH. MEYLAN, *La loi 23 Dig. 46.4 et la notion de bilatéralité du contract de vente chez Labéon*, in *Studi in onore di S. Riccobono* 4 cit., 293; E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 55 s.; V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit., 311 ss.; per la genuinità sostanziale P. CERAMI, v. *Risoluzione del contratto (diritto romano)*, in Enc. dir. 40, Milano 1989, 1286 nt. 45; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 192 s.; in difesa del testo, anche sul piano formale, vd.

soggettivo della causa emerge del resto anche in Iul. 18 *dig.* D. 12.1.20.[314] Si tratta di brani che mostrano segni di manipolazione, soprattutto il secondo, di cui deve giudicarsi certo sospetta la chiusa '*Sed haec intelligenda sunt propter subtilitatem verborum, benignius tamen, utrumque valeret*',[315] ma anche l'impiego della locuzione '*talem contractum*' con riferimento alla donazione,[316] pure ad

M. TALAMANCA, *Lex e interpretatio in Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 19.1.50*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, II, Torino 1997, 411 ss., che ritiene «senza un solido fondamento» i vari sospetti avanzati in dottrina; più recentemente R. MARINI, *Actus contrarius* cit., 153 ss.

[314] Iul. 18 *dig.* D. 12.1.20: *Si tibi pecuniam donassem, ut mihi eandem crederes, an credita fieret? Dixi,* [*in huiusmodi propositionibus non propris verbis nos uti; nam talem contractum*] *neque donationem esse, neque pecuniam creditam; donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret, creditam non esse, quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi. Igitur si is, qui pecuniam hac condicione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam; magis enim meum accepisse intellegi debeo*. [*Sed haec intelligenda sunt propter subtilitatem verborum, benignius tamen, utrumque valeret*.]. Per la letteratura si vedano G.G. ARCHI, *Animus donandi*, in *Atti del congresso internazionale di Verona* (27-29 settembre 1948), vol. III, Milano 1951 = *Scritti* 2 cit., 1042 ss.; ID., *La donazione* cit., 39 ss.; M. TALAMANCA, *Donazione possessoria* cit., 249 ss.; con ampio apparato bibliografico S. BROISE, *Animus donandi. Concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*, Pisa 1975, 53 ss., 54 nt. 55; H. HANISCH ESPINDOLA, *La intención de donar*, in REHJ 2, 1977, 23 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 359 ss.; R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 134 s. nt. 55.

[315] Così P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 358; E. BETTI, *Consapevole divergenza* cit., 322 ss.; ID., *Appunti* (1958) cit., 39; F. PRINGSHEIM, *Animus donandi* cit., 276 nt. 1; G. BORTOLUCCI, *Note sul contratto* cit., 271; pensa a una glossa esplicativa H. J. WOLFF, *Concerning* cit., 83; negli stessi termini, con cautela, anche S. BROISE, *Animus donandi* cit., 54 ss., 56 nt. 56; G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 39; D. LIEBS, *Hermogenians Iuris Epitomae*. *Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians*, Göttingen 1964, 77; B. ALBANESE, *Per la storia del creditum* cit., 154 nt. 101; A. D'ORS, *Replicas panormitanas I. De nuevo sobre 'creditum'. (Réplica a la crítica de Albanese)*, in SDHI 41, 1975, 241; per la fattura bizantina più recentemente A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 359 ss., al quale si rimanda anche per gli ampi ragguagli bibliografici (361 nt. 160); R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 135 nt. 55. In difesa del testo vd. tuttavia F. WUBBE, *Benigna interpretatio als Entscheidungskriterium*, in F. HORAK, W. WALDSTEIN (a cura di), *Festgabe für A. Herdlitczka zu seinem 75. Geburtstag*, München 1974, 115 nt. 77; H. HAUSMANINGER, *Subtilitas iuris*, in H.P. BENÖHR, K. HACKL, R. KNÜTEL, A. WACKE (a cura di), *Iuris Professio*. *Festgabe für M. Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz 1986, 70 nt. 73; A. PALMA, *Benignior interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1997, 79 ss.; non sembra dubitare della paternità giulianea della chiusa, più di recente, A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 30 s., 78.

[316] Bizantino il riferimento al contratto per F. EISELE, *Weitere Studien* cit., 112; F. PRINGSHEIM, *Animus donandi* cit., 275 ss.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 358, 446; rilievi anche in E. BETTI, *Consapevole divergenza* cit., 322 ss.; G.G. ARCHI, *Animus donandi* (*Scritti* 2)

ammettere che essa vada interpretata nel (più generale) senso di *negotium* (*contractum*).[317]

Sulla genuinità sostanziale di entrambe le testimonianze non vi è tuttavia motivo di dubitare. Quanto a Iul. 18 *dig.* D. 12.1.20, in particolare, non vi è ragione per sospettare della frase '*creditam non esse, quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi*',[318] dalla quale si evince come la configurabilità del mutuo venisse esclusa da Giuliano sulla base di un argomentare che si affidava a una valorizzazione del profilo soggettivo dell'intenzionalità delle parti,[319] in termini che anche espressivamente ('*quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi*') riportano alla mente le parole di Gai 3.91 ('*is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*).[320] Da questo punto di vista non è senza significato il fatto che, salvo rarissime eccezioni,[321] la genuinità del passaggio in questione non sia stata messa in discussione neppure dalla critica interpolazionistica: neanche da parte di quegli stessi studiosi che pure avevano attribuito al caposcuola sabiniano una visione oggettiva del *contrahere* fondata se non, meglio ancora, identificata col *negotium*.[322] È inutile dire

---

cit., 1043 nt. 33; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 359 ss. Per la genuinità della locuzione '*talem contractum*' vd. tuttavia S. BROISE, *Animus donandi* cit., 56 nt. 56; B. ALBANESE, *Per la storia del creditum* cit., 154 nt. 101, che da ciò ricava, contro d'Ors, argomenti per l'inclusione del mutuo all'interno del contratto; sempre per la genuinità, ma contestando l'idea che *contractus* sia qui riferito al mutuo, A. D'ORS, *Replicas panormitanas* 1 cit., 241 («Juliano no llama *contractus* al mutuo, sino a un contrato atípico (*do ut des*) de donación a cambio de mutuo, que, dice Juliano, no es donación ni mutuo)».

[317] Così S. SCHLOßMANN, *Zu l. 20 D. de rebus creditis 12,1. Ein Beitrag zur Lehre vcon den Scheingeschäften*, in Jh. Jb. 44, 1902, 384.

[318] Per la genuinità vd. S. RICCOBONO, *Letture londinesi* cit., 79 s.; E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 40, 255 ss. Non avanza sospetti sul tratto in questione S. BROISE, *Animus donandi* cit., 53 ss.; così anche D. LIEBS, *Hermogenians Iuris Epitomae* cit., 77; più di recente A. PALMA, *Benignior interpretatio* cit., 80; non sembra sollevare dubbi al riguardo A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 30 s.

[319] Così già G. BORTOLUCCI, *Note sul contratto* cit., 271; H. HANISCH ESPINDOLA, *La intención de donar* cit., 28 s.

[320] Per l'affinità lessicale rispetto al brano gaiano vd. già S. RICCOBONO, *Letture londinesi* cit., 83, il quale ne traeva argomento per ipotizzare un assai stringente legame tra le posizioni dei due giuristi, evidenziando peraltro l'autore la stretta relazione con Paul. 17 *ad Plaut.* D. 12.6.65.3.

[321] H. APPLETON, *Des interpolations* cit., 166; da ultimo A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 365 ss.

[322] Per la genuinità vd. appunto P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 447, con un pun-

che ciò rappresenta un ulteriore esempio di quelle incongruenze che in varie occasioni affiorano nel pensiero di questi autori.

D'altra parte nessuna delle due testimonianze richiamate da Betti a favore dell'elaborazione di un modello oggettivo del *contrahere* da parte di Giuliano deve ritenersi decisiva. Non Iul. 39 *dig*. D. 12.6.33, dal quale si può solo ricavare che ai fini dell'esercizio della *condictio* si rendeva necessario, da parte dell'accipiente, un acquisto diretto, a titolo derivativo della proprietà (*datio)*.[323] Né tantomeno Iul. 13 *dig.* D. 41.1.36, anche a volere ammettere che Giuliano, a differenza di altri come Ulpiano[324] o Paolo,[325] avesse adottato un modello di *traditio* c.d. astratta. La verità è che una tale ipotesi non legittimerebbe comunque le conclusioni alle quali era inizialmente approdato l'illustre maestro italiano.[326] Anzi, grazie alle poche informazioni sicure che si possono trarre da Ulp. 7

---

to di vista confermato anche in ID., *Il trasferimento della proprietà* cit., 188; nonché e soprattutto E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 39 s.

[323] Requisito che, se non poteva dirsi assente nell'ipotesi di *indebiti solutio*, mancava invece in quella dell'*aedificatio* su fondo altrui, visto che in tal caso il *dominus* del fondo sarebbe divenuto proprietario di quanto edificato *iure proprio*, a titolo originario: per un fatto giuridicamente non riferibile al costruttore dell'edificio. Se nelle parole del giurista non vi è alcun riferimento all'aspetto soggettivo, lo si deve alla specificità della fattispecie qui discussa, in cui l'acquisto, come si è appena detto, operava in via di accessione, in assenza dunque di un atto traslativo di proprietà. Ciò rendeva superfluo un approfondimento sulle finalità dell'atto, visto che non era comunque in base a tale atto che il proprietario del fondo avrebbe acquistato la proprietà di quanto edificato. In sostanza nel brano di Giuliano parrebbe prendere forma, in maniera definitiva, il nuovo modello di *condictio*, come azione diretta a una *datio* e concessa nel presupposto di una precedente *datio* (e dunque di un acquisto qualificato): così vd. ad es. G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones* cit., 708 ss., 713 s.; con conclusioni opposte F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti* cit., 113 ss., per il quale Giuliano avrebbe al contrario superato il più antico modello della *condictio*, come *repetitio dati*, legandola piuttosto all'innovativa e più ampia prospettiva del *negotium*. In proposito vd. *infra* nt. 407.

[324] Così in base a Ulp. 7 *disp.* D. 12.1.18 pr., riportato *infra* in nt. 327.

[325] Paul. 31 *ad ed.* D. 41.1.31 pr. *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua <alia> iusta causa praecesserit*. Sulla testimonianza vd., P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento* cit., 152 ss.; S. RICCOBONO, *La formazione* cit., 152; L. VACCA, *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, in *Incontro con G. Pugliese* cit., 54 nt. 16; ID., *Iusta causa e bona fides nell'usucapio romana a proposito del titolo pro suo*, in *Sodalitas* 4 cit., 1990 s. nt. 72, con rinvio a Iav. 12 *epist.* D. 44.7.55; B. CORTESE, *Indebiti solutio* cit., 130 ss.; A. CORBINO, *Fondamento* cit., 153.

[326] Si tenga conto del *revirement* interpretativo che si coglie in E. BETTI, *Il dogma bizantino della* φύσις τῆς παραδόσεως *e la irrilevanza del dissenso sulla causa della tradizione*, in *Studi Bonfante* 1, Milano 1930, 331, ove la soluzione indicata in Iul. 39 *dig*. verrà giudicata bizantina.

disp. D. 12.1.18 pr.,[327] brano che va letto congiuntamente a Iul. 13 *dig.* D. 41.1.36, possiamo affermare che (perlomeno)[328] nella valutazione della sussistenza di una *causa donandi* Giuliano si affidava a un processo ricostruttivo che guardava al profilo dell'intenzionalità dei soggetti coinvolti e se giungeva a una soluzione negativa è proprio perché registrava l'assenza di una condivisa valutazione del significato giuridico da attribuire alla consegna della somma di denaro (*Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias*, *Iulianus scribit donationem non esse* […]).

In più e soprattutto, in entrambi i casi, ciascuna delle cause astrattamente sottostanti alla consegna era di per sé idonea a determinare un effetto traslativo. Vi era consenso sull'effetto (trasferimento della proprietà), non sulla causa.[329] A mancare era l'accordo, come si suol dire, sulla causa remota, ovvero sulla funzione che in concreto tale trasferimento avrebbe dovuto assolvere:[330] o, per me-

---

[327] Ulp. 7 *disp.* D. 12.1.18 pr. *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti*.

[328] Quanto al mutuo, gli scarni elementi a nostra disposizione impediscono qualunque valutazione. Nei termini generici in cui il quesito è formulato (*sed an mutua sit, videndum*), non possiamo neppure ritenerci sicuri del fatto che Giuliano si fosse effettivamente interrogato sulla possibilità di considerare la somma come data a mutuo. Al riguardo non si può far altro che rinviare alla vasta letteratura che si è formata al riguardo: tra i tanti si vedano F.C. VON SAVIGNY, *System* 4 cit., 158 ss., 161; F. SERAFINI, *Conciliazione della legge 36 Dig. de acquirendo rerum dominio (XLI.1) colla legge 18 Dig. de rebus creditis (12.1)*, in AG 1, 1868, 54 ss.; G. BESELER, *Miscellanea*, in ZSS 45, 1925, 221; H.H. PFLÜGER, *Zwei Digestenstellen*, in *Bonner Festgabe für E. Zitelmann zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum*, München-Leipzig 1923, 44 ss.; ID., *Zum Lehre vom Erwerbe* cit., 19 s.; R. MONIER, *Le malentendu sur la causa traditionis*, in *Studi in onore di P. Bonfante* 3 cit., 224 s., 228 s.; A. EHRHARDT, *Justa causa traditionis* cit., 136 ss.; E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 258; J.G. WOLF, *Error in römischen Vertragsrecht*, Köln-Graz 1961, 104 ss.; M. KASER, *Das Geld in römischen Sachenrecht*, in TR 29, 1961, 225 ss.; più recentemente C.A. CANNATA, *Iul. D. 41.1.36* cit., 71 ss.; O. BEHRENDS, *Iusta causa traditionis* cit., 154 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 334 ss., 340 ss.; da ultimo anche R. FERCIA, *Principio* cit., 135 s.

[329] Così già F.C. VON SAVIGNY, *System* 4 cit., 160; tra gli studiosi più recenti O. BEHRENDS, *Iusta causa traditionis* cit., 155 s.; ID., *Die condictio causa data causa non secuta* cit., 37 nt. 52.

[330] In questo senso, tra i tanti, L. VACCA, *Iusta causa* cit., 1994; ID., *Osservazioni in tema di condictio e arricchimento senza causa nel diritto romano classico*, in V. MANNINO (a cura di), *L'arricchimento senza causa. Atti del Convegno dell'Università di Roma Tre* (Roma 24 e 25 ottobre 2003), Torino 2005, 16.

glio dire, l'accordo era solo apparente. Non difettava invece il consenso sulla funzione presente o generica,[331] da intendersi nell'accezione più lata possibile: nel senso che entrambe le parti si attendevano che la *traditio* producesse un trasferimento della proprietà.[332] Situazione ben differente rispetto a quella che si sarebbe venuta a configurare nell'ipotesi di un recupero (in via di conversione o meno) della vicenda di Ulp. 4 *ad ed*., in cui nessuna delle parti, naturalmente, voleva (o anche solo si attendeva) che alla manomissione dello schiavo dovesse seguire la produzione di effetti obbligatori.

5. Riflessioni conclusive su *animus contrahendi* in Salvio Giuliano (e Ulpiano).

Le pur brevi osservazioni sin qui svolte hanno fatto emergere l'immagine di un giurista attento alla valorizzazione del profilo soggettivo (oggi diremmo) negoziale, che certo non corrisponde al ritratto, che se ne è voluto fare, di un convinto sostenitore di logiche ricostruttive diversamente legate a visioni rigorosamente oggettive del *negotium*, inteso come mera relazione tra distinte sfere patrimoniali. Si tratta di un'acquisizione che non è affatto priva di rilievo per l'interpretazione di Ulp. 4 *ad ed.* Essa infatti riduce ulteriormente i margini per ritenere che il nocciolo della questione tra Giuliano e Mauriciano dovesse riguardare il tipo di tutela da accordare ai casi di *facio ut des*. A prescindere dalla circostanza se tra i due giuristi esistesse effettivamente una più generale divergenza di opinioni in proposito (e non vi sono elementi per supporlo), rimane il fatto che almeno agli occhi di Giuliano mancavano i presupposti perché il caso affrontato in Ulp. 4 *ad ed.* potesse configurarsi come un *facio ut des*, anche sul

[331] Sulla distinzione tra *causa proxima* (causa di attribuzione) e *causa remota* (causa di giustificazione), o ancora tra *titulus* e *modus*, vd. F. HOFMANN, *Die Lehre vom titulus adquirendi und vom der iusta causa traditionis*, Wien 1873, 3 ss., 36 ss.; A. EHRHARDT, *Justa causa traditionis* cit., 5 ss.; H. COING, *Europäisches Privatrecht*. I. *Älteres gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, 179 ss., 303 ss.; sulla questione si veda anche A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino 1994, 47 ss.; S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione* cit., 52 ss.; B. KUPISCH, *Causalità ed astrattezza*, in L. VACCA (a cura di), *Vendita e trasferimento* 2 cit., 433 ss.; L. VACCA, *Annotazioni* cit., 51 ss.; C.A. CANNATA, *Traditio causale e traditio astratta*: *una precisazione storico-comparatistica*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, vol. I, Milano 1994, 155 ss., ora in L. VACCA (a cura di), *Scritti scelti* cit., vol. II, 146 s.; da ultima vd. anche B. CORTESE, *Indebiti solutio* cit., 120 ss.

[332] Per una valutazione più stringente della *causa proxima* (non coincidente con la volontà astratta di alienare o acquistare) vd. però R. MONIER, *Le malentendu* cit., 22 ss., con letteratura.

piano squisitamente soggettivo. La manomissione di Panfilo non era infatti avvenuta allo specifico scopo di obbligare l'altra parte al trasferimento di Stico in proprio favore, ma era stata al contrario fatta col preciso intento di liberarsi dal vincolo contratto: volendo parafrasare le parole adoperate dallo stesso Giuliano in Iul. 18 *dig.* D. 12.1.20, potremmo dire: *exsolvendi causa magis factum esset, quam alterius obligandi*. Se dunque qui Giuliano non concedeva l'azione civile non era certo per via di una ipotetica riconfigurazione del rapporto in un *facio ut des*. Ciò significa, inoltre, che oggetto della polemica a distanza tra i due giuristi non era l'estensione della nozione sinallagmatica aristoniana o se vogliamo l'ampiezza dell'ambito applicativo dell'azione contrattuale.

Del resto non vi sono motivi per ritenere che le cose potessero andare diversamente per i suoi recensori. Se si deve infatti respingere l'idea di un'impostazione, per così dire, oggettiva del *contrahere* in Giuliano, ancor meno elementi vi sono per attribuirla a Ulpiano, e prima di lui a Mauriciano: ai quali, più che a Giuliano, si dovrebbe in definitiva attribuire, almeno leggendo tra le righe del pensiero di Giffard, l'intervento di recupero della fattispecie come contratto *facio ut des*. Su Mauriciano non disponiamo in verità di dati specifici per pronunciarci in un senso o nell'altro. Ciò non rappresenta però un reale problema, perché siamo in compenso largamente informati su Ulpiano, il cui pensiero non poteva essere significativamente differente rispetto a quello del giurista suo predecessore, se ne approvava, anche sul piano argomentativo, la soluzione:[333] e a Ulpiano si deve certo un'ancora più marcata valorizzazione dell'elemento consensualistico all'interno delle dinamiche contrattuali.[334] Lo riconoscono ovviamente anche quanti si pronunciano in favore della configurazione di un *facio ut des* nel caso di Ulp. 4 *ad ed.*

Si pensi per tutti[335] al prima richiamato Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1.3, ove, al di

[333] Da questo punto di vista non crediamo sussistano elementi specifici per ipotizzare, come fa invece E. STOLFI, *I casi e la regula* cit., 37 nt. 91, una parziale divergenza di opinioni tra Ulpiano e Mauriciano, almeno per ciò che riguarda la rappresentazione schematica della fattispecie (*do ut facias*, per Ulpiano; *facio ut des* per Mauriciano).

[334] Così, del resto, con riferimento a Ulp. 16 *ad Sab*. D. 12.6.2 pr., proprio E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 285 («Ulpiano è molto vicino al Gaio di Inst. 3.91»), con una conclusione che per altro verso lascia stupefatti se si considera che la categoria del *negotium contractum* è qui adoperata da Ulpiano, in materia di indebito, esattamente come in Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33 (Ulp. 16 *ad Sab*. D. 12.6.2 pr. 'repetitio locum habebit*: negotium enim contractum est inter eos*' (sul brano vd. *infra* cap. V § 8); più recentemente si vedano A. SCHIAVONE, *La scrittura* cit., 131 ss.; F. GALLO, *Contratto e atto* cit., 31 ss.

[335] Sempre a questo proposito andrebbe perlomeno ricordato Ulp. 48 *ad Sab*. D. 46.4.8 pr.

là di ogni ulteriore possibile considerazione in relazione al *dictum Pedii* riferito immediatamente prima,[336] non è azzardato riferire al giurista severiano la paternità delle battute finali esplicative '*nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*'.[337]

(*An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur: et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum. dicet aliquis: potest ergo non esse consensus? cur non possit? fingamus eum, qui accepto ferebat, scientem prudentemque nullius esse momenti acceptilationem sic accepto tulisse: quis dubitat non esse pactum, cum consensum paciscendi non habuerit?*), brano che ha in qualche modo a che fare con la medesima tematica affrontata da Giuliano in Iul. 15 *dig.* D. 18.5.5 pr. – sempre che naturalmente si ammetta che il giurista adrianeo si stesse occupando, in quell'occasione, di un recupero di *acceptilationes* inefficaci –, e in cui Ulpiano si fa promotore di un indirizzo interpretativo che sembra distinguersi per una marcata accentuazione del profilo psicologico dei soggetti coinvolti nella vicenda negoziale, in termini che portano il giurista a privilegiare la via dell'intenzionalità concreta rispetto a quella dell'intenzionalità tipica, alla quale sembrerebbe essersi diversamente affidato altro settore della giurisprudenza (*dicet aliquis*). Con una soluzione sulla quale non sono naturalmente mancate critiche, ma che deve ritenersi a nostro avviso genuina. Sospetti sul brano, a partire dalle parole *dicet aliquis,* e sulla soluzione ritenuta in contrasto col principio classico dell'irrilevanza della riserva mentale, si trovano in G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 1, Tübingen 1910, 112 s.; F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916, 22 ss.; S. RICCOBONO, *La formazione* cit., 154, ove si difendeva tuttavia la genuinità sostanziale della questione posta nel brano; S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* 1[2] cit., 264 s., 268 nt. 1; per l'interpolazione E. BETTI, *Diritto romano* 1 cit., 316 s., 340 nt. 2; ID., *Consapevole divergenza* cit., 320 nt. 1; ID., *Istituzioni* 2 cit., 474 s. Per la classicità vd. G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 239 nt. e ivi nt. 2, per il quale Ulpiano non avrebbe comunque lasciato senza tutela l'altro contraente ammettendo in suo favore l'*exceptio doli* (secondo Ulp. 2 *reg.* D. 46.4.19 pr. '*Si accepto latum fuerit ei, qui non verbis, sed re obligatus est, non liberatur quidem, sed exceptione doli mali vel pacti conventi se tueri potest*'); così, parrebbe, più recentemente, anche A. WACKE, *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli*, in ZSS 90, 1973, 256 e ivi nt. 164, il quale, tuttavia, non sembrerebbe escludere del tutto la possibilità di una rielaborazione postclassica; da ultimo vd. J. PLATSCHEK, *Pecunia constituta und stipulatio. Grenzen des Rechtsschutzes für formlose Geschäfte im römischen Recht*, in U. YIFTACH-FIRANKO (a cura di), *The Letter, Law, State, Society and the Epistolary Format in the Ancient World*, Wiesbaden 2013, 246.

[336] Tra le tante questioni insolute, risulta ancora estremamente dibattuto se alle parole di Pedio debba attribuirsi il significato di un canone dogmatico o piuttosto di una considerazione meramente empirica: per la prima ipotesi vd. S. RICCOBONO, *La formazione* cit., 130; P. CERAMI, *D. 2.14.5* cit., 190 ss.; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 187 ss.; L. GAROFALO, *Gratuità* cit., 93 ss. Per la seconda vd. M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio* (*Le teorie*) cit., 211 s.; M. SARGENTI, *Svolgimento* cit., 53. Oscillante sul punto E. BETTI, *Sul valore* cit., 45 s.

[337] E. BETTI, *Sul valore* cit., 46; G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 55 nt. 6; ID., *Da Pedio ai Bizantini* cit., 57; in un ordine che non segnala discontinuità tra i due giuristi, anche F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 216; ID., *Contratto e atto* cit., 30, per il quale Ulpiano avrebbe semplicemente «esplicitato le conseguenze» del *dictum Pedii*; A. MANTELLO, *Le 'classi nominali'* cit., p. 256; A.

Ciò significa che anche agli occhi del giurista severiano la mancanza dell'*animus contrahendi* nel *dominus* affrancatore avrebbe dovuto rappresentare una seria ragione per escludere l'ipotesi di un recupero della fattispecie di Ulp. 4 *ad ed.* in termini di *facio ut des*. Non si comprende pertanto su quale base questi avrebbe dovuto aderire alla concessione dell'azione contrattuale da parte di Mauriciano, se questa, come voleva Giffard, si fosse effettivamente basata sull'espediente di trattare il caso in questione come un caso di *facio ut des*. Se Ulpiano condivide la soluzione di Mauriciano e se per Ulpiano il caso non poteva dirsi di *facio ut des*, se ne deve piuttosto ragionevolmente dedurre, come si è già accennato, che tale non fosse neppure per il recensore di Giuliano.[338]

6. L'ipotesi di una riconversione alla luce di Ulp. 4 *ad ed*.

I risultati ai quali si è sino ad ora pervenuti sembrano confortati anche da una più attenta lettura dell'impianto narrativo di Ulp. 4 *ad ed*.[339] A tal proposito, non si può fare a meno di considerare che il tentativo di spiegare il rifiuto giulianeo nella prospettiva di una riconfigurazione della fattispecie in termini di *facio ut des*, e dunque secondo un impianto schematico che sarebbe rimasto estraneo alla originaria prospettiva aristoniana,[340] non sembra risultare coerente con lo sviluppo discorsivo del brano, ove la *reprehensio* mauricianea alla soluzione giulianea è integralmente impostata sul rilievo di una mancata applicazione della dottrina aristoniana da parte del giurista adrianeo (*Et ideo*).

BURDESE, *Panoramica* cit., 575 s.; L. GAROFALO, *Gratuità* cit., 95 nt. 123; sulla questione ci permettiamo di rinviare al nostro G. ROMANO, *Conventio e consensus. A proposito di Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.1.3*, in AUPA 48, 2003, 313 ss.; da ultimo vd. G. FALCONE, *Riflessioni sulla conventio* cit., 197 ss. Diversamente si pronunciano per un'attribuzione a Pedio, tra i tanti, P. CERAMI, *D. 2.14.5* cit., 199; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 196 ss.; A. SCHIAVONE, *La scrittura* cit., 136.

[338] Di diverso avviso, come si è detto (*supra* nt. 333), E. STOLFI, *I casi e la regula* cit., 37 nt. 91.

[339] Quanto a Paul. 5 *quaest.* si potrebbe da un punto di vista formale osservare come il caso in questione venga affrontato all'interno della trattazione relativa allo schema del *do ut facias*, e non anche all'interno di quella relativa *facio ut des* (introdotta solo nel successivo § 3), come ci saremmo dovuti attendere se la fattispecie fosse stata invece intesa, anch'essa, come un'ipotesi di *facio ut des*. Una notazione in tal senso si trova già in C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 101. Per le ragioni che saranno in seguito meglio chiarite, sembra si debba però respingere l'ipotesi di una effettiva e sostanziale demarcazione da parte di Paolo tra i due schemi. In proposito vd. *infra* cap. V § 1.1.

[340] Così, si è visto (capp. II § 1.2; IV § 1), Giffard, Knütel.

È il caso di tornare a leggere Ulp. 4 *ad ed.*:

[…] *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* […] *esse enim contractum, quod Aristo* συνάλλαγμα *dicit, unde haec nascitur actio*.

Anche ad ammettere che il testo ulpianeo rappresenti un resoconto di massima, con semplificazioni anche significative, sarebbe però quantomeno singolare, per non dire altro, che Giuliano possa essersi meritato il rimprovero di Mauriciano, con la più rilevante approvazione da parte di Ulpiano, per aver egli fedelmente applicato la dottrina aristoniana, rifiutandosi di riconoscere l'azione contrattuale per una vicenda negoziale, che, al di là dell'apparenze, avrebbe in realtà costituito un'ipotesi di *facio ut des*. In sostanza dovremmo credere che Giuliano sarebbe stato ripreso per essersi mantenuto fedele all'impostazione aristoniana, quando ad allontanarsi da essa sarebbero stati in effetti proprio i suoi recensori, secondo quanto, tra le righe, sembrerebbe peraltro suggerire Giffard,[341] il quale non aveva però sufficientemente (ed evidentemente) riflettuto sul fatto che nella narrazione di Ulpiano la *reprehensio* di Mauriciano risulta maturata all'interno della dottrina aristoniana, più che nell'ottica di un suo sviluppo. Dice infatti Ulpiano: *esse enim contractum, quod Aristo* συνάλλαγμα *dicit, unde hac nascitur actio*, con un'affermazione che sarebbe stata del tutto falsa se si fosse trattato in effetti di ipotesi di scambio (*facio ut des*) non rientrante nella nozione messa a punto dal giurista traianeo.

Non si può neanche ignorare che non vi sono elementi che ci autorizzino a ipotizzare, seguendo lo studioso francese, che già Mauriciano si fosse dichiarato favorevole a una tutela civilistica per quelle fattispecie riconducibili a un rapporto del tipo *facio ut des*.[342] Siamo in grado di affermarlo per Ulpiano (così

[341] A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 198: «Le système de Mauricien s'écartait, par son principe de celui d'Ariston. Celui-ci partait de la *datio ob rem*, tandis que Mauricien prend son point de départ dans le synallagma. Ceci admis, il n'ya avait aucune raison d'écarter les deux species *facio ut des* et *facio ut facias*; aussi verrons-nous Ulpien et Papinien les admettre sans hésiter»; ID., *Une interpolation prétendue* cit., 139 («puis étendu par Ulpien à la suite de Mauricien pour un cas de *factum*»); in questi termini, più recentemente, anche B. SCHMIDLIN, *Il consensualismo contrattuale* cit., 123 s. («Mauriciano fa ancora un passo più avanti. Per lui il genere della prestazione non conta […] Ulpiano loda la soluzione di Aristone come elegante e approva l'allargamento di Mauriciano come giustificato»).

[342] Così invece A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 198 s., con un'apertura di cui

Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15),[343] ma non anche per il giurista antoniniano. Chi lo sostiene[344] si lascia condizionare dall'idea, tutta da dimostrare come si è visto, per cui la soluzione mauricianea contenuta in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 si baserebbe sul recupero della fattispecie in chiave di *facio ut des*, senza cogliere peraltro i profili problematici che una tale soluzione potrebbe astrattamente comportare in sede di interpretazione di Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.3.[345]

---

avrebbero beneficiato anche le fattispecie di *facio ut facias* e che avrebbe trovato l'approvazione non solo di Ulpiano (Ulp. 42 *ad sab.* D. 19.5.15; Ulp. 32 *ad ed.* D. 10.3.23 e D. 19.3 *De aestimatoria*), ma anche di Papiniano (Pap. 27 *quaest.* D. 19.5.8, relativamente a un caso di *facio ut facias*).

[343] Sul brano vd. *infra* cap. V § 6.

[344] Un'apertura, sempre nell'ottica di una «extension logique» della dottrina aristoniana, si coglie già in C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 55 s., 221, per quanto si sarebbe trattato di una soluzione non generalizzabile per ogni ipotesi di *facio ut des* («rien ne prouve qu'il étendît cette doctrine à tous les *negotia facio ut des*»), risultato, questo, al quale si sarebbe giunti solo con Ulpiano; ultimamente anche C. PELLOSO, *Le origini* cit., 80 nt. 172 («sarà Mauriciano a rendere rilevanti anche casi in cui ad essere eseguita per prima fosse non una prestazione di *dare* bensì di *facere*»). Sempre nella stessa direzione, ma con la propensione ad imputare già ad Aristone la concessione di un'*actio civilis incerti* per la fattispecie in questione, anche G. MACCORMACK, *Contractual Theory* cit., 147; A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 151, su cui vd. *infra* in questa stessa nt.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 105, 145, 317. In relazione alla possibilità di attribuire già a Proculo un primo riconoscimento rispetto a vicende sinallagmatiche del tipo *facio ut des*, vd., sulla scorta di Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.3.3-4, F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 584 nt. *dd* («schon Proculus bei einem mit einem *facere* beginnenden unbenannten Vertrag eine Klage für begründet hielt»); più di recente, un'apertura in tal senso si registra anche in A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 26; ID., *Contratto e convenzioni* cit., 521; ID., *Divagazioni* cit., 344 s., con pretesa da farsi valere, a detta dell'autore, mediante *condictio certae rei* (anziché *actio civilis incerti*). Sulla questione rinviamo ancora una volta a G. ROMANO, *Note a margine* cit., 205 ss.

[345] Si riporta nuovamente il brano: Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.3 *Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur*. Un'anticipazione della tutela civilistica ai casi di *facio ut des* renderebbe ancor più difficile comprendere la rigida posizione tenuta, ancora in piena età severiana, da Paolo e come questi potesse così nettamente dichiararsi contrario alla concessione dell'azione da contratto, senza avvertire neppure l'esigenza di accennare, magari anche solo per spirito critico, a prese di posizione di segno diametralmente opposto. Difficoltà che ovviamente si pone per quanti, come gli autori in questione, attribuiscono alla soluzione paolina una valenza generale, per ogni ipotesi dunque di *facio ut des* (sulla questione vd. *supra* cap. IV § 2.1 e *infra* cap. V § 1.1). Il problema non era sfuggito ad Accarias, il quale aveva abilmente provato ad aggirarlo, attribuendo, come si è appena visto (nt. prec.), solo al più tardo Ulpiano una estensione generalizzata dell'azione contrattuale per le ipotesi di *facio ut des*. Nel momento in cui Paolo scriveva, la limitazione dei rimedi processuali alla sola *actio de dolo* avrebbe dunque rappresentato il punto di vista incontrastato tra i giuristi: così appunto C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 53 ss., 199, 205; ID., *Précis de droit romain* 2[1] cit., 562 («doctrine que Paul présente en termes généraux, sans discussion ni motif, par conséquent comme certaine et

Certo, si tratta di obiezione che riguarda specificamente il punto di vista di Giffard e che potrebbe essere facilmente aggirata rinunciando all'idea di una elencazione tassativa sulla quale faceva affidamento lo studioso francese e con lui molti altri.[346] Si potrebbe per l'appunto replicare che il sinallagma aristoniano non fosse circoscritto alle sole ipotesi di *do ut des*, *do ut facias*, ma che vi rientrassero anche quei rapporti di scambio che avessero avuto inizio con una prestazione di *facere*: e del resto il modo di esprimersi di Aristone-Ulpiano potrebbe legittimamente far pensare a un'elencazione meramente esemplificativa (*Ut puta*).[347] In tal caso la decisione da parte di Giuliano di accordare qui l'*actio in factum* pretoria, anziché l'*actio civilis incerti* (aristoniana), si potrebbe derubricare a un dissenso parziale, nel senso che il giurista adrianeo non se la sarebbe sentita di seguire sino in fondo le potenzialità del sinallagma aristoniano, al punto di concedere l'azione civile anche per le ipotesi di *facio ut des* (e chissà, forse, anche di *facio ut facias*).

Ma anche questa spiegazione, che certo non si esporrebbe agli stessi rilievi di incoerenza col testo ulpianeo ai quali va invece inevitabilmente incontro l'ipotesi di Giffard, appare egualmente di difficile praticabilità. Anche a voler mettere da parte le più gravi ragioni sostanziali sin qui evidenziate sull'assenza dei presupposti per una configurazione della fattispecie in termini di *facio ut des*, da parte di Giuliano e dei suoi critici, l'ipotesi si rivelerebbe, se non proprio in contrasto, comunque poco coerente con l'impianto di Ulp. 4 *ad ed.*

Se si fosse infatti trattato di prendere semplicemente le distanze da un ritracciamento giulianeo rispetto all'originario e più ampio ambito applicativo della dottrina aristoniana, c'è da ritenere che il discorso ulpianeo avrebbe assunto un'impostazione ben differente, in modo che, attraverso una più opportuna e puntuale evidenziazione dell'effettiva latitudine della dottrina aristoniana, risultasse direttamente percepibile la misura esatta e il senso preciso dell'allontamento giulianeo.

In sostanza ci sarebbe perlomeno da attendersi un esplicito riferimento anche alla tipologia del *facio ut des*, rispetto alla quale si sarebbe andata in definiti-

encore régnante»). Sulla sopravvivenza dell'indirizzo paolino in C. 2.20(21).4 (Diocl.-Maxim., a. 294) vd. *infra* cap. V § 10: per un ridimensionamento del rilievo effettivo del provvedimento imperiale sul piano della rappresentatività dello stato del diritto di epoca dioclezianea vd. C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 44, 206 («une simple distraction ou comme la protestation toute personnelle d'un rédacteur arriéré»); per l'orientamento ulpianeo vd. comunque C. *de trans.* L. 6.

[346] Sul punto vd. *supra* cap. IV § 1.

[347] E così del resto parte degli autori appena citati in nt. 344. In proposito vd. quanto si è osservato vol. I, cap. II § 1.2.

va delineando la *dissensio* tra i due giuristi, in maniera che nel lettore non si ingenerasse la sensazione, così come in effetti è avvenuto, di una critica radicale rivolta all'impianto complessivo della dottrina aristoniana. Per cui non sarebbe irragionevole pensare a una esemplificazione del tipo: *ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias, vel aliquid feci ut dares*. Senza contare che, se questo fosse stato effettivamente l'intento di Ulpiano, il giurista severiano avrebbe dovuto certamente poter disporre di testimonianze ben più significative di quella riferita invece in Ulp. 4 *ad ed.*, la quale, comunque la si pensi, costituiva e costituisce un'ipotesi di confine, tra tutte certo la meno indicata per segnare efficacemente la distanza tra le posizioni dei due giuristi (Aristone-Giuliano) in relazione alla tutela dei casi di *facio ut des* (o *ut facias*).

A ben vedere, nella prospettiva di una riconfigurazione (in senso lato) del negozio concluso dai contraenti, l'unica ipotesi che si mostra per lo meno coerente con il quadro informativo di Ulp. 4 *ad ed.*, è quella a suo tempo avanzata da Glück, la quale ha il vantaggio di mantenere la *reprehensio* di Mauriciano a Giuliano tutta all'interno della dottrina aristoniana del συνάλλαγμα. Non occorre qui ricordare che lo studioso pensasse a una conversione sostanziale più che formale del negozio (assimilazione a un caso di *facio ut des*): a questo aspetto si è già accennato.[348] Ciò che conta piuttosto adesso evidenziare è che, secondo l'autore tedesco, a mettere in dubbio la configurabilità di un *contractus* di *do ut facias*, intravedendo piuttosto un certa analogia con un negozio di *facio ut des*, sarebbe stato solo Giuliano: di qui la decisione del giurista adrianeo di negare l'azione civile, coerentemente con quanto avrebbe più tardi affermato Paolo in Paul. 5 *quaest.* § 3.[349] Di qui anche la critica di Mauriciano il quale avrebbe in definitiva contestato al suo predecessore proprio la capacità dell'evizione di incidere sul piano della configurazione del rapporto, dovendo questa essere invece stabilita guardando unicamente al momento iniziale della vicenda contrattuale.[350] Non dunque un

[348] *Supra* cap. IV § 4.

[349] C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 101: «da nun der evincirte Sklave so gut als nicht gegeben, mithin der Contract von dieser Seite als nicht erfüllt anzusehen war; 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»: è appena il caso di osservare, peraltro, come ad impedire l'impiego dell'azione civile nell'ottica di Giuliano non sarebbe stata soltanto la configurazione di un *facio ut des*, ma anche l'assenza di analogia con fattispecie contrattuale atipica.

[350] C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 101: «Daß der Sklave nachher war evincirt worden, änderte die Natur des Contracts nicht, weil alle Contracte, besonders aber unbe-

caso, ancorché solo sostanziale, di *facio ut des* (secondo quanto erroneamente sostenuto da Giuliano), ma un caso di *do ut facias* a tutti gli effetti, come tale rientrante nel συνάλλαγμα aristoniano e dunque tutelabile attraverso l'*actio* (*in factum*) *praescriptis verbis*.[351]

Si ritorna così in qualche modo alla questione di fondo: il recupero della vicenda da parte di Giuliano come *facio ut des*. A tal riguardo, abbiamo però visto come per Giuliano non potessero esservi i presupposti per ammettere un caso (anche solo sostanziale) di *facio ut des*, a fronte di una *manumissio* che non fosse sorretta dall'indispensabile presenza dell'*animus contrahendi* e che fosse anzi accompagnata dall'opposta intenzione di sciogliersi dal vincolo obbligatorio (anche solo apparentemente) precostituito. In più (come avremo anche modo di osservare) il rilievo su cui si regge la critica di Mauriciano (*esse enim contractum*) sembra riguardare la fattispecie in sé e per sé considerata (*dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas*), più che gli sviluppi ai quali questa sarebbe andata incontro con l'evizione del servo.[352]

7. Ancora a proposito della tesi di Giffard. Il punto di vista di Paolo in caso di evizione in materia di permuta. Paul. 32 <33> *ad ed*. D. 19.4.1.1: azione *in factum* pretoria o *in factum civilis*? Paul. 32 <33> *ad ed*. D. 19.4.1.4: critiche all'ipotesi ricostruttiva avanzata da Lenel. Implicazioni sull'interpretazione del § 1 dello stesso frammento.

Se dunque le considerazioni svolte portano a escludere che il qui documen-

---

nannte, nach ihrem Anfange, wie sie eingegangen worden sind, und nicht nach ihrer Erfüllung beurtheilt werden». In termini analoghi («Mauricianus Julianum ita corrigit […] quod actio, quae manumissori datur […] non nasci *ex facto* […] sed revera ex contractu *do ut facias* […] Stichi autem evictio naturam conventionis *do ut facias* nihil immutavit; nam, quamvis verum sit, Stichum accipientis non esse factum, evictio tamen nihil aliud est quam causa incidens, quae ipsam conventionem […] infirmare vel tollere non potest») J.J. ENSCHEDÉ, *Dissertatio* cit., 46, in un ordine di idee che tende però (e in realtà) ad escludere una riconversione, anche solo sostanziale, nello schema di *facio ut des* da parte di Giuliano. Per il giurista adrianeo, sempre a detta dell'autore, la fattispecie sarebbe rimasta, per così dire, sospesa tra *do ut des* e *do ut facias*, non rientrando propriamente in nessuno dei due modelli contrattuali (vol. I, cap. II nt. 325): per cui la critica a Giuliano che lo studioso attribuisce a Mauriciano sarebbe, perlomeno, mal impostata.

[351] C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 101: «Unstreitig war aber dieses Geschäft ein contractus do ut facias, wofür es auch Paulus hält *L. 5 §. 2 D. de praescript. verbis*».

[352] In proposito vd. *infra* cap. V § 2.

tato *ius controversum* fosse in qualche modo collegato alla riconducibilità del negozio allo schema del *facio ut des*, si potrebbe ripiegare su una spiegazione in effetti molto più semplice e implicitamente del resto prospettata da Giffard e da quanti, prima e dopo di lui, hanno portato avanti la tesi di una riconversione. Si potrebbe cioè ritenere che la diversità di opinioni fosse piuttosto dipesa dalla possibilità di considerare o meno integrata la vicenda contrattuale a fronte di una consegna non traslativa della proprietà.[353] Possibilità che Giuliano e, sulla sua scia, Paolo avrebbero negato e che diversamente Mauriciano e Ulpiano avrebbero ammesso, senza che questo però comportasse un mutamento, per così dire, del 'tipo' (*facio ut des*, anziché *do ut facias*). Il nocciolo della questione avrebbe in sostanza riguardato la possibilità di continuare a considerare come *do ut facias* un caso per il quale fosse stata successivamente accertata l'assenza di una *datio* in senso tecnico.

Si tratta di ipotesi certamente meno problematica, sorretta anzi da una logica elementare e per questo straordinariamente efficace. Non è un caso se aveva saputo conquistare persino l'adesione di Cannata,[354] inducendo così l'autore a un'importante (ancorché parziale) apertura di credito rispetto alle posizioni della dottrina tradizionale,[355] per lungo tempo invece del tutto osteggiate dal mae-

---

[353] Si tratta di un punto di vista molto diffuso presso i primi interpreti. D'altra parte, come proprio adesso vedremo, una consegna validamente traslativa è espressamente richiesta, ai fini della costituzione del vincolo contrattuale, in materia di permuta, con un principio che si vorrebbe far risalire a Pedio. La letteratura in proposito è sconfinata. Al riguardo ci si limita a segnalare G. FRANTZKIUS, *Commentarius* cit., 632; W.A. LAUTERBACH, *Collegium theoretico-practicum. Tomus primus* cit., 1027: «Re aliena ex causa permutationis data, nulla contrahitur permutatio»; circa la necessità di una consegna traslativa da parte del primo esecutore («contractus non subsistit […] erit vitiosus […] nec actio praescriptis verbis hoc casu datur») vd. S. DE COCCEJUS, *Jus civile controversum* cit., 959: conclusioni che non sarebbero valse se a compiere l'atto di trasferimento della *res aliena* fosse stato piuttosto l'accipiente. In tal caso il primo esecutore avrebbe potuto agire *p.v.* per l'ipotesi di evizione, così come avrebbe potuto usucapire la *res* ricevuta o (ancora) esercitare l'*a. Publiciana*; C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 18 ss. («les contrats *do ut des*, *do ut facias*, se forment donc par une translation de propriété»). Per una relazione tra la soluzione di Giuliano e il mancato perfezionamento del contratto in assenza di un effettivo trasferimento di proprietà, ma al di fuori di una trasformazione del rapporto, vd., come si è già ricordato (vol. I, cap. II nt. 299) R. KNÜTEL, *La causa* cit., 138; O. BEHRENDS, *Die condictio causa data causa non secuta* cit., 51 nt. 86; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 34 ss.

[354] Così, non senza oscillazioni, come si è detto, C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 72 s., 79, su cui vd. vol. I, cap. II § 8.

[355] In questo senso vd., con riferimento a Paul. 32 *ad ed.* D. 19.4.1 e Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5, C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 85: «appare chiaro che in entrambi i testi il con-

stro italiano. Dottrina tradizionale che, com'è noto e come si è in più occasioni osservato, propone un accostamento delle fattispecie contrattuali atipiche al modello dell'*obligatio re contracta* o (meglio) con prestazione costitutiva.

Anche per questo motivo l'ipotesi va più attentamente indagata, partendo proprio dalla posizione di Paolo. Per farlo sarà il caso di muovere dallo studio di Paul. 32 *ad ed.* D. 19.4.1.1, ove il giurista severiano, a detta di Giffard, accorderebbe un'azione *in factum* pretoria, nel solco dell'indirizzo aristoniano-giulianeo.[356] Del brano e della possibilità che Paolo stesse qui concedendo l'azione pretoria ci siamo in effetti già occupati in passato, arrivando, lo diciamo subito, a conclusioni di segno negativo.[357] Tenuto conto del rilievo che il tema assume nella tenuta complessiva della tesi dello studioso francese e dello straordinario seguito che le sue conclusioni hanno anche recentemente riscosso in dottrina è certo utile provare a riassumere la questione nei suoi punti essenziali.

Ciò ci consentirà peraltro di tornare a concentrarci su Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2, avendo a disposizione più precisi strumenti informativi con i quali verificare l'ipotesi di una relazione tra l'indirizzo solutivo qui seguito da Paolo e il mancato perfezionamento di un'effettiva *datio ob rem*, senza subire quei condizionamenti che potrebbero discendere da un'interpretazione, crediamo erronea, di Paul. 32 *ad ed.* D. 19.4.1.1.

Ciò detto è il caso di passare a esaminare direttamente il brano:

D. 19.4.1.1 (Paul. 32 <33>[358] *ad ed.*): *Unde si ea res, quam acceperim vel dederim,*[359] *postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur*.

Il passo si trova inserito all'interno di un più generale discorso in tema di permuta. Come si è già accennato,[360] il giurista severiano, rifacendosi all'insegnamento di scuola proculeiana, era portato a escludere che la permuta potesse

tratto innominato è accettato solo se una prestazione sia stata eseguita. Ma non si può francamente dire che per Paolo questa fosse una regola». A ciò si è già accennato nel vol. I, cap. II § 8.

[356] A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 197.

[357] G. ROMANO, *Paul. 32 <33> ad ed. D. 19.4.1.1*: *permuta ed evizione in un noto testo paolino*, in TSDP 5, 2012, 1 ss.

[358] Sulla correzione dell'*inscriptio* vd. la letteratura citata in G. ROMANO, *Brevi considerazioni* cit., § 1 nt. 1.

[359] Espunge in via dubitativa le parole *vel dederim* G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 161: «[vel dederim](?)»

[360] Al riguardo vd. *supra* cap. IV § 2.

costituire un'ipotesi specifica di *emptio venditio* o fosse a essa comunque assimilabile, secondo quanto diversamente sostenuto in ambito sabiniano.

Tra le tante ragioni[361] che inducevano Paolo ad adottare la soluzione negativa, un rilievo decisivo veniva attribuito all'impossibilità di tenere distinta con la necessaria precisione la figura del venditore da quella del compratore. Distinzione che d'altra parte era da ritenersi assolutamente indispensabile, in considerazione del fatto che diverse erano le obbligazioni che gravavano sulle parti: (*ob evictionem se obligare*; *possessionem tradere*; *purgari dolo malo* in capo al venditore; *nummos facere accipientis* per il compratore);[362] così come differenti erano, benché nulla dica in proposito Paolo, le azioni con cui fare valere le rispettive pretese.[363]

Con queste precisazioni (*unde*), il giurista proseguiva osservando che in caso di evizione (che ovviamente poteva colpire entrambi i contraenti) si sarebbe dovuto agire mediante la predisposizione di apposita *actio in factum*, che, in base all'interpretazione assolutamente prevalente, avrebbe presentato i caratteri di Gai 4.46 (*formula in factum concepta*).[364]

---

[361] Alle quali andrebbe aggiunta la realtà del contratto di permuta rispetto alla consensualità dell'*emptio venditio*, di cui però il giurista si occuperà solo nel successivo § 2: sul punto vd. *infra* in questo stesso §.

[362] Sulla questione vd. M. TALAMANCA, v. *Vendita (dir. rom)* cit., 382 ss.; nel senso di una articolazione interna all'obbligazione del venditore, più che nell'ottica di obbligazioni autonome, vd. L. VACCA, *Sulla responsabilità ex empto* cit., 562 ss.; in proposito, e nell'ottica di una distinzione (come si è detto: vol. I, cap. III nt.103) tra vincoli obbligatori e vincoli di responsabilità (*purgari dolo malo*), R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio* cit., 81 nt. 357.

[363] Non manca di evidenziare i gravi aspetti problematici che si sarebbero venuti a porre sul piano concreto della tutela da un'adesione alla soluzione sabiniana M. TALAMANCA, *La bona fides* cit., 54 nt. 172 («Si pensi soltanto alle difficoltà cui sarebbe andato incontro un pretore che avesse voluto adoperare le *actiones empti et venditi* […] a quale delle due parti avrebbe il pretore concesso l'*actio empti*, a quale l'*actio venditi*?»).

[364] In una prospettiva interpolazionistica, la natura strettamente onoraria dell'azione è sostenuta da J.C. NABER, *Observantiunculae* XLVIII cit., 83 ss.; A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 255 nt. 4; G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 161; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 131; P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 327 s.; PH. MEYLAN, '*Permutatio rerum*', in *Ius et Lex. Festgabe M. Gutzwiller*, Basel 1959, 53; a un'azione onoraria pensano pure, ma in un ordine di idee distante da quello interpolazionistico, C.A. MASCHI, *Impostazione storica della compravendita e della permuta nel libro 33 ad edictum di Paolo*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, II, Milano 1956, 355 ss.; ID., *Il diritto romano* 1[2] cit., 598, 602; G. MELILLO, *Forme e teorie contrattuali* cit., 497; ID., *'Contrahere'*[2] cit., 211; A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 148 («parrebbe trattarsi di *actio in factum* in senso stretto, non di azione concessa sull'esempio di quella di compravendita»); ID., *I contratti innominati* cit., 84; ID., *Divagazioni* cit., 339; M. TALAMANCA, *Pubblicazio-*

La soluzione ha dato luogo a non poche difficoltà interpretative, costringendo gli studiosi a chiedersi come potesse Paolo accordare un'*actio in factum* pretoria in caso di evizione, nell'ambito di un rapporto per la cui attuazione lo stesso giurista era piuttosto orientato, come si è visto, ad accordare un'azione civile di adempimento (Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.1).[365]

Per risolvere ogni possibile antinomia e togliere così argomenti alla critica interpolazionistica che non aveva esitato a giudicare bizantina la decisione di Paul. 5 *quaest.*,[366] si è pensato a una citazione meramente documentativa di altro indirizzo giurisprudenziale, facente magari[367] capo proprio a Salvio Giuliano, rispetto al quale il giurista severiano avrebbe preso le distanze:[368] di qui an-

---

ni (1989-1990) cit., 735; C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 78; da ultimo E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 288 ss.

[365] In proposito vd. P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*[9] cit., 483 nt. 1; E. BETTI, *Sul valore dogmatico* cit., 39; P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 328 («entre le deux textes parallèles, la contradiction est flagrante»); PH. MEYLAN, '*Permutatio rerum'* cit., 53 s. nt. 19, ove si sottolinea come per i giuristi classici l'*actio in factum* decretale fosse «recommandée en l'absense d'un contrat»; negli stessi termini, più recentemente, anche G. MELILLO, *Forme* cit., 497, il quale arriva pertanto a concludere che, secondo l'orientamento di Proculo-Nerva, seguito peraltro da Paolo, la *permutatio* sarebbe rimasta «addirittura fuori del *genus* contratto»; punto di vista riproposto in ID., *Il negozio bilaterale*[2] cit., 176; richiama l'attenzione sulla sostanziale inutilità del ricorso all'*actio in factum* nell'ottica di un riconoscimento contrattuale della fattispecie anche A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 51 s.; le difficoltà derivanti dal fatto che Paolo sembri adottare la soluzione giulianea di concedere un'*actio in factum* in caso di evizione sono ben presenti anche a M. ARTNER, '*Agere praescriptis verbis'* cit., 209 nt. 177. Più in generale, per una diversa valutazione circa l'incompatibilità tra contratto e azione pretoria vd. P. VOCI, *La dottrina* cit., 233, 283, il quale discute di «pregiudiziale metodologica»: in proposito vd. quanto si è detto in vol. I, cap. III § 4.1.

[366] Così J.C. NABER, *Observantiunculae* XLVIII cit., 84 s.: «iurisconsultus tam negligenter in tali re versari non potuit […] potuit sane Paulus re non tradita civilem actionem dare, evicta in factum. Sed magis est, ut ei ipsa actio civilis ex causa permutationis abiudiceretur» (84); così anche P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 328.

[367] Pensa più genericamente a un originario <*a nonnullis*> G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 161; critico C.A. MASCHI, *Il diritto romano* 1[2] cit., 611 nt. 114.

[368] Così E. BETTI, *Sul valore dogmatico* cit., 26 nt. 3, soprattutto 39; C.A. MASCHI, *Il diritto romano* 1[2] cit., 610 ss., 618; A. SCHIAVONE, *Studi* cit., 161 nt. 243; Paolo si sarebbe limitato a ricordare l'esistenza di un diverso orientamento in materia facente capo a proprio Salvio Giuliano, anche secondo P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 131 s., per il quale, però, il giurista severiano avrebbe diversamente ammesso la sola *condictio*, come si ricaverebbe (ovviamente in una diagnosi interpolazionistica) dal successivo § 4; più prudente («forse Giuliano») in ID., **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 62, 523; un riferimento (non adesivo) al punto di vista dell'opinione di Giuliano è colto anche da A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 51 s.; ID., *Osservazioni* cit., 148 («ove parrebbe trattarsi di *actio in factum* in senso stretto, ma […] nell'ambito di una frase in cui

che la possibile sostituzione di '*respondetur*' con un originario '*Iulianus respondit*'.[369] Si è però per lo più trattato di ipotesi scarsamente verosimili, se non addirittura del tutto improbabili. In linea di principio rimarrebbe la possibilità di un guasto sul piano della tradizione testuale, ma anche in questo caso la sensazione è che si tratti di proposta pur sempre congetturale, che, se non può essere naturalmente esclusa, non può ritenersi tuttavia neppure provata. Senza alcun serio argomento l'ipotesi di un glossema postclassico.[370]

Ed è per tale ragione che in molti, raccogliendo il punto di vista di Giffard,[371] hanno cominciato a prendere in considerazione l'eventualità di un'adesione paolina al punto di vista del giurista adrianeo,[372] spiegando la diversa so-

---

Paolo avrebbe menzionato opinione altrui»); di cui occorre però considerare il punto di vista successivamente maturato in ID., *I contratti innominati* cit., 84; ID., *Divagazioni* cit., 339, su cui vd. *infra* ntt. 372, 373; così parrebbe, a voler interpretare il pensiero complessivo e conclusivo dell'autore (85: «Dalla lettura che io ho dato di D. 19.4.1 sembrerebbe che là Paolo esprimesse piuttosto il pensiero di Giuliano»), in un quadro espressivo in verità non sempre facile da decifrare e che almeno inizialmente sembrerebbe approdare a un esito opposto (78 ss.), C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 78 ss., 85, ove si ipotizza peraltro una rappresentazione del punto di vista giulianeo anche nel § 4: in proposito vd. *infra* nel testo, alla fine di questo §; da ultimo L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni* cit., 431 («ricorda […] una tesi di segno diverso […] presumibilmente caldeggiata da Giuliano»).

[369] Con cautela P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 133; più risoluto E. BETTI, *Sul valore* cit., 26 nt. 3, 39 («arguiamo che il testo originario dovè dire per esplicito "si…evincatur, in factum dandam actionem <Iulianus> respond<it>"»); C.A. MASCHI, *Il diritto romano* 1[2] cit., 611; più recentemente A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 161 nt. 24; A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 51; ID., *Osservazioni* cit., 148 e ivi nt. 49, con gli accennati sviluppi però di cui *infra* in nt. 372.

[370] Così, P. COLLINET, *La genèse* cit., 219 nt. 1: «cette version est manifestement une scolie […] comme le prouve sa forme impersonnelle (*repondetur*)», in un ordine di idee in cui peraltro la soluzione paolina viene presentata come terza versione della decisione di Ulp. 4 *ad ed.* e Paul. 5 *quaest*. §. 2 («troisiem version de la même solution»).

[371] A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 197; ID., *Les Maîtres de Beyrouth (Études)* cit., 184 nt. 16

[372] Per l'attribuzione della soluzione (anche) a Paolo vd. P. VOCI, *La dottrina* cit., 262 s.: «Paolo deve condividere il pensiero dei supposti *nonnulli*, chè altrimenti concederebbe ad essi il pregio della coerenza, negandolo a se stesso»; M. TALAMANCA, *Pubblicazioni* (1989-1990) cit., 735; un'apertura verso l'ipotesi di una continuità di indirizzo tra i due giuristi sembrerebbe affiorare, a voler leggere tra le righe, anche in A. BURDESE, *I contratti innominati* cit., 84: «l'*actio in factum* […] potrebbe nell'originale essere stata menzionata quale rimedio proposto da Giuliano secondo l'opinione di questi riferita per un caso analogo di *facio ut des* da Ulpiano in D. 2.14.7.2, ripresa dallo stesso Paolo anche in D. 19.5.5.2»; soprattutto, per quanto implicitamen-

luzione rispetto a Paul. 5 *quaest.* § 1 con il mancato perfezionamento della fattispecie contrattuale, dovuto all'altruità della cosa oggetto della prima *datio*, che avrebbe conseguentemente reso impraticabile il ricorso all'azione contrattuale:[373] analogamente, dunque, a quanto sarebbe avvenuto, lo si è appena visto, in Paul. 5 *quaest*. D. 19.5.5.2.

Che Paolo stesse qui effettivamente accordando un'*actio in factum* in senso stretto, per via del mancato perfezionamento contrattuale, è però ipotesi difficile da sostenere: ancor di più che lo facesse sotto il condizionamento di indirizzi solutivi tracciati da Giuliano, tenuto conto del diverso orientamento sabiniano in tema di permuta.

Come si è già detto, da sabiniano, Giuliano non avrebbe avuto infatti alcun motivo per non concedere la stessa *actio empti* accordata al compratore.[374] Tanto più che nell'ambito di una vicenda contrattuale da ritenersi ragionevolmente

---

te, in ID., *Divagazioni* cit., 339, su cui vd. nt. seg.; che Paolo seguisse qui la posizione di Giuliano, è sostenuto in sostanza, anche da E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 293 ss.; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 42.

[373] Così naturalmente A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 197: «Si la tradition est nulle, il n'y a pas d'échange et le prèteur donnera une *actio in factum*»; in quest'ordine di idee vd. M. TALAMANCA, *Pubblicazioni* (1989-1990) cit., 735: «l'*actio in factum* […] si riferisce ad un caso in cui il negozio non ha varcato la soglia della realità, in quanto la prima *datio* aveva ad oggetto una *res aliena*, ciò che escludeva una valida *permutatio*»; A. BURDESE, *Divagazioni* cit., 339, con un punto di vista molto distante dalla posizione assunta nei precedenti studi, in cui, come si è appena visto (*supra* nt. 368), si privilegiava piuttosto l'ipotesi di una citazione documentativa di opinione altrui; più recentemente R. FERCIA, *Il fieri* cit., 42, in termini che sembrano addirittura prospettare una generale affermazione del punto di vista giulianeo per l'epoca in cui Paolo si trovava a scrivere («Ed allora, se dietro quel '*respondetur*' si colloca la personalità scientifica di Giuliano, non credo che il testo debba essere corretto […] la forma verbale impersonale esprime, semmai, l'intervenuta recezione di un *responsum* ormai condiviso nel contesto scientifico in cui opera Paolo»), 44. Va detto che l'ipotesi di un impiego qui dell'azione pretoria, in luogo dell'*a. in factum civilis*, per via del mancato perfezionamento del contratto, è in effetti assai risalente. La si può trovare ad es. in G. FRANTZKIUS, *Commentarius* cit., 631.

[374] Così («ea causa dedisset empti actionem») già J.C. NABER, *Observantiunculae* XLVIII cit., 85, il quale coerentemente escludeva una derivazione giulianea del tratto in questione («non ex Iuliano sumspit ipsum paragraphum de rei permutatae evictione»); A. AUDIBERT, *L'expression "civilis in factum"* cit., 46 nt. 2; in senso contrario («per la permuta e la fattispecie *do ut facias*, non ritenute *contractus* […] concedeva un'*actio in factum* in senso stretto») F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 202 s., con una posizione che non trova però riscontro nelle fonti e che per di più, sul piano dell'esito concreto (concessione dell'*a. in factum*) muoveva dall'idea di una chiusura giulianea alla dottrina aristoniana, dalla quale idea l'autore avrebbe però preso le distanze, come si è visto (vol. I, cap. II §. 6), negli studi successivi. Sulla questione della posizione giulianea in tema di permuta vd. vol. I, cap. III § 1.

impostata secondo lo schema dell'*obligatio consensu contracta*,[375] di fronte alla

[375] Per un inquadramento della permuta nello schema dell'*obligatio consensu contracta*, da parte dei sabiniani, vd. già C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 127: «Dans la première opinion, celle des Sabiniens, la simple convention d'échange est obligatoire […] Les textes ne le disent pas formellement, mais sela devait être, ou bien l'assimilation de l'échange à la vente n'aurait pas été complète»); A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht. Geschichte des Kaufs im römischen Recht* 1, Erlangen 1876, 6 s.; C. FERRINI, *Sull'origine del contratto di compravendita in Roma*, in *Memorie della Regia Accademia di Scienze, Lettere ed Arti in Modena*, IX, 1893 = *Opere* 3 cit., 51 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni*[9] cit., 482 («i Sabiniani […] pretesero di considerarla come una compravendita e quindi sancirne la validità obbligatoria in base all'obbligo reciproco assunto dalle parti e manifestato col consenso»; F. SITZIA, v. *Permuta (dir. rom.*) cit., 109 e ivi nt. 21; così (deve ritenersi) pure F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 88 s., se si considera che l'autore pensa a una riconducibilità dell'*obligatio ex permutatione* allo schema dell'*obligatio consensu contracta* anche nella diversa prospettiva 'analogista' proculeiana, dovendosi attribuire piuttosto ad Aristone la costruzione della permuta come contratto con prestazione costitutiva «recepita e illustrata da Paolo»; così anche E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 236 ss. e ivi nt. 85, ove riferimenti alla letteratura; C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 103 s.: «tale antitesi non può che essere insorta avendo le due *sectae* a riferimento la sola "permuta consensuale"», con l'osservazione per cui sarebbe solo Paolo a invocare «tra gli elementi di divergenza strutturale tra le due figure quello della "realità"»; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 15. Diversamente A. PERNICE, *Labeo* 1 cit., 456, soprattutto 465, ma in un ordine di idee che, com'è noto, tendeva piuttosto a privilegiare l'ipotesi di un'originaria (ma ancora persistente agli inizi dell'epoca classica) configurazione (anche) della compravendita in termini di 'Realvertrag': «man sah die Uebergabe der Sache als notwendiges Erfordernis für die Erhebung der Klage an»; adesivamente G. BAVIERA, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze 1898, 88 ss.; in un ordine di idee pur estremamente critico sul piano della genuinità del brano di Paolo («sentenza scritta in modo peregrino»), che la permuta richiedesse la consegna della cosa anche nella prospettiva sabiniana si trova sostenuto («ritengo cosa certa che la permuta si sia sempre perfezionata colla tradizione e che nessun giurista abbia mai pensato a sostenere che si dovesse perfezionare col semplice consenso») anche in S. PEROZZI, *Il contratto consensuale* cit., 170 ss., ove in più si osserva che «per i classici la vendita come contratto consensu è antitetica solo ai contratti formali, e quindi può benissimo, restando sempre contratto consensu, presentarsi in due forme: reale (permuta) e consensuale»; C. FERRINI, *Sull'origine* (*Opere III*) cit., 51 ss., su cui vd. *infra* in questa nt.; G.L. FALCHI, *Le controversie* cit., 89 ss.; V. MAROTTA, *Tutela dello scambio* cit., 129 ss., 131; C. CASCIONE, *Consensus* cit., 392 s.; con riferimento al punto di vista di Giuliano (e di Paolo), sottolinea la necessità di un principio di esecuzione, come si è visto (vol. I, cap. II § 8), C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 207 ss. Sulla più specifica questione prospettata da Pernice di un'originaria configurazione dell'*emptio venditio* come contratto reale vd., in senso critico, già C. FERRINI, *Sull'origine* (*Opere III*) cit., 51 s., 74; più recentemente M. TALAMANCA, v. *Vendita (dir. rom.)* cit., 305 s. («Per una tale costruzione non esiste […] alcuna prova testuale, ed è palese l'inconsistenza degli argomenti di carattere generale»); prende formalmente le distanze dalla tesi dello studioso tedesco, perlomeno a voler attribuire all'espressione 'contratto reale' il «significato corrispondente a quello canonizzato dalla sistematica gaiana», V. MAROTTA, *Tutela dello scambio* cit., 66 nt. 20, il quale da altro punto di vista è dell'idea (66 ss.) che la «*traditio* nel-

(successivamente) constatata altruità della *res* 'trasferita', si sarebbe venuto a configurare un semplice problema di inadempimento (più ancora che di responsabilità di garanzia),[376] che certo non sarebbe stato in grado di far insorgere (*ex post*) quei rilievi che, sul piano della formazione del contratto, avrebbero potuto invece delinearsi nel già esaminato caso di *do ut manumittas*, e che erano diversamente da imputare al fatto che si trattasse, in quel caso, di un rapporto contrattuale per la cui formazione o comunque azionabilità fosse richiesta una Vorleistung, con dei meccanismi che, sul piano della costituzione del rapporto, ricordano quelli dell'*obligatio re contracta*.

Per quanto le stesse considerazioni non possano naturalmente ripetersi per Paolo, data la sua dichiarata adesione all'opposto indirizzo proculeiano e soprattutto dato il rilievo qui attribuito alla consegna (traslativa) della cosa sul piano del perfezionamento del contratto (§ 2), l'eventualità di un impiego dell'azione pretoria (per mancata integrazione del contratto) rimane tuttavia improbabile.

A deporre in senso contrario è lo stesso impianto narrativo del frammento paolino. Già in passato abbiamo avuto modo di evidenziare come la soluzione sia messa in relazione (*unde*) con la irriconducibilità della *permutatio* allo schema contrattuale dell'*emptio venditio*,[377] in un contesto in cui non si è ancora fatto alcun riferimento alle diverse modalità costitutive del rapporto contrattuale, alle quali in effetti si accennerà solo nel successivo § 2.[378] Nel pr., infatti, l'attenzione del giurista è ancora tutta rivolta all'individuazione degli elementi di difformità tra i due tipi negoziali sul piano del (contenuto del) programma obbligatorio: elementi che costituiscono agli occhi di Paolo l'impedimento principale per giungere a un'assimilazione del modello permutativo con lo schema della com-

---

la fase dello sviluppo della giurisdizione del pretore peregrino deve essere valutata in quanto condizione necessaria per la tutela giuridica dell'operazione mercantile».

[376] È appena il caso di osservare che ogni contraente sarebbe stato qui tenuto al trasferimento della proprietà più che del semplice possesso, come (almeno formalmente) nella compravendita: per un riavvicinamento delle due prospettive, perlomeno in epoca tardo classica, vd., L. VACCA, *Sulla responsabilità ex empto* cit., 561 ss., in particolare 565 s.; ID., *Buona fede* cit., 336 nt. 16.

[377] G. ROMANO, *Paul. 32 <33> ad ed. D. 19.4.1.1* cit., 34 ss.; in questo senso vd. già P. COLLINET, *La nature* cit., 327; più recentemente («il penetrante discorso […] sfocia nella conclusione») F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 72 e ivi nt. 20; da ultimo denuncia la connessione tra i due §§ C.A. CANNATA, *Labeone*, *Aristone* cit., 77 s.

[378] Osservazione che non deve essere evidentemente sfuggita a M. TALAMANCA, *Pubblicazioni* (1989-1990) cit., 735 s., al punto da indurre lo studioso a ipotizzare una lacuna tra il pr. e il § 1: «indubbiamente qualcosa è caduto, in D. 19.4.1, tra il pr. ed il § 1, ché l'*unde* con cui comincia quest'ultimo mal si riallaccia a quanto precedentemente detto».

pravendita, piuttosto caratterizzato da una netta differenziazione dei profili obbligatori dei soggetti contraenti (*ob evictionem se obligare*; *possessionem tradere*; *purgari dolo malo* in capo al venditore; *nummos facere accipientis* per il compratore).

È solo nel § 2 che il discorso andrà invece a concentrarsi sui profili strutturali di entrambe le fattispecie contrattuali, e in particolare sui differenti meccanismi perfezionativi.[379] quale ulteriore elemento argomentativo ('*Item*') a supporto dell'atteggiamento 'anomalista'.[380] Si legga appunto

D. 19.4.1.2 (Paul. 32 <33> *ad ed.*): *Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur; permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet, alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emptione, venditione, conductione, mandato*.[381]

---

[379] In proposito e sulla possibilità di un'allusione dell'espressione *initium obligationi praebet* alla prospettiva labeoniana del *convenire re* vd., con riferimenti alla principale letteratura, G. ROMANO, *Paul. 32 <33> ad ed. D. 19.4.1.1* cit., 35 s. e ivi nt. 49.

[380] Con un'argomentazione che è in realtà tutta costruita sulla più specifica prospettiva anomalista proculeiana e che certo non può ritenersi valida per le diverse visioni ricostruttive sabiniane, per le quali la permuta rappresentava una *species emptionis* e come tale non poteva che concludersi negli stessi modi e forme: il che sembra potersi desumere, del resto, proprio dal seguito del discorso paolino, in cui il giurista si vede quasi costretto a fare appello a un argomentare *per absurdum* (*alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus*), al quale non avrebbe certo avuto bisogno di ricorrere, se in effetti ci fosse stata piena condivisione sui meccanismi costitutivi del contratto in questione. Se Paolo avverte l'esigenza di precisare le (dal suo punto di vista) inaccettabili conseguenze alle quali si arriverebbe a voler ammettere un perfezionamento (*nudo*) *consensu* della permuta, è perché, evidentemente, vi era qualcuno che ragionava proprio nei termini descritti.

[381] Per una prima rassegna bibliografica vd. G. ROMANO, *Note a margine* cit., 179 s. nt. 2; a tali indicazioni vanno quantomeno aggiunti C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 77 ss., ove sono superati i sospetti sulla genuinità del § e più in generale dell'intera testimonianza («non c'è alcuna ragione per dubitare che il dettato risalga interamente a Paolo») che erano ancora presenti in ID., *Contratto* cit., 42 e che colpivano in particolare il tratto '*alioquin-mandato*', considerato un «glossema basato su di un'interpretazione scorretta» di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.1-2, scritto peraltro «in modo piuttosto ingenuo e buffo»; C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 104; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 15, 45; R. SANTORO, *Per la storia* cit., 103 ss., in un contesto di indagine che si preoccupa principalmente di indagare il significato dell'espressione *initium obligationi*, che l'autore vorrebbe anche qui ricondurre alla prospettiva dell'*obligatio* come «"atto vincolante" equivalente a contratto», analogamente all'espressione *initium contractus* adoperata in Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.8 pr.; L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni* cit., 420.

Nell'attuale stesura del brano[382] la decisione di ricorrere all'azione *in factum* non è fatta dipendere, dunque, da una patologia dell'atto costitutivo, quale avrebbe potuto essere l'alienità della *res* consegnata dal primo esecutore. Essa è piuttosto prospettata come necessaria e immediata conseguenza dell'impossibilità di far rientrare la permuta nello schema della compravendita.[383] Sul punto non possono esservi dubbi. Si leggano il pr. e il § 1 nei tratti salienti

Paul. 32 *ad ed.* D. 19.4.1 pr. […] *non potest permutatio emptio venditio esse*, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptionis. 1. *Unde* si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur.

Per dirla in termini ancora più espliciti: al contraente evitto non si concede l'*a. in factum* perché l'evizione ha certificato il mancato perfezionamento del contratto. Gli si dà l'*a. in factum* perché questa è l'azione che, in via generale e ordinaria, spetta ad ogni contraente nell'ambito del rapporto di permuta.

E ciò spiega peraltro il motivo per cui Paolo non si sia interrogato sull'opportunità di passare ad esaminare direttamente il tema della tutela del contraente evitto, senza premurarsi di fare prima riferimento al tipo di tutela da concedere per l'ipotesi, certo più importante, dell'inadempimento della controparte.[384] Ciò dipende dalla circostanza che la tutela era la stessa: in entrambi i casi

[382] In relazione alla possibilità di interventi sull'originario impianto discorsivo vd. G. ROMANO, *Paul. 32<33> ad ed. D. 19.4.1.1* cit., § 1. Sulla linearità dell'ordine logico-espositivo del pensiero paolino vd., con critiche, S. PEROZZI, *Il contratto consensuale* cit., 170 s. («Questo § 2 sta tra due brani della stessa legge che combaciano tra di loro e di cui nessuno combacia con questo paragrafo […] nel § 2 abbiamo una interruzione»); allo stesso modo («noto […] la stranezza dell'ordine logico») P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 133; ID., ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 2 cit., 523 ss.; con diverse conclusioni («abbastanza chiaro e lineare frammento») C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 85, di cui occorre tenere presente il diverso atteggiamento assunto in ID., *Contratto* cit., 42, di cui si è detto nella nt. prec.

[383] In questo senso, ma in un'ottica che pensa diversamente all'applicazione di un'azione pretoria in senso stretto, P. VOCI, *La dottrina* cit., 262: «(per il fatto […] che la permuta non è vendita), è necessaria l'*a. in factum* in caso di evizione».

[384] Con un'opzione peraltro nettamente differente rispetto all'impostazione che troviamo invece adottata in Paul. 5 *quaest.* § 1, in cui, dopo aver egualmente constatato l'irriconducibilità della permuta alla compravendita, l'interesse del giurista si era direttamente indirizzato verso l'azione di adempimento (con l'alternativa della mera ripetizione), per quanto individuata dal solo punto di vista della funzione (*in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damne-*

si sarebbe fatto ricorso a quella che il giurista chiama *a. in factum*.

L'opzione di Paolo (di concentrarsi sull'evizione) diverrebbe invece difficilmente giustificabile se si dovesse aderire alla prospettiva di Giffard di una differenziazione dei rimedi processuali, a seconda che si agisse per l'adempimento della controprestazione (*actio in factum civilis* o *actio civilis incerti*) o per la subita evizione (*actio in factum* pretoria). Non è affatto immotivato ritenere che, in

---

ris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere). Come si è fatto in altra occasione notare (vd. *infra* in questa stessa nt.), la questione non è passata inosservata in dottrina ed ha anzi alimentato l'idea secondo la quale la permuta avrebbe rappresentato, per i giuristi classici, un contratto strutturalmente distinto rispetto al *do ut des*, piuttosto consistente nello scambio contestuale e immediato, nell'ambito del quale l'unica forma di tutela prospettabile non avrebbe potuto che riguardare il caso dell'evizione, non essendo ovviamente concepibile un'azione per l'adempimento: l'ipotesi parrebbe risalire, stando almeno alle parole dello stesso autore, a A. FABER, *Coniecturarum Iuris Civilis, Libri Sex Priores. Editio tertia*, Lugduni 1605, (*Ad l. 1 de rer. permutat.* Cap. IX) 285 («Nescio an quisquam adhuc dixerit, quod mihi videtur in eo differre permutationem à contractu Do ut des, quòd permutatio non est priusquàm res quæ permutantur vicissim dentur»); tra gli studiosi più recenti vd. soprattutto («échange immédiat de deux choses l'une contre l'autre») PH. MEYLAN, *Permutatio rerum* cit., 47, 50, 53 ss., secondo il quale, il *placitum permutationis*, in caso di attuazione di una delle due parti, avrebbe piuttosto costituito un'ipotesi di '*ob rem datum*'; per ulteriori indicazioni sul punto si rinvia a G. ROMANO, *Paul. 32<33> ad ed. D. 19.4.1.1* cit., 42 s. Si tratta naturalmente di ipotesi non condivisibile e che viene a scontrarsi irrimediabilmente con quanto affermato in Paul. 5. *quaest.* D. 19.5.5.1, e che può essere praticata solo se si è disposti a considerare bizantina l'identificazione qui operata tra le due fattispecie: così appunto PH. MEYLAN, *Permutatio rerum* cit., 53 ss., secondo il quale la *permutatio* sarebbe divenuta un caso di *do ut des* solo ai tempi di Giustiniano; critiche rispetto all'idea di uno scambio immediato, allora avanzata da Faber, possono trovarsi in W. CURTIUS, *Dissertatio juridica* cit., 26 s., al quale si rinvia per la raffigurazione tradizionale della permuta come specificazione del più ampio modello generale di *do ut des* («non omnem contractum do ut des esse contractum permutationis»); sempre nel senso di un rapporto di *genus* (*do ut des*) a *species* (*permutatio*, *aestimatum*) vd. anche I.G. HEINECCIUS, *Academische Reden über desselben Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum. Dritte und verbesserte Auflage*, Frankfurth und Leipzig 1748, (*Lib. III. Tit. XIV. De Obligationibus.* § 779) 626; in un ordine di idee orientato a valorizzare la prospettiva dello scambio di cosa contro (altra) cosa, assente ad es. nell'*aestimatum* – che, pur appartenendo allo schema del *do ut des*, sarebbe governato da una logica più propriamente restitutoria (della stessa *res aestimata*) – vd. anche W. A. LAUTERBACH, *Collegium theoretico-practicum. Tomus primus* cit., (*Liber XIX. Tit. IV. De rerum permutatione. Par. XVIII*) 1028 («articulus, do ut des latius parere»), ove riferimenti alla letteratura precedente; ancora diversamente S. STRYKIUS, *Tractatus* cit., *Membrum VII. De Actionibus ex contractu innominato resultantibus*. § 10, 152 s. («Alter contractus innominatus est permutatio inter quem & contractum *Do ut des*, differentiam formant, ut si genus cum genere commutetur, adsit contractus *do ut des*; si species ejusdem generis cum specie mutetur, tunc permutatio»); C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 116.

tal caso, l'attenzione del giurista si sarebbe innanzi tutto rivolta all'azione di adempimento, salvo poi precisare che in presenza di evizione si sarebbe però dovuto far ricorso a un'*actio in factum*: nel presupposto, magari non necessariamente esplicitato, di un mancato perfezionamento della fattispecie contrattuale. Andamento discorsivo che, peraltro, si riscontra, relativamente all'ipotesi di *do ut manumittas*, nel già richiamato Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2: per lo meno nella versione che si legge oggi del testo.[385]

C'è di più. L'ipotesi di un'azione *in factum* pretoria, concessa nel presupposto di una mancata costituzione del rapporto contrattuale, sembra ulteriormente scontrarsi con la ricostruzione che altrove abbiamo fornito del § 4.[386]

Come si è avuto modo in quell'occasione di osservare e come del resto è noto, la versione del brano riportata nel *codex Florentinus* appare guasta, al punto che per restituire un senso compiuto al passo,[387] si è reso indispensabile un intervento correttivo.[388] Questo è quanto si legge:

F.: Igitur ex altera parte traditione facta si alter rem nollit tradere non in hoc agemus ut res nostra illam rem accepisse de qua convenit sed ut res contra nobis reddatur condictioni locus est quasi re non secuta.

Si è così proposto, da parte di Mommsen, di inserire, in base a Bas. 20.3.1 e Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.1, la frase '*tradita nobis reddatur, sed in id quod interest*' tra '*res*' e '*nostra*':[389]

Paul. 32 <33> *ad ed.* D. 19.4.1.4 (Ed. Mommsen-Krüger): Igitur ex altera parte traditione facta si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus ut res <*tradita nobis reddatur, sed in id quod interest*> nostra illam rem accepisse, de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur, condictioni locus est quasi re non secuta.

---

[385] In proposito vd. però *infra* cap. V § 1.1.

[386] G. ROMANO, *Brevi considerazioni* cit., § 3.

[387] In proposito vd. già A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 128 nt. 33 («Codicis Florentini textus adeo corruptus est, ut nullum omnino sensum praebat»).

[388] Da ultimi lo ricordano E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 278, 294; C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 164 e ivi nt. 141, 167; altri riferimenti in G. ROMANO, *Brevi considerazioni* cit., § 3 nt. 45.

[389] TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti* 1 cit., 574.

Tranne rare eccezioni,[390] tale ricostruzione è stata generalmente accolta dagli studiosi,[391] i quali non hanno evidentemente tenuto in considerazione la stretta connessione tra la soluzione qui proposta e il principio affermato nel precedente § 3 ('*Ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*'), che ne costituisce la premessa logica e che a sua volta è da mettere in relazione con i meccanismi perfezionativi del contratto permutativo (§ 2). Si è così finito per proporre una lettura del tutto sganciata dallo sviluppo narrativo del frammento, come se il § 4 dovesse contenere un'indicazione generale dei rimedi processuali da impiegare in caso di inadempimento della controprestazione in presenza di rapporto contrattuale regolarmente costituitosi,[392] con un equivoco interpretativo che si può far risalire già ad Accursio, il quale pur aveva a disposizione la diversa e (secondo il nostro punto di vista) più corretta tradizione testuale della *Bononiensis* che è certo il caso di riportare:

Igitur ex altera parte traditione facta, si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus, ut interest[393] *nostra illam rem accepisse, de qua convenit, sed, ut res contra nobis reddatur, condictioni locus est, quasi re non secuta.*

Di qui l'inserimento, da parte dell'allievo di Azzone, dell'avverbio *tantum* allo scopo di recuperare l'azione contrattuale tra le opzioni processuali a disposizione del primo esecutore (non in hoc <*tantum*> agemus, ut interest),[394] come a

---

[390] CH. APPLETON, *L'obligation de transférer* (1906) cit., 773 s. nt. 3 *a*.

[391] Da ultimi vi aderiscono E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 278; C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 164; G. NICOSIA, *Celio Sabino* cit., 22 e ivi nt. 15; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 43 s.; L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 420 s., al quale pure non sfugge la relazione tra il § 4 e la citazione del pensiero di Pedio fatta nel precedente § 3: «Paolo, attraverso l'*igitur* iniziale, ricollegava alla citazione di Pedio fatta in D. 19.4.1.3 (*Ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*) l'affermazione che, nell'ipotesi di *datio* compiuta da una parte e non seguita da quella dell'altra, si poteva agire o per la restituzione […] o per l'*id quod interest* […]»).

[392] Così, in definitiva, M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2001) cit., 241; L. GAROFALO, *Contratto* cit., 359; ID., *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 420 s.; non si discostano da questa interpretazione E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 295; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 43 s.; ulteriori indicazioni bibliografiche possono trovarsi in G. ROMANO, *Brevi considerazioni* cit., § 2 nt. 39.

[393] Cod. Vaticanus n. 1406: TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti* 1 cit., 574 nt. *l*. 30.

[394] Così appunto ACCURSIUS, *Glossa in Digestum vetus ad Lib. XIX. Titulus IIII. De rerum permutatione* (Lugduni 1549), 1001 lett. *t* («*Agemus*: scilicet tantum. nam habet locum p̄scrip. verb. ut compleatur contractus, & condi. ob cau. si nolit impleri. sed repetere datum»).

dire: non agiamo soltanto (*tantum*) per l'interesse (e dunque con l'*a.p.v.* per l'adempimento), ma, se del caso (ovvero se si preferisce la restituzione di quanto dato), anche con l'azione di ripetizione.

Sempre sulla scorta dei Basilici, un'analoga restituzione sul piano della soluzione sostanziale, era stata suggerita nell'*editio Norica* del 1529 anche da Aloandro,[395] il quale aveva differentemente proposto di inserire (sempre nel testo tratto dalla *Bononiensis*) l'avverbio '*utique*' subito dopo le parole '*non in hoc agemus*',[396] in modo che, con un certo sforzo interpretativo, risultasse ancora una volta confermato il diritto, della parte adempiente, di optare tra l'azione di ripetizione e quella di adempimento.[397].

Non si è così valutato, come si è appena detto, che il paragrafo conclusivo va piuttosto inteso alla luce (*igitur*) del precedente § 3,[398] in cui Paolo affida a Pedio il compito di insistere sulla necessità di una consegna validamente traslativa del *dominium* ai fini del perfezionamento della fattispecie permutativa, e dunque ai fini della costituzione di una pretesa (contrattuale)[399] giudizialmente perseguibile.

---

[395] È appena il caso di ricordare che l'edizione *Norica* appartiene al genere delle edizioni con *lectio* c.d. *mixta*, con eguale impiego della *Vulgata* e della *Florentina*. Utili indicazioni in proposito, con riferimenti alla principale letteratura, possono trovarsi in M. MILANI, *L'editio maior del Digesto e i manoscritti della Vulgata*, in TSDP 12, 2019, 11 nt. 37. Per la restituzione aloandrina si è consultato *Digestorum seu Pandectarum iuris civilis libri quinquaginta* (Parisiis 1548) cit.

[396] Seguito da A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 128 s. e ivi nt. 33, che invoca a sostegno il già richiamato Bas. 20.3.1.

[397] Non in hoc agemus <*utique*> ut interest: come a dire: non dobbiamo agire necessariamente, 'in ogni caso' (*utique*), con l'azione di adempimento, ma possiamo anche agire con la *condictio* per la ripetizione; in proposito e sull'impiego dell'avverbio *utique* vd. A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 593 nt. *g*).

[398] La connessione tra i due §§ non era in effetti del tutto passata inosservata agli interpreti più antichi: così J. CUJACIUS, *Observationum et emendationum lib. XXIII. cap. XXVIII*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus primus*, Prati 1836, 1063 («ex eadem sententia Pedii statim infertur […] his verbis: *igitur ex altera parte conditione facta*, rei alienae scilicet»); J.J. WISSENBACH, *Exercitationum* cit., (*Disputatio XXXVIII*) 446; J. VOETIUS, *Commentarius ad Pandectas* 1 cit., (*Titulus IV. De rerum permutatione. 2*) 845: «paragraphus ultimus cohaeret penultimo, atque ita de eo, qui non suam sed alienam rem dedit, accipiendus est»; W. CURTIUS, *Dissertatio juridica* cit., 28 («§. 4. conjugendus est cum §. 3. *praec.* ex quo pendet»); C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 123; C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 38 nt. 1: «Il me paraît impossible d'isoler la décision de ce § 4, et de la considerer comme statuant sur l'hypothèse d'une tradition faite *a domino* […] Je tiens donc pour certain que ce § 4 déduit une conséquence du précédent».

[399] Diversamente, nel presupposto di un'adesione da parte di Pedio alla dottrina labeoniana dell'*ultro citroque obligatio*, si pronuncia nel senso di una estraneità della permuta alla nozione di

Nella versione (di Mommsen) qui esaminata, il brano giunge però a conclusioni apertamente contraddittorie, che sembrerebbero ammettere (seppur alternativamente) l'esercizio dell'azione di adempimento in presenza di un rapporto non perfezionatosi a causa di una consegna inidonea a determinare l'atteso trasferimento: il che ha indotto taluni studiosi a denunciare non meglio precisati guasti testuali.[400] Tale inconveniente si risolve se, guardando alla lezione della *Vulgata*, si torna a leggere, con i più antichi interpreti:[401] '*non in hoc agemus, ut* inter*es*t *nostra illam rem accepisse*', o in alternativa: '*non in hoc agemus, quod interest*'.[402]

Se si prescinde da certe stonature lessicali,[403] il senso del brano tornerà a risultare così chiarissimo: non consentendo la consegna di cosa altrui il perfezionamento del contratto, l'*accipiens* non potrà considerarsi tenuto all'adempimento della controprestazione convenuta.[404] Nell'impossibilità dunque di avvalersi

---

contractum, con riconduzione piuttosto allo schema dell'*obligatio re* di cui in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1.3, C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 105 s., 107 nt. 38; di segno opposto le conclusioni di L. GAROFALO, *Contratto* cit., 357: «coerentemente si può allora affermare che per Pedio l'accordo relativo a una permuta meritava la qualifica di contratto quando, in esecuzione del medesimo, almeno uno dei soggetti che vi erano addivenuti avesse effettuato la *datio* di sua spettanza […] il paradigma della permuta, sotto il profilo strutturale, non è più – all'evidenza – il contratto labeoniano di D. 50.16.19 identificato nella sola *ultro citroque obligatio*»; per un «ingresso» della permuta reale nell'ambito contrattuale, nella prospettiva aristoniana ripresa da Paolo, e prima di lui da Pedio, vd., come già si è osservato (*supra* nt. 375), F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 85 e ivi nt. 12, 88 s.

[400] Di «guasti rilevanti» discute F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 85 nt. 10, al quale pur non sfugge la relazione con il precedente § 3: «Paolo ricollegava (*igitur*) alla citazione di Pedio»; adesivamente L. GAROFALO, *Contratto* cit., 358; C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 164 nt. 141; pensa a una «compressione del testo» anche R. FERCIA, *Il fieri* cit., 43 s.

[401] Tra questi J.J. WISSENBACH, *Exercitationum* cit., (*Disputatio XXXVIII*) 446. Per più precise e ulteriori indicazioni sul punto si rinvia nuovamente a G. ROMANO, *Brevi considerazioni* cit., § 3.

[402] Codd. Parisinus n. 4450 e Patavinus n. 941: TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti* 1 cit., 574 nt. *l.* 30.

[403] Appare evidentemente maldestro l'uso di *alter* in funzione di aggettivo prima (*ex altera parte*) e di pronome poi (*alter*), che viene a determinare una certa tensione interpretativa sui ruoli delle due parti contrattuali, sulla quale deve aver pesato la difficoltà di riferirsi ai due soggetti negoziali attraverso una precisa terminologia, ma che certamente sarebbe stato possibile evitare senza aggiungere l'inutile precisazione '*ex altera parte*', dicendo più semplicemente *Igitur traditione facta, si alter rem nolit tradere*, oppure, considerando il successivo impiego della prima persona plurale (*non in hoc agemus*): *Igitur a nobis traditione facta, si alter rem nolit tradere* rell.

[404] J.J. WISSENBACH, *Exercitationum* cit., (*Disputatio XXXVIII*) 446: «Cum res aliena data est, agi praescriptis verbis non potest, ut vicissim res detur de qua convenit: sed condictioni rei

dell'azione contrattuale diretta all'*id quod interest* (*non in hoc agemus, ut* interest […]), all'autore della consegna non rimarrà che agire nei confronti dell'*accipiens* in via di semplice ripetizione (*quasi re non secuta*),[405] per rientrare nel possesso della cosa,[406] mediante *condictio*.[407]

---

datae tantum locus est»; W. CURTIUS, *Dissertatio juridica* cit., 28 («agi de casu, quo res aliena permutationis causa alteri fuit tradita ideoque non posse agi adversum alterum, ut rem suam tradat»).

[405] J. CUJACIUS, *Observationum* cit., in *Opera* I cit., 1063 («quasi re non secuta, id est, quasi eo quoque, cui eam rem dedit, pro sua parte non implente conventionem»); W. CURTIUS, *Dissertatio juridica* cit., 28.

[406] Non certamente per il 'ritrasferimento' della *res*: sul punto vd., ma in un ordine di idee che aderisce, come si è detto (*supra* nt. 396), all'ipotesi ricostruttiva di Aloandro, A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 128 nt. 33; per un impiego qui della *condictio possessionis* vd. C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*[1] cit., 570 nt. 1.

[407] In questo senso vd. già J. CUJACIUS, *Ad Lib. IV. Codicis Recitationes solemnes seu Commentarii* in *Opera* IX cit., (*Ad Tit. LXIV De rerum permutatione, et praescriptis verbis actione*) 605 s.; ID., *Observationum*, in *Opera* I cit., (*L. XXIII. Cap. XXVIII.*)1062 s. («qui alienam rem dedit, ut aliam acciperet, non agat praescriptis verbis, quae ex permutatione nascitur, ut sibi vicissim alia res detur vel praestetur, quanti interest eam rem accepisse, quia ex parte sua conventionem non videtur implesse, qui alteri rem alienam dedit, quae avocari ei a domino et auferri potest, sed habeat tantum datae rei condictionem sive repetitionem, quae non ex permutatione, sed ex bono et aequo venit»); adesivamente F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 122 s.: «Es findet daher bloß eine Condiction Statt […] welche nicht aus der permutatio, sondern aus der Billigkeit entspringt»; C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 37 s., 134; in senso contrario e con un giudizio estremamente severo rispetto all'ipotesi di Cuiacio («ridiculus»), vd. G. SCHIFORDEGHER SILESIUS, *Ad Antonium Fabrum Iurisconsultum Sebusianum, Liber Secundus*, in nobili Oppenheimio 1610, *Tractatus III. Quaestio IV.*, 61, con una presa di posizione che risente però dell'idea che, più in generale, vorrebbe negare al permutante (primo esecutore) la possibilità di agire per l'adempimento («Atqui cum rei propriae traditio, ex parte mea est secuta, & tu rem tradere nolis, utique; verum est ad id, quod mea interest, agi non posse, non minus quam si alienam rem tradiderim»); critico anche A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 128 s. e ivi nt. 33 («Quo jure enim is, qui rem alienam tradidit, intendere potest, hanc rem dari sibi oportere ab eo, qui, cum alienam rem acceperit, ejus rei dominium transferre nequeat, cujus nec ipse dominus factus sit?»); informazioni aggiuntive in G. ROMANO, *Brevi considerazioni* cit., §§ 3-5. Si potrebbe pensare a una di quelle applicazioni che la dottrina meno recente era solita chiamare, in base a certi spunti presenti nelle fonti, *condictio ex bono et aequo* (così in particolare Pap. 18 *quaest*. D. 12.6.66 '*haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit*') ma che più probabilmente vanno messe in relazione con le applicazioni più antiche e originarie della *condictio*, risalenti, come nel caso più noto, ma non unico, della *condictio ex causa furtiva* (così Gai 2.79 'condici tamen furibus *et quibusdam aliis possessoribus* possunt'; sempre non tassativa (*veluti* […] vel) parrebbe anche

Quanto all'origine del guasto presente nel manoscritto fiorentino, non è difficile pensare a una svista del copista il quale, dopo aver ricopiato il passaggio '*non in hoc agemus*', deve avere inavvertitamente riprodotto, al posto delle parole 'UT INTEREST', le parole 'UT RES' presenti due linee più in basso.[408]

Come si può agevolmente intuire, l'adesione a una tale ipotesi ricostruttiva rende ancor più improbabile che l'azione prevista nel § 1 fosse concessa nel presupposto di un mancato perfezionamento. Se così fosse stato, Paolo non avrebbe certamente atteso il § 4 per precisare le conseguenze processuali di un mancato perfezionamento del contratto, ma già in quell'occasione avrebbe prontamente chiarito che in tal caso non si sarebbe agito con l'azione civile diretta all'interesse positivo, ma con azione *in factum* che sarebbe stata al più orientata al c.d. interesse negativo.

---

l'elencazione che si trova in Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.3.1.1 '*rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex causis ex quibus potest, veluti ex causa furtiva vel vi re mobili abrepta*'), a un momento storico in cui non si era ancora affacciata la nuova prospettiva della *condictio* come azione (necessariamente) presupponente una *datio* (da intendersi nel nuovo e più stringente significato di consegna traslativa della proprietà) e diretta egualmente a una *datio*, che si sarebbe delineata – parrebbe – a partire da Proculo (Pomp. 21 *ad Sab.* D. 12.4.15 '*Proculus ait dari oportere ita ait, si fecisses eius hominem*'). In questo senso vd. E.I. BEKKER, *Die Aktionen* 1 cit., 105 e ivi nt. 17 («Erst Proculus hebt, im gegensatz zu seinen Vorgängern, die im Sinne der Neueren zutreffende Unterscheidung hervor, dass ein *dari oportere* dasei nur "*si fecisses eius hominem*"»); E. BETTI, *Sul valore* cit., 12; G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones (Studi* 2*)* cit., 710 ss. («all'autorità di Proculo è dovuta questa determinazione del valore di *dare*»); R. SANTORO, *Studi sulla condictio* cit., 184 nt. 4, 476 s.; C.A. CANNATA, *La distinctio* cit., 445; ID., *Sulla divisio obligationum* cit., 57 s.; ID., *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico* (*I parte*), in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da G. Tarello, vol. IV, (Bologna) 1974, 48; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 273 ss.; in proposito vd. anche L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione* cit., 81 s., che non prende tuttavia posizione sul punto. Non sembra invece percorribile l'ipotesi di un intervento correttivo sul programma di giudizio, in maniera da mettere il giudice nella condizione di giudicare come se l'effetto traslativo si fosse effettivamente verificato, tenuto conto che il convenuto non si sarebbe comunque trovato nella condizione di *dare* (in senso stretto) la *res* ricevuta, non avendone egli acquisato la proprietà.

[408] Al riguardo vd. G. ROMANO, *Brevi considerazioni* cit., § 3; in questo senso, già G.C. GEBAUER-G.A. SPANGENBERG, *Corpus iuris civilis codicibus veteribus manuscriptis et optimis editionibus collatis*, Gottingae 1776, 344 nt. 10; così anche CH. APPLETON, *L'obligation de transférer* cit., 773 s. e ivi nt. 3 *a*, nell'ambito però di un'interpretazione del brano che finisce per generalizzare la decisione di Paolo di non concedere l'azione contrattuale, senza tener conto della più stretta relazione che questa presentava col § 3 e facendo così del giurista severiano un oppositore della dottrina aristoniana («Paul la contredit visiblement dans un texte non interpolé»); così anche A. AUDIBERT, *Sur les différents noms* cit., 23 e ivi nt. 2.

In sostanza, volendo parafrasare la precisazione contenuta nel § 4, sarebbe del tutto naturale attendersi che già nel § 1 Paolo si facesse carico di specificare che *si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, non in hoc agemus, ut interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit, sed in factum.*

In più (dal § 4) si ricava che, in presenza di un mancato perfezionamento del contratto, Paolo accordava la *condictio*,[409] con una soluzione che contribuisce a rendere ancora più incerta l'ipotesi di un ricorso, in caso di evizione, ad apposita azione *in factum* pretoria. Per quanto si possano, almeno in astratto, ipotizzare certi vantaggi nel ricorrere a una più duttile azione *in factum*, anziché a un rimedio come la *condictio*,[410] legato a più rigidi modelli di responsabilità,[411] non si può però negare che ciò avrebbe comportato una eccessiva complicazione delle soluzioni processuali.[412]

---

[409] Da escludere che la chiusa '*sed ut res – non secuta*' costituisca una «completomane aggiunta compilatoria», secondo quanto sostenuto da P. VOCI, *La dottrina* cit., 261 ss.; sospetti sulla chiusa si trovano ancor prima in F. HAYMANN, *Die Schenkung* cit., 130 («Das non in hoc agemus, ut res tradita nobis reddatur will mit dem unvermittelten Schlußsatz, der merkwürdig lehrhaft klingt, schwerlich zusammenstimmen»).

[410] Per una differenziazione tra i due mezzi processuali sul piano della determinazione della *summa condemnationis* (interesse negativo con l'*actio in factum*, mera restituzione con la *condictio*), vd. J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 82 s.; più recentemente L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni* cit., 431 s. («il suo esercizio avrebbe in ogni caso comportato una condanna di ammontare superiore a quella assicurata dalla *condictio*, poiché questa sarebbe stata pari al valore di mercato della cosa al tempo della *litis contestatio*»). Sempre in proposito, per la *condictio*, vd. M. KASER, *Quanti ea res est* cit., 86 ss., 114 ss.; D. MEDICUS, *Id quod interest* cit., 262 s. Sull'impiego dell'*a. in factum* ai fini del conseguimento dell'interesse negativo vd. vol. I, capp. I § 3, II §§ 5-5.1.

[411] Sulla questione vd., da diversi punti di vista, C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 39 s., con richiamo a Paul. 18 *ad Plaut.* D. 45.1.91 pr.; L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione* cit., 75, ove, sulla scorta di Cels. 3 <8> *dig.* D. 12.4.16, si evidenzia come il convenuto con l'azione di ripetizione sarebbe stato «tenuto alla restituzione anche se la propria prestazione» fosse «divenuta impossibile per caso fortuito o forza maggiore»: regime per il quale in effetti le fonti sembrerebbero ammettere deroghe, come nel caso (già esaminato) di Paolo in Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.1, nel diverso presupposto, però, di un riconoscimento contrattuale della vicenda (in proposito vd. *supra* cap. IV § 2 e ivi ntt. 42-43); H. ANKUM, *La responsabilità contrattuale* cit., 137 ss. Sul prima richiamato Paul. 18 *ad Plaut.* D. 45.1.91 pr. vd. G. MACCORMACK, *Factum debitoris and culpa debitoris*, in TR 59, 1973, 59 ss.; R. CARDILLI, *Gestione empirica dell'imputazione e «culpae adnumeratio» nella riflessione dei giuristi romani*, in Index 42, 2014, 306 nt. 26, con indicazioni bibliografiche; ID., *L'idea romana* cit., 92.

[412] *Actio civilis* per l'adempimento in alternativa alla *condictio ob rem dati*, in presenza di rapporto validamente costituito; *condictio quasi re non secuta* per la semplice restituzione di quanto

Bisogna in più considerare che nulla avrebbe qui impedito il ricorso alla *condictio*, a differenza invece di Ulp. 4 *ad ed.* e Paul. 5 *quaest.*, ove a non consentire l'impiego dell'azione di ripetizione, lasciando così spazio all'azione pretoria, era il tipo di prestazione da neutralizzare (manomissione del servo).[413] Da questo punto di vista non pare possa infatti seguirsi la congettura di quanti hanno ipotizzato l'impiego dell'*actio in factum* quale «rimedio straordinario ammesso dal pretore per evidenti ragioni di equità»,[414] allo scopo di superare ipotetiche difficoltà che avrebbero potuto profilarsi riguardo all'esercizio della *condictio* e delle quali, peraltro, avrebbe dovuto esservi probabilmente traccia nel brano originario.[415]

Escluso dunque che il ricorso all'*a. in factum* cui si accenna al § 1 possa ritenersi limitato al solo caso dell'evizione, e dovendo al contrario ritenere che ad essere richiamata fosse la stessa azione ordinariamente posta a tutela del rapporto, non rimane che concludere (anche per le ragioni che si andranno immediatamente a chiarire) nel senso di un impiego di azione civile *in factum* (e dunque extraedittale).[416]

---

dato in caso di *traditio* di *res aliena*; *actio in factum* pretoria, in alternativa alla *condictio*, per l'evizione.

[413] Diversamente J.C. NABER, *Observantiunculae* XLVIII cit., 86, per il quale, a differenza di Celso, che avrebbe suggerito un ricorso unitario alla *condictio* tanto nell'ipotesi di inadempimento quanto in quella di evizione (*sive res non detur, sive aliena detur*), Paolo al contrario avrebbe optato per una differenziazione dei mezzi di tutela, concedendo la *condictio* nel primo caso, l'*actio in factum* nel secondo.

[414] Così, in una prospettiva di tipo interpolazionistico, P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 233 ss.

[415] Così P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 233 ss., che proprio per tale ragione è costretto a ritenere il brano «tutto sconvolto dai compilatori». Quanto alle prospettate difficoltà applicative della *condictio*, esse sono tutte fatte dipendere, in effetti, dall'eventualità che, di fronte a una *mancipatio nummo uno*, potesse insorgere il dubbio dell'esperibilità della *condictio ob causam datorum*, come se «l'obbligo di *dare* fosse stato attratto nell'obbligo di *praestare auctoritatem*»: obbligo, che in presenza di *mancipatio nummo uno*, non sarebbe stato concretamente sanzionabile. Sulla questione ci permettiamo di rinviare al nostro G. ROMANO, *Nota sulla tutela* cit., 1 ss.

[416] In questo senso, com'è noto, già Stefano in sch. 1 ῎Ωσπερ ἕτερον a Bas. 20.3.1 (Hb. II 377 s.; Schelt. B III 1217) 'ὅθεν εἰ ὅπερ ἔλαβεν παρὰ σοῦ πράγμα ἐν τῇ περμουτατίονι ἤγουν παρέσχον σοί, ἐκνικηθῇ μετὰ ταῦτα, ἡ ἰν φάκτουμ, ἤτοι πραεσκρίπτις βέρβις ἁρμόζει'; rimane fedele al testo latino Bas. 20.3.1: […] καὶ ἐὰν ἐκνικηθῇ ἓν τῶν δοθέντων εἰς ἀνταλλαγήν, ἀγωγὴ *in factum* ἁρμόζει'. Per un'attribuzione dello scolio a Stefano vd. G. E. HEIMBACH, *Manuale Basilicorum*, in *Basilicorum Libri LX.*, tom. VI, Lipsiae 1870, 278; nello stesso ordine di idee, e dunque per un'identificazione con l'*actio p.v.*, vd. J. CUJACIUS, *In L. XXXIII. Pauli ad edictum commentarii seu recitationes solemnes. Ad L. I. de Rer. permut.*, in *Opera*

È inutile dire che l'ipotesi non si sottrae del tutto a rilievi critici: soprattutto (almeno dal nostro punto di vista) per ciò che riguarda la questione della sussistenza dell'*animus contrahendi* in capo al secondo esecutore.[417] A questo proposito si potrebbe però con cautela (ma non senza ragione) supporre un allentamento dei criteri valutativi dell'intenzionalità contrattuale,[418] reso possibile dal-

V cit., 809; C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 66 e ivi nt. 2, 129; K.A.D. UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung* 1 cit., (§ 21.III) 45 nt. *f*; con decisione («Daß hier nämlich unter der in factum actio die civilis act. in factum, oder praesc. verb. zu verstehen sei, leidet keinen Zweifel») F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 591 nt. *e*); E. RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, I, Leipzig 1902, 122; È CUQ, *Les Institutions juridiques des Romains. Tome second. Le droit classique et le droit du Bas-Empire*, Paris 1908, 445 nt. 4; tra gli studiosi recenti, ritengono possibile un'interpretazione nel senso di *actio in factum civilis* J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* cit., 225 nt. 65; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 209 nt. 177; respinge un'identificazione con il modello di Gai 4.46 anche C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 165 ss., il quale a questo proposito suggerisce di integrare il brano con le parole '*praescriptis verbis*' cadute per «distrazione di un copista», leggendo '*in factum dandam actionem* <*praescriptis verbis*> *respondetur*', con una proposta che non ci sembra però necessaria e che certo non si può pensare di giustificare, come vorrebbe l'autore, in base allo sch. di Stefano prima richiamato. Come si è già altrove precisato, in un'ottica integrativa sarebbe semmai più verosimile immaginare un originario riferimento ad *actio in factum civilis*, e che l'aggettivo '*civilis*' sia in seguito caduto. Anche in questo caso si tratta, però, di integrazione non indispensabile e fondamentalmente arbitraria. Sicuramente da scartare invece l'ipotesi di una soppressione compilatoria secondo quanto inizialmente ipotizzato, per mera congettura («à moins que les compilateurs n'aient eu la singulière étourderie d'effacer le mot *civilem* dans la désignation de l'action *in factum*»), da P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire*,[1] cit., 572 nt. 4, con una proposta che col tempo sarebbe stata messa da parte, però, dallo stesso autore: di essa non vi è più traccia nella sesta edizione del 1918 (600 nt. 8). Per un approfondimento della questione rinviamo a quanto osservato in G. ROMANO, *Paul. 32 <33> ad ed. D. 19.4.1.1* cit., 62 ss.

[417] Questione che non sembra invece essere stata presa in considerazione da quanti hanno aderito alla tesi di Giffard: il che per certi versi stupisce, se si tiene conto, che, nell'ottica (che sembra essere propria di questi autori) di una generale irrilevanza del profilo intenzionale del contraente secondo esecutore, una successiva consegna debitamente traslativa della *res* avrebbe dovuto avere, per così dire, l'effetto di 'sanare' (in senso lato) il precedente vizio contrattuale, dovendo ritenersi soddisfatti, a partire da quel momento, i requisiti richiesti ai fini di un inquadramento della fattispecie all'insegna dello schema permutativo. Non vi sarebbe stato pertanto motivo per non concedere l'*a.c.i.* (*a.p.v.*), ripiegando sull'azione pretoria. Sui diversi tentativi fatti per sciogliere tale incongruenza – scambio attuato solo parzialmente (A. BURDESE, *Divagazioni* cit., 339), scambio reciproco di cosa altrui (L. PFORDTEN, *Ueber die Klagbarkeit* [*Abhandlungen*] cit., 249; F. SITZIA, v. *Permuta* [*dir. rom.*] cit., 112 s. e ivi nt. 48) – rinviamo a G. ROMANO, *Paul. 32 <33> ad ed. D. 19.4.1.1* cit., 22 ss.

[418] Non vi sono invece motivi per pensare, più in generale, a una ridotta attenzione da parte di Paolo rispetto al profilo dell'intenzionalità negoziale. In senso contrario basterebbe considera-

la specificità del rapporto permutativo, che, al pari della compravendita e almeno nella prassi commerciale, doveva di regola trovare attuazione attraverso uno scambio contestuale.[419]

Ciò significa che doveva per lo più risultare estremamente difficoltoso, se non in taluni casi addirittura impossibile, andare a individuare con precisione il soggetto che aveva dato vita, con la propria prestazione, alla costituzione del rapporto contrattuale. Si capisce pertanto perché, di fronte a una consegna non traslativa della proprietà da parte di uno dei due contraenti, si sarebbe potuto considerare egualmente costituito il contratto, facendo riferimento alla consegna efficacemente traslativa effettuata dall'altro contraente.

Nonostante i dubbi che certo permangono, ci pare che, tra le spiegazioni sino ad ora avanzate, l'ipotesi di un impiego dell'azione contrattuale sia comunque quella che complessivamente meglio si armonizzi col testo paolino, salvo che non si voglia prendere in considerazione l'eventualità (indubbiamente più lineare e semplice) di un ricorso generalizzato all'azione pretoria, sia per l'evi-

---

re il prima richiamato (nt. 320), anche se non impeccabile, Paul. 17 *ad Plaut.* D. 12.6.65.3 *Sed agere per condictionem propter condicionem legati vel hereditatis, sive non sit mihi legatum sive ademptum legatum, possum, ut repetam quod dedi, quoniam non contrahendi animo dederim, quia causa, propter quam dedi, non est secuta* […]. Per una valorizzazione della volontà da parte di Paolo vd. del resto anche P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 408, 411, che per altro verso provava a ridimensionarne il significato teorico e pratico («è indubbio che con Paolo questo elemento della *volontà*, il quale peraltro non è mai considerato come la base del *contrahere*, comincia ad apparire […] Ma si tratta però di un accenno timido e isolato e forse provocato dalla particolare specie discussa»); («L'idea dommatica è una: quella cioè che il contratto e quindi un'azione da contratto, presuppone una volontà diretta a stringere un'obbligazione») S. RICCOBONO, *Letture londinesi* cit., 83 nt. 102, che pure non manca di esprimere riserve sullo stato del brano, per via della presenza di una doppia motivazione, con le implicazioni che ciò potrebbe comportare sulla genuinità della frase '*quoniam non contrahendi animo dederim*', per la quale non sembra escludersi del tutto l'ipotesi di un'origine glossematica più che compilatoria; per la genuinità vd. A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 242 nt. 4 («Der erste Begründungssatz scheint mir echt paulinisch, eben weil er nicht begründet, sondern feststellt. Der zweite dagegen rührt wahrscheinlich von den Kompilatoren her»); in ciò ripreso, ed è certo significativo, da P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 408, che uncina il tratto '*quia-non est secuta*'; sul brano vd. anche R. KNÜTEL, *Contrarius consensus* cit., §§ 8, 9 I; L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione* cit., 83, 125 ss. e ivi nt. 184, il quale da parte sua propende per la genuinità di entrambe le motivazioni, suggerendo al più di introdurre una congiunzione avversativa prima della frase '*quia causa, propter quam dedi, non est secuta*', qui impiegata, a detta dell'autore, quale sinonimo del «sintagma *res non secuta*»; sempre per la genuinità O. BEHRENDS, *Die condictio causa data non secuta* cit., 37 nt. 52, che non esclude semmai un rabberciamento.

[419] Senza che per questo si debba aderire alla proposta di quanti delimitano la permuta alla sola ipotesi di scambio contestuale: in proposito vd. *supra* nt. 384.

zione sia per l'adempimento,[420] senza che si possano però ignorare le gravi conseguenze che ciò comporterebbe.

Una soluzione di questo genere non rimarrebbe infatti senza riflessi sul piano della genuinità di Paul. 5 *quaest.* Costringerebbe anzi a ipotizzare un significativo intervento manipolativo per il § 1, ove si riconosce l'esistenza di un'*obligatio civilis*, inducendo così a leggere diversamente: *dubium* [*non*] *est nasci civilem obligationem*,[421] salvo azzardare più o meno improbabili ipotesi di evoluzione di pensiero da parte di Paolo in un senso o nell'altro.[422] Non è del resto un

---

[420] In questo senso vd. ad es. P. VOCI, *La dottrina* cit., 262 s.; («sarebbe strano che si ammetta [scil. l'*actio in factum*] per l'evizione e non per ottenere la controprestazione») B. BIONDI, *Contratto* cit., 101, su cui vd. però nt. seg.; G. MELILLO, *Forme* cit., 497; ID., *Il negozio bilaterale*[2] cit., 176.

[421] Al riguardo vd. *supra* nt. 35. Non si avvede delle incongruenze che si verrebbero a porre tra i due brani, cadendo così in evidente contraddizione, B. BIONDI, *Contratto* cit., 94 ss., 101, il quale finisce per attribuire a Paolo la concessione di entrambi i rimedi processuali: l'azione pretoria (anche per l'adempimento) in Paul. 32 <33> *ad ed.*, in linea, a detta dello studioso, con l'indirizzo proculeiano (101: vd. nt. prec); l'azione civile in Paul. 5 *quaest.*, nel solco, questa volta, della (per l'autore diversa) dottrina aristoniana: «Per la dottrina di Aristone non si può parlare di *actio in factum* giacché quel giurista ammetteva un'*obligatio civilis* (94) […] Favorevole è anche Paolo il quale presenta la dottrina come sicura […] *dubium non est nasci civilem obligationem*» (96). Per un'attribuzione dell'azione pretoria (qui concessa da Paolo) già ai giuristi di area proculeiana, vd. anche G. MELILLO, *'Contrahere'*[2] cit., 176, in un contesto in cui non viene preso in esame Paul. 5 *quaest.* § 1 (e più in generale l'intera testimonianza paolina), con una lacuna che impedisce allo studioso di cogliere le incongruenze tra i due brani e soprattutto di giungere a una più puntuale ricostruzione del pensiero complessivo del giurista severiano.

[422] Così parrebbe tra le righe C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 85, in un ordine di idee che, come si è già detto, non appare però di facile interpretazione: in proposito vd. *infra* nel testo e in nt. 427; analogamente, e sempre per inciso, L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 434: «[…] proveniente da un libro delle *quaestiones* – opera che non sappiamo se posteriore o anteriore a quella dell'editto –». Se è davvero inverosimile l'ipotesi di un passaggio da una tutela civile a una tutela meramente pretoria, non si può però neppure credere all'eventualità di un ripensamento in Paul. 5 *quaest.* rispetto ad una iniziale adesione alle più restrittive posizioni giulianee in tema di permuta, per la quale congettura si renderebbe comunque e peraltro necessario un intervento correttivo del testo di Paul. 5 *quaest.* § 1: visto che il giurista severiano non avrebbe certo potuto affermare con tanta facilità '*quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem*', rispetto a una questione invece assai dibattuta e in relazione alla quale lui stesso si sarebbe fatto inizialmente sostenitore della tesi contraria. Considerazione che ovviamente varrebbe anche per l'ipotesi opposta, a nostro modo di vedere già di per sé del tutto impercorribile, di un arretramento su una tutela onoraria: anche in questo caso non si vede su quali basi un giurista che non mostrava di avere esita-

caso se a difendere l'idea di un impiego dell'azione pretoria, non limitato all'evizione, sia stata proprio la critica interpolazionistica, che sperava di ottenere in tal modo una prova inconfutabile dell'origine bizantina dell'intera teoria dei contratti innominati quale ci è pervenuta nella compilazione giustinianea.[423]

Ed in effetti le implicazioni non si fermerebbero al brano di Paolo. Le stesse considerazioni andrebbero inevitabilmente estese alla maggior parte delle testimonianze nelle quali è attestato l'impiego dell'azione contrattuale atipica in senso stretto, al di là cioè di semplici adeguamenti del programma di giudizio edittale, per fatti e vicende non incisive sul *nomen contractus* e dunque sul *nomen actionis*.[424] Si otterrebbe così il risultato di riportare, in un sol colpo, il dibattito in tema di contratti innominati indietro di un secolo, a posizioni (nella sostanza) non molto differenti da quelle assai intransigenti di de Francisci.

In verità l'ipotesi di un impiego all'azione pretoria sia per l'evizione che per l'inadempimento è stata in qualche modo ripresa da Cannata,[425] il quale ha ritenuto di poter arginare gli effetti derivanti dall'incongruenza tra i due brani paolini, ricorrendo all'ipotesi di una derivazione giulianea del blocco discorsivo di Paul. 32 <33> *ad ed.* D. 19.4.1, sia nel § 1 che nel § 4, ove l'azione all'*id quod interest* sarebbe sempre l'*a. in factum* pretoria del giurista adrianeo:[426] come se a parlare, dunque, fosse Giuliano e non Paolo.[427] Si tratta di congettura

---

zioni sulla concessione dell'azione civile per la permuta e che del resto ricorreva all'azione contrattuale anche con riferimento a ipotesi differenti avrebbe dovuto improvvisamente rinnegare sé stesso, aderendo a un indirizzo certamente minoritario e dal quale lui stesso avrebbe preso in un primo momento con nettezza (*dubium non est*) le distanze.

[423] Indicazioni in proposito si trovano *supra* alle ntt. 364-366.

[424] Da questo punto di vista si pensi all'ipotesi dei c.d. *Rücktrittsvorbehalte*, ai quali si è fatto già riferimento (vol. I, cap. II § 4), o ancora, per rimanere al brano di Paolo, all'ipotesi affontata nel § 2 di locazione atipica in relazione al caso di *do ut pingas* con corrispettivo diverso dal denaro che avrebbe potuto essere trattato, in assenza di una effettiva deviazione dal profilo causale tipico, attraverso logiche solutive formalmente o anche solo sostanzialmente assimilative: nel primo caso, attraverso una dilatazione dell'ambito applicativo dell'azione, per mezzo di una semplice estensione interpretativa dei *verba iudicii: locavit, conduxit* (sulla base peraltro di un sottostante allargamento della nozione di *merces*); nel secondo, tramite un adeguamento del programma di giudizio con invarianza però del *nomen contractus*: in proposito vd. vol. I, cap. II § 7.

[425] Così C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 78: «Non mi pare possano sussistere dubbi sul fatto che Paolo intendesse che questa soluzione […] non debba essere intesa come limitata al caso (quello dell'evizione) che impiegava per enunciarlo», 81; ID., *Corso* II.2 cit., 204 ss.

[426] C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 78.

[427] Così a voler seguire il pensiero dell'autore nel suo sviluppo: C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 78 ss.: «Paolo voleva dire che la permuta è tutelata con *actio in factum* […] tutto il ra-

che si fa però fatica a prendere in considerazione, a meno che non si sia disposti a credere (e non si vede come) che Paolo potesse impostare l'intera trattazione in materia di permuta su un punto di vista (quello di Giuliano) rispetto al quale egli si sarebbe dichiarato apertamente contrario, senza peraltro darsi la minima premura di sottoporlo a critica, in modo che potesse emergere il proprio dissenso: a leggere infatti tra le righe del pensiero dell'autore, è solo in Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.1 che Paolo avrebbe preso le distanze dal suo predecessore.[428] Si sa-

gionamento di Paolo risulta seguire quello di Giuliano […] Si affaccia così naturale l'ipotesi che Paolo seguisse, almeno in una certa misura, la posizione di Giuliano […]»; passando all'esame di Paul. 5 *quaest.* (80 ss.): «[…] che Paolo si fosse staccato da quella che io presumo essere stata la rigida avversione di Giuliano contro l'*actio praescriptis verbis* risulta […] provato da un altro punto del fr. 5 […] Paolo al contrario di Giuliano ammetteva – almeno in certi casi – l'impiego dell'azione contrattuale generale […] Dalla lettura che io ho dato di D. 19.4.1 sembrerebbe che là Paolo esprimesse piuttosto il pensiero di Giuliano e che in D. 12(scil. 19).5.5. se ne distaccasse per il fatto di accettare l'impiego dell'azione contrattuale generale per la tutela delle convenzioni atipiche». L'impressione parrebbe trovare d'altra parte conferma in quanto sosterrà in seguito l'autore in C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 207, ove traendo spunto da Paul. 5 *quaest.* si afferma: «il raffronto con altri testi ci induce a ritenere che questo, che Paolo esponeva in D. 19,4,1 (Paul. 33 *ad edictum*) non corrispondesse interamente al suo pensiero», ove i punti di contatto col giurista adrianeo avrebbero riguardato, è bene precisare, il solo profilo costitutivo del rapporto: «Paolo condivideva il fondamento dommatico del pensiero di Giuliano […] che sostanzialmente […] egli esponeva in D. 19,4,1 […] e dunque vedeva in un puro accordo, anche se di scambio, un nudo patto; ne deriva che per lui, come per Giuliano, l'ambito degli accordi di scambio protetti da azione era limitato nel senso che questi accordi potevano produrre obbligazioni solo se una delle prestazioni previste fosse stata eseguita; però egli accettava un particolare della tradizione labeoniano-aristoniana, adottando per la protezione degli accordi cosiffatti (*do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*) l'azione contrattuale generale (*actio praescriptis verbis* o *actio in factum civilis* o *actio civilis incerti*), riconoscendo a tali accordi l'appartenenza al *ius civile*».

[428] Così (già riportato *supra* nt. prec.) C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 81, 85: «sembrerebbe che là Paolo esprimesse piuttosto il pensiero di Giuliano, e che in D. 12(scil. 19).5.5 se ne distaccasse soprattutto per il fatto di accettare l'impiego dell'azione contrattuale generale per la tutela delle convenzioni atipiche», con un punto di vista che, come si vede, si allontana decisamente dalle conclusioni alle quali l'autore era approdato in ID., *Sulla divisio obligationum* cit., 66, ove, diversamente, il nome di Paolo figurava tra i giuristi che avrebbero condiviso «l'opposizione assoluta» di Celso ad Aristone. Viene da credere che gli aspetti problematici qui evidenziati non siano del tutto sfuggiti all'autore, se è vero che egli ha lasciato in qualche modo intravedere la possibilità, come si è già rilevato (*supra* nt. 422), di un mutamento di opinione da parte del giurista severiano, senza che la questione sia stata tuttavia formalmente posta (e men che meno affrontata): 85: «si tratta di impressioni neppure misurabili con considerazioni cronologiche, perché le nostre conoscenze sulla datazione delle opere di Paolo non ci permettono di stabilire quale dei due testi possa essere più antico».

rebbe dovuto perlomeno prendere in considerazione la possibilità di un intervento critico nel testo originario di Paolo (*l.* 32 <33> *ad ed.*), con un'ipotesi che appare anch'essa, però, difficilmente percorribile, visto che occorrerebbe a questo punto spiegare per quale motivo i compilatori avrebbero dovuto eccentricamente mantenere l'opinione di Giuliano, con la quale erano loro stessi in disaccordo, e sopprimere la soluzione paolina che si mostrava invece perfettamente in linea col diritto bizantino.

CAPITOLO V

ULP. 4 *AD ED.* § 2: UNA VICENDA DI CONFINE TRA AFFARE E *DONATIO*. GIULIANO E PAOLO INTERPRETI RIGOROSI DELLA NOZIONE SINALLAGMATICA ARISTONIANA

Sommario: 1. Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 alla luce dell'interpretazione di Paul. 32 *ad ed.* D. 19.4.1.1. Quali margini per la concessione di azione pretoria *in factum* in caso di evizione. – 1.1. Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.3 e la concessione dell'*a. de dolo* per i casi di *facio ut des* (di opere non locative). Riflessi sulla genuinità del § 2: Paolo non concedeva l'azione contrattuale, ma la *condictio* in via di ripetizione. – 2. Verifica dell'ipotesi di una relazione tra la posizione di Giuliano in Ulp. 4 *ad ed.* e il mancato verificarsi dell'effetto traslativo. – 3. Il rifiuto di Giuliano legato all'assenza di un vantaggio economico per il proprietario dello schiavo ceduto in cambio della manomissione. Tra *negotium e donatio*. – 4. Aristone: *negotium mixtum cum donatione* e *obligatio* in Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18 pr.-1. – 4.1. (continua) riflessioni conclusive. Ulp. 71 *ad ed.* § 2: *negotium mixtum cum donatione* e *donatio manumissionis causa*. – 5. Interesse negoziale, *lucrum* ed esercizio dell'azione contrattuale. Ulp. *l. s. reg.* D. 44.7.25.1. – 6. Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15: per una verifica dell'ipotesi di una carenza di interesse negoziale. Struttura e tutela della vicenda obbligatoria: applicazione della *condictio praescriptis verbis*? – 7. Aristone e il caso della semina di Pomp. 22 *ad Sab.* D. 19.5.16.1. – 8. Il *negotium* come schema concettuale tra ripetizione e adempimento. – 9. Paul. 29 *ad ed*. D. 13.6.17.3: Paolo e il *gerere negotium invicem*. – 10. Indizi di una possibile persistenza dell'indirizzo giulianeo-paolino ancora in epoca dioclezianea.

1. Paul. 5 *quaest*. D. 19.5.5.2 alla luce dell'interpretazione di Paul. 32 *ad ed.* D. 19.4.1.1. Quali margini per la concessione di azione pretoria *in factum* in caso di evizione.

Viene meno, dunque, un altro importante tassello della visione ricostruttiva proposta da Giffard. Si tratta di una circostanza non trascurabile che contribuisce a indebolire ulteriormente la tenuta complessiva della tesi dello studioso

francese, ma che di per sé non pregiudica del tutto l'ipotesi di una diversificazione degli strumenti processuali da adottare secondo forme e modi che abbiamo visto indicati in Paul. 5 *quaest*: l'azione pretoria (in concorso con l'*actio de dolo*) per l'evizione, in presenza di rapporto non regolarmente costituitosi, l'azione civile per l'adempimento dell'obbligazione principale (*servum manumittere*), in presenza di rapporto privo di vizi sul piano della formazione.

Non si può infatti ignorare che in Paul. 5 *quaest*. § 2 ci troviamo di fronte a una vicenda che, sul piano delle modalità attuative, presenta evidenti e assai significative divergenze rispetto alla permuta.

Nell'ipotesi infatti di *do ut manumittas*, la mamonissione del servo costituiva un evento, per definizione, successivo al compimento della *datio*. Nella normalità dei casi veniva anzi rinviato nel tempo, essendo assolutamente usuale la previsione di un termine da accordare al proprietario entro il quale provvedere alla promessa affrancazione, con un'ipotesi che peraltro troviamo presa in considerazione proprio in Paul. 5 *quaest.* («*sive certum tempum adiectum est, intra quod manumittatur*»), oltre che nel notissimo Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.3.4, di cui abbiamo avuto occasione di occuparci alcuni anni addietro.[1] In sostanza ci troviamo in presenza di fattispecie in cui non è tecnicamente prospettabile un'attuazione contestuale della vicenda negoziale: anche là dove non sia stato concordato alcun termine per l'attuazione dell'impegno manomissorio.

Non era così, lo abbiamo appena visto, per la permuta. Non solo non vi erano ragioni perché lo scambio non potesse avvenire contestualmente, ma si può anzi ragionevolmente ritenere che questa costituisse l'ipotesi nettamente prevalente: per lo meno nell'ambito delle relazioni commerciali.

Nel caso di Paul. 5 *quaest.* § 2 non vi erano dunque le condizioni perché Paolo potesse adottare quell'atteggiamento meno rigoroso sul piano della verifica dei presupposti per la configurazione del rapporto contrattuale, che, secondo quando si è appena ipotizzato, avrebbe invece tenuto in materia di permuta. Ciò significa che di fronte alla nullità della *datio* iniziale risultante dall'evizione e nell'impossibilità di recuperare il *factum manumissionis* come principio di esecuzione di una fattispecie invertita (*manumitto ut des*), a Paolo non sarebbe rimasto che certificare la nullità del rapporto, precludendo così al contraente evitto la possibilità di ricorrere all'azione contrattuale.

Ciò ammesso, l'ipotesi di una differenziazione dei rimedi processuali da parte di Paolo (azione civile per l'adempimento, azione *in factum* o *actio de dolo* in

[1] G. ROMANO, *Note a margine* cit., 177 ss.

caso di evizione) continua ad apparire però poco probabile: anche solo per l'iniquità che una tale soluzione avrebbe rischiato di comportare.

Occorre infatti considerare che l'invalidità della *datio*, e di riflesso dell'intero contratto, avrebbe potuto essere accertato solo a partire dal momento in cui l'*accipiens* avesse subito evizione da parte del legittimo proprietario. Sino ad allora non è detto che vi fossero elementi per dubitare dell'effettivo trasferimento della proprietà. Non vi sarebbe stato pertanto motivo per non accordare al *dans* l'azione contrattuale nel caso in cui l'*accipiens* non avesse dato corso all'esecuzione della propria prestazione,[2] con l'inevitabile conseguenza che, se l'altruità della cosa fosse emersa solo in un secondo momento, si sarebbe dovuto ricorrere a un'*actio in factum* (o *de dolo*), per lo stesso rapporto per il quale fino a poco prima si era riconosciuta invece spettante un'*actio civilis*, e dunque implicitamente un'*obligatio civilis*, con una conseguenza ancor più deplorevole se si pensa al fatto che le due azioni si sarebbero distinte, secondo quanto almeno si è qui sostenuto, per ciò che riguarda i criteri di determinazione dell'importo della condanna.[3]

Al contraente evitto sarebbe infatti spettato il risarcimento del solo interesse negativo, mentre al contraente che avesse agito prima del verificarsi dell'evizione sarebbe stato riconosciuto il diritto a essere risarcito nella misura dell'interesse positivo, con evidenti (o comunque possibili) effetti distorsivi sul piano delle ragioni economiche delle parti contraenti, ma anche, come si è detto, dell'equità sostanziale del rapporto. Rischi e inconvenienti che, in caso di permuta, sarebbero stati invece scongiurati proprio grazie al ricorso, in entrambi i casi, ai medesimi strumenti processuali.

1.1. Paul. 5 *quaest*. D. 19.5.5.3 e la concessione dell'*a. de dolo* per i casi di *facio ut des* (di opere non locative). Riflessi sulla genuinità del § 2: Paolo non concedeva l'azione contrattuale, ma la *condictio* in via di ripetizione.

C'è di più: perché a una più ponderata riflessione sull'intelaiatura discorsiva di Paul. 5 *quaest.*, prende piuttosto consistenza il sospetto che dietro l'adesione alla soluzione giulianea in tema di evizione si nascondesse una più profonda

[2] Una notazione in tal senso può già rinvenirsi in A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. Titulus V. L. 5 § 2*) 653.

[3] Sulla questione vd. vol. I, cap. I. §§ 1, 1.2.

condivisione del punto di vista del giurista adrianeo sulla natura dell'operazione negoziale, e che dunque anche Paolo, a dispetto di quanto gli attribuisca oggi il brano, si facesse suggeritore di una tutela non contrattuale anche in assenza di vizi sul piano della costituzione del rapporto di scambio. Più di una ragione porta ad attribuire al giurista severiano la predisposizione di rimedi meramente pretori o comunque non attuativi dello scambio, come la *condictio*.

A indirizzare più concretamente verso l'ipotesi di un ventaglio di tutele non contrattuali è soprattutto una più attenta e coordinata lettura dei §§ 2 e 3, sui quali è il caso di tornare a riflettere, partendo dal § 3:

Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.3: *Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.*

Si è già avuto modo di evidenziare come, sulla mancata concessione dell'azione contrattuale nel caso di *facio ut des* (§ 3, per l'appunto), si sia da tempo affaticata la dottrina, la quale ha sollevato più di un rilievo sulla decisione del giurista severiano di ammettere la sola *a. de dolo*. Ad essere stato preso di mira è stato innanzi tutto il diniego dell'azione contrattuale tipica per i casi di *facio ut des* aventi ad oggetto opere locative. Ci è chiesti perché un *do ut pingas* avrebbe dovuto essere una locazione e non esserlo invece un *pingo ut des*. Di questo ci siamo già occupati, e abbiamo visto come per Paolo un'inversione dell'ordine attuativo del rapporto non dovesse avere incidenza sulla sua qualificazione giuridica.[4]

Seppur in misura leggermente ridotta, gli studiosi si sono egualmente interrogati sulla decisione di negare l'azione contrattuale anche per le ipotesi di *facio ut des* con opere non locative, quando per le stesse tipologie di rapporti il giurista avrebbe invece ammesso l'azione contrattuale atipica, in caso di attuazione a parti invertite (*do ut facias*, anziché *facio ut des*):[5]

[4] Al riguardo vd. quanto si è osservato *supra* cap. IV § 2.1.

[5] D. GERSTMAN SILESIUS, *Disputatio juridica* cit., *Positio XXXI.*: «Quaestio sane intricata est & subdifficilis»; G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus liber singularis. Caput IX*, in *Opera* cit., 506: «Nodus in his verbis est difficilis»; U. HUBER, *Eunomia romana* cit., (*Ad librum XIX pandectarum. Paulus Lib. V Quaest. §. 4*), 719 («crucem omnibus figit Interpretibus»); C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 193 («l'hypothèse *facio ut des* n'est autre que l'hypothèse *do ut facias* renversée. Comment nier le contrat dans l'une, quand l'a reconnu dans l'autre?»); più di recente ritiene ingiustificato il diverso trattamento rispetto all'ipotesi di *do ut facias*, anche per le opere non locative, J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* cit., 225 s.; perplessità al riguardo si colgono da ultimo in L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 432, il quale

Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2: *Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas* […] *condici ei potest vel praescriptis verbis agi*

In proposito sono state prospettate varie spiegazioni, talvolta assai discutibili, se non peggio arbitrarie.[6] C'è chi ha fatto appello al profilo dell'intenzionalità dell'*accipiens*, quasi che questi, anziché dar vita a un rapporto contrattuale, intendesse piuttosto ingannare l'altra parte.[7] Non si è però considerato che la soluzione indicata da Paolo, a differenza del caso esaminato nel precedente § 2, prescinde dalla individuazione di uno specifico comportamento doloso *in contrahendo* (dolo negoziale),[8] trattandosi piuttosto di un'applicazione della c.d. *actio doli generalis*, in cui il comportamento riprovevole sarebbe piuttosto consistito nel rifiutarsi (immotivatamente) di adempiere la prestazione promessa nonostante l''adempimento' della controparte (*facere*).

Altri, ancora, hanno diversamente invitato a intendere l'espressione '*nulla erit civilis actio*' nel senso di escludere l'impiego della sola *condictio*,[9] e non

esprime in particolare dubbi sul fatto che la soluzione possa essere dipesa da un'eventuale scarsa diffusione di tali vicende negoziali nella prassi commerciale («non basta […] a spiegare l'enigma»).

[6] Per un'interessante panoramica sulle diverse posizioni affiorate nel corso del tempo tra gli autori di diritto comune, a partire da Accursio, vd. J.J. WISSENBACH, *Exercitationum* cit., (*Disputatio XXXVIII. 18-19*) 452 s., le cui parole danno una misura precisa di quanto fosse considerata intricata e irrisolvibile la questione: «Quid igitur? A desperatis abstindenda medicina […] Deus scit, inquit Cynus, quot in hoc articulo sint ignorantes».

[7] Così («Die Absicht des *tu* war, den *ego* zu betrügen und nicht mit ihm einen Vertrag zu schließen») J. KRANJC, *Die actio* cit., 439 nt. 15.

[8] Al riguardo, e per un'irrilevanza comunque del raggiro ai fini della formazione del contratto nell'ipotesi di cui al § 2 di Paul. 5 *quaest.*, vd. *supra* cap. IV § 3.1.

[9] F. CURTIUS JUNIOR, *Commentaria in primam & secundam partem Digesti veteris*, Lugduni 1552, (*In L. naturalis De praescriptis verbis. § Quod si faciam*) 216: «non intelligo […] quod hic non detur actio praescriptis verbis ad interesse: quia istum esset contra omnem rationem […] ego non possum per condi. ob causam revocare meum implementum. Et ideo loco condictionis ob causam datur mihi actio de dolo ad consequendum quantum intersit mea me non fecisse»; H. DONELLUS, *Commentarium ad Titulum Digestorum, de Praescriptis verbis et in factum actionibus. Cap. XX*, in *Opera* X cit., 1263 ss.: «Nam de eo, quod factum est revocando, ei qui fecit, fatemur nullam esse actionem civilem; et verum est, ut si de eo agi potest, consequens sit, unam superesse eo nomine actionem de dolo […] vero Paulum ita interpretari non dubito: quasi diceret nullam esse in hac specie certam actionem talem, qualem supra dixit, idest, nullam condictionem, ex quo bene infert de dolo dari debere»; adesivamente N.H. GUNDLING, *Ausführlicher* 3 cit., (*Libri XIX. Tit. V. De Praescriptis verbis & in factum Actionibus. § 1*) 1252 («ich glaube […] daß erst allegirter Lex, nur von dem Falle, rede, wenn Einer sein Factum wieder zurückfordern wolle»); per un riferimento alla *condictio*, ma in una prospettiva interpolazionistica che negava

l'azionabilità del contratto innominato mediante *a.p.v.* ai fini dell'adempimento.[10] Si spiegherebbe così il ricorso alla sussidiaria *a. de dolo*, in assenza di azione civile (*nulla erit civilis actio*) da potersi impiegare ai fini della revoca della prestazione. Per quanto ingegnosa, si tratta pur sempre di congettura che non può ritenersi seriamente praticabile[11] e che, al di là di ogni possibile ulteriore considerazione di ordine lessicale,[12] si scontra comunque col fatto che l'espressione *civilis actio* era stata precedentemente adoperata sempre e soltanto con riferimento all'azione civile di adempimento.[13] La stessa ipotesi non tiene conto,

---

comunque il ricorso all'azione contrattuale, G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 162; tra gli autori recenti J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* cit., 226 («Die Entscheidung *nulla erit civilis actio* paßt nicht auf die Frage der Durchsetzbarkeit der Gegenleistung; sie paßt jedoch auf die Rückforderung mit der *condictio*»); R. FERCIA, *Il fieri* cit., 44 («questo terzo *articulus* del *totius ob rem dati tractatus* – quasi certamente oggetto di una notevole compressione in sede compilatoria – parrebbe da limitarsi, in quel che ci è pervenuto, all'individuazione di una tutela residuale rispetto alla sola *condictio ob rem dati re non secuta*»).

[10] Così H. DONELLUS, *Commentarium ad Titulum Digestorum, de Praescriptis verbis et in factum actionibus. Capp. X, XIV-XX*, in *Opera* X cit., 1235 («esse mihi adversus te eo nomine praescriptis verbis actionem: idque non tantum, si dolus tuus nullus arguatur, sed etiam si arguatur. Addo sic esse in ea causa actionem praescriptis verbis, ut non sit de dolo»), 1243 ss., 1247 («et in eo negotio, cum facio, ut des: ei, qui fecit, eandem actionem dari deberi»), 1263 ss. A questo proposito l'autore richiamava, tra l'altro, il prima esaminato Iul. 14 *dig.* D. 19.5.3 («Dixit Iulianus, *quoties contractus existunt* ergo et tunc, cum *facio, ut des*, nam et hic existit contractus»), con un'interpretazione che finiva chiaramente per esasperare il significato dell'avverbio *quoties*; sempre per la concessione dell'azione contrattuale, sulla scia di Donello («haec difficultate cum *Hugone Donello* defendere conabimur»), vd. D. GERSTMAN SILESIUS, *Disputatio juridica* cit., *Positiones XXXI-XXXII*, ove si invoca in proposito la concessione dell'*a.p.v.* in Ulp. 4 *ad ed.* rispetto a una vicenda da ritenersi, in assenza di effettiva *datio*, di *facio ut des*; tra gli studiosi, moderni la tesi di Donello ha fatto presa su J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* cit., 225 ss., il quale da altro punto di vista propone di attribuire l'intero paragrafo in questione al rielaboratore postclassico autore della quadripartizione contenuta nel pr., con una congettura assai azzardata e a sostegno della quale non è davvero sufficiente addurre il certo assai stringato sviluppo del § da mettere a raffronto con la più estesa trattazione dei §§ 1, 2 e 4; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 44.

[11] Critiche già in C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 194 s.

[12] È appena il caso di osservare che, a voler escludere eventuali interventi manipolativi, occorrerebbe quantomeno intendere la frase '*nulla erit* civilis actio' nel senso di '*non erit* civilis actio', secondo un impiego dell'aggettivo *nullus*, che, seppur non usuale, sembra in effetti attestato in qualche occasione nelle fonti: in proposito vd. *infra* nt. 365.

[13] Una notazione in tal senso può già trovarsi in I. CORASIUS, *Miscellaneorum Iuris Civilis Libri Septem*, Coloniae Agrippinae 1590, 127 («haec opinio tametsi docta sit, & arguta, vera non est: nam in tractatu praescript. verborum, cum civilis actionis sit mentio, non aliam intellegimus, quam praescriptis verbis»); così anche («semper in *h. t. d. praescr. verb.* per actionem civi-

peraltro, del carattere sussidiario dell'*a. de dolo*, che si è provato ad aggirare ricorrendo, non senza mestiere, alla più ristretta prospettiva di una sussidiarietà funzionale, come a dire: in assenza di altra azione (ai fini della ripetizione) si concede (allo stesso fine) l'*a. de dolo*.

In un'ottica non poi così dissimile, altri hanno lasciato intendere che l'intento di Paolo sarebbe stato quello di sottolineare l'assenza di azione civile diretta (e dunque edittale), facendo così salva l'applicazione dell'*a.p.v.*, essendo questa (al contrario) un'azione utile ed extraedittale.[14] Al pari dell'ipotesi precedente, anche in questo caso non si spiegherebbe comunque il ricorso all'*a. de dolo*. Da questo punto di vista non si può certo credere a un concorso elettivo tra le due azioni (*a. de dolo-a.p.v.*),[15] raccogliendo in qualche modo l'interpretazione bizantina di Taleleo conservata nello sch. Εἰ γὰρ a Bas. 11.1.89,[16] che pure aveva fatto presa su qualche isolato autore.[17]

Altri, in termini ancora differenti, hanno piuttosto ritenuto che la concessione dell'*actio de dolo* avrebbe riguardato la sola ipotesi di mora, prevista nel

---

lem intelligatur praescriptis verbis actio») in G.A. STRUVIUS, *Syntagma* cit., (*Exercitatio XXV, § XXXI*) 1743 nt. δ); così anche C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 192. Ed è forse questa la ragione che ha indotto J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* cit., 226 s., a percorrere l'ipotesi di un'origine glossematica dell'intero § 3, con una proposta che comunque non è risolutiva dei rilievi qui sollevati, visto che neppure all'ipotetico annotatore sarebbe potuto sfuggire il significato con cui l'espressione *actio civilis* era stata, sino ad allora, sistematicamente impiegata da Paolo.

[14] In questo senso ad es. Fulgosio, su cui vd. *infra* nt. 17.

[15] Come si è già accennato (*supra* cap. IV § 3), in presenza di contratto non vi è spazio per l'*a. de dolo*: in proposito vd. anche *infra* nel testo di questo §.

[16] Sch. Εἰ γὰρ a Bas. 11.1.89 (Hb. I 663 = Schelt. B I 336): ἀπὸ τοῦ φέκι οὐτ δὲς ἢ τὴν πραεσκρίπτις βέρβις ἢ τὴν δὲ δόλῳ, ὡς ἔχομεν κάτω μαθεῖν ἐν τῷ κβ΄. τιτ. τούτου τοῦ βιβ. τοῦ κωδ. ὅς ἐστι δὲ δόλο μὰλο, ἐν τῇ ε΄. τοῦ τιτ. διατάξει, con richiamo, come si vede, a C. 3.22.5. Si legge 'ἀπὸ τοῦ φίκεοὺτ δὲς' nell'edizione di Scheltema, con una lezione alla quale si deve certo preferire quella di Heimbach qui riportata ('ἀπὸ τοῦ φέκι οὐτ δὲς'). Lo scolio di Taleleo si rivela da altro punto di vista estremamente interessante, in quanto vi emerge chiaramente, come si è già accennato (vol. I, cap. II § 1, nt. 15), la prospettiva della *causa* come funzione negoziale, rispetto a fattispecie richiedente però ai fini della sua azionabilità, (anche) un principio di esecuzione (εκεῖνος πληρῶν τὴν αἰτίαν).

[17] R. FULGOSIUS, *In primam Pandectarum partem Commentaria. Tomus secundus*, Lugduni 1554, (*Ad l. 5 § 3*, n. 12) 157: «sed respondeo, nulla erat civilis, scilicet propria et nominata […] concluditur ipsam actionem de dolo et praescriptis verbis posse concurrere ad id quod convenit», con una posizione che sembrerebbe risalire (così I. CORASIUS, *Miscellaneorum* cit., 126) a Cristoforo Castiglioni (o da Castiglione), di cui Fulgosio era stato (assieme a Raffaello da Como) uditore. Sulla natura utile o *ad exemplum* dell'*a.p.v.* nella dottrina più antica, già si è detto (vol. I, cap. I § 1).

brano, per la quale sarebbe stato appunto ravvisabile un comportamento doloso da parte dell'*accipiens*, come dovrebbe ricavarsi dall'impiego del verbo *cessare* (*cessas dare*), allusivo a una condotta imputabile alla volontà della parte inadempiente. Nessun ostacolo invece all'esercizio dell'azione contrattuale in assenza di dolo. L'ipotesi, avanzata da Coccejus,[18] è estremamente arguta e per certi versi coglie anche nel segno, in quanto pare indubitale che la soluzione indicata da Paolo non si prestava a trovare quell'impiego di carattere generale che il brano sembrerebbe volerle attribuire.[19] È evidente, infatti, che non ogni mancata attuazione del programma obbligatorio sarebbe stata in grado di legittimare l'esercizio dell'*actio de dolo*. Trattandosi di rimedio concesso sul presupposto di un comportamento riprovevole da parte del convenuto, non si sarebbe certo potuto farvi ricorso nel caso di inadempimento colposo (o di *periculum*, qualora questo fosse stato posto a carico dell'*accipiens*). Ciò è d'altra parte dimostrato proprio dalla soluzione di Giuliano, riferitaci da Paolo nella parte conclusiva del precedente § 2, relativamente al caso di evizione, ove in assenza di dolo occorreva necessariamente ripiegare su un'*a. in factum* pretoria.

Se è dunque vero che l'*actio de dolo* si rivela per definizione inidonea a costituire un rimedio di carattere generale per le ipotesi in questione,[20] non è però

---

[18] S. DE COCCEJUS, *Jus civile controversum* cit., 968: «at si non sit in mora, indeque dolus non arguatur […] tunc datur actio praescriptis verbis […] Paulum de casu ubi dolus arguitur; Idque patet ex voce *cesses*, adeoque ubi per eum stat»; sospetti sull'impiego del verbo si trovano in O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 133: «Ausserdem würde *cessas dare* bedeuten: „Wenn du aufhörst zu geben" nicht, „wenn du säumst zu geben"; in der Bedeutung säumen regiert *cessare* nicht der Infinitiv, sondern wird mit Präpositionen gebraucht».

[19] Così invece D. A. ALCIATUS, *Paradoxorum Iuris Civilis Libri sex*, in *Opera. Tomus quartus*, Francofurti 1617, (*Liber quartus. Caput VII*) 105.

[20] Una lucida riflessione in questo senso («quomodo esset de dolo adversus eum, qui dolum non adhibuisset») può già trovarsi in H. DONELLUS, *Commentarium ad Titulum Digestorum, de Praescriptis verbis et in factum actionibus. Cap. XV*, in *Opera* X cit., 1249, in termini che inducevano l'autore ad attribuire a Paolo la concessione dell'*a.p.v.* in caso di inadempimento non doloso («Ita adversus eum, qui dolo nihil fecit: relinquitur praescriptis verbis actio»); sempre per un ridimensionamento dell'ambito applicativo della soluzione paolina, ma in una prospettiva ben differente sul piano delle conclusioni, a seguire la quale l'alternativa all'*a. de dolo* andava piuttosto ricercata nell'*a. in factum* pretoria (vd. *infra* nt. 46), vd. A. GOVEANUS, *Variarum Lectionum Iuris Libri duo*. *Liber secundus. Caput 28*, in *Novarum declarationum* cit., 284; così anche A. VINNIUS, *De pactis* cit., 99; J.C. SCHAMBOGEN, *Praelectiones publicae in D. Justiniani Institutionum Juris quatuor libros compositae. Editio novissima*, Lovanii 1705, (*In Institutionum librum III. Tit. XXV*) 664; per la dottrina contemporanea G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 163; più recentemente, riserve sull'impiego in via generale dell'*actio de dolo* sono espresse anche in M. TALAMANCA,

vero, secondo quanto invece sostenuto da Coccejus, che il prospettarsi di un comportamento (potenzialmente) doloso in capo all'*obligatus* per di più successivo alle fasi costitutive del rapporto contrattuale (come appunto, l'inadempimento volontario, la mora) avrebbe di per sé rappresentato un impedimento all'esercizio dell'azione contrattuale. Stupisce anzi, da questo punto di vista, che lo studioso non abbia adeguatamente considerato che proprio l'utilizzo del verbo *cessare*, da lui invocato (certamente attestativo di un comportamento volontario della parte inadempiente), riccorre in relazione a vicende per le quali è diversamente presa in considerazione la concessione dell'azione contrattuale. Alla medesima forma verbale fa peraltro ricorso proprio Paolo nel § immediatamente successivo (§ 4), in cui, in un contesto come si è visto non esente da mende,[21] viene prospettato l'impiego dell'*a.p.v.*, in alternativa all'azione contrattuale tipica (*a. mandati*).

È il caso di tornare a leggere il passaggio in questione evidenziando in corsivo le parti interessate

---

Contratto e patto cit., 71 nt. 89 («Sulla portata generale della concessione dell'azione […] si potrebbero avere fondati dubbi»); i profili problematici legati a una generalizzazione della soluzione paolina non sono sfuggiti neanche a M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo* cit., 89 ss., la quale spiega la decisione di Paolo col fatto che il giurista avrebbe qui dato per presupposta la «condotta maliziosa» della parte inadempiente; rigetta un'interpretazione generalizzante R. FERCIA, *Il fieri* cit., 44. Diversamente, ma con delle argomentazioni di carattere chiaramente postulatorio, G. MACCORMACK, *Contractual Theory* cit., 147: «It does not seem that Paul would even have allowed a praetorian *actio in factum* in this case, presumably because in the circumstances *non dare* necessarily constituted *dolus*». Più recentemente mostra di credere a un'applicazione generale addirittura «automatica» dell'*a. de dolo* anche C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 214 («Paolo nega qualunque tutela civilistica al rapporto, limitandosi a prevedere l'impiego dell'*actio de dolo*, il quale risulta pressoché automatico per un rapporto sfornito di qualunque altra tutela: da ciò si desume che Paolo non considerava neppure la possibilità di un'azione *in factum* pretoria»), con una soluzione che lascia disorientati, se solo si considera che poco prima (203) era stato lo stesso autore ad evidenziare come in Paul. 5 *quaest.* § 2 il ricorso di Giuliano all'*a. in factum* da parte del contraente evitto nei confronti del *dans* ignaro dell'altruità dello schiavo dovesse spiegarsi con l'impossibilità di ricorrere all'*a. de dolo*, in mancanza di un contegno doloso da parte del 'contraente' primo esecutore: «Nell'altra ipotesi (cioè se *Ego* non si fosse comportato con dolo, perché ignorava l'altruità di Stico) Giuliano preferiva proporre un'azione *in factum* […] semplicemente perché in tal caso l'azione di dolo non sarebbe stata esperibile mancando il dolo del convenuto». Non si vede davvero su quali basi le stesse considerazioni non dovrebbero valere per le ipotesi di *facio ut des* prese in esame nel successivo § 3, tanto più che, sempre a detta di Cannata (214), Paolo avrebbe aderito proprio al punto di vista di Giuliano («Certo sembra che qui egli seguisse integralmente la posizione di Giuliano»).

[21] In attesa di più specifico approfondimento, vd. quanto si è osservato *supra* cap. IV § 2.1.

Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.3-4 : Quod si faciam ut des et posteaquam feci, *cessas* dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur. 4 Sed si facio ut facias […] ego aedificavi et *tu cessas*, in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse potest […] sed tutius erit et in insulis fabricandis […] praescriptis verbis dari actione

Allo stesso verbo si affida Papiniano nell'ambito di una vicenda per molti versi simile a quella affrontata in Ulp. 4 *ad ed.* e Paul. 5 *quaest.*, se non per il fatto che l'azione (*a.p.v.*) è qui concessa al primo esecutore per far valere l'inadempimento del contraente che, venendo meno all'impegno assunto, non aveva provveduto a manomettere il servo, pur avendo egli ricevuto il corrispettivo pattuito (nel caso in questione, *certa pecunia*). Ci riferiamo ovviamente al ben noto[22] e prima richiamato

[22] Interpolato secondo P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 194, ove vengono peraltro raccolte le perplessità sollevate da Beseler (G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 163) sull'impiego dell'avverbio '*confestim*' («non ha alcun senso»); negli stessi termini V. DEVILLA, *Actio incerti* cit., 47, il quale d'altra parte evidenzia il frequente ricorso all'avverbio nel lessico papinianeo, con una considerazione che induce l'autore ad ipotizzare (anche alla luce di Pap. 2 *quaest.* D. 41.1.115) che il brano riguardasse in origine un caso di *stipulatio sub condicione*; P. VOCI, *La dottrina* cit., 272 s.; sospetti sul brano si trovano in F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio* cit., 257; per una diagnosi interpolazionistica che colpisce le parole *praescriptis verbis* vd. più recentemente M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2001) cit., 281 s. Per la genuinità sostanziale della soluzione vd. E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 328 e ivi nt. 37, il quale semmai ritiene probabile che nel testo originario si dicesse piuttosto '*agam* [*praescriptis verbis*] <*civiliter*>'; pensa all'impiego di *civilis actio* preceduta da «*praescriptio* da anteporsi alla formula dell'azione per indicare le circostanze determinanti l'interesse patrimoniale dell'attore all'esecuzione della manomissione», piuttosto che alla concessione dell'*a.p.v.* labeoniana, A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 48, con una soluzione che sembrerebbe diretta a superare i rilievi circa la sussistenza di un interesse patrimoniale del creditore alla manomissione del servo sollevati da F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio* cit., 257, e fatti propri dallo stesso autore in A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 147 e ivi nt. 46, ove si erano appunto avanzati sospetti sulla concessione dell'*a.p.v.*; per la genuinità del brano vd. M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 213 s., al quale si rinvia per un condivisibile ridimensionamento delle critiche mosse all'impiego qui di '*confestim*' non raramente usato, come si è detto, da Papiniano; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 29 ss.; in favore della genuinità dell'avverbio, pur in una prospettiva di tipo interpolazionistico che tendeva ad attribuire ai compilatori la qui documentata opzione tra azione di ripetizione e azione contrattuale, già PH. MEYLAN, *Origine et nature* cit., 83 s.; seguito da P. COLLINET, *Le fr. 5, Dig. 19.5* cit., 77 s., per il quale l'incongruenza dell'impiego dipenderebbe proprio dall'intervento manipolativo e di sintesi cui sarebbe andato incontro il brano. Papiniano si sarebbe riferito all'ipotesi in cui non fosse stato previsto un termine entro il quale procedere alla manomissione o questo fosse comunque scaduto, potendosi appunto in quel caso agire senza indugio: «je pourrais agir (en *condictio*) *confestim*, „tout de suite"».

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'

La lettura dei brani, soprattutto del secondo, considerati i sospetti di manipolazione che (come si è accennato) gravano sul primo, conferma quanto si è detto. Più precisamente dimostra che l'esercizio dell'azione contrattuale non poteva ritenersi precluso di fronte a una mancata attuazione del rapporto da imputarsi a un deliberato comportamento della parte a ciò tenuta. È vero che ciò avrebbe reso teoricamente praticabile l'impiego dell'*a. de dolo*, ma solo per quanti non fossero comunque disposti ad ammettere l'esercizio dell'azione contrattuale: anche in assenza di dolo. È bene ribadire, ancora una volta, che la concessione dell'*actio de dolo* non poteva che passare dalla preventiva esclusione, in concreto, dell'azione contrattuale. *Actio de dolo* e azione contrattuale (ancorché atipica) si pongono tra loro in termini di oggettiva incompatibilità.[23] In presenza di contratto non c'è spazio per l'*actio de dolo*. Non può dirsi invece il contrario. Non è vero, cioè, che in presenza di dolo, sia negoziale che presente (come in questo caso), non vi fosse spazio per l'azione contrattuale. Sicuramente priva di fondamento è (lo si è visto) l'idea di una residualità assoluta dell'*a.p.v.* rispetto ai rimedi edittali, secondo quanto è stato talvolta sostenuto.[24]

Fatta eccezione per queste spiegazioni, in dottrina, già a partire dagli autori di diritto comune,[25] si è principalmente fatto appello all'assenza di affinità ri-

[23] In questo senso già E. BARON, *Institutionum seu elementorum Iustiniani sacratissimi principis libri IIII*, Lutetiae 1562, 311 («Excludit autem actio Praescriptis verbis De dolo actionem»); seguito da H. DONELLUS, *Commentarium ad Titulum Digestorum, de Praescriptis verbis et in factum actionibus. Cap. XIV*, in *Opera* X cit., 1253 («bene annotatum est a Barone […] ubi praescriptis verbis est actio, ibi de dolo cessare»); così anche C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 56: «l'action *praescriptis verbis* rendait l'action *de dolo* impossible, l'action *in factum* inutile»; seppure in una prospettiva interpolazionistica, P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 214. Ulteriori indicazioni *supra* cap. IV, ntt. 121, 123.

[24] Così Huber, Glück: in proposito vd. *supra* cap. IV § 3.

[25] In questo senso vd. ad es. A. GOVEANUS, *Variarum Lectionum Iuris Libri duo. Liber secundus. Caput 28*, in *Novarum declarationum* cit., 284 («Contractus autem facio ut des, nulla similitudine nominatos contractus contingit»); 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. L. 5. § Quod si faciam ut des*) 456: «hoc negotium autem, facio ut des, nullam habet similitudinem cum negotiis civilibus, cum negotiis quae nomen lege proditum habent: ideoque ex eo non datur actio praescriptis verbis»; ID., *Recitationes solemnes in Librum V quaestionum Pauli* cit., in *Opera* V cit., 1625 («Ex *facio ut des* non datur, quia nullum est civile negotium,

spetto a fattispecie edittali.[26] Si tratta di una proposta certamente ragionevole e indubbiamente coerente con la prospettiva di tipo analogista che governa saldamente il ragionamento paolino, soprattutto nel § 4. E del resto è proprio su tale prospettiva che già tra i primi interpreti si era andata radicando, come si è accennato,[27] l'idea di una tutela contrattuale circoscritta ai soli negozi (atipici) affini a fattispecie contrattuali sinallagmatiche previste a livello edittale.[28]

---

quod habeat suum nomen, cui hoc assimilari possit»); J.C. SCHAMBOGEN, *Praelectiones* cit., *In Institutionum librum III. Tit. XXV*, 663 («quod reliqui sint similes alicui negotio civili, id est, contractui nominato […] *facio* autem, *ut des*, nulli»).

[26] J.J. ENSCHEDÉ, *Dissertatio* cit., 42; K.A.D. UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung* 1 cit., (§ 21 III) 46: «kann Paulus keinen Anknüpfungspunkt finden, um eine civilis actio zu rechtfertigen»; F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 584 nt. *ee* («er in dem Fall eines „facio ut des" eine bestimmte Uebereinstimmung mit einem benannten Contract, die er zur Anwendbarkeit einer praescript. verb. actio für nothwendig gehalten zu haben scheint, nicht vorfand»); F.L. KELLER, *Grundriss* cit., 119; CH. APPLETON, *Résumé* 2 cit., 92.

[27] Vol. I, cap. I § 1.

[28] In questo senso J. CUJACIUS, *In librum II codicis Recitationes solemnes. Ad titulum III de pactis. Ad L. X*, in *Opera* IX cit., 103; H. VULTEJUS, *Iurisprudentiae romanae* cit., (*Liber II. De condictione ex contractu innominato. Cap. XII*) 506; R. BACOVIUS, *Tractatus de actionibus* cit., *Disputatio VI. De actionibus bonae fidei et stricti iuris. Thesis VIII*, 10 («omnes species contractuum innominatorum sunt affines contractibus nominatis»); tra i molti vd. («Aus diesem Fragment des Paulus ergiebt sich […] daß die actio praescriptis verbis nicht aus allen unbenannten Contracten gegeben werden, sondern aus solchen, welche mit benannten Contracten eine Aehnlichkeit haben») C. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 89, 101; E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 189 ss.: «[…] an die Natur des συνάλλαγμα, d. h. an das einem bonae fidei negotium hänliche zweiseitige Geschäft die Bedingung der actio praescriptis verbis […] geknüpft […] Nicht also in der Thatsache des Gebens liegt das Bedingende, das negotium des pacti, sondern in der bedungenen zweiseitigen Handlung, in dem συνάλλαγμα, welches nun Aehnlichkeit mit einem bonae fidei negotium bewirkt und zufolge dieser Aehnlichkeit eine actio praescriptis verbis hervorbringt»); M. PÖHLS, *Versuch* cit., 15 ss.: «Das erste Erforderniß ist […] daß der unbenannte Vertrag irgend einem genannten Contracte nachgebildet sein […] Die Innominat-Contracte […] sind alle nach dem Muster eines genannten Contracts gebildet»; J. J. ENSCHEDÉ, *Dissertatio* cit., 41 («quando contractus innominatus affinitatem et similitudinem habet cum aliquo ex nominatis contractibus»); F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 575, 579 nt. *k*; C.G. WÄCHTER, *Doctrina de condictione* cit., 19; nello stesso ordine di idee vd. K. A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* 3[7] cit., 235; non senza ampie oscillazioni C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 191 («La formation d'un contrat innommé […] suppose que l'operation dans son ensemble présente une similitude marquée avec un contrat nommé»), 233 («Il n'aura plus à se préoccuper de rechercher dans chaque hypothèse spéciale une similitude bien nette avec un contrat nommé»): il soggetto è Paolo; H. DERNBURG, *Pandekten* 2[4] cit., 20. Per un ridimensionamento del rilievo dell'analogia con fattispecie contrattuali tipiche, vd. invece PH. E. HUSCHKE, *Kleine kritische Versuche* cit., 232, per il quale il

Ciò nonostante, neppure questo tentativo di spiegazione, che anche di recente ha riscosso qualche cauta adesione,[29] appare complessivamente soddisfacente.[30] Anche qui si profila, infatti, il medesimo problema che si è posto per l'ipotesi di *facio ut des* avente a oggetto opere locative. Pure in questo caso andrebbe adeguatamente chiarito per quale motivo si sarebbe dovuta concedere l'azione di adempimento a chi aveva trasferito il servo Stico in cambio della manomissione di Panfilo, negandola invece a chi aveva affrancato Panfilo con la promessa di vedersi in seguito trasferita la proprietà di Stico. È quasi superfluo osservare che dal punto di vista causale (o se si preferisce economico o ancora

richiamo a schemi contrattuali edittali sarebbe innanzitutto servito a valutare l'azionabilità degli ordinari rimedi processuali, per poi individuare, in un secondo momento, un possibile quadro normativo di riferimento, per risolvere le varie questioni che si sarebbero ragionevolmente poste in sede di regolamentazione della vicenda contrattuale atipica. Non avrebbe avuto alcuna funzione, dunque, per ciò che concerne il piano del riconoscimento vero e proprio, dipendendo questo, piuttosto, dalla sussistenza di una *causa*, da intendersi nel senso di prestazione effettuata in vista di una controprestazione, secondo i termini chiariti in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2; nello stesso ordine di idee («P. V. actionem sua vi ac potestate constare, neque ut utilem accedere nominatis actionibus») J.J. BACHOFEN, *De Romanorum judiciis civilibus* cit., 280 s., ove, non diversamente, si legava la concessione dell'azione alla sussistenza della *datio certa lege* o, se vogliamo, della *res* che accede al patto («quod pacto res accedit»).

[29] Così P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 242 («per il *facio ut des* non era possibile individuare alcuna analogia e forse proprio per questo non si poteva, almeno secondo Paolo, costruire un'idonea azione»).

[30] Critiche («Cujacius affirmat non habet affinitatem […] respondeo I. Rationem illam falsam esse II. Licet ratio esset vera, tamen per nihil posse probari») si trovano già in W. CURTIUS, *Dissertatio juridica* cit., 31 s., ove si invoca, con riferimento al primo argomento, Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19.5.22 e i frammenti seguenti, ma anche I. 3.24.1. Ciò che più conta osservare è la precisazione per cui «Origo huius actionis non consistit in affinitate cum contractibus nominatis, sed in synallagmate (ut ita dicam) & negotio civili»; pur figurando, come si è visto (*supra* nt. 28), fra quanti collegavano il ricorso all'*actio de dolo* alla mancanza di affinità con contratto nominato, riconosceva come potessero darsi comunque casi di contratti di *facio ut des* affini a contratti tipici («Sed si in conventione *facio ut des* similitudo quaedam est cum contractu aliquo nominato, non dubitandum est, quin *civili in factum actione*, sive *praescriptis verbis*, recte agi possit») J.J. ENSCHEDÉ, *Dissertatio* cit., 43, il quale adduceva l'ipotesi affrontata in Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15, per la quale si sarebbe profilata un'analogia con la *locatio conductio* («affinitatem et similitudinem habet cum locatione: hinc illud, quod indicanti do, dicitur *merces*»). Perplessità si colgono anche in C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 198 s., che pur aveva inizialmente provato a mettere in relazione la mancata concessione dell'azione civile con la mancanza di analogie con la locazione, dovute, come si è visto (*supra* cap. IV § 2.1), all'assenza di una consegna (qui) da parte dell'autore dell'*opus* («dans l'hypothèse *facio ut des*, l'auteur du *factum* n'a mis aucune chose, aucun *corpus* entre les mains de l'autre partie. Donc pas d'analogie avec la louage»).

negoziale) lo scambio non presenta variazioni.[31] L'affinità con vicenda negoziale tipica o sussiste o non sussiste, ma non può cambiare a seconda di chi si sia preso la briga di darvi per primo attuazione.[32]

L'incongruenza rispetto alla diversa soluzione indicata nel § 2 non può d'altra parte spiegarsi attraverso l'ipotesi di una manipolazione.[33] Si tratta infatti di congettura che presupporrebbe un intervento compilatorio evidentemente non in linea con le vedute bizantine in materia di tutela dei *nova negotia*, le quali sono notoriamente orientate nel senso di un allargamento dell'ambito applicativo dell'azione contrattuale (*a.p.v.*),[34] anziché di un suo restringimento. Restringimento che del resto non è neppure ipotizzabile per il contesto postclassico nel quale, ragionevolmente, si ritiene sia maturata la rielaborazione dell'originario brano paolino.[35]

Se il ricorso all'*a. de dolo* deve ritenersi sicuro, è allora il caso di interrogarsi sulla concessione dell'azione contrattuale atipica in caso di *do ut facias* prevista nel § 2. Di fronte all'impossibilità di rinvenire una spiegazione plausibile per il diverso trattamento riservato alle due fattispecie (o per meglio dire alla stessa fattispecie con ordine esecutivo invertito),[36] si deve per l'appunto tornare a

---

[31] Così, richiamandosi all'unitarietà della vicenda negoziale dei contratti consensuali («sicut unus est contractus emptio & venditio, item unus locatio & conductio: ita contractus do ut facias est idem ei qui facio ut des appellatur»), G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus liber singularis. Caput IX*, in *Opera* cit., 506, con un punto di vista che era orientato (diversamente da quanto noi riteniamo) ad estendere l'azione civile anche alle ipotesi di cui al § 3: «quid ni igitur ille qui fecit ut alter det, eo cessante aeque habeat praescriptis verbis actionem, atque is qui dedit, ut alter faciat, eo cessante, hanc actionem exercet: cum sit utroque in casu gestum civile negotium, ipsum non improbum?».

[32] Diversamente J.C. SCHAMBOGEN, *Praelectiones* cit., (*In Institutionum librum III. Tit. XXV*) 663 s.: «quia locatio initium suum a conductore habet, in nostro autem casu debet habere a locatore; locaret enim prius operas, ut sibi daretur».

[33] Riferimenti alla letteratura *supra* cap. IV nt. 86.

[34] In proposito vd. P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 188 ss.

[35] *Supra* cap. IV § 2.

[36] Da questo punto di vista non si può aderire alla spiegazione prospettata da G. MACCORMACK, *Contractual Theory* cit., 147, che prova a giustificare il diverso trattamento di Paolo con una certa riottosità del giurista ad ammettere (più in generale) la sussistenza di una *obligatio civilis* di fronte a rapporti in cui il fatto potenzialmente costitutivo dell'obbligazione fosse rappresentato da un *facere* piuttosto che da un *dare*: in una visione complessiva in cui a rafforzare in qualche modo tale atteggiamento sarebbe stata la considerazione che si sarebbe comunque trattato di vicende non prive di tutela, in modo che, agli occhi del giurista severiano, sarebbe apparso non indispensabile procedere a un riconoscimento contrattuale delle vicende in questione: «One can

prendere in considerazione la possibilità che non appartenga qui a Paolo la decisione di accordare l'*a.p.v*. Del resto, il modo stesso in cui è formulata la decisione (condici ei potest *vel praescriptis verbis agi*)[37] rafforza seriamente la sensazione di trovarsi di fronte a una manipolazione della soluzione inizialmente prospettata dal giurista severiano, facendo in particolare pensare a un allargamento dei mezzi di tutela rispetto a un contesto originario diversamente impostato su una tutela meramente ripetitiva (*condici ei potest* [*vel praescriptis verbis agi*]).[38] Sospetto che viene decisamente alimentato dalla notazione immediata-

---

only conclude that the reason for Paul's refusal to allow an *actio civilis* was the fact that normally he was not prepared to recognise a *facere* as a *causa* giving rise to or making enforceable an *obligatio*. The point may have been that the availability of another remedy (here the *actio de dolo*), in his view, made it unnecessary to extend the sphere of a contractually based civil obligation». Non occorre davvero osservare come il medesimo ragionamento si potrebbe facilmente (e a maggior ragione) estendere anche alle ipotesi di *do ut des*, *ut facias*, essendo anch'esse non prive di tutela (in questo caso mediante *condictio*).

[37] L'osservazione può trovarsi già in P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 172.

[38] Per l'origine compilatoria G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 182; come si è appena accennato, P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 171 ss., 193, il quale tra l'altro portava a sostegno della propria diagnosi interpolazionistica l'incongruente impiego del '*quod si*', il quale farebbe pensare a una soluzione diversa rispetto a quella prospettata per l'ipotesi, precedentemente esaminata, di *do ut facias* con opere locative, mentre nel brano verrebbe confermata la decisione di concedere la *condictio* in alternativa all'azione diretta all'adempimento, prima chiamata '*a. civilis in hoc quod mea interest*' e ora *a.p.v.* (al riguardo vd. *infra*, nel testo di questo stesso §). Ciò portava l'autore a ipotizzare un duplice intervento di rimaneggiamento e, conseguentemente, tre fasi evolutive. Una prima fase (età classica), in cui si sarebbe ammessa la sola *condictio* (o tutt'al più l'*actio in factum* giulianea); una seconda fase (epoca postclassica) in cui sarebbe stata riconosciuta l'*a.p.v.*, ma limitatamente alla sola ipotesi del '*factum quod locari solet*'; ed infine una terza ed ultima fase (diritto giustinianeo), in cui si sarebbe arrivati a proporre il concorso tra *condictio* e *a.p.v.* anche per le fattispecie del '*factum quod locari non potest*'. Critiche sul tratto *vel praescriptis verbis agi* si trovano anche in P. COLLINET, *Le Fr. 5, Dig., 19, 5* cit., 78; rilievi anche in A. BURDESE, *In margine ai contratti innominati* cit., 402 s. («l'aggiunta *praescriptis verbis agi* […] stona sia per l'uso del verbo *agi*, che non si accorda con *ei* e richiederebbe di essere preceduto da *cum eo*, sia per la ingiustificata inversione dell'alternativa tra le due azioni rispetto al caso precedente»); ID., *Osservazioni* cit., 149, su cui vd. *infra* nel testo e in ntt. 41 e 42 ; riconosce la fattura bizantina del riferimento all'*a.p.v.* anche G. MACCORMACK, *Contractual Theory* cit., 146 nt. 32, il quale prende tuttavia posizione per la genuinità sostanziale della soluzione («[..] there seems to be no reason why Paul should not have allowed a choice between this action and the *condictio*»); dubbi anche in M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 289; per la genuinità vd. R. SOTTY, *"Condictio incerti"* cit., 1483 s., il quale vi intravede una conferma, come si è detto, all'idea di una differenziazione tra i due rimedi processuali dal punto di vista della *conceptio verborum*, nonché dell'ambito applicativo (in proposito vd. *supra* cap. IV nt. 49); così, ma nell'ottica di una identificazione dei due modelli processuali (*actio civilis*, *a.p.v.*) A. KREMER, *Die*

mente successiva (*quod his quae diximus convenit*),[39] la quale appare in effetti del tutto gratuita e sembra piuttosto tradire l'intento omologativo che doveva aver ispirato l'autore dell'intervento correttivo: in modo che anche in questo caso venisse confermata quell'alternativa tra azione di adempimento e azione di ripetizione che sino a quel momento aveva costituito il tratto caratteristico delle forme di tutela a disposizione della parte adempiente. Proprio per tale ragione si deve credere a una vera e propria interpolazione, più che a un semplice glossema esplicativo.[40] Ancora meno plausibile è da ritenersi l'ipotesi di un mero intervento di sintesi rispetto a un più ampio discorso, secondo quanto inizialmente congetturato da Burdese.[41] Da questo punto di vista non si può del resto non considerare che sarà lo stesso studioso a rivedere gradualmente, sino ad abbandonare del tutto, l'ipotesi di un semplice rabberciamento, per prendere piuttosto nettamente posizione in favore dell'origine compilatoria.[42]

Attraverso questa restituzione il brano torna ad essere pienamente intellegibile e il suo sviluppo del tutto lineare.

Verhältnisse cit., 414, 418, in un ordine di idee in cui non si tiene però conto della distinzione tra opere locative e non locative, posta dal giurista severiano; J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones* cit., 223 s.; non avanza rilievi neppure C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 82, 97; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 30 s.; da ultimo per l'impiego dell'azione contrattuale generale (*a.p.v.*) da parte di Paolo vd. L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 433, 435 («autentico pensiero raccolto anche dai compilatori»).

[39] Critiche sull'inciso anche in A. BURDESE, *In margine ai contratti innominati* cit., 402 s., su cui *infra* nt. 42; ID.; *Osservazioni* cit., 149; non sembrano diversamente dubitare della genuinità più recentemente M. SARGENTI, *Actio civilis in factum* (2006) cit., 289; C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 213.

[40] Si orientava piuttosto per l'ipotesi di un'alterazione pregiustinianea P. COLLINET, *Le Fr. 5, Dig., 19, 5* cit., 78.

[41] Così («È possibile che la frase del § 2 *vel praescriptis verbis agi*: *quod his quae diximus convenit* sia un accorciamento») A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 52, con un'ipotesi che nasceva dall'esigenza di risolvere l'identificazione posta dal testo tra *a. civilis incerti* e *a.p.v.*, ritenute invece dall'autore, lo si è visto (vol. I, cap. II § 6), come due distinti modelli processuali; punto di vista che ritorna anche in ID., *I contratti innominati* cit., 84.

[42] Così già in A. BURDESE, *In margine ai contratti innominati* cit., 402 s., in una logica ricostruttiva in cui si tende comunque a prendere ancora in considerazione, seppur con maggior cautela, l'ipotesi di un intervento di sintesi («verrebbe da sospettare che solo una seconda mano, forse accorciando in sua vece un più ampio discorso originario, abbia aggiunto nel brano paolino "*vel praescriptis verbis agi: quod his quae diximus convenit*"»); in termini ancora più netti vd. però ID., *Osservazioni* cit., 149, ove non vi è più traccia di un'eventuale sunteggiatura («sembra aggiunta compilatoria, unitamente alla frase seguente: *quod his quae diximus convenit*»).

D. 19.5.5.2-3 (Paul. 5 *quaest.*): At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendam condictio. Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas […] condici ei potest [*vel praescriptis verbis agi: quod his quae diximus convenit*]. 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]. 3 Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.

Il ragionamento di Paolo procede in effetti attraverso blocchi discorsivi ben definiti, sapientemente raccordati in un intreccio narrativo che ha la funzione di accompagnare il lettore in un articolato percorso solutivo, in cui i diversi esiti processuali sono legati tra loro attraverso una sequenza logica, attentamente giocata sul piano della contrapposizione (netta) o anche solo della precisazione. Si parte dalle opere locative per le quali era riconosciuto il ricorso all'azione contrattuale, tipica o atipica (*civilis actio in hoc quod mea interest*) a seconda che fosse prevista o meno una *merces nummaria*, per poi passare all'esame delle opere non locative, per le quali era diversamente (*Quod si*) ammesso, a favore del primo esecutore, il ricorso alla sola azione di ripetizione (*condici ei potest*). Torna così ad avere un senso ben definito la contrapposizione posta da Paolo ad apertura di periodo (*Quod si*),[43] che nella versione compilatoria appare invece significativamente, anche se non del tutto, sbiadita.[44]

Di qui in poi il discorso si sviluppa tutto all'interno del *factum, quod locari non possit*, attraverso una serie di precisazioni che hanno la funzione di chiarire la portata della soluzione (processuale) appena indicata (*condici ei potest* […] *Sed si*). Si introducono così una serie di deviazioni sul piano della tutela rispetto

[43] L'incongruente impiego del '*quod si*', in un contesto solutivo come quello attuale, in cui entrambe le fattispecie sono sottoposte al medesimo regime, si trova segnalato (come già evidenziato: *supra* nt. 38) in P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 172 («la soluzione, come fa prevedere il *quodsi*, doveva essere diversa. E tuttavia nel nostro testo la soluzione è identica»), 193.

[44] A voler rendere coerente l'impiego della congiunzione '*quod si*' coll'attuale stesura del brano, si potrebbe ricercare un profilo distintivo rispetto alle opere locative, unitariamente intese, nell'irrilevanza che viene qui attribuita alla natura della prestazione iniziale (*do*) ai fini della determinazione del tipo di tutela da accordare, dovendosi in ogni caso escludere l'esperibilità dell'*actio locati*: anche a fronte di un corrispettivo (*datio*) in denaro. Appare pertanto eccessivo il giudizio («non ha più alcun senso») di P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 172.

alla *condictio*, che non sono legate, si badi bene, a una diversa valutazione del rapporto sostanziale (come nel caso precedente), ma dipendono unicamente dai limiti strutturali che gravano sull'azione di ripetizione, la quale non poteva essere accordata al proprietario del servo manomesso, per via del tipo di prestazione da questi eseguita (*manumissio* del servo). Da ciò l'esigenza di ricorrere, sulla scia di Giuliano, al combinato impiego dell'*a. de dolo* e dell'*a. in factum*, con le implicazioni che ciò pare comportare per quanto riguarda l'esercizio dell'azione pretoria, da ritenersi non più uno strumento elettivo, rispondente a una precisa opzione metodologica, quanto il ben più modesto approdo di una situazione per la quale non fosse in concreto prospettabile l'impiego di diversi rimedi processuali. In sostanza uno strumento residuale (rispetto soprattutto alla *condictio*).[45]

La medesima necessità si manifestava nel caso esaminato nel § 3. La vicenda è del tutto speculare a quella del § 2. Al centro dell'attenzione del giurista vi sono sempre i rapporti di scambio che prevedono opere non locative. Se non si ricorre alla *condictio* dipende ancora una volta dal tipo di prestazione eseguita (*facere*). Di qui, a differenza del § 2 (*Quod si*) la concessione dell'*a. de dolo*, in caso di inadempimento doloso (*cessas dare*); di qui ancora, per quanto non detto, l'impiego (residuale) dell'*a. in factum*, per tutte le altre ipotesi:[46] ciò probabilmente sulla scia di Giuliano.[47]

---

[45] Così per certi versi, con specifico riferimento a Giuliano, in un ordine di idee che tende però ad attribuire al giurista adrianeo il solo impiego di rimedi meramente ripetitivi, C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 99 («Per Giuliano le convenzioni atipiche sono tutte […] nudi patti […] e se sono accompagnate da *datio* hanno unicamente tutela mediante la *condictio*»). Per un ridimensionamento del ricorso all'*a. in factum* in materia contrattuale da parte dei giuristi romani, a tutto vantaggio della *condictio*, vd., in un'ottica però interpolazionistica, S. PEROZZI, *Istituzioni* 2 cit., 281 («È ben probabile che dove ora leggiamo la concessione dell'azione, stesse invece la negazione di essa e l'affermazione che compete sotanto la *condictio*»). Per un impiego fondamentalmente residuale dell'azione *in factum* pretoria vd. già, come si è accennato (*supra* nt. 157, vol. I, cap. I nt. 103), J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes in Librum V quaestionum Pauli* cit., in *Opera* V cit., 1622 («actionem in factum praetoriam: quae omnium actionum est extrema, adeo ut sit subsidiaria actioni de dolo, quae omnibus aliis actionibus est subsidiaria»). Al riguardo vd. anche vol. I, cap. II § 5, con indicazioni bibliografiche alle ntt. 283-285.

[46] Così, come si è accennato, A. GOVEANUS, *Variarum Lectionum Iuris Libri duo. Liber secundus. Caput 28*, in *Novarum declarationum* cit., 284 («Quod si dolus nullus arguatur, necessaria erit actio in factum praetoria»); A. VINNIUS, *De pactis* cit., 99: «ex […] facio ut des, non tam civilis incerti praescriptis verbis actio, quam in factum praetoria dari videtur, aut si dolus aliquis arguatur, de dolo»; J.C. SCHAMBOGEN, *Praelectiones* cit., (*In Institutionum librum III. Tit. XXV*) 664 («sin autem nullus dolus argui possit, v. g. res danda interiisset culpa levi, probabile videtur actionem praetoriam in factum in hoc casu esse dandam»); per la letteratura moderna uno spunto in tal senso può già rinvenirsi, seppur in via dubitativa, in G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 163,

Nulla di più. *Do ut facias* e *facio ut des* sono agli occhi di Paolo la stessa cosa: lo stesso rapporto visto da prospettive differenti.[48] A mutare è solo l'ordine attuativo, non il rapporto in sé e per sé considerato, la sua funzione economica (sociale o individuale che sia): né del resto potrebbe essere diversamente. Ciò che incide dunque ai fini della concessione dell'azione contrattuale è la natura dell'operazione, non lo schema o se vogliamo la sequenza temporale in cui gli eventi risultano tra loro legati (*do ut facias* o *facio ut des*). Per restare al caso concreto esaminato da Paolo, preso a paradigma del più ampio *genus* del *factum quod locari non possit* (*puta ut*), è la *manumissio* di un servo, in quanto tale, a non essere considerata compatibile con la prospettiva di una tutela contrattuale: a prescindere dal fatto che venga eseguita per prima o in un secondo momento.

Non ogni problema può dirsi naturalmente risolto. Soprattutto rimane da capire il motivo di tale soluzione. Andrebbe più precisamente stabilito se il mancato impiego dell'azione contrattuale vada messo in relazione con l'assenza di affinità sul piano causale col contratto locatorio, rispondendo dunque a logiche di tipo paradigmatico (seppur da proiettarsi su di un piano generale, coinvolgente tutte le opere non locative)[49] o se debba essere fatto al contrario dipendere dal-

---

(«Hatte der Klassiker neben der *a° de dolo* eine *a° in factum* namhaft gemacht, für den Fall wo böser Vorsatz fehlt?»); così sembrerebbe anche M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo* cit., 89 («Perché Paolo, pur condividendo la posizione di Giuliano circa l'impossibilità di esercitare l'azione civile, ne prende le distanze rispetto all'azione *in factum*? Nonostante le apparenze, non credo che la soluzione di Paolo si ponga in contraddizione con l'alternativa di Giuliano»). Esclude diversamente, come si è visto (*supra* nt. 20), l'impiego dell'azione pretoria G. MACCORMACK, *Contractual Theory* cit., 147.

[47] Per una relazione con la dottrina giulianea vd., con decisione, P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 21 nt. 17 («Paulus lehnt – wohl im Anschluß an Julian – in diesen Fällen eine *actio praescriptis verbis* ab; vgl. eod. 5.3: *quod si faciam ut des* […] *de dolo dabitur*»); seppur con cautela, non si sente di escludere un'attribuzione a Giuliano anche della soluzione prospettata nel § 3 già C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 99 nt. 168: «oso attribuire a Giuliano la risalenza di quanto Paolo dice in D. 19.5.5.3». Così anche B. ALBANESE, *La sussidiarietà* cit., 287 s., il quale sembrerebbe addirittura assegnare la paternità di entrambi i §§ (2 e 3) direttamente a Giuliano, sollevando quasi il dubbio di una loro corrispondenza (anche) al pensiero di Paolo («da parte di Giuliano [e di Paolo?]»), con un interrogativo che non ci sembra si possa però davvero condividere.

[48] Così, per certi versi, in un'ottica più ampia, BARTOLUS, *In secundam partem Digesti veteris* cit., (*ad lib. XIX Digest. De praescriptis verbis et in factum actionibus. Titulus V. Lex V*), 416.

[49] Non si dimentichi, come si è del resto appena osservato, che il caso della *manumissio* del servo è introdotto quale concreta esemplificazione di una più ampia casistica (quod si tale est factum, quod locari non possit, *puta ut* servum manumittas), per cui è doveroso ritenere che le stesse considerazioni valessero, a monte, per il *genus* (*factum, quod locari non possit*) di appartenenza.

l'assenza di elementi strutturali del(la nozione di) contratto, e dunque in base a logiche deduttive. Che la decisione di Paolo sia dipesa dalla natura della prestazione concordata (*factum, quod locari non possit*) non vi è dubbio. Rimane invece incerto se a guidare il giurista sia stata un'incompatibilità, per così di dire, di specie, tra singoli tipi di prestazione, come a voler affermare: il contratto non è una locazione neppure per analogia, perché il tipo di prestazione concordato è strutturalmente non coerente con quello della *locatio* (il che darebbe un significato più preciso all'espressione 'factum, quod locari *non possit*'); oppure un'incompatibilità di genere, nel senso che il comportamento atteso sarebbe risultato privo, più in generale, di un carattere propriamente contrattuale.

A dispetto delle apparenze, si tratta di questione non semplice. Per quanto l'impostazione marcatamente analogista dell'intero frammento paolino e il modo di esprimersi del giurista dovrebbe invitare a prendere convintamente in considerazione la prima ipotesi, altri elementi inducono a non sottovalutare l'adozione di un approccio argomentativo diversamente impostato secondo gli schemi della *reductio ad genus*. Per lo meno se allarghiamo la prospettiva alla testimonianza di altri giuristi e in particolare di Ulpiano, le cui (probabili) argomentazioni critiche rispetto alle più prudenti posizioni di Paolo, che si leggono in Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15, accreditano piuttosto l'idea di una controversia solutiva, maturata nel quadro di una comune e condivisa logica argomentativa di tipo deduttivo, che provava a sfruttare (con esiti però diversi) le potenzialità espansive delle nozioni di συνάλλαγμα e *negotium*. Su questo torneremo, fermo restando quanto già si è detto sulle due logiche argomentative e sulla possibilità di un loro utilizzo combinato in sede decisionale.[50]

2. Verifica dell'ipotesi di una relazione tra la posizione di Giuliano in Ulp. 4 *ad ed.* e il mancato verificarsi dell'effetto traslativo.

Quanto è appena emerso sul punto di vista di Paolo non sembra possa rimanere senza conseguenze per l'ipotesi, avanzata da Giffard, di un ricorso all'azione civile da parte di Giuliano in caso di rapporto validamente costituitosi.

Proprio per via della sintonia che emerge tra gli approdi solutivi dei due giuristi, è legittimo pensare che le considerazioni fatte adesso per Paolo possano valere anche per Giuliano e che dunque anche la soluzione del giurista adrianeo

[50] In proposito vd. vol I, cap. II § 7.

fosse guidata da una valutazione funzionale del rapporto, più che da una questione strutturale, più banalmente condizionata dal (mancato) perfezionamento della fattispecie, secondo quanto ipotizzato dall'autore francese.

Ed in effetti, dalla lettura del brano ulpianeo (Ulp. 4 *ad ed.*) non sembrano sussistere significativi margini per ritenere praticabile il tentativo di legare la soluzione di Giuliano all'ipotesi di un'inapplicabilità della dottrina aristoniana, dovuta alla mancata configurazione di una *datio ob rem* in assenza di un effetto propriamente traslativo della proprietà.[51] Da questo punto di vista devono ritenersi valide (seppure, certo, in misura diversa) le considerazioni prima espresse con riferimento all'ipotesi di una riconversione in *facio ut des*. Anche in questo caso si tratta infatti di ipotesi scarsamente coerente con la testimonianza ulpianea, ove la contestazione mossa da Mauriciano e condivisa da Ulpiano si basa proprio sul fatto che Giuliano non avrebbe adeguatamente considerato che anche nella vicenda lì prospettata era possibile individuare gli estremi del sinallagma aristoniano. A seguire Giffard e quanti hanno aderito alle sue conclusioni, si dovrebbe in sostanza credere che il giurista adrianeo sarebbe stato ripreso per essersi lui reso conto di ciò che sarebbe sfuggito ai meno avveduti Mauriciano e Ulpiano, e chissà forse allo stesso Aristone: ovvero l'impossibilità di configurare un caso di *do ut facias* in presenza di una consegna non traslativa della proprietà.[52]

Se proprio si volesse insistere nella prospettiva di un contrasto legato all'incidenza del mancato trasferimento della proprietà del servo sul perfezionamento della fattispecie contrattuale, si dovrebbe piuttosto prendere in considerazione l'ipotesi (ben differente) di una presa di distanza da parte di Giuliano

---

[51] In quest'ordine di idee, come si è ricordato (*supra* cap. IV nt. 353), R. KNÜTEL, *La causa* cit., 138; nell'ottica piuttosto di un'adesione passata attraverso la rivisitazione della dottrina aristoniana da parte di Pedio (vol. I, cap. III nt. 566, *infra* nt. 53), O. BEHRENDS, *Die condictio causa data causa non secuta* cit., 51 nt. 86.

[52] Così, tra le righe, P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 245, ove si ritiene possibile che Mauriciano «prendesse in considerazione la fattispecie solo dal punto di vista dell'accordo originariamente stipulato, cioè il *do ut facias*, e non riflettesse adeguatamente sulla circostanza che nei fatti si era realizzato un accordo inverso rispetto a quello pattuito, in relazione al quale, per di più, la prestazione di *dare* era sin dall'inizio inefficace: non si avvede dunque che proprio per questi motivi secondo Giuliano non era applicabile la generale azione contrattuale»; in relazione alla necessità, nell'ottica aristoniana, di una consegna effettuata in base a una causa in grado di determinare il trasferimento della proprietà vd. F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 68: «Das tradere allein ist ein unbestimmtes Etwas: es muss eine causa hinzukommen, welche den Eigentumsübergang bewirkt».

rispetto all'impostazione aristoniana, seguita invece da Mauriciano e Ulpiano, la quale avrebbe ritenuto sufficiente, ai fini della costituzione del vincolo contrattuale, anche la presenza di una semplice consegna, benché questa, per un difetto di legittimazione attiva, anche solo successivamente accertato, non fosse stata in grado di produrre il desiderato effetto traslativo.[53]

Meno probabile invece l'eventualità opposta di una reinterpretazione estensiva da parte di Mauriciano e Ulpiano della struttura sinallagmatica aristoniana (*datio ut*), secondo modelli evolutivi, dunque, non poi così differenti da quelli che avevano condotto a un allargamento della categoria dell'*obligatio re contracta* e che aveva avuto come effetto quello di farvi rientrare una serie di ipotesi contrattuali (tipiche) originariamente estranee, come deposito, comodato e pegno.[54] L'ipotesi, di per sé certo non implausibile[55] e all'apparenza anzi più vero-

[53] Così in sostanza O. BEHRENDS, *Die condictio causa data causa non secuta* cit., 51 nt. 86 («Wenn demgegenüber Ulpian keine Bedenken hatte, Aristo und Maurician darin zu folgen, daß auch derjenige, der eine fremde Sache mit Zweckabrede hingab, kraft des neuen Synallagmas vertraglich haftet, […]»), ancora più esplicitamente 56 («[…] findet sich in der für Pedius bezeugten und für Julian erschließbaren […] restriktiven Ansicht, die für das Synallagma Aristos ein effektives, zur Übereignung führendes *rem dare* fordert und daher die Leistung eines Nichteigentümers nicht ausreichen läßt»). È appena il caso di osservare che si tratterebbe comunque di un tentativo di spiegazione che costringerebbe ad abbandonare quello che da molti è oggi considerato un punto fermo per quanto riguarda la ricostruzione della dottrina aristoniana, dovendosi inevitabilmente ipotizzare un allargamento aristoniano della tutela civile alle vicende negoziali non attuative di trasferimento di proprietà.

[54] In proposito vd. B. BIONDI, *Contratto* cit., 79 s., 90, il quale, peraltro, nella dottrina di Aristone vede una «ulteriore estensione della *obligatio re*», rispetto ad un primo allargamento della categoria mediante «la inclusione del deposito, del comodato e forse anche del pegno»; sono da ritenersi superate oggi le posizioni di S. PEROZZI, *Istituzioni* 2 cit., 29, 259 e P. VOCI, *La dottrina* cit., 121, per i quali tale estensione sarebbe opera di Giustiniano; d'altro punto di vista, non ci pare neppure che possa essere seguita la proposta avanzata da C.A. CANNATA, *La classificazione* cit., 66, di attribuire la paternità di tale ampliamento all'autore delle *res cottidianae* («ignoto ma non sprovveduto giurista di fine III sec.»), mentre per i classici (così soprattutto Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7 pr.-1) deposito, comodato, pegno sarebbero rientrati nel *genus* (non del tutto omogeneo) delle obbligazioni *consensu contractae*: in alcuni casi la *conventio* sarebbe stata sufficiente a determinare il sorgere delle obbligazioni, in altri si sarebbe resa necessaria una "executed consideration" (ID., *La classificazione* cit., 51). Punto di vista più recentemente ribadito in ID., *Obbligazioni* cit., 426: «In queste figure le obbligazioni si formano "*consensu*", solo che, senza la consegna della cosa che ne è oggetto, non può formarsi l'obbligazione di restituirla, e poiché questa rappresenta l'obbligazione principale prevista nell'affare, la sua assenza impedisce la perfezione dell'intera fattispecie produttiva», 445 («[…] l'obbligazione di restituire la cosa non nasceva 're', poiché non dipendeva dalla presenza, nel patrimonio di un soggetto, di una 'res aliena', nel senso visto sopra: la cosa depositata […] non costituisce un elemento del patrimonio

simile (per quanto non sempre la storia segua il buon senso o ciò che noi riteniamo tale), si esporrebbe tuttavia alle stesse considerazioni di prima. Anche in questo caso apparirebbe infatti incongrua la critica rivolta a Giuliano di aver egli disatteso l'insegnamento aristoniano.

Rimane come si diceva la possibilità di un allontamento o, se si preferisce (al di là dei nomi la sostanza non cambia), di un'interpretazione rigida dei requisiti strutturali della dottrina aristoniana da parte di Giuliano. E a questo proposito si potrebbe in effetti essere tentati di osservare come almeno Ulpiano, visto che del pensiero di Mauriciano in materia non abbiamo altra attestazione se non quella contenuta in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, fosse orientato ad ammettere il riconoscimento di una tutela civilistica, pur in presenza di rapporti contrattuali nei quali la consegna della cosa non fosse diretta a produrre un effetto traslativo della proprietà. Si potrebbero qui ricordare a scopo puramente esemplificativo Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.5.17.5,[56] Ulp. 28 *ad ed.* D.

del debitore»). Alla consegna come «condizione imprescindibile per l'efficacia obbligatoria della convenzione» pensa sempre l'autore in ID., *Obbligazioni* cit., 445.

[55] Non ci sembra sussistano particolari ragioni per mettere in dubbio che a tale estensione possano essere pervenuti già gli stessi giuristi classici, ipotizzando piuttosto un mutamento di prospettiva solo in epoca postclassica, secondo quanto è stato variamente sostenuto. In tal senso M. KASER, RPR I,[2] § 135; più recentemente, ma in una prospettiva fortemente legata a visioni ricostruttive di tipo marcatamente interpolazionistico che individuano nell'*a. in factum* l'unico rimedio processuale approntato in epoca classica per la tutela dei contratti innominati, T. GIMENEZ-CANDELA, *Algunas observaciones* cit., 484 s. La principale conseguenza di un tale punto di vista è stata quella di inquadrare negli schemi di *facio ut des*, *facio ut facias* ogni rapporto contrattuale avente ad oggetto consegne non traslative della proprietà, invocando a tal fine l'ampio significato del verbo *facere*, capace di alludere a qualsiasi tipologia di prestazione diversa dal trasferimento del dominio o comunque dalla costituzione di situazioni giuridiche assolute (*iura in re aliena*). Si tratta di opinione non nuova e anzi discretamente diffusa tra gli interpreti più antichi. In questo senso («Factum non tantum hic designat merum factum […] verum etiam nudam traditionem sine effectu & animo transferendi dominii») già I. M. BRANDES, *Dissertatio juridica* cit., XVI; così anche C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 18 ss., il quale proprio per tale ragione escludeva potesse individuarsi una prestazione di *dare* in caso di trasferimento di fondo provinciale, non essendo questo suscettibile di *dominium ex iure quiritium*; così anche A. KREMER, *Die Verhältnisse do ut facias und do ut des* cit., 421 s., su cui vd. *infra* nt. 60. In senso contrario, vd. B. BIONDI, *Contratto* cit., 63, 90 ss., il quale più in generale osserva come i «cosiddetti contratti innominati non sono altro che uno sviluppo degli antichi casi di *obligatio re*».

[56] D. 19.5.17.5 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Si quis sponsionis causa anulos acceperit, nec reddit victori, praescriptis verbis actio in eum competit. Nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat; quemadmodum enim rei nomine, cuius neque possessionem, neque dominium victor habuit, aget furti? Plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui anuli dumtaxat repetitio erit.* Sul brano vd. C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 290 ss.; A. BURDESE, *I contratti innominati* cit., 86; M.

19.5.17.3,[57] ove viene suggerito il ricorso all'*agere p. v.*[58] con riferimento a un caso di prestito reciproco di un bue tra vicini per un periodo determinato di tempo, ritenuto non riconducibile al comodato per mancanza di gratuità;[59] o ancora Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.9,[60] ove la stessa *actio p. v.* è accordata con riferimento a un'ipotesi di *coniectio servi custodiendi* con compensazione delle *operae eius servi cum custodia*, (pertanto) solo affine a *locatio conductio*.

Sul punto bisogna essere certo cauti, in quanto si tratta talvolta di semplici deviazioni dallo schema tipico richiedenti probabilmente un mero adattamento del modello formulare edittale, con un approccio logico argomentativo di tipo

---

ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 197 s.; con diagnosi interpolazionistica vd., con letteratura, P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 322 ss.

[57] Per il testo vd. vol. I, cap. III § 1, nt. 28. Sul brano, ampiamente noto agli studiosi, vd. G. LONGO, *Note critiche e questioni esegetiche*, in *Studi E. Albertario*, I, Milano 1953, 685 s.; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio* cit., 131 s.; E. BETTI, *Lezioni di diritto romano. Rischio contrattuale-Atto illecito-Negozio giuridico*, Roma 1959; K. MISERA, *Der Nutzungstausch* cit., 267 ss.; C.A. CANNATA, *Contratto* cit., 41 s., in una prospettiva che tende più ampiamente a svalutare la funzione costitutiva della Vorleistung («si vede chiaramente che la consegna di uno dei buoi non è affatto indicata come necessaria»).

[58] Per la la genuinità della soluzione vd. già L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee*, in AUPA 16, 1931, 441 s.; più recentemente K. MISERA, *Der Nutzungstausch* cit., 272; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 203 s.; E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 56 ss. In senso contrario, per l'impiego dell'azione pretoria vd. G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 164 s.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 241 ss.; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio* cit., 134 s.; E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 215 s.

[59] Sul brano vd. anche *infra* § 4.

[60] Riportato in vol. I, cap. III § 1, nt. 27. Sul brano vd. O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 143, il quale segnalava l'uso improprio di *pecunia* invece di *merces*; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 173 s.; ID., **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 236, ove si attribuisce erroneamente al giurista severiano la concessione dell'*a. in factum* («L'*actio in factum* compare nella l. 1 § 9 D. 16, 3 […] non si ha *locatio conductio* […] si agirà quindi con l'*a. in factum*»); sul brano vd. anche M. TALAMANCA, *Pubblicazioni (1989-1990)* cit., 737 s., il quale pensa ad un «raccorciamento dell'originale ulpianeo», in cui si contrapponeva «la soluzione sabiniana (nel senso dell'esperibilità dell'azione contrattuale) a quella – accolta dal giurista severiano – dell'*agere praescriptis verbis*», da identificarsi qui con l'*actio civilis incerti* aristoniana; A. KREMER, *Die Verhältnisse* cit., 421 s., il quale però, proprio in considerazione del fatto che qui si abbia una semplice consegna (Übergabe) non traslativa del *dominium* (Übertrage), ma semplicemente attributiva di un uso temporalmente circoscritto («vorübergehender Benutzung»), ricostruisce la fattispecie in termini di *facio ut facias*; pensa ad azione con *praescripta verba* combinatoria delle *demonstrationes* delle *actiones locati conducti*, analogamente a Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1.1 o Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13.1, e dunque secondo il (diverso) modello dell'*a. in factum civilis* (vol. I, cap. III § 1.3) M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 190 s.

analogistico, che dovrebbe invitare a una più attenta riflessione sui meccanismi che avrebbero regolato in questi casi la formazione dell'*obligatio*: come si è già chiarito, il tema dell'atipicità contrattuale (in senso stretto) non va confuso con quello dell'adeguamento o dell'integrazione dei modelli processuali tipici.[61]

Rimarrebbe comunque Ulp. 4 *ad ed.* che dimostra in ogni caso una sostanziale irrilevanza degli effetti della consegna per Ulpiano (ma anche Mauriciano), in un contesto solutivo diversamente impostato su logiche deduttive volte alla valorizzazione di generali e precostituiti schemi concettuali (*contractus*).

Nonostante tutto, anche l'ipotesi di un eventuale dissenso interpretativo sui requisiti di efficacia della consegna (astrattamente) costitutiva del rapporto obbligatorio non appare facilmente conciliabile con Ulp. 4 *ad ed.*, ove, come si è appena osservato, la critica a Giuliano sembra assumere una dimensione che va ben al di là di una disputa incentrata sui soli meccanismi di perfezionamento della vicenda contrattuale. Essa pare piuttosto coinvolgere direttamente e più profondamente lo stesso impianto dogmatico della dottrina aristoniana.

Né pare si possa arrivare a diverse conclusioni se si dovesse aderire alla proposta, recentemente avanzata da Pelloso, di omettere «la virgola che si interpone tra *contractum* e *quod*»,[62] considerando dunque *contractum* «infinito perfetto passivo dalla voce verbale *contrahere*, nel senso, ampio e generico, di "stringere un vincolo", e non invece, come è opinione generalizzata, sintagma composto dall'accusativo di *contractus* (ovvero di *contractum*)[63] in funzione di soggetto della proposizione oggettiva retta da "*ait*", e dal verbo *esse* in funzione di predicato verbale, nel significato di "esserci, esistere, aver luogo"».[64]

---

[61] In proposito vd. vol. I, cap. II § 1.

[62] C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche* cit., 98 ss.; ID., *Do ut des* cit., 144 nt. 108.

[63] In questo ordine, di idee tra gli altri, A. BURDESE, *Divagazioni* cit., 341 («c'è infatti il contratto, ciò che Aristone chiama συνάλλαγμα»); T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 108 s., che in alternativa propone pure la traduzione: «affermò esservi contratto, poiché Aristone disse esservi il συνάλλαγμα»); L. GAROFALO, *Contratto* cit., 339 ss.: «Ritengo […] che il *quod* anteposto ad *Aristo synallagma dicit* richiami il *contractum* della frase precedente [...] pur essendo all'accusativo neutro anziché maschile – come ci si aspetterebbe […] perché concordato con il neutro *synallagma*, conformemente a uno schema frequente nella lingua latina». Così («c'è infatti il contratto, c'è ciò che Aristone chiama συνάλλαγμα, onde nasce questa azione»; oppure «c'è infatti il contratto, la qual cosa [l'esserci il contratto] Aristone chiama sinallagma, da cui nasce questa azione») anche F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 93 s. nt. 8, per quanto, come si è detto (vol. I, cap. II §§ 1.2, 2), l'autore neghi un'inclusione del sinallagma aristoniano nel contratto, alla quale avrebbe provveduto semmai Mauriciano.

[64] C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche* cit., 99; ID., *Do ut des* cit., 144 nt. 108.

Non c'è dubbio, che indipendentemente dai rilievi sollevati sul piano della punteggiatura che riguardano un problema puramente editoriale, visto la notoria assenza di segni di interpunzione nel *codex Florentinus*, si tratta di una possibilità che dal punto di vista squisitamente grammaticale non può essere esclusa, per quanto, seguendo sino in fondo il pensiero dello studioso che vorrebbe collocare il sinallagma aristoniano al di fuori della categoria contrattuale,[65] ci si sarebbe dovuti piuttosto attendere un: *esse enim* [contractum] quod Aristo συνάλλαγμα dicit […] (*vi è ciò che* Aristone […]), visto che in definitiva il riferimento al *contrahere* sarebbe risultato non solo non essenziale, ma addirittura inopportuno nell'ottica di una (ipotizzata) estraneità del sinallagma al contratto: ancor più all'interno di una trattazione tutta costruita sulla relazione dialettica *contractus-conventio*.

---

[65] Occorre infatti tenere presente che l'interpretazione qui proposta da Pelloso è volutamente diretta a comprovare l'estraneità del sinallagma aristoniano alla categoria contrattuale: così espressamente C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche* cit., 98 s., per il quale si farebbe così «salva la non identificabilità tra le sfere semantiche dei due segni (sì da continuare a concepire il συνάλλαγμα quale rapporto obbligatorio ingenerato dalle figure negoziali atipiche che si sostanziano in una *datio ut* o in un *factum ut*)»; ID., *Do ut des* cit., 143 s. nt. 108. Ciò in base all'idea che lo vorrebbe piuttosto riconducibile alla diversa categoria labeoniana dell'*agere re*: C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 143 s.: «Fattispecie del tipo '*dedi tibi rem ut mihi aliam dares*' ovvero '*dedi tibi rem ut aliquid facias*', infatti, stando alla ricostruzione sin qui operata di D. 2.14.7.2, né sono dette essere "assimilabili a", né sono dette essere "identificabili con" figure contrattuali (così come esse, come è oltremodo evidente, non vengono direttamente, ossia senza alcun passaggio intermedio, ricondotte all''Oberbegriff' di *contractum*): esse, nell'eversiva logica aristoniana, troverebbero il loro modello formale nei negozi (esemplificati da Labeone con il solo caso della *numeratio pecuniae*, perfetta solo con il trasferimento del *dominium*) dell'*agere re* che, appunto, non erano ancora qualificati in termini di contratto». La stessa estraneità nella prospettiva aristoniana avrebbe coinvolto anche comodato e deposito, inquadrati anch'essi nella categoria dell'*agere re* (C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche* cit., 69 s.). Sempre nell'ottica di una estraneità del sinallagma al *contractus* si sarebbe posto anche Mauriciano: così appunto C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 144 nt. 108: «ritengo improbabile altresì configurare per il pensiero di Mauriciano la fungibilità di impiego dei due termini, come in apparenza, risulterebbe dall'infinitiva '*esse enim contractum, quod Aristo* συνάλλαγμα *dicit*'». Per quanto indubbiamente ingegnosa ed estremamente raffinata, l'ipotesi appare però nel suo insieme incerta, dovendosi ritenere poco verosimile l'eventualità di un recupero della nozione labeoniana di contratto da parte di Aristone circoscritto alle sole figure contrattuali edittali (così appunto C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 144: «limitandola alle sole fattispecie tipiche»), se si tiene conto che, sempre secondo lo stesso studioso, l'elaborazione labeoniana della nozione di συνάλλαγμα-*contractus* avrebbe avuto la funzione di scardinare la tipicità contrattuale (C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche* cit., 62; di «strumento generale di apertura del sistema» discorre per l'appunto l'autore in ID., *Do ut des* cit., 132). In sostanza dovremmo concludere che Aristone si sarebbe ispirato a un modello non comprendendo le ragioni che avrebbero condotto alla sua elaborazione.

In ogni caso, il modo di esprimersi di Ulpiano induce a ritenere che la *dissensio* di Mauriciano non dipendesse dalla possibilità di giudicare o meno integrata la fattispecie di fronte alla constatata assenza di un effetto traslativo della proprietà. Il rilievo sembra piuttosto riguardare la vicenda in sé e per sé considerata. Il punto è se potesse considerarsi o meno συνάλλαγμα uno scambio, come quello indicato nel brano, diretto alla manomissione di un servo: a prescindere poi dall'ulteriore e diversa questione se il συνάλλαγμα appartenesse o meno all'area del contratto.[66] Ciò è quanto sembra doversi evincere dalla struttura logica del discorso ulpianeo (dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: *hoc* συνάλλαγμα esse […] *et ideo* puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas […] esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit). Se non ci si lascia infatti ingannare dall'inciso '*manumisisti: evictus est Stichus*', che ha il solo scopo di chiarire il risvolto concreto assunto dalla vicenda, apparirà subito evidente che, nella circolarità del ragionamento ad essere definito συνάλλαγμα è il fatto di aver ricevuto un servo per manometterne uno proprio. Dall'obiezione di Mauriciano al punto di vista di Giuliano si ricava peraltro che la stessa vicenda tale non era agli occhi del giurista adrianeo.

3. Il rifiuto di Giuliano legato all'assenza di un vantaggio economico per il proprietario dello schiavo ceduto in cambio della manomissione. Tra *negotium* e *donatio*.

Gli elementi sino ad ora raccolti ci hanno indotto ad escludere che la soluzione di Giuliano vada circoscritta allo specifico caso dell'intervenuta evizione, nel presupposto di una riconversione della fattispecie (*facio ut des*) o comunque dell'emersione di vizi tali da impedire la costituzione di un valido rapporto contrattuale (*datio ob rem*) e da suggerire semmai un recupero in via di fatto dello stesso (*a. in factum*). Piuttosto, ci hanno portato a prendere in considerazione l'eventualità che il punto di vista del giurista adrianeo, lungi dal costituire il riflesso di un più generale atteggiamento di chiusura rispetto al fenomeno dei *nova negotia*, riguardasse la possibilità di attribuire natura propriamente contrattuale al caso di *do ut manumittas*, o per meglio dire di individuare in tale vicenda gli elementi dello scambio che egli, al pari di Aristone, riteneva indispensabi-

[66] Sulla questione dei rapporti tra sinallagma aristoniano e contratto vd. quanto si è già osservato in vol. I, cap. II § 1.2.

li perché si potesse prospettare quel συνάλλαγμα, alla cui sussistenza era subordinata la concessione dell'azione civile: al di fuori ovviamente dei casi contemplati nell'editto.

Da questo punto di vista non si può trascurare che si trattava di fattispecie la quale presentava in concreto aspetti tali da mettere teoricamente in discussione la natura 'negoziale' dell'atto complessivamente considerato, il quale, a ben vedere, offriva profili che potevano validamente suggerire un accostamento con lo schema della donazione, specificamente nella forma della *donatio sub modo* o, più propriamente, del c.d. negozio misto a donazione,[67] per lo meno adoperando tale espressione nel senso attribuitole dalla dottrina moderna, di 'gemischte Schenkung' (e non certo nel differente significato che l'espressione latina assume nel notissimo Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18 pr.), con una terminologia ('gemischte Schenkung', appunto) che, com'è evidente, tende a dare maggiore risalto agli elementi donativi dell'atto, più che a quelli negoziali.[68] Basti considerare, in effetti, che alla conclusione dell'intera vicenda, e dunque una volta avvenuta la manomissione del servo, il primo esecutore non avrebbe tratto alcun vantaggio

[67] Sulla questione del c.d. *negotium mixtum*, avente cioè al proprio interno elementi donativi e negoziali, vd. F. VON SAVIGNY, *System* 4 cit., (§ 154), 99 ss., il quale, com'è noto, faceva rientrare nella nozione di negozio misto anche la *donatio sub modo* («Endlich liegt ein solches gemischtes Geschäft auch in jeder donatio sub modo, wegen der dadurch für die Zukunft begründeten Gegenleistung»), 280 ss., ammettendo per questa via la concessione dell'*a.p.v.* (*infra* nt. 112); in senso critico F. HAYMANN, *Die Schenkung* cit., 44 ss. («Die donatio sub modo ist nicht teils Schenkung, teils Synallagma, sondern nichts als donatio»); L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 201: «Die insbesondere noch von Savigny vertreten Auffassung, dass die Schenkung unter Auflage, soweit die Auflage reicht, ein entgeltliches Geschäft (also eben Datum ob causam) sei, ist durch und durch unrömisch […] Vielmehr besteht zwischen Schenkung unter Auflage und Datum ob causam der durchgreifende Unterschied, dass das letztere ein synallagmatisches Geschäft ist, bei welchem die Leistung des Empfängers vom Geber als Äquivalent seiner Gabe gedacht wird, während sie beim Modus nur als eine Minderung derselben erscheint». Sempre sulla combinazione tra *negotium* e donazione vd. C.F.F. SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht* 1 cit., 201 s.; O. KARLOWA, *Das Rechtsgeschäft* cit., 174; E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 42 s., che evidenzia la discontinuità concettuale dell'uso che si è fatto della stessa espressione nella dogmatica moderna, ove ha piuttosto assunto il significato di negozio in cui «opera un abbinamento di funzioni», ovvero con «funzione *complessa*»; per una panoramica sul tema vd. A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 110 ss.

[68] Sul punto vd. le indicazioni di R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 1 ss. e ivi nt. 1; rivela l'inversione lessicale dell'espressione moderna 'donazione mista', rispetto all'espressione latina '*negotium mixtum cum donatione*', già B. BIONDI, *Le donazioni*, in *Trattato dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino 1961, 940 ss., 943, il quale d'altra parte non manca di evidenziare la distanza dogmatica che separa le due nozioni: in proposito vd. *infra* nt.79.

patrimonialmente apprezzabile, che, come tale, venisse in qualche modo a bilanciare il sacrificio sopportato nell'atto di alienare il proprio servo.[69]

Si trattava del resto di attività rientrante nelle opere non locative previste in Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 *Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas*, le quali, al di là di ogni ulteriore considerazione,[70] anche solo sul piano della non facile valutazione dell'interesse all'esatto adempimento, non erano (sempre) tali da recare una diretta ed effettiva utilità patrimoniale per la controparte.[71]

D'altra parte bisogna ancora una volta insistere sul fatto che l'esame del solo profilo schematico non consente di effettuare precise valutazioni circa la contrattualità o meno di una fattispecie. Per lo meno non in ogni circostanza. Il più delle volte è anzi indispensabile andare ad analizzare più attentamente la concreta operazione negoziale posta in essere, attraverso un'indagine che si concentri sulle reali intenzioni, sugli interessi concreti perseguiti dalle parti. In questo senso non bisogna lasciarsi trarre in inganno da quelle testimonianze che

---

[69] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 153 («quand vous aurez affranchi l'esclave, mon patrimoine n'aura rien gagné: Il restera exactement tel qu'il était auparavant»); anche se al più specifico fine di spiegare il mancato ricorso all'*a. de dolo* da parte di Giuliano in Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 (*si ignorans, in factum* <*civilem*>), l'assenza di un vantaggio patrimoniale per il primo esecutore («manca altresì un vantaggio economico a favore del soggetto che dovrebbe dare lo schiavo in cambio della manomissione dello schiavo altrui») non è sfuggita a P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 243, per quanto poi l'autrice, come si è visto (vd. *supra* cap. IV nt. 203, e nt. 29 di questo cap.), abbia ritenuto di dover spiegare la soluzione giulianea con la trasformazione del rapporto in *facio ut des*.

[70] Sulla non semplice questione del significato da attribuire alla locuzione vd. quanto si dirà *infra* § 5.

[71] Questione, questa, che non va ovviamente confusa con quella dell'accostamento tra atto manomissorio e donazione che affiora qua e là tra gli autori di diritto comune, nella prospettiva del rapporto patrono-liberto. In questo senso vd. già Martino in una glossa al titolo D. 40.1 *de manumissionibus* riportata in F.C. VON SAVIGNY, *Geschichte* 4 cit., (*Glossen den Martinus. Digestum novum*) 406 («Ms. Paris. 4458a Quia de donationibus simplicibus et mortis causa tractavit, quia utriusque donationis manumissio similis habetur, dicit etiam de manumissionibus»); soprattutto G. MARANUS, *Opera omnia seu Paratitla Digestorum et varii tractatus juris civilis*, Trajecti ad Rhenum 1741, (*Ad liber XL. Titulus I. De manumissionibus*), 454 («manumissio cum donatione plerumque conjuncta est […] Merito ergo post titulos de donationibus, subjicitur statim de manumissionibus tractatus. Quinimo ad donationis genus manumissio referenda est, definitur enim libertatis datio in *princ*. *Inst. de libert*. ut illa generatim doni datio»); sulla questione vd. F.W.L. VON MEYERFELD, *Die Lehre von den Schenkungen, nach Römischem Recht. Erster Band*, Warburg 1835, 48 ss., in una prospettiva che suggerisce piuttosto una relazione con la connessa ma distinta categoria del *beneficium* («Zu den bedeutendern beneficiis, von denen sich die Schenkung unterscheidet […] gehört vor allen die manumissio servi»).

sembrano suggerire l'idea di una immediata (e semplicistica) associazione tra astratti schemi sinallagmatici e categoria contrattuale.

Si tratta in realtà di brani che, al pari di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, mirano a fornire un quadro riassuntivo e che sono pensati nell'ottica di assolvere una funzione meramente orientativa, in cui i termini effettivi del più articolato processo di valutazione, al quale andava sottoposta di volta in volta la fattispecie concreta, erano destinati a rimanere fondamentalmente inespressi. Si rilegga appunto

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 '[...] *Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc* συνάλλαγμα *esse et hinc nasci civilem obligationem* […] *esse enim contractum, quod Aristo* συνάλλαγμα *dicit* rell.'

Non si può dubitare che il brano costituisca una evidente semplificazione della questione che era chiamato ad affrontare il giurista. Quantomeno con riferimento alla seconda delle ipotesi contemplate, la cui riconduzione al συνάλλαγμα doveva certamente sfuggire agli automatismi apparentemente suggeriti dal brano: *dedi ut aliquid facias: hoc* συνάλλαγμα.

A differenza della prima ipotesi, in cui la descrizione della fattispecie è tale da rendere immediatamente percepibile la presenza di un interesse negoziale di entrambe le parti e in particolare del primo esecutore, al quale interesse si ricollega la contrattualità dell'operazione (*dedi* t i b i *rem ut* m i h i *aliam dares*), nel caso di *do ut facias*, il solo profilo schematico non offre elementi di giudizio che permettano di fare sufficiente chiarezza sulle ragioni che sorreggono l'intera operazione o meglio sulle ragioni che concretamente sorreggono la *datio* o, se si preferisce adottare una prospettiva più marcatamente teleologica, sul fine concreto che con essa si intende perseguire.

L'estrema genericità la rende astrattamente compatibile con l'ipotesi di un'attribuzione patrimoniale ispirata da mera liberalità. A differenza dell'ipotesi di *do ut des*, in cui è espressamente evidenziata la prospettiva dello scambio (di cose: *dedi tibi rem, ut mihi dares*), qui a ben vedere non vi sono neppure elementi per poter affermare, con sicurezza, che entrambi i soggetti sono chiamati a sopportare un sacrificio economico, anche magari in assenza di reciproco arricchimento (scambio in senso proprio). In sostanza, nei vaghi termini descrittivi adoperati dal giurista (*dedi ut aliquid facias*) potrebbe astrattamente rientrare, non solo il caso (già problematico) oggetto della *reprehensio*, in cui si trasferisce la proprietà di uno schiavo in cambio della liberazione di un altro schiavo (appartenente alla controparte), ma anche la ben differente ipotesi, assai diffusa

nella prassi,[72] in cui il trasferimento dello schiavo fosse in realtà funzionale alla sua stessa manomissione da parte dell'accipiente.[73]

Proprio di tale ipotesi si occupa peraltro Aristone nel notissimo Ulp. 71 *ad ed*. D. 39.5.18 pr.-2, in un ordine di idee che, pur nel silenzio del brano, sembra destinato a rimanere al di fuori (come vedremo)[74] delle questioni pratiche e dogmatiche di Ulp. 4 *ad ed.*, nonostante la formale rispondenza dal punto di vista dei caratteri strutturali della vicenda negoziale (*do ut facias*).

Il punto è che, di regola, il profilo (per così dire) schematico della fattispecie si prestava e si presta a diversi inquadramenti sul piano giuridico, perché esso è incentrato sul solo aspetto economico: riassume fondamentalmente, e non sempre esaustivamente, la vicenda economica. Si è già detto che le questioni portate all'attenzione del giurista riguardavano principalmente operazioni economiche anche solo parzialmente realizzate, che avessero dato luogo, il più delle volte, a uno spostamento patrimoniale. Di fronte a chi reclamava per lo meno la restituzione di quanto dato, il giurista era innanzi tutto chiamato a fornire una valutazione giuridica, andando ad analizzare con maggiore attenzione la natura dell'attribuzione patrimoniale. Si rendeva dunque necessario ricostruire l'intera fattispecie. Per farlo, non rimaneva altra via se non quella di affidarsi alla *conventio*, all'accordo che aveva accompagnato (o se vogliamo preceduto) lo spostamento patrimoniale. Nel caso in cui fosse risultato evidente che l'attribuzione fosse stata effettuata al solo e unico fine di arricchire il beneficiario, ecco che allora il giurista avrebbe concluso nel senso di escludere qualsiasi pretesa in capo al richiedente.

Meno semplice doveva risultare l'ipotesi in cui le parti avessero previsto che l'attribuzione patrimoniale venisse messa in relazione a un comportamento da parte del ricevente prospettabile in termini di sacrificio economico. In tal caso si sarebbe infatti reso necessario stabilire quale connessione si ponesse tra le due attribuzioni: se si trattasse di un semplice *modus*, come tale non incompatibile con una configurazione donativa dell'atto, o se invece si fosse in presenza di un elemento determinante dal punto di vista delle ragioni dell'attribuzione patri-

---

[72] In proposito vd. F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 753 lett. *gg*). Quello della manomissione dei servi è un tema estremamente ricorrente nelle fonti e che non infrequentemente si inseriva in operazioni 'negoziali' di diversa natura, dalle donazioni a operazioni di compravendita, in cui era fatto obbligo al compratore di affrancare il servo, a partire da un certo momento. Si veda ad es. il titolo C. 4.57 '*Si mancipium ita fuerit alienatum, ut manumittaur vel contra*'.

[73] F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 753 lett. *gg*).

[74] *Infra* §§ 4-4.2.

moniale, nel senso che diversamente la parte non vi avrebbe dato corso.[75]

In altri termini, potevano prospettarsi una serie di situazioni poste a confine, in cui doveva risultare estremamente difficoltoso giungere a una valutazione esatta della fattispecie, potendo questa assumere diverse configurazioni non facilmente distinguibili tra loro. *Datio ut*, come donazione modale ('Schenkung mit Auflage')[76] o se del caso anche di scopo;[77] *datio ut*, come *contractus*; *datio si*,

---

[75] La complessità dell'operazione interpretativa cui erano chiamati i giuristi, nella valutazione delle varie clausole negoziali che potevano di volta in volta accompagnare il compimento di atti di attribuzione patrimoniale, è ben evidenziata da G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 44 ss., su cui vd. *infra* nt. 77.

[76] A tale donazione è dedicato, com'è noto, un apposito titolo nel *Codex*: C. 8.54(55) '*de donationibus quae sub modo vel condicione vel ex certo tempore conficiuntur*'. Sulla donazione modale vd. C. G. WÄCHTER, *Doctrina de condictione* cit., 89 ss.; F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 807 ss., ove la *donatio sub modo*, assieme alla c.d. *donatio remuneratoria*, viene contrapposta alla *donatio* c.d. *mera* o *simplex*; C.F. MÜHLENBRUCH, *Doctrina pandectarum*. *Editio nova*, Bruxellis 1838, (§ 445) 420 s.; sempre in proposito e per la distinzione tra *modus simplex* e *qualificatus* (in cui cioè a trarre beneficio dal *modus* è lo stesso donante o un terzo) vd. C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* IV cit., 464 ss.; F. HAYMANN, *Die Schenkung* cit., 24 ss.; su questo aspetto specifico vd. anche L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 200; G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 42 ss.; A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 2 s. Sulla conoscenza da parte della giurisprudenza classica dello «schema concettuale della *donatio sub modo*», ma più in generale della figura dell'onere, vd., in senso decisamente negativo, M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 271 ss., 275 ss., il quale è orientato a fissare una vaga emersione della categoria solo in epoca giustinianea, circostanza che d'altra parte non impedisce all'autore di fare largo uso dell'espressione e della nozione di *donatio sub modo*, pur con la precisazione (272 nt. 67) che si trattava di un'operazione dalla «portata soltanto terminologica», legata all'esigenza di una più «comoda maniera di esprimersi»; sull'assenza di una precisa caratterizzazione tecnica del temine *modus* da parte della giurisprudenza classica vd. già S. DI SALVO, *Impostazione terminologica di una ricerca sul 'modus' in diritto romano*, in Atti dell'Accademia di scienze Morali e Politiche di Napoli 80, 1969, 147 ss., 176 s. e ivi nt. 97, con diagnosi interpolazionistica per le fonti (in ogni caso non numerose) in cui si registra con sicurezza un tale utilizzo, fatti salvi C. 6.45.1 (Carac., a. 211) – in cui, a detta dell'autore, può «individuarsi il primo caso […] di impiego tecnico della parola, anche se non si parla semplicemente di *modus*, ma di *modus adscriptus*» –, e C. 6.45.2.1 (Gord., a 240): ai compilatori si dovrebbe piuttosto una generalizzazione di tale impiego (176 s.); dello stesso autore vd., in un ordine di idee che estende però i sospetti anche ai provvedimenti imperiali appena citati, seppur nella prospettiva di alterazioni di epoca postclassica, ID., *Il legato modale in diritto romano elaborazioni dommatiche e realtà sociali*, Napoli 1973, 102 s.; per l'acquisizione di un significato tecnico solo in epoca giustinianea vd. M. KASER, RPR I,[2] 259 e ivi nt. 74 («*Modus* wird erst bei Justinian technisch»); sulla questione vd. più recentemente A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 12 ss. Sulla varietà di impiego del sostantivo, in una prospettiva che però non nega un suo uso in senso tecnico, vd. B. BIONDI, v. *Modo*, in Noviss. dig. 10, 1964, 820 s.; nello stesso ordine di idee B. ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 275 ss., che denuncia al più un'oscil-

come trasferimento condizionale, eventualmente anche a titolo di donazione:[78]

lazione terminologica: «ben distinto dalla condizione – pur se talvolta designato *condicio* nelle fonti (ma in età giustinianea si tende ad un maggior rigore terminologico) – il *modus*».

[77] Si pensi al notissimo Iul. 60 *dig.* D. 39.5.2.7, che, al di là del modo di esprimersi del giurista (*donavi ea condicione, ut inde Stichum sibi emeret*), ci pone di fronte a una situazione dogmatica certamente differente rispetto a quella della donazione condizionale (così già A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 199; da ultima, A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 35) e che semmai presenta maggiori affinità con la donazione modale, senza che tuttavia l'acquisto dello schiavo possa considerarsi in senso proprio un *modus* rispetto all'atto attributivo. Di qui appunto la preferibile configurazione come donazione di scopo: più in generale, per un possibile accostamento del *modus* alla *causa*, come obiettivo finale ('Endzweck') o fine accessorio ('Nebenzweck', 'Nebenabsicht'), vd. C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* IV cit., 460 ss.; A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 196 ss.; per la letteratura recente A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 2 s., 39 ss. È appena il caso di osservare come per la soluzione della questione non si potesse prescindere da un attento esame della singola fattispecie, guardando in particolare al profilo della intenzionalità del soggetto donante, al di là di astratte valutazioni di ordine dogmatico. Come tiene a precisare il giurista: *facti magis quam iuris quaestio est* (per la genuinità dell'inciso vd. A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 35 e ivi nt. 84). Si legga appunto il brano: *Tertio decem donavi ea condicione, ut inde Stichum sibi emeret: quaero, cum homo antequam emeretur mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam. respondi: facti magis quam iuris quaestio est: nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condictione repetam: si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis quam condicio dandae pecuniae existimari debebit et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit*. In proposito vd. A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 198 s.; con diagnosi interpolazionistica, G. BESELER, *Beiträge* 4 cit., 160. Per la genuinità vd. G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 46 s., il quale richiama il brano a testimonianza delle incerte aree di confine tra *datio ob rem* e «*datio ut*, da intendersi come donazione modale»; più recentemente R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 133 s. e ivi nt. 54; A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 34 ss. Per la correzione di *Tertio* (*Tertio decem donavi*) in apertura di brano con *Titio* vd., tra i tanti, G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 46; A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 34 s. nt. 79. Sul rilievo della testimonianza in materia di presupposizione vd. B. WINDSCHEID, *Die Voraussetzung*, in AcP 78, 1892, 182; con valutazione di segno opposto O. LENEL, *Nochmals die Lehre von der Voraussetzung*, in AcP 79, 1892, 75 s.; sulla polemica tra i due giuristi vd. S. DI SALVO, *La polemica sulla 'presupposizione' tra riflessione storiografica e impostazioni dogmatiche*, in Index 19, 1991, 215 ss., 218 (ove riferimento a Iul. 60 *dig.*).

[78] Si consideri, ad es., Iul. 17 *dig.* D. 39.5.1 pr.-1: *Donationes complures sunt. dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur. dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub condicione est. item cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti, non proprie donatio dicitur, sed totum hoc donatio est, quae sub condicione solvatur. qualis est mortis causa donatio.* 1 *Igitur cum dicimus inter sponsum et sponsam donationem valere, propria appellatione utimur et factum demonstramus,*

senza escludere possibili combinazioni come nel caso, appena richiamato, di Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18 pr.-2, in cui dall'apposizione di un termine veniva a delinearsi una pluralità di cause sul piano della successione temporale.[79] Quello

quod ab eo proficiscitur, qui liberalitatis gratia aliquid dat, ut confestim faciat accipientis nec umquam ullo facto ad se reverti velit. cum vero dicimus, si hac mente donat sponsus sponsae, ut nuptiis non secutis res auferatur, posse repeti, non contrarium priori dicimus, sed concedimus inter eas personas fieri donationem eam, quae sub condicione solvatur. Sul testo vd. G. BESELER, *Beiträge* 3 cit., 110, ove sospetti sulla frase '*et propter-munificentiam exercuit*'; adesivamente F. PRINGSHEIM, *Animus donandi* cit., 286 s.; sempre sul brano vd. M. TALAMANCA, *Donazione possessoria* cit., 272 s. e ivi nt. 54; G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 280 ss.; ID., v. *Donazione (diritto romano)*, in Enc. dir. 13, Milano 1964, ora in *Scritti* 2 cit., 993; U. ROBBE, *Diritto ereditario romano. I principi generali e fondamentali. Introduzione. La diversa efficienza causale della morte dell'uomo*, I, Napoli 1965, 84 ss., con discussione della letteratura; R. BACKHAUS, *Casus perplexus. Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz*, München 1982, 109 ss.; più recentemente A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 33 s. Sulla riconduzione della donazione con condizione potestativa alla donazione in senso stretto vd. con dubbi («[…] verliert auch eine bedingte Schenkung in solchen Fällen, wo die Bedingung eine potestative ist, und also in einer Leistung des Donatars besteht, den Charakter einer reinen Schenkung») F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 816 lett. dd), consistendo in definitiva la condizione in una prestazione a carico del donatario.

[79] Che non si tratti di negozio misto in senso moderno, ma di mutamento della causa nel tempo, è opportunamente evidenziato in dottrina: in questo senso vd. G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 5, 38; B. BIONDI, *Le donazioni* cit., 940 ss. («*negotium mixtum cum donatione* importa […] non mescolanza […] ma successione nel tempo»); ID., *Chiarimenti intorno al negotium mixtum cum donatione e alla donazione indiretta*, in Banca e Borsa 23, 1960 = ID., *Scritti giuridici IV. Diritto moderno e varietà*, Milano 1965, 571 ss.; ID., *Negotium mixtum cum donatione*, in Giurisprudenza italiana 1, 1962 = ID., *Scritti giuridici* 4 cit., 567 ss.; S. BROISE, *Animus donandi* cit., 69 nt. 69, il quale denuncia «l'errore degli antichi interpreti di aver voluto costruire su tale passo la categoria del negozio misto, inteso quale combinazione di cause diverse unite in una funzione complessa»; con indicazioni bibliografiche, E. STOLFI, *Studi* 2 cit., 210 nt. 236; R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 56 ss., 72 ss. e ivi nt. 55, ove riferimenti allo stato della questione presso la Pandettistica dei primi del Novecento, 259 s.; A. SALOMONE, *Venditio donationis causa*, Torino 2012, 136, 154. Una connessione col tema del negozio misto può semmai trovarsi in Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.5.2 '[…] *si aliarum extrinsecus rerum personarumve causa commixta sit, si separari non potest, nec donationem impediri, si separari possit, cetera valere, id quod donatum sit non valere*': in questo senso vd., con diagnosi però interpolazionistica, G.G. ARCHI, *Animus donandi* (*Scritti* 2) cit., 1039 s.: «si ha un negozio a titolo oneroso, che nello stesso tempo […] realizza anche la *causa donationis*»; ID., *Donare e negotium gerere* (*Scritti* 2) cit., 687; sempre nel segno di una differenziazione rispetto alla costruzione aristoniana del *negotium mixtum cum donatione*, vd. R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 196 ss., 217 ss., il quale discorre di «*causa commixta* inscindibile», producendo qui *negotium* e *donatio* «simultaneamente i rispettivi effetti», per quanto l'autore escluda una «"fusione" in senso moderno delle due cause (238), ritenendo anzi tale prospettiva «fuorviante» (257 ss.), oltre che impraticabile per via della disomo-

dell'ibridazione tra funzione negoziale (intesa nel senso romano del termine) e funzione donativa nell'ambito di un medesimo rapporto era del resto questione sulla quale in più di un'occasione si erano fermati a riflettere i giuristi romani, da prospettive e con riferimento a vicende opposte. Poteva darsi l'eventualità che l'elemento estraneo e dunque manipolativo della struttura funzionale prevalente fosse quello negoziale (come nell'ipotesi della *donatio sub modo*);[80] così come poteva diversamente verificarsi un'intrusione di elementi donativi, come nel caso di pattuizioni in grado di incidere sulla configurazione giuridica ed economica di un determinato rapporto contrattuale, in modo da provocare, con intento donativo, un vantaggio patrimoniale per uno dei contraenti: si pensi all'ipotesi (certo più nota) della c.d. *venditio donationis causa*,[81] rispetto alla quale i giuristi erano chiamati a valutare la coerenza dell'elemento donativo con la struttura complessiva del contratto, soprattutto laddove l'operazione rischiava di tradursi in un espediente elusivo del divieto di donazione tra coniugi.[82]

Anche le formule espressive adoperate in sede di descrizione delle fattispecie mostrano spesso evidenti e non trascurabili affinità se non addirittura coincidenze sul piano lessicale,[83] che non solo rendono assai problematica una precisa

---

geneità presentata dalle cause in questione (258, 265): almeno sino all'epoca di Costantino, quando la donazione da *causa adquirendi* si sarebbe «trasformata in negozio bilaterale»; in proposito vd. anche *infra* nt. 388.

[80] In maniera parzialmente differente F. VON SAVIGNY, *System* 4 cit., 283, per il quale nella *donatio sub modo* gli elementi negoziali e donativi si sarebbero spesso così strettamente intrecciati da impedire l'individuazione di una struttura prevalente o fondamentale («bei der donatio sub modo der Theil des Geschäfts, welcher die Schenkung enthält, mit dem Modus unzertrennlich verbunden ist, so daß oft nicht einmal unterschieden werden kann, welche unter den beiden vereinigten Absichten bei dem Geber die vorherrschende war»).

[81] Lo stesso deve dirsi per l'ipotesi della *locatio donationis causa* (ad es. Paul. 34 *ad ed.* D. 19.2.20.1, Ulp. 69 *ad ed.* D. 19.2.46): in proposito vd., con ulteriore elencazione di fonti, F. VON SAVIGNY, *System* 4 cit., 99 ss.

[82] Si pensi a Pomp. 14 *ad Sab.* D. 24.1.31.4, Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.5.5, Afr. 4 *quaest.* D. 16.1.17 pr.; sulle testimomianze richiamate vd., con ampi riferimenti alla letteratura, R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 178 ss. e ivi nt. 15, 200 ss., 222 s. nt. 21, al quale in particolare si rinvia per una valutazione del diverso quadro solutivo proposto dai vari giuristi protagonisti della testimonianza ulpianea (Giuliano, Nerazio, Pomponio), dal quale sembrerebbe evidenziarsi, da parte di Nerazio e Pomponio (a differenza di Giuliano), il ricorso a un approccio ermeneutico diretto ad «accertare la reale volontà delle parti», in una ricostruzione della vicenda quanto più possibile attenta all'*id quod actum est*; ancora più recentemente A. SALOMONE, *Venditio donationis causa* cit., 25 ss., 34 ss.

[83] Sulla fluidità di linguaggio dei giuristi romani in materia di *modus* e condizione, non sem-

qualificazione giuridica della vicenda, ma soprattutto attestano quanto fossero in concreto incerti i confini tra aree concettuali teoricamente invece ben contraddistinte sul piano dogmatico,[84] come quelle della *donatio*, del *negotium* (*contractum*) e ancora per finire, in senso ancora più ristretto, del *contractus*.[85]

---

pre rispettoso di certi schematismi lessicali (rispettivamente: *do ut*, *do si*) e con non infrequenti scambi terminologici, vd. F.L. KELLER, *Pandekten* cit., 103 s. e ivi nt. 1; nello stesso ordine di idee C. MAYNZ, *Cours de droit romain. Tome premier*,[5] Bruxelles-Paris 1891, 473 s., con la conclusione: «Il va de soit que, pour déterminer la nature et l'effet des actes, il faut plutôt considérer l'intention réelle des parties que les termes dont elles ont pu se servir»; sulla questione da ultima, con letteratura, A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 1 ss. Quello dell'interpretazione di clausole di questo genere rappresentava un tema al quale la giurisprudenza aveva prestato, com'è noto, particolare attenzione: al riguardo si vedano ad es. Scaev. 8 *quaest.* D. 35.1.80 e soprattutto, con efficace esempio delle difficoltà che potevano in concreto insorgere al riguardo, Mod. 10 *dig.* D. 40.4.44: in proposito, e per una prima valutazione di entrambi i brani, si rinvia a G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 43 s.; sul brano di Scevola vd., più recentemente, A. SPINA, *Ricerche sulla successione testamentaria nei Responsa di Cervidio Scevola*, Milano 2012, 269 ss., con resoconto (nt. 37) della principale letteratura; su Mod. 10 *dig.* D. 40.4.44 vd. A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 37 ss., con riferimenti bibliografici.

[84] Per una netta demarcazione tra le due nozioni vd. E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 37 ss. («l'antitesi […] tra la *donatio* […] e il *negotium* è netta ed invalicabile»); così anche B. BIONDI, *Chiarimenti intorno al negotium mixtum* (*Scritti* 4) cit., 572 s. («I due concetti sono incompatibili: dove c'è un affare non ci può essere liberalità. Il *negotium* incomincia quando finisce la liberalità»); ID., *Le donazioni* cit., 941; soprattutto U. ROBBE, *Diritto ereditario romano* cit., 120 ss., in quale traeva così conforto alla propria tesi secondo la quale la *donatio mortis causa* sarebbe constata di due parti: «la prima, la donazione pura e semplice che non è un *negotium* […] la seconda, la *mortis causa*, che consiste nella possibilità di revoca», alla quale duplicità di elementi costitutivi non avrebbe potuto che corrispondere, a detta dello studioso, una speculare duplicità (per così dire) degli strumenti negoziali («se la *donatio mortis causa* si compone di due parti, le quali dal punto di vista strutturale sono fra loro contrapposte, deve necessariamente essere compiuta pure con due rispettivi negozi»), dovendosi in particolare riconnettere a una *stipulatio* il fondamento dell'obbligo restitutorio: risalirebbe piuttosto al diritto postclassico-bizantino l'idea della *d.m.c.* come negozio unitario; sulla contrapposizione tra le due nozioni vd. anche R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 67 ss., che discorre di «insanabile antitesi»; A. SALOMONE, *Venditio donationis causa* cit., 137, 150.

[85] La questione è ben evidenziata in H. STORCH, *Der heutige, insbesondere landrechtliche Darlehns-Vertrag und die Bedeutung der l. 20 D. XII. 1 (de rebus creditis) für denselben. Ein Beitrag zur Frage der Realkontrakte*, Berlin 1878, 17 s. («[…] hat die fortschreitende Rechtsentwickelung ein Mittelding zwischen reiner Schenkung und reiner ob rem datio u. z. in zwiefacher Weise geschaffen»); sull'incerto discrimine tra donazione modale e contratto in relazione allo schema della *datio ut* vd. già G.G. ARCHI, *Donazione* (*Scritti* 2) cit., 993 s.; non manca di sottolineare come si tratti di distinzione astratta e dogmatica anche M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 273 ss., il quale nota come sia un problema dibattuto quello dei rapporti tra *donatio sub modo* e *datio ob rem* e della loro compatibilità, 277 («è evidente come risulti

Da questo punto di vista assai significativo può ritenersi

C. 4.6.2 (Alex., a. 227): *Si, ut proponis, pater tuus ea lege sorori tuae praedia ceterque quorum meministi donavit, ut creditoribus ipsa satisfaceret ac, si placita observata non essent, donatio resolveretur, eaque contra fidem negotii gesti versata est, non est iniquum actionem condictionis ad repetitionem rerum donatarum tibi qui patri successisti decerni*.

Il brano non è certo sfuggito in dottrina, la quale, al di là di certi sospetti sulla genuinità della soluzione in concreto prospettata,[86] ha giustamente evidenziato il ricorso all'espressione *negotium gestum* per descrivere questa ipotesi di donazione modale (*donavit ut*),[87] che altro poi non sarebbe, in assenza del qui presente processo di precomprensione giuridica (*donavit ut*), un caso di *dedi ut* (*faceres*). Una fattispecie, dunque, che, arrestandosi a una valutazione dei soli

astratta la questione se debbano essere ritenute rigorosamente distinte le figure della donazione modale e della *datio ob rem*»).

[86] Sospetti al riguardo si trovano in A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 274 nt. 1, che pensa a un'originaria applicazione dell'*a. fiduciae*, sul presupposto di una *mancipatio nummo uno* («Es ist […] möglich, dass der seltsame Ausdruck actio condictionis geradezu für *a. fiduciae* eingesetzt worden ist»), senza escludere del tutto la possibilità di un impiego dell'azione reale in ragione dell'efficacia risolutiva del patto (*ut donatio resolveretur*); rilievi anche («Diese actio condictionis ad repetitionem rerum donatarum erscheint in Munde Alexanders ebenso auffällig, wie die ad repetundum condictio […] in L. 5 § 2 D. 19.5») in F. HAYMANN, *Die Schenkung* cit., 133, ove ci si interroga sull'utilità di un patto risolutivo se effettivamente all'epoca di Diocleziano si fosse ammessa la *condictio ob causam* in caso di mancato adempimento del *modus*; pensa a un impiego dell'*a. fiduciae*, sulla scia di Pernice, L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 201 nt. 24; adesivamente, con critica rivolta contro l'espressione *actio condictionis*, F. SCHULZ, *Interpolationenkritische Studien*, in *Festschrift für E. Zitelmann*, München-Leipzig 1913, 7 s. Per la genuinità vd. già F.W.L. VON MEYERFELD, *Die Lehre von Schenkungen* 1 cit., 415; sempre in difesa del testo vd. B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, Milano 1956, 711 nt. 1; G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones (Studi* 2*)* cit., 764 s., che si limita ad appuntare la parola '*condictionis*', rivendicando d'altra parte la coerenza del brano col pensiero genuino dei giuristi classici, i quali avrebbero subordinato l'impiego della *condictio* alla sussistenza di un *negotium* da intendersi nel senso di dazione qualificata dalla presenza di apposito accordo restitutorio («si tratta di donazione modale, alla quale viene esteso […] il rimedio della *condictio* e quale presupposto di questa appare la *datio* col patto di restituzione al verificarsi di dati eventi»); da ultima A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 51 s.

[87] F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 816 lett. *dd*); difende il ricorso alla categoria del *negotium*, trattandosi qui, per l'appunto, di donazione modale, F.W.L. VON MEYERFELD, *Die Lehre von Schenkungen* 1 cit., 415 nt. 101 («Der Ausdruck ist hier ganz richtig»); negli stessi termini, come si è appena osservato, G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones (Studi* 2*)* cit., 764.

elementi strutturali, presentava il medesimo impianto schematico che caratterizzava i rapporti sinallagmatici in senso stretto, senza contare peraltro il richiamo al valore impegnativo della *fides* (qui inusualmente riferito al *negotium*: *contra fidem negotii*),[88] che in non rare occasioni troviamo adoperato, soprattutto nel linguaggio della cancelleria imperiale, in contesti solutivi diversamente orientati alla concessione dell'azione contrattuale, sia tipica che atipica.

Forse ancora più interessante si rivela

D. 39.6.35.3 (Paul. 6 *ad l. Iul. et Pap.*): *Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet ut, cum convaluerit, reddatur sibi: nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit quasi re non secuta propter hanc rationem, quod ea quae dantur aut ita dantur, ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut Lucius Titius, aut ut aliquid optingat, et in istis condictio sequitur*

Il brano riguarda l'istituto della *donatio mortis causa*.[89] È interessante notare

[88] È certo il caso di evidenziare come l'espressione non sia attestata altrove. Frequenti sono invece, com'è noto, le formulazioni espressive in cui l'idea della *fides* viene associata al profilo dell'accordo (*fides placiti*, *conventionis*) o del contratto (*fides contractus*, per l'appunto). Si vedano in tal senso (*fides conventionis*) C. 2.3.7 (Ant., a. 213), C. 4.35.20 pr. (Diocl. et Max., s. d.), ove l'azione contrattuale è esclusa però per illiceità della causa; C. 4.49.10 (Diocl. et Max., a. 293), C. 4.65.15 (Valer. et Gallien., a. 259); C. 5.12.6 (Alex., a. 236); C. 8.34.2 (Diocl. et Max., a. 293); C. 8.42.20 (Diocl. et Max., a. 294); Pap. 4 *resp.* D. 23.4.26.3; Paul. Sent. 2.13.5. *Fides placiti*: il notissimo C. 2.4.6.1 (Alex., a. 230); C. 4.4.9.12 (Diocl. et Max., a. 294); C. 4.64.4.1 (Diocl. et Max., s. d.); C. 8.27.20 (Diocl. et Max., a. 294); C. 8.38(39).3.1 (Diocl. et Max., a. 290): brano ben noto su cui Giffard avrebbe costruito buona parte della propria tesi sull'*actio qua incertum petimus*: A. GIFFARD, *L'action qua incertum petimus* (*Études*) cit., 155; C. 8.54.3 pr. (Diocl. et Max., a. 290) da associare a Fragm. Vat. 286, su entrambi i quali vd. *infra* in questo stesso §; Cons. 9.4. *Fides contractus*: C. 4.39.6 (Alex., a. 230); C. 4.54.1 (Ant., a. 216); C. 4.54.2 (Alex., a. 222); C. 4.65.19 (Diocl. et Max., a. 293); Ulp. 5 *opin.* D. 8.4.13 pr.; Ulp. 32 *ad ed*. D. 19.1.11.18; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.19.9; Pap. 11 *resp*. D. 19.5.9; Ulp. 6 *disp*. D. 40.1.4.2.

[89] B. BIONDI, *Appunti intorno alla donatio mortis causa*. II. *La revoca della donatio m. c.*, in AUPE 2, 1914, (Estratto) 35 s., per il quale la revoca non sarebbe tuttavia da mettere in relazione con la struttura dell'istituto, quanto con la conclusione di apposito patto restitutorio: sarebbe stato piuttosto il diritto giustinianeo a considerare la clausola di revoca come «sempre sottintesa»; ID., *Successione testamentaria* cit., 710 s. nt. 3; G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 4 s.; ID., 675 s.; M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa* cit., 141 ss.; G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones (Studi 2)* cit., 762; M. TALAMANCA, *Donazione possessoria* cit., 273 nt. 57; U. ROBBE, *Diritto ereditario romano* cit., 119; L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione* cit., 108 ss., 141 s.; A. SALOMONE, *Venditio donationis causa* cit., 148 ss.; ID., *'Donationes sub modo'* cit., 76.

come il giurista severiano individui un elemento negoziale (*qua parte* […] *negotium gerit*) nell'atto donativo, dovuto al fatto che il donante abbia legato la donazione alla propria morte, con l'intenzione e nel presupposto che quanto donato gli venisse restituito nel caso in cui l'evento paventato non si fosse verificato (*cum convaluerit*). Di questo avviso erano i giuristi di scuola sabiniana,[90] i quali, proprio per tale ragione non avevano dubbi (*nec dubitaverunt*) sulla possibilità di ricorrere alla *condictio*,[91] tenuto conto peraltro che un impiego dell'azione ripetitiva era generalmente ammesso in tutti i casi in cui, non diversamente dall'ipotesi in questione, fosse previsto uno spostamento patrimoniale finalizzato al compimento di un preciso comportamento. Il testo non è certo esente da mende. Soprattutto nella parte conclusiva il testo appare guasto e si ha la sensazione che sia caduto qualcosa. Non può certo passare inosservato l'anacoluto che spezza la sequenza sintattica del periodo finale (*quod ea quae dantur aut ita dantur, ut* […] *et in istis condictio sequitur*). Ciò però non può rappresentare un pretesto per mettere in dubbio la classicità della parte conclusiva del brano, a partire dalle parole *quasi re non secuta* o *propter hanc rationem*' (a seconda dei diversi punti di vista),[92] se non peggio dell'intera testimonian-

[90] Così P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 375, ove si insiste sulla stretta connessione esistente tra tale configurazione dogmatica e la possibilità di ricorrere alla *condictio* («i Sabiniani vedono un *negotium gestum* anche nella *donatio mortis causa* perché qui pure è ammissibile la *condictio*»).

[91] Assai dibattuta in dottrina rimane la questione di quale fosse il punto di vista dei Proculeiani. C'è chi ha pensato a un impiego della rivendica (così F.L. KELLER, *Institutionen. Grundriss und Ausführungen*, Leizig 1861, 344 s., sul presupposto di un effetto traslativo sottoposto a condizione sospensiva o risolutiva); chi all'*a.p.v.*, in concorso ovviamente con la *condictio c.d.c.n.s* (C. BUFNOIR, *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain*, Paris 1866, 143 e ivi nt. 1: «soit la *condictio* […] soit l'action *praescriptis verbis*, admise seulement par les Proculiens»); chi ancora all'*a. in factum* (V. SCIALOJA, *Teoria della proprietà nel diritto romano. Lezioni ordinate e curate da Pietro Bonfante* II, Roma 1931, 389). Per una valutazione d'insieme si veda M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa* cit., 143 ss., per il quale i Proculeiani sarebbero stati incerti «se non addirittura contrari» ad offrire «protezione giuridica a chi avesse trasferito immediatamente la proprietà a scopo di *d.m.c.*», senza ricorrere agli strumenti del negozio fiduciario o stipulatorio, che lo avrebbero messo nella condizione di potersi avvalere dei relativi mezzi di tutela.

[92] Così A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 280 nt. 1, per il quale l'intera chiusa (a partire dalle parole *propter hanc rationem*) sarebbe opera dei compilatori che avrebbero agito in base a sollecitazioni di ordine didattico, analogamente a Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5; P. BONFANTE, *Lucri a causa di morte* cit., 141 s.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 375; G. BESELER, *Beiträge* 3 cit., 135; ID., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 5, Tübingen 1931, 69 («Propter rell. ist sicher eine Randbemerkung eines Schudlmeisters»); («è di mano dei compilatori o fors'anche

za.[93] Soprattutto non vi è motivo di muovere rilievi sul piano della logica argomentativa e, come vedremo, delle possibili interferenze tra le diverse aree concettuali del *negotium* e della *donatio*.[94]

Ciò che conta dal nostro punto di vista è come una vicenda donativa venisse inquadrata, seppur in via di semplice accostamento, di assimilazione (*quasi re*

---

rappresenta una glossa pregiustinianea») M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa* cit., 141 ss., 147, per il quale la parte conclusiva della testimonianza sarebbe espressione dell'avvicinamento della *donatio mortis causa* alla categoria dei contratti innominati. In termini ancor più radicali giudicava compilatorio il brano già partire dalle parole *quin condictione* E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 47. Per la genuinità sostanziale vd. però F. HAYMANN, *Textkritische Studien* 2 cit., 165 nt. 1; in difesa del testo vd. più recentemente L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione* cit., 108 ss.

[93] Una critica integrale al testo, giudicato inservibile per il diritto classico, si trova in F. PRINGSHEIM, *Animus donandi* cit., 281, per quanto la maggior parte dei rilievi (formali) sollevati dall'autore colpissero, in effetti, il precedente § 2, all'evidente scopo di mettere in discussione l'attendibilità del ragionamento sviluppato nel § 3 («Im § 3 leitet ergo keine Folgerung ein»), che del § 2 dovrebbe costituire il corollario giuridico (3. *ergo* qui mortis causa […]). Quanto al § 3 l'autore si limitava, in realtà, a registrare l'assenza del soggetto del verbo '*reddatur*', con un rilievo non poi così decisivo, essendo comunque evidente che a essere chiesto indietro non poteva che essere quanto donato; adesivamente vd. H.H. PFLÜGER, *Zum Lehre vom Erwerbe* cit., 79; rilievi (sull'uso del verbo *cogitare*) in G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *Studi in onore di S. Riccobono* 1 cit., 305; giudica eccessivi i sospetti di Pringsheim, svalutando i rilievi dello studioso tedesco verso la congruenza dell'avverbio *ergo*, M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa* cit., 142 e ivi nt. 149, che (come si è accennato: nt. prec.) uncina il brano solo a partire dalle parole *quasi re non secuta*; critico sulla genuinità del brano anche S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa* cit., 59 s. nt. 51, il quale, a differenza di Pringsheim, è disposto a salvare «al massimo […] la prima frase "*Ergo-reddatur sibi*"», facendo peraltro osservare, sempre a sostegno di una diagnosi interpolazionistica, la presenza di grossolani e ripetuti errori ortografici nel testo della *Florentina* («*Cassani* per *Cassiani*; *Timus* per *Titius*; *condicio* per *condictio*»); con le stesse conclusioni U. ROBBE, *Diritto ereditario romano* cit., 119 s. e ivi nt. 239, a giudizio del quale sarebbe qui contenuta «la nuova concezione giustinianea del contratto innominato e della *quasi re non secuta*».

[94] Opportunamente invita a non esasperare la contrapposizione fra donazione e *negotium* («tra le due nozioni non esiste un netto divario, ma piuttosto una gradazione») M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa* cit., 142 nt. 149, per il quale non deve pertanto «sorprendere l'applicazione alla *d.m.c.* del termine *negotium*»; così in sostanza («non si vede per quale ragione […] non debba apparire corretto il riferimento del termine *negotium* a proposito della *donatio mortis causa*») anche E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 47 s., che pure, come si è detto, condannava tutta la seconda parte del brano; non mostra di avere dubbi sul fatto che Paolo individui «nell'ambito complessivo dell'operazione un *negotim gestum*» L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione* cit., 109 ss.; non parrebbe sollevare rilievi sulla genuinità neppure A. SALOMONE, *Venditio donationis causa* cit., 150 s.; più in generale, per un ridimensionamento dell'antitesi *negotium-donatio* vd. A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 87 s.

non secuta),[95] nello schema dello scambio, più generalmente caratterizzante le operazioni propriamente negoziali. Il modo di procedere del giurista è molto interessante e all'apparenza duplice, nel senso che dà la sensazione di svilupparsi attraverso un sapiente intreccio di differenti modelli argomentativi, in cui l'iniziale (e in effetti dominante) prospettiva sillogistico-deduttiva, costruita sulla riconduzione, ancorché parziale (*qua parte*), della *species* (*qui mortis causa donat*) all'interno del *genus* (*negotium*), sembra combinarsi con i meccanismi propri del ragionamento paradigmatico, i quali diversamente operano attraverso l'individuazione di analogie tra *species* (*propter hanc rationem, quod ea quae dantur aut ita dantur, ut* rell.).

In realtà, a essere preso come riferimento sul piano solutivo è un insieme di casi specifici o se vogliamo uno schema generale (*ea quae dantur*), in modo che la soluzione deve pur sempre considerarsi l'esito di un processo di inquadramento all'interno di un modello generale, alla cui struttura schematica (*ea quae dantur aut ita dantur, ut aliquid facias*) è in definitiva riferibile anche l'ipotesi della *donatio mortis causa*: nel senso che, anche in questo caso, può dirsi che vi è un trasferimento i cui effetti e il loro perdurare sono messi in relazione al verificarsi o meno di un preciso evento (*do ut*), senza che siano (però) previsti automatici effetti risolutivi in caso di uno sviluppo degli eventi diverso da quello atteso. In sostanza si tratta di una deduzione per schemi, anziché per concetti: o perlomeno di deduzione in cui il concetto rimane inespresso.

È bene inoltre osservare come l'impianto argomentativo adoperato da Paolo, sulla falsariga dei giuristi sabiniani, per supportare la concessione della *condictio* in via di ripetizione, riproponga i medesimi canoni argomentativi ed espressivi che troviamo altrove adoperati a sostegno dell'azione contrattuale. Abbiamo appunto la relazione di scambio, intesa ovviamente nel senso latissimo prima evidenziato (*quod ea quae dantur aut ita dantur, ut aliquid facias* […]); abbiamo inoltre il richiamo alla nozione di *negotium*, particolarmente cara a Ulpiano.[96]

---

[95] Sul frequente impiego di espressioni come questa da parte di Paolo e sulla logica delle '*quasi*-Konstruktionen' vd. G. ROMANO, *Brevi considerazioni* cit., 55 ss.; eccessivi i sospetti sollevati da A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 280 nt. 1, nell'ambito, d'altra parte, di una diagnosi che proponeva di sopprimere, come si è detto, l'intera chiusa '*quasi re non secuta-condictio sequitur*'; nello stesso ordine di idee («molto sospetta») M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa* cit., 142.

[96] Compilatorio il riferimento al *negotium* per F. PRINGSHEIM, *Animus donandi* cit., 281; non muove rilievi G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones (Studi 2)* cit., 762; così, come si è detto, più recentemente L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione* cit., 109 ss. Sul ricorso alla nozione di *negotium* da parte del giurista severiano a supporto della decisione di concedere l'azione contrattuale atipica vd. quanto si è osservato in vol. I, cap. III § 1.3, in aggiunta a ciò che si dirà *infra* nel § 6.

Si tratta di un esempio ben rappresentativo degli elementi di contatto se non addirittura della sovrapponibilità delle due questioni, al punto che ripetizione e adempimento in sostanza riposavano sulla stessa logica argomentativa. Il che certo non deve stupire, se solo si tiene conto della coincidenza (seppure parziale) dei mezzi processuali (*condictio*).[97]

Si può così anche comprendere il motivo per cui nello sch. Ἡ σύγκλητος a Bas. 47.3.35 il sostantivo *negotium* venga tradotto da Doroteo[98] facendo ricorso al sostantivo συνάλλαγμα e dunque allo stesso sostantivo su cui si reggeva la teorica aristoniana di Ulp. 4 *ad ed.*, lì però diretta alla concessione dell'azione da contratto (*a. civilis incerti*).[99] Si legga lo

Sch. Ἡ σύγκλητος a Bas. 47.3.35 (Hb. IV 607): 'ὁ τοίνυν μόρτις καῦσα δωρεάν χαριζόμενος ἐν ἐκείνῳ τῷ μέρει, ἐν ᾧ αὐτὸν ἐνθυμεῖται, τουτέστιν, ἐλπίδι τῆς ἀναλήψεως, συνάλλαγμα δοκεῖ πράττειν πρὸς τὸν λαμβάνοντα, ἵνα, ὅταν ὑγιάνῃ, ἀναδοθῇ αὐτῷ τὸ πρᾶγμα' [Hb. IV 608: Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, hoc est, spe receptionis, videtur contrahere cum eo, qui accipit, ut convaluerit res sibi reddatur].

Per Doroteo dunque chi dona *mortis causa* in qualche modo è come se stesse concludendo un συνάλλαγμα, un *contractum*: συνάλλαγμα δοκεῖ πράττειν (*contractum videtur facere*, *gerere*). Non si tratta peraltro dell'unico caso in cui i Bizantini rimpiazzano la prospettiva del *negotium* con quella del συνάλλαγμα.

Lo stesso avviene, come è stato opportunamente evidenziato,[100] anche in Bas. 47.1.17 (Hb. IV 570 = Schelt. A VI 2130) '῞Ενθα μέμικται δωρεὰ συναλλάγματι, οὐ τίκτεται ἐνοχή', corrispondente a Ulp. 71 *ad ed.* D.

[97] La connessione tra le due questioni (ripetizione e tutela dei contratti innominati) è del resto ben presente agli studiosi: in questo senso vd. M. TALAMANCA, Rec. a M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in IVRA 10, 1959, 278; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 230 nt. 175. Per altro verso pone legittimi interrogativi, in quanto non consente di cogliere pienamente e sino in fondo le ragioni sottostanti al salto qualitativo tra ripetizione e azione di adempimento, considerato che entrambe condividevano lo stesso supporto argomentativo: in proposito vd. *infra* § 8 e ivi nt. 391, con ulteriori riferimenti alla letteratura.

[98] G.E. HEIMBACH, *Manuale* cit., 316.

[99] L'osservazione può trovarsi già in M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa* cit., 147: «siamo qui di fronte al concetto bizantino di συνάλλαγμα, convenzione obbligatoria che può avere un ἰδικὸν ὄνομα (contratti tipici) oppure un γενικὸν ὄνομα (contratti innominati). La *d.m.c.* fa parte di questa seconda categoria».

[100] R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 35 ss. nt. 24.

39.5.18 pr.-2, e soprattutto nello sch. n. 1 ('Οτε ἀναμέμικται'), ove, stando ad Heimbach, è ancora Doroteo a muoversi (ripetutamente) nell'ottica di una sostanziale identificazione delle due nozioni:[101]

Sch. 1 a Bas. 47.1.17 (Hb. IV 570 = Schelt. B VII 2757 s.) '"Οτε ἀναμέμικται δωρεᾶς ἅμα καὶ συναλλάγματος ἔννοια, λέγει ὁ Αρίστων μὴ συνίστασθαι ἐνοχὴν ἐν τῷ θέματι τῆς δωρεᾶς […] ὁ αυτὸς Αρίστων ἔλεγεν, ὅτι, ἐὰν τραδιτεύσω σοι οἰκέτην ἐπὶ τῷ μετὰ πέντε ἔτη ἐλευθερῶσαι αὐτόν, εἶη δὲ ἀλλότριος, ζητεῖται, εἰ δύνασαι αὐτὸν οὐσουκαπιτεῦσαι ἐν τῷ μέσῳ χρόνῳ, ἐπειδὴ ἔχει τι καὶ δωρεᾶς τὸ συνάλλαγμα […]'.

Hb. IV 570: Cum donationis et contractus mixta est intentio, Aristo ait, non consistere obligationem in casu donationis […] Idem[102] Aristo dicebat. Si tibi servum tradidero, ut post quinquennium eum manumittas, sit autem alienus, quaeritur, an medio tempore eum possis usucapere, quia et donationis aliquid habet contractus […]

Si tratta di brani ancor più significativi perché si riferiscono a un'importante testimonianza del pensiero di Aristone (Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18 pr.-2),[103] sulla quale avremo modo di soffermarci nel § seguente e che contiene preziose indicazioni per una più puntuale interpretazione del modello teorico di Ulp. 4 *ad ed.*, tanto più che, in entrambe le circostanze, ad informarci del punto di vista del giurista traianeo è sempre Ulpiano.

La condivisione di logiche sostanziali rende ragione di una certa fluidità nel linguaggio nei giuristi romani, che non di rado fanno ad es. ricorso alla categoria del *modus* in contesti in cui piuttosto ci si trovava a precisare il contenuto concreto dell'operazione negoziale posta in essere, dando peraltro origine a non

[101] G.E. HEIMBACH, *Manuale* cit., 315.

[102] Traduzione chiaramente condizionata da Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18.2 '*Idem Aristo ait*'. Guardando al testo greco si dovrebbe più opportunamente leggere: *Ipse Aristo dicebat* rell. (ὁ αυτὸς Αρίστων ἔλεγεν).

[103] Denuncia un mutamento di prospettiva rispetto al brano del digesto R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 35 nt. 24., il quale più precisamente segnala uno slittamento dal «piano fattuale-oggettivo a quello concettuale-soggettivo, nel segno della valorizzazione massima della *mens contrahentium*» (ἔννοια).

infrequenti e talvolta anche grossolani equivoci interpretativi. Assai istruttivo da questo punto di vista appare, com'è stato da tempo evidenziato in dottrina, il ben noto e prima richiamato Nerat. 1 *resp.* D. 19.5.6 '*insulam hoc modo, ut aliam reficeres, vendidi. Respondit nullam esse venditionem*',[104] ove il sostantivo *modus* fa chiaramente riferimento alla controprestazione prevista in cambio della vendita dell'*insula*,[105] il cui concreto contenuto (*reficere aliam insulam*) costituiva, agli occhi del giurista proculeiano, un impedimento alla configurabilità di un contratto di compravendita. Come si diceva, non sempre il dato è stato correttamente inteso in dottrina, col risultato che, sulla base di questo come di altri usi evidentemente non tecnici, si è arrivati a discutibili configurazioni dogmatiche che hanno gravemente dilatato l'area semantica della nozione di *modus*,[106] rafforzando per altro verso l'idea di una mancata riflessione dogmatica da parte dei giuristi sulla 'categoria', quasi non si trattasse neppure di uno schema concettuale anche solo approssimativamente definito.[107]

La stessa incertezza si manifestava, peraltro, anche con riferimento a vicende per le quali parrebbero sussistere, esteriormente, tutti gli elementi della reciprocità, come nell'ipotesi delle c.d. *donationes mutuae* (c.d. gegenseitige Schenkungen), non a caso talvolta accostate, nelle fonti, allo scambio permutativo ('*velut genus quoddam hoc esset permutationis*').[108]

---

[104] Vol. I, cap. II § 1.

[105] Che si sia qui in presenza di un *modus* in senso tecnico era già escluso da A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 16 s., per il quale il sostantivo sarebbe piuttosto adoperato nel senso di accordo, per quanto in definitiva la prospettiva finisse per ricadere sulla controprestazione («[…] bedeut das Wort nicht Auflage, sondern einfach 'Abrede'; Denn es steht bei einem bonae f.-Vertrage, und setz eine Gegenleistung fest»); negli stessi termini S. DI SALVO, *Impostazione terminologica* cit., 174, che discorre più genericamente di «modalità del contratto»; più recentemente identifica il *modus* con «una clausola contrattuale volta a precisare gli effetti di un atto di alienazione», se non in effetti con l'intero accordo contrattuale, A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 19 ss.

[106] Emblematica, da questo punto di vista, è la posizione di C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* IV cit., 460 ss., il quale tra i vari casi di *modus* adduceva Iul. 3 *ad Urs. Feroc.* D. 18.1.41 pr., ove, a detta dello studioso, sarebbe attestata la concessione dell'*actio empti* per l'adempimento del *modus*, quando in realtà è del tutto evidente che il brano nulla ha a che vedere con l'istituto in discussione, essendo peraltro qui il sostantivo adoperato in funzione chiaramente avverbiale '*dummodo* […] *omni modo* […] *hoc modo*'; sui brani citati, ma più in generale sulla questione, si rinvia alle lucide e ancora attuali osservazioni critiche di C.G. WÄCHTER, *Doctrina de condictione* cit., 90 e ivi nt. 12, 91 ss.

[107] In proposito vd. *supra* nt. 76.

[108] Ulp. 15 *ad ed.* D. 5.3.25.11 '*plane si* ἀντίδωρα *acceperunt, dicendum est eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt*: *velut genus quoddam hoc esset permutationis*': in proposito

Ciò potrebbe anche spiegare l'allargamento dell'ambito applicativo dell'*a.p.v.* a casi di donazione modale,[109] al di fuori dunque della materia contrattuale, con un'estensione che oggi è forse troppo semplicistico spiegare come l'esito di un intorbidimento dogmatico avviatosi già nelle scuole d'oriente[110] e che avrebbe portato a perdere di vista la distinzione tra *donatio sub modo* e *datio ob rem*.[111] Così come rende ragione delle difficoltà in cui si sono spesso imbattu-

---

vd. F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 818 lett. *ll*); con diagnosi interpolazionistica che colpisce la frase '*velut genus-permutationis*' P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 175 nt. 3; A. EHRHARDT, *Justa causa traditionis* cit., 108, che estende i sospetti anche al tratto '*quamvis-obligaverunt*'; per la genuinità del tratto in questione vd. O. BEHRENDS, *Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Reschtsschulen*, I, hrsg. von M. Avenarius, R. Meyer-Pritzl, C. Möller, Göttingen 2004, 649 e ivi nt. 64, che per via del passaggio al discorso indiretto al più ipotizza un rabberciamento del tratto finale rispetto a un contesto originario in cui doveva farsi menzione di un qualche giurista. Un'ipotesi di donazione reciproca si trova in C. 4.10.8 (Diocl. et Max., a. 294) e in C. 5.3.10 (Diocl. et Max., s. d.): si tratta di casi però non problematici, in quanto le attribuzioni patrimoniali sono anche temporalmente slegate tra di loro, l'una in successione dell'altra. Riguarda diversamente un caso che oscilla tra mandato e donazione Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.12.8. Altre ipotesi di donazioni reciproche si rinvengono in D. 24.1.7.2, D. 24.1.14, D. 24.1.20, D. 24.1.32.9, D. 24.1.67: in proposito vd. sempre F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 818 lett. *mm*.

[109] Si pensi a C. 4.64.8 (Diocl. et Max., a. 294): *Ea lege rebus donatis Candido, ut quod placuerat menstruum seu annuum tibi praestaret, cum huiusmodi conventio non nudi pacti nomine censeatur, sed rebus propriis dictae legis substantia muniatur, ad implendum placitum, sicut postulas, praescriptis verbis tibi competit actio*. In proposito vd. L. A. WARNKOENIG, *Commentarii* 2 cit., 372: «ejusmodi donatio semper ad incertos contractus accedit: nam si modus non impleatur; tam praescriptis verbis actioni quam condictioni […] locus est»; J. BARON, *Pandekten*,[1] cit., 153; C.F. MÜHLENBRUCH, *Doctrina pandectarum*[2] cit., 420; bizantino il ricorso all'*a.p.v.* secondo G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 168, il quale uncina anche le parole '*ad implendum placitum*'; ritiene il brano integralmente interpolato a partire dalle parole '*cum huiusmodi conventio*' P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 263 s.; sempre per l'interpolazione, a partire dalle parole '*cum huiusmodi*', V. DEVILLA, *Actio incerti* cit., 61. Per la genuinità F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 72 nt. 22, 85; così in definitiva anche A. GIFFARD, *L'action qua incertum petimus* (*Études*) cit., 156 e ivi nt. 15; e P. VOCI, *La dottrina* cit., 275; in termini più limpidi A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 66 e ivi nt. 130; ID., *I contratti innominati* cit., 89; di recente A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 53 s. Dubbi sulla lezione '*donatis*' (cod. *Berolinensis* 273) si trovano espressi in C.A. MASCHI, *Il diritto romano* 1[2] cit., 609 nt. 107.

[110] Così P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 254 s.

[111] In questo senso A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 196 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni* 2 cit., 594 ss.; pensa a un'innovazione dioclezianea F. HAYMANN, *Die Schenkung* cit., 39 ss., con richiamo a C. 4.64.8; così anche L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 202 e ivi nt. 32, ove si invocano, inoltre, C. 8.53(54).9 e C. 8.53(54).22: le uniche testimonianze in cui si fa riferimento

ti gli interpreti nell'identificare l'azione in concreto concessa in tema di donazione condizionale o *sub modo*,[112] trovandosi di fronte a un linguaggio che riproponeva le stesse formule espressive e le medesime logiche argomentative che troviamo adoperate in tema di tutela di *nova negotia*, inducendo così più di un autore a ritenere che a essere in quell'occasione concessa fosse l'azione contrattuale.

Si pensi ad es. all'ipotesi affrontata in C. 8.54.3.1 (Diocl.-Maxim., a. 290) che conosciamo anche, con qualche leggera variante sul piano testuale, per il tramite di Fragm. Vat. 286, ove in molti, proprio per il linguaggio adoperato, hanno creduto di poter trovare un riferimento all'*a. civilis incerti* aristoniana, nell'*utilis actio* qui concessa in favore di terzo, per un'ipotesi di *donatio sub modo*[113] o, se vo-

---

all'azione di adempimento in assenza di *stipulatio* (Pomp. 22 *ad Sab*. D. 19.5.16 pr., Pap. 3 *resp.* D. 39.5.28) sarebbero entrambe interpolate: così già O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 130 s., 135; F. HAYMANN, *Die Schenkung* cit., 39 s. nt. 2. Di «sempre maggiore […] confusione dei concetti di *dare ob causam* e *donare sub modo*», alimentata anche dall'impiego dell'*a.p.v.* in tema di *donatio sub modo*, discute P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 254 ss., ove si respinge anche l'ipotesi di una svolta dioclezianea; adesivamente V. DEVILLA, *Actio incerti* cit., 58 ss. Evoluzione nella quale sarebbe rimasta egualmente coinvolta la *donatio mortis causa*: in proposito vd. M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa* cit., 147 s. (*supra* nt. 91); sempre sulla *donatio mortis causa* e sulla possibilità che questa fosse configurata già dai giuristi classici in termini di *datio ob rem* vd., per la positiva, S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa* cit., 90 ss., 172 ss.; più recentemente L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione* cit., 108 ss., 141; con opposte conclusioni U. ROBBE, *Diritto ereditario romano* cit., 77 s. («la *d.m.c.* non si realizzava con una *datio ob rem*, ma […] con una pura e semplice *datio*»). A favore di un impiego dell'*a.p.v.* in caso di *donatio sub modo* vd. invece, con riferimento a Pomp. 22 *ad Sab.* D. 19.5.16 pr., R. SANTORO, *Il contratto* cit., 233 s. e ivi nt. 183: sul brano vd. *infra* § 7. Una cauta apertura si registra anche in M. KASER, RPR I,[2] 581 nt. 6 («Vielleicht schon klassisch sind die Klagen aus den mit der Schenkung verbundenen Auflagen»). Sui prima richiamati C. 8.53(54).9 e C. 8.53(54).22 vd. A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 66; più recentemente A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 54 ss.

[112] La stretta connessione tra i due temi è efficacemente espressa dal titolo del quarto capitolo della ricerca di C.G. WÄCHTER, *Doctrina de condictione* cit., 88: «Casus aliquot condictionis ob causam datorum et sine causa, qui plerumque cum condictione ob causam datorum circa contractus innominatos perperam confundutur […]»; per una configurazione della *donatio sub modo* in termini di *datio ob rem*, come si è accennato, F. VON SAVIGNY, *System* 4 cit., 99 ss., 280 ss., il quale non aveva dunque difficoltà ad ammettere, nel caso in cui non fosse stata prestata apposita *stipulatio*, l'impiego dell'azione contrattuale («außerdem dient dazu immer eine actio praescriptis verbis, weil in der donatio sub modo stets ein Contract nach der Form do ut des oder do ut facias enthalten ist»), con l'unica eccezione di *modus* che prevedesse una prestazione a favore di terzo, ostandovi (in tal caso) il principio generale che non ammetteva che il contratto spiegasse effetti a favore di soggetti ad esso estranei.

[113] Così già F.W.L. VON MEYERFELD, *Die Lehre von Schenkungen* 1 cit., 422, nella più specifica prospettiva del *modus* a favore di terzo: il c.d. *modus in extranei commodum adiectus*; tra i

gliamo, *ad tempus*:[114] non certo però nel più ristretto significato che è attribuito a tale espressione in Fragm. Vat. 283.[115]

Si leggano entrambi i brani

Fragm. Vat. 286: *Eodem libro eodem titulo. Quotiens donatio ita conficitur, ut post tempus id quod donatum est alii restituatur, veteris iuris auctoritate rescriptum est, si is, in quem liberalitatis compendium conferebatur stipulatus non sit, placiti fide non servata, ei qui liberalitatis auctor fuit vel heredibus eius condicticiae actionis persecutionem competere. Sed cum postea benigna iuris interpretatione divi principes ei qui stipulatus non sit utilem actionem iuxta donatoris voluntatem decernendam*[116] *esse admiserint, actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, potuit decerni, si quae proponis vera sunt, tibi adcommodabitur. PP. Sirmi XI kal. oct. Augg. IIII et III conss.*

C. 8.54.3.1 (Diocl.-Maxim., Iul. Marcellae): *Quotiens donatio ita conficitur, ut post tempus id quod donatum est alii restituatur, veteris iuris auctoritate rescriptum est, si is in quem liberalitatis compendium conferebatur stipulatus non sit, placiti fide non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit vel heredibus eius condicticiae actionis persecutionem competere. Sed cum postea benigna iuris interpretatione divi principes ei qui stipulatus non sit utilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserint, actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur. PP. Sirmi XI k. Oct. ipsis IIII et III AA. conss.* [a. 290]

---

tanti ci limitiamo a segnalare P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 264 ss.; A. GIFFARD, *Les Maîtres* (*Études*) cit., 184; E. VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona 1974, 205; M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 270 ss., 281, per quanto, come si è detto, l'autore contesti che i giuristi classici o la stessa cancelleria dioclezianea operassero attraverso un preciso concetto dogmatico di *donatio sub modo*.

[114] In questi termini A. SCHMID, *Die Grundlehren der Cessionform* cit., 450.

[115] In proposito vd. *infra* in questo stesso §. Discute di *donatio post tempus*, con una scelta lessicale che ha il vantaggio di evitare equivoci interpretativi e che d'altra parte è aderente al modo di esprimersi della cancelleria, R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 89.

[116] Legge '*cernendam esse*' anziché '*decernendam*' A. GIFFARD, *L'action qua incertum petimus* (*Études*) cit., 155; difende la locuzione '*decernere actionem*' R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 89 nt. 13, il quale la reputa «compatibile con il carattere civilistico dello strumento processuale», essendo previsto un intervento adeguativo del programma di giudizio da parte del pretore, mediante inserimento di *praescriptio*; per una diagnosi interpolazionistica vd. F. SCHWARZ, *Homologie und Protokoll in den Papyrusurkunden der Ptolemäerzeit, zugleich ein Beitrag zur Theorie der Abstandsgeschäfte*, in *Festschrift für E. Zitelmann* 2, München 1913, 5 ss. (estr.).

La vicenda portata all'attenzione dell'imperatore riguardava un caso di donazione con 'restituzione' a un terzo, trascorso un periodo di tempo prestabilito.[117] A favore del terzo non era stata prestata alcuna *stipulatio* da parte del donatario. A porre la questione è Iulia Marcella, probabilmente sorella ed erede del terzo beneficiario.[118] La soluzione della cancelleria è nel senso di accordare alla richiedente l'*utilis actio* che sarebbe spettata alla sorella se ancora in vita. Più di un autore, come si è appena accennato, ha pensato a un impiego dell'azione contrattuale atipica,[119] facendo così propria l'interpretazione avanzata già da

[117] Senza seguito la tesi di un rimaneggiamento del testo avanzata, in un primo momento, da G. WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritten*. *Rechtsgeschichtliches und Rechtsvergleichendes*, Weimar 1949, 33 s., ove si prospettava, piuttosto, una restituzione in favore dello stesso donante. In senso contrario vd. M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 254 nt. 9.

[118] Così, com'è noto, già Isidoro in sch. Ἐάν τις a Bas. 47.1.72 'ἀντιγράφει δὲ ἡ διατάξις τῇ ἀδελφῇ ἐκείνου, ἥτινι ὁ τῆς δωρεᾶς ὅρος ἠβούλετο μετὰ τὸν ὁρισθέντα χρόνον δοθῆναι τὸ πράγμα' (Hb. IV 593 = Schelt. B VII 2784, che legge, più opportunamente, τῇ ἀδελφῇ ἐκείνης); negli stessi termini J. CUJACIUS, *In Librum VIII. Codicis recitationes solemnes. Ad Tit. LIV. De donationibus quae sub modo vel conditione, vel ex certo tempore conficiuntur,* in *Opera* IX cit., 2054; H. GIPHANIUS, *Lecturae Altorphinae in Titulos Digestorum & Codicis*, Francofurti 1605, (*Ad tit. LIIII. Lib. VIII. Cod. De donationibu quae sub modo. Ad L. 3 Quoties*), 227 ss. («Finge […] Titius praedium Sempronio ea lege donavit, ut id post tempus decennii restituatur Caiae […] mortua erat Caia, cui erat restituendum. Sed soror Caiae, Marcella […]»); F.W.L. VON MEYERFELD, *Die Lehre von Schenkungen* 1 cit., 423; G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi. Studio di diritto romano e civile*, Innsbruck 1898, 64; K. HELLWIG, *Die Verträge auf Leistung an Dritte. Nach deutschem Reichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Handelsgesetzbuchs*, Leipzig 1899, 25; F. HAYMANN, *Die Schenkung* cit., 156 s.; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 203 nt. 84; tra gli studiosi più recenti R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 89 nt. 14; così («sorella – e, evidentemente, erede – della seconda donataria») anche M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 267 e ivi nt. 55; G. FINAZZI, *Il contratto a favore di terzo proprio nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di A. Metro*, II, Milano 2010, 464; S. DI SALVO, *Acquisto per altri e trasmissione della proprietà*, in A. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica.* (Convegno Università di Roma Tre, 15-17 novembre 2007), Napoli 2010 = ID., *Dal diritto romano. Percorsi e questioni*, Torino 2013, 32 s. In senso contrario A.A. DE BUCHHOLTZ, *Iuris Civilis Anteiustinianei Vaticana Fragmenta e codice rescripto ad Angelo Maio edita,* Regimonti Borussorum 1828, 243 nt. § 286, per il quale Marcella sarebbe sorella della donatrice e terza beneficiaria della donazione («Titia praedium Sempronio ea lege donavit, ut illud post decennii tempus restituat Marcellae, sorori Titiae»); così A. ERXLEBEN, *Die condictiones sine causa* 2. *Die condictio causa data causa non secuta*, Leipzig 1853, 301 ss.; negli stessi termini anche P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 265 s. Per quanto riguarda il senso complessivo del brano non cambierebbe molto, visto che in ogni caso Marcella avrebbe agito o come terza beneficiaria o come sua erede.

Eudossio nel notissimo sch. Θεοδώρου. Ἐάν τινι a Bas. 47.1.72 (Hb. IV 593 = Schelt. B VII 2783 s.), in cui l'azione è identificata con l'*a.p.v.*[120]

Si tratta di un'eventualità che appare in verità scarsamente convincente e certamente poco aderente allo sviluppo narrativo della testimonianza. Dalla lettura del brano si evince infatti come la cancelleria di Diocleziano si fosse piuttosto pronunciata nel senso di equiparare la posizione del terzo beneficiario (*is in quem liberalitatis compendium conferebatur*) a quella del donante (*liberalitatis auctor*) e dei suoi eredi, in favore dei quali, in base a un risalente e consolidato indirizzo giurisprudenziale (*veteris iuris auctoritate rescriptum est*), era da tempo riconosciuto l'impiego della *condictio* (*condicticiae actionis persecutionem competere*)[121] in osservanza di quanto pattuito ma non attuato (*placiti fide non impleta*), pur in assenza di *stipulatio*.

Che, al di là del certo insolito modo di esprimersi della cancelleria (*condicticiae actionis persecutio*),[122] a costoro spettasse la *condictio* in via di ripetizione (*ob*

---

[119] Così già J.C. NABER, *Observantiunculae* XLVIII cit., 72 s.; più recentemente R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 88 ss., 91 ss., al quale si rinvia per una panoramica sulla letteratura precedente; M. ARTNER, '*Agere praescriptis verbis*' cit., 160 nt. 478; sempre per un riferimento all'azione contrattuale vd. R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 152 e ivi nt. 65; ancora più recentemente A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 60.

[120] Sch. Θεοδώρου. Ἐάν τινι a Bas. 47.1.72 (Hb. IV 593 = Schelt. B VII 2783 s.): […] εἰ δὲ μὴ ἐπηρώτησεν, ἔχει τὴν οὐτιλίαν ἀγωγήν, τουτέστι, τὴν praescriptis verbis. οὕτως γὰρ ὁ ἥρως Εὐδόξιος τὸ τῆς οὐτιλίας ὄνομα ἐνταῦθα ἐνόησεν. Adesivamente J. CUJACIUS, *In Librum VIII. Codicis recitationes solemnes* cit., in *Opera* IX cit., (*Ad Tit. LIV*) 2055. Critico rispetto alla decisione di Eudossio di trattare la *donatio sub modo* come un *dare sub certa lege* («trovata […] non solo curiosa, ma grossolana») P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 267, per il quale lo scolio rappresenterebbe un'efficace riprova dell'«entusiasmo con cui i maestri bizantini applicavano il più largamente possibile» l'azione contrattuale.

[121] Sull'impiego del verbo *competere* nel testo compilatorio rispetto all'espressione *decernendam esse* e sul significato di una tale sostituzione vd. A. SCHMID, *Die Grundlehren der Cessionform* cit., 452; allo stesso modo, spiega l'interpolazione con il venir meno della distinzione tra azioni utili e azioni dirette (C. 2.57.1, 2) A. GIFFARD, *Les Maîtres* (*Études*) cit., 185 nt. 21; in proposito vd. anche M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 293 ss., il quale, pur evidenziando (dal suo punto di vista) le differenze tra le due forme espressive (per ciò che riguarda la spettanza dell'azione), esclude che dietro il ricorso al verbo *competere* vi fosse l'intento dei commissari di fare dell'*a. utilis* un'azione ordinaria, quasi a voler «introdurre in generale la figura del "contratto a favore di terzi"». In proposito vd. anche *infra* nt. 132.

[122] L'espressione *condicticia actio* ricorre, com'è noto, in soli quattro brani del digesto, il più antico dei quali riferibile a Giuliano (Iul. 16 *dig.* D. 12.4.7 pr.) e già sospettato da Faber, mentre è attestata ben tre volte nelle Istituzioni di Giustiniano: tra gli studiosi moderni, contro la classicità vd., soprattutto, G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 63; ID., *Beiträge* 4 cit., 312; A. GIFFARD, *Les*

rem dati) è un dato che può ritenersi fuori discussione e del resto quasi unanimemente ammesso.[123] Non hanno avuto successo le proposte di quanti hanno

Maîtres (*Études*) cit., 185 s., con le precisazioni di cui *infra* in nt. 125 e nel testo, nella parte conclusiva di questo §; F. SCHULZ, *Interpolationenkritische Studien* cit., 8 («in unsrer c. 3 C. 8,54 ist gleichfalls die Hand der Kompilatoren unverkennbar […] actio condicticia ist in den Pandekten immer interpoliert»); W. ERBE, *Die fiduzia im römischen Recht*, Weimar 1940, 197 s. nt. 7, ove letteratura; E. BETTI, *Diritto romano* 1 cit., 377; cautela in B. BIONDI, *Successione testamentaria* cit., 711 nt. 1. Respinge con decisione l'ipotesi di un'interpolazione L. MITTEIS, *Zur Interpolationenforschung*, in ZSS 33, 1912, 200, il quale ritiene pertanto non inverosimile un suo impiego già in tarda età classica («War aber der Ausdruck schon der diokletianischen Kanzlei zur Hand, so kann er ganz wohl noch spätklassisch sein»), confermando il punto di vista già espresso in ID., *Römisches Privatrecht* 1 cit., 210 e ivi nt. 24; adesivamente L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee. Parte speciale (materiali)*, a cura di G. Falcone, Torino 2018, 68; non avanzano sospetti sulla locuzione neppure A. AUDIBERT, *L'expression "civilis in factum"* cit., 44; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 264 ss.; più recentemente A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 31 nt., 62, al quale si rinvia per gli opportuni ragguagli bibliografici. Pur avanzando rilievi sulla locuzione *condicticiae actionis persecutio* (anche per ciò che riguarda l'impiego di *actio* quale «genitivo oggettivo di *persecutio*», con un uso per diverse ragioni problematico: vd. Paul. 24 *ad ed.* D. 50.16.34), esclude un intervento da parte dei commissari M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 263 ss., il quale, tenuto conto dell'assenza di tale locuzione nel linguaggio della cancelleria imperiale anche giustinianea, ove invece è «usitatissimo» il ricorso al termine κονδικτίκιον per indicare la *condictio,* ritiene più probabile si tratti di terminologia diffusasi nell'ambito delle scuole epiclassiche. Com'è noto, non è di reale aiuto, da questo punto di vista, la versione di Fragm. Vat. 286, essendo il testo gravemente mutilo e potendosi solo decifrare la parola *persecutionem*, con una lettura che sembra comunque escludere l'ipotesi di un'alterazione giustinianea: così M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 257 nt. 23, 263 s., il quale respinge la proposta di F. SCHULZ, *Interpolationenkritische Studien* cit., 7 s., di leggere '*fiduciae persecutionem*', ritenuta non compatibile con l'ampiezza della lacuna del manoscritto: «offrirebbe un'integrazione un po' troppo corta per la lacuna che precede *p*(*erse*)*cutionem* nel palinsesto vaticano». Di grecismo parla più recentemente A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 60, che esclude però un'alterazione di tipo sostanziale.

[123] Così F. HAYMANN, *Die Schenkung* cit., 39 nt. 2; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 201 nt. 24, che sottolinea però il carattere eccezionale della soluzione (al riguardo vd. *infra* nt. 130); A. AUDIBERT, *L'expression "civilis in factum"* cit., 44; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 264 ss.; P. VOCI, *La dottrina* cit., 275; B. BIONDI, *Successione testamentaria* cit., 711 nt. 1; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 334 e ivi nt. 358; M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 263, 266 ss., 278, per il quale sarebbe errato sospettare i brani in cui venga concessa la *condictio* nei casi di impossibilità iniziale o inadempimento dell'onere imposto al donatario. Pur ammettendo l'impiego della *condictio* a favore del donante e pur riconoscendo come l'espressione '*condicticiae actionis persecutio*' parrebbe alludere all'esercizio dell'azione di ripetizione, finisce per identificare qui l'azione con l'*a.p.v.*, da concedersi in adempimento del patto di restituzione, R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 89 ss.

piuttosto pensato a un originario impiego dell'*actio fiduciae*[124] o della *rei vindicatio*.[125]

La prima si regge unicamente sulla poco verosimile ipotesi di un'integrale manipolazione del brano, in origine riferentesi a un caso di *mancipatio fiduciae causa*.[126] La seconda si basa principalmente sull'equivoco di trattare il caso in esame come un caso di *donatio ad tempus* nella stretta accezione di Fragm. Vat. 283, e come tale nulla,[127] senza però considerare che il principio affermato in quell'occasione dalla cancelleria di Diocleziano ('*donatio inrita est, cum ad tempus proprietas transferri non potest*')[128] riguardava un'ipotesi di donazione i cui

---

[124] Come si è accennato (*supra* nt. 122) F. SCHULZ, *Interpolationenkritische Studien* cit., 8; W. ERBE, *Die fiduzia* cit., 197 s., il quale prova anche a spiegare il motivo per cui i commissari non abbiano a quel punto ritenuto di sostituire l'*a. fiduciae* con l'*a.p.v.*, essendo peraltro entrambe azioni dirette all'adempimento: ciò sarebbe dipeso dalla difficoltà di raccordare l'*a.p.v.* con l'*actio utilis* concessa a favore del terzo richiedente e di cui doveva discutersi già nel testo genuino, che se messa appunto in relazione con l'*a.p.v.* avrebbe finito per configurare un'*a. praescriptis verbis utilis*, inammissibile (a detta dell'autore) anche per i commissari.

[125] Così, uncinando il riferimento alla *condicticia actio*, («<condicticiae actionis> persecutionem competere […] pouvait revendiquer la *res data*») A. GIFFARD, *Les Maîtres* (*Études*) cit., 185 s., con un punto di vista non sempre limpido, visto che l'autore ammetteva comunque, ancora sino ai tempi di Diocleziano, un (concorrente) utilizzo della *condictio incerti* da parte del donante, analogamente a Iul. 32 *ad Sab*. D. 24.1.5.18, ove appunto di fronte all'invalidità di una donazione tra coniugi è contemplato il ricorso ad entrambi i mezzi processuali (*rei vindicatio* e, in via residuale, *c. incerti*): critiche sulla coerenza del pensiero dello studioso francese possono trovarsi in M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 274 nt. 73. Occorre tenere presente che tale posizione verrà comunque abbandonata da Giffard negli studi successivi: in proposito vd. *infra* in questo stesso §.

[126] In questo senso F. SCHULZ, *Interpolationenkritische Studien* cit., 7 ss., che ipotizza un originario 'Quoties donatio <*cum fiducia*> [ita] conficitur […]'; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio* cit., 144 nt. 72, 272; W. ERBE, *Die fiduzia* cit., 196; per una valutazione critica vd. M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 254 ss., anche ad ammettere che l'atto alienativo avesse avuto ad oggetto un fondo italico con conseguente impiego della *mancipatio* (258 nt. 23). Contro l'ipotesi di una *mancipatio fiduciae* deporrebbero tanto l'espressione *placiti fide non servata* («il richiamo alla *fides* coinvolta dal *placitum* indica chiaramente nel senso di una convenzione che non si era concretata in una *lex mancipio dicta*»), quanto il riferimento alla *condicticia actio*, che rappresenterebbe un modo di esprimersi del tutto insolito, «sopra le righe, se si fosse trattato del normale esperimento dell'*actio fiduciae*»: il che spiega i tentativi di sbarazzarsi della *condicticia actio*, soprattutto, da parte di Schulz.

[127] Così A. GIFFARD, *Les Maîtres* (*Études*) cit., 185 s. («la donation *ad tempus* étant nulle, le dans pouvait revendiquer la *res data*»).

[128] Tale principio, com'è noto, verrà superato nel diritto giustinianeo, secondo quanto chiaramente emerge dalla versione compilatoria dello stesso provvedimento che si legge in C. 8.54.2

effetti traslativi erano destinati a risolversi automaticamente allo scadere del termine fissato, mentre in Fragm. Vat. 286 non è previsto alcun automatico ritorno della proprietà in capo al donante, essendo piuttosto tenuto il donatario, a partire da quel momento, a trasferire a un terzo la proprietà di quanto ricevuto.[129] Né vi sono motivi per negare, più in generale, l'ammissibilità per il diritto classico di un impiego della *condictio* in caso di mancata attuazione del *modus*.[130]

(Diocl. et Max., a. 286): '*donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum fieri potest*'. In proposito vd. M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 255 nt. 13; da ultima A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 56 s.; ID., *VF. 284 e Diocl. et Max. C. 8.54.2: un confronto testuale*, in KOINWNIA 44, 2020, 1367 ss.

[129] L'osservazione risale a W. ERBE, *Die fiduzia* cit., 195 s., che aderisce, come si è detto, all'ipotesi di una *mancipatio* fiduciaria; tra gli autori recenti M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 233. Diversamente B. ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 334 e ivi nt. 358, il quale, anche per Fragm. Vat. 286, pensa a un «patto risolutivo aggiunto con termine iniziale» con «funzione analoga a quella di un *modus*»: con una conclusione che induceva lo studioso a interrogarsi sulle ragioni («la motivazione è oscura») che in Fragm. Vat. 283 avevano portato la cancelleria di Diocleziano ad esprimersi nel senso della nullità della donazione (*donatio inrita est*).

[130] Tesi che si trova invece e in particolare sostenuta da F. SCHULZ, *Interpolationenkritische Studien* cit., 1 ss., 8 e ivi nt. 4, il quale circoscriveva il ricorso alla *condictio* al solo caso di *modus* divenuto impossibile. Una presa di posizione per certi versi analoga si rinviene, com'è noto, ancor prima anche in L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 200 s., ove si ammette però l'ulteriore eccezione (*supra* nt. 123), come nel nostro caso, di *modus* restitutorio, osservandosi da altro punto di vista come l'impossibilità di agire di regola anche in via di semplice restituzione segnasse il tratto distintivo della donazione modale rispetto al *dare ob causam* («Hierin unterscheidet sich die Donatio sub modo sehr wesentlich vom Datum ob causam, bei welchem wegen jeder – sowohl unverschuldeter als verschuldeter – Nichterfüllung Rückforderung begründet ist»). Sempre per la tesi negativa («dalla donazione *sub modo* non nasce a carico del donatario alcuna obbligazione»), fatto salvo il ricorso a *pactum fiduciae* o *stipulatio*, e sempre nel segno di una netta distinzione rispetto alla *datio ob rem* (580: «la diversità […] è concettualmente precisa e i due istituti non sono confondibili») vd. B. BIONDI, *Chiarimenti intorno al negotium mixtum* (*Scritti* 4) cit., 574, 579 s., con significativa revisione rispetto al punto di vista espresso appena quattro anni prima in ID., *Successione testamentaria* cit., 710 ss., («la giurisprudenza […] nel caso di inadempimento dell'onere accorda al donante la *condictio* […] come nel caso della *donatio mortis causa*»), pur in un impianto teorico che teneva ferma la distinzione dogmatica tra *datio ob causam* e *donatio sub modo* (710 s. nt. 3: «Certo nella *datio ob causam* si ha un *negotium* bilaterale, mentre nella donazione *sub modo* si ha solo una diminuzione del contenuto economico della donazione; ma questa distinzione teorica non è seguita dalla giurisprudenza, la quale in ordine alla donazione *mortis causa*, per quello per cui il donante *se cogitat*, riconosce che *negotium gerit*»). In proposito vd. F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio* cit., 143 ss. Di recente, sembra escludere un impiego della *condictio* per far valere il *modus*, ancora sino alla fine dell'epoca classica, R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 152 s. Per l'applicabilità della *condictio* vd. invece B. AL-

Sull'estensione in favore del terzo della *condictio* (*utilis actio*) spettante al donante non sembra vi sia motivo di dubitare.[131] Quella indicata dalla cancelleria, al di là della sua effettiva portata,[132] non poteva peraltro dirsi una decisione innovativa.[133] Si trattava al contrario della conferma di un precedente e non me-

---

BANESE, *Gli atti negoziali* cit., 334 e ivi nt. 358; R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 90, per quanto, come si è visto (nt.123), l'autore prediliga qui l'ipotesi di una riferimento della '*condicticiae actionis persecutio*' all'*a.p.v.*; per un ridimensionamento dei sospetti sull'uso della *condictio* quale strumento di coercizione all'attuazione del *modus* vd. M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 278 s.; da ultima A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit. 49 ss., ove si respinge la contrapposizione tra *datio ob causam* e *donatio sub modo* (74). Ulteriori indicazioni *supra* in nt. 550.

[131] F. EISELE, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte* 2, Freiburg-Leipzig 1896, 82 s.; A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 89; A. AUDIBERT, *L'expression "civilis in factum"* cit., 44; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 203; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 266; P. VOCI, *La dottrina* cit., 275. Senza seguito l'idea di un impiego in via utile della *rei vindicatio*, secondo una congettura discretamente diffusa tra gli autori di diritto comune e ripresa, com'è noto, anche da A. FABER, *Hemischilias, seu, pars secunda, de erroribus pragmaticorum, et interpretum iuris*, Lugduni 1604, (*Decad. XLVII. Error septimus-octavus*), 1076 ss., con resoconto delle diverse posizioni emerse al riguardo (1083: «Est igitur probabilior ea interpretatio quae dat secundo donatario utilem actionem in rem contra primum donatarium, quam quae dat personalem»); in senso contrario vd. già F.W.L. VON MEYERFELD, *Die Lehre von Schenkungen* 1 cit., 422; A. SCHMID, *Die Grundlehren der Cessionform* cit., 452. Lo stesso deve dirsi per l'ipotesi di F. VON SAVIGNY, *System* 4 cit., 285 s., il quale, escludendo un ricorso utile sia alla *condictio* sia all'*a.p.v.*, prospettava piuttosto un'estensione in via analogica della costituzione di Antonino Pio ricordata in Scaev. 18 *dig.* D. 32.37.3, con la quale, a sua volta, si sarebbe allargata alle donazioni *inter vivos* la possibilità di gravare di un fedecommesso il donatario *mortis causa*, al pari del legatario (Iul. 27 *dig.* D. 39.6.15): «eine ähnliche Wirkung auch bei derjenigen Schenkung gestatteten, bei welcher gleich Anfangs die Leistung an einen Dritten dem Empfänger auferlegt war». In sostanza il terzo sarebbe stato trattato alla stregua di un fedecommissario.

[132] Al riguardo vd. G. FINAZZI, *Il contratto a favore di terzo proprio* cit., 466 e ivi nt. 135, il quale da parte sua è orientato ad escludere che la costituzione possa essere invocata in favore di un generale riconoscimento dell'accordo a favore di terzo, al quale si sarebbe arrivati semmai in epoca giustinianea, come per altro verso potrebbe ricavarsi dalla sostituzione dell'originaria affermazione della cancelleria (riprodotta in Fragm. Vat. 286) '*utilem actionem* […] *decernendam esse*' – espressione di un procedere caso per caso, in via discrezionale ed equitativa –, con la compilatoria versione *utilem actionem* […] *competere*, in cui diversamente l'azione avrebbe finito per essere «considerata spettante sulla base di una norma giuridica di fondamento legislativo»; con diverse conclusioni, come si è già detto (*supra* nt. 121), M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 293 ss.

[133] Diversamente, sembrerebbe attribuire a Diocleziano il provvedimento, senza in effetti affrontare specificamente la questione e in termini che si rivelano comunque scarsamente coerenti col tenore della testimonianza (*divi* principes) R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 152; nello stesso ordine di idee, argomentando dalla contrapposizione al «*veteris iuris auctoritate rescriptum*

glio precisato intervento imperiale (*benigna iuris interpretatione divi principes*).[134] A rimanere semmai incerto è se tale estensione di tutela dovesse avvenire attraverso un adeguamento della struttura del programma di giudizio, di qui la qualificazione di *utilis actio* in senso tecnico,[135] e di qui ancora il ricorso al vebo *accommodare* (*tibi accommodabitur*),[136] o se invero la cancelleria si fosse limitata ad ammettere il terzo all'esercizio *utile* dell'azione, attribuendo così all'aggettivo

est di cui al *principium*», G. FINAZZI, *Il contratto a favore di terzo proprio* cit., 465 s. e ivi nt. 132, il quale pensa a un provvedimento di Diocleziano e Massimiano emanato tra il 286 e il 290, tratto *ad exemplum*. Si mostra giustamente critica rispetto all'ipotesi di un'innovazione dioclezianea A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 61.

[134] In assenza di più precise indicazioni, non è possibile stabilire a quali imperatori si riferisca il testo della costituzione (*benigna iuris interpretatione divi principes*): così già A. SCHMID, *Die Grundlehren der Cessionform* cit., 451 nt. 6; argomentando da C. 8.54.1.1, pensava ai *divi fratres* Antonino e Vero, J. CUJACIUS, *In Librum VIII. Codicis recitationes solemnes* cit., in *Opera* IX cit., (*Ad Tit. LIV*) 2054 («ex constitutionibus Divorum Principum, et puto intellegi Divos fratres, ut in l. 1 […] Antoninus et Verus»); così più recentemente anche K. HELLWIG, *Die Verträge* cit., 26; improbabile tale identificazione secondo M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 285 ss., che si orienta per la prima metà del III sec. d.C.

[135] In questo senso, ma in un ordine di idee che non esclude neppure l'ipotesi di un'estensione in via utile dell'*a.p.v.*, F.W.L. VON MEYERFELD, *Die Lehre von Schenkungen* 1 cit., 422; I. ALIBRANDI, *Delle azioni utili* (*Opere* 1) cit., 152; F. HAYMANN, *Die Schenkung* cit., 158 («eine der condictio des Schenkers nachgebildete Klage»). Nel senso piuttosto di un'*actio ficticia ex stipulatione* vd. S. RICCOBONO, *Formulae ficticiae a Normal Means of Creating New Law*, in TR 9, 1929, 39; ID., *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano* in AUPA 14, 1930, 402 s.; pensa a una *fictio stipulationis* P. VOCI, *La dottrina* cit., 275; ID., *Diritto ereditario* 1 cit., 291; G. WESENBERG, *Der Anspruch des Drittbedachten einer mittelbaren Schenkung*, in *Studi Arangio-Ruiz* 1 cit., 415 ss.; più recentemente una cauta apertura («Non lo escluderei del tutto») rispetto a un impiego di un'*actio utilis ex stipulatu* si trova in S. DI SALVO, *Acquisto per altri* cit., 33; in senso contrario vd. R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 91 s.; più recentemente l'ipotesi è respinta anche da M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 288 ss.

[136] Così già J. CUJACIUS, *In Librum VIII. Codicis recitationes solemnes*, in *Opera* IX cit., (*Ad Tit. LIV*) 2054 («quaenam ea sit actio, eadem lex explicat, dum ait: *Marcella accommodari* […] quod dicitiur proprie semper actio utilis accommodari […] utiles dicuntur accommodari, non directae»); A. A. DE BUCHHOLTZ, *Iuris Civilis Anteiustinianei Vaticana Fragmenta* cit., 244 s. nt.: «*adcommodabitur*] Praesertim hoc verbum si actionis acommodatae (sic!) mentio fit, ad actiones utiles […] pertinet». Per un uso anche generico del verbo, nel senso di accordare, mettere a disposizione («*aliquid ad alicuius commodum praebere*, commodare: *T. l. l.* s.v. '*accommodo*', n. 2: 332.59), in assenza dunque di appositi interventi adeguativi sul programma di giudizio edittale («*convenienter* adiungo, applico»: *T. l. l.* s.v. '*accommodo*' n. 1: 330.53), vd. O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano 1946, 56 nt. 27; G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino 2003, 95 nt. 207.

(*utilis*) una funzione predicativa anziché attributiva.[137] Eventualità che non va per nulla sottovalutata e che deve tener conto del fatto che ci troviamo di fronte a un'estensione che trovava fondamento in un provvedimento normativo, in modo che il primo beneficiario poteva ritenersi a tutti gli effetti tenuto *iure civili* alla restituzione in favore del terzo,[138] senza che dunque occorresse un intervento sull'impianto del programma di giudizio: ammesso che si trattasse di vicenda processuale maturata nell'ambito del processo formulare.[139]

Ciò che conta sottolineare è che non vi è spazio per l'ipotesi di un impiego qui dell'*a. civilis incerti* di Ulp. 4 *ad ed.*, tanto più che rimarrebbe inspiegabile il motivo per cui la stessa azione contrattuale non avrebbe dovuto essere concessa anche e innanzi tutto al donante e ai suoi eredi, ai quali, stando al brano, spettava la (sola) *condictio*.[140] Senza contare, poi, che non si comprenderebbe in che modo l'*a. civilis incerti* c.d. aristoniana avrebbe potuto considerarsi *utilis* rispetto alla *condictio* (c.d. *certae rei*) spettante al donante, visto che a questo punto l'aggettivo (*utilis*) non potrebbe essere inteso (ovviamente) che in senso tecnico.[141]

---

[137] Così («valersi *utilmente*») P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 266.

[138] In questo senso vd. F. EISELE, *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte* 2 cit., 82 ss.; adesivamente L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 203 nt. 4 («die ex lege zedierte Kondiktion des Schenkers ist»); nel senso di una «cessione *ex lege*» anche P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 266.

[139] Lo mette in dubbio, com'è noto, E. BETTI, *Diritto romano* 1 cit., 377, che, una volta espunto il riferimento alla *condicticia actio*, pensa piuttosto a un processo di tipo cognitorio (*persecutionem competere*); in tempi più recenti, si orienta per un'azione al di fuori della prassi formulare, tanto più che la richiesta riguardava una provinciale (290 nt. 118), anche M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 286 ss., per quanto lo studioso riconosca come, nel modo di esprimersi della cancelleria, «la descrizione […] della concessione dell'*actio utilis* sembra restare saldamente legata alle forme del processo formulare».

[140] Tale incongruenza non si manifestava agli occhi degli interpreti meno recenti, dando essi per presupposto la spettanza in favore del donante (anche) dell'azione contrattuale (*a.p.v.*, *a.c.i.*), con un'interpretazione che non tiene però conto del tenore del brano, ove in nessun modo si accenna all'azione contrattuale atipica: in questo senso vd., ad es., F.W.L. VON MEYERFELD, *Die Lehre von Schenkungen* 1 cit., 422; A. SCHMID, *Die Grundlehren der Cessionform* cit., 451. Su entrambi gli autori vd. *infra* nt. 144. In termini sostanzialmente non molto differenti, tra gli studiosi recenti, R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 89 ss., il quale prova a risolvere la questione suggerendo di identificare, come si è visto (*supra* nt. 123), la *condicticiae actionis persecutio* con l'*a.p.v.*, con una proposta alla quale, però, è davvero difficile aderire e che si scontra con il (forse eccentrico, ma certamente) limpido modo di esprimersi della cancelleria.

[141] È appena il caso di ricordare che, per definizione, l'*utilis actio* (se intesa appunto in senso tecnico) non può che rappresentare un programma di giudizio congegnato in base a un preordinato modello processuale, di cui in definitiva costituiva una semplice variante, mentre ci sarem-

Considerazione, quest'ultima, che, in linea di massima,[142] vale a maggior ragione per l'*a.p.v.*,[143] ammesso, come si tende oggi a fare, che si trattasse di diversi rimedi processuali. Aspetti, questi, che non erano del tutto sfuggiti, in passato, ai sostenitori dell'azione contrattuale e che si era provato a risolvere attraverso

mo qui trovati in presenza di modelli processuali del tutto differenti e autonomi (*condictio - a. c. incerti*): in proposito vd. ancora proficuamente K.A.D. UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung* 1 cit., (§ 163 I) 339 ss.: «eine angewandte Klage (utilis actio) entsteht, wenn dieß in der Art geschieht, daß eine im Edict vorgezeichnete Klageformel benutzt und durch eine damit vorgenommene Abänderung anwendbar gemacht wird», in una prospettiva che non limita gli interventi adeguativi del programma di giudizio all'inserimento di una *fictio*, ma lo estende anche all'inserimento di *praescripta verba*: (341) «theils durch Einschiebsel, welche eine rechtliche Erdichtung (fictio) enthalten, theils dadurch, daß eine actio praescriptis verbis gebildet wird, indem nämlich die formula actionis eine Einleitung (praescripta verba) erhält»; F.L. KELLER, *Der römische Civilprocess*[3] cit., 395 s.; R. SOHM, *Institutionen des römishen Rechts. Dritte Auflage*, Leipzig 1888, 159 ss.; diversamente, ma con conclusioni che non ci sembra si possano accogliere, G. BORTOLUCCI, *Actio utilis*, Modena 1909, 16.

[142] Per lo meno a voler seguire le impostazioni ricostruttive oggi più accreditate che pensano a un modello processuale con *intentio incerta ex fide bona* (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*) da causalizzare in concreto, mediante *praescriptio* o *demonstratio* (*in factum concepta*): in proposito vd. nt. seg. Differenti le conclusioni alle quali si potrebbe giungere nel caso si dovesse piuttosto aderire all'ipotesi di un intervento adeguativo (mediante *praescripta verba*) di rimedi processuali tipici, ancorché non caratterizzati da *intentio incerta*: nel qual caso rimarrebbe certo spazio per ammettere un'applicazione in via utile della *condictio* (*certi*) mediante *praescripta verba* (al riguardo vd. *infra* § 6), per quanto si tratta, va ribadito, di ipotesi che pare poco coerente con la più generale logica solutiva che sorregge la decisione della cancelleria.

[143] Da questo punto di vista non ci pare di poter condividere l'opinione di R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 91 ss., per il quale il termine '*utilis*' individuerebbe (93) «una caratteristica […] propria […] di ogni *actio praescriptis verbis* impiegata nel campo delle convenzioni atipiche»: non per lo meno se si aderisce alla prospettiva, che poi è quella adottata dallo studioso, di un'azione generale (di buona fede) da causalizzare in concreto. Tale qualifica aveva (e avrebbe) semmai senso nella ben differente ottica, in cui si ponevano gli autori di diritto comune, di un modello *ad exemplum* di tipo specifico, in cui cioè i *praescripta verba* rappresentavano lo strumento con cui i singoli programmi di giudizio edittali venivano di volta in volta adeguati alle specificità del caso, in modo da renderli in concreto utilizzabili (*utiles*, *utilis*, per l'appunto), al di là dei loro consueti (e più ristretti) ambiti applicativi (in proposito vd. vol. I, cap. I §§ 1 e 2). Opinione che aveva resistito, come si è detto (vol. I, cap. I nt. 81), ancora sino alla seconda metà del XIX sec.: così ad es. I. ALIBRANDI, *Delle azioni utili* (*Opere* 1) cit., 156 ss., per quanto, da altro punto di vista, l'autore avesse suggerito, in verità poco convincentemente, di mettere in relazione l'origine del nome (*a. utilis*) con l'*utilità* che si sarebbe tratta dall'estensione del modello processuale tipico, più che col risultato concreto della sua *utilizzabilità* («prendevano quest'appellazione non già dalla particella *uti* […] ma dalla *utilitas* che aveva persuaso ai magistrati o ai prudenti di abbracciare quella equitativa estensione»): così anche P. COLLINET, *La nature* cit., 455 («l'épithète *utilis* est un adjectif générique visant l'utilité de fond»).

l'ipotesi di un'estensione in via utile, mediante *fictio cessionis* della stessa *a.p.v.* che sarebbe spettata al donante, con un'interpretazione che dà per sottinteso ciò che il testo non dice e non avrebbe avuto motivo di tacere.[144]

Per continuare a sostenere l'idea di un riferimento all'azione contrattuale atipica (secondo peraltro il modello dell'*a. civilis incerti*) si dovrebbe semmai ripiegare verso la spiegazione a suo tempo avanzata da Giffard che proponeva di identificare la *condicticia actio* non con la *condictio* (*certae rei*), ma con l'*a. qua incertum petimus* con *taxatio* di Gai 4.131, che a detta dell'autore avrebbe trovato applicazione anche in C. 8.38(39).3,[145] con una congettura con la quale si superava il ben differente punto di vista espresso appena quattro anni prima, in cui si prospettava piuttosto l'impiego della rivendica, ritenendo allora interpolato il riferimento alla *condicticia actio*, sul quale si sarebbe invece in larga misura fondata la nuova tesi dello studioso.

Si tratta però di ipotesi che, al di là di taluni aspetti più specifici che andrebbero più opportunamente riconsiderati,[146] non pare seriamente percorribile e

---

[144] Così F. W. L. VON MEYERFELD, *Die Lehre von Schenkungen* 1 cit., 422, di cui non passa certo inosservato il tentativo di scivolare dalla *condictio* all'*a.p.v.* («Diese ut. act. ist eine persönliche […] und zwar die condictio vel praesr. verb. act. des Schenkers, deren Cession an den Dritten fingirt wird»); adesivamente A. SCHMID, *Die Grundlehren der Cessionform* cit., 451 («Die actio praescr. ver. gebührt unter dieser Voraussetzung kraft fingirter Cession dem Geschäftsherrn als utilis actio»); contro l'ipotesi di una cessione tacita al terzo donatario da parte del donante, sia dell'*a.p.v.* sia della *condictio*, vd. F. VON SAVIGNY, *System* 4 cit., 285. È bene precisare che l'eventualità di un ricorso all'*a.p.v.* era rigettata dallo studioso, non tanto per l'impossibilità di individuare una *datio ob causam*, che come si è osservato egli era orientato a scorgere all'interno di ogni *donatio sub modo*, quanto per il fatto che l'operazione si sarebbe in concreto posta in contrasto col generale divieto di contratti a favore di terzo (in proposito vd. *supra* nt. 112). Sulla questione e più precisamente sulla possibilità che nella costituzione dioclezianea debba vedersi un primo riconoscimento del contratto in favore di terzo vd., favorevolmente, R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 152 nt. e ivi nt. 65; scettico, per lo meno nella prospettiva del diritto romano e della cancelleria dioclezianea, M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 282 ss., 291 ss., ove riferimenti alla principale letteratura (282 nt. 95).

[145] A. GIFFARD, *L'action qua incertum petimus* (*Études*) cit., 154 ss.

[146] Bisognerebbe per lo meno rivalutare la natura dell'azione esercitata dal donante. Più che a una *condictio incerti* (*possessionis*), secondo quanto sostenuto da Giffard, si dovrebbe pensare a un'applicazione contrattuale: o per meglio dire attuativa del *modus*. Del resto, se l'autore francese attribuiva all'azione una funzione meramente ripetitiva, ciò era dovuto al fatto (come si è detto) che egli considerasse la vicenda qui affrontata come un caso di *donatio ad tempus*, da ritenersi nulla, in base al principio di Fragm. Vat. 283: così appunto A. GIFFARD, *Les Maîtres* (*Études*) cit., 185; ID., *L'action qua incertum petimus* (*Études*) cit., 155, senza però considerare le significa-

che certo non sembra avvalorata dal richiamo a C. 8.38(39).3 (Diocl. et Max., a. 294), ove è affrontata una vicenda che non presenta affatto quelle significative analogie non senza enfasi[147] richiamate dallo studioso francese.[148]

Al di là della soluzione in concreto adottata dalla cancelleria e proprio per le incertezze che vi sono al riguardo, il brano dimostra quanto sia di fatto difficile tenere separate le diverse prospettive sostanziali (*donatio-negotium*) e processuali (azione di ripetizione-azione contrattuale),[149] e come comunque le stesse logiche argomentative si prestassero a essere validamente adoperate in entrambi i contesti, come appunto nel caso qui esaminato, in cui il richiamo alla *fides placiti*, e dunque al rispetto di quanto si è convenuto, è funzionale (come crediamo) alla concessione dell'azione di ripetizione, anziché di adempimento, nell'ambito di una vicenda che, seppur formalmente riassumibile nel consueto schema del *do ut des* (nel senso che è previsto il compimento di un atto attributivo da parte di entrambi i soggetti), si caratterizza in realtà per l'evidente assenza di una anche solo abbozzata struttura sinallagmatica: il che toglie forza all'ipotesi di un ricorso qui all'*actio civilis incerti* evocata da Mauriciano in Ulp. 4 *ad ed.*, la quale proprio da tali logiche e strutture traeva fondamento ed era governata. Si dovrebbe semmai ripiegare verso la diversa ipotesi di azione a tutela del patto modale in quanto tale (*a.p.v.*),[150] con un'interpretazione che però non è supportata dal testo.

4. Aristone: *negotium mixtum cum donatione* e *obligatio* in Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18 pr.-1.

Che in Ulp. 4 *ad ed.* il punto di vista di Aristone risulti sensibilmente semplificato, appare con chiarezza anche dall'analisi di un brano ben noto agli stu-

---

tive differenze tra le due fattispecie prima evidenziate. Una critica al punto di vista di Giffard può trovarsi in P. VOCI, *La dottrina* cit., 275 nt. 1.

[147] A. GIFFARD, *L'action qua incertum petimus* (*Études*) cit., 155: «La preuve est faite».

[148] Si tratta piuttosto di un caso di costituzione di dote con obbligo di trasferimento di parte della dote stessa in favore di terzo, non azionabile mediante *a. ex stipulatu* per nullità della *stipulatio*: si trova costretto ad ammettere le differenze tra le due vicende anche A. GIFFARD, *L'action qua incertum petimus* (*Études*) cit., 155.

[149] In questo senso già M. TALAMANCA, *Diocl. et Maxim. C. 8.54.3* cit., 281, il quale mette opportunamente in evidenza come sia rischioso voler incasellare a ogni costo le soluzioni della giurisprudenza classica o della cancelleria imperiale «in rigidi schemi concettuali corrispondenti a nostre categorie dogmatiche».

[150] Così, come si è in più occasioni osservato, R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 91 ss.

diosi, ai quali non è affatto sfuggito il rilievo che esso gioca ai fini di una corretta interpretazione della testimonianza ulpianea. Ci riferiamo, come si sarà probabilmente intuito, a

D. 39.5.18 pr.-1 (Ulp. 71 *ad ed.*) *Aristo ait, cum mixtum sit negotium*[151] *cum donatione,*[152] *obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert.* 1 *Denique refert Aristonem putare, si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua inesse videtur: aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manumittas: hic enim nec donationi locum esse et ideo esse*

[151] Pur osservando come sia «metodologicamente impensabile asserire […] che Aristone avesse attribuito sempre e comunque un determinato significato a *negotium* da un lato e a *negotium gerere* (o *contrahere*) dall'altro», finisce comunque per caricare di significato il mancato riferimento al *gestum*, presente invece in Pomp. 3 *ad Sab.* D. 41.1.19 («l'omissione […] appare ben ponderata e per nulla casuale») R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 38 s., che spiega tale diversa opzione lessicale con l'esigenza di evitare possibili accostamenti alla nozione labeoniana di *gestum* di Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19, con una congettura che si fonda però su un presupposto per il quale non esistono evidenze specifiche, non essendovi elementi per ritenere che Aristone stesse qui ragionando sotto il condizionamento della *definitio* labeoniana ed in particolare della nozione di *gestum* formulata in quell'occasione dal giurista augusteo. Tanto più che, com'è ben noto e come del resto non manca di evidenziare lo stesso autore, quello registrato da Labeone (e riferitoci da Ulpiano) non corrispondeva affatto all'«uso comune dell'espressione», né alla nozione di *gestum* altrove adoperata dallo stesso Labeone: sull'anomalia del modello definitorio di Ulp. 11 *ad ed.* ci limitiamo a segnalare P. VOCI, *La dottrina* cit., 54 s.; B. ALBANESE, *'Agere'* cit., 217 s.; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 49 s.; soprattutto F. GALLO, *Synallagma* 1 cit., 94 ss., 114 ss.; C.A. CANNATA, *Labeone e il contratto* cit., 131. Su Pomp. 3 *ad Sab.* D. 41.1.19 vd. *infra* nt. 392.

[152] Esclude che il sostantivo *donatio* alluda qui a una «fattispecie tipica da affiancare al *negotium*» R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 56 ss., per il quale Aristone non si sarebbe allontanato dalla prospettiva originaria, mantenutasi per l'intero corso dell'età classica, che vedeva nella *donatio* una *causa adquisitionis*, piuttosto che una specifica tipologia di atto acquisitivo. Da respingere dunque l'idea di una «contrapposizione tra due negozi contrassegnati da una specifica causa». Il ragionamento dell'autore, indubbiamente corretto, richiede tuttavia una precisazione, nel senso che lo stesso dovrebbe dirsi anche per il *negotium*: anche questo termine, infatti, non alludeva a una fattispecie dai tratti tipologici, per così dire, ben determinati, ma alla causa (generale e generica) di un insieme di fattispecie numericamente non delimitato o delimitabile. Il che vuol dire, a differenza di quanto sostiene lo studioso, che esiste una precisa «simmetria tra i due fenomeni». Solo che la relazione sulla quale è impostato l'intero brano non è tra due atti tipici, ma tra due modelli specifici e tra loro contrapposti di cause. Volendo si potrebbe anche dire che a essere confrontati sono due modelli di atti, identificati sul solo piano causale, in assenza dunque di più specifiche caratterizzazioni di ordine strutturale o contenutistico.

obligationem. sed et superiore casu quid acti sit, inspiciendum Pomponius ait: potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur.

Il brano, notissimo,[153] conferma, come vedremo, l'inadeguatezza del solo profilo schematico (nel caso di specie *do ut facias*) isolatamente inteso, a fornire valide indicazioni sul piano della valutazione della presenza di una relazione sinallagmatica in grado di legittimare il ricorso ad azione contrattuale (se del caso) atipica.

A informarci del punto di vista del giurista traianeo è ancora una volta Ulpiano, probabilmente per il tramite di Pomponio:[154] almeno per il § 1 che poi è la parte che più interessa.[155] Il brano si apre con un'affermazione di carattere generale, che nei termini in cui è formulata rischia di risultare una mera banalità.[156] Ad essa segue, in funzione chiaramente esplicativa (*denique*), e in termini

---

[153] E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 43 s.; G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 37 s.; ID., *Donare e negotium gerere* (*Scritti* 2) cit., 687 ss.; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 227 ss.; A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone* cit., 63 ss.; R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 78 ss.; da ultima vd. A. SALOMONE, *Venditio donationis causa* cit., 133 ss.; ID., *'Donationes sub modo'* cit., 45 s.

[154] O. LENEL, *Pal.* 2.159; con nettezza («è evidente») A. MANTELLO, *I dubbi* cit., 64, il quale peraltro non esclude un intervento rabberciativo da parte di Pomponio (69: «Forse il pensiero di Aristone è stato amputato da Pomponio»); V. SCARANO USSANI, *Il probabilismo* cit., 326; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 206; in proposito vd. R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 159 ss. In relazione alla possibilità che Aristone sia stato autore di *libri digestorum* e che questi siano stati in seguito oggetto di una riedizione in forma epitomata da parte di Pomponio vd., con ampi riferimenti alla letteratura, R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 6 s. nt. 1; giudica incerta la questione E. STOLFI, *Studi* 1 cit., 522 s.

[155] Quanto al pr., l'intelaiatura discorsiva del brano lascia piuttosto ipotizzare una conoscenza del pensiero di Aristone diversa da Pomponio, e che parrebbe (addirittura) diretta: Aristo *ait* […] et ita *et Pomponius* eum existimare *refert*; la notazione può trovarsi già in E. STOLFI, *Studi* 1 cit., 522 e ivi nt. 206; sul punto e in relazione ai possibili risvolti legati all'utilizzo del secondo *et*, a volerne ammettere la genuinità, vd. R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 159 ss. e ivi nt. 2.

[156] Non a torto discute di «affermazione quasi lapalissiana» A. MANTELLO, *I dubbi* cit., 66 nt. 90. Nonostante tutto, la genuinità del pr. non è stata in genere messa in discussione dalla dottrina, neppure da quella interpolazionistica. In difesa del testo, pur non escludendosi del tutto l'ipotesi di un «intervento "cosmetico" dei compilatori», vd. da ultimo R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 13 nt. 9, 71, il quale, da altro punto di vista, sembra orientato ad attribuire a Ulpiano, più che ad Aristone, la precisazione *eo casu, quo donatio est*. Sul carattere epicheremático del ragionamento aristoniano, di cui l'affermazione iniziale '*cum mixtum- quo donatio est*' costituirebbe la *propositio*, vd. A. MANTELLO, *I dubbi* cit., 66 s.; E. STOLFI, *Studi* 1 cit., 525 nt. 213. Sul ragionamento epicheremático e sulla sua struttura logica (*propositio-approbatio propositionis*; *assumptio-assumptionis approbatio*; *complexio*) vd. lo stesso A. MANTELLO, *I dubbi* cit., 43 ss.

che restituiscono un significato compiuto al pr.,[157] l'analisi di un caso specifico. Più precisamente, l'ipotesi presa in esame prevedeva che *Ego* avesse trasferito a *Tu* un servo (verosimile un originario riferimento al compimento della *mancipatio*, in luogo del *tibi tradidero* che si legge nel brano),[158] con l'intesa che questi lo manomettesse al maturare di un quinquennio.[159] Osserva Aristone che *Ego* non potrà agire prima dello scadere del termine,[160] visto che il negozio, nel suo insieme (o per meglio dire nel suo sviluppo) assume (o sembra assumere)[161] natu-

---

[157] Così R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 9 ss. e ivi nt. 4, per il quale, per l'appunto, il principio «risulta assolutamente nitido» se letto alla luce dei paragrafi successivi, risultando diversamente «una sterile petizione di principio».

[158] O. LENEL, *Pal*. 1.67 ntt. 2-5; V. SCARANO USSANI, *Il 'probabilismo'* cit., 326; R. KNÜTEL, *La causa* cit., 136 nt. 8; R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 78 ss. Ulteriori indicazioni *infra* in nt.184.

[159] Nel senso di una *mancipatio fiduciaria* vd. P. OERTMANN, *Die Fiducia* cit., 46 s. e ivi nt. 192; G. GROSSO, *Sulla fiducia a scopo di 'manumissio'*, in RISG 4, 1929, 251 ss.; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 227 nt. 166, ove ulteriore letteratura. Per l'inserimento di *fiduciae* tra *quinquennium* e *agi* (*non posse ante quinquennium <fiduciae> agi*), vd. O. LENEL, *Pal.* 2.40 nt. 3; A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. Zweiter Band. Erste Abteilung*,[2] Halle 1895, 339 nt. 1; S. BROISE, *Animus donandi* cit., 68 ss.; non aderisce alla ricostruzione suggerita R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 89 s., 120 s.; ID., *Il negozio misto con donazione: elaborazioni romane e ricostruzioni moderne*, in L. GAROFALO (a cura di), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova 2011, 255 ss.

[160] Da questo punto di vista non sembra si possa seguire R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 127 ss. e ivi nt., 153, nel ritenere che per il conseguimento di un tale risultato si rendesse necessario il ricorso ad apposito *pactum de non petendo* da farsi valere mediante *e. pacti conventi*: a maggior ragione se si adotta la prospettiva, fatta propria dall'autore, di una riduzione della vicenda qui esaminata allo schema della convenzione atipica. Si deve in senso contrario osservare come il ricorso all'azione sarebbe risultato inammissibile *ipso iure*, essendo la struttura stessa del negozio ad impedire *ante quinquennium* la costituzione di un'obbligazione, come del resto si evince dal tratto immediatamente successivo in cui, affrontando la diversa ipotesi di manomissione immediata (*continuo*), il giurista tiene a precisare come, a differenza (*aliter*) della prima ipotesi, si venisse qui a costituire tra le parti un'obbligazione (*aliter* atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manumittas: hic enim nec donationi locum esse et *ideo esse obligationem*): il che vuol dire, ovviamente, che lo stesso non valeva per il caso di *manumissio post quinquennium*. Non si comprende pertanto a cosa sarebbe servito il ricorso all'*e. pacti conventi* (anche solo in senso sostanziale: come nel caso dei *iudicia bonae fidei*) da parte di chi, in base allo stesso *ius civile*, non poteva considerarsi tenuto *ante quinquennium* alla restituzione.

[161] In questi termini B. BIONDI, *Chiarimenti intorno al negotium mixtum* (*Scritti* 4) cit., 573 («non dice che si tratta di donazione […] dice *aliqua* e dice anche *videtur*»); più di recente insiste sul modo sfumato di esprimersi di Aristone R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 83 s. e ivi nt. 8, 87, su cui vd. nt. seg.

ra 'parzialmente' donativa (*quia donatio aliqua inesse videtur*).[162] Non così, prosegue sempre Aristone (citato da Pomponio),[163] se si è proceduto al trasferimento del servo con l'intesa che questi venisse manomesso senza indugio (*continuo*):[164]

---

[162] Che non si tratti di negozio misto in senso proprio (o moderno) già si è detto: *supra* cap. V § 3. Sulla possibilità di un «aggiustamento» terminologico da parte di Ulpiano, da ritenersi comunque non incisivo sulla struttura del pensiero aristoniano, vd. R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 83 s. nt. 8, il quale a tal proposito richiama Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15, ove, seppur nella differente e anzi opposta ottica del *negotium*, si fa ricorso a formule lessicali (*habet in se aliquod negotium*) che richiamano quelle qui adoperate da Ulpiano (*quia donatio aliqua inesse videtur*), con un'affinità che, va però detto, si arresta al solo piano espressivo, considerato che sul piano concettuale l'argomentazione di Ulp. 42 *ad Sab.* (*habet in se aliquod negotium*) non ha nulla a che vedere con la questione del *negotium mixtum* agitata in Ulp. 71 *ad ed.*

[163] Ha certo ragione E. STOLFI, *Studi* 1 cit., 524, nel ritenere che il soggetto cui riferire il verbo *inquit* non possa essere altri che Pomponio. Ciò non significa però che egli non stesse ancora riportando il pensiero del giurista suo predecessore o che (peggio) stesse introducendo una prima precisazione critica rispetto all'opinione di Aristone, come vorrebbe lo studioso («Questa non è tuttavia la sola precisazione di Pomponio rispetto al pensiero di Aristone: anche riguardo alla prima fattispecie egli riteneva fosse comunque da indagare il *quid actum sit*»). A sostegno di una tale interpretazione, non si può del resto pensare di invocare l'attacco del periodo successivo '*sed et* superiore casu quid acti sit, inspiciendum Pomponius ait', quasi si tratti appunto di un secondo rilievo (sed *et*). Pomponio sta semplicemente osservando come *anche* nel primo caso (ovvero di *manumissio post quinquennium*) non possa escludersi *a priopri* la costituzione di un'obbligazione, al pari di quanto è pacificamente ammesso (già da Aristone) per il caso di *manumissio continuo*. Del resto non si può davvero credere che Aristone non distinguesse sul piano solutivo tra le due fattispecie (*manumissio post certum tempus* e *manumissio continuo*) e che non lo facesse nel senso indicato nel brano. Non può infine trascurarsi come i due segmenti discorsivi seguano, anche espressivamente, un identico e ben definito schema logico-concettuale (*obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est* […] *hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem*). Nel senso di una continuità discorsiva aristoniana vd. F. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, in ZSS 78, 1961, 77 s. («Bei diesem Treuhandgeschäft ist zu unterscheiden, ob sofort oder erst nach fünf Jahren freizulassen ist. Im zweiten Falle, aber nicht im ersten erblickt Aristo auch eine *donatio*»); E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 44; B. BIONDI, *Chiarimenti intorno al negotium mixtum* (*Scritti* 4) cit., 572; ID., *Le donazioni* cit., 941; A. MANTELLO, *I dubbi* cit., 65; pur ritenendo più probabile un'attribuzione del verbo '*inquit*' a Pomponio, non dubita di un'attribuzione ad Aristone dell'intero tratto '*denique refert-esse obligationem*' («richiama il pensiero aristoniano sul problema») R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 81, 85 ss., 161 ss. e ivi nt. 5, il quale a questo proposito tende condivisibilmente a ridimensionare la sostituzione della locuzione *ad hoc ut* con *ob hoc ut*, escludendo che al mutamento della forma espressiva debba corrispondere «un differente inquadramento dogmatico della fattispecie […] posteriore alla riflessione del giurista traianeo», potendo essa ascriversi a Ulpiano o agli stessi commissari di Giustiniano (121); A. SALOMONE, *Venditio donationis causa*[2] cit., 137, 145.

[164] Sul non frequente ricorso dell'avverbio nel lessico ulpianeo vd. R. SCEVOLA, *Negotium*

in tal caso, non essendovi spazio per intenti donativi, si sarebbe potuta sin dall'inizio configurare un'obbligazione in capo all'*accipiens*.[165]

Dall'opinione espressa da Aristone prendeva parzialmente le distanze Pomponio, il quale riteneva necessario procedere attraverso una più approfondita valutazione di quanto effettivamente realizzato dalle parti, non comportando la previsione di un termine, a suo dire, un intento necessariamente donativo (*potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur*).[166]

Dal resoconto di Ulpiano, apprendiamo che Aristone, autore appunto della dottrina riportata in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, mostra di operare una distinzione tra i due casi presi in considerazione (*manumissio post quinquennium* e *manumissio continuo*) guardando alla funzione oggettivamente attribuibile al negozio realizzato dalle parti: con un atteggiamento che viene contestato invece da Pomponio, che sembra farsi piuttosto sostenitore di un'analisi che si concentra quanto più possibile sulle reali intenzioni che hanno guidato gli autori del 'negozio', andando concretamente a valutare se, per caso, il previsto termine quinquennale assolvesse una funzione non donativa.[167]

In altri termini, in questo brano, assistiamo a una dimostrazione straordinariamente efficace dei riflessi che, sul piano pratico della qualificazione della fattispecie, risultano direttamente ricollegabili all'elaborazione di differenti teoriche della nozione di causa, con delle modalità che però non possono essere inquadrate nella griglia deformante della consueta relazione dialettica tra funzione economico-sociale e funzione economico-individuale.[168]

---

mixtum cit., 163 nt. 6, il quale ne trae argomenti per ipotizzare un prestito terminologico da Pomponio.

[165] Sospetti sul tratto in questione, ritenuto del tutto superfluo, si trovano in W. ERBE, *Die fiduzia* cit., 153, 154 nt. 3; in senso contrario rivendicano l'autenticità del ragionamento aristoniano S. BROISE, *Animus donandi* cit., 68 nt. 68; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 228 nt. 166.

[166] Il diverso punto di vista tra i due giuristi non è certo sfuggito in dottrina. Di «visione più ampia», che avrebbe portato Pomponio a una compenetrazione dell'«elemento obiettivo della attribuzione gratuita» con «quello subiettivo», discute G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 38, a detta del quale il richiamo alla categoria del *negotium* da parte di Aristone sarebbe servito a segnalare la distanza del caso qui esaminato rispetto all'ipotesi di «donazione modale *manumissionis causa*».

[167] Da questo punto di vista, non esclude che la prevista disponibilità del servo per il periodo di un quinquennio potesse ad es. assolvere funzione estintiva di un precedente rapporto obbligatorio, in via novativa o più probabilmente come *datio in solutum*, R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 167 e ivi nt. 10.

[168] Per la prima si veda soprattutto E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia 1920, 158 ss.; ID., *Diritto romano* 1 cit., 209 ss.; ID., *Teoria generale del*

Certamente l'approccio pomponiano denuncia una notevole affinità, quantomeno sul piano applicativo, con la moderna nozione di funzione economico-individuale, intesa nella nota accezione di 'scopo concretamente perseguito dalle parti'. Il punto di vista aristoniano sfugge invece a ogni tentativo di assimilazione con la diversa nozione della funzione economico-sociale, la quale solo impropriamente può essere identificata con il concetto di funzione tipica (dell'*id*

negozio giuridico, in *Trattato di diritto civile italiano redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di Filippo Vassalli*. *Volume Quindicesimo. Tomo Secondo*, Torino 1943, 44 ss., in un ordine ricostruttivo che provava a recepire i risultati dell'elaborazione dogmatica della nozione cui era già pervenuto un significativo settore della scienza giuridica tedesca, principalmente attraverso le indagini di Hippel, Stoll e Manigk. Prima ancora che in Betti spunti in tal senso si ritrovano, per la dottrina italiana, in De Ruggiero, più ancora che in V. SCIALOJA, *Negozi giuridici. Lezioni dettate nella R. Università di Roma nell'a.a. 1892-93*, Roma 1907, 161 ss., al quale si deve semmai, com'è noto, l'introduzione del concetto di causa, «intesa come scopo, come funzione del negozio» in coerenza con la nozione tedesca di 'Zweck': così correttamente G.B. FERRI, *La causa nella teoria del contratto*, in G.B. FERRI, G. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino 1997, 97 ss., al quale si rinvia per un puntuale resoconto delle vicende che portarono alla formulazione della teoria bettiana della causa sociale; diversamente, nell'ottica di una valorizzazione dell'opera di Scialoja nella messa a punto della nozione della causa come funzione sociale, vd. P.G. MONATERI, *La sineddoche*: *formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano 1984, 205 ss.; ID., *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanistici*, Milano 2008, 66 ss. Per un'efficace sintesi della questione vd. M.N. MILETTI, *Diritto privato e funzione economico-sociale: radici bettiane d'una formula*, in F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*. *Atti dell'incontro di studio. Roma, 9 ottobre 2015*, Roma 2017, 9 ss., con uno sguardo proiettato anche al più recente dibattito civilistico. Per la seconda impostazione (funzione economico-individuale) vd. S. PUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa del negozio giuridico*, in *Studi in memoria di G. Venezian*, Messina 1934, 187 ss.; ID., *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in Nuova Riv. dir. comm. 1, 1947, 13 ss. («intento specifico, scopo determinato»); e in particolare G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, al quale si rinvia anche per un puntuale e articolato resoconto del dibattito dottrinale in materia, nelle sue diverse fasi storiche; ID., *La causa nella teoria del contratto* cit., 100 ss. Sempre sul tema si vedano T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 380 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, II. *Il regolamento*, Milano 2006, 85 ss.; ID., *La dottrina della causa nel diritto italiano*, in Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 27, 2006, 153 ss.; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano 2008, 43 ss., 143 ss.; P. GIULIANO, *La causa e le principali classificazioni dei contratti*, in P. FAVA (a cura di), *Il contratto. Trattato teorico-pratico*, Milano 2012, 622 ss.; A.M. GAROFALO, *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in Riv. dir. civ. 6, 2013, 575; ID., *Dalla cause de l'obligation alla causa del contratto*, in G. AMADIO, L. GAROFALO (a cura di), *Ius Civile Europaeum. Libertà e responsabilità contrattuale*, Winter School dell'Università di Padova 22-26 febbraio 2016, Pisa 2016, 237 ss.; E. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, Torino 2014, 1 ss.

quod plerumque accidit'), visto che in realtà essa rappresenta uno strumento di controllo sulle attività dei privati ben più incisivo della mera liceità, guardando più propriamente alla meritevolezza degli interessi in gioco.[169]

A ben guardare, l'alternativa va più correttamente impostata tra una valutazione obiettiva o se si preferisce 'tipica' del complessivo assetto di interessi,[170] e una interpretazione soggettiva che si preoccupa invece di ricostruire con attenzione ciò che realmente le parti hanno inteso realizzare,[171] e per farlo suggerisce di affidarsi a un'analisi della fattispecie alla luce della '*conventio*', la quale viene in definitiva assunta a criterio qualificativo. In una relazione che, come si intuisce, si sottrae alle implicazioni ideologiche che in definitiva rappresentano il nucleo centrale della contrapposizione tra i due modelli causali della funzione economico-sociale ed economico-individuale, i quali traducono sul piano giuridico due diverse e fondamentalmente contrastanti visioni politiche circa lo spazio di libertà di iniziativa economica attribuibile a ciascun individuo, all'interno di una determinata organizzazione politica.[172]

---

[169] Così del resto E. BETTI, *Diritto romano* 1 cit., 220.

[170] Coglie bene il senso dell'atteggiamento aristoniano R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 74 s., 87 s., 117 («valutazione assolutamente oggettiva della volontà delle parti»), 147.

[171] In questo senso vd. G.G. ARCHI, *Donare e negotium gerere* (*Scritti* 2) cit., 688 («ciò che ispira le soluzioni dei giuristi è la sottile analisi degli intenti perseguiti dalle parti»); più recentemente evidenzia opportunamente l'accentuazione del profilo soggettivo da parte di Pomponio, in termini che «avrebbero segnato l'inizio di un percorso ispirato alla crescente rilevanza della *voluntas contrahentium*», R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 75, 164 ss.

[172] L'impronta ideologica legata alla prospettiva della funzione economico-sociale è ben evidente in E. BETTI, *Diritto romano* 1 cit., 209 ss., 214 ss., ove a più riprese si fa riferimento, com'è noto, all'idea del «capriccio individuale» quale contrappunto concettuale della causa da intendersi nel senso di «funzione socialmente utile»; in termini ancora più marcati vd. ID., *Istituzioni* 2 cit., 60 ss., nella contrapposizione posta tra «*interesse* tipico, socialmente apprezzabile […], di indole anche morale» e «interesse moralmente riprovevole o socialmente futile». Per quanto concerne la questione della libertà contrattuale nell'ambito dell'esperienza giuridica romana, si veda L. ZHANG, *Alcune riflessioni sulla libertà contrattuale* cit., 415 ss., in un ordine di idee che sembra però procedere per schematismi dogmatici, che finiscono per imbrigliare il ragionamento dello studioso in preordinate (e troppo rigide) griglie concettuali (soprattutto per ciò che riguarda la questione della relazione tra libertà contrattuale, da un lato, e *ius civile* e *ius honorarium* dall'altro) e che d'altra parte non si sottrae alla tentazione di leggere anche l'esperienza romana attraverso i filtri deformanti di quelle dottrine della causa, di cui Betti era e rimane uno dei più autorevoli sostenitori, che vedono nel contratto lo strumento di realizzazione di (più ampi) interessi generali e (solo) per questo meritevoli di tutela (428: «il consenso delle parti deve essere sempre esteriorizzato e riconosciuto socialmente, altrimenti esso non può produrre effetti giuridici. La rigorosa tipicità contrattuale è stata formata a seconda delle diverse funzioni

Il brano non ci dà informazioni sul tipo di rapporto obbligatorio (*obligatio*)[173] che si sarebbe venuto a costituire, a detta di Aristone, una volta accertata l'assenza o comunque il venir meno di una finalità donativa.[174]

Facendo anche affidamento su talune affinità di tipo espressivo,[175] più di un autore ha ritenuto che la decisione di Aristone andasse ricondotta nel quadro della dottrina di Ulp. 4 *ad ed.*, arrivando così alla conclusione che anche in questo caso il giurista pensasse a un'obbligazione da farsi valere in via di adempimento, mediante *actio civilis incerti* (o *a.p.v.*).[176] Fra le varie congetture, quella

socio-economiche dell'operazione, la quale rappresenta l'elevazione del valore sociale del contratto come elemento indispensabile della formazione dello stesso»). In proposito vd. T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 386 ss., il quale d'altra parte assai opportunamente evidenzia la presenza di una componente ideologica seppur di segno opposto (e del resto non potrebbe essere altrimenti) anche nelle teorie individualistiche della causa; ancora più recentemente M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino 2013, 120 ss., con interessanti (e certo condivisibili) riflessioni sulle implicazioni della teorizzazione della causa bettiana in relazione al tema dell'autonomia privata («Betti nega questa dimensione astratta della libertà; esclude che l'interesse del singolo possa dominare l'ordine giuridico»») 172 ss.; sempre per un'efficace messa a fuoco della questione vd., dello stesso autore, ID., *Interpretare i contratti* cit., 186 ss., seppur in una prospettiva che si concentra principalmente sul (connesso) tema del negozio giuridico e della sua interpretazione; per il dibattito civilistico, vd. G.B. FERRI, *Causa e tipo* cit., 98 ss.; ID., *La causa nella teoria del contratto* cit., 98 ss.; ID., *Il negozio giuridico*, Padova 2011, 106 ss.; A. DI MAJO, v. *Causa del negozio giuridico*, in Enc. giur. 6, Roma 1988, 1 ss., ove è ben evidenziata la «funzione di controllo» che essa svolge «sulla libertà contrattuale delle parti».

[173] Non sembra si possa condividere la proposta di R. SANTORO, *Il contratto* cit., 229 e ivi nt. 171, di interpretare anche in questo caso il termine *obligatio* nel senso di atto obbligatorio, in ragione di una pretesa contrapposizione con la *donatio*: dalla lettura del brano appare al contrario evidente come l'attenzione del giurista sia tutta orientata a valutare la sussistenza di un obbligo (restitutorio o di adempimento) in capo a chi ha ricevuto il servo in prospettiva di una sua manomissione (*hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem*); per una opportuna svalutazione della questione vd., comunque, condivisibilmente, R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 15 s., 86 nt. 10, il quale da parte sua non esclude un uso duttile del termine, con allusione all'«atto» («in vista della realizzazione del rapporto») nel pr. e al «rapporto» nel § 1.

[174] Evidenzia l'incertezza in proposito R. SANTORO, *Il contratto* cit., 228.

[175] Suggerisce una connessione tra l'impiego del verbo *inesse* e l'espressione *ideo esse obligationem*, che ricorderebbero, rispettivamente, il *subesse* e la frase '*Aristo Celso respondit esse obligationem*' di Ulp. 4 *ad ed.*, T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 207 s., il quale denuncia, peraltro, una stretta relazione tra le due testimonianze anche dal punto di vista dello sviluppo della trama argomentativa; adesivamente R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 127 e ivi nt. 46.

[176] In questo senso F. W. L. VON MEYERFELD, *Die Lehre von Schenkungen* 1 cit., 323; A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 197; B. BIONDI, *Chiarimenti intorno al negotium mixtum* (*Scritti* 4) cit., 573 s.; un'apertura si coglie in A. MANTELLO, *I dubbi* cit., 65 nt. 88; non

di una relazione con la dottrina di Ulp. 4 *ad ed.* si rivela, in realtà, la meno probabile.

Non si è infatti considerato che nell'ipotesi qui presa in esame mancano gli elementi propri di un rapporto di scambio, anche in senso lato,[177] tenuto conto che l'atto di affrancamento non può ritenersi effettuato in funzione del ricevuto atto di trasferimento dello schiavo, come sua contropartita. Tra i due atti non vi è, né può esservi, se si riflette, alcuna relazione sinallagmatica (di corrispettività). Una tale relazione potrebbe sussistere solo nell'ambito di una vicenda più ampia, analogamente a Paul. 5 *quaest.* § 4-5, ove due distinte (o comunque potenzialmente tali) vicende contrattuali di mandato si prestavano a essere riassunte in una più complessa e unitaria vicenda (all'apparenza anch'essa contrattuale)[178] per la quale agire *praescriptis verbis*, sfruttando il nesso negoziale (*facio ut facias*) voluto dalle parti tra le due *obligationes* (principali): con un meccanismo che i giuristi romani mostrano di conoscere e impiegare in più di un'occasione.

Si pensi, ad es., al prima richiamato Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.5.17.3 (*Si, cum unum bovem haberem et vicinus unum*), ove l'atipicità del rapporto, che suggerisce il ricorso all'*a.p.v.*, dipende in definitiva da una ancora più accentuata valorizzazione della connessione posta dai contraenti tra due vicende, altrimenti configurabili in termini di comodato, e in cui è proprio il nesso sinallagmatico, stretto tra i due potenzialmente distinti prestiti d'uso, a far venir meno, all'ope-

---

esclude un ricorso all'*a.p.v.*, magari in concorso con l'*a. fiduciae*, neppure R. SANTORO, *Il contratto* cit., 228 s., per quanto l'autore ritenga più probabile un impiego della seconda (*infra* nt. 183); mostra di aderire alle conclusioni di Giffard, pur non affrontando specificamente la questione, R. KNÜTEL, *La causa* cit., 136 e ivi nt. 8; sembra crederlo pure T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 206; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est* cit., 234 e ivi nt. 1135; R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 120 ss.; per una possibile applicazione dell'*a.p.v.* vd. anche A. SALOMONE, *Venditio donationis causa* cit., 145 s. nt. 333; da ultimo L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 419, il quale si pone piuttosto l'interrogativo se la stessa azione potesse essere impiegata anche con riferimento alla prima ipotesi una volta che fosse scaduto il termine di cinque anni accordato per la manumissione («è azzardato dire se proprio con l'*actio praescriptis verbis*»).

[177] La centralità della questione non è sfuggita («[…] il punto è di estremo rilievo in quanto dal medesimo dipendono conseguenze imprescindibili circa la riconducibilità della fattispecie ad un '*dedi ut aliquid facias*'») a R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 123 ss. e ivi nt. 39, che prova a risolverla ricorrendo a una dilatazione della nozione di scambio allargata a prestazioni con «beneficio almeno indiretto».

[178] Sulla genuinità della soluzione e sulla coerenza, con una logica di tipo contrattuale, dell'impiego qui dell'azione atipica (*a.p.v.*) a fini diversi dall'adempimento (interesse negativo) vd. quanto si è brevemente osservato *supra* cap. IV § 2.1.

razione osservata nel suo insieme, quel carattere di gratuità che rappresentava uno degli elementi essenziali del contratto (*quia non fuit gratuitum commodatum*):[179] con un esito che, a differenza di Paul. 5 *quaest.* § 4, finisce per precludere il ricorso all'azione tipica (*commodati non competit actio*), restringendo le opzioni processuali alla sola *a.p.v.* (*verum praescriptis verbis agendum est*).

Dal brano di Ulpiano non è però possibile trarre conclusioni in tal senso. Non vi sono infatti elementi per stabilire se a fronte del qui riferito atto di trasferimento del servo (seppur diretto a una sua manomissione) fosse previsto, perlomeno, un sacrificio economico in capo al promissario affrancatore. Anche in questo caso il comportamento atteso rientra nelle opere non suscettibili di locazione (*quae locari non possint*) prese in esame in Paul. 5 *quaest.* § 2 (e 3, secondo quanto si è supposto).[180]

Semmai si potrebbe pensare che Aristone stesse qui più semplicemente valutando la possibilità di agire in via di ripetizione, mediante *condictio*,[181] sul presupposto di un arricchimento da considerarsi, in assenza del previsto atto di affrancamento, *sine causa*.

Tenuto conto delle modalità attuative della vicenda, le quali avrebbero potuto favorire il ricorso a uno strumento idoneo al trasferimento della proprietà dello schiavo da manomettere (*mancipatio*, *in iure cessio*),[182] la dottrina si è piut-

---

[179] In questo ordine di idee vd. già C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 287; A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 100 («Hier liegt ein doppeltes Commodat vor. Ulpian […] fasst die beiden Contracte als sich gegenseitig nothwendig bedingend auf, als Einen gegenseitigen Vertrag […]»).

[180] In proposito vd. *supra* § 1.1 in questo cap.

[181] A tal riguardo vd. *infra* nt. 190. In ogni caso, non sembra si possano trarre argomenti di segno contrario dal modo di esprimersi del giurista che parla genericamente di *agere* anziché di *condicere*: così in prima battuta R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 129 s., che tuttavia finisce giustamente per ritenere il dato lessicale non decisivo.

[182] Da ultima fa giustamente osservare come la manomissione non richiedesse necessariamente un trasferimento della proprietà del servo da affrancare A. SALOMONE, *Venditio donationis causa* cit., 146 s., 153 s.; ID., *Gli obblighi di manomettere tra corrispettività, gratuità e liberalità*, in Index 44, 2016, 340, 344, la quale ricorda come a tal fine fosse sufficiente il solo possesso bonitario (con *iusta causa usucapionis*), pur con le conseguenze che ciò avrebbe comportato dal punto di vista dell'acquisto della cittadinanza (Gai 1.35, Tit. Ulp. 1.16, 22.8) e dello *ius patronatus*; della stessa autrice vd. ancora più recentemente ID., *'Donationes sub modo'* cit., 47, ove si propende per un impiego della *traditio*; in senso decisamente contrario vd. B. BIONDI, *Appunti* (estratto) cit., 44 («bisogna necessariamente supporre la mancipatio dello schiavo, alrimenti lo schiavo non poteva esser manomesso da chi non ne avesse acquistato il dominium ex iure quiritium»); così, nella sostanza, anche R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 79 s. nt. 3, il quale sembra al più disposto ad ammettere il ricorso alla mera *traditio* per la sola ipotesi di *manumissio post*

tosto orientata per un impiego dell'*actio fiduciae*,[183] nel convincimento che le parti avessero posto in essere una *mancipatio*[184] *fiduciae causa*, nella più particolare prospettiva della c.d. *fiducia manumissionis causa*.[185]

---

quinquennium, potendo in tal caso soccorrere l'acquisto per usucapione, con una congettura che l'autore giudica però «assai improbabile» e che in ogni caso non potrebbe valere per l'ipotesi di *manumissio continuo* (*aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidissem, ut continuo manumittas*), in termini che, come si vede, finiscono in definitiva per escludere l'eventualità di una manomissione da parte del proprietario bonitario. Sulla questione vd. anche *infra* nt. 519.

[183] In questo senso A. PERNICE, *Labeo* 3.1, 130 s. e ivi nt. 1, per il quale l'azione avrebbe potuto essere impiegata sia a fini restitutori che di adempimento dell'obbligo manumissorio; sempre per l'impiego dell'*a. fiduciae* si vedano W. ERBE, *Die fiduzia* cit., 153 ss., il quale, argomentando dal fatto che il brano sia tratto dal *l.* 71 di Ulpiano in materia di precario, avanza la congettura di uno spunto dettato dalla revocabilità del precario; E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 44; ID., *Istituzioni* 2 cit., 63; G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 37; ID., *Donare e negotium gerere* (*Scritti* 2) cit., 967 s.; S. BROISE, *Animus donandi* cit., 68 ss.; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 228 e ivi nt. 170, il quale sembra condividere l'argomentazione palingenetica di Erbe; negli stessi termini A. MANTELLO, *I dubbi* cit., 65 e ivi nt. 88, 69; V. SCARANO USSANI, *Il 'probabilismo'* cit., 326; E. STOLFI, *Studi* 1 cit., 523 s.; non esclude il ricorso all'*a. fiduciae* neppure T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 206, per quanto l'autore, lo si è detto (*supra* nt. 175), mostri di prediligere l'ipotesi di un ricorso ad azione contrattuale atipica; da ultima F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena 2012, 91. Per una svalutazione del dato palingenetico vd. A. SALOMONE, *Venditio donationis causa* cit., 144, su cui vd. *infra* nt. 189.

[184] Di qui la proposta di sostituire i vari riferimenti alla *traditio* che si leggono attualmente nel brano con riferimenti piuttosto alla *mancipatio*: in questo senso, tra i tanti, ci limitiamo a segnalare (in aggiunta agli autori indicati *supra* in nt. 158) M. VOIGT, *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechts, wie -Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten. Zweiter Band*, Leipzig 1883, 159 s.; E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 43; G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 37; S. BROISE, *Animus donandi* cit., 68 s.; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 227 e ivi nt. 166, con letteratura; A. MANTELLO, *I dubbi* cit., 65 e ivi nt. 88; E. STOLFI, *Studi* 1 cit., 521; così anche N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia* II. *Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli 1983, 87 nt. 24, che pure prende le distanze rispetto all'ipotesi di un ricorso a una *mancipatio* fiduciaria in senso stretto: *infra* nt. seg.

[185] E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 43 s.; M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa* cit., 123; G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 37; A. MANTELLO, *I dubbi* cit., 65 e ivi nt. 88; un accurato elenco bibliografico può trovarsi in A. SALOMONE, *Venditio donationis causa* cit., 135 s. nt. 310. Pur ammettendo un impiego diretto dell'*a. fiduciae* (in assenza cioè di interventi adeguativi del programma di giudizio), esclude tuttavia una riconduzione della *mancipatio manumissionis causa* all'istituto fiduciario, N. BELLOCCI, *La struttura* 2 cit., 90 ss., 98 e ivi nt. 35, 99 nt. 38 («Noi riteniamo tuttavia che per concedere la possibilità dell'espletamento dell'*actio fiduciae* non sia necessario riportare il negozio a quello della *fiducia*»), con un punto di vista che appare però poco convincente, nel senso che è davvero difficile credere (come vorrebbe la studiosa) che si possa essere arrivati all'estensione dell'ambito applicativo dell'azione in assenza di una connessa e sot-

Si tratta di una soluzione plausibile. Del resto la dottrina mostra di aver da tempo superato i dubbi sulla compatibilità della c.d. *fiducia manumissionis causa* con l'istituto fiduciario,[186] nonostante l'assenza di un'obbligazione remancipatoria,[187] e nonostante essa non trovi riscontro tra le applicazioni ricordate in Gai 2.60.[188] Ciò

---

tostante dilatazione dei confini concettuali dell'istituto fiduciario, per il tramite (dunque) di un processo di tipo assimilativo: un po' come nel caso della permuta nell'ottica sabiniana: rilievi analoghi possono trovarsi in R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 144 n. 62. E del resto, poco dopo (114), è la stessa studiosa ad ammettere che, attraverso questa estensione dell'*a. fiduciae*, «fattispecie diverse» aventi in comune la forma della *mancipatio* avrebbero finito per essere «riunite dalla giurisprudenza […] in un unico *genus*», 129 («si può ben dire che esse appartengono allo stesso *genus* che è quello del negozio fiduciario»).

[186] Così già O. LENEL *Quellenforschungen in den Edictcommentaren (Fortsetzung statt Schluss)*, in ZSS 3, 1882, 178; C. FERRINI, *Storia e teoria (Opere 3)* cit., 101; S. PEROZZI, *Istituzioni* 2 cit., 201; G. GROSSO, *Sulla fiducia* cit., 251 ss., 288 ss., su cui vd. *infra* nt. seg.; P. FREZZA, *Il precetto della legge e il precetto dell'autonomia privata nell'ordinamento romano*, in *Studi in memoria di Zanobini*, vol. V, Milano 1963, 210, 217, il quale richiama in tal senso Liv. 41.8.10 relativamente alla *lex Claudia* del 177 a.C., con la quale, a detta dell'autore, si sarebbe posto «il divieto della *fiducia manumissionis causa*, e della connessa *manumissio*»; B. NOORDRAVEN, *Die fiducia* cit., 242; ID., *Die Fiduzia* cit., 139, 141 s.; P. LAMBRINI, *Le cause del negozio fiduciario*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per A. Corbino*, IV, Lecce 2016, 220. Perplessità sembrerebbe esprimere A. SALOMONE, *Gli obblighi di manomettere* cit., 341; ID., *'Donationes sub modo'* cit., 46 («discutibile figura»). Ulteriori indicazioni in nt. seg.

[187] Al riguardo vd., con ampio resoconto del dibattito precedente, G. GROSSO, *Sulla fiducia* cit., 251 ss., 288 ss., il quale prova a risolvere la questione dell'obbligo remancipatorio, ipotizzando che la manomissione fosse in concreto configurata come «facoltà concessa al fiduciario di liberarsi da responsabilità» o se vogliamo come «patto di limitazione ed esclusione condizionata di responsabilità, conchiuso *in continenti*», analogamente al *pactum de vendenda fiducia* nella *fiducia cum creditore*; critico («poco plausibile costruzione») M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa* cit., 58 e ivi nt. 23, il quale più generale contesta la centralità della *remancipatio* nella struttura del negozio fiduciario; sempre per un ridimensionamento dell'obbligo remancipatorio vd. B. NOORDRAVEN, *Die fiducia* cit., 236 ss.; come si è appena accennato (*supra* nt. 185), dubbi sulla riconducibilità all'istituto fiduciario in senso stretto si trovano, proprio per l'assenza di un ritrasferimento in favore del fiduciante, in N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia* 2 cit., 88 ss., 93 ss., con critica rispetto alle conclusioni di Grosso; perplessità anche in R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 90 ss., 98 ss., il quale, a dispetto di una cauta (ed apparente) apertura iniziale («che esista alla luce delle fonti una *fiducia manumissionis causa* pare possibile»), e al di là di un invito a non cadere nell'eccesso di ritenere che «ogni *mancipatio ut manumittatur* dovesse accedere esclusivamente al negozio fiduciario», finisce comunque e in definitiva per ribadire la centralità dell'obbligo restitutorio, ritenendo altresì impraticabile la proposta ricostruttiva (di Grosso) che vorrebbe vedere nell'obbligo mancipatorio una «deroga alla *remancipatio* in analogia col *ius distrahendi*», 119 s., 144 ss.

[188] Per una riconduzione all'interno della *fiducia cum amico* vd. O. LENEL *Quellenforschungen*

non esclude però ulteriori possibilità.[189] Non certo quella di un impiego della *condictio* in via di ripetizione, di cui si è appena detto,[190] ma neppure quella di un riferimento a un'obbligazione di natura contrattuale, da farsi valere per mezzo dell'*actio mandati*: si pensi a Paul. 5 *quaest*. § 4.[191]

All'*a. mandati* fa del resto riferimento Iul. 13 *dig*. D. 17.1.30,[192] interessante

---

cit., 178, ove si invocano in tal senso le mancipazioni fiduciarie del diritto familiare; contro la tassatività della distinzione gaiana tra *fiducia cum creditore* e *fiducia cum amico* e per una svalutazione dell'obbligo di *remancipatio* vd. A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 128 ss.; nello stesso ordine di idee C. FERRINI, *Storia e teoria (Opere 3)* cit., 101; S. PEROZZI, *Istituzioni* 2 cit., 199 s., per il quale si tratterebbe di distinzione risalente alla «preistoria» dell'istituto e già superata all'epoca in cui Gaio si trovava a scrivere; F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario* cit., 52 ss.; sulla questione vd. G. GROSSO, *Sulla fiducia* cit., 279 ss.; M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa* cit., 57 ss.; B. NOORDRAVEN, *Die fiducia* cit., 237; per l'attribuzione di un valore meramente esemplificativo alla distinzione tra *fiducia cum creditore* e *f. cum amico* vd. P. LAMBRINI, *Le cause del negozio fiduciario* cit., 220.

[189] Prende le distanze dall'ipotesi di una *mancipatio fiduciaria* (come si è accennato: nt. 187) R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 117 ss., 120 ss., per il quale la *mancipatio ut manumittas* avrebbe qui assunto, piuttosto, la fisionomia della *datio ob rem* o «alternativamente» di una «convenzione atipica configurabile quale *dedi ut aliquid facias*»; sempre per la tesi negativa A. SALOMONE, *Venditio donationis causa* cit., 140 ss.; ID., *Gli obblighi di manomettere* cit., 341 s. e ivi nt. 55 («compromette la comprensione di questo squarcio»), con una condivisibile svalutazione del dato palingentico, il quale, come giustamente osserva l'autrice, non depone necessariamente per un'applicazione fiduciaria della *mancipatio*, ma al più pone interessanti spunti di riflessione «sotto il profilo dei rapporti tra *precarium*, liberalità e *contractus*».

[190] L'impiego della *condictio* era ammesso del resto anche da O. LENEL *Quellenforschungen* cit., 177, al quale pur si deve la congettura di un impiego dell'*a. fiduciae* in Iul. 13 *dig*. D. 17.1.30: «Mit der actio fiduciae concurrit die condictio: fr. 5 § 1 de cond. c.d.c.n.s. (12.4)». Ammette l'esperibilità della *condictio* anche R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 85 nt. 9, 120 ss., 129 ss, 153, in un ordine di idee che, come si è visto (nt. 175), tende però a privilegiare l'ipotesi di un impiego dell'azione contrattuale, anche in ragione del fatto che solo quest'ultima sarebbe stata in grado di assicurare all'attore il conseguimento dell'interesse positivo; A. SALOMONE, *Venditio donationis causa* cit., 145 nt. 333.

[191] Per un'obbligazione da mandato vd. W. KOEPPEN, *Das negotium mixtum cum donatione: nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen*, Berlin 1901, 37; di avviso contrario R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 141 ss.; sempre per la negativa F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario* cit., 91, per la quale ad escludere il mandato sarebbe stato il vantaggio economico che il mandatario proprietario avrebbe tratto dalle opere lavorative del servo («il mandato in questo caso pare poco indicato»), in aggiunta al fatto che, in caso di mandato, non si sarebbero prospettati gli interrogativi in materia di usucapione prospettati nel § 2 dello stesso frammento.

[192] Iul. 13 *dig*. D. 17.1.30: *Si hominem tibi dedero, ut eum manumitteres, et postea procurator meus prohibuerit, ne manumitteres, an mandati agere possim, si tu eum manumiseris? respondi, si procurator iustam causam habuit interpellandi manumissionem servi, quem in hoc solum acceperam,*

testimonianza di Giuliano, che ha ancora una volta ad oggetto il trasferimento di un servo *manumissionis causa*, e sulla quale, va detto, si sono riversati i sospetti degli studiosi,[193] i quali hanno anche qui pensato a una *mancipatio fiduciae causa*, con conseguente (originaria) applicazione dell'*a. fiduciae*.[194] Ipotesi sulla quale occorrerebbe tornare a riflettere più attentamente, e per la quale non pare possa ritenersi risolutivo Fragm. Vat. 334-334a, che secondo l'opinione quasi unanime della dottrina corrisponderebbe a Iul. 13 *dig.* D. 17.1.30.[195]

4.1. (continua) riflessioni conclusive. Ulp. 71 *ad ed.* § 2: *negotium mixtum cum donatione* e *donatio manumissionis causa.*

La questione dell'esatta individuazione del rimedio processuale può ritenersi ai nostri fini non così decisivo. Quello che conta è che in ogni caso ci troviamo in presenza di una vicenda per la quale non si può prospettare quella visione economica dello scambio che costituisce, anche nelle sue approssimazioni concettuali, la struttura portante della teoria aristoniana del συνάλλαγμα, e che ci

---

ut manumitterem, veluti si compererit eum postea falsas rationes confecisse, insidias vitae prioris domini struxisse, tenebor, nisi denuntiationi procuratoris paruero: si vero nulla iusta causa procuratori fuit denuntiandi, ne servus manumitteretur, non poterit mecum agi, quamvis ad libertatem eum perduxerim.

[193] O. LENEL, *Kritisches und Exegetisches*, in ZSS 8, 1887, 205; A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 130; B. BIONDI, *Appunti* (estratto) cit., 41, 45; G. GROSSO, *Sulla fiducia* cit., 282 ss.; R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 143 s.

[194] Così O. LENEL *Quellenforschungen* cit., 177; A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 130; H. APPLETON, *Des interpolations* cit., 167; B. BIONDI, *Appunti* (estratto) cit., 41, 45, ove però si esclude che Giuliano avesse preso in concreto posizione favorevole per la concessione dell'*a. fiduciae*; dubbi al riguardo anche in G. GROSSO, *Sulla fiducia* cit., 282 ss.; nel senso di una *fiducia manumissionis causa* anche K. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*, Köln-Wien 1974, 9 nt. 7; per un originario riferimento all'*a. fiduciae* vd. sempre B. NOORDRAVEN, *Die fiducia* cit., 240, 256 nt. 47; R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 143 s., che pure prende le distanze dall'ipotesi di una riconduzione di Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18 pr.-1 al caso della *fiducia manumissionis causa*; F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario* cit., 100 ss. Per un'applicazione estensiva dell'*a. fiduciae* vd., come si è visto (*supra* nt. 185), N. BELLOCCI, *La struttura della fiducia* 2 cit., 89 s.

[195] A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 130 e ivi nt. 1; G. GROSSO, *Sulla fiducia* cit., 282 ss.; R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 143 s. e ivi nt. 62. In senso contrario vd. W. HECK, *Die fiducia cum amico contracta, ein Pfandgeschäft mit Salmar*, in ZSS 10, 1889, 116 ss. Sulla corrispondenza tra i due brani contiamo di occuparci in altra sede.

proietta piuttosto in aree estranee all'area contrattuale (*condictio*) o comunque di confine, come nel caso dei rapporti contrattuali gratuiti come il mandato (in cui alla bilateralità, anche solo eventuale,[196] delle obbligazioni non si accompagnava comunque una corrispettività di prestazioni o sacrifici patrimoniali)[197] o la *fiducia* (*mancipatio manumissionis causa*), a voler ammettere una sua natura contrattuale.[198]

Questo non è che un ulteriore ed efficace esempio degli equivoci interpretativi che possono presentarsi se ci si lascia guidare dalla suggestione di semplici rispondenze schematiche (*servum tibi tradidero* […] *ut eum* […] *manumittas*; *l.* 4 *ad ed.*: *ut puta dedi ut aliquid facias: hoc* συνάλλαγμα *esse*), come se dietro ogni *do ut facias* si nascondesse una relazione sinallagmatica in senso proprio.[199] Esso conferma, come si diceva, che ogni soluzione non poteva prescindere da

---

[196] Per l'opinione largamente prevalente in dottrina della c.d. bilateralità imperfetta, ci limitiamo qui a segnalare V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato* cit., 84 ss., con revisione rispetto al punto di vista sostenuto in ID., *Istituzioni di diritto romano*,[10] Napoli 1949, 352 nt. 2; M. KASER, RPR I,[2] 579; B. ALBANESE, *Iudicium contrarium* cit., 50 s.; ID., *Agere* cit., 240 ss.; A. BURDESE, *Divagazioni* cit., 328, di cui occorre però considerare il diverso punto di vista espresso in ID., Rec. a H. P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, in IVRA 17, 1966, 361 ss. = ID., *Recensioni e commenti* 1 cit., 218; S. RANDAZZO, *Mandare* cit., 197 nt. 76, 234 ss., il quale preferisce parlare di «bilateralità asimmetrica»; L. GAROFALO, *Gratuità* cit., 62, 88 ss. Per la tesi (minoritaria) della bilateralità perfetta vd. G. PROVERA, *Linee generali di uno studio sui iudicia contraria*, in SDHI 8, 1942, 117 s.; G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 144 ss., 200 ss., il quale, sulla scia di Provera, imputa semmai ai bizantini la configurazione del mandato come contratto bilaterale imperfetto, il che spiegherebbe la soppressione, da parte dei compilatori, del riferimento al mandato in Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19; da ultima S. VIARO, *Corrispettività e adempimento* cit., 318, ove si adducono Gai 3.137 e Gai 3.155.

[197] Così E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 54; così, sia pur con qualche tensione concettuale per ciò che riguarda la relazione bilateralità-reciprocità, sia sostanziale che processuale, G. PROVERA, v. *Mandato* cit., 314; più di recente S. RANDAZZO, *Mandare* cit., 203 nt. 90.

[198] In proposito vd. vol. I, cap. III § 4.1.

[199] Ciò è particolarmente evidente in B. BIONDI, *Chiarimenti intorno al negotium mixtum* (*Scritti* 4) cit., 574, 580, il quale, riferendosi appunto al caso di Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18.1, afferma: «Nel caso della dazione dello schiavo affinché sia manomesso, si ha appunto un *do ut facias*, cioè dazione per ottenere, come controprestazione, la manomissione dello schiavo. La considerazione che il *negotium*, perché è sempre tale, cioè affare, implica *aliqua donatio* era messa avanti unicamente al fine di escludere che l'adempimento della obbligazione [non] possa chiedersi finchè interviene quell'elemento di liberalità». Così, anche se in termini più sfumati, già F.W.L. VON MEYERFELD, *Die Lehre von Schenkungen* 1 cit., 323; per certi versi anche T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 207 s. («non si può negare che […] possa scorgersi la consueta costruzione, basata sul sussistere di una causa riconoscibile, collegata alla presenza del συνάλλαγμα»).

una più attenta analisi delle finalità concrete perseguite, non potendosi fare unicamente affidamento su astratti schemi riassuntivi della vicenda economica cui le parti avevano dato vita.

Da questo specifico punto di vista, la testimonianza potrebbe assumere un rilievo ancor più significativo se si dovesse poi propendere per l'ipotesi di un'autonomia configurativa della fattispecie esaminata nel successivo § 2. È il caso riportare il passaggio in questione:

D. 39.5.18.2 (Ulp. 71 *ad ed.*) *Idem Aristo ait, si donationis causa in hoc tradatur servus, ut post quinquennium manumittatur, sit autem alienus, posse dubitari an usucapiatur, quia aliquid donationis interveniret. et hoc genus quaestionis in mortis causa donationibus versari Pomponius ait et magis putat ut, si ita donetur, ut post quinquennium manumittatur, posse dici usucapionem sequi*.

Il modo di esprimersi del giurista al principio del § 2 (Idem Aristo ait, *si donationis causa* in hoc tradatur servus, ut post quinquennium manumittatur) ha indotto molti autori a ritenere che Aristone stesse qui prendendo in considerazione un'ipotesi differente rispetto a quella esaminata nel § 1, per la quale il giurista aveva prospettato un *negotium mixtum cum donatione* e per la quale si era diversamente affermato: refert Aristonem putare, *si servum tibi tradidero* ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas.[200] Di qui appunto l'idea di una contrapposizione, all'interno di un medesimo (e a questo punto generale) schema riassuntivo, tra un *negotium mixtum cum donatione* (§ 1 si servum tibi tradidero ad hoc) e una *donatio* (modale) *manumissionis causa* (§ 2 si *donationis causa* in hoc tradatur servus).[201]

Che, a dispetto delle apparenze,[202] si tratti in realtà della stessa vicenda sembra innanzi tutto confermato dalla successiva frase *quia aliquid donationis interveniret*, con la quale vengono esplicitate le ragioni che inducevano il giurista a dubitare di un acquisto a titolo di usucapione, e che certamente si riferiscono

[200] Di «seconda ipotesi» parla V. SCARANO USSANI, *Il 'probabilismo'* cit., 326; F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario* cit., 91; A. SALOMONE, *Gli obblighi di manomettere* cit., 340.

[201] Così in sostanza, pur non occupandosi formalmente del § 2, G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 38 («Aristone, dicendo che il caso è un *negotium*, ci fa comprendere quanto siamo distanti dalla semplice donazione modale *manumissionis causa*»).

[202] Che nell'attuale versione il brano sembri legittimare l'idea di una differente configurazione della fattispecie come donazione modale è ammesso anche da R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 186 s.

alla prima vicenda la quale per l'appunto presentava natura in qualche modo donativa (*quia donatio aliqua inesse videtur*).[203]

Per di più l'ipotesi di una diversa configurazione del complessivo assetto di interessi, in ragione di una più attenta valutazione della funzione negoziale, non è compatibile con l'indirizzo metodologico seguito dal giurista traianeo nel precedente § 1,[204] incentrato sull'adozione di un modello causale tipico (o meglio per volontà tipica), e potrebbe semmai rispondere al diverso atteggiamento interpretativo tenuto da Pomponio (e seguito da Ulpiano), che si faceva piuttosto promotore della necessità di una più approfondita investigazione della volontà concreta delle parti.[205] Non si può poi trascurare che quanti propendono per l'autonomia concettuale del caso affrontato nel § 2, talvolta finiscono di fatto per rappresentare negli stessi termini espressivi quelle che a loro avviso dovrebbero costituire due distinte fattispecie.[206] Il che conferma quanto sia sottile (per non dire impercettibile) la linea di confine che si vorrebbe tracciare tra le due fattispecie.

Per le finalità della presente indagine non è essenziale stabilire da cosa sia in concreto dipeso questo (apparente) scarto dogmatico,[207] così come si possono

---

[203] Nel senso della unitarietà («È la stessa fattispecie») vd. M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa* cit., 123.

[204] Denuncia opportunamente l'incongruenza del § 2 rispetto all'«approccio "presuntivo"» tenuto da Aristone in sede di interpretazione negoziale del § 1 R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 186.

[205] In proposito vd. § prec.

[206] Così in particolare V. SCARANO USSANI, *Il 'probabilismo'* cit., 326: «come primo, il caso di chi avesse trasferito uno schiavo […] con l'intesa che, dopo cinque anni, il servo fosse manomesso […] La seconda ipotesi prevedeva il caso di uno schiavo altrui, mancipato perché, dopo un quinquennio, fosse manomesso». La verità è che, nel modo in cui è rappresentata, la fattispecie è identica. Semmai può dirsi che il giurista introduce nel § 2 un elemento di valutazione diverso, nel senso che si interroga in relazione alla possibilità di usucapire entro il quinquennio il servo se fosse successivamente emersa l'appartenenza ad altri: così giustamente già M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa* cit., 123.

[207] Non sembra che la sola soppressione dell'inciso *donationis causa* risolva ogni inconveniente (in questo senso R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 187 s. e ivi nt. 20, ove letteratura). In ogni caso, il modo in cui la vicenda è riassunta mal si raccorda con il § precedente e appare inutilmente ripetitiva, non essendovi certo bisogno di riproporre gli elementi strutturali della fattispecie (inconvenienti che persistono anche se si dovesse aderire agli interventi correttivi suggeriti da R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 187 s.: *Idem Aristo ait, si* [*donationis causa*] *mancipio detur servus <alienus> in hoc, ut post quinquennium manumittatur,* [*sit autem alienus*] rell. Sarebbe stato sufficiente affermare: *Si servus autem alienus sit, Aristo ait posse dubitari an usucapiatur* […]. Per la soppressione dell'inciso *donationis causa*, da sostituirsi con un originario *fiduciae causa*,

lasciare da parte le non semplici questioni che il brano pone in relazione al dibattuto tema dell'*usucapio pro donato* o (peggio) *pro fiducia*.[208] Conta piuttosto ribadire che nella diversa prospettiva del giurista traianeo non poteva esservi spazio per una differenziazione funzionale tra le due vicende. Rimane per altro verso confermato quanto detto sul carattere riassuntivo e meramente orientativo della dottrina aristoniana di Ulp. 4 *ad ed.*

---

vd., seppur con cautela, A. PERNICE, *Labeo* 2.1[2] cit., 339 nt. 1; rilievi anche in G. BESELER, *Confestim-Continuo*, in ZSS 51, 1931, 201; M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa* cit., 123.

[208] Stando perlomeno all'attuale stesura del brano, sembrerebbe che Aristone stesse valutando le possibili implicazioni derivanti dalla presenza di un intento donativo ai fini di un acquisto a titolo di usucapione: più precisamente, parrebbe che il giurista mettesse in dubbio (*posse dubitari*) la possibilità di usucapire il servo altrui, proprio per via della natura donativa dell'attribuzione (<et ideo> *Aristo ait sit autem alienus, posse dubitari an usucapiatur, quia aliquid donationis interveniret*); così ad es. F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario* cit., 91. Al riguardo non tutti gli autori sono però d'accordo. In molti ritengono al contrario che i dubbi di Aristone riguardassero piuttosto la possibilità di considerare come *iusta causa usucapionis* il negozio fiduciario: in questo senso già A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 131. Dubbi che Aristone avrebbe superato proprio grazie alla presenza di un elemento donativo: così M. AMELOTTI, *La donatio mortis causa* cit., 123 e ivi nt. 1 («si può presumere che l'acquirente usucapisca, perché nel negozio interviene un elemento di donazione»); pensa egualmente a una condizione posta ai fini dell'acquisto per usucapione («Aristone sembra subordinare la possibilità di usucapione da parte dell'accipiente alla sussistenza di una *donatio*») A. SALOMONE, *Venditio donationis causa* cit., 137, 145 nt. 333; ID., *Gli obblighi di manomettere* cit., 340; ID., *'Donationes sub modo'* cit., 75. In termini ancora differenti, che l'interesse del giurista fosse rivolto al tema dell'usucapione è escluso da R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 185 ss., a detta del quale nella stesura originale Aristone si sarebbe piuttosto posto il problema di valutare la possibile incidenza dell'altruità del servo ai fini della configurabilità di una *mixtio* tra *negotium* e *donatio*: ciò per via dei dubbi che sarebbero potuti insorgere sulla stabilità dell'attribuzione, essendo l'accipiente esposto alla rivendica dell'effettivo proprietario. Ed è proprio a questo proposito che Aristone, in via del tutto incidentale, avrebbe affrontato la questione dell'acquisto per usucapione. Più in generale sull'ammissibilità di una *usucapio pro fiducia* vd., per la tesi negativa, P. FUENTESECA, *Líneas generales* cit., 404 ss., 420, in ragione del fatto che la *mancipatio* fiduciaria non avrebbe costituito un titolo idoneo all'acquisto del dominio, avendo piuttosto l'effetto di legittimare il fiduciario all'esercizio delle funzioni dominicali connesse all'attuazione del patto fiduciario: come sarebbe dimostrato dall'*usus receptio ex fiducia*, che avrebbe avuto l'obiettivo di recuperare l'*usus* per consolidare il *nudum ius Quiritium* in *plenum ius Quiritium*; un'apertura si registra invece in R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 190 s., al quale si rinvia per un quadro riassuntivo della principale letteratura. Per quanto la questione non sia ai nostri fini rilevante, non pare che il brano legittimi l'interpretazione qui proposta da F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario* cit., 91, a detta della quale i dubbi di Aristone avrebbero più specificamente riguardato la possibilità che l'«usucapione» (rectius: la c.d. *possessio ad usucapionem*) «già iniziata dal fiduciante» continuasse col fiduciario. Dubbi che Pomponio non avrebbe avuto, visto che egli avrebbe svalutato, pare di capire, gli aspetti donativi della vicenda a vantaggio di quelli fiduciari; in questo senso anche B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia* cit., 76.

5. Interesse negoziale, *lucrum* ed esercizio dell'azione contrattuale. Ulp. *l. s. reg.* D. 44.7.25.1.

Tornando alla vicenda di Ulp. 4 *ad ed.*, si deve ritenere che il dissenso di Giuliano fosse dipeso proprio dalla possibilità di considerare sussistente una reciprocità di attribuzioni patrimoniali in presenza di ipotesi in cui al sacrificio economico (affrancazione del servo) di una delle parti non corrispondesse un vantaggio patrimoniale dell'altra. In definitiva era proprio il tipo di prestazione attesa che, agli occhi di Giuliano, faceva venire meno quella prospettiva di lucro che era connessa alla vicenda contrattuale. Non si deve del resto trascurare, lo si è già evidenziato, che il comportamento di *facere* qui concordato rientrava nella categoria delle c.d. opere non locative nelle quali ci siamo imbattuti esaminando Paul. 5 *quaest.*

Com'è noto, sul significato da attribuire alla locuzione esiste da tempo estrema incertezza. Se si fa eccezione per ulteriori ipotesi interpretative,[209] alla fine gli orientamenti che si sono andati via via delineando possono essere sostanzialmente ricondotti a due grandi correnti di pensiero. Una più antica, risalente a Bartolo,[210] che ritiene di mettere in relazione la irriconducibilità della fattispecie contemplata da Paolo (*do pecuniam ut Stichum manumittas*) all'interno dell'ordinario schema locatorio, con l''istantaneità' della prestazione richiesta, la cui esecuzione si sarebbe risolta nel compimento di un semplice atto (l'affrancamento) che non avrebbe per l'appunto necessitato di un comportamento prolungato nel tempo, implicante, peraltro, uno sforzo lavorativo. Una più recente, riferibile a Cuiacio,[211] che è diversamente e preferibilmente orientata a circo-

[209] Nel senso di attività esercita su una *res* non appartenente al committente («si id, quod fit, non fiat in re dantis, an nec possit») vd. H. DONELLUS, *Commentarium ad Titulum Digestorum, de Praescriptis verbis et in factum actionibus. Caput IV*, in *Opera* X cit., 1223 s., il quale più in particolare con riferimento all'ipotesi di *do ut manumittas* concludeva «non video quae hic alia ratio reddi possit, quam quod ut manumissio servi in re dantis non exercetur, an nec potest», svalutando il rilievo della specificità delle modalità attuative del fatto («quia momentarium sit et nullum laborem nullamque operam desideraret»), che certo potrebbero valere per il caso di *datio ut manumittas*, ma non per l'ipotesi di *do pecuniam ut Romam* (in realtà *Capuam*) *eas* affrontato in Ulp. 2 *disp.* D. 12.4.5 pr. («Atqui ut Romam eas, sine opera et labore non perficitur»).

[210] BARTOLUS, *In secundam partem Digesti veteris* cit., (*De praescriptis verbis, & in factum actionibus. Titulus V. Lex V. § At cum do*) 416: «facta, quibus est admissum ius, ut manumittere, vendere et ista, aut habent factum momentaneum […] non possunt locari».

[211] J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera* VII cit., (*Ad. L. V. Ad §. 2 At cum do*) 1324: «operam locamus, non liberale officium».

scrivere la categoria delle *operae quae locari solent* alle sole attività suscettibili di un apprezzamento economico.[212] Non sono peraltro mancati tentativi di conciliazione dei due diversi criteri, soprattutto da parte della dottrina del XIX sec.,[213] tenuto conto in effetti che le opere laboriose, proprio per il fatto di richiedere lo svolgimento di un'attività lavorativa prolungata e in taluni casi, potremmo dire, qualificata, si prestavano facilmente a essere oggetto di una valutazione economica.

Del resto la necessità di un risultato di tipo patrimoniale per la configurazione di un'azione contrattuale era richiesta anche da Ulpiano in Ulp. *l. s. reg.* D. 44.7.25.1,[214] là dove il giurista espressamente afferma che si ha un'*actio ex contractu quotiens quis sui lucri causa cum aliquo contrahit*.[215] È il caso di riportare l'intero brano

Ulp. *l. s. reg.* D. 44.7.25.1: *Actionum autem quaedam ex contractu, quaedam ex facto, quaedam in factum sunt. ex contractu actio est, quotiens quis sui lucri causa cum aliquo contrahit, veluti emendo vendendo locando conducendo et ceteris si-*

---

[212] Nel senso di una distinzione legata alla valutabilità in termini economici della prestazione vd. ad es. A. BURDESE, *In margine ai contratti innominati* cit., 402; negli stessi termini anche M. TALAMANCA, *Contratto e patto* cit., 71 nt. 87, il quale (per converso) nell'opposta locuzione '*quae locari non solent*' scorge un'allusione a prestazioni non «suscettibili di valutazione patrimoniale».

[213] Così in particolare C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 152 ss.: «l'affranchissement d'un esclave est l'oeuvre d'un instant presque indivisible [...] elle n'implique pas [...] continuité de travail», mentre le opere locative «supposent une industrie ou un art dont les résultats sont appréciables en argent aussi bien pour celui qui les reçoit que pour celui qui les rend». In più doveva trattarsi, a detta dello studioso (*supra* cap. IV § 2.1), di attività prestata su un bene fornito dal beneficiario dell'opera («En outre, ils impliquent un travail pratiqué sur une chose remise à celui qui fait le travail par celui qui doit en profiter»): così, come si è appena visto (nt. 209), Donello.

[214] Sulla questione della paternità ulpianea del *l. singularis regularum* vd., nel senso di una rielaborazione in forma epitomata, forse anche da parte dello stesso Ulpiano, G. SCHERILLO, *Lezioni sulle obbligazioni. Corso di diritto romano*, Milano 1961, 17 s. e ivi nt. 4; sul tema vd., più di recente, l'approfondito studio di M. U. SPERANDIO, *'Incip(iunt) Tituli ex corpore Ulpiani'. Il 'liber sigularis regularum' pseudoulpianeo e il 'codex vaticanus reginae 1128'*, in RIDA 58, 2011, 357 ss., in particolare 368 ss., con dubbi sulla paternità ulpianea dell'opera, anche a voler dare per buona l'ipotesi di una «stesura materiale» o di un'«edizione da parte di un ignoto discepolo».

[215] Per la centralità dell'elemento lucrativo nella nozione di contratto vd. P. BONFANTE, *Sulla genesi* (*Scritti* 3) cit., 115, per il quale a guidare qui Ulpiano sarebbe stata «la preoccupazione di separare il *contractus* dalla donazione»; di un «sistema in cui la *causa* del contrarre è il *lucrum*» discute più recentemente C. CASCIONE, *Consensus* cit., 355 s., 444.

milibus. ex facto actio est, quotiens ex eo teneri quis incipit, quod ipse admisit, veluti furtum vel iniuriam commisit vel damnum dedit. in factum actio dicitur, qualis est exempli gratia actio, quae datur patrono adversus libertum, a quo contra edictum praetoris in ius vocatus est.

Si tratta di una testimonianza assai controversa e di non semplice interpretazione, soprattutto in relazione alle categorie delle azioni *ex facto* e *in factum*.[216] Quanto alla prima non pare possa esservi dubbio che il giurista si riferisca alle azioni penali,[217] in cui la responsabilità discende direttamente dal fatto illecito compiuto ('*Ex facto actio est, quotiens ex eo quis teneri incipit, quod ipse admisit*'), senza che vi sia in sostanza la violazione di un apposito e precedente obbligo giuridico. Quanto all'ultima categoria (*in factum actio*), essa presenta evidenti connessioni con Gai 4.46, in cui il giurista antoniniano si occupa delle azioni con *formula in factum concepta*:[218] di qui i molti sospetti che sono stati rivolti contro il brano[219] e più in generale verso la nozione stessa di *actio in factum*, a

[216] Sulla questione vd. P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 46 s., a detta del quale le *actiones ex facto* e quelle *in factum* rappresenterebbero articolazioni interne delle azioni penali (civili le prime, pretorie le seconde), il che induce l'autore a ritenere che non ci si trovi in presenza di una effettiva tricotomia. In relazione alla possibilità, ventilata da Krüger, di un originario riferimento agli interdetti, vd., con un certo scetticismo, senza tuttavia assumere una posizione nettamente contraria («l'ipotesi che *vel* [*act.*] *in factum* sia al posto di *interdictum* non è da scartarsi in modo assoluto»), G. SEGRÈ, *Obligatio* cit., 529 s. nt. 93.

[217] In questo senso vd. già O.F. LINDHOLTZ, *Commentatio* cit., in C.F.G. MEISTER, *Selectorum opusculorum* cit., 371 («actiones ex facto semper ex delicto ortum habent»); più recentemente vd. L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in ANRW II 14, Berlin-New York 1982, 710 e ivi nt. 95.

[218] Così H. ERMAN, *Conceptio formularum* cit., 299, ove, nella prospettiva di una integrale derivazione da Gai 4.46, si è ulteriormente ipotizzato che in origine il brano di Ulpiano contenesse anche la definizione presente nel manuale gaiano, la quale sarebbe stata poi soppressa dai compilatori di fronte al venir meno della procedura formulare («Und zwar nicht nur das Beispiel entlehnt, sondern – theilweise wenigstens – die Definition […] unsere Stelle […] kann nicht für die in factum gesagt haben: 'in factum actio dicitur qualis est exempli gratia …'. Die Streichung der Definition aber kann nur durch Tribonian erfolgt sein und nur […] wegen formularprocessualischer Andeutungen»). Respinge l'ipotesi di un riferimento alle azioni con *formula in factum concepta*, per via delle tensioni diairetiche che si verrebbero a determinare in sede di inquadramento delle azioni contrattuali pretorie (*a. depositi*, *commodati in factum*), P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum* cit., 46, il quale, come si è detto, pensa piuttosto ad azioni penali pretorie.

[219] Per una diagnosi interpolazionistica vd. H. KRÜGER, Rec. a H. ERMAN, *Conceptio formularum* cit., 472; S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane* cit., 43 nt. («testo meraviglioso»); «completamente ricostruito dai compilatori» secondo P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 169 s.,

lungo considerata creazione di origine bizantina.[220] Ciò non toglie che la genuinità del tratto che a noi interessa non può essere messa in discussione.[221]

In sostanza è da ritenere che la diversità di opinioni tra i due giuristi (Giuliano-Mauriciano) riguardasse la possibilità di individuare in concreto una relazione sinallagmatica in presenza di un comportamento dal quale non si traeva un effettivo vantaggio di tipo economico, per quanto allo stesso fosse collegato un altrui sacrificio patrimoniale:[222] nel caso appunto di Ulp. 4 *ad ed*., la *manumissio* dello schiavo (Panfilo). Mentre Giuliano sembrerebbe pretendere uno specifico arricchimento, Ulpiano e prima di lui Mauriciano ritenevano sufficiente perché si configurasse un *lucrum* una correlata riduzione dell'altrui patrimonio. In altri termini, per il giurista adrianeo non bastava che vi fossero due contrapposte e reciproche obbligazioni o sacrifici patrimoniali perché potesse ritenersi sussistente un sinallagma: era più incisivamente (e innanzitutto)[223] richiesto che entrambi gli autori del negozio traessero un apprezzabile vantaggio patrimoniale.

A essere al centro del dibattito era il modello aristoniano del sinallagma, nel-

---

con un'analisi che in concreto prende di mira l'impiego dell'espressione *a. in factum*; tribonianea la tripartizione («le falsificazioni bizantine sono meravigliose») anche secondo S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico* cit., 643 s.; G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 17 nt. 5; rilievi anche in G. SEGRÈ, *Obligatio* cit., 529 s. nt. 93, ove tuttavia si esclude che le parole *vel in factum* possano costituire un'aggiunta compilatoria. Non prende espressamente posizione sul punto L. VACCA, *Delitti privati* cit., 710 e ivi nt. 93, la quale si preoccupa piuttosto di osservare come all'interno di tale categoria debbano farsi rientrare le azioni *in personam* non derivanti da contratto o da delitto; denuncia una «sconnessione evidente» rispetto allo schema delle istituzioni gaiane (Gai 4.1 ss.) C. CASCIONE, *Consensus* cit., 444 s. Più in generale pensa a un'epitome postclassica ricavata da brani di Ulpiano e Gaio (Gai 4.45-46) V. ARANGIO-RUIZ, *D. 44.7.25 § 1* cit., 83 ss.; in termini non dissimili G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 26 s., che ritiene tuttavia più verosimile che, per quanto riguarda Gaio, l'epitomatore abbia lavorato tenendo presente le *res cottidianae*, piuttosto che le *Institutiones*.

[220] In proposito vd. vol. I, cap. III § 1.1.

[221] Per la classicità già P. BONFANTE, *Sulla genesi* (*Scritti* 3) cit., 115; non muovono rilievi C. CASCIONE, *Consensus* cit., 355; e da ultimo G. DEPPENKEMPER, *Negotiorum gestio – Geschäftsführung ohne Auftrag. Zur Entstehung, Kontinuität und Wandel eines Gemeineuropäischen Rechtsinstituts. Teil 1*, Göttingen 2014, 701, il quale d'altra parte evidenzia l'impossibilità di ricondurre all'interno dello schema delle *actiones ex contractu*, così definito, rapporti contrattuali gratuiti come il mandato.

[222] Per un'interpretazione di *contractus* nel senso di affare vd. in particolare S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane* cit., 35 ss.

[223] In relazione alla possibilità che fosse altresì richiesto che il *negotium gerere* dell'uno producesse effetti (direttamente) nella sfera patrimoniale dell'altro, analogamente a quanto sembra doversi ricavare da Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33, vd. quanto si osserverà *infra*, § seg.

le sue concrete applicazioni.[224] Sulla struttura fondamentale, e in particolare sul fatto che ai fini della concessione dell'azione contrattuale atipica occorresse un nesso tra due attribuzioni patrimoniali, non sembra vi fosse disaccordo. Si trattava piuttosto di stabilire in quali casi tale requisito potesse ritenersi soddisfatto. Era sufficiente una semplice relazione funzionale tra (reciproci) sacrifici economici, o invece occorreva che le prestazioni concordate tra le parti determinassero un reciproco vantaggio economico? Su questo aspetto specifico pare che in definitiva dibattessero, con diverse conclusioni, i giuristi protagonisti della vicenda testimoniata in Ulp. 4 *ad ed.* Come ogni modello e schema dogmatico, anche quello sinallagmatico si prestava ad approssimazioni e dilatazioni concettuali: per paradosso (ma solo apparente), una teoria (che sembrerebbe) nata per allargare l'area del contratto al di là delle situazioni tipiche, attraverso la codificazione di un preciso ed elementare schema dogmatico, si trasformò essa stessa in un tipo, e per questa via fu costretta a confrontarsi con le possibili deviazioni che da quel tipo potevano in concreto verificarsi.

6. Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15: per una verifica dell'ipotesi di una carenza di interesse negoziale. Struttura e tutela della vicenda obbligatoria: applicazione della *condictio praescriptis verbis*?

Importanti spunti di riflessione in tal senso, ma anche ai fini di una migliore interpretazione del brano ulpianeo, sembra si possano ricavare dal già richiamato Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15, testimonianza che è senz'altro utile andare a recuperare, per quanto essa si riferisca a una vicenda con non trascurabili profili di discontinuità rispetto a quella di Ulp. 4 *ad. ed*.

D. 19.5.15 (Ulp. 42 *ad Sab.*): *Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis, ubi celentur; quae res non facit eos fures. Solent etiam mercedem huius rei accipere, et sic indicare; nec videtur illicitum esse hoc, quod datur. Quare qui accepit, quia ob causam accepit, nec improbam causam, non timet condictionem. Quodsi solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, ut si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid dare-*

[224] Per l'attribuzione al giurista traianeo di un modello di συνάλλαγμα basato sulla (potremmo dire, più blanda) idea di vincolo di scambio tra sacrifici giuridici vd. T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 312; ID., *La causa del contratto* cit., 200, 203; così, in qualche modo, anche F. GALLO, *Ai primordi* cit., 72.

tur, videamus, an possit agere? 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, nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur.

Il brano è ben noto,[225] essendo qui per la prima volta documentata con certezza la concessione dell'azione civile di adempimento (*a.p.v.*) a tutela di rapporti del tipo *facio ut des*.[226] Più precisamente, il giurista si occupava della prassi (*solent*) secondo la quale il proprietario di un *servus fugitivus* era solito offrire, a titolo di compenso, una somma di denaro a chi fosse stato in grado di fornirgli indicazioni utili a riacciuffare il servo.

In effetti tale prassi assumeva connotazioni giuridiche assai differenti tra di loro. Poteva infatti accadere che il proprietario stringesse un apposito accordo con uno o più *fugitivari*,[227] così come poteva avvenire che si rivolgesse piuttosto al magistrato perché provvedesse ('*libello proposito vel per praeconem nun-*

---

[225] Per la letteratura più risalente vd. J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 90 s.; A. PERNICE, *Labeo* 2.1, cit., 217 s. nt. 3; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 209 s.; E. BETTI, *Sul valore* cit., 35 s.; A. GIFFARD, *Une interpolation prétendue* cit., 138. Tra gli studi più recenti si segnalano R. SANTORO, *Il contratto* cit., 242 ss.; G. MACCORMACK, *Contractual Theory* cit., 148 s.; A. BURDESE, *Ancora sul contratto* cit., 471; G. MELILLO, *Un rescritto severiano e la identificazione dei 'nuda pacta'*, in J. ROSET ESTEVE (a cura di), *Estudios Juan Iglesias* II cit. 857; ID., *Contrahere*[2] cit., 61 s.; C.A. CANNATA, *Contratto* cit., 50 ss.; ID., *Labeone, Aristone* cit., 74 s.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 225 ss.; C. CASCIONE, *Fugitivarii a caccia di schiavi in Roma antica*, in F.M. D'IPPOLITO (a cura di), Φιλία. *Scritti per Gennaro Franciosi* 1, Napoli 2007, 518 ss.; P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 346 s.; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 66 nt. 161; C. PENNACCHIO, *Servi fugitivi e fugitivarii. Profili di una professione "inquietante"*, in **KOINΩNIA** 43, 2019, 329 s.

[226] In questo senso G. MAY, *Élements de droit romain* 2,[1] cit., 170 s. e ivi nt. 10 («Ulpien voit dans le *facere* […] quelque chose d'analogue à une *res* et pouvant par conséquent servir de cause à l'obligation civile»); seppure con prudenza («Forse per la prima volta») E. BETTI, *Sul valore* cit., 35 s. Senza seguito la proposta risalente ad Accursio di ricondurre la fattispecie allo schema del *do ut facias*: in proposito vd., in senso critico, A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. Titulus V. L. 15*) 669; per un'ipotesi di *facio ut des* si vedano, tra i tanti, R. SANTORO, *Il contratto* cit., 246; A. BURDESE, *Divagazioni* cit., 344; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 230; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 231 s.; P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 347; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 66 nt. 161. Sul punto vd. anche quanto già rilevato *supra* cap. IV § 6.

[227] Sulla figura dei *fugitivarii* («acchiappaschiavi») vd. C. CASCIONE, *Fugitivarii* cit., 501 ss., 511 ss., con ampi ragguagli sulla letteratura; da ultima C. PENNACCHIO, *Servi fugitivi* cit., 313 ss., anche qui con accurata rassegna bibliografica.

tians')[228] a render pubblica la '*littera*' con la quale, oltre a darsi la notizia dell'avvenuta fuga con indicazioni utili alla identificazione del servo, si prometteva una ricompensa in caso di riconsegna,[229] secondo le discusse forme delle *promissiones populares* (Auslobungen).[230]

Quanto alla prima eventualità, occorreva poi distiguere a seconda che l'impegno dell'*accipiens* fosse di riacciuffare e restituire il servo al *dominus* o più semplicemente di indicare il nascondiglio del *fugitivus*, nel qual caso occorreva operare una ulteriore sottodistinzione a seconda che la ricompensa risultasse o meno condizionata alla cattura del servo.

Nell'ipotesi presa in esame da Ulpiano, l'attribuzione della ricompensa (convenuta a livello individuale) era legata alla semplice indicazione del luogo del nascondiglio, senza che ci si dovesse anche attivare per la cattura del servo (in tal caso si sarebbe detto '*si apprensisset fugitivum*' e non anche '*apprehensusque esset fugitivus*'),[231] fermo restando che il pagamento della ricompensa era

---

[228] Così Chir. Fort., *ars rhet.* 1.18; sulla stessa linea anche Petron., *sat.* 97.1-2.

[229] Significativo in proposito il già richiamato (nt. prec.) Petron., *sat.* 97.1-2 '*praeco cum servo publico* […] *haec proclamavit: 'Puer* […] *aberravit annorum circa XVI* […] *nomine Giton. Si quis eum reddere aut commonstrare voluerit, accipiet nummos mille*'; altre indicazioni in V. ARANGIO-RUIZ, *Fontes Iuris Romani Antejustiniani. Pars tertia. Negotia*,[2] Firenze 1969, 400; e soprattutto in C. G. BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, Tübingen 1893, 320 s. Sull'obbligo dei magistrati di *inquirere litteris acceptis*, o di *diligenter custodire* (*ne evadant*) i servi riacciuffati a loro consegnati, e più in generale sui reiterati interventi normativi che vennero a disciplinare dettagliatamente la materia vd. Ulp. 1 *ad ed.* D. 11.4.1 pr.-8; in proposito vd. R. RICCI, *Collari di schiavi*, in BIDR 5, 1892, specialmente 15 ss., al quale si rinvia anche per la questione delle *bullae* servili.

[230] Che tali promesse avessero l'effetto di vincolare giuridicamente il promittente al pagamento della ricompensa promessa è contestato, com'è noto, da F.C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht* 2 cit., (§ 61), 90 s. e ivi nt. *e*, il quale al più ammetteva l'impiego dell'*a. de dolo* per il rimborso di eventuali spese, non potendosi in senso contrario invocare Ulp. 42 *ad Sab*. D. 19.5.15, essendo qui diversamente presa in considerazione un'ordinaria vicenda contrattuale («von dem Vertrag mit einer bestimmten Person spricht»); in senso contrario K.A.D. UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung* 1 cit., (§ 26.I), 53; così anche C.F. MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum. Volumen* II.[3] cit., (§ 347), 260, ove si propone un più specifico accostamento al tema delle convenzioni atipiche («quae quidem conventionum species sunt earum similes, unde praescriptis verbis experiri consueverunt Romani, quandoquidem non antea perfecta nascitur obligatio, quam praestitum sit illud, cujus nomine facta est sponsio»), con rinvio a Ulp. 42 *ad Sab*. D. 19.5.15; per una similitudine con la categoria del contratto innominato, secondo lo schema del *facio ut des* («unverkennbare Aehlinchkeit mit dem römischen Innominatkontrakt»), anche K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten* 3[7] cit., (§ 603 n. 2), 255 s.; sulla questione vd. pure C.F.F. SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht* cit., (§ 96 II.4), 273 s. e ivi nt. 58.

[231] Così giustamente T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 232; mostra invece di non aver col-

comunque da ritenersi subordinato al buon esito dell'operazione.

Le questioni affrontate dal giurista severiano erano essenzialmente due. Da un lato occorreva stabilire se accordare al *dominus* la *condictio* per ottenere la restituzione della somma promessa e data in cambio dell'*indicium*; dall'altro se riconoscere al delatore il diritto a ottenere la somma di denaro laddove questa non gli fosse stata consegnata.

Con riferimento alla prima questione, la risposta del giurista era risoluta e fondamentalmente non problematica.[232] Considerato che la *causa* sottostante alla *traditio mercedis* non era da considerarsi *improba*, doveva negarsi al *dominus* la facoltà di agire in via di ripetizione (*qui accepit* [...] *non timet condictionem*). Decisione che peraltro troviamo ribadita anche in Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.5.4.4 '*si tibi indicium dedero ut fugitivum meum indices* […] *non poterit repeti, quod datum est*'.[233]

Quanto alla seconda, la soluzione non poteva ritenersi altrettanto pacifica. Mentre Ulpiano propendeva per la concessione di una *civilis actio* (che il testo vorrebbe *praescriptis verbis*) in considerazione del fatto che nel caso di specie la *conventio* non era da ritenere '*nuda*', ma presentava non meglio definiti tratti negoziali (*sed habeat in se negotium aliquod*), vi era invece chi (*quis*) era dell'avviso che si dovesse piuttosto agire con l'*actio de dolo*.

Va detto che contro la genuinità della testimonianza sono stati sollevati diversi rilievi. Se si prescinde da talune diagnosi che hanno messo in dubbio l'intera seconda parte del brano, a partire dalle parole *Et quidem conventio*,[234] può dirsi che i sospetti degli studiosi si sono per lo più indirizzati verso il trat-

---

to esattamente il senso del brano L. CHARONDA, **ΠΕΙΘΑΝΩΝ** *seu Verisimilium. Liber secundus. Caput VII.* cit., 747 («si indicaveris apprehenderisque servum fugitivum»).

[232] Sospetti sull'intero passaggio '*nec videtur-condictionem*' si trovano in G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 164; così anche M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht*, in ZSS 60, 1940, 105 nt. 4, 115 nt. 3.

[233] In questo senso vd. già P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 210; sul brano vd. C. CASCIONE, *Fugitivarii* cit., 520; C. PENNACCHIO, *Servi fugitivi* cit., 330.

[234] Così J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 90; («è un'interpolazione tutta quanta la l. 15») S. PEROZZI, *Il contratto consensuale* cit., 184 s., con un punto di vista in parte abbandonato in ID., *Le obbligazioni romane* cit., 128 s. nt., ove sembra piuttosto attribuirsi ad Ulpiano l'intero tratto '*et quidem-negotium aliquod*' («Come esprime ora Ulpiano l'idea che una convenzione non è un patto, ma è un contratto? Così: l. 15 D. 19.5. Et quidem […]»); la stessa diagnosi interpolazionistica torna ad affacciarsi però in ID., *Istituzioni* 2 cit., 283 nt. («[…] interpolazione […] da *et quidem*»).

to '*quae res non facit eos fures* e l'inciso *id est praescriptis verbis*,[235] non risparmiando neppure la chiusa '*nisi si quis-arguatur*'.

Si tratta, come si vede, di aspetti non sempre rilevanti, come nel caso delle critiche che sono state rivolte verso il tratto '*quae res non facit eos fures*'. Non c'è dubbio che nell'attuale versione la frase rischia di affermare una banalità: non si vede davvero in che modo il fornire indicazioni avrebbe dovuto rendere i delatori responsabili di furto.[236] Anziché ipotizzare però intrusioni postclassiche[237] o involontarie alterazioni della struttura narrativa,[238] si deve piuttosto prendere in considerazione la possibilità di un grossolano intervento di punteggiatura o anche solo di un guasto testuale che abbia portato alla caduta di un più ampio discorso in cui il giurista si preoccupava di precisare come il delatore non fosse tenuto a fornire informazioni sul nascondiglio del servo, in modo che una sua

---

[235] B. ALBANESE, *La sussidiarietà* cit., 260 e ivi nt. 117, 288; («denominazione […] di sospetta genuinità») A. BURDESE, *I contratti innominati* cit., 86 («appare insiticia»); ID., *Divagazioni* cit., 343. In senso contrario, un'apertura in favore della genuinità, al pari di Ulp. 4 *ad ed.*, si trova in M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 231 («kann […] echt sein»); T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 226 s.

[236] In questo senso giustamente già C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 201 («Placé comme il est, ce membre de phrase signifierait que la simple dénonciation, même gratuite [...] ne costitue pas un *furtum*, ce qui est par trop évident»); della questione non sembra invece avvedersi P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 210. Ritiene piuttosto che la frase voglia diversamente significare che la delazione avrebbe avuto innanzi tutto il risultato e l'obiettivo di non esporre i delatori all'*a. furti* («sono soliti rivelarne il nascondiglio, onde non rischiare di rispondere di furto») T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 225, con un'interpretazione che non sembra però accordarsi con Ulp. 42 *ad Sab.* D. 47.2.48.1, su cui vd. *infra* nel testo. D'altra parte non sembra si possa diversamente argomentare in base a Ulp. 1 *ad ed.* D. 11.4.1.3, in cui l'obbligo di consegna del fuggitivo ai magistrati municipali o *publici ministerii*, che lo avrebbero preso in custodia (secondo le forme della c.d. *deductio in publicum*), riguarda la diversa ipotesi di *adprehensio* dello schiavo (*Unusquisque eorum, qui fugitivum adprehendit, in publicum deducere debet* […] 6 *In publicum deduci intelleguntur qui magistratibus municipalibus traditi sunt vel publicis ministeriis*). Ipotesi alla quale, più in generale si può ricollegare, relativamente al ritrovamento di oggetti 'smarriti', sempre in tema di furto, Ulp. 41 *ad Sab.* D. 47.2.43.8 '[…] *solent plerique etiam hoc facere, ut libellum proponant continentem invenisse se et redditurum ei qui desideraverit: hi ergo ostendunt non furandi animo se fecisse*'.

[237] Espunge come glossa rientrata nel testo il tratto '*quae res non facit fures*' R. SANTORO, *Il contratto* cit., 243 nt. 200; così anche C.A. CANNATA, *Contratto* cit., 51 nt. 23.

[238] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 201, il quale pensava all'errore di un copista, nel senso che la frase incriminata doveva trovarsi in origine dopo le parole '*et sic indicare*', e cioè dopo la precisazione ulpianea per cui il 'delatore' era solito ricevere una ricompensa per l'indicazione fornita (*Solent etiam mercedem huius rei accipere, et sic indicare <quae res non facit eos fures>*).

eventuale reticenza non lo avrebbe esposto al rischio di vedersi convenuto con l'*a. furti*: analogamente a quanto si legge in D. 47.2.48.1,[239] tratto sempre dal *l.* 42 *ad Sab.*:

D. 47.2.48.1 (Ulp. 42 *ad Sab.*): *Qui furem novit, sive indicet eum sive non indicet, fur non est, cum multum intersit, furem quis celet an non indicet: qui novit, furti non tenetur, qui celat, hoc ipso tenetur*.

in cui, si pone una netta distinzione tra la semplice omessa delazione e la più specifica condotta di occultamento (qui del ladro fuggitivo) che diversamente esponeva il soggetto all'esercizio dell'*a. furti* da parte del derubato, con una soluzione che, con le dovute differenze,[240] trova riscontro, per il caso del servo fuggitivo, in Ulp. 1 *ad ed.* D. 11.4.1 pr. '*Is qui fugitivum celavit fur est*'.

Qualunque ipotesi si voglia seguire, il senso del brano non risulta in alcun modo compromesso.[241]

Di carattere meramente formale devono peraltro ritenersi anche i dubbi variamenti espressi sulla genuinità dell'inciso '*id est praescriptis verbis*'.[242] Anche ad ammettere un'alterazione postclassica[243] o compilatoria,[244] non vi sono oggi ragioni

[239] In questo senso e per una connessione tra i due brani vd. già M. KASER, *Rechtswidrigkeit* cit., 115 nt. 3 («Nur das 'celare' macht den Begünstiger als fur haftbar, nicht schon das bloße 'non indicare'»); più recentemente M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 229 nt. 274, il quale d'altra parte osserva come anche Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15 sia escerpito da una più ampia trattazione in materia di furto.

[240] Differente era certo il presupposto della responsabilità nelle due fattispecie, per quanto in entrambi i casi fosse da mettere formalmente in relazione con l'attività di occultamento (*celare*). In Ulp. 42 *ad Sab.* D. 47.2.48.1, il terzo viene di fatto trattato alla stregua di un complice del ladro. In Ulp. 1 *ad ed.* D. 11.4.1 pr. si ha piuttosto un ordinario caso di *contrectatio rei* che ha ad oggetto proprio il *servus fugitivus*, per cui l'autore dell'occultamento è egli stesso il ladro. Un accenno alla questione può trovarsi in F. REDUZZI MEROLA, *Schiavi fuggitivi, schiavi rubati, 'servi corrupti'*, in Studia Historica. Historia Antigua 25, 2007, 325 ss.; pone una relazione tra Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15 e Ulp. 1 *ad ed.* D. 11.4.1 pr. C. CASCIONE, *Fugitivarii* cit., 519 nt. 92.

[241] Di «innocuo glossema esplicativo» discorre del resto C.A. CANNATA, *Contratto* cit., 51 nt. 23; negli stessi termini T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 225 nt. 68.

[242] Come si è accennato (*supra* nt. 235), sembra disposto a salvare il riferimento ai *praescripta verba* nel testo originario ulpianeo T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 225 s., con una precisazione che sarebbe servita, a detta dello studioso, a «meglio individuare l'azione che altrimenti si sarebbe definita soltanto *civilis* (non è infatti specificato che sia *incerti* né che sia *in factum*)».

[243] Così parrebbe G. LONGO, *Contributi* cit., 240; non esclude una possibile origine glossematica del tratto R. SANTORO, *Il contratto* cit., 243 nt. 200.

[244] Con decisione («kann man kaum bezweifeln») J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit.,

specifiche per mettere in discussione il fatto che Ulpiano stesse qui comunque pensando ad azione civile rivolta all'adempimento,[245] dovendosi, da questo punto di vista, certamente respingere il tentativo di quanti, soprattutto in passato, hanno piuttosto attribuito al giurista severiano la concessione della sola *actio de dolo*.[246] Azione civile, aggiungiamo, che naturalmente non può identificarsi con un'azione contrattuale tipica, non essendo qui configurabile neppure un caso di *locatio conductio operis*, attesa la natura non locativa della prestazione concordata.[247] Senza contare che se Ulpiano avesse effettivamente pensato all'impiego dell'*a. locati*, non si sarebbe certo espresso in termini tanto generici (*civilis actio oriri potest*).[248] Né

90; sempre nel senso di un'interpolazione F. KNIEP, *Präscriptio* cit., 77; E. BETTI, *Sul valore* cit., 36; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 211; non diversamente A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 199.

[245] R. SANTORO, *Il contratto* cit., 243 nt. 200 («sostanzialmente ineccepibile»); M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 230 s.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 226 ss.; C. CASCIONE, *Fugitivarii* cit., 519.

[246] Così, ma in una prospettiva non interpolazionistica, J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera* VII cit., (*Ad. L. V. Adf §. 3 Quod si faciam*), 1328, su cui vd. *infra* nt. 265; A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. Titulus V. L. 15*) 669; nell'ambito di una diagnosi di tipo interpolazionistico J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 90 s., con un'analisi che si fondava principalmente sul carattere sussidiario dell'azione («Wenn wir erstens anerkennen, dass das Geschäft "habet in se negotium aliquod", und dass in Folge dessen "civilis actio oriri potest", so ist die actio doli überflüssig, wie bei anderen negotia – Kauf, Commodat u.s.w.»), provando altresì a sfruttare l'antinomia rispetto alla soluzione di Paul. 5 *quaest*. D. 19.5.5.3; sempre per la concessione dell'*a. de dolo* S. PEROZZI, *Le obbligazioni* cit., 128 nt.; ID., *Istituzioni* 2 cit., 283 nt.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 213 s.

[247] Così giustamente C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 96, su cui vd. *infra* nt. 271; J.J. ENSCHEDÉ, *Dissertatio* cit., 43 («Neque tamen vera *locatio* […] *indicare servum fugitivum* […] non est negotium quod locatur»); P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 204; P. VOCI, *La dottrina* cit., 270, il quale fa rilevare come il pagamento della mercede, in quanto elemento essenziale del negozio, «non può essere condizionato all'alea della cattura effettiva dello schiavo»; più recentemente («die Anzeige und Festnahme eines Sklaves ist kein möglicher Gegestand einer *locatio conductio operis*») M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 229 s. nt. 275, il quale osserva come, al di là delle apparenze, ci si trovi in presenza di negozio del tutto differente dalla *locatio conductio*.

[248] Una dura critica sull'espressione si trova («l'"oriri potest" è assurdo; Ulpiano avrebbe detto se c'è o non c'è azione; e non si sarebbe espresso, volendo pur manifestare un dubbio, in tal modo») in S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane* cit., 129 nt., con una presa di posizione che finisce, però, per non tenere conto, sino in fondo, del carattere problematico della soluzione; rilievi anche in G. BESELER, *Beiträge* 6 cit., 340 s., sulla base di argomenti di natura formale

d'altra parte si può seriamente pensare a una integrale falsificazione bizantina.[249]

Più serie sono invece le critiche che sono state rivolte verso la chiusa '*nisi si quis-arguatur*', la cui genuinità, com'è noto, è stata da più parti messa in discussione,[250] ma può ragionevolmente considerarsi del tutto insospettabi-

---

oggi certamente non più proponibili («*Actio oritur* und ähnliche Redewendungen sind immer unklassischen Ursprunges»).

[249] Così invece G. LONGO, *Contributi* cit., 240 s., con sospetti che colpiscono tanto l'*a.p.v.* quanto l'*a. de dolo*, senza che venga peraltro chiarito quale sarebbe stata a questo punto la posizione tenuta dal giurista severiano; critiche verso entrambi i rimedi processuali si trovano anche in P. VOCI, *La dottrina* cit., 269 s., a detta del quale Ulpiano avrebbe suggerito l'impiego dell'*a. in factum*, con un'ipotesi che non spiega come si possa essere giunti all'attuale stesura del brano (*ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis*), soprattutto per quanto riguarda la concessione dell'azione civile. Vera l'ipotesi di un originario riferimento all'*a. in factum*, sarebbe del tutto logico attendersi un intervento assimilativo (*in factum*, *id est p.v.*) o anche sostitutivo con l'*a.p.v.* (magari del tipo: [*in factum*] <*praescriptis verbis*> *agere potest*), piuttosto che un doppio intervento manipolativo ([*in factum*] < *ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis* >): la presenza dell'inciso *id est praescriptis verbis* induce inevitabilmente a ritenere che la frase cui esso si collega (*ergo civilis actio oriri potest*) fosse già presente nel brano. Sempre nel senso di un'integrale manipolazione, vd. G. DIÓSDI, *Pacta nuda servabo? Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema*, in BIDR 74, 1971, 100 s., il quale non crede che il giurista potesse allontanarsi così tanto dal tema di cui si stava occupando (arricchimento ingiusto), con una considerazione che induce l'autore a sopprimere tutta la seconda parte del frammento, a partire dalle parole '*quod si solutum*'. Per quanto la questione non sia qui del tutto rilevante, non pare proprio che il brano legittimi l'idea portata avanti dallo studioso, secondo la quale i giuristi romani avrebbero usato il termine *pactum* (qui in effetti *pactio* o *conventio*) unicamente per riferirsi a pattuizioni accessorie a rapporti o fatti preesitenti (97), e non per indicare l'«accordo indipendente», tanto più che le conclusioni cui giunge l'autore muovono da un'interpretazione per nulla condivisibile della fattispecie affrontata da Ulpiano, quasi si trattasse di un patto *a latere* di un delitto: («non si tratta qui di un rapporto indipendente, ma di una contrattazione, una pattuizione, che si basa su un fatto, un rapporto preesistente. Questo rapporto […] era assai vicino ai delitti. Ulpiano stesso tiene presente la possibilità di poter qualificare il comportamento del ricattatore come furto. Il patto non è quindi sostanzialmente diverso da quello concluso fra un ladro e il proprietario»).

[250] Per l'interpolazione del riferimento all'*a. de dolo* vd. già A. PERNICE, *Labeo* 2.1, cit., 217 s. nt. 3; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 319 nt. 18; F. LITTEN, *Zum dolus-Begriff* cit., 275; B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae* cit., 104; G. LONGO, *Contributi* cit., 240 s., in base al rilievo per cui i «giuristi classici non discutono astrattamente del possibile esercizio dell'azione di dolo in base a una vaga e morale concezione del dolo»; per la fattura bizantina pure P. VOCI, *La dottrina* cit., 280 s. e ivi nt. 1, che vede nel riferimento all'*a. de dolo* il tentativo dei compilatori di appianare il contrasto con Paul. 5 *quaest.* § 3, con una proposta che stupisce, se solo si considera che anche a detta dello studioso la decisione di Paolo di limitare la tutela dei casi di *facio ut des* alla sola concessione dell'*a. de dolo* non avrebbe avuto più alcun significato

le,[251] non sussistendo in verità i denunciati profili di incompatibilità rispetto al regime di sussidiariarietà dell'*actio de dolo*.[252]

Che nell'applicazione di tale regime non ci si dovesse limitare alle sole azioni edittali pare indubbio.[253] Lo dimostra tra l'altro una lettura coordinata dei §§ 1-3 di Paul. 5 *quaest*. D. 19.5.5.[254] Ciò non toglie però che, già con Labeo-

---

pratico all'epoca di Giustiniano e sarebbe rimasta (all'interno del trattato paolino) come mero (e forse non del tutto compreso) residuato storico, come proverebbe il mancato riferimento all'azione in Ulp. 4 *ad ed.*: «se formalmente *a. doli* e *a. pr. verb.* coesistono, sostanzialmente l'*a. doli* è messa da parte: nella pratica sarà preferita l'*a. pr. verbis* […] l'esperibilità dell'*a. doli* […] può ritenersi un'affermazione priva di valore legislativo». Non si vede dunque per quale motivo i commissari di Giustiniano avrebbe dovuto affaticarsi nell'interpolazione del brano di Ulpiano per conciliarlo con un'impostazione solutiva (e dogmatica) ormai abbandonata e che sarebbe rimasta nella compilazione per mera trascuratezza. Semmai avrebbero proceduto in senso opposto: avrebbero cioè inserito un riferimento all'azione contrattuale in Paul. 5 *quaest.*, in modo da raccordare il brano con la soluzione in linea col diritto allora vigente e riprodotta in Ulp. 42 *ad Sab.* Sempre per l'origine bizantina dell'attuale formulazione della chiusa, ma in un contesto che diversamente difende il riferimento all'*a. de dolo*, P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 214, per il quale le attuali incongruenze del brano sarebbero piuttosto dovute al maldestro e goffo tentativo dei compilatori («amanti del cumulare i mezzi processuali») di coniugare la decisione del giurista classico (*a. de dolo*) col nuovo quadro solutivo bizantino che ammetteva ormai e diversamente l'azione contrattuale (*a.p.v.*), senza curarsi delle aporie che ciò avrebbe determinato sulla coerenza del principio di sussidiarietà dell'*a. de dolo*. Propendono per l'origine glossematica del tratto finale '*nisi-arguatur*', in una prospettiva che tende piuttosto a salvare la concessione dell'azione contrattuale atipica, R. SANTORO, *Il contratto* cit., 243 nt. 200, al quale si rinvia per ulteriore letteratura; C.A. CANNATA, *Contratto* cit., 50 s. e ivi nt. 23; rilievi più di recente anche in C. CASCIONE, *Fugitivarii* cit., 519 nt. 94.

[251] In favore della genuinità sostanziale della chiusa vd. già B. ALBANESE, *La sussidiarietà* cit., 288.

[252] Così, come si è appena osservato (*supra* nt. 250), P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 214; rilievi in tal senso, ma con conclusioni generali di segno opposto (sempre nt. 250), R. SANTORO, *Il contratto* cit., 243 nt. 200; («glossema […] scorretto […] non tiene conto della sussidiarietà dell'*actio de dolo*») C.A. CANNATA, *Contratto* cit., 51 nt. 23; per le stesse ragioni C. CASCIONE, *Fugitivarii* cit., 519 nt. 94.

[253] Così C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 83, che condivisibilmente allarga la prospettiva anche alle azioni extraedittali c.d. usuali. In senso contrario F. DUARENUS, *In tractatum de pactis, lib. Pand. II. Commentarius. VII. Ulpianus lib. IIII ad edictum*, in *Opera Omnia* cit., 42: «verbum actionis, pro ea tantum, quae nominatim proposita est, & in certam formam conclusa accipi. Nam si actionem in factum tam civilem, quam honorariam complecteretur, quando locus actioni de dolo esse posset?»; C. ACCARIAS, *Précis de droit romain* 2[1] cit., 562 nt. 1.

[254] Si può innanzi tutto osservare che nel § 3 l'impiego dell'azione è posto in esplicita connessione (*ideo*) coll'impossibilità di far ricorso ad azione civile, indipendentemente dal carattere edittale o decretale del programma di giudizio in questione (*nulla erit civilis actio, et ideo de dolo*

ne,[255] la giurisprudenza si era impegnata in un'interpretazione mitigatrice del principio, col risultato che si era ammesso l'esercizio dell'azione non solo nella più ristretta ipotesi di una carenza oggettiva di rimedi processuali ('*si alia actio non sit*'), ma anche in quella, certo più frequente, in cui potessero in concreto emergere dubbi circa una loro proficua utilizzabilità ('*si dubitetur an alia actio sit*'),[256] circostanza che sicuramente ricorreva nella fattispecie qui prospettata, in cui la concessione dell'*actio praescriptis verbis* doveva rivelarsi certamente problematica, come si evince del resto già dall'intonazione complessiva del ragionamento ulpianeo, e in particolar modo dalle considerazioni finali del giurista severiano.[257]

Peraltro e soprattutto, non si può proprio non considerare che a proporre qui l'*actio de dolo* non era certamente Ulpiano, ma altri e non meglio precisati esponenti della giurisprudenza a lui contemporanei. Benché Ulpiano sia avaro di informazioni in proposito, non è irragionevole ritenere che il *quis* da questi insistentemente ('*et quidem* [...] *ut q u i s dicat* [...] *nisi si q u i s et in hac specie*') richiamato sia da identificare in Paolo.[258] Non va infatti dimenticato che a pro-

dabitur). Se poi si tiene presente quanto affermato in precedenza, non possono esservi incertezze sul fatto che, quando Paolo pone come condizione per il ricorso all'azione *de dolo* l'assenza di azione civile, pensi anche alla *civilis actio* (*in hoc quod mea interest*) di cui aveva egli discusso nel § 1 e alla quale ci si riferisce con l'espressione *praescriptis verbis agi* nel § 2, che però costituisce, come si è detto (*supra* § 1.1 di questo cap.), un'intrusione bizantina.

[255] Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7.3 '*non solum autem si alia actio non sit, sed et si dubitetur an alia sit*'.

[256] In proposito vd. P. LAMBRINI, *Dolo generale* cit., 55 ss.; in relazione alla dilatazione della nozione di '*alia actio*' per indicare qualunque rimedio processuale, anche se diverso dall'azione, in grado di assicurare, «in modo certo ed effettivo», la salvaguardia degli interessi patrimoniali dei soggetti raggirati, vd. E. STOLFI, *I casi e la regula* cit., 66 ss.; ID., *Dal ius controversum alle antinomie*, in LR 6, 2017, 400 ss.

[257] Diversamente («l'esperibilità di un'*actio civilis* […] appare certa»), ma con un punto di vista che non può condividersi, R. SANTORO, *Il contratto* cit., 243 nt. 200; nel senso qui suggerito vd. P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 247; seppur con riferimento alla diversa vicenda agitata nel già richiamato Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.9.3, segnala opportunamente il profilo di incertezza che avrebbe (generalmente) accompagnato la concessione dell'azione contrattuale atipica (*a. c. in factum*) E. STOLFI, *I casi e la regula* cit., 68 s. nt. 173.

[258] Un'allusione all'orientamento di Giuliano o di quanti, sul suo esempio, ammettevano la sola *actio de dolo* era colta, come si è accennato (*supra* cap. IV nt. 117), già da G. NOODT, *Ad edictum praetoris de pactis et transactionibus liber singularis. Caput IX*, in *Opera* cit., 506: «quia tamen cuidam, id est Juliano: sic opinor»); così anche A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 199; intravede un riferimento all'opinione di Giuliano e Paolo G. MACCORMACK, *Contractual Theory* cit., 149; un'apertura in tal senso («Wahrscheinlich») può trovarsi anche in M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 230; vi scorge una «traccia dell'opinione giulianea citata da Paolo in D. 19.5.5.2» pure P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 247.

nunciarsi per il ricorso all'*a. de dolo*, nel caso di rapporti aventi ad oggetto opere non locative del tipo *facio ut des*, era proprio Paolo, come già si è appreso da Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.3 '*Quod si faciam ut des* [...] *nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur*'.[259]

Seppur con cautela, non sarebbe poi azzardato attribuire alla precisazione ulpianea un'intonazione polemica rispetto al diverso punto di vista richiamato. Significativo a questo proposito potrebbe rivelarsi, l'impiego, oltre che della locuzione '*nisi (forte) quis dicat*',[260] senza ragione sospettata,[261] della copulativa *et* (qui chiaramente nel senso di 'anche'), la quale parrebbe evidenziare un certo disappunto verso l'orientamento ricordato (come a dire: a meno che qualcuno, *anche* in questo caso). Così come, sempre nell'ottica di una connotazione critica, sembra vada inteso il ricorso reiterato al pronome indefinito '*quis*' in luogo dell'indicazione precisa del fautore dell'orientamento contrario, quasi a voler ancora una volta sottolineare che questi non meritasse neppure di essere nominato.[262] Non del tutto casuale potrebbe infine rivelarsi, da questo punto di vi-

---

[259] In proposito vd. *supra* cap. IV § 2, V § 1.1.

[260] Sull'impiego della stessa o di espressioni comunque similari ('*nisi* [*forte*] *quis putet*'), ampiamente ricorrenti nelle orazioni ciceroniane («formulae orationis Ciceroni familiares»), allo scopo di confutare quelle opinioni la cui evidente infondatezza rendesse in qualche modo superfluo il ricorso a un ampio e articolato apparato argomentativo («improbare sententiam ad quam ideo non respondeant pluribus, quia non existimet magna refutatione indigere»), vd. H. DONELLUS, *Commentarium ad Titulum Digestorum, de Praescriptis verbis. Cap. XIII. Lex si solent*, in *Opera* X cit., 1241 s., il quale, a sostegno di questa interpretazione, richiamava *L. 2 § tractari* (Ulp. 13 *ad Sab*. D. 38.17.2.44) e *L. Et eleganter § servus pactionis* (Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7.8). La constatazione del maestro francese non va comunque assolutizzata: così, del resto, lo stesso H. DONELLUS, *Commentarium ad Titulum Digestorum, de Praescriptis verbis* cit., *Cap. XII. Lex si solent*, in *Opera* X cit., 1241 («scio haec verba […] interdum habere correctionem praecedentium»). Non sempre infatti l'impiego di tali espressioni era finalizzato alla contestazione di opinioni altrui. In quest'ottica si potrebbero ricordare, per limitarci a esempi particolarmente significativi, Ulp. 12 *ad Sab.* D. 49.15.15 ('*nisi forte quis subtilius dicat* [...] *Quod non sine ratione dicetur*'); Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.7.1 ('*nisi forte quis dixerit agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est: quod videtur habere rationem*') in cui parrebbe emergere un sostanziale apprezzamento da parte di Ulpiano ('*quod videtur habere rationem*'), sempre che debba ritenersi genuino: sul brano vd., con sospetti, F. M. DE ROBERTIS, *Quanti ea res est-id quod interest* cit., 122 e ivi nt. 41.

[261] Dubbi sull'autenticità del costrutto possono trovarsi in U. VON LÜBTOW, *Der Ediktstitel 'Quod metus causa gestum erit'*, Greifswald 1932, 38; G. LONGO, *Contributi* cit., 241; per la genuinità vd. invece R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità*, Napoli 1983, 65.

[262] In questo senso si potrebbe ricordare Iul. 86 *dig.* D. 9.2.51.2 '*quod si quis absurde a nobis haec constitui putaverit, cogitet longe absurdius constitui*', in cui è opinione diffusa fra gli studiosi che a essere preso «di mira» da Giuliano fosse Celso (l'espressione è di F. CASAVOLA, *Giuristi*

sta, la scelta da parte di Ulpiano di avvalersi del verbo '*arguere*', il quale tra i vari significati sembra talvolta evocare anche quello di 'dimostrare con cavilli',[263] analogamente al connesso sostantivo *argutia*(*-iae*) (*cavillatio*).[264]

In ogni caso, è da escludere che il tratto '*nisi-arguatur*' costituisca una sorta di ripensamento da parte di Ulpiano rispetto a quanto affermato in precedenza,[265] o comunque una ossequiosa concessione verso la dottrina allora dominante,[266] per quanto destinata a essere messa da parte nel giro di pochi anni, grazie

---

adrianei, Napoli 1980, 39 ss.), come sembrerebbe doversi desumere dalla lettura congiunta di Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.11.3 e Ulp. 18 *ad ed.* D. 9.2.21.1: in proposito vd., oltre all'appena richiamato Casavola, K.H. SCHINDLER, *Ein Streit zwischen Julian und Celsus. Zum problem der überholenden Kausalität*, in ZSS 74, 1957, 213 ss.

[263] Sul punto vd. F. CALONGHI, *Dizionario latino-italiano*[3] cit., s.v. '*arguo*'. Rilievi formali sull'espressione *dolus arguatur* si trovano in G. LONGO, *Contributi* cit., 241.

[264] In proposito vd. A. FORCELLINI, *Totius latinitatis Lexicon. Editio altera locupletior. Tomus primus* cit., v. *Argutia*, («*arguzia*, *sottigliezza*, σωμυλία, σόφισμα»); *Thesaurus linguae Latinae. Editio altera*, Berlin 1990, v. '*argutiae*' II *b*.

[265] Così invece, sulla scia di Giovanni da Bassiano, J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera* VII cit., 1328: «initio ait oriri posse praescriptis verbis, id est tentari posse: at corrigit se postea cum ait, nisi quis etc. quod verius et tutius est»; A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. Titulus V. L. 15*) 669, per il quale Ulpiano con queste parole avrebbe inteso evidenziare («modeste & verecunde, ut prudentes solent quoties de ea re tractant, quae non sit sine dubitatione»), come nel caso di specie soccorresse la sola *actio de dolo*, giusta la regola di Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.3. Ad impedire l'applicazione dell'*a.p.v.* sarebbe stata l'assenza di una «commutatio […] propter quam aut potius ex qua civilis actio nasci debeat» e, in definitiva, di un *negotium civile*: «ut competat actio de dolo sufficit negotium aliquod gestum esse […] ut competat civilis actio Praescriptis verbis, probari oportet civile negotium praecessisse». Il tratto '*nisi-arguatur*' sarebbe dunque servito «ad corrigendum id, quod prius dictum fuerat de danda Praescriptis verbis actione» (669); J. VOETIUS, *Commentarius ad Pandectas. Editio nova multis mendis expurgata. Tomus primus* cit., *Titulus V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, 847 («haud improbabile sit, hac quoque in specie dissensum fuisse veterum Jurisconsultorum»); A. SCHULTING, *Notae ad Digesta seu Pandectas, Tomus tertius*, Lugduni Batavorum 1820, *De praescriptis verbis. Lex XV*, 501 («non video, hic concedi actionem praescriptis verbis […] sed oriri hinc […] de dolo tantum»). In senso contrario vd. già H. DONELLUS, *Commentarium ad Titulum Digestorum, de Praescriptis verbis et in factum actionibus. Cap. XIII. Lex si solent*, in *Opera X* cit., 1241 («non sunt haec verba […] excipientis, aut approbantis […] sed repudiantis potius»); C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 95 s.; J.J. ENSCHEDÉ, *Dissertatio* cit., 43 nt. 2; C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 205.

[266] Così E. GANS, *Ueber römisches Obligationenrecht* cit., 195 («Dennoch huldigt er aber auch hier der herrschenden Ansicht»); nello stesso ordine di idee («il repousse ce point de vue […] il croit encore à l'inutilité de l'action *de dolo*, mais il ne la déclare plus inadmissible […] il fait ici à

anche all'adesione che le innovative soluzioni ulpianee avrebbero saputo conquistare all'interno del *consilium principis* di Alessandro Severo (C. 2.4.6.1).[267] Così come non sembra neppure che nel modo di esprimersi di Ulpiano (*ergo civilis actio oriri potest*) si debba intravedere un atteggiamento di particolare cautela da parte del giurista (*potest*),[268] al quale non sarebbe sfuggito il carattere fortemente innovativo della soluzione processuale che egli andava prospettando: quasi a voler prevenire, e in parte giustificare, le critiche alle quali una tale decisione si sarebbe (inevitabilmente e forse anche comprensibilmente) esposta.[269]

A maggior ragione va poi respinto il tentativo di chi ha piuttosto ipotizzato una diversificazione delle soluzioni processuali da parte del giurista severiano, in ragione della sussistenza o meno di un comportamento doloso tenuto dal proprietario del servo fuggitivo.[270] La proposta, (anch'essa) formulata con l'intento di sanare il contrasto con Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.3, va inevitabilmente incontro ai rilievi già sollevati sull'incompatibilità tra *a. de dolo* e azione contrattuale.

---

ces adversaires une concession […] la doctrine de Paul dominait encore») C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 205, 211 s.; ID., *Précis de droit romain* 2[1] cit., 562 nt. 1; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 230 nt. 281.

[267] Così («parmi les juriconsultes composant le Conseil d'Alexandre Sévère […] tous […] projets de constitution, la majorité, sinon tous, s'étaient ralliés à la doctrine professée par Ulpien dans la loi 15») appunto C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 211 s., il quale fa osservare come a tale conclusione si fosse giunti a soli due anni di distanza dalla morte di Ulpiano, in un momento in cui, peraltro, Paolo si trovava a ricoprire la carica di *praefectus praetorio*.

[268] In questi termini («tentari posse»: *supra* nt. 265) già J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes* (*Opera* VII) cit., 1328; PH. E. HUSCHKE, *Kleine kritische Versuche* cit., 123 («schwankt Ulpian zwischen der actio praescriptis verbis und de dolo»); K.A.D. UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung* 1 cit., (§ 21.III) 46, per il quale andava comunque escluso che Ulpiano potesse concedere in via generale l'azione contrattuale per le ipotesi di *facio ut des*: si sarebbe piuttosto trattato di un'apertura legata alla specificità del caso e resa possibile dall'analogia che la fattispecie presentava col contratto di locazione («eine bestimmte Geldsumme ausgesetzt worden war, in einer gewissen Verwandtschaft mit der locatio et conductio, die für seine Ansicht bestimmend sein konnte»); C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 205 («Ulpien énonce soigneusement sont (sic) motif et formule sa décision avec quelque timidité: *civilis actio oriri potest*»); M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 230 e ivi nt. 281.

[269] C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 216 («Ulpian présente sa doctrine sur le *negotium facio ut des* comme nouvelle, comme contestable»).

[270] W. CURTIUS, *Dissertatio juridica* cit., 28 ss., 33; in questo senso anche, lo si è accennato, S. DE COCCEJUS, *Jus civile controversum* cit., 968; J.J. ENSCHEDÉ, *Dissertatio* cit., 43 nt. 2; così, in sostanza, anche T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 226 («si lascia aperta, infine, allorché ne sussistano i requisiti, la facoltà di agire per il dolo»), che suggerisce una relazione con Pomp. 22 *ad Sab.* D. 19.5.16.1.

Come si è già precisato, dove vi è contratto non vi è spazio per l'azione da dolo. Meglio ancora: chi ammette il contratto per ciò stesso esclude il ricorso all'*a. de dolo*. E ciò a prescindere dalle incongruenze che avrebbero potuto in concreto presentarsi in ragione delle diverse potenzialità dei due rimedi processuali sul piano dell'efficacia condennatoria.[271]

Rimangono da chiarire le ragioni della decisione adottata del giurista.[272] Si tratta di un punto di estrema importanza, perché nella motivazione devono rintracciarsi, *a contrario*, le ragioni che avrebbero dovuto condurre alla diversa soluzione prospettata nel testo. Si deve infatti ritenere che, se Ulpiano concede l'azione civile sul presupposto dell'individuata negozialità dell'operazione, l'orientamento opposto doveva fondare la decisione di accordare la sola *actio de dolo* sull'impossibilità di ritenere soddisfatto il medesimo requisito. Così come in Ulp. 4 *ad ed.* il documentato contrasto giurisprudenziale ruota intorno alla possibilità di scorgere o meno un *synallagma*, qui tutto verte sulla possibilità di individuare un *negotium aliquod*: il che ovviamente impone di ritenere, tenuto conto che in entrambi i casi si tratta di testimonianze di Ulpiano, che le due questioni coincidano o comunque siano strettamente collegate. Circostanza che in effetti è stata opportunamente e da tempo segnalata in dot-

---

[271] In questo senso («der dolose Eigenthümer braucht nur die Kosten zu ersetzen, der gutgläubige dagegen soll die versprochene Summe zahlen, die selbstverständlich in der Regel mehr beträgt») J. POKROWSKY, *Die Actiones in factum* cit., 90, che traeva così argomenti contro la concessione dell'azione civile, con conclusioni che non possono essere chiaramente accettate e che erano dovute (crediamo) a una non felice comprensione del testo, che induceva l'autore a riportare sotto il nome di Ulpiano entrambe le soluzioni processuali («Ulpian für den Fall, dass seitens des Eigenthümers des Sclaven irgend ein dolus vorhanden ist, actio doli gibt, für andere Fälle aber eine civilis actio»), senza invece considerare che il giurista severiano assumeva piuttosto un atteggiamento critico rispetto alla possibilità, (solo) da altri ventilata, di concedere l'*a. de dolo*. Spiega la soluzione ulpianea in ragione della somiglianza che la vicenda negoziale avrebbe presentato col contratto di locazione («weil das Geschäft […] sich einer Location näherte. Daher wird auch die Belohnung merces genennt») C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 96, il quale, d'altra parte, giustifica l'inconfigurabilità del contratto locatorio in senso stretto col fatto che le opere non fossero qui prestate sulla persona del committente o su di un bene a lui appartenente.

[272] Spiega la soluzione ulpianea in ragione della somiglianza che la vicenda negoziale avrebbe presentato col contratto di locazione («weil das Geschäft […] sich einer Location näherte. Daher wird auch die Belohnung merces genennt») C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 96, il quale d'altra parte, giustifica l'inconfigurabilità del contratto locatorio in senso stretto col fatto che le opere non fossero qui direttamente prestate sulla persona del conduttore o su un bene a lui appartenente.

trina, seppur con conclusioni assai differenti tra di loro.[273]

Da questo punto di vista, non sembra vi siano però margini per ricollegare l'ammessa configurabilità di un *negotium* alla spontanea attuazione dell'accordo da parte di uno dei due contraenti: nell'ambito dunque di un'interpretazione tradizionale della *causa* di Ulp. 4 *ad ed.* nei ben noti termini di '*praestatio rei vel facti*',[274] in qualche modo alimentata anche dall'uso dell'aggettivo '*nudus*', ordinariamente adoperato come descrittore dei caratteri formali di un'operazione negoziale.[275]

---

[273] In questi termini già B. BRISSONIUS, *De verborum quae ad jus pertinent significatione libri XIX*, Lipsiae 1721, v. *Negotium*, 682 («Tertio modo, *Negotium*, contractum, tractatum, ultro citroque habitum, significat, quod Graecis συνάλλαγμα, ut loquitur Ulpian. l. 7 ff. de pactis […] l. 15 ff. de praescript. verb. Atque ita, *Negotium contrahere & gerere*, Jurisconsulti dicunt»); per la letteratura moderna A. BRINZ, *Lehrbuch* 2.1 cit., 629 nt. 22; P. BONFANTE, *Il contratto (Scritti giuridici* 3) cit., 129 ss.; sebbene in un'ottica interpolazionistica così («Il "negotium aliquod" corrisponde al "subsit tamen causa"») anche S. PEROZZI, *Le obbligazioni* cit., 128 nt.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 211; una relazione tra la soluzione ulpianea e la prospettiva aristoniana di Ulp. 4 *ad ed.* si trova in E. BETTI, *Sul valore* cit., 36; nel senso di una riproposizione dei medesimi termini di Ulp. 4 *ad ed*. anche A. GIFFARD, *La doctrine d'Ariston* (*Études*) cit., 191; ID., *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 199; ID., *Une interpolation prétendue* cit., 138 e ivi nt. 1; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 245; C.A. CANNATA, *Contratto* cit., 52; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 228 ss.

[274] In questo senso, invece, già F. DUARENUS, *In tractatum de pactis, lib. Pand. II. Commentarius. VII. Ulpianus lib. IIII ad edictum*, in *Opera Omnia* cit., 40 («aliquod praeterea negotium habeat, id est, praeter verba, & consensum, aliquid ab uno datum vel factum sit, ea lege, ut ab altero quicquam aliud detur, aut fiat»); seguito da L. CHARONDA, **ΠΕΙΘΑΝΩΝ** *seu Verisimilium. Liber secundus. Caput VII.* cit., 748: «negotiumve (ut ait Ulpianus *d. l. Solent* 15.) intervenerit, id est, datum vel factum aliquid fuerit»; A. VINNIUS, *De pactis* cit., 77 s.: «per negotium haud dubie intellegitur causam […] atque in proposito factum seu indicium actoris»; J.J. BACHOFEN, *De Romanorum judiciis civilibus* cit., 231; C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 203 («une convention cesse d'être nue par cela seul que d'un coté ella a été suivie d'execution. C'est pourquoi […] il proclame l'existence d'un *negotium*»); L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 148 nt. 38; S. PEROZZI, *Il contratto consensuale* cit., 183 s., che tuttavia attribuisce tale impostazione ai Bizantini; con le stesse conclusioni («contiene un *negotium aliquod* [evidentemente perché una parte ha eseguito la sua prestazione]») ed argomentazioni («non corrisponde al pensiero romano, pel quale *nudus* detto di accordo è soltanto antitetico ad accordo formale e non ad accordo con una causa») vd. P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 210 ss.; per una identificazione del *negotium* con la Vorleistung, da ritenersi qui ricomprensiva anche di prestazioni di *facere*, M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 230 s. Giustamente critico rispetto a tale indirizzo R. SANTORO, *Il contratto* cit., 245.

[275] Lo riconosce («indica […] che la *conventio* manca di una forma o non è accompagnata

Non c'è dubbio che l'azione venga qui concessa sul presupposto della concordata indicazione del nascondiglio che abbia reso possibile la cattura (*adprehensio*) del *servus fugitivus*. Né del resto potrebbe essere altrimenti, se si considera che l'impegno da parte del *dominus* del servo a pagare una ricompensa in favore del delatore è espressamente collegato alla cattura avvenuta a seguito della delazione (*si indicasset adprehensusque esset*).

Non è però certo alla (sola) presenza di un *facere* che Ulpiano intende riferirsi quando afferma: *quidem conventio ista non est nuda*.[276] Se così fosse stato, non avrebbe avuto il giurista alcun motivo per soffermarsi con tanta insistenza sulla presenza di un *negotium*. Il fatto del contraente (*indicium*) rappresentava un dato oggettivo, non controvertibile, che avrebbe reso superflua ogni ulteriore considerazione sulla negozialità dell'atto.

Se Ulpiano sente l'esigenza di richiamare l'attenzione sulla presenza di un *negotium* è perché evidentemente intende riferirsi a qualcosa di diverso, non così facilmente percepibile. Per lo meno non in base a una valutazione che si arresti alla mera esteriorità dei fatti e del loro svolgersi.

La sensazione è che innanzi tutto il giurista voglia far riferimento alle ragioni che hanno indotto la controparte a svelare il luogo del nascondiglio. Più precisamente è sua intenzione sottolineare come l'indicazione fosse stata fornita per la sola ragione della prevista ricompensa. In sostanza il *facere* era sorretto da una *causa* non donativa.[277] Così come certamente non donativa era la *causa* del-

---

dalla *datio* o dal *factum*») anche R. SANTORO, *Il contratto* cit., 245 s. e ivi nt. 205, il quale proprio per questa ragione suggerisce di sopprimere il tratto '*non est nuda-sed*'; punto di vista confermato in ID., *La causa* cit., 89 nt. 21; sulla questione vd. S. PEROZZI, *Il contratto consensuale* cit., 183 ss.; ID., *Le obbligazioni* cit., 128 nt. («"nudus" detto di accordo è soltanto antitetico ad accordo formale e non ad accordo con una causa»), con una considerazione che porta l'autore ad estendere i propri sospetti anche a Pap. 27 *quaest.* D. 19.5.8 '*nec videri nudum pactum intervenisse, quotiens certa lege dari probetur*' e C. 2.3.20 (Alex., a. 227) '[….] *cum pactum nudum est, alioquin cum pecunia datur* […]', al punto di ritenere tutti e tre i brani scritti «dalla stessa penna»: con una critica che muove in realtà attraverso una catena di meri postulati («provato che è interpolata la legge precedente, risulta provato anche che è un'interpolazione tutta quanta la l. 15 […] ammessa l'interpolazione di queste due leggi, è evidente che sono interpolate anche le parole della terza legge da "*nec obesse*" in poi»); in termini non differenti, perlomeno per quanto riguarda la tesi di fondo, lo si è visto (vd. nt. prec.), P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 211.

[276] Così giustamente R. SANTORO, *Il contratto* cit., 247.

[277] A. GIFFARD, *La doctrine d'Ariston* (*Études*) cit., 191 («Synallagma est ici synonyme de "*negotium contractum*"»); ID., *Une interpolation prétendue* cit., 138; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 247 s.; vi vede un riferimento all'idea dell'affare C.A. CANNATA, *Contratto* cit., 51; ID., *Labeone, Aristone* cit., 75; con un'interpretazione che ha conquistato l'adesione di R. SCEVOLA, *Negotium*

l'attribuzione patrimoniale da parte del *dominus* del servo: qui solo promessa, nell'ipotesi precedente anche attuata (*qui accepit* […] *non timet condictionem*). Anch'egli avrebbe infatti ricavato un vantaggio patrimoniale: per lo meno se, grazie alle informazioni ricevute, il servo fosse stato riacciuffato.

Quanti hanno proposto una stretta identificazione del *negotium* col fatto (del contraente) costitutivo dell'obbligazione (la Vorleistung, per l'appunto), non hanno peraltro adeguatamente considerato che in ogni caso non sarebbe qui il solo *facere* del delatore (l'*indicium*, appunto) a costituire l'elemento fondativo della pretesa,[278] essendo comunque richiesto un ulteriore *fatto*, ovvero la

---

mixtum cit., 83 s. nt. 8; P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 246 s. In termini non dissimili, a una «causa onerosa degna di tutela» pensa A. BURDESE, *Divagazioni* cit., 343 s. Pur in un ordine di idee che attribuiva ad Ulpiano una posizione oscillante tra azione contrattuale e *a. de dolo*, una relazione tra la soluzione di Ulpiano e la patrimonialità delle prestazioni gravanti su ambedue le parti era colta (di fatto) già da PH. E. HUSCHKE, *Kleine kritische Versuche* cit., 123 («jene Leistung nicht schon durch sich selbst ein bestimmtes Geldäquivalent beträgt»).

[278] Diversamente («l'aver dato efficaci informazioni obbliga il padrone del servo […]») G. MELILLO, *Un rescritto severiano* cit., 857, ma in termini che non sono aderenti col testo di Ulpiano e ripropongono un equivoco che si riscontra non infrequentemente tra gli autori di diritto comune: così già J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera* VII cit., (*Ad. L. V. Adf §. 3 Quod si faciam*), 1328: «lex *solent* ait, praescriptis verbis agi posse: est vero facio ut des: indico enim ut promissum exolvas»; H. DONELLUS, *Commentarium ad Titulum Digestorum, de Praescriptis verbis et in factum actionibus. Cap. XII. Lex si solent*, in *Opera X* cit., 1240: «Indicavi enim tibi servum tuum furem, ut mihi decem dares»; negli stessi termini in sostanza R. FERCIA, *Il fieri* cit., 66 nt. 161: «l'*indicare* è il *facere* che perfeziona la figura contrattuale (si tratta di un *indico ut certum aliquid des*)». Così per certi versi («Quando l'indicazione sarà stata fornita, il meccanismo contrattuale incomincerà a funzionare»), in un ordine di idee che però respinge, come si è detto, l'ipotesi di una interpretazione della *causa* come *datio* o *factum*, anche C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 74 s., con delle conclusioni che indurranno peraltro l'autore a ipotizzare un'azionabilità della pretesa nei confronti del *dominus* dello schiavo fuggitivo nell'eventualità che la mancata cattura fosse dipesa da «colpevole negligenza del proprietario nello sfruttare l'informazione ricevuta»: con un risultato che sarebbe stato reso possibile dal carattere di buona fede dell'azione, («il giudizio essendo di buona fede, sarà adatto alla valutazione di simili circostanze»). Si tratta di una presa di posizione che determina, se non ci inganniamo, una certa tensione concettuale tra la prestazione dell'*indicium* e la cattura, nel senso che non si capisce bene quale funzione quest'ultima avrebbe dovuto assolvere nel quadro dei meccanismi formativi della vicenda contrattuale rispetto soprattutto alla prestazione dell'*indicium*. Si tenga peraltro conto che la posizione recentemente assunta dall'autore sembra rappresentare una parziale evoluzione rispetto al punto di vista espresso in ID., *Contratto* cit., 43, ove si percorreva piuttosto l'ipotesi, a nostro modo di vedere preferibile, del contratto doppiamente condizionato: in proposito vd. *infra* nt. 319. Posta la questione in questi termini, non può certo dirsi che il contratto si è perfezionato o è azionabile con l'avvenuta delazione: per quanto l'autore in effetti discorra più genericamente e sfuggentemente di «meccanismo giuridi-

cattura del servo, da ritenersi per di più non riferibile a un comportamento del delatore.

Come si è prima osservato, ciò è reso evidente dal modo di esprimersi del giurista, il quale, proseguendo lungo la stessa linea discorsiva, avrebbe diversamente affermato 'si indicasset *et apprensisset fugitivum*' e non, come invece leggiamo, 'si indicasset *apprehensusque esset fugitivus*'. Se d'altra parte la corresponsione della ricompensa fosse stata subordinata alla cattura del fuggitivo da parte dello stesso delatore, non si comprenderebbe per quale motivo avrebbe dovuto egli farsi carico di informare preventivamente il *dominus* sul nascondiglio del servo, col rischio che questi facesse perdere nel frattempo le proprie tracce.

Per l'interpretazione qui indicata non sembra si renda però necessario sopprimere il tratto <*Et quidem-sed*>, ove la denunciata incongruenza argomentativa[279] si registra solo se si intende l'affermazione '*conventio non est nuda*', nel senso che l'accordo era stato accompagnato dall'esecuzione della prestazione: ma non è certo questo il significato con cui Ulpiano adopera qui l'espressione. Il giurista afferma chiaramente che la *conventio* deve considerarsi non *nuda* in quanto contiene un negozio, assolve una funzione negoziale, e non certo perché ad essa ha fatto seguito un *dare* o un *facere*: il modo di esprimersi del giurista è inequivocabile (*conventio ista non est nuda* […] *sed habet in se negotium aliquod*). Del resto è sempre per via dell'assenza di una sottostante (e idonea) causa negoziale che, nel già richiamato Paul. 31 *ad ed.* D. 41.1.31 pr.,[280] Paolo definisce la *traditio nuda* e pertanto incapace di produrre un effetto traslativo del dominio (*Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua <alia> iusta causa praecesserit*).

Se si è pensato a un riferimento alla Vorleistung è perche si è ragionato sotto la suggestione di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.4, brano tormentatissimo, in cui l'analoga espressione *nuda pactio* (alla luce dell'intero § e del riferimento alla *causa*) a molti è parsa riferirsi all'accordo non accompagnato da un principio di esecu-

---

co» che «comincerà a funzionare». Per il perfezionamento del contratto o dell'obbligazione dovrà attendersi necessariamente la cattura del servo, della quale semmai si sarebbe forse potuto prescindere nell'eventualità che essa non fosse avvenuta per fatto riferibile al proprietario dello schiavo, considerando in tal caso (ma è cosa ben diversa) la condizione come avverata.

[279] In questo senso («riposa su un piano argomentativo diverso») R. SANTORO, *Il contratto* cit., 246 s., 249, il quale, analogamente a Ulp. 4 *ad ed*. D. 2.14.7.4, pensa a un «glossema interpretativo», suggerito da una «interpretazione bizantina della definizione del contratto di D. 50.16.19 in chiave di bilateralità delle obbligazioni, per cui *causa* di una *conventio* è la *datio* o il *factum* già eseguiti da una parte».

[280] Vd. *supra* cap. IV nt. 325.

zione,[281] più che alla *conventio* priva di causa negoziale.[282] Tra questi anche Santoro, che proprio allo scopo di difendere una lettura funzionale della causa aristoniana (come *negotium*), ha ritenuto (anche in questo caso) di dover mettere in discussione la classicità della prima parte del testo (Ulp. 4 *ad ed.* § 4), pensando a un glossema postclassico causato da un'inesatta interpretazione del richiamo alla *causa* nel § 2, nel senso (non aristoniano) di *datio*.[283] Si legga il brano:

---

[281] Per una identificazione della *causa* del § 4 con la Vorleistung o comunque con la 'zweckbestimmte Leistung' vd., tra i tanti, M. VOIGT, *Ueber die condictiones* cit., 466; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 527 ss., che però attribuisce tale elaborazione ai bizantini, mentre per i giuristi classici la *causa* avrebbe diversamente indicato «il fine della *datio* […] vale a dire la controprestazione»; M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio* (*Le teorie*) cit., 213 nt. 178; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 95 s.; R. KNÜTEL, *La causa* cit., 143 s.; L. ZHANG, *Contratti innominati* cit., 192 s.; E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 260 s. e ivi 140, 265 nt. 146; C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 139 s. nt. 102.

[282] Così invece già S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustinianeo*, in ZSS 43, 1922, 297 ss., che pure giudica la prima parte del § bizantino (vd. nt. seg.); in una prospettiva anch'essa orientata ad attribuire tale concettualizzazione ai giuristi bizantini e che segna un evidente accostamento con la moderna funzione di causa, intesa quale funzione economico-sociale («qui finalmente *nudum pactum* significa convenzione priva di causa, in quanto tende a un fine illecito o, comunque, non meritevole di tutela giuridica alla stregua delle convinzioni sociali»), C. SANFILIPPO, *Alla ricerca dei nuda pacta*, in *Atti Verona* III cit., 339 s., che non a caso rinvia all'art. 1322 del cod. civ. (italiano), con interessanti precisazioni rispetto al punto di vista di Betti (340 ss. nt. 11); più recentemente («*nuda pactio* è quella, per assenza di funzione obbiettiva, incapace di far nascere *obligatio*») anche G. MELILLO, *Un rescritto severiano* cit., 852, il quale, anche alla luce di Ulp. 42 *Sab*., arriva alla più generale conclusione (857) per cui nel «terzo secolo, *nuda pacta* […] sono quelli sforniti di una funzione valida e lecita»; A. SCHIAVONE, *La scrittura* cit., 155, in cui la funzione è fatta in concreto coincidere con lo schema sinallagmatico; nello stesso ordine di idee anche T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 166 s. («deve intendersi nel senso di funzione»); ID., *La causa del contratto* cit., 218 s.; in termini assai netti C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone* cit., 91 s. («Qui, se *causa* non significasse causa di scambio, il testo non avrebbe senso»).

[283] R. SANTORO, *Il contratto* cit., 249, 260 s., ove appunto si considera Ulp. 4 *ad ed*. D. 2.14.7.4, «l'unico altro testo», in aggiunta a Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15, «da cui può emergere un significato di *causa* equivalente a *datio* o *factum*». Sospetti sull'intero paragrafo si trovano in S. PEROZZI, *Il contratto consensuale* cit., 185 s.; ID., *Le obbligazioni* cit., 127 s. nt.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 528; aderisce alla diagnosi interpolazionistica di Perozzi, limitatamente alla prima parte del brano («la critica fattane dal Perozzi è esauriente e di grande chiarezza») S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum* cit., 297 s. Per la genuinità dell'intero § vd. M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio* (*Le teorie*) cit., 213 nt. 178; G. MELILLO, *Un rescritto severiano* cit., 852; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 96 nt. 17; R. KNÜTEL, *La causa* cit., 141 s. nt. 21; A. SCHIAVONE, *La scrittura* cit., 155; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 166; E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 260 s. nt. 140; C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 140 nt. 102; da ultimo non muove rilievi alla fonte L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 418.

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.4 *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*.

A dispetto da quanto sostenuto dall'illustre studioso non vi è motivo per sospettare della prima parte del § la quale è del tutto inappuntabile e soprattutto è pienamente coerente con un'interpretazione funzionalistica della *causa* o comunque con un'interpretazione non banalmente appiattita sul mero dato esteriore della *datio*, ma ricomprensiva anche del profilo funzionalistico (*datio ut*; zweckbestimmte Leistung).[284]

A pesare in qualche modo sulle conclusioni dell'autore, al quale pure non è sfuggita la compatibilità del testo con una lettura della *causa* in chiave funzionale,[285] è stata l'idea che la questione dell'assenza della *causa* sarebbe stata già affrontata e risolta da Ulpiano nel § 3,[286] unitamente al fatto che il principio (posto nel § 4) sarebbe formulato in termini di opposizione (*Sed cum*) rispetto al § precedente.[287] Non si è però innanzi tutto considerato che nel § 3 è in realtà esaminata la questione della illiceità della *causa*,[288] per quanto essa possa ritenersi per certi

[284] Così anche A. BURDESE, *Panoramica* cit., 577: «mancando la *causa* (che potrebbe essere intesa come funzione in generale o più specificamente con riferimento al vincolo di scambio, conseguente ad avvenuta esecuzione di una delle due prestazioni […]»; dello stesso autore vd. il precedente punto di vista espresso in ID., *Sulle nozioni* cit., 65, ove si propendeva piuttosto per una identificazione della *causa* con la Vorleistung: «in assenza di *causa* (traducentesi nella esecuzione di una delle prestazioni reciproche) […]».

[285] R. SANTORO, *Il contratto* cit., 261 («Il significato dell'obiezione è […] ambiguo. Il rilievo […] può riguardare […] la nullità dello scopo negoziale»).

[286] R. SANTORO, *Il contratto* cit., 261 («l'inesistenza di una *causa*, intesa come scopo negoziale, è già evidente nell'enunciazione della fattispecie del § 3»).

[287] R. SANTORO, *Il contratto* cit., 262: «c'è da chiedersi perché il discorso del § 4 si presenti come una obiezione rispetto al discorso del precedente § 3, come risulta […] anche dalla forma, essendo introdotto da un '*sed*'»; nell'ottica di una contrapposizione («il *sed* […] non è usato, come dovrebbe, per esprimere un'antitesi») già S. PEROZZI, *Il contratto consensuale* cit., 185.

[288] Ulp. 4 *ad ed*. D. 2.14.7.3 *Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione*. Per il dibattito che si è aperto in ordine all'impiego del verbo *promittere* e più precisamente in relazione alla questione se esso debba essere inteso in senso generico, sempre con riferimento al tema delle *conventiones sine nomine*, o se piuttosto alluda alla *promissio* stipulatoria, vd., per la prima ipotesi, R. SANTORO, *Il contratto* cit., 257 ss., con riferimenti alla letteratura; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 164 ss., 339 ss.; A. PETRUCCI, *Fondamenti romanistici nel diritto europeo. La disciplina generale del contratto* I, Torino 2018, 114. Per la seconda, S. PEROZZI, *Le obbligazioni* cit., 126 s. nt.; F. GALLO, *Eredità di giuristi* cit., 62 s., con un punto di vista che sembrerebbe però messo da parte in ID., *Synallagma* 2 cit., 94 s., a giudicare almeno dal

versi coincidente con quella dell'inesistenza.[289] In più il *sed* non introduce un «ripensamento» rispetto al § 3,[290] ma una deviazione rispetto al § 2, di cui costituisce la diretta ed evidente continuazione (non certo ripetizione),[291] a sottolineare come in assenza di causa non si sarebbe venuta a costituire alcuna obbligazione (ovviamente, anche qui) contrattuale:[292] § 2 *si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa* […] *esse obligationem* § 4 *Sed cum nulla subest causa* […] *constat non posse constitui obligationem.*[293] Ciò rende peraltro ragione dei rilievi

---

mutamento di opinione rispetto al § 4 che dall'autore era egualmente posto in connessione con promesse di tipo stipulatorio (*infra* nt. 296). Una soluzione compromissoria si trova in A. BURDESE, *Divagazioni* cit., 351, il quale, pur prediligendo l'ipotesi di un «esplicto» riferimento ad una «promessa convenzionale (*ex hac conventione*)», non esclude la «possibilità di riferimento […] anche ad una *promissio* effettuata mediante *stipulatio* con menzione nella *conceptio verborum* dello scopo per cui è effettuata»: con una precisazione che sembra voler in qualche modo tener conto dei rilievi di R. SANTORO, *Il contratto* cit., 258 («La *stipulatio* sarebbe stata nulla, ammesso che si possa arrivare a sostenerlo, solo ove lo scopo illecito fosse stato espresso dalla sua *conceptio verborum*»). In termini ancora differenti vd. L. ZHANG, *Contratti innominati* cit., 193 nt. 81, ove si proietta il principio su di un piano più generale, a sottolineare come «la liceità dello scopo negoziale» costituisse «il requisito fondamentale per far nascere l'obbligazione da qualsiasi convenzione, riferendosi non soltanto alle *conventiones iuris gentium* produttive di obbligazione non tutelate edittalmente».

[289] È evidente che, in qualche modo, anche una causa illecità potrebbe considerarsi inesistente, se si parte perlomeno dal presupposto che per causa debba intendersi solo la funzione lecita riconosciuta come tale dall'ordinamento, con un percorso argomentativo che sembra però più coerente col rigore del pensiero giuridico moderno: per lo stretto rapporto tra le due questioni vd. M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio* (*Le teorie*) cit., 213 nt. 178; soprattutto T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 169 («il caso di illiceità della causa va giudicato alla stregua di quello in assenza della medesima, all'uno e all'altro riconnettendosi la conseguenza della nullità»), 341 s. Per una netta distinzione tra i due temi vd. invece E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 261 nt. 140; C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 140 nt. 102, i quali fanno osservare come si trattasse di ipotesi applicative nettamente distinte sul piano pratico, tenuto conto che per l'assenza di causa sarebbe espressamente ammessa, da Ulpiano, la possibilità di far valere il nudo patto in via di eccezione (*nuda pactio* […] *parit exceptionem*), con una soluzione che certo non può ritenersi riproponibile in presenza di causa illecita: considerazione ineccepibile, ma che non tiene conto dei gravissimi sospetti che, a nostro modo di vedere, gravano sulla frase in questione, ritenuta invece dai due autori genuina: in proposito vd. *infra* nel testo di questo §.

[290] Così invece R. SANTORO, *Il contratto* cit., 262.

[291] I questi termini invece S. PEROZZI, *Il contratto consensuale* cit., 185 («ripetizione mal fatta […] di ciò che è detto bene al § 2»).

[292] Analogamente dunque al precedente § 2, al quale, come si è detto, il § 4 si ricollega: in proposito vd. vol. I, cap. II § 1 e ivi nt. 7.

[293] In questo senso, correttamente, M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio* (*Le teorie*) cit., 213 nt. 178; A. MANTELLO, *Le 'classi nominali'* cit., 260; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 94 nt. 11; diversamente legge il § in connessione col precedente § 3 T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 167, in

che sono stati variamente avanzati sulla collocazione del § 3 che parrebbe in qualche modo spezzare la continuità discorsiva del ragionamento ulpianeo.[294]

Questa parte del brano deve ritenersi dunque assolutamente genuina[295] e nessun argomento di segno contrario può ricavarsi dall'avverbio *hic*, che certo non è sufficiente per avallare la congettura di un'origine glossematica della parte iniziale del §.[296] Così come nulla di serio può desumersi dall'assenza del tratto in questione in Bas. 11.1.7.[297]

---

termini che evidenziano il passaggio dal piano particolare dell'illiceità della causa a quello più generale dell'assenza, nell'ottica di una continuità discorsiva: «(*Sed cum* ...: Ma se, più in generale…)», 341 ss.; così in sostanza anche A. BURDESE, *Panoramica* cit., 577 («un *sed* che, nell'attuale stesura del brano, non pare giustificarsi, salvo vedervi un passaggio da una osservazione particolare relativa alla illiceità della causa a una più generale concernente l'inesistenza di qualsiasi causa»). D'altra parte la connessione tra i §§ 2 e 4 non è certo sfuggita a R. SANTORO, *Il contratto* cit., 260 s., il quale anzi proprio per questa ragione ha provato a spezzare la relazione tra i due §§, in modo da non essere costretto ad estendere anche al § 2, ove è riportata la dottrina di Aristone, l'idea di *causa* come *datio* o *factum* che, a detta dell'autore, emergerebbe nel § 4: «E poiché la connessione con il precedente § 2 (ove è riferita la dottrina di Aristone) è evidente, al punto che tanto nel § 2 che nel § 4 si parla di '*causa subesse*', *causa* anche per Aristone deve significare la *datio* o il *factum*».

[294] Così («non ha nulla a che fare col discorso che precede») già S. PEROZZI, *Le obbligazioni* cit., 126 s. nt., in un contesto in cui però a pesare sulle conclusioni dello studioso era l'idea che le valutazioni di Ulpiano (nel § 3) riguardassero il tema dell'illiceità della causa nella *stipulatio* («si parla di "promissum", parrebbe dunque di stipulazione»); tra gli studiosi recenti F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 94 nt. 11 («non si coordina né col discorso che precede né con quello che segue»); A. SCHIAVONE, *La scrittura* cit., 155, ove si prende in considerazione l'ipotesi di un «disordine» nel testo ulpianeo impiegato dai compilatori; difende diversamente la coerenza del testo con lo sviluppo narrativo ulpianeo T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 164 s.

[295] In un quadro variegato per ciò che riguarda l'interpretazione del segno *causa*, la genuinità del tratto in questione è oggi generalmente ammessa in dottrina, la quale, come si è detto (*supra* nt. 283), è anzi orientata a ritenere genuino l'intero §.

[296] R. SANTORO, *Il contratto* cit., 262: «è reso evidente dall'"*hic*"»; in senso contrario L. GAROFALO, *Contratto* cit., 362 nt. 56; non dubita della genuinità dell'avverbio vedendovi piuttosto un riferimento «a *conventio* innominata, qui ancora discussa» A. BURDESE, *Panoramica* cit., 577. Senza seguito la correzione di *hic* in '*iure civili*' proposta da PH. E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae*[5] cit., 477 nt. 7 («*ubi pro inepta v*. hic *reponendum* ic = iure civili»). Interpretano l'avverbio nel senso di una perimetrazione del principio al più ristretto ambito delle convenzioni atipiche F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 95 nt. 13, con significativo scarto rispetto alla posizione assunta in ID., *Eredità di giuristi* cit., 62 s., ove lo studioso percorreva piuttosto l'ipotesi di un'allusione al negozio stipulatorio («sembra sicuro che Ulpiano pensasse alla *stipulatio*»), di cui Ulpiano si sarebbe occupato anche nel precedente § 3; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 167; come si è appena visto A. BURDESE, *Panoramica* cit., 577.

[297] Diversamente, ma con un'argomentazione alla quale non si può in realtà attribuire alcun rilievo, S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum* cit., 298: valgano in proposito le considera-

A doversi piuttosto giudicare altamente sospetto è il tratto conclusivo della testimonianza in cui ricorre l'espressione *nuda pactio*,[298] anche da Santoro invece giudicato genuino, fatta eccezione per l'*igitur* ritenuto invece di origine compilatoria.[299] Questo sì che, nel suo insieme, appare come una malformulata annotazione aggiuntiva che per un verso vuole essere riassuntiva del tratto immediatamente precedente,[300] per altro vuole in qualche modo costituire una sorta di introduzione, meglio ancora di cerniera, rispetto al seguito della trattazione, in cui l'attenzione del giurista si indirizzerà verso il diverso tema della tutela del patto mediante *exceptio*: ed è proprio a tal proposito che il glossatore (o compilatore) ha lasciato le tracce più evidenti e maldestre del proprio intervento.

Al di là dei vari rilievi sollevati in dottrina che hanno soprattutto[301] indotto gli studiosi a denunciare un disordine concettuale nell'attuale impostazione discorsiva che vede l'obbligazione fare malamente da contrappunto logico all'eccezione ([…] *obligationem non parit, sed parit exceptionem*),[302] a deporre contro

---

zioni di cui al vol. I, cap. III § 1.1; per una valorizzazione dell'omissione vd., più recentemente, anche R. SANTORO, *Il contratto* cit., 262 nt. 248.

[298] Rilievi in tal senso si trovano in H. SIBER, *Contrarius consensus* cit., 83; H. STOLL, *Die formlose Vereinbarung* cit., 37; non è chiara la posizione al riguardo di A. MAGDELAIN, *Le consensualisme* cit., 45 nt. 116.

[299] R. SANTORO, *Il contratto* cit., 263 s., per il quale in sostanza a partire da questo momento Ulpiano sarebbe passato a esaminare il principio *nuda pactio non parit* <*actionem*>, allo scopo di sottolineare come la semplice presenza di una *causa*, da intendersi come funzione negoziale, non sarebbe stata sufficiente a rendere azionabile la pretesa, occorrendo a tal fine anche un principio di esecuzione (*datio* o *factum*), con un approfondimento che sarebbe caduto sotto le forbici dei compilatori. Bisogna a questo proposito tenere presente (lo si è già detto: vol. I, cap. II § 1 e ivi ntt. 88, 90) che, se per un verso l'autore respinge l'interpretazione della *causa* come Vorleistung, per altro è rimasto fedele all'idea della necessità di un principio di esecuzione ai fini del «riconoscimento di effetti obbligatori». Per la genuinità del tratto vd. ancor prima S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum* cit., 297 ss.; ma più in generale la pressoché totalità della dottrina.

[300] S. PEROZZI, *Il contratto consensuale* cit., 185 («nuova ripetizione del principio detto prima»).

[301] Critiche sono state egualmente rivolte, com'è noto, anche verso l'impiego dell'avverbio *igitur* ritenuto incongruente: così («Non ha senso. Non è una conclusione […] ma una nuova ripetizione del principio detto prima») S. PEROZZI, *Il contratto consensuale* cit., 185; negli stessi termini di Perozzi, più di recente, R. SANTORO, *Il contratto* cit., 261 s. nt. 245, 264 («la fa apparire come la conclusione di quanto detto precedentemente, mentre invece logicamente avrebbe dovuto esserne la premessa»).

[302] Di qui la proposta di leggere <*actionem*> anziché [*obligationem*]: S. PEROZZI, *Le obbligazioni* cit., 127 s.; così in sostanza, pur non occupandosi espressamente della questione, S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum* cit., 298 («non genera azione ma solo eccezione»); per la correzione vd. R. SANTORO, *Il contratto* cit., 263 nt. 250; pensa all'intervento di un copista a ciò

la genuinità della frase (nella sua interezza) sono proprio le battute finali, in cui, dopo essersi affermato che la *nuda pactio* (ovvero la *conventio cui nulla subest causa*) non produce obbligazione, si aggiunge che essa produce al contrario (e verrebbe da dire: tuttavia) eccezione.

È singolare osservare che la dottrina non ha prestato la dovuta attenzione su questa apparentemente innocua precisazione (*sed parit exceptionem*), e non si è così resa conto che quanto oggi leggiamo nel testo si rivela in realtà del tutto incoerente con entrambe le prospettive interpretative della causa affacciate in dottrina: funzionalistica e non. In nessuno dei due casi l'accordo privo di *causa* (e per questa ragione non costitutivo di obbligazione) avrebbe infatti potuto trovare tutela mediante *exceptio*. Ad impedirlo è proprio la mancata costituzione di un'obbligazione.[303] È davvero superfluo osservare che, se non c'è l'obbligazione, non può esservi l'azione con cui farla valere: ma se non c'è l'azione (contrattuale atipica), nel senso che un suo eventuale esercizio non potrebbe condurre (*iure civili*) a una condanna, perché non c'è l'*oportere*, a maggior ragione non può esservi l'eccezione, la cui la funzione era proprio quella di paralizzare una pretesa altrimenti valida ed efficace. Per definizione, essa presuppone l'esercizio di un'azione in grado di approdare, in sua assenza, a una sentenza di condanna: ma non è certo questo il nostro caso. La pretesa qui manca: per cui alla parte eventualmente convenuta per il rispetto dell'accordo sarebbe stato sufficiente contestare la sussistenza di un *oportere* a suo carico, senza che occorresse mettere mano all'impianto del programma di giudizio: né in senso formale, là dove convenuto in giudizio con azione di stretto diritto (poniamo l'*a.c.i.* aristoniana); né in senso sostanziale in caso di esercizio nei suoi confronti di azione di buona fede (*a.p.v.*): valendo in questo caso il principio di inerenza dell'*exceptio*.

La verità è che ci troviamo di fronte a un vero e proprio corto circuito logico, impensabile per un giurista classico, che mai sarebbe potuto incorrere in una contraddizione di questo genere. Contraddizione nella quale più facilmente sarebbe potuto invece cadere un non altrettanto accorto commentatore postclassico (o commissario giustinianeo), meno avvezzo ai tecnicismi dell'ormai scom-

indotto «dalla presenza poco prima nel contesto del segno *obligatio*, da lui inteso nel senso di rapporto», F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 95 ss. e ivi nt. 13, il quale, d'altra parte, non si sente di escludere del tutto l'ipotesi di una «*variatio* espositiva» da parte di Ulpiano; per una lettura conservativa vd. R. KNÜTEL, *La causa* cit., 141 s. nt. 21, che supera così il diverso punto di vista espresso in ID., *Contrarius consensus* cit., 62 s.; più recentemente E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 246 s.

[303] Non si può pertanto condividere quanto afferma G. MELILLO, *Un rescritto severiano* cit., 852: «L'unico effetto è quello di far nascere una *exceptio*, evidentemente rivolta a paralizzare una eventuale azione pretestuosa».

parsa procedura formulare, per il quale l'*exceptio* poteva anche diversamente indicare il semplice contegno tenuto dal convenuto, nell'ambito della nuova procedura cognitoria, diretto a contestare (*de iure*) la fondatezza stessa della pretesa.

Rimane da capire in concreto la misura esatta della manipolazione. La circostanza che la prima parte della frase (*igitur nuda pactio obligationem non parit*) non faccia altro che riassumere quanto detto nel tratto immediatamente precedente indurrebbe a dubitare dell'intero passaggio, indipendentemente dal fatto che si tratti di intervento della stessa mano, come potrebbe per certi versi suggerire la struttura sintattica della frase (*non parit/ sed parit*), o al contrario di più mani, in una stratificazione di glosse in cui l'affinità espressiva sarebbe di tipo, per così dire, emulativo, pur con l'inevitabile passaggio dal piano dell'obbligazione a quello della tutela in via di eccezione. L'unica cosa certa è che non può essere attribuita ad Ulpiano la frase così per come la leggiamo nella sua interezza: almeno le parole *sed parit exceptionem* devono considerarsi spurie.

Ciò che conta è che, in ogni caso, non è sulla scorta della *nuda pactio* di Ulp. 4 *ad ed.* § 4 che si può pensare di intendere la *nuda conventio* di Ulp. 42 *ad Sab.*, come la *conventio* cui non abbia fatto seguito un principio di prestazione: e ciò a prescindere dal fatto se il tratto '*igitur nuda pactio obligationem non parit*' debba ritenersi o meno genuino. Questione, questa, tutto sommato secondaria, tenuto conto che, come si è appena detto, al più sarebbe una (non certo utile) ripetizione del principio posto in apertura del § (*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem*).[304] Principio che, è bene ribadirlo, risulta perfettamente compatibile (se non addirittura espressivamente più coerente) con un'interpretazione funzionalistica della causa,[305] la

[304] Il che fa certo propendere per un innocuo glossema postclassico, salvo ammettere un rabberciamento dell'originaria stesura del brano ulpianeo, con un'ipotesi che pare però destinata a rimanere nel campo della mera congettura: nel senso di una sunteggiatura compilatoria vd., come si è detto (*supra* nt. 299), R. SANTORO, *Il contratto* cit., 263 s.

[305] Del resto, quanti difendono l'idea tradizionale della causa intesa come *datio* o meglio come *datio ut* (zweckbestimmte Leistung) si trovano di fatto costretti a ricorrere a un'interpretazione del verbo *subesse* nel senso di 'seguire', 'venire dopo' (in questo senso espressamente F. GALLO, *Ai primordi* cit., 67; ID., *Synallagma* 2 cit., 98), con un'accezione che non è però registrata nei principali lessici (R. STEPHANUS, *Thesaurus Linguae Latinae, Editio nova. Tom.* IV, Londini 1735, v. 'subsum'; F. CALONGHI, *Dizionario*[3] cit., v. '*subsum*') e che in definitiva finisce unicamente per fondarsi su un impiego temporale della preposizione '*sub*' nel senso di 'subito dopo', 'immediatamente dopo' (F. CALONGHI, *Dizionari*,[3] cit., v. *"sub"*, II, B; LEUMANN-HOFMANN-SZANTYR, *Lateinische Grammatik*. II. *Lateinische Syntax und Stilistik*, München 1965, v. *"sub"*, b). Accezione che in ogni caso non potrebbe ritenersi valida per il § 2 (*Sed et si in alium contractum r e s non transeat, s u b s i t t a m e n c a u s a*), visto che rispetto alla *res*, la conse-

quale pare anzi rafforzata dalla lettura del precedente § 3, in cui è del tutto pacifico che le riflessioni di Ulpiano si muovono sul piano della funzione negoziale.[306] E ciò spiega l'imbarazzo di parte della dottrina, alla quale non sono sfuggiti gli effetti potenzialmente dirompenti sulla valutazione tradizionale della *causa* come *datio* o *factum*,[307] al di là dei rilievi più in generale sollevati (e che si possono in effetti sollevare) sulla collocazione del § all'interno della sequenza logico-discorsiva dei §§ 2 e 4. Nessuna indicazione (in un senso o nell'altro) può poi trarsi da C. 5.14.1 (Sev. et Ant., a. 206) tormentatissimo provvedimento relativo a un caso di costituzione di dote da parte di un terzo, che conosciamo, con lievi varianti, per il tramite di C. 2.3.10 (Alex., a. 227), in cui la nozione di *nudum pactum* viene recuperata, come vedremo, all'interno di una soluzione che appare diversamente (ma chiaramente) orientata alla ripetizione, nell'ambito peraltro di una costruzione dogmatica che presenta (comunque) evidenti punti di divergenza rispetto alle nozioni di *nuda conventio* o *nuda pactio* che troviamo in Ulp. 42 *ad Sab*. e Ulp. 4 *ad ed*.[308]

Alla luce delle informazioni che si ricavano da Ulp. 42 *ad Sab.*, sembra si debba arrivare alla conclusione che, secondo l'insegnamento aristoniano, la concessione dell'azione civile di adempimento fosse prevista in caso di rapporti di scambio in cui entrambe le prestazioni fossero sorrette da una causa non donativa, e dunque negoziale per entrambe,[309] in modo che l'operazione nel suo

gna (*causa*) andrebbe più propriamente a configurarsi come elemento costitutivo della 'fattispecie negoziale' (la *res*, per l'appunto: vol. I, cap. II § 1), piuttosto che come elemento esterno, aggiuntivo e successivo: il che è ammesso anche da F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 97 ss. («Certo la *datio*, così intesa, oltre a rendere la *conventio* produttiva di obbligazione, partecipa della finalità della stessa, diventa un elemento del negozio concluso»). Che nello stesso contesto tematico ed espressivo il medesimo verbo (*subsum*) possa trovarsi impiegato in accezioni tanto differenti è ipotesi che difficilmente può ritenersi verosimile.

[306] In questo senso vd., tra i tanti, R. SANTORO, *Il contratto* cit., 257 ss.; A. BURDESE, *Divagazioni* cit., 351 («l'illiceità concerne […] la *causa* del negozio visto nel suo complesso»); T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 164 ss., 176 s.; come si è visto (*supra* nt. 288) L. ZHANG, *Contratti innominati* cit., 193 nt. 81.

[307] Da questo punto di vista si veda F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 94 nt. 11; soprattutto ed esplicitamente L. ZHANG, *Contratti innominati* cit., 193 nt. 81, che prova ad arginare ogni possibile implicazione sull'interpretazione dello stesso segno linguistico nei §§ 2 e 4: «[…] la *causa* in D. 2.14.7.3 non ha lo stesso significato di *subesse causam* in D. 2.14.7.2 e D. 2.14.7.4 ed essa non prova nulla sul significato e la funzione della causa in D. 2.14.7.2».

[308] In proposito vd. *infra* § 8.

[309] Al di là del fatto se poi la soluzione ulpianea qui attestata rappresenti o meno uno sviluppo sul piano dell'ambito applicativo dell'*a. civilis incerti* circoscritto, nella visione aristoniana,

complesso assumesse la struttura di un *negotium* in senso stretto.[310] Ciò pare confermare quanto si è supposto con riferimento al rifiuto da parte di Giuliano di concedere l'azione civile al contraente evitto per il (lì contemplato) caso di *do* (*Pamphilum*) *ut* (*Stichum*) *manumittas*, e cioè che Giuliano (e sulla sua scia verrebbe di credere anche Paolo)[311] ritenesse incerta la sussistenza di una causa propriamente negoziale a sostegno dell'attribuzione patrimoniale gravante (o che sarebbe dovuta gravare) sul proprietario di Panfilo. Vi era certamente una bilateralità (ma anche corrispettività) di sacrifici patrimoniali, nel senso che il proprietario di Panfilo rinunciava alla proprietà del proprio schiavo in cambio della libertà di Stico, così come il proprietario di Stico, era disposto a rinunciarvi in cambio della proprietà di Panfilo. A una siffatta corrispettività non corrispondeva, però, una reciprocità di vantaggi patrimoniali apprezzabili, tenuto conto che, dalla manomissione di Stico, il proprietario di Panfilo non avrebbe ottenuto alcuna utilità che potesse ritenersi economicamente compensativa del sacrificio economico che gli sarebbe derivato dal trasferimento del servo. Perlomeno tale vantaggio poteva non essere evidente o apprezzato da tutti come tale.

Di ciò si erano in effetti avveduti, seppur in rare occasioni, anche gli autori di diritto comune, che già a partire da Azone intuirono come ai fini della con-

---

alle sole *dationes ob rem*, ed esteso da Ulpiano a qualunque forma di attuazione spontanea del rapporto, e dunque anche al *facere*, secondo quanto ad es. sostenuto da M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 230 s.: «Ulpian abstrahiert vom Begriff der *datio* und gelangte in diesem Fall zu dem allgemeineren Erfordernis einer Vorleistung, dem auch ein *facere* unterfallen konnte». In ogni caso la logica argomentativa sarebbe la stessa.

[310] Pur in un linguaggio che pare talvolta influenzato dal paradigma moderno della causa come funzione economico-sociale, in cui la protezione da parte dell'ordinamento è subordinata a un giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti, secondo processi valutativi che, a nostro modo di vedere, non trovano precisa corrispondenza nell'esperienza romana (e così del resto lo stesso autore: 384 ss.), devono ritenersi nella sostanza condivisibili le considerazioni di T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 230 ss. («credo che Ulpiano qui usi il termine *negotium* in un senso più preciso e circoscritto: vuole intendere un contratto sostenuto da una funzione degna di tutela giuridica, collegata al συνάλλαγμα […] l'espressione *aliquod negotium* […] indica il contratto munito di *causa*, con struttura sinallagmatica»); in questo senso («die allgemeine Natur eines zweiseitigen Rechtsgeschäftes: eines negotium oder συνάλλαγμα […] συνάλλαγμα [negotium] d.i. zweiseitiges Rechtsgeschäft») anche M. VOIGT, *Ueber die condictiones* cit., 464 e ivi nt. 428, in un'ottica che, come si è visto (vol. I, cap. II nt. 84), tendeva a mantenere il sinallagma labeoniano-aristoniano al di fuori dell'area del contratto, con un'impostazione che lo studioso vorrebbe adottata ancora da Ulpiano e diversamente superata da Giuliano (e Mauriciano).

[311] Ciò a dispetto dell'impostazione paradigmatica che sembrerebbe piuttosto guidare il giurista severiano in Paul. 5 *quaest*. D. 19.5.5 (in proposito vd. *supra* cap. V § 1.1).

cessione dell'azione contrattuale si richiedesse che le prestazioni concordate fossero tali da assicurare un vantaggio economico, un'*utilitas*, per entrambi i contraenti.[312] Né mancò peraltro chi, come Faber, in maniera ancor più rigorosa, pose l'accento sulla necessità di uno spostamento patrimoniale da un contraente all'altro, quasi che alla diminuzione del patrimonio dell'uno dovesse far direttamente seguito l'incremento del patrimonio dell'altro («ut quod uni adest, alteri absit»).[313] A sollecitare tali riflessioni fu ancora una volta il desiderio di ap-

[312] Così, come si è detto, già Azone: vd. F. A MENDOÇA, *Disputationum Iuris civilis* cit., 614 («Azo, in summa C. de rerum permutatione […] dicens, quod quotiescumque, in contractu facio ut des, ex implemento facti, adest aliquid adversario, id est redundat aliqua utilitas in eum, qui propter factum alterius, debet aliquid dare, totiens competit actio praescriptis verbis […] si autem nihil utilitatis adsit adversario, ex implemento facti, tunc quia cessat aequitas, propter quam datur actio praescriptis verbis, competit actio de dolo»); in questo senso («Ex quo est, quod non ita indistincte factum per se obligationi ad dandum causam praebeat […] interdum possunt per accidens, si quam utilitatem vel emolumentum alteri afferant […] videtur JCtus aut factum per se in sua natura considerasse, aut, uti plane puto, in specie tali, ex quo alteri peculiaris aliqua utilitas non quaeritur, quale est manumittere servum suum […] quidem manumittenti aliquid abest, sed alteri qui dare debet, nihil adest, intellegi pecunialiter, & quod lucrum redoleat») anche G. FRANTZKIUS, *Commentarius* cit., *Liber XIX. Titulus V. De praescriptis verbis actione. n. 46*, 643, con richiamo al già esaminato Ulp. *l. s. reg.* D. 44.7.25.1, ove, come si è visto (cap. V § 5), il giurista severiano sembra fondare l'idea stessa del *contractus* sulla prospettiva economica del *lucrum*; il dato non era sfuggito neppure a S. STRYKIUS, *Tractatus* cit., (*Membrum VII. De Actionibus ex contractu innominato resultantibus*. § XIII) 155: («distinguendum esse, an ex facto meo in alterum, qui ad dandum se obligavit, aliqua redundaverit utilitas, vel non: Priori casu, e.g. exstruam tibi aedes, ut des mihi agrum, datur civilis actio; dum enim commodum ex facto meo percepit alter, justum quoque erit, ut adigatur ordinaria actione ad dandum id, quod promiserat; Posteriori casu, v.g. manumittam servum meum, ut des mihi agrum, civilis actio cessat, nihil enim commodi habet alter, sive servum manumisero, sive non; ideoque ordinaria cessabit actio. Cum tamen alter dolose egerit eo ipso, quod me, promittendo agrum, ad manumittendum induxerit, jam vero promissum servare nolit, actio doli hoc casu locum inveniet»), che così spiegava la differente soluzione di Ulp. 42 *ad Sab.* rispetto a Paul. 5 *quaest*. D. 19.5.5.3.

[313] A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. Titulus V. L. 15*) 669: «Non enim sufficit ut ad eum qui dare debet, perveniat aliquod commodum ex facto eius qui faciendo ex parte sua implevit, ut συνάλλαγμα contractum videatur, nisi commodum illud ei accesserit, non tantum ex adversarii facto, sed etiam ex aliquo eius damno & incommodo, ut quod uni adest, alteri absit, quomodo evenit in contractibus omnibus, do ut des, & do ut facias, ex quibus pervenit aliquid a dante in accipientem, ex quo is qui dat sit pauperior, & alius locupletior». Posizione assai interessante, ma che non sembra si possa in concreto seguire nelle conclusioni alle quali approdava allora lo studioso e che lo portavano ad escludere, come si è detto (*supra* nt. 265), il ricorso all'azione civile da parte di Ulpiano («in proposita specie, quid obsecro abest ei qui furem indicavit propter

pianare il contrasto tra Ulp. 42 *ad Sab.* e Paul. 5 *quaest*. § 3, in modo che potesse giustificarsi il ricorso, da parte di Paolo, all'*a. de dolo* anziché all'azione contrattuale.

Purtroppo tali considerazioni non furono sviluppate come avrebbero certamente meritato. In particolare non se ne trassero le necessarie conseguenze sul piano dell'interpretazione della posizione giulianea di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2,[314] forse perché dominati da una visione ricostruttiva omologante che faceva fatica a prendere nella giusta considerazione l'eventualità di un contrasto interpretativo sull'idea di scambio o *commutatio* che costituiva la struttura portante su cui si reggeva la nozione di συνάλλαγμα. Certo è che non ci si accorse che alle stesse argomentazioni si sarebbe potuto fare ricorso anche per tutte quelle ipotesi di *do ut facias* in cui fosse egualmente incerta la presenza di uno scambio di attribuzioni patrimoniali.

La *dissensio* di Ulp. 4 *ad ed.* riguardava invece (e per l'appunto) proprio l'impianto della dottrina aristoniana e in particolare la possibilità di allargare la

---

quod pauperior factus videri possit […] ? Aut quid est quod possis dicere ab eo ad alium pervenisse?»). Il brano conferma semmai come il nocciolo della disputa, che vedeva su fronti opposti i giuristi, riguardasse l'interpretazione del sinallagma aristoniano nei casi limite, che potevano essere di differente natura. Vicende in cui non vi fosse un arricchimento di entrambe le parti, pur sopportando ambedue un sacrificio patrimoniale (è il caso di Ulp. 4 *ad ed.*), o ancora fattispecie in cui entrambe ottenevano un vantaggio patrimoniale, senza che però tra gli stessi vi fosse una effettiva relazione commutativa di scambio, e senza soprattutto che al vantaggio acquisito da una delle due parti corrispondesse un decremento patrimoniale: è appunto il caso qui analizzato da Ulpiano, in cui l'autore dell'*indicium* non vede ridotto in alcun modo il proprio patrimonio né presta un'opera (*indicium*) di per sé patrimonialmente valutabile.

[314] Sintomatica da questo punto di vista può ritenersi la posizione di G. FRANTZKIUS, *Commentarius* cit., (*Liber XIX. Titulus V. De praescriptis verbis actione. n. 46*), 643, il quale, pur avendo ben presente il carattere non negoziale del *manumittere* (vd. *supra* nt. 312), e pur spiegando in questi termini la concessione dell'*a. de dolo* in Paul. 5 *quaest.* § 3, in sede di interpretazione di Ulp. 4 *ad ed.* (*Liber XIX. Titulus V. De praescriptis verbis actione. n. 39*, 641), forse sotto la suggestione del fatto che si trattasse qui di un caso di *do tu facias*, anziché di *facio ut des* (come in Paul. 5 *quaest.* § 3), finiva tuttavia per uniformarsi, seppur con cautela («verisimile est»), alla spiegazione di quanti imputavano il mancato ricorso all'azione civile da parte di Giuliano al mancato perfezionamento del contratto («Mauritianum in totum a Juliano dissensisse […] hic propter evictionem possessione avocata nihil plane actum&contractum esse putans […] actionem civilem deficere & extra ordinem in factum a Praetore dandam esse voluit»): in termini che erano però destinati a lasciare sostanzialmente indeterminate le ragioni sulle quali Mauriciano avrebbe diversamente ammesso la presenza di un συνάλλαγμα e, sulla scorta di questo, il ricorso all'azione contrattuale, pur in assenza di un atto propriamente traslativo della proprietà («illum quod συνάλλαγμα subsit hoc est, res revera tametsi aliena tradita, non vero in terminis nudae conventionis permansum sit, civilem competere statuisse»).

nozione di scambio: con un procedere che partiva dalla (certo) pacifica ipotesi di *commutatio*, per spostarsi gradualmente, attraverso una serie ripetuta di approssimazioni, in aree concettuali in cui l'idea di scambio assumeva contorni via via più sfumati e incerti.

Quanto alla vicenda analizzata in Ulp. 42 *ad Sab.*, non si può essere del tutto sicuri che alle parole di Ulpiano corrispondesse realmente l'adozione di una soluzione di segno contrario. Del resto il tratto finale sembra rappresentare una riflessione critica, forse anche provocatoria, rispetto a un generalizzato e indiscriminato uso dell'*actio de dolo* (si potrebbe supporre da parte di Paolo), più che il riferimento a una specifica presa di posizione per il caso in esame.

In effetti, a differenza di Ulp. 4 *ad ed.*, difficilmente si sarebbe qui potuto contestare la presenza di un interesse negoziale in capo a entrambi i soggetti. Se è pur vero che la vicenda non comportava, a stretto rigore, un arricchimento per il proprietario del servo, non si può però trascurare il vantaggio economico che questi avrebbe tratto, in concreto, dal riacquistarne il possesso. Da questo punto di vista non si può non considerare che l'impegno al pagamento della *merces* da parte del proprietario era espressamente subordinato alla cattura del fuggitivo, più che alla sola indicazione del suo nascondiglio.[315]

Poteva semmai (e certamente) prospettarsi un problema sul piano della sussistenza di un preciso nesso causale tra i due fatti, nel senso che l'eventuale vantaggio economico del *dominus* sarebbe in effetti disceso da un evento da ritenersi tecnicamente incerto (la cattura, appunto), non direttamente riconducibile,

[315] Altra questione sarebbe stata se il proprietario avesse assunto l'impegno di pagare un compenso indipendentemente dal fatto che il servo venisse poi catturato, visto che in tal caso il vantaggio per il *dominus* avrebbe finito per assumere un carattere inevitabilmente aleatorio, rendendo così più incerta la presenza di un reciproco (ancorché solo potenziale) ritorno economico. Ciò non significa però che in questo caso Ulpiano avrebbe dovuto necessariamente dichiarare inammissibile il ricorso all'azione contrattuale per far valere la pretesa del delatore. Anche la sola indicazione del nascondiglio era in effetti in grado di assicurare una qualche utilità per il proprietario del servo, se non altro in termini di incremento di *chanches* di successo nella ricerca del fuggitivo: diversamente, ma in termini che paiono eccessivi, C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 204 («le fait accompli est de ceux qui n'ont par eux-mêmes aucune valeur […] on comprend très-bien l'hésitation et la répugnance des jurisconsultes à donner une action»). Non si può d'altra parte non considerare che Ulpiano, e prima di lui Mauriciano (così Ulp. 4 *ad ed.*), si era distinto per un'interpretazione non rigida del paradigma sinallagmatico, caratterizzata da un significativo allentamento dei criteri di valutazione della vantaggiosità economica complessiva dell'affare, in modo che all'interno dello stesso paradigma potevano essere recuperate vicende negoziali di confine, prossime all'area della *donatio*. In assenza di precisi elementi sul punto non si può, dunque, che essere cauti.

peraltro, al *facere* della controparte e semmai da questo reso solo possibile o comunque facilitato per via della delazione. Quale rilievo avrebbe potuto avere una tale circostanza per Paolo è difficile dirlo.

Quanto a Giuliano, non sarebbe azzardato ritenere che essa potesse orientare il giurista a negare la presenza di un sinallagma: così almeno argomentando da Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33, in cui, come si è visto, per la sussistenza del *negotium* (nella specifica prospettiva del *dare*) era richiesto il compimento di un atto in grado di produrre direttamente, di per sé, un aquisto della proprietà.[316] Si potrebbe appunto congetturare che lo stesso valesse anche per l'ipotesi di *facere*, e che dunque, anche in questo caso, a essere richiesta, perché si potesse ravvedere un *negotium* in senso stretto, non fosse un'astratta idoneità dell'atto a determinare un vantaggio patrimoniale, quanto piuttosto la concreta capacità di produrre direttamente effetti vantaggiosi sull'altrui sfera patrimoniale. Requisito che non potrebbe ritenersi soddisfatto in Ulp. 42 *ad Sab.*, visto che il beneficio economico che avrebbe tratto il *dominus* dal rientrare nel possesso del servo non sarebbe stato direttamente collegabile all'*indicium* fornito dal *fugitivarius*, avendo la delazione solo favorito l'evento della cattura, al quale evento era (come si è detto) subordinato il pagamento della ricompensa. Ovviamente in proposito occorre una certa cautela, ma d'altra parte non sembra sussistano ragioni particolari per ritenere che l'aspetto (qui evidenziato) della riferibilità diretta dei vantaggi economici al contegno dell'autore del fatto, dovesse costituire un carattere specifico dei soli negozi di *dare*.

C'è da fare un'ulteriore considerazione sulla struttura del rapporto contrattuale. Occorre rilevare che, nella vicenda qui esaminata da Ulpiano, il comportamento di *facere*, al di là dei più generali problemi configurativi relativi alle vicende contrattuali atipiche, non è formalmente prospettato come prestazione: neppure nel senso lato con cui il termine è normalmente adoperato in materia di contratti innominati.[317] Il *fugitivarius* infatti non si impegna a fornire l'*indicium* in cambio della ricompensa: ancor meglio, non assume alcun impegno. È solo il *dominus* che si impegna a pagare la ricompensa nel caso in cui il *fugitivarius* dovesse decidere, del tutto liberamente, di rivelare il luogo del nascondiglio (*sed pactio intercessit* […] *si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur*). Come è stato già opportunamente osservato in dottrina, il contratto si

[316] *Supra* cap. IV § 4.1.

[317] Così già A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. Titulus V. L. 15*) 668: «indicatio posita sit in conditione, & saltem per modum conditionis non per modum modi, quod & Bartolus observat».

presenta, non solo strutturalmente, ma anche funzionalmente rigorosamente unilaterale.[318] In più, lo si è già visto, l'*indicium* di per sé non rappresenta la controprestazione, la cui esecuzione comporta di diritto la costituzione dell'obbligazione del *dominus*. È solo un fatto previsto. Così come un fatto egualmente previsto è la cattura del servo. Può dirsi che siamo in presenza di un'obbligazione (unilaterale) sottoposta alla duplice condizione che il servo venga catturato grazie e a seguito dell'indicazione fornita.[319]

Se consideriamo che l'unico soggetto obbligato (al verificarsi della duplice condizione) è il *dominus* e che l'obbligazione ha per oggetto il pagamento di una precisa somma di denaro (*certum aliquid daretur*),[320] ecco che allora potrebbe anche venire il sospetto che l'azione civile qui concessa da Ulpiano (*civilis actio*), e nel testo assimilata all'*a.p.v.*, fosse semplicemente la *condictio certi*,[321] in funzione, non naturalmente di ripetizione, perché nulla era stato dato, ma di adempimento.[322] Ciò potrebbe anche spiegare l'esplicito riferimento da parte

---

[318] C.A. CANNATA, *Contratto* cit., 43, su cui vd. *infra* nt. seg.

[319] Così («l'obbligazione è solo del proprietario, condizionata dal fatto che l'altra parte fornisca l'informazione, e che questa si riveli utile») C.A. CANNATA, *Contratto* cit., 43, con un punto di vista in parte modificato, come si è visto (*supra* nt. 278), in ID., *Labeone, Aristone* cit., 75; analoga notazione può trovarsi in F. HAYMANN, *Die Schenkung* cit., 10 e ivi nt. 1, in un ordine di idee che rimane però legato alla prospettiva della prestazione e che per altro verso si muove in una visione più ampia del sinallagma, non circoscritta alle sole vicende contrattuali atipiche («Auch das negotium claudicans ist echtes Synallagma, ebenso wie das Geschäft, in dem der eine Teil unter der Bedingung, daß auch der andere ihm leiste, seinerseits eine Leistung gewährt»), con richiamo, oltre che a Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15, a Ulp. 76 *ad ed.* D. 39.5.19.1,6.

[320] Al di là della genericità della locuzione adoperata (*certum aliquid*), alla luce delle informazioni forniteci da Ulpiano con riferimento all'ipotesi prevista in apertura del brano (*Solent etiam mercedem* […] *accipere* […] *nec videtur illicitum esse hoc, quod datur* […] *Quodsi solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, ut* […] *certum aliquid daretur*), non può esservi dubbio che il *dominus* si fosse qui impegnato al pagamento di una precisa somma di denaro; da questo punto di vista è appena il caso di osservare come non trovi alcun appiglio nel testo il diverso punto di vista espresso da L. CHARONDA, **ΠΕΙΘΑΝΩΝ** *seu Verisimilium. Liber secundus. Caput VII.* cit., 747, secondo il quale l'impegno del proprietario sarebbe stato piuttosto nel senso di trasferire in cambio la proprietà di altro suo servo («si indicaveris apprehenderisque servum fugitivum, dabo tibi alium servum»).

[321] Sospetti sulla denominazione *condictio certi* si trovano, com'è noto, in A. PERNICE, *Parerga* IV. *Der sogenannte Realverbalcontract*, in ZSS 13, 1892, 252.

[322] Così A. BURDESE, *Divagazioni* cit., 344, su cui vd. *infra* nt. 325; più in generale, seppur con cautela, sembra escludere la possibilità di un ricorso all'*a. certi*, pur a fronte di pretese aventi ad oggetto un *certum*, M. TALAMANCA, *Contratto e patto* cit., 71 nt. 93, il quale tuttavia non manca di evidenziare il carattere problematico di un regime che ammettesse il solo ricorso a un

del giurista all'ammontare della somma promessa. Non può esservi del resto alcun dubbio che se le parti avessero usato l'accortezza di riversare l'accordo all'interno di un'apposita *stipulatio*, il *fugitivarius* avrebbe agito mediante *condictio* (*certi*).[323] La *stipulatio* però qui manca, né ricorre nessuno degli altri presupposti che rendono praticabile l'esercizio dell'azione in via contrattuale (*numeratio*, *expensilatio*: Cic., *pro Rosc. com.* 5.14).[324] Non sarebbe pertanto del tutto azzardato congetturare un utilizzo della *condictio* preceduta da *praescripta verba* descrittivi del fatto concretamente fondativo della pretesa,[325] in maniera tale da consentire al giudice di poter ritenere sussistente un *dare oportere*, pur non ric-

programma di giudizio con *intentio* incerta al *quidquid dare facere oportet*, con un rilievo che l'autore prova a risolvere ipotizzando un «influsso della tutela mediante *iudicia bonae fidei* dei contratti consensuali a prestazioni corrispettive».

[323] Sulla questione dell'esistenza di un'*a. ex stipulatu certi*, anche alla luce del rinvenimento di TPSulp. 31, vd., dubbiosa («mancano sicure testimonianze per l'età classica»), G. SACCONI, *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare*, Milano 1982, 27; da ultimo, per la negativa, M. VARVARO, *Condictio e causa actionis*, in AUPA 57, 2014, 302 ss.

[324] In proposito vd. C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 169; G. SACCONI, *La pluris petitio nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano 1977, 98 s.; M. VARVARO, *Condictio e causa actionis* cit., 284 ss.; R. FERCIA, *Il fieri* cit., 4; C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 30 ss.

[325] Pensa piuttosto a un impiego diretto della *condictio*, sulla falsariga di Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.3.4 («*civilis actio*, identificabile con la *condictio certi* […] riconosciuta […] forse anche sulla scia di quanto già ammesso da Proculo in Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.3.4»), A. BURDESE, *Divagazioni* cit., 344, il quale esprime perplessità sulla necessità di ricorrere qui a un'integrazione *praescriptis verbis* del programma di giudizio («risulterebbe superfluo anticipare l'*intentio* con *praescripta verba*»), ma in termini che non sembrano tener conto delle ragioni ostative a un esercizio in via diretta dell'azione, ammesso invece dallo studioso; sempre per un impiego contrattuale della *condictio* in Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.3.4 (con attribuzione però della soluzione ad Ulpiano), vd. O. BEHRENDS, *Die condictio causa data causa non secuta* cit., 57 nt. 103. Più in generale, ancorché senza riferimento alla vicenda specifica qui esaminata, un'apertura verso l'ipotesi di un'*a.p.v. certi* sembra potersi cogliere, in base soprattutto all'appena richiamato Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.3.4, già in J.F. DE RETES, *Opusculorum libri quatuor. Liber secundus. Sectio I. De contractibus innominatis, et actione praescriptis verbis. Caput IX. De qualitate actionis praescriptis verbis. N. 9* cit., 200; M. PÖHLS, *Versuch* cit., 166: «kann man nicht behaupten, daß sie immer eine actio incerti sei»; dubbioso A. ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 77 ss. nt. 4, ove però non si esclude un impiego eccezionale dell'*a.p.v.* nelle forme della *certi condictio* («nihilominus uno tantum casu praescriptis verbis actio, ut certi condictio dari possit»). Diversamente, esclude che nel brano da ultimo richiamato il termine *condictio* sia usato in riferimento all'*a.p.v.* A. VINNIUS, *De pactis* cit., 79 s.; contrario, ma in una prospettiva generale, anche E. GANS, *Ueber Römisches Obligationenrecht* cit., 178 nt. 1 («Die actiones praescriptis verbis sind aber nur actiones utiles der bonae fidei negotia, und keines judicii stricti juris»). Sempre sull'impiego di *praescripta verba* al di fuori di programmi di giudizio con *intentio incerta* vd. (per il dibattito più recente, sino ai nostri giorni) *infra* in questo stesso §.

correndo nessuna delle c.d. *causae condictionis*.[326] È ben noto, del resto, che le fonti documentano l'impiego della *praescriptio* in contesti d'uso (della *condictio*), come in TPSulp. 31 (Ea res agetur de sponsione. Caius Blossius Celadus iudex esto),[327] in cui, l'individuazione della funzione in concreto perseguita attraverso tale inserimento appare decisamente problematica,[328] al di là del fatto

[326] Da intendersi ovviamente in senso sostanziale. Sul tema delle c.d. *causae condictionis* e di una loro possibile elaborazione postclassica ci limitiamo a rinviare, con diverse conclusioni, a P. CERAMI, *D. 39.5.21.1 (Cels. 28 dig.)* cit., 183 nt. 100; I. FARGNOLI, *'Alius solvit alius repetit'* cit., 6 ss.; A. SACCOCCIO, *'Si certum petetur'* cit., 520 ss., 549 ss., 609 ss.; A. CORBINO, *Fondamento* cit., 149 ss.; in proposito vd. anche G. ROMANO, *Brevi considerazioni* cit., 53 s. nt. 87, ove ulteriori riferimenti alla letteratura.

[327] La letteratura in materia è vastissima. Ci limitiamo qui a segnalare W. SELB, *Formeln* cit., 57 s., che si riferisce ovviamente alla prima edizione di Giordano (C. GIORDANO, *Nuove tavolette cerate pompeiane*, in Rend. Accad. Arch. Napoli 46 [1971], 187 s.); con qualche variante L. BOVE, *Documenti processuali delle Tabulae Pompeianae di Murecine*, Napoli 1979, 106; J.G. WOLF, *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund*, in SDHI 45, 1979, 152 s.; R. VILLERS, *La procédure formulaire à la lumiere des récentes découvertes*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* 1, Milano 1982, 216 ss.; R. SANTORO, *Le due formule della Tabula Pompeiana 34*, in AUPA 38, 1985, 335 ss.; P. GRÖSCHLER, *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, Berlin 1997, 162 ss.; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 59 s. nt. 276; M. VARVARO, *Praescriptio e sponsio nella tabula Pompeiana Sulpiciorum 31*, in AUPA 47, 2002, 369 ss.; ID., *Ricerche sulla praescriptio* cit., 143 ss.; ID., *Condictio e causa actionis* cit., 265 ss.; L. PELLECCHI, *La praescriptio* cit., 353 ss.; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est* cit., 22 s.; R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, 19; S. PIETRINI, Rec. a L. PELLECCHI, *La praescriptio*, in Studi Senesi 117.1, 2005, 159 s. In proposito vd. pure G. PURPURA, '*Tabulae Pompeianae' 13 e 14: due documenti relativi al prestito marittimo*, in Atti dell'Accademia di Scienze, Lettere ed Arti di Palermo 2, 1982, 449 ss. = *Atti del VII Congresso Internazionale di Papirologia*, Napoli 1984, 1245 ss.; ID., *Diritto papiri e scrittura*,[2] Torino 1999, 22.

[328] Pensa, com'è noto, a «une simple "étiquette de dossier"», priva di qualunque utilità concreta («inutile bien sûr») R. VILLERS, *La procédure* cit., 221 s.; aderisce alla spiegazione di Villers F. STURM, *Ea res agetur de sponsione. La tabula Pompeiana 34 nous révèle-t-elle une forme inconnue de praescriptio pro actore?*, in I. PIRO (a cura di), *Règle et pratique du droit*, Catanzaro 1999, 94 ss., il quale nega che la clausola in questione costituisca propriamente una *praescriptio*, come dovrebbe anche evincersi dall'uso del futuro *agetur* (97), in luogo del congiuntivo *agatur* impiegato in Gaio; ID., *Zur Ausschaltungsbefugnis im Formularprozess*, in *Studi Talamanca* VIII, Napoli 2001, 135 ss., 148 s.; più recentemente pensa a uno strumento di archiviazione del documento per agevolarne la ricerca F. LA ROSA, *Brevi note esegetiche I. Ea res agetur de sponsione (TP. 34)*, in IVRA 60, 2012, 125 ss., la quale più radicalmente contesta l'ipotesi di un impiego della *praescriptio* diverso da quello limitativo di Gai 4.130 ss. Al fine di escludere una identificazione della clausola con la *praescriptio* gaiana, l'autrice invoca l'incongrua collocazione prima della *iudicis nominatio*, che a detta della studiosa non costituirebbe in senso tecnico una *pars formulae*, non

che si tratti di semplice bozza.[329] Ciò anche ad ammettere che la *praescriptio* assolvesse qui, come si usa dire, una funzione determinativa,[330] con una formulazione espressiva che rischia in realtà di sovrapporre il profilo strutturale della clausola formulare (del modo in cui è congegnata) con il ben differente profilo funzionale: dell'utilità che in concreto ci si attende attraverso la precisazione del rapporto giuridico sottostante al programma di giudizio. Il descrivere quanto accaduto (*quod*) è il mezzo, non il fine.[331] Se, come si è detto, in TPSulp. 31 lo scopo dell'inserimento della *praescriptio* è di difficile individuazione,[332] nel caso

figurando all'interno dell'elenco gaiano di Gai 4.39 (così già F. STURM, *Ea res agetur de sponsione* cit., 93 s.). In sostanza la *praescriptio* avrebbe dovuto trovarsi tra la *iudicis nominatio* e la *demonstratio* (o *intentio*), tanto più che non potrebbe neppure concettualmente precedere la *iudicis nominatio*, essendo «il contenuto della formula […] rivolto al giudice per specificarne i poteri». Per una svalutazione dell'argomento sintattico-grammaticale (*agetur*/*agatur*) vd. W. SELB, *Formeln* cit., 58; (di sfuggita) R. FIORI, *Ea res agatur* cit., 45 s.; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est* cit., 23; M. VARVARO, *Praescriptio e sponsio* cit., 381 nt. 44.

[329] In questo senso già J.G. WOLF, *Aus dem neuen* cit., 152 s.; negli stessi termini F. STURM, *Ea res agetur* cit., 91 («Notre document est […] un modèle de procès-verbal […] Sulpicius Cinnamus se l'était peut-être fait préparer par un praticien et l'avait, à toutes fins utiles, conservé dans ses archives»), il quale peraltro rileva l'assenza di *subscriptio* e *testatio*; R. SANTORO, *Le due formule* cit., 338; C.A. CANNATA, *Corso* 1 cit., 143 («è molto probabile che non si tratti dell'esemplare rilasciato dal magistrato all'attore […] ma di una copia eseguita per conto di costui, perfettamente identica all'originale»); M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 59 nt. 277 («wahrscheinlich eine private Zeugenurkunde»); M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio* cit., 145 («riferisce, probabilmente in bozza, due formule di *condictio certae pecuniae*»).

[330] Così W. SELB, *Formeln* cit., 57 s.; («wird […] die *causa* bezeichnet») M. KASER, *Formeln* cit., 21 ss.; J.G. WOLF, *Aus dem neuen* cit., 158 ss.; B. KUPISCH, Rec. a W. SELB, *Formeln* cit., in ZSS 93, 1976, 434 ss., 4532 ss.; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 91 ss.; ID., *L'actio civilis in factum* cit., 702; F. GALLO, *Synallagma* 1 cit., 230 («tradotta liberamente significa: si agirà per il credito nascente dalla *sponsio* […] senza dubbio in presenza di più crediti fra gli stessi litiganti […] il richiamo alla *sponsio* individua lo specifico credito fatto valere […] nella *praescriptio* della tavoletta pompeiana […] risulta raffigurata la *causa petendi*»); che la *praescriptio* individui la *causa petendi* è riconosciuto da A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 29 («si utilizzava la *praescriptio* per individuare la *causa petendi*, come dimostra Tab. Pomp. 34»); vi vede un riferimento allo «Schuldgrund» anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 59 nt. 277; M. VARVARO, *Praescriptio e sponsio* cit., 379 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza* cit., 334 s.

[331] D'altra parte lo stesso Kaser, che pure era fra quanti pensavano a una precisazione della *causa petendi*, si vedeva costretto ad ammettere come la *praescriptio* avesse qui comunque l'effetto di determinare una precisazione dell'oggetto dell'azione: M. KASER, *Formeln* cit., 21 ss. («zu einer Einschränkung des Klaginhalts»).

[332] Priva di ogni utilità giuridica secondo il giudizio assai tranchant di F. STURM, *Ea res agetur* cit., 102.

di Ulp. 42 *ad Sab.* esso appare invece evidente e del tutto comprensibile: consentire il necessario allargamento dell'ambito applicativo di un modello processuale tipico.

Non deve da questo punto di vista sviare il fatto che si trattasse di programma di giudizio astratto:[333] in ogni caso esso risultava impiegabile solo in presenza di precise cause negoziali, e dunque per una serie prestabilita di rapporti. In definitiva l'intervento sarebbe stato diretto ad ampliare le *causae actionis*, ovvero, le situazioni concrete per le quali era possibile agire utilmente con la *condictio* (contrattuale), il cui ambito applicativo, in ultima analisi, si intendeva, come prima misura, estendere: in termini e con finalità che a ben vedere non sono poi così differenti dai meccanismi con cui si metteva mano all'impianto formulare delle azioni causali (con specifico *nomen contractus*), se non per il fatto che il medesimo risultato era qui raggiunto attraverso un incremento (del numero) delle *causae actionis*, piuttosto che attraverso un ampliamento o mutamento della (singola) *causa actionis*, come appunto nelle azioni causali.

Peraltro, se non ci sono ovviamente elementi per pensare a un ricorso abituale e generalizzato alla *praescriptio* quale strumento di precisazione della *causa petendi* della *condictio*,[334] non c'è però motivo di circoscrivere l'inserimento di una *praescriptio* c.d. descrittiva al solo caso, attestato in TPSulp. 31, di *sponsio tertiae partis* connessa all'esercizio dell'*actio certae creditae pecuniae*,[335] o ancora alla sola ipotesi che si agisse in presenza di una pluralità di pretese dello stesso ammontare.[336] Ancor meno per limitarne l'impiego alle azioni con *intentio incerta*.[337] E ciò a prescindere dalla più ampia e diversa questione di una possibile

---

[333] Sulla questione vd. *infra* in questo stesso §.

[334] Anche alla luce di Cic., *pro Rosc. com.* 5.14 (in cui è certo assente l'indicazione della *causa petendi*), di impiego possibile ma «non […] tassativo» discute G. SACCONI, *La pluris petitio* cit., 101 s.; ID., *Studi sulla litis contestatio* cit., 25 ss., la quale peraltro ipotizza che a una precisazione del fatto fondativo della pretesa mediante *praescriptio* possa essersi arrivati in corso di tempo.

[335] Così invece A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 16 ss.

[336] In questo senso, attribuendo in sostanza all'indicazione della *causa petendi*, una funzione limitativa, M. KASER., Rec. a G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano I. La procedura formulare*, in IVRA 10, 1959, 265 s.; G. SACCONI, *La pluris petitio* cit., 101 s.; ID., *Studi sulla litis contestatio* cit., 25 ss. Diversamente, mostra di credere a una più ampia e generalizzata indicazione della *causa*, mediante *praescriptio*, A. BURDESE, Rec. a W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere* cit., 477.

[337] Sulla base di Gai 4.131 e 131 a, sembra avanzare dubbi al riguardo R. VILLERS, *La procédure* cit., 221. In senso contrario, ovviamente («Sie war […] auch bei den Formula mit *intentio certa* unentbehrlich»), M. KASER., Rec. a G. PROVERA, *La pluris petitio* cit., 265 s., il quale, a

causalizzazione in concreto della *condictio* nelle sue diverse ipotesi applicative ultimamente riportata all'attenzione della dottrina,[338] con l'intento di rimettere in discussione i risultati delle indagini di Baron,[339] sulle quali in larga misura[340] si basa l'idea di un programma di giudizio astratto,[341] e che segnarono, grazie

titolo di esempio, pensa a una clausola del tipo: «ea res agatur quod Aulus Augerius Numerio Negidio kalendis Februariis centum mutua dedit»; ID., *Formeln* cit., 21 s.; adesivamente, G. BROGGINI, Rec. a G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano I. La procedura formulare*, in ZSS 77, 1960, 487; G. SACCONI, *La pluris petitio* cit., 101 s.; ID., *Studi sulla litis contestatio* cit., 25 ss.; non intravede motivi per limitare l'impiego della *praescriptio* alle azioni con *intentio incerta* R. SANTORO, *Il contratto* cit., 92 nt. 77.

[338] Così M. VARVARO, *Condictio e causa actionis* cit., 267 ss., 276.

[339] J. BARON, *Pandekten*, Leipzig 1872, 186, al quale si deve l'impiego dell'espressione 'azione astratta' («daß Condictio eine, wenn der Ausdruck erlaubt ist, **abstrakte** persönliche Klage ist»); ID., *Abhandlungen* 1 cit., 2.

[340] Come si è per inciso osservato (vol. I, cap. III § 3, e ivi nt. 372) l'idea circolava in effetti da tempo in dottrina. Agli autori lì citati occorre quantomeno aggiungere A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius* cit., 70 s., ove viene sostanzialmente rigettata («Sed id nimis abundasset») l'ipotesi di una *demonstratio* descrittiva della *res de qua agitur* (del tipo: «*Quam A. A. Numerio Negidio pecuniam certam credidit q.d.r.a. Si paret*»), per quanto l'autore non escludesse del tutto la possibilità di una precisazione della *causa petendi* nell'*intentio* da farsi su iniziativa dell'attore, secondo il modello di Gai 4.55, ed analogamente alle azioni *in rem* («nisi fortasse hoc actori liberum erat, quemadmodum in in rem actionibus»); sempre per un modello privo di *demonstratio* vd. C. MAYNZ, *Cours* 2,[3] cit., 308 nt. 11. Sulla possibilità, alla quale si è appena accennato, di procedere a una precisazione della *causa petendi* anche nelle azioni *in rem* (c.d. *agere adiecta causa*) vd. M. KASER, *Formeln* cit., 24 nt. 69; per un più specifico ricorso a tal fine alla *praescriptio* vd., favorevolmente, G. BESELER, *Romanistische Studien* (1930) cit., 77; per un'efficace sintesi sulla questione vd., con indicazione di fonti e letteratura, F. STURM, *Ea res agetur* cit., 99 s. nt. 64, il quale da parte sua prende posizione per la tesi negativa, facendo propri gli argomenti già avanzati in tal senso da Puchta; così anche in ID., *Zur Ausschaltungsbefugnis* cit., 146 ss.; da ultimo vd. in proposito M. VARVARO, *Condictio e causa actionis* cit., 317.

[341] Con la possibile eccezione dell'*a. ex testamento certi*, in cui, a prestar fede a Gai 4.55 '*ex testamento sibi dare oportere intenderit, cui ex stipulatu debeatur*', vi sarebbe stato un riferimento alla *causa petendi* nell'*intentio*: in questo senso A.G. HEFFTER, *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius* cit., 71; G. SACCONI, *La pluris petitio* cit., 98 s. Per una svalutazione del brano gaiano ai fini della ricostruzione dell'impianto del programma giudizio vd. invece M. KASER, *Formeln* cit., 17 ss., il quale semmai richiama, sempre nel senso di un riferimento alla *causa agendi* nell'*intentio*, Gai 2.213 '*quidquid heredem ex testamento dare facere oportet*', relativamente però all'*a. ex testamento incerti*, di cui sarebbero esistiti, a detta dello studioso, due distinti modelli: uno con la consueta tecnica di causalizzazione attraverso la *Quod*-Satz (*demonstratio*: Quod […] legavit), l'altro, qui riferito da Gaio, con causalizzazione nell'*intentio* (*ex testamento*): impossibile precisare quale dei due modelli fosse accolto nell'albo pretorio: sul punto specifico vd. G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano I. La procedura formulare*, Torino 1957, 74 s.; W.

anche all'autorevole avallo di Lenel,[342] una sostanziale obliterazione di un indirizzo interpretativo sino ad allora discretamente diffuso che non escludeva del tutto una possibile emersione del fatto (c.d.) fondativo della pretesa, in forme che non dovevano necessariamente esaurirsi nel più noto *Quod*-Satz.[343]

In un modo o nell'altro, sia che si voglia seguire la prospettiva tradizionale (di un'azione necessariamente astratta), sia che si voglia prendere in considerazione l'ipotesi di uno Streitprogramm suscettibile di precisazione dal punto di

---

SELB, *Formeln* cit., 34 s.; M.L. BICCARI, *Dalla pretesa giudiziale alla narratio retorica (e viceversa). Spunti di riflessione sull'avvocato romano e la sua azione*, Torino 2017, 203 s., con riferimenti alla letteratura. Per un ridimensionamento di Gai 4.55, ma anche di Quint., *Inst. orat.* 4.6.2 ('*certam creditam pecuniam peto ex stipulatione*') vd. da ultimo anche M. VARVARO, *Condictio e causa actionis* cit., 303 s., il quale si pronuncia contro l'ipotesi di azione edittale che indicasse nell'*intentio* un 'DARE OPORTERE EX STIPULATU', con una presa di posizione che serve all'autore per giustificare la presenza della clausola (avente funzione determinativa) EA RES AGETUR DE SPONSIONE in TPSulp. 31: («si dovrebbe altrimenti spiegare come mai in TPSulp. 31 sia attestata una formula di *condictio certae creditae pecuniae* in cui la *sponsio* […] sia indicata non già nell'*intentio*, ma in una *praescriptio*»).

[342] O. LENEL, EP,[3] 237 nt. 6.

[343] Una cauta apertura sul possibile inserimento di una *demonstratio* su richiesta dell'attore si trova in F.C. VON SAVIGNY, *System* 5 cit., 609, 612, il quale d'altra parte sembrava orientato ad ammettere una presenza ordinaria in particolari ipotesi applicative («Diebstahl, Indebitum»): possibile una precisazione anche all'interno dell'*intentio*, secondo il modello di Gai 4.55 («oder de Negidio Centum stipulatus est»); per una precisazione della *res de qua agitur* mediante *praescriptio* vd. G.F. PUCHTA, *Cursus* 2 cit., 264; H. BUHL, Rec. a J. BARON, *Abhandlungen aus dem Römischen Civilprozess. I. Die condictionen*, in Krit. Vjschr. 24 (N.F. 5), 1882, 224 ss.; E.I. BEKKER, *Zur Lehre von Condictionen und adjecticischen Klagen*, in ZSS 4, 1883, 92 ss.; G. BESELER, *Romanistische Studien* (1930) cit., 77 («Wenn ich kondizire, kann ich durch praescriptio den Prozeß auf eine einzelne causa obligationis beschränken. Ebenso kann ich, wenn ich vindizire, den Prozeß durch praescriptio auf einen einzelnen Eigentumserwerbsgrund beschränken»); più recentemente uno spunto in questa direzione può trovarsi, proprio alla luce di TPSulp. 31, anche in S. ROMEO, *L'appartenenza* cit., 335 s., con conclusioni che finiscono però per confondere, crediamo, la questione della causalità dell'azione con la possibilità (che nessuno mai ha certo pensato di mettere in discussione) del convenuto di precisare la causa innanzi al giudice («allora l'astrattezza della *condictio* è solo apparente: non solo può essere preceduta da una *praescriptio* con funzione di *demonstratio*, ma all'astrattezza della *intentio* nella fase *in iure*, quand'anche non preceduta da *praescriptio*, può seguire la dichiarazione della causa *in iudicio apud iudicem*»); da ultimo ad un'azione «solo eventualmente "astratta", in quanto si prestava a essere causalizzata ogni qual volta ciò fosse stato ritenuto opportuno o necessario», pensa, come si è accennato, M. VARVARO, *Condictio e causa actionis* cit., 267 ss., 276, il quale, da altro punto di vista, suggerisce di mettere in relazione le parole 'qua de re agitur', inserite nella formula da Krüger (e presenti in TPSulp. 31), con «l'attività compiuta *in iure* dalle parti»: da escludersi invece, come si è appena visto (nt. 769), una causalizzazione nelle forme di Gai 4.55.

vista del fondamento della pretesa, non vi sono ragioni per mettere in discussione la possibilità di un intervento adeguativo sulla struttura del programma di giudizio (della *condictio*), come quello che si è qui ipotizzato,[344] al di là delle implicazioni che potrebbero discendere sul piano dei meccanismi costitutivi dalla ricostruzione della vicenda contrattuale in termini di *obligatio* unilaterale *sub condicione*.[345]

---

[344] In proposito vd. S. ROMEO, *L'appartenenza* cit., 335, la quale, ancora una volta sulla base di TPSulp. 31, ritiene di poter addirittura riferire lo stesso modello di giudizio anche alla fattispecie esaminata in Ulp. 4 *ad ed.* («Se, dunque, come sembra, la *condictio* è l'*actio praescriptis verbis* a tutela del *dare oportere* sprovvisto della protezione edittale, di cui al frammento ulpianeo»). Al di là del percorso argomentativo tenuto dalla studiosa che lascia in verità perplessi – visto che davvero non si capisce in che modo TPSulp. 31 dovrebbe legittimare l'idea di un ricorso a una *condictio* (*praescriptis verbis*) anche in Ulp. 4 *ad ed.* –, ciò che conta in ogni caso osservare è come una tale ipotesi interpretativa non è compatibile col quadro informativo del brano ulpianeo, in cui si afferma chiaramente che l'azione civile concessa da Mauriciano a favore del contraente evitto (né d'altra parte sono affrontati altri casi) è un'azione incerta: non dunque la *condictio certae rei* (ancorché preceduta da *praescriptio*), cui pensa la studiosa. Per mantenere in piedi la congettura di un ricorso alla *condictio* bisognerebbe ipotizzare una profonda manipolazione del brano: e del resto la *condictio* (anche se certo non preceduta da *praescripta verba*) era lo strumento verso il quale si orientava buona parte della dottrina interpolazionistica (vol. I, cap. II § 1).

[345] In effetti pare difficile negare che la pretesa del delatore sembri qui trovare diretto fondamento nell'accordo raggiunto con il proprietario dello schiavo, in termini che parrebbero dare ragione a quanto per lungo tempo era stato sostenuto da Cannata – così C.A. CANNATA, *Contratto* cit., 43: «Le azioni (cioè le obbligazioni) sono considerate originate dall'accordo […] È chiaro che le azioni non potranno essere utilmente esperite se una prestazione non venga eseguita, ma ciò dipende […] dalla struttura dell'affare […] l'obbligazione è solo del proprietario, condizionata dal fatto che l'altra parte fornisca l'informazione, e che questa si riveli utile» – e che da altro punto di vista devono portarci a interrogarci sulle conclusioni più in generale prospettate in G. ROMANO, *Note a margine* cit., 179 ss., del quale d'altra parte non sono pochi gli aspetti che ci sembrano oggi non più soddisfacenti, a partire dalla questione della ricostruzione del pensiero di Paolo rispetto alle ipotesi di *facio ut des*, per quanto in quell'occasione appena accennato, per finire al tema dell'impiego della *condictio* in via di adempimento suggerito in particolare da Burdese (in proposito vd. *supra* nt. 325): almeno per ciò che riguarda parte degli argomenti ai quali si è fatto allora ricorso, in effetti calibrati più su un impiego dell'azione in via di ripetizione che in via di adempimento. Quanto alla sostanza, rimangono i dubbi sulla genuinità della chiusa di Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.4.3.4, ma soprattutto su un utilizzo della *condictio* in via contrattuale, in assenza di apposito intervento sul programma di giudizio, rispetto a fattispecie non riconducibili alle *causae* tipiche di Cic., *pro Rosc. com.* 5.14.

7. Aristone e il caso della semina di Pomp. 22 *ad Sab.* D. 19.5.16.1.

L'idea che il *synallagma* aristoniano di Ulp. 4 *ad ed.*, alla cui individuazione era subordinata la concessione dell'azione civile, vada identificato col *negotium* sembra trovare ulteriore conferma, anche se in termini certo meno evidenti, dalla lettura del prima richiamato

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

Il brano è ben noto.[346] A *Ego* viene consentito di seminare sul fondo di *Tu* e di raccogliere i frutti della semina. Permesso, quello di *tollere fructus*, che però non viene successivamente accordato. Si pone il problema della tutela da concedere ad *Ego*. In proposito Pomponio riferisce l'opinione di Aristone, il quale nega il ricorso ad azione civile per il caso in questione, dovendosi semmai valutare la possibilità di agire con azione *in factum* (*concepta*): interrogativo che riceve una risposta nella parte conclusiva del brano, in cui viene prospettato l'impiego dell'*actio de dolo*.

Ad attrarre l'attenzione degli studiosi, come si può agevolmente intuire, è stata la soluzione adottata da Aristone. In particolare ci si è interrogati sulle ragioni che hanno indotto, in questa occasione, il giurista traianeo a negare il ricorso alla *civilis actio* (*incerti*) di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, per orientarsi piuttosto verso un modello di giudizio pretorio in senso stretto, con una soluzione che era stata invocata dalla critica interpolazionistica per mettere in dubbio l'attendibilità della dottrina contenuta nel brano ulpianeo.

Le maggiori difficoltà in tal senso le hanno incontrate quegli studiosi che hanno proposto un'interpretazione della *causa* aristoniana nella prospettiva di causa efficiente, da identificarsi con la prestazione costitutiva del vincolo, i quali hanno per lo più spiegato il punto di vista aristoniano in ragione dell'estraneità della fattispecie rispetto allo schema sinallagmatico messo a punto dal giurista

[346] In proposito vd. C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 274 ss.; P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 207 s.; E. BETTI, *Sul valore* cit., 36 s.; A. GIFFARD, *La doctrine d'Ariston* (*Études*) cit., 191 s.; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 229 ss.; A. BURDESE, *I contratti innominati* cit., 78; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 236 ss.; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 109 ss.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 202 ss.; P. CERAMI, *D. 12.4.16 (Cels. 3 dig.)* cit., 130 ss.; L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 418 s.

traianeo, delimitato alle sole ipotesi di dazione costitutiva di *obligatio*,[347] essendo invece qui attestata un'ipotesi di *facio ut des*,[348] o, a detta di altri, di *facio ut facias*.[349] A ciò si è già accennato. Questa era in particolare, lo si è visto, la tesi di Giffard.[350] Senza seguito la ricostruzione in termini di *do ut des*.[351]

Si tratta di una spiegazione non convincente, senza contare che muove dall'assunto di un'interpretazione tassativa dell'esemplificazione contenuta nel brano ulpianeo (Ulp. 4 *ad ed.*: *ut puta dedi tibi* rell.). La ragione della soluzione aristoniana va piuttosto ricercata, com'è stato del resto da tempo ben evidenziato,[352]

---

[347] Spiegano la mancata concessione dell'azione nel caso in questione con la mancanza dell'elemento costitutivo della *datio* B. BIONDI, *Corso* 2 cit., 322; ID., *Contratto* cit., 93; R. KNÜTEL, *La causa* cit., 136; così in prima battuta («[…] fehlt es an dem konstitutiven Element einer erfolgten *datio*») M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 110 s. e ivi nt. 221, 159 nt. 473, per quanto l'autore sembrerebbe alla fine mettere in relazione la soluzione di Aristone con l'assenza di una struttura sinallagmatica («Das Ausbringen der Saat ist keine Leistung an *Tu* in Erwartung einer Gegenleistung, sondern liegt allein im eigenen Interesse des *Ego*»): in proposito vd. anche *infra* nt. 353. In questo senso già J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera* VII cit., (*Ad. L. XVI*) 1362, su cui vd. *infra* nt. 363.

[348] Per una configurazione della fattispecie come ipotesi di *facio ut des* vd. già J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera* VII cit., (*Ad. L. XVI*) 1362; PH. E. HUSCHKE, *Kleine kritische Versuche* cit., 123 («kann auch hier sein Säen als *factum, ut darem*, betrachtet werden»); C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 274 s.; A. BURDESE, *I contratti innominati* cit., 78; L. ZHANG, *Contratti innominati* cit., 186 e ivi nt. 56; configurazione condivisa, in una prospettiva interpolazionistica, da P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 207 s.; P. COLLINET, *Le Fr. 5, Dig., 19, 5* cit., 79.

[349] Così, rappresentando il *tollere pati* più propriamente un *facere* che un *dare*, A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 85 («Es liegt hier […] ein wahrer Innominatvertrag nach der Formel: *facio ut patiaris* vor»); negli stessi termini, ma senza una specifica relazione con la decisione aristoniana, M. KASER, *Die formula der actio ad exhibendum*, in RIDA 14, 1967, 286; con le precisazioni di cui si è detto M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 110 s. e ivi nt. 221.

[350] A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 197; ID., *La doctrine d'Ariston* (*Études*) cit., 191 s.

[351] J. VOETIUS, *Commentarius ad Pandectas* cit., (*Titulus V. De praescriptis verbis et in factum actionibus § IV*) 382 («licet in hac facti specie sit contractus innominatus do ut des, in quantum ego tuum conserendo fundum, dominium seminis in te transfero […] tu vicissim mihi fructus dare debes»).

[352] Così ad es. J.J. BACHOFEN, *De Romanorum judicii civilibus* cit., 256 («qui enim sevit […] neque alteri dedisse quid vel fecisse intilligi potest; neque qui fructus tolli pati debet, facere vel dare quid in alterius utilitatem videtur»); così («es lediglich in seinem eigenen Interesse geschehen sollte und für mich gar keinen Geldeswerth hatte») anche PH. E. HUSCHKE, *Kleine kritische Versuche* cit., 123.

nella natura non propriamente negoziale della vicenda qui esaminata, la quale comportava sacrifici economici unicamente in capo al proprietario del fondo, non compensati da alcun interesse economicamente apprezzabile a suo vantaggio.[353] È certamente significativo osservare che i primi a mettere in relazione la concessione dell'*actio de dolo* con il carattere donativo della vicenda furono i glos-

[353] Ritiene coerente la soluzione col fatto che qui «manca la causa, il negotium contractum (συνάλλαγμα) […] la (eventuale) obligatio ultrocitroque» E. BETTI, *Sul valore* cit., 37; B. BIONDI, *Contratto* cit., 93; spiegano la mancata concessione dell'azione con la mancanza di una controprestazione, essendo l'operazione nel solo interesse di *Ego*, M. KASER, *Die formula* cit., 286; G. MACCORMACK, *Contractual theory* cit., 140; M. TALAMANCA, Rec. a M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 278 e ivi nt. 29: «nella convenzione in parola manca la sinallagmaticità delle prestazioni»; A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 30, 42; ID., *Contratto e convenzioni atipiche* cit., 519; ID., *Divagazioni* cit., 340; ricollega la decisione aristoniana allo scopo liberale «perseguito contestualmente alla *datio*» A. MANTELLO, *I dubbi* cit., 70; V. SCARANO USSANI, *Il probabilismo* cit., 327 («inesistente il presupposto del sussistere di prestazioni corrispettive»); A. KREMER, *Die Verhältnisse* cit., 423 s.; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 110 s. nt. 221, il quale, per tali ragioni, pensa a una concessione d'uso di tipo donativo assimilabile al *precarium* («eine schenkweise Nutzungsgestattung»); T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 203 («Dal punto di vista della funzione […] la concessione di semina e raccolta integra un sacrificio giuridico a carico di una sola parte […] dal punto di vista della struttura […] manca il vincolo di scambio»); così anche R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 138 nt. 57; P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 238 («è assente un sinallagma […] è assente quella controprestazione che permetterebbe di costringere la controparte all'adempimento»): controprestazione che, a detta dell'autrice, sarebbe invece presente nel caso esaminato nel pr. dello stesso brano (238 nt. 58); ID., *Raggiro colposo e actio de dolo malo*, in L. GAROFALO (a cura di), *Tutele rimediali in tema di obbligazioni. Archetipi romani e modelli attuali*, Torino 2015, 341; denuncia l'assenza di una «bilateralità funzionale» R. FERCIA, *Il fieri* cit., 65 nt. 157. Riconduce la soluzione aristoniana all'assenza del *negotium*, più che all'«assenza della sinallagmaticità (nel senso tradizionale di bilateralità delle obbligazioni)» R. SANTORO, *Il contratto* cit., 232 nt. 176. Una critica al punto di vista qui sostenuto può trovarsi in P. CERAMI, *D. 12.4.16 (Cels. 3 dig.)* cit., 131 che, anche alla luce di Varr., *re rust.* 1.4.2, invita a riflettere sui vantaggi economici che la semina avrebbe potuto comportare per il proprietario del fondo, avanzando in particolare l'ipotesi che il contegno permissivo del *dominus fundi* rientrasse all'interno di «una calcolata strategia economico-gestionale, al precipuo scopo di valorizzare il […] fondo rustico, che, in conseguenza e per effetto della semina, avrebbe sicuramente acquistato maggior valore». Un punto di vista per certi versi analogo può rinvenirsi già in L. ZHANG, *Contratti innominati* cit., 185 s., che evidenzia i vantaggi del proprietario del fondo derivanti dall'acquistare egli «la proprietà del seminato (ad esempio, gli alberi cresciuti con la semina)», e forse anche dalla «facoltà di raccogliere i frutti»: tutti elementi che però non emergono dal brano di Pomponio (così giustamente già R. FERCIA, *Il fieri* cit., 65 nt. 157), tanto più che i tempi della narrazione suggeriscono scenari e orizzonti temporali più coerenti con rapide colture di tipo stagionale (in cui il valore si esaurisce nel raccolto), che con la messa a dimora di piante che fruttifere lo sarebbero divenute solo a distanza di diversi anni.

satori ed in particolare Accursio, che pure si muoveva in un ordine di idee che predicava l'identificazione della *causa* con la *praestatio rei sive facti*.[354]

E del resto anche Gallo, che pure è tra quanti aderiscono all'idea di una corrispondenza della *causa* con la *datio*, ha invocato l'assenza di una *datio* onerosa,[355] finendo però così coll'introdurre un elemento incompatibile con un'interpretazione rigorosamente identificativa dei due concetti, e che di fatto ha condotto a uno scivolamento, sul piano dogmatico, ma anche lessicale («carattere oneroso»), verso le differenti prospettive funzionalistiche, nelle loro varie declinazioni: del *negotium*, della funzione (economico-sociale), della *datio* qualificata dallo scopo.[356]

Sul piano processuale, dal brano non è possibile stabilire se l'*actio de dolo* sia l'azione verso la quale si orientasse effettivamente Aristone. Il passaggio al discorso diretto farebbe piuttosto pensare a una soluzione suggerita da Pomponio.[357]

---

[354] Gl. *Permisisti*, in *Glossa in Digestum vetus. Ad l. Permisisti mihi Titulum V. De Praescriptis verbis et in factum actionibus*, Lugduni 1549, 1007 («Ex causa donationis).

[355] F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 110 nt. 49, il quale, per l'appunto, ricollega la mancata concessione dell'*actio civilis incerti* al fatto che manchi «la *datio* (o il *factum*), a carattere oneroso, costituente la giustificazione del sorgere di un'obbligazione riequilibratrice».

[356] Così, d'altra parte, in termini che mettono esplicitamente in gioco la relazione *negotium-donatio*, F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 236 s.: «Mentre […] nel caso dell'estrazione dell'argilla è previsto anche un comportamento nell'interesse di *Tu* (ripristino del luogo dove è stata asportata l'argilla), in quello della semina, tutti i comportamenti previsti (semina e raccolta dei frutti) sono nell'interesse di *Ego*. Non esiste, per *Tu*, un profilo negoziale diverso dalla *donatio* […] non può ravvisarsi un contratto […] ma nemmeno, in senso proprio, un *negotium*»); non diversamente già B. BIONDI, *Contratto* cit., 93, che, pur segnalando l'assenza qui della *causa* come *datio*, finiva in sostanza per legare la soluzione aristoniana alla natura di mera «tolleranza» del rapporto che lo avvicinava alla figura del precario, «che per tutta l'epoca classica stava fuori della cerchia contrattuale».

[357] Così PH. E. HUSCHKE, *Kleine kritische Versuche* cit., 123; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛ-ΛΑΓΜΑ** 1 cit., 208; più recentemente V. SCARANO USSANI, *Il probabilismo* cit., 327; E. STOLFI, *Studi* 2 cit., 233 nt. 384; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 204 s.; P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 238; ID., *Raggiro colposo* cit., 341, con una soluzione cui avrebbe aderito Ulpiano; E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 296 nt. 220; prende posizione per Pomponio anche P. CERAMI, *D. 12.4.16 (Cels. 3 dig.)* cit., 130 nt. 87; avanza dubbi sulla paternità aristoniana A. MANTELLO, *I dubbi* cit., 70 nt. 96. Diversamente, per un'attribuzione già ad Aristone, vd. A. PERNICE, *Zur Lehre* cit., 85 («nach Aristos von Pomponius gebilligter Meinung»); A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti* (*Études*) cit., 197; anche se non espressamente B. BIONDI, *Contratto* cit., 93; E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 251; A. KREMER, *Die Verhältnisse* cit., 423; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 237 («non sembra […] una novità pomponiana»); L. ZHANG, *Contratti innominati*

Non vi sono comunque ragioni concrete per sollevare sospetti sulla classicità della soluzione, né per l'*a. in factum*,[358] né tantomeno per l'*a. de dolo*,[359] secondo un'ipotesi avanzata qua e là in dottrina, ma per nulla convincente. A questo proposito non sembra però necessario né certamente utile invocare Ulp. 42 *ad Sab.* D. 4.3.34, in cui il ricorso alla medesima azione si riferisce a una vicenda solo apparentemente analoga,[360] non priva in realtà di significativi scostamenti,

---

cit., 183; seppur con cautela, un'apertura in tal senso si registra da ultimo in L. GAROFALO, *Ancora sulle convenzioni sinallagmatiche* cit., 419 («probabilmente anche per Aristone»). Non ci sembra si possa seguire M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo* cit., 114 nt. 66, che vorrebbe attribuire a Pomponio, sulla scia parzialmente di Sabino (Ulp. 42 *ad Sab*. D. 4.3.34: su cui vd. *infra* nel testo), il ricorso alternativo ad entrambe le azioni («Pomponio ricorre non diversamente da Sabino all'azione di dolo in concorso con l'*actio in factum*»).

[358] Per l'origine postclassica P. COLLINET, *La genèse* cit., 220 s., con una diagnosi che finiva però per basarsi unicamente su discutibili argomenti stilistico-espressivi («elle est suspecte également par suite de l'absence du terme *actio*»); per un giusto ridimensionamento vd. M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 111 e ivi nt. 222, il quale tutt'al più ammette l'ipotesi di una sintesi del brano originario. In ogni caso non scorretta la frase '*in factum dari*', potendosi spiegare la mancata indicazione del sostantivo *actio* come ellissi dovuta alla vicinanza alla frase *actio iuris civilis*. Quanto all'infinito (*deliberari posse*) sarebbe retto da '*ait*' («die Konstruktion im Infinitiv ist eine indirekte Rede zu „*ait*"»).

[359] Così invece F. PRINGSHEIM, *Subsidiarität und Insolvenz*, in ZSS 41, 1920, 255 nt. 4, 257 e ivi nt. 9, anche qui con ricorso all'argomento della formulazione ellittica, semplicisticamente elevato a criterio interpolazionistico («Hinter „de dolo" fehlt „actionem"; grade bei der a. de dolo scheint diese Ellipse nur in interpolierten Stellen vorzukommen»); P. COLLINET, *La genèse* cit., 221. In senso contrario vd. già G. LONGO, *Contributi* cit., 241; J. BURILLO, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, in SDHI 26, 1960, 199 s.; B. ALBANESE, *La sussidiarietà* cit., 288; P. VOCI, *La dottrina* cit., 271 s.; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 229 s.; più recentemente M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 111; P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 238 s.

[360] Diversamente di «perfetta analogia» discute R. SANTORO, *Il contratto* cit., 230 nt. 174; così anche («caso simile») P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 238 s. Su Ulp. 42 *ad Sab.* D. 4.3.34 vd. G. MACCORMACK, *Roman Jurisprudence an interpretation on dolus as ground of the classical actio de dolo*, in *Nozione formazione e interpretazione* cit., 551 s.; ritiene che la soluzione di concedere all'*a. de dolo* in Ulp. 42 *ad Sab.* D. 4.3.34 appartenga a Sabino e non a Ulpiano R. ASTOLFI, *I libri tre iuris civilis di Sabino*,[2] Padova 2001, 174 ss., il quale così argomenta in base a Ulp. 42 *ad Sab.* D. 39.5.6, in cui il giurista severiano per la stessa ipotesi presa in considerazione da Sabino (*Qui saxum mihi eximere de suo permisit donationis causa*) doveva piuttosto concedere (nel silenzio della fonte) l'*a. ad exhibendum*, nel presupposto, non condiviso dal giurista più antico, che la *exemptio* della pietra avesse fatto acquistare la proprietà all'autore dello scavo, quasi vi fosse stata una *traditio* (*quodammodo traditione meus factus est*), per quanto l'*exemptio* avrebbe determinato un acquisto a titolo originario. Soluzione che prima ancora avrebbe proposto Pomponio, come si ricava da Pomp. 22 *ad Sab.* D. 19.5.16 pr., su cui vd. *infra* in questo

sia per quanto riguarda il suo concreto sviluppo,[361] sia per ciò che concerne finalità e presupposti di esercizio dell'azione (*si* […] *et sumptum in hanc rem fecerim*):

D. 4.3.34 (Ulp. 42 *ad Sab.*): *Si cum mihi permisisses saxum ex fundo tuo eicere vel cretam vel harenam fodere, et sumptum in hanc rem fecerim, et non patiaris me tollere: nulla alia quam de dolo malo actio locum habebit*.

Si può dunque affermare che di fronte alla constatata assenza di azione civile (edittale o decretale che fosse) il giurista traianeo si interrogava sulla possibilità di concedere un'azione *in factum* in senso stretto, secondo dunque il significato (di Gai 4.46) di azione (qui decretale)[362] con *formula in factum*.[363]

---

stesso §; sempre nel senso di una discordanza di opinioni tra Sabino e Ulpiano (e ancor prima Pomponio) rispetto alle modalità di acquisto della proprietà, M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo* cit., 112 ss. e ivi nt. 66; prende le distanze da tale spiegazione («Inutilmente complicata e priva di validi appigli testuali») P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 239 nt. 59.

[361] È appena il caso di osservare che per via dell'estrazione della creta si è qui verificata una separazione dalla cosa madre in grado di determinare astrattamente un acquisto della proprietà in capo all'autore dello scavo: possibilità che invece nel brano qui in esame (Pomp. 22 *ad Sab.* D. 19.5.16.1) non può ritenersi sussistente, come vedremo, neppure a livello teorico, in quanto i frutti sono ancora pendenti e dunque privi di quella specificazione identitaria richiesta ai fini della configurazione di un'autonoma situazione giuridica soggettiva. Se in Ulp. 42 *ad Sab.* D. 4.3.34 si concede l'*a. de dolo* è perché evidentemente alla costituzione di un autonomo bene non si è accompagnato un acquisto in favore dello scavatore, avendo il proprietario del fondo 'mantenuto' la proprietà del materiale estratto: in proposito vd. nt. prec.

[362] Non sembra si possa pertanto aderire all'ipotesi di un riferimento all'*actio ad exhibendum* (nella prospettiva naturalmente di un impianto giudiziale *in factum*) avanzata da J. BURILLO, *Contribuciones* cit., 196 ss., con una proposta che, a detta dello studioso, avrebbe il vantaggio di spiegare l'esitazione del giurista nell'ammettere l'impiego dell'*a. ad exhibendum* di fronte a un caso per il quale poteva apparire incerto, in assenza di *perceptio*, l'acquisto della proprietà dei frutti da parte dell'autore della semina: acquisto che costituiva, com'è noto, il presupposto necessario per l'esercizio dell'azione esibitoria; in senso contrario vd. M. KASER, *Die formula* cit., 286 s.; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 111 nt. 223, il quale fa giustamente osservare che, se questa fosse stata effettivamente la soluzione di Aristone, il giurista non avrebbe avuto motivo per non affermarlo chiaramente. E del resto la dottrina è prevalentemente orientata per la natura civile dell'azione esibitoria: in questo senso vd. O. LENEL, EP,[3] 222 s.; P. VOCI, *Risarcimento del danno* cit., 45 s.; M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 620 ss. Incertezze semmai sussistono sulla concreta struttura del programma di giudizio. Per una valutazione di segno contrario vd. però M. TALAMANCA, Rec. a M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 277 ss., ove si avanzano serie riserve sul carattere civilistico dell'azione, propendendosi piuttosto per la soluzione opposta.

[363] Per un'interpretazione dell'espressione *actio in factum* nel senso di azione con *formula in*

Quanto poi all'affermazione aristoniana per cui *nullam iuris civilis actionem esse*,[364] si può dire che essa non sembra far riferimento a un'azione specifica, ma a un modello generale (l'azione con *formula in ius*), come pare potersi (prudentemente ma) ragionevolmente ricavare dall'impiego dell'aggettivo '*nullam*'.[365]

---

factum concepta vd. P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 208; M. KASER, *Die formula* cit., 286; J. KRANJC, *Die actio* cit., 454; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 236 s.; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 111; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 205; così anche P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 238: «azione pretoria *in factum* (decretale), presumibilmente finalizzata al rimborso delle spese sostenute per la semina». Senza seguito la possibilità che Aristone stesse piuttosto valutando (con esito tuttavia negativo) l'ammissibilità di un ricorso all'*a. in factum civilis*, secondo quanto congetturato, con richiamo a Ulp. 42 *ad Sab*. D. 19.5.15, da J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera* VII cit., (*Ad. L. XVI*) 1362, che provava ad aggirare l'affermazione aristoniana *Nullam iuris civilis actionem esse*, circoscrivendola alle sole azioni dirette, escludendo così l'*a.p.v.* (essendo questa *utilis*): «Jurisc. ait, nullam actionem iuris civilis, id est, directam competere […] Sed deliberari potest, an sit in factum civilis, id est, praescriptis verbis. Videtur enim negotium aliquod gestum: sero, id est facio, ut fructus des. Et sane tentari potest, ut detur praescriptis verbis, ut *l. solent*, *h. t.* Verum melius est dicere dari de dolo. Ex *facio ut des*, nulla civilis datur, id est, neque directa nec utilis».

[364] Pensa a una citazione fedele, soprattutto per ciò che riguarda l'impiego dell'espressione *iuris civilis actio*, non essendo questa mai adoperata in Pomponio, A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris 1954, 6 s. e ivi nt.1, al quale si rinvia, inoltre, per una valutazione in relazione al tema dell'emersione dell'espressione ellittica *actio civilis* («actio civilis […] est l'abrégé et représente une forme algébrique de langage»), che l'autore tende ad attribuire a Giuliano più che ad Aristone, nonostante Ulp. 19 *ad Sab.* D. 30.28 pr. e Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 («Il n'est par sûr qu'Ariston ait déjà recouru à cette ellipse qu'Ulpien lui prête»).

[365] Si è già accennato (*supra* nt. 12) come in certi contesti d'uso la locuzione *nulla actio* si trovi adoperata, non per negare la spettanza di un qualsivoglia rimedio processuale o di un ventaglio di rimedi astrattamente impiegabili, ma per affermare l'impossibilità di agire in concreto attraverso un determinato modello processuale. In tal senso si possono ad esempio segnalare: Paul. 3 *ad Plaut.* D. 2.14.32 '*igitur si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo fideiusserit, dicendum est non prodesse exceptionem fideiussori*'; Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.5.5.6 '*Si quis ita simpliciter versatus est, ut suum negotium in suis bonis quasi meum gesserit, nulla ex utroque latere nascitur actio, quia nec fides bona hoc patitur*', ove il riferimento è all'*actio negotiorum gestorum*; Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.6.5 '*Plane si tibi mandavero quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit*', ove il riferimento è all'*actio mandati* (*directa*); così anche Ulp. 31 *ad* D. 17.1.8.6 '*mandavi, ut negotia gereres: si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, nulla actio est*'; Paul. 49 *ad ed.* D. 39.2.14.1 '*Cum agitur aquae pluviae arcendae, de facto quod nocet quaeritur: ideoque si vitio loci pars aliqua soli subsedit, quamvis per eam causam aqua pluvia inferiori noceat, nulla competit actio*', ove con l'espressione *nulla competit actio* ci si riferisce all'*a. aquae pluviae arcendae*. In termini non molto differenti, a ben vedere, Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7.8 '*nisi forte quis dicat, quo-*

Al più si può immaginare, ma senza specifici elementi che consentano di andare al di là del dato congetturale, che all'affermazione aristoniana seguisse (in origine)[366] una più approfondita analisi delle ragioni che avrebbero reso impraticabile il ricorso a modelli processuali all'apparenza adoperabili per il caso in questione[367] e che tra questi potesse figurare, magari al solo fine di escluderla, pure l'*a. civilis incerti*.[368] Si tratta però pur sempre di una semplice possibilità, che non legittima l'affermazione per cui il brano costituirebbe una conferma, anche solo indiretta, dell'impiego dell'*a. civilis incerti* da parte di Aristone per i negozi del tipo *do ut des*, *ut facias*.[369] È pertanto da respingere il tentativo condotto da un settore della dottrina, che vorrebbe trovare nelle parole di Aristone

---

niam exceptione patronus summoveri potest, si agat cum reo, debere dici, quasi nulla actio sit quae exceptione repellitur, de dolo decernendam', ove è definita *nulla* l'azione il cui esercizio può essere vanificato attraverso il ricorso di una qualche *exceptio*.

[366] Che il brano sia andato incontro a un intervento di sintesi è sostenuto da F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 110 nt. 49; a un accorciamento pensano pure M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 111 nt. 222; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 202.

[367] Si pensi innanzi tutto alla *condictio certae rei*, di cui peraltro Pomponio si occupava proprio nel *l.* 22 *ad Sab.* da cui è tratto il frammento, ma anche alla *rei vindicatio* o ancora all'*actio ad exhibendum*. Tutte, per diversi motivi, in concreto inutilizzabili. Non lo era la *condictio*, non potendosi più ritenere esistente l'oggetto da ripetere (la semenza): così A. GIFFARD, *La doctrine d'Ariston* (*Études*) cit., 191; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 109 nt. 213 («ganz abgesehen davon, daß es das Saatgut als solches nicht mehr gibt»). Non lo erano neppure la *rei vindicatio* e l'*actio ad exhibendum*, perlomeno finché i frutti fossero ancora pendenti, e dunque prima della separazione o della *perceptio*: se si dovessero ipotizzare meccanismi di acquisto della proprietà, da parte dell'autore della semina, analoghi a quelli dell'usufruttuario (Iul. 7 *dig*. D. 22.1.25.1, Paul. 3 *ad Sab.* D. 7.4.13): così A. WACKE, *Zur dolus-Begriff* cit., 382 nt. 87 («ohne Trennung noch nicht Eigentümer […] geworden ist»); sulla questione vd. M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 109 s., 110 nt. 214. Per un riferimento all'*a. ad exhibendum* vd. O. LENEL, EP,[3] 225; M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 621 s. e ivi nt. 8 («Che Pomponio e Aristone con *nullam-esse* si riferissero all'*a. ad e.* è sicuro»); possibilista («non escluderei […] si riferisca a n c h e all'*actio ad exhibendum*») R. SANTORO, *Il contratto* cit., 231 nt. 175, il quale si dichiara comunque contrario all'ipotesi di un riferimento esclusivo a tale rimedio processuale; lo esclude diversamente con decisione M. TALAMANCA, Rec. a M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 278; più recentemente si mostra scettico al riguardo M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 110 nt. 219.

[368] In questi termini, in sostanza, R. SANTORO, *Il contratto* cit., 230 s. e ivi nt. 175; così («umfaßt Aristos Stellungnahme wohl auch dieses Rechtsmittel») anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 110 e ivi nt. 218.

[369] Così («Wenigstens eine mittelbare Bestätigung») M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 109.

un preciso riferimento all'*actio civilis incerti* di Ulp. 4 *ad ed.*[370] Nulla prova il semplice fatto che anche qui si prospettasse un'esigenza di tutela legata al mancato rispetto di una specifica convenzione tra privati. Solo congetturale, sempre da questo punto di vista, è l'ipotesi di un richiamo alla teoria della *causa* da parte di Aristone nel testo originario.[371]

Ancor meno decisivo deve poi ritenersi la circostanza che nel pr. dello stesso frammento sarebbe preso in considerazione il ricorso a tale azione (*certum est civilem actionem incerti competere*) relativamente a un caso di *exemptio cretae*.[372] Non si è infatti riflettuto sul fatto che a valutarne qui positivamente l'impiego non è Aristone, ma Pomponio,[373] senza contare i legittimi dubbi che sorgono

---

[370] E. BETTI, *Sul valore* cit., 36: «dimostrano poi l'esistenza dell'a.° civilis in *alcuni* casi in quanto la negano per esplicito in *altri*: Aristo 25 (Pomp. 22 ad Sab.) 19, 5, 16, 1 […]»; A. GIFFARD, *La doctrine d'Ariston* (*Études*) cit., 191 («la *civilis actio* du § I est l'*actio incerti* du *principium*»); pensa a un riferimento esclusivo all'*a.p.v.*, in una prospettiva però interpolazionistica (*infra* nt. 383) che tiene peraltro fede all'idea tradizionale di una identificazione dei due rimedi processuali (*a.c.i.* e *a.p.v.*), J. BURILLO, *Contribuciones* cit., 198 s.; M. KASER, *Die formula* cit., 285; M. TALAMANCA, Rec. a M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 278, il quale fa a questo proposito osservare come nel *l.* 22 *ad Sab*. Pomponio si occupasse di *condictio* e «per connessione della tutela dei contratti innominati»; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 110 e ivi nt. 218, per il quale più precisamente Aristone avrebbe pensato ad azione con *intentio incerta* di stretto diritto da integrarsi con *praescripta verba* descrittivi dell'oggetto della controversia; T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 203: «risulta negata l'*actio iuris civilis* (la stessa di cui si discorreva in D. 2.14.7.2)»; per un probabile riferimento all'*a.p.v.* pure R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 138 nt. 57; sembra accedere all'ipotesi di un'identificazione dell'espressione qui adoperata con l'*actio civilis incerti* di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 concessa a tutela di fattispecie atipiche di tipo *do ut des*, *do ut facias*, anche E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 296 nt. 220: «Il giurista traianeo esclude qui l'applicazione dell'azione civile e suggerisce quella *in factum*: evidentemente egli non riteneva che la fattispecie, per quanto innominata, rientrasse in un accordo del tipo *do ut des* o *do ut facias*», con la conclusione (che va ben al di là di quanto il brano consenta in effetti di affermare) per cui a «conti fatti […] non abbiamo testimonianze in grado di attestare che l'*actio civilis* (*incerti*) sia di origine aristoniana»; per un riferimento innanzitutto all'*a.p.v.* C.A. CANNATA, *Corso* II.2 cit., 199 («intendeva soprattutto escludere l'*actio praescriptis verbis*»).

[371] Così, con cautela («si potrebbe pure presumere»), T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 202.

[372] Richiama l'attenzione sulla stretta connessione tra i due §§ M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 110.

[373] Lo nota opportunamente F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 237, in una prospettiva che tende a difendere la genuinità del ricorso all'azione contrattuale da parte ovviamente di Pomponio, quale estensione però della dottrina aristoniana circoscritta ai soli casi di *do ut des*, *ut facias*: in proposito vd. *infra* nt. seg. e ntt. 378, 379.

sulla genuinità della soluzione qui attribuita al giurista antoniniano,[374] che da un lato concederebbe l'azione contrattuale al proprietario del fondo, al fine di costringere l'autore dello scavo a ricoprire la fossa venutasi a creare a seguito dell'attività estrattiva ('*exemi nec repleo: quaesitum est, quam habeas actionem* […] *sed certum est civilem actionem incerti competere*'), salvo poi negarla allo stesso autore dello scavo, costringendolo ad agire con l'*a. ad exhibendum* (e dunque con un'azione non contrattuale), nell'ipotesi opposta, in cui a non rispettare l'accordo fosse stato piuttosto il titolare del fondo (*quod si post exemptionem cretae replevero nec patieris me cretam tollere tu, agam ad exhibendum, quia mea facta est, cum voluntate tua exempta sit*).[375]

D. 19.5.16 pr. (Pomp. 22 *ad Sab.*): *Permisisti mihi cretam eximere de agro tuo ita, ut eum locum, unde exemissem, replerem: exemi nec repleo: quaesitum est, quam habeas actionem. sed certum est civilem actionem incerti competere: si autem vendidisti cretam, ex vendito ages. quod si post exemptionem cretae replevero nec patieris me cretam tollere tu, agam ad exhibendum, quia mea facta est, cum voluntate tua exempta sit*.

Si potrà forse sorvolare su taluni rilievi di ordine formale, che perlomeno devono ritenersi indice di un rabberciamento del testo originario,[376] non però

---

[374] Così P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 256 ss. («l'*actio civilis incerti* è certamente interpolata»); espunge il tratto '*sed certum-competere*' V. DEVILLA, *Actio incerti* cit., 54 s.; P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 311 e ivi nt. 2; G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 93, il quale pensa a una *traditio donationis causa*; P. VOCI, *La dottrina* cit., 271, per il quale Pomponio si sarebbe piuttosto interrogato sulla possibilità di concedere un'*a. in factum* (pretoria), giungendo a una conclusione negativa; espunge il passaggio in questione anche M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 311 e ivi nt. 70; J. BURILLO, *Contribuciones* cit., 199. Per la genuinità C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 272; P. BONFANTE, *Istituzioni*[5] cit., 469 nt. 2; (senza alcun esame del testo) A. GIFFARD, *La doctrine d'Ariston* (*Études*) cit., 191; più recentemente M. TALAMANCA, Rec. a M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 278; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 232 ss.; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 228 ss.; A. BURDESE, *Contratto e convenzioni* cit., 530; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 110, 159 ss., che pensa più nel dettaglio a un'azione 'vicina' all'*agere praescriptis verbis* labeoniano; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est* cit., 236; P. LAMBRINI, *Raggiro colposo* cit., 341 nt. 85; G. ZARRO, *I 'nova negotia'* cit., 139 s.

[375] Non sembra si possa pertanto condividere quanto sostiene M. TALAMANCA, Rec. a M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 278, là dove afferma che «il ricordo dell'*a. ad exh.* avviene marginalmente, prendendo in considerazione il caso in cui il contratto sia stato eseguito da entrambe le parti».

[376] Si pensi al brusco scarto che si registra dal punto di vista discorsivo tra l'intonazione dubi-

sul fatto che ci troviamo in presenza di una soluzione che rischia di apparire stravagante, se la si vuole leggere nell'ottica di una configurazione contrattuale della vicenda negoziale. Non occorre davvero evidenziare come una tale configurazione avrebbe imposto il ricorso a forme di tutela omogenee, quando invece all'autore dello scavo è prospettata, come si è detto, la sola possibilità di agire con l'*a. ad exhibendum*, precludendogli così il ricorso all'azione contrattuale che pure si vorrebbe spettante all'altra parte.[377] Tanto più che, per l'ipotesi del § 1,

---

tativa con cui si introduce la questione (*quaesitum est quam habeas actionem*) e il tono perentorio adottato in sede di soluzione (*sed certum est*): in proposito vd., con diagnosi interpolazionistica, F. HAYMANN, *Die Schenkung* cit., 41 nt. («Dieses certum est befremdet»); P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 256; adesivamente («il "quaesitum est" fa attendere una discussione […] invece appare il "sed certum est"») V. DEVILLA, *Actio incerti* cit., 55; P. COLLINET, *La nature des actions* cit., 311; così, tra gli studiosi più recenti, F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 228 ss., in un ordine di idee che respinge però i sospetti sull'impiego dell'azione contrattuale, dovendosi piuttosto pensare alla sintesi di una più ampia discussione in cui, al pari di Ulp. 4 *ad ed.*, sarebbe stata presa in considerazione, per essere però alla fine scartata, l'ipotesi di un impiego dell'*a. in factum* pretoria; sempre nel senso di un rabberciamento («la frase iniziata da *sed certum est* sembra sbrigativamente riassumere») A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 42 s.; ID., *Contratto e convenzioni* cit., 530; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 160 nt. 477. Rilievi si possono sollevare anche con riferimento all'inciso *si autem vendidisti cretam, ex vendito ages* che viene a spezzare l'unità discorsiva, visto che subito dopo si torna ad esaminare, dal punto di vista (questa volta) dell'autore dello scavo, l'ipotesi iniziale di estrazione avvenuta a titolo gratuito: diversamente non si spiegherebbe per quale motivo questi avrebbe dovuto agire con l'*a. ad exhibendum*, avendo a sua disposizione l'*a. ex empto*. Ciò non significa, naturalmente, che si debba mettere in discussione la genuinità della frase in questione. Che Pomponio si fosse occupato di due distinte ipotesi è pacificamente ammesso in dottrina: in questo senso vd. già C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 271; F. HAYMANN, *Die Schenkung* cit., 39 s. nt. 2 («unterscheidet Pomponius zwei Fälle, je nachdem der Grundstückseigentümer die Erlaubnis zur Entnahme von Materialen aus dem Erdreich unentgeltlich oder entgeltlich erteilt hat»); V. DEVILLA, *Actio incerti* cit., 55; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 258; implicitamente F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 228 nt. 5, in un contesto in cui, però, si tralascia di analizzare la parte conclusiva del brano, a partire dalle parole *quod si post exemptionem*, con una decisione che, a nostro modo di vedere, impedisce allo studioso di cogliere le (qui evidenziate) smagliature sul piano della trama narrativa e soprattutto non gli consente di apprezzare le incongruenze che affiorano sul piano solutivo dalla coesitenza, all'interno dello stesso rapporto, di rimedi processuali così disomogenei (*a. civilis incerti* per il proprietario del fondo; *a. ad exhibendum* per l'estrattore della creta); M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 161. Questioni, queste, che, in verità, sono state più in generale trascurate in dottrina. Pensava addirittura a tre distinti casi J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera* VII cit., (*Ad. L. XVI*) 1361, su cui vd. nt. seg.

[377] Se non ci inganniamo, l'unico ad essersi avveduto della questione sembra sia stato J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera*

da ritenersi sostanzialmente non differente[378] (per lo meno dal punto di vista del significato economico dell'operazione nel suo complesso), Pomponio si affidava a rimedi pretori, per definizione incompatibili con una logica contrattuale. Né certo si può pensare che a suggerire una differente soluzione possa essere stata la pre-

VII cit., (*Ad. L. XVI*) 1361, se è vero che lo studioso provava a riferire la concessione dell'*a. ad exhibendum* (in concorso alternativo con la *rei vindicatio*) all'ipotesi in cui l'estrazione della creta non fosse subordinata al riempimento della buca, come invece avveniva nel caso descritto in apertura, con una differenza che avrebbe fatto sì che a configurarsi, una volta avvenuta l'*exemptio*, non sarebbe stato un *negotium*, ma una vera e propria donazione («permitto tibi cretam eximere, et creta nondum sit exempta, non est donatio, sed exemptio perficit donationem»): di qui la necessità di ricorrere a rimedi non contrattuali («ideoque ejus nomine competit actio in rem, et ad exhibendum»). Non sembra rispondere al pensiero dello studioso culto la ricostruzione che ne offre C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 272 s. e ivi nt. 2, al quale peraltro sfugge del tutto l'incoerenza di ricorrere all'*a. ad exhibendum* a fronte di un (eventuale) riconoscimento contrattuale della vicenda. Non convincente il tentativo di ERXLEBEN, *De contractuum innominatorum indole* cit., 181, di giustificare il diverso sbocco solutivo col più generale rilievo che vorrebbe l'azione contrattuale atipica concessa solo in favore del contraente primo esecutore di una prestazione di *dare* (*sub certa lege*: in proposito vd. vol. I, cap. II § 2 e ivi nt. 118), con una spiegazione che finisce peraltro per scomporre, di fatto, la medesima fattispecie in due distinti e diversamente disciplinati (a seguire lo studioso) schemi sinallagmatici (*do ut facias*, da un lato, *facio ut des*, dall'altro): «[…] apparet, praescriptis verbis actionem ex ejus solius parte consistere, qui proprie alteri praestitisse aliquid videtur. Nam si locum, unde cretam exemi, replevero, nec patiaris, me cretam tollere: non praescriptis verbis actio mihi datur quasi fecerim, ut tu mihi des aliquid». Nessun rilievo al riguardo pare possa attribuirsi al pur invocato (181 s.) Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33.

[378] Con le precisazioni di cui si dirà *infra* nel testo. Diversamente tende a tenere nettamente separate le due vicende C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 272, con delle conclusioni che si basano però sul solo profilo schematico delle due fattispecie (*do ut facias* nel pr., *facio ut des* nel § 1), senza darsi carico di indagare più a fondo sui caratteri delle concrete operazioni poste in essere dalle parti; in termini non molto differenti A. GIFFARD, *La doctrine d'Ariston* (*Études*) cit., 191 s. Sempre nel segno di una differenziazione vd. gli autori citati *infra* alle ntt. 379 e 381. Per quanto riguarda la questione, a nostro modo di vedere secondaria (per ciò che concerne l'incidenza sul piano solutivo), dell'inquadramento della fattispecie affrontata nel pr. vd., nel senso di un'appartenenza allo schema del *do ut facias*, A. BURDESE, *Osservazioni* cit., 145; ID., *Contratto e convenzioni* cit., 530, con assimilazione, sulla scia di Accarias, dell'*exemptio* (*cretae*) alla *traditio*, da qui l'acquisto della proprietà in capo all'estrattore (*quia mea facta est, cum voluntate tua exempta sit*): al riguardo vd. anche il già richiamato Ulp. 42 *ad Sab.* D. 39.5.6 '*quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur domini voluntate*'; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 160; scettico F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 235, che insiste sul carattere permissivo del contegno tenuto dal proprietario del fondo («Il *do ut facias* implica una prestazione onerosa a carico di entrambi i contraenti. Viceversa il *permisisti* fa pensare a una concessione, a un permesso gratuito»): con una considerazione che induce lo studioso ad escludere che la concessione dell'azione civile possa essere qui riferita anche ad Aristone («depone in senso contrario l'irriducibilità del caso in oggetto alle ipotesi del *dedi tibi ut dares*, *dedi ut facias*, sulle quali il giurista traianeo ha elaborato la propria costruzione».

senza di una relazione sinallagmatica, come pure si è provato recentemente a ipotizzare.[379] Non perlomeno facendo affidamento sull'attuale stesura del brano.[380]

Al più si potrebbe tentare di giustificare il diverso quadro solutivo richiamandosi al carattere modale e non puro della donazione (*Permisisti* […] *ita*, *ut* eum locum, unde exemissem, *replerem*),[381] con un'ipotesi che ci condurrebbe comunque al di fuori del nucleo centrale della dottrina aristoniana del sinallagma, costruita, come si è detto, sulla nozione di scambio, per spingerci, peraltro, ben al di là di quelle zone di confine in cui *donatio* e *negotium* venivano a confondersi, come ad es. in Ulp. 4 *ad ed.*, portandoci in un campo in cui l'idea del *negotium* è ormai del tutto degradata nella più sbiadita prospettiva del *modus*. Ciò rende ragione dei sospetti di chi ha piuttosto pensato a un impiego dell'*a. de dolo*,[382] se non anche della *condictio*.[383]

---

[379] Nel senso di una relazione sinallagmatica vd. A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 43, su cui vd. però nt. seg.; P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 238 nt. 58 («La controprestazione è individuabile […] non vi sono dunque difficoltà a concedere l'*actio civilis incerti*»); opinione confermata in ID., *Raggiro colposo* cit., 341 nt. 85. Diverso e fondamentalmente da preferirsi il punto di vista di F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 236 s., il quale, come si è già visto (*supra* nt. 356), si limitava piuttosto ad osservare come nel caso dell'estrazione dell'argilla potesse ravvisarsi una duplicità di interessi, alla quale non è fatta però corrispondere una reciprocità di prestazioni, al punto che lo studioso pensava a una estensione della dottrina aristoniana da parte di Pomponio, più che a una sua pedissequa applicazione.

[380] In proposito vd. A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 43, il quale, proprio per questa ragione, non esclude che nella versione originaria l'obbligo di *replere* la fossa, venutasi a creare a seguito dell'attività estrattiva, risultasse assai più articolato di quanto possa evincersi oggi dal brano, di modo che il contegno atteso dall'estrattore potesse rivelarsi nel suo insieme vantaggioso per il proprietario del fondo («nella restituzione dei luoghi […] può scorgersi una sorta di controprestazione, almeno quando – e ciò poteva anche essere detto nel testo originale, accorciato dai compilatori – non si tratti solo di riempire il vuoto lasciato dalla *creta exempta*, ma di dare una sistemazione ai luoghi, tale da rappresentare un'utilità, rispetto allo *status quo ante*, per il proprietario del fondo»).

[381] È la strada che percorre ad es. R. SANTORO, *Il contratto* cit., 234 nt. 183 («è perciò che solo nel pr. si parla dell'*actio civilis incerti*»); negli stessi termini M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 159 e ivi nt. 473; un'apertura in proposito si registra anche in M. KASER, RPR I,[2] cit., 581 nt. 6. Più ampiamente sulla configurazione della vicenda in termini di donazione modale vd. F. HAYMANN, *Die Schenkung* cit., 40, 75; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 202 nt. 32; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 255 ss.; V. DEVILLA, *Actio incerti* cit., 56 s.; G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 94; L. ZHANG, *Contratti innominati* cit., 212 s. e ivi nt. 137. In senso contrario vd. C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 272 nt. 2.

[382] Così F. HAYMANN, *Die Schenkung* cit., 39 ss. nt. 2; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 202 nt. 32; 319; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 255 ss., su cui *infra* nt. seg.; V. DEVILLA, *Actio incerti* cit., 55; P. VOCI, *La dottrina* cit., 271; G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 94.

[383] Così, almeno in un primo momento, interpretava l'espressione '*civilem actionem incerti*'

Ciò che conta comunque ribadire è che se in Pomp. 22 *ad Sab*. D. 19.5.16.1 Aristone negava l'azione di adempimento di Ulp. 4 *ad ed.* è solo perché si trovava in presenza di una fattispecie evidentemente incapace di garantire quel reciproco vantaggio patrimoniale sul quale si fondava la propria teoria del συνάλλαγμα. Il comportamento del proprietario che consentiva ad altri di seminare sul proprio fondo e di raccogliere i frutti, senza ricevere alcuna utilità in cambio, non poteva infatti dirsi un *negotium*, avendo tratti e parvenze che lo avvicinavano piuttosto a un atto di mera liberalità o cortesia.[384] Questione che si riproponeva, seppur con qualche variante (*modus*), anche per l'ipotesi affrontata nel pr.[385]

8. Il *negotium* come schema concettuale tra ripetizione e adempimento.

L'analisi di Ulp. 42 *ad sab.* D. 19.5.15 ci ha certo restituito preziose informazioni, in grado di meglio chiarire il senso della dottrina aristoniana del συνάλλαγμα, offrendoci così un'importante chiave di lettura della *dissensio opinionum* testimoniataci sempre da Ulpiano in Ulp. 4 *ad ed.*, e che aveva visto allora protagonisti, come si è più volte evidenziato, Giuliano, Mauriciano e lo stesso Ulpiano. Al pari di Ulp. 42 *ad Sab.*, a essere oggetto di contrasto non era la teoria in sé, ma la sua concreta applicazione e più precisamente la possibilità di considerare συνάλλαγμα o se vogliamo *negotium*, un rapporto dal quale

---

O. LENEL, Pal. *Pomp.* 702 nt. 4 («*id est condictionem*»), con una congettura abbandonata già in ID., EP,[2] 292 nt. 1, ove si pensava piuttosto a un'identificazione con l'*a.p.v.*; l'impiego dell'azione di ripetizione non era escluso, tenuto conto della *sedes materiae*, da P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 208 nt. 2, 256 ss.; così anche J. PARTSCH, Rec. a P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 341; sempre invocando l'argomento palingenetico («Pomponio en el libro 22 *ad Sabinum* está tratando de la *condictio*»), prende in considerazione la possibilità che in origine il testo facesse espresso riferimento all'azione di ripetizione J. BURILLO, *Contribuciones* cit., 199 («Probablemente el texto no diría *nullam iuris actionem esse*, sino *condici non potest*»). Per una svalutazione del dato palingenetico vd. R. SANTORO, *Il contratto* cit., 234 nt. 183, trattandosi di tema, quello della *condictio*, «connesso a quello delle *actiones praescriptis verbis*»; negli stessi termini, più recentemente, M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 159 e ivi nt. 473.

[384] Così, ma in un ordine di idee che, come si è detto, tende a tenere distinte le due questioni (*negotium* e sinallagmaticità delle prestazioni), R. SANTORO, *Il contratto* cit., 232 nt. 176; F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 236 s.

[385] Per l'assenza di una relazione sinallagmatica vd. già F. HAYMANN, *Die Schenkung* cit., 75: «Daß es sich hier um Leistung und Gegenleistung […] ist gewiß nicht zutreffend».

non sembrava che le parti traessero entrambe utilità sul piano economico.[386] Ipotesi che, si è appena visto, trae conforto dalla lettura di Pomp. 22 *ad Sab*. D. 19.5.16.1.

Si tratta di un risultato indubbiamente importante, ma non privo di insidie, visto che alla già controversa nozione di συνάλλαγμα, viene qui ad affiancarsi (se non addirittura a sostituirsi) un concetto, come quello di *negotium*, per certi versi ancora più incerto e vago. Non c'è dubbio che abbiamo a che fare con una nozione estremamente sfuggente, non certo corrispondente al concetto moderno di negozio giuridico,[387] i cui contorni sono difficili da tracciare con precisione, per lo meno se si vuole andare al di là della generica perimetrazione semantica di atto non donativo,[388] di 'affare',[389] entro la quale gli autori, salvo rarissi-

[386] Questione che, a ben vedere, non era del tutto sfuggita («[…] ist sie unanwendbar, wo kein Vermögensinteresse vorhanden ist, also in den Fällen, wo der Empfänger eine nicht vermögenswerte Leistung an den Geber oder eine vermögenswerte an einen dritten machen soll») a A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 88 s., in un ordine di idee che si concentrava però unicamente su una valutazione soggettiva dell'utilità patrimoniale della prestazione, secondo la ben nota impostazione del già richiamato di Pap. 2 *quaest.* D. 19.5.7 […] *agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest: aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas*'.

[387] Più in generale sulla questione se i romani avessero elaborato o meno una nozione generale (anche solo) analoga a quella moderna di negozio giuridico vd., per la negativa, già A. PERNICE, *Labeo* 1 cit., 403 s.; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 136; G.G. ARCHI, *Donare e negotium gerere* (*Scritti* 2) cit., 669 s.; negli stessi termini anche P. VOCI, *La dottrina* cit., 46 ss., che semmai segnala una corrispondenza col generico termine negozio, nel senso di «attività economica, non importa se riconosciuta e tutelata dal diritto»: «Il latino *negotium* e l'italiano negozio (proprio della nostra lingua meno recente, più che della moderna) coincidono perfettamente nel significato». È bene però tenere presente che lo studioso ammetteva (48 s. e ivi nt. 1) ipotesi, certo assai meno frequenti, in cui il sostantivo sarebbe stato impiegato nel senso più ristretto di negozio giuridico, come, ad es. nel caso di Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33 («viene inteso strettamente come negozio giuridico») e Paul. 29 *ad ed.* D. 13.6.17.3, su cui vd. *infra* § seg.; adesivamente U. ROBBE, *Diritto ereditario romano* cit., 123 nt. 242 («*negotium*, tra i suoi vari usi, ha anche quello […] di indicare un'attività riconosciuta e tutelata dal diritto, e specificamente designa attività, che si possono senz'altro qualificare come negozi giuridici»); così ancor prima, pur se in un ordine di idee che tendeva comunque a ridimensionarne il rilievo in concreto assunto sul piano pratico-solutivo, P. CIAPESSONI, *Sul Senatoconsulto Neroniano* cit., 655 e ivi nt. 19, ove ulteriore letteratura. Più di recente, la corrispondenza *negotium*-negozio giuridico è contestata anche da A. SCHIAVONE, v. *Negozio giuridico (diritto romano)*, in Enc. dir. 27, Milano 1977, 906 ss.; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 282; in proposito vd. anche R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 29 s. nt. 20.

[388] Sull'antitesi tra *negotium* e *donatio* vd. già F.W.L. VON MEYERFELD, *Die Lehre von Schenkungen* 1 cit., 177, con ampie indicazioni di fonti, anche letterarie (Sen., *benef.* 6.12 'multum a *beneficio* distat *negotiatio*'); L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 147 s.; G.G. ARCHI, *Donare*

me eccezioni,[390] l'hanno giustamente confinata[391] e che certo emerge limpidamente dalle fonti.[392]

---

e negotium gerere (*Scritti* 2) cit., 669 ss., al quale si rinvia per una prima riflessione sulla tendenza, particolarmente diffusa tra la manualistica di diritto romano sino ai primi decenni del XIX sec., a trattare il tema della *donatio* all'interno della cornice sistematica del negozio se non addirittura del contratto, (anche) sotto la suggestione delle innovative prospettive introdotte da Costantino (Fragm. Vat. 249): al riguardo vd. R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 50 ss. e ivi nt. 31, 277 ss. e ivi nt. 1, con riferimenti alla letteratura; sempre sul tema del rapporto *negotium-donatio* vd. A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 87 ss.

[389] Per una corrispondenza del *negotium* con l'affare vd. già J.P. MOLITOR, *Les obligations en droit Romain. Tome second*,[2] Gand 1867, 309; P. VOCI, *La dottrina* cit., 47, il quale adduce ad es. l'espressione *societas unius negotii*, ove «si intende *negotium* nel senso di *negotiatio*, cioè affare», così come l'espressione *nova negotia*, in cui «il nome precede il riconoscimento, e quindi *negotium* è ciò che non è ancora, e si vuole diventi, negozio giuridico»; G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 38 ss.

[390] L'idea di un'estraneità della donazione rispetto alla nozione romana di *negotium* è respinta da C. FADDA, *La teoria del negozio giuridico, con cenni preliminari sul fatto giuridico in genere: lezioni di diritto romano raccolte da L. Ferrara*, Napoli 1898, 80 ss.

[391] L'assenza di una rigorosa precisazione dei confini concettuali della nozione da parte dei giuristi romani è stata da tempo evidenziata in dottrina. In questo senso vd. ad es. F. ŹRÓDOWSKI, *Das römische Privatrecht. Erster Band*. (*Das Recht im objectiven Sinn und die Personen*), Prag 1877, 249 s.; rinuncia alla possibilità di giungere a una precisazione tecnica A. CENDERELLI, *La negotiorum gestio* cit., 95; («qualsiasi attività d'affari […] dal punto di vista soggettivo contraddistinta dalla circostanza che l'agente, anche là dove ha di mira uno specifico interesse patrimoniale dell'altra parte, intende tutelarne uno suo proprio») G.G. ARCHI, *La donazione* cit., 3, il quale esclude che il termine *negotium* e di riflesso l'espressione *negotium gerere* abbiano mai fatto riferimento a una «rigorosa categoria giuridica»; punto di vista confermato in ID., *Donare e negotium gerere* (*Scritti* 2) cit., 948, 964: «*negotium gerere* […] presuppone sempre la tutela di un interesse patrimoniale da parte dell'agente, anche se questo non esclude un cospicuo vantaggio patrimoniale della controparte (es. tipico il comodato)»; per una oggettiva difficoltà a definire il *negotium* al di là della contrapposizione alla *donatio* vd. A. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit., 282; anche se con riferimento al punto di vista di Aristone, denuncia un impiego del temine nel generico senso di affare R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 16 s., con la precisazione per cui tale concettualizzazione sarebbe risultata suscettibile di una più precisa delimitazione in funzione dei singoli contesti d'uso, 27 s., con letteratura.

[392] Si veda ad esempio Pomp. 3 *ad Sab.* D. 41.1.19, ove, con riferimento al caso del *liber homo bona fide serviens*, è riportato il punto di vista di Aristone ([…] *Aristo ait: quod vero qui ei donaverit aut ex negotio adquisierit* rell); il valore paradigmatico del brano per ciò che concerne la contrapposizione tra le due nozioni è ben evidenziato («Sehr scharf ist der Gegensatz») già in L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1, 147 nt. 36; sul brano e in favore della genuinità dell'inciso '*quod vero-adquisierit*' vd., pur con rilievi di ordine formale, G.G. ARCHI, *Donare e negotium gerere* (*Scritti* 2) cit., 678 ss., al quale si rinvia per una rassegna dei principali brani al riguardo;

Soprattutto non si può ignorare che la stessa nozione rappresentava l'impianto teorico su cui si reggeva il tema della ripetizione (*ob rem dati* ma anche *indebiti*).[393] Si tratta di questione che invita certo a riflettere. Per quanto ciò si possa spiegare con la parziale sovrapposizione delle forme di tutela, rimane pur sempre la difficoltà di comprendere come, in concreto, lo stesso concetto potesse servire utilmente due teorie in apparenza antitetiche. Si tenga in più conto che a, ben guardare, il *negotium* doveva rappresentare la struttura concettuale fondamentale anche per chi avesse eventualmente aderito alla prospettiva di una tutela meramente onoraria mediante la concessione di *actiones in factum*, dovendosi inevitabilmente riconoscere a tali strumenti una funzione sostanzialmente (e in senso lato) ripetitiva,[394] ora che si è messa da parte la tesi di Pernice di una responsabilità da (quasi) delitto. E del resto si è avuto modo di evidenziare come, in svariate circostanze, il ricorso all'azione *in factum* rispondesse all'esigenza di ovviare all'impossibilità di avvalersi in concreto dell'azione di ripetizione, per questioni attinenti alla specificità della prestazione o attività economica da neutralizzare (*facere*), piuttosto che alla natura (negoziale o meno) che essa rivestiva.

In sostanza anche la teoria del *negotium,* al pari (e forse più) di quella di Ulp. 4 *ad ed*., rischia di tradursi in una semplificazione. Se in Ulp. 42 *ad Sab*. essa è in grado di fungere da valido criterio discriminativo sul piano solutivo, lo si deve al fatto che in quell'occasione l'alternativa all'impiego dell'azione contrattuale era rappresentata dall'*a. de dolo* e dunque da un rimedio processuale il cui esercizio era formalmente slegato da una più approfondita valutazione della natura della vicenda entro la quale il comportamento doloso, per il quale si agiva, si inseriva.[395] Non è però così sicuro che lo stesso argomento potesse essere

più di recente R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 18 ss., con accurata rassegna bibliografica (19 nt. 13); L. ZHANG, *Contratti innominati* cit., 184. Sospetti sulla frase si trovano in G. BESELER, *Romanistische Studien* (1930) cit., 42 nt. 2; G. DULCKEIT, *Erblasserwille und Erwerbswille bei Antretung der Erbschaft. Beiträge zum Willensproblem im klassischen römischen Erbrecht*, Weimar 1934, 65 ss.; G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini*[2] cit., 219; S. SOLAZZI, *Saggi di critica romanistica. VII. Il servo in usufrutto e Gai II.91*, in BIDR 49-50, 1947, 377 ss.

[393] L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 148 nt. 38 («Bekanntlich wird auch die condictio indebiti häufig auf die Denkform eines solchen bei der Zahlung stattgehabten negotium zurückgeführt»), con richiamo a Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33 e Gai. 1 *de verb. obl.* D. 46.1.70.4 '*Si a furioso stipulatus fueris, non posse te fideiussorem accipere certum est, quia non solum ipsa stipulatio nulla intercessisset, sed ne negotium quidem ullum gestum intellegitur. quod si pro furioso iure obligato fideiussorem accepero, tenetur fideiussor*'.

[394] Con le precisazioni di cui si è detto in vol. I, cap. III § 5.

[395] In proposito vd. però quanto si osserverà *infra* alla fine di questo stesso §.

altrettanto validamente impiegato nel caso in cui l'alternativa processuale fosse piuttosto costituita da forme di tutela orientate alla ripetizione o se vogliamo alla ricostituzione degli equilibri patrimoniali pregressi. Il punto è che le due diverse prospettive condividevano il medesimo impianto dogmatico: la teoria era la stessa. Diverse erano semmai le conclusioni.

Lo si è visto ad es. a proposito di C. 4.6.2 (Alex., a. 227), ove di *negotium gestum* si discorre in relazione a un'ipotesi di donazione modale, per la quale, in caso di inosservanza del *modus* (*si placita observata non essent*),[396] è ammesso il ricorso alla *condictio* in favore dell'erede del donante (*non est iniquum actionem condictionis ad repetitionem rerum donatarum tibi qui patri successisti decerni*).

Lo si è visto anche con riferimento a Paul. 6 *ad l. Iul. et Pap*. D. 39.6.35.3, in cui la medesima prospettiva del *negotium* (*qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit*) torna ad affacciarsi in materia di *donatio mortis causa*, ancora una volta a supporto della concessione dell'azione di ripetizione (*nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit* […] *in istis condictio sequitur*), in un impianto logico-discorsivo che, come si è già evidenziato, replica, anche espressivamente, gli schemi argomentativi altrove impiegati a supporto dell'azione contrattuale.[397]

Del resto in Ulp. 16 *ad Sab.* D. 12.6.2 pr. è proprio Ulpiano[398] a invocare la categoria del *negotium* per giustificare l'impiego della *condictio* in via di ripetizione,[399] rispetto a un caso per il quale era stata espressamente (*si quis sic solverit, ut*) prevista la restituzione di quanto dato in adempimento[400] (forse di un lega-

---

[396] F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 816 lett. dd).

[397] Per entrambi i brani vd. *supra* § 3 di questo cap.

[398] Così, a ben leggere il pensiero dell'autore, A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 246 s. e ivi nt. 2; G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones (Studi 2)* cit., 725. Sembra diversamente propendere per un'attribuzione a Sabino («il ragionamento di Sabino») P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 374, con una conclusione che non pare potersi condividere e che peraltro si basa unicamente sul fatto che Ulpiano si trovasse qui a commentare l'opera del più antico giurista.

[399] P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 374 s.: «doveva essere vera la reciproca: si ha un *negotium contractum*, dovunque sia ammissibile la *condictio*»; sospetti sul riferimento al *negotium contractum* si trovano in G. DULCKEIT, *Voluntas und fides im Vermächtnisrecht*, in *Festschrift P. Koschaker* 2 cit., 324; adesivamente S. SOLAZZI, *L'errore nella condictio indebiti* (*Scritti* 4) cit., 148 nt. 193; per la genuinità sostanziale vd. G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones (Studi 2)* cit., 725 («la sua menzione […] anche se non genuina, non può costituire una interpolazione sostanziale»).

[400] Nel senso di un'obbligazione restitutoria condizionata F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* IV cit., 363; negli stessi termini e in un ordine di idee che tende a dare risalto alla presenza di apposito accordo restitutorio («ci troviamo di fronte ad un negotium contractum in quanto

to),[401] nell'eventualità in cui si fosse in seguito accertato che questo non fosse dovuto o fosse stato comunque effettuato in violazione dei limiti posti dalla *lex Falcidia*:[402] quello stesso *negotium* che in Ulp. 42 *ad Sab.* rappresentava il nucleo centrale della visione ricostruttiva su cui si reggeva la decisione di concedere l'azione contrattuale. Si legga il passo:

Ulp. 16 *ad Sab.* D. 12.6.2 pr.: *Si quis sic solverit, ut si apparuisset esse indebitum vel Falcidia emerserit, reddatur, repetitio locum habebit: negotium enim contractum est inter eos*.

---

colui che pagò ebbe a dichiarare esplicitamente o almeno verosimilmente che avrebbe voluto riottenere quanto diede senza causa: Ulpiano insomma è molto vicino al Gaio di Inst. 3.91») E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 285; uno spunto in tale direzione può trovarsi già in Cirillo in sch. 1 a Bas. 24.6.2 (Hb. III 30 = Schelt. B V 1753, che lo ricollega a Bas. 24.6.6), con svalutazione però del rilievo assunto dal patto in quanto tale ai fini dell'applicazione della *condictio*. Rovescia la soluzione indicata nel brano, negando l'impiego dell'azione di ripetizione, S. SOLAZZI, *L'errore nella condictio indebiti* (*Scritti* 4) cit., 148 nt. 193 («*Si heres … sic solverit, ut si apparuisset esse indebitum vel lege Falcidia minui, reddatur, repetitio locum <non> habebit*»), il quale giudica bizantina la chiusa a partire dalle parole *negotium enim*. Per quanto la questione non abbia qui particolare interesse, non sembra tuttavia possa ritenersi del tutto appropriato il rinvio a C. 4.5.11 che si trova in C.F. REINHARDT, *Ergänzungen zu F. Glück ausführlicher Erläuterung der Pandecten. Vierten Bandes*, Stuttgart 1838, 363 s., il quale non tiene evidentemente conto del fatto che in quell'occasione Giustiniano si trovava a porre termine a una questione (certo) connessa, ma (di sicuro) differente: la possibilità di ammettere la ripetizione a favore di chi avesse adempiuto nel dubbio di esservi tenuto. Questione che aveva agitato i giuristi e che l'imperatore aveva risolto pronunciandosi in favore dell'ammissibilità dell'azione (*repetitionem non denegari*), non potendosi far valere, nei confronti dell'autore dell'adempimento rivelatosi poi indebito, la presunzione di una *solutio* transattiva, salvo potesse dimostrarsi diversamente.

[401] Così, sulla scorta di Bas. 24.6.2 'Ο καταβαλὼν ληγάτον ἐφ' ᾧ ἀναλαβεῖν' (Hb. III 29 = Schelt. A III 1163), F. EISELE, *Exegetica*, in ZSS 35, 1914, 33 s., ove si propone di integrare il brano leggendo: Si quis <*legatum per damnationem certum relictum*> sic solverit, attribuendo la soppressione delle parole in questione a un intervento compilatorio («die Kompilatoren mußten die gesperrt gedruckten Worte streichen»); adesivamente G. DULCKEIT, *Voluntas und fides* cit., 324; E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 284: 'Si quis <*legatum*> sic solvitur'. Sempre per l'adempimento di un legato vd. l'appena richiamato sch. 1 a Bas. 24.6.2 di Cirillo: Κυρίλλου. Εἰ ἐπὶ τούτῳ καταβάλλω λεγάτον […].

[402] Espungono le parole *vel Falcidia emerserit* O. LENEL, *Pal.* 2.1056 nt. 2; A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 247 e ivi nt. 2; G. BESELER, *Beiträge* 3 cit., 72; P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 2 cit., 374; F. EISELE, *Exegetica* cit., 33 s.; G. DULCKEIT, *Voluntas und fides* cit., 324 («Zunächst besteht kein Zweifel daran, daß *[vel – emerserit]* unecht ist»); per la genuinità vd. invece E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 285; mantiene il riferimento, suggerendo tuttavia di leggere, come si è appena visto (nt. 400), '*vel lege Falcidia minui*' S. SOLAZZI, *L'errore nella condictio indebiti* (*Scritti* 4) cit., 148 nt. 193.

Sulla nozione di *negotium* è infine costruita, lo si è visto, la teoria giulianea della *condictio* in Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33 ([…] *condictio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contrahetur*).[403]

La contestuale e indistinta riferibilità della nozione negoziale alle due diverse prospettive dell'adempimento e della mera ripetizione non deve ovviamente costituire una ragione (o meglio ancora un pretesto) per mettere in discussione il riferimento al *negotium* in Ulp. 42 *ad Sab*., o ancora nelle innumerevoli testimonianze ulpianee in cui questo co ncetto è chiamato a svolgere un ruolo determinante nell'*iter* decisionale.

Tra i due piani esiste una strettissima relazione, anche dal punto di vista storico, se solo si considera che quello della ripetizione deve aver costituito lo spunto di riflessione e di maturazione dell'altro. Basterebbe anche solo soffermarsi sul lessico della teorica contrattuale aristoniana (*causa*, *negotium*) per comprendere come questa sia maturata come sviluppo rispetto a una precedente attività di precisazione concettuale che aveva come suo obiettivo quello di predisporre un criterio attraverso il quale poter individuare le funzioni specifiche perseguite attraverso le diversi attribuzioni patrimoniali, in modo da poter distinguere tra attribuzioni non aventi altro fine se non quello di arricchire il beneficiario delle stesse e attribuzioni diversamente non donative, supportate da un interesse patrimoniale apprezzabile.[404] Come si è appena chiarito, si trattava di distinzione fondamentale in relazione all'impiego della *condictio*, non al punto però di dover giungere, argomentando *a contrario*, a pericolose generalizzazioni, come se non si potesse dogmaticamente discorrere di *negotium contractum* per tutte quelle ipotesi per le quali risultasse precluso l'impiego dell'azione di ripetizione.[405]

---

[403] Sul brano vd. *supra* cap. IV § 4.1

[404] In questo senso, per una identità della nozione di *causa* dei contratti innominati con quella della *condictio causa data*, *causa non secuta* («L'identité de la notion de la *causa*, est le trait commun»), vd. M. PHILONENKO, *Elegantia*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, II, Milano 1956, 517 s.; F. CHAUDET, *Condictio causa data causa non secuta. Critique historique de l'action en enrichissement illégitime de l'art. 62 al. 2 CO*, Lausanne 1973, 75 s.; C.A. CANNATA, *Contratto* cit., 48; A. BURDESE, *Divagazioni* cit., 333 ss.; più di recente una connessione «tra l'ambito della *condictio* e la costruzione aristoniana» è ammessa anche da T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 244 («mi pare si debba accogliere l'idea secondo cui il terreno di maturazione dogmatica della causa fu quello della *condictio*»), 257 ss.; ID., *La causa del contratto* cit., 184: sul pensiero dello studioso vd. anche *infra* nt. 407; O. BEHRENDS, *Die condictio causa data causa non secuta* cit., 50 ss.

[405] Una radicalizzazione della questione («non si può invece parlare di *negotium contractum* secondo i Sabiniani, là dove la *condictio* è esclusa») sembra rinvenirsi in P. DE FRANCISCI, **ΣΥ-**

Con Aristone si va oltre, si compie un passo ulteriore. Si mette a punto una teoria profondamente innovativa, che non si accontenta di ristabilire un semplice riequilibrio patrimoniale, ma più ambiziosamente mira all'adempimento della controprestazione concordata, sino a quel momento considerata semplicemente come la *causa* giustificatrice del già attuato spostamento patrimoniale, lo scopo economico[406] il cui mancato verificarsi poteva al più giustificare l'esercizio dell'azione di ripetizione.[407] Per il raggiungimento del nuovo obiettivo, si rende però necessaria una valutazione complessiva dei sacrifici patrimoniali di tutti i soggetti coinvolti. Potremmo dire che occorre una doppia negozialità. È necessario appunto che entrambi i soggetti traggano un vantaggio patrimonialmente apprezzabile, un reciproco arricchimento: solo così potrà configurarsi un συνάλλαγμα e solo così si potrà agire per l'adempimento.[408] Si tratta di un sal-

---

ΝΑΛΛΑΓΜΑ 2 cit., 375 s., ove si adduce ad es. Paul. 13 *ad Sab*. D. 43.26.14 («non si poteva nel precario parlare di *negotium contractum*, mancando la possibilità di agire con la *condictio*, posto che non c'è stata *datio*, trasmissione di proprietà»).

[406] Per un'interpretazione della *causa* come «wirtschaftliche Zweck» vd. O. LENEL, *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgelichen Gesetzbuchs)*, in AcP 74, 1889, 228 ss., ove peraltro si fa osservare come, a dispetto di Pomp. 27 *ad Q. Muc.* D. 12.6.52 '*Damus aut ob causam aut ob rem: ob causa praeteritam* […] *ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit*', sia proprio il termine *causa* a esprimere per i giuristi romani la funzione negoziale («wird gerade der Geschäftszweck ganz regelmäßig causa im technischen Sinne genannt»); ID., *Nochmals die Lehre von der Voraussetzung*, in AcP 78, 1892, 69. Sul brano di Pomponio e sulla tensione che si rinviene nelle fonti tra la prospettiva del *dare ob rem* e quella (che il giurista antoniniano presenta come) antitetica del *dare ob causam* vd., con riferimenti alla letteratura, L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione* cit., 72 s. e ivi nt. 13, 137 ss., ove non si esclude che il pensiero riportato nel brano di Pomponio possa risalire a Q. Mucio, secondo un'ipotesi, come ricorda lo stesso studioso, non nuova in dottrina (indicazioni alla p. 141 nt. 213).

[407] In proposito vd. T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit., 244 ss., 288 ss., 362, ove si ipotizza un passaggio da parte di Aristone dalla prospettiva della *causa* quale «ragione giustificativa dell'attribuzione patrimoniale», operante all'interno del sistema delle *condictiones*, a quella della *causa finalis* da intendersi quale funzione del contratto che «sta alla base della prestazione a ottenere, dopo l'esecuzione della prima prestazione, l'adempimento della seconda»: con un risultato sulla cui acquisizione avrebbe assunto un ruolo di non poco conto, se non addirittura «determinante», la riflessione filosofica greca (ed aristotelica in particolare) maturata intorno alla nozione di αἰτία (264 ss.), che avrebbe portato, per il tramite soprattutto di Cicerone e Seneca, a un «adeguamento del termine latino» (*causa*) «al corrispondente greco»; ID., *La causa del contratto* cit., 188 s., 214 ss.

[408] Così («Synallagma est ici synonyme de "*negotium contractum*". Il y a donc convention *intéressée* des deux côtés; l'élémente essentiel est l'intérêt») A. GIFFARD, *La doctrine d'Ariston* (*Études*) cit., 191, anche se poi, come si è visto, lo studioso francese, finiva, non senza incongruenza, con l'identificare la *causa* con la *datio rei*: «la cause de ce texte est donc une *res*, une *datio rei*: la causa est la base, non le but de la convention. "Si causa subest" = Si la cause est à la ba-

to qualitativo che giustifica l'apprezzamento di Ulpiano e potrebbe forse anche spiegare l'eleganza che questi attribuiva alla dottrina del giurista traianeo (*eleganter Aristo Celso respondit*). Con una certa approssimazione si potrebbe già affermare che *negotium* e συνάλλαγμα rappresentano due nozioni formalmente autonome ma legate in una visione dottrinale unitaria, in cui la seconda (il συνάλλαγμα, per l'appunto) rappresenta una *species* della prima (il *negotium*). Non ogni scambio (in senso lato), non ogni nesso funzionale tra prestazioni è un συνάλλαγμα (in senso stretto): lo è solo se realizza un interesse giuridicamente apprezzabile per entrambe le parti in causa.

Ciò spiega perché in caso di assenza di negozialità condivisa si dovesse ripiegare sulla ripetizione, ma anche la ragione per cui, anche in tema di ripetizione, l'analisi svolta dai giuristi continuasse a fare appello, anche terminologicamente, alle medesime categorie e al medesimo strumentario logico-argomentativo: proprio perché a questo fine erano stati congegnati.[409]

È bene osservare che la stessa fluidità concettuale sembra apparentemente non aver risparmiato neppure le nozioni di *nuda conventio* o *nuda pactio* che abbiamo trovato impiegate in Ulp. 42 *ad Sab.* e Ulp. 4 *ad ed.* § 4 (ammesso che debba attribuirsi ad Ulpiano)[410] in correlazione e in antitesi alle nozioni, rispettivamente, di *negotium* (bilaterale) e συνάλλαγμα.

Ciò perlomeno se dovesse ritenersi genuino il riferimento al *nudum pactum* che si legge nel già richiamato C. 5.14.1 (Sev. et Ant., a. 206). È il caso di riportare il provvedimento in questione:

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

---

se»: rilievi al riguardo si trovano già in R. SANTORO, *Il contratto* cit., 222 nt. 154; sempre nel senso dell'affare che interessa entrambe le parti vd. C.A. CANNATA, *Contratto* cit., 47, in un ordine ricostruttivo che pone però tale modello teorico in diretta connessione con la nozione labeoniana di *ultro citroque obligatio* (vol. I, cap. II § 8); critico in proposito A. BURDESE, *Divagazioni* cit., 329 s., il quale sottolinea le difficoltà alle quali si andrebbe incontro nel dovere configurare in termini di affare reciproco rapporti contrattuali tipicamente gratuiti quali deposito e comodato.

[409] Proprio per le ragioni qui evidenziate deve respingersi e giudicarsi in ogni caso troppo rigida la distinzione tra le due questioni (convenzioni atipiche sinallagmatiche e *dationes ob rem*) posta da R. SCEVOLA, *Negotium mixtum* cit., 122 ss., 130 s.

[410] In proposito vd. *supra* § 6 di questo cap.

La stessa costituzione, qui attribuita agli imperatori Severo e Antonino e riportata sotto il titolo *De pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias et paraphernis*, si trova riprodotta anche in C. 2.3.10, all'interno della rubrica *de pactis*, con la differenza che viene diversamente attribuita ad Alessandro Severo.

C. 2.3.10 *Imp. Alexander Nicae.* Legem, quam dixisti, cum dotem pro alumna dares, servari oportet, nec obesse tibi potuit, quod dici solet ex pacto actionem non nasci: tunc enim hoc iure utimur, cum pactum nudum est: alioquin cum pecunia datur et aliquid de reddenda ea convenit, utilis est condictio. *PP. III k. Mart. Albino et Maximo conss.* [a. 227]

Come si può agevolmente osservare, se si fa eccezione per dettagli meramente formali di poco o nessun conto (*nec obesse tibi debet-nec obesse tibi potuit*; *tunc enim hoc dicimus-tunc enim hoc iure utimur*),[411] le due versioni risultano pressoché coincidenti, così come identico è il destinatario di entrambi i rescritti. Ciò induce a condividere l'opinione di quanti ritengono che ci si trovi di fronte allo stesso provvedimento pervenuto per il tramite di due distinte tradizioni testuali.[412] Appare in effetti più difficile da sostenere l'ipotesi di una riproposizione della questione, a distanza di vent'anni, da parte dello stesso richiedente, secondo quanto è stato congetturato da chi ha piuttosto pensato a un riutilizzo del primo provvedimento da parte della cancelleria di Alessandro Severo:[413] e ciò

[411] Più corretto il modo di esprimersi nel provvedimento del 206, soprattutto per la frase *nec obesse tibi debet*, secondo G. MELILLO, *Un rescritto severiano* cit., 849, il quale fa osservare come risulti stilisticamente sfalsata l'espressione *nec obesse tibi potuit* (227) riferita a un processo in corso o ancora da iniziare; sulla questione vd. *infra* nt. 413.

[412] In questo senso già H.J. WOLFF, *Vorgregorianische Reskriptensammlungen*, in ZSS 69, 1952, 137, per il quale più precisamente le costituzioni sarebbero state presenti in due distinte raccolte utilizzate nella stesura del *codex Gregorianus* («Beide Zusammenhänge wurden von Gregorius bei der Kompilation seines Codex verwendet, wobei es ihm entging, daß er zweimal dieselbe Konstitution abschrieb»); G. MELILLO, *Un rescritto severiano* cit., 845 s.; così in sostanza anche A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 64.

[413] Così («non appare inconcepibile che possa essere stata riproposta dopo più di un ventennio dallo stesso richiedente») R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 100 s. A detta dell'autore, l'ipotesi di un successivo riutilizzo da parte del *magister a libellis* del 227 potrebbe anzi spiegare le varianti espressive presenti nel testo rispetto alla costituzione del 206, come l'impiego del perfetto '*potuit*' in luogo del presente '*debet*' o ancora la sostituzione della frase '*hoc dicimus*' con la locuzione *hoc iure utimur*; sembrerebbe aderire alla spiegazione di Santoro F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 279 s., («nel rescritto […] di Settimio Severo e in quello, ad esso conforme, di Alessandro

anche a tener conto del fatto che si trattasse di azione civile imprescrittibile.[414] In considerazione della identità parziale della coppia consolare (*Albino et Aemiliano conss.* in C. 5.14.1; *Albino et Maximo conss.* in C. 2.3.10), non è irragionevole supporre che uno dei brani risultasse privo dell'indicazione dei nominativi dell'imperatore o degli imperatori autori del provvedimento e che si sia provato a ovviare a questa lacuna, sulla base delle informazioni disponibili relativamente alla coppia consolare.[415] Naturalmente tale ipotesi non consente di risolvere ogni aspetto problematico[416] e soprattutto non ci mette nella condizione di stabilire con sicurezza se la soluzione risalga a epoca papinianea o piuttosto ulpianea.

Come si intuisce, si tratta di questione non priva di interesse, dato che nel secondo caso non sarebbe avventato sperare di trarre valide indicazioni ai fini dell'interpretazione di Ulp. 4 *ad ed.* e Ulp. 42 *ad Sab*. Ogni presa di posizione sul punto sarebbe però meramente speculativa. La circostanza che il nome completo del console *Maximus*, indicato nel provvedimento del 227, sia Marcus Laelius Maximus *Aemilianus*,[417] non sembra possa di per sé fornire un valido con-

---

Severo»); in termini ancor più netti M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 224 nt. 247; esprime invece marcato scetticismo al riguardo («assolutamente improbabile») G. MELILLO, *Un rescritto severiano* cit., 846.

[414] Così sempre R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 101 nt. 54

[415] In questo senso («l'equivoco proviene forse dall'analogia delle coppie consolari») G. ROTONDI, *Studi sulle fonti del codice Giustinianeo*, studio pubblicato in due parti nei numeri 26 e 29 del Bullettino e riedito unitariamente in V. ARANGIO-RUIZ (a cura di), *Scritti giuridici. Volume I. Studi sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano*, Milano 1922, 203 nt. 2; H. J. WOLFF, *Vorgregorianische Resckriptensammlungen* cit., 130, il quale esclude che a essere caduti nell'equivoco possano essere stati i compilatori: «Damit ist sichergestellt, daß bereits in den Quellen der Kompilatoren das Reskript an zwei verschiedenen Stellen erschien, mit abweichenden Daten und leichter Schwankung im Wortlaut, aber mit dem gleichen Zusatz von fremder Hand»; pensa a un problema di tradizione testuale antecedente ai lavori compilatori anche G. MELILLO, *Un rescritto severiano* cit., 847 s.

[416] Rimane certo aperta la questione della difformità del giorno di emanazione (*PP. VII k. Febr.*; *PP. III k. Mart.*), che, come nota R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 101, è indubbiamente più difficile da spiegare nell'ottica di un errore; lo ammette tra le righe anche P. KRÜGER, *Corpus iuris civilis. Editio stereotipa octava. Volumen secundum. Codex Iustinianus*, Berolini 1906, 492 nt. 1; più recentemente H.J. WOLFF, *Vorgregorianische Resckriptensammlungen* cit., 138, per il quale tuttavia tale discrepanza sarebbe meno difficile da giustificare se si dovesse prendere in considerazione l'ipotesi di un impiego, da parte dei commissari di Gregorio, di fonti non documentali («Sie würde verständlich, wenn wir uns vorstellen dürften, daß die Gewährsmänner des Gregorius das Reskript nicht aus einer schriftlichen Quelle, sondern nur aus dem mündlichen Vortrage des kommentierenden Professors kannten»).

[417] Così G. MELILLO, *Un rescritto severiano* cit., 848; R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 101

tributo per la soluzione del problema. Di sicuro non è sufficiente per legittimare la congettura di un'identità coll'*Aemilianus* che figura nel rescritto datato (si dovrebbe dire: erroneamente) 206 (*Albino et Aemiliano conss.*).[418] Se è vero che a favore di questa ipotesi potrebbe deporre il fatto che i nomi di *Albinus* e *Aemilianus* compaiono nella *subscriptio* di due provvedimenti del 227,[419] non si può d'altra parte non considerare che C. 5.14.1 non è l'unico provvedimento del 206 per il quale è attestata la stessa coppia consolare. Gli stessi nominativi (*Albinus* e *Aemilianus*) ricorrono infatti in un gruppo non sparuto di costituzioni dello stesso anno,[420] per le quali si dovrebbe a questo punto egualmente prendere in considerazione l'eventualità di un errore di datazione (e dunque di attribuzione), con un'ipotesi che rischia di diventare decisamente problematica. Né d'altra parte la denunciata «dissonanza» nell'indicazione della coppia consolare dell'anno 227 (*Albinus et Maximus*; *Albinus et Aemilianus*) può realmente considerarsi indice di una tradizione testuale, per le costituzioni di quell'anno, scarsamente affidabile, ritenendo così C. 2.3.10 (a. 227) meno «fededegna» rispetto a C. 5.14.1 (a. 206).[421]

Va da sé che di fronte ai molti dubbi che permangono sulla datazione della costituzione non ha senso porsi l'ulteriore questione della paternità scientifica

---

nt. 52; in termini parzialmente differenti, ma irrilevanti ai fini della questione principale, P. KRÜGER, *Codex Iustinianus* cit., 492 nt. 1: «Aemiliano (*videlicet* Maximo Aemilio Aemiliano)»; adesivamente H. J. WOLFF, *Vorgregorianische Resckriptensammlungen* cit., 137 s.

[418] Così invece, e dunque per un'attribuzione del provvedimento alla cancelleria di Alessandro Severo, P. KRÜGER, *Codex Iustinianus* cit., 492 nt. 1: «Aemiliano (*videlicet* Maximo Aemilio Aemiliano) 2,4,5. 9,6,4; *unde factum videtur, ut legum geminarum* 2,3,10. 5,14,1 *altera huic altera* a. 206 *adscriberetur, licet etiam in die dissentiant*»; arriva alla conclusione opposta H. J. WOLFF, *Vorgregorianische Resckriptensammlungen* cit., 138 («Für unser Reskript ist mir am wahrscheinlichsten, daß es im Jahre 206 von Severus und Carac[o]<a>lla erlassen war. Der Verfasser der Quelle für C. 2. 3. 10 war sich aber über diese Herkunft im Unklaren, bezog daher den Namen Aemilianus auf den Konsul des Jahres 227, gab ihm die gebräuchlichere Form: Maximus und ließ entsprechend in der Inskription Alexander als den reskribierenden Kaiser auftreten»).

[419] Si tratta più precisamente di C. 2.4.5 (PP. K. Mart. Albino et *Aemiliano* conss., a. 227) e C. 9.6.4 (PP. VI. K. Ian. Albino et *Aemilano* conss., a. 227). La notazione si deve, come si è appena visto, a P. KRÜGER, *Codex Iustinianus* cit., 492 nt. 1; nello stesso senso vd. H.J. WOLFF, *Vorgregorianische Resckriptensammlungen* cit., 137; G. MELILLO, *Un rescritto severiano* cit., 847.

[420] Si tratta di C. 2.3.4 (III id. Febr.); C. 5.37.1 (XII k. Oct.); C. 5.62.3 (id. Mart.); C. 6.3.3 (k. Nov.); C. 7.53.1 (III k. Febr.); C. 8.30(31).1 (III k. April.).

[421] G. MELILLO, *Un rescritto severiano* cit., 847 s.; per una svalutazione della questione R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 100 nt. 52.

del rescritto. Si deve pertanto rinunciare alla possibilità di utilizzare il brano nella speranza di trarre elementi utili per meglio ricostruire il pensiero di questo o quel giurista.[422] Ogni conclusione in proposito è del tutto congetturale, così come deve ritenersi non privo di arbitrarietà il tentativo di interpretare Pap. 4 *resp*. D. 23.4.26.3 (‘*licet directa actio nulla competit, utilis tamen in factum danda est*’) alla luce di C. 5.14.1 (‘*utilis est condictio*’), e viceversa, riportando peraltro entrambe le soluzioni processuali all’interno del paradigma formulare dell’*a.p.v.*[423]

Rimane naturalmente immutato il rilievo che il provvedimento imperiale assume ai nostri fini.

Pur nei scarni termini in cui la vicenda è rappresentata[424] è opinione condi-

---

[422] Si pronuncia per un’attribuzione della paternità sostanziale della soluzione a Papiniano, allora *praefectus praetorio* («È difficile ritenere che la decisione assunta nel rescritto del 206, quando Papiniano era *praefectus praetorio*, non rispecchiasse il suo pensiero») F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 280 nt. 72, il quale d’altra parte sembra seguire, come si è detto, l’ipotesi di Santoro di un’autonomia formale dei due provvedimenti; sulla stessa linea anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 224 nt. 246 («Diese Entscheidung erging, als Papinian bereits *praefectus pretorio* und wohl mit der Abfassung seiner Responsen, denen D. 23.4.26.3 entnommen ist, beschäftigt war […] Es ist mehr als wahrscheinlich, daß Papinian auch die Entscheidung in C. 5.14.1 zumidenst beeinflußte»). Senza affrontare la questione del rapporto tra i due provvedimenti (e senza prendere in effetti neppure in considerazione il più antico provvedimento del 206), sembra suggerire che dietro il provvedimento del 227 vi fosse la mano di Paolo A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 278 («Er nennt die Vereinbarung der Rückgabe *legem suae rei dicere*, ganz im Sinne seines damaligen Ratgebers Paulus»): il riferimento è a Paul. 35 *ad ed*. D. 23.4.20.1. L’affinità lessicale tra i due brani, sotto questo specifico punto di vista, è segnalata anche da P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 274 nt. 2.

[423] Così F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 279 s., ove si pensa, per entrambe le ipotesi, a «un’applicazione in via utile» dell’*actio ex stipulatu*: quindi *intentio incerta* di stretto diritto preceduta da *praescripta verba* descrittivi del fatto fondativo della pretesa; nell’ottica di una identità solutiva («beide Fragmente Ausdruck einer einheitlichen Rechtsauffassung sind») anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 224 s. e ivi nt. 246, il quale approda sostanzialmente alle stesse conclusioni processuali del Maestro torinese, per quanto l’autore si orienti più per un adattamento del modello dell’*a. civilis incerti* aristoniana mediante *praescripta verba*, sulla base, dunque, di logiche (sillogistico-)deduttive anziché paradigmatiche (analogia), secondo quanto diversamente teorizzato da Gallo, in applicazione delle nuove linee di indirizzo che sarebbero state dettate da Adriano in sede di codificazione dell’editto (in proposito vd. vol. I, cap. II § 6).

[424] Da questo punto di vista, il testo della costituzione risulta in effetti assai vago, nel senso che non dà informazioni specifiche sul contenuto concreto della pattuizione; proprio per tale ragione mantiene un atteggiamento generico, non accennando a obblighi restitutori o di altra natura, F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 279; così anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 225 («handelt es sich […] zur Durchsetzung eines durch *datio* bekräftigten *pactum*»); evidenzia

visa che a essere portato all'attenzione della cancelleria fosse un caso di costituzione di dote da parte di un terzo (Nica), per la quale fosse stata prevista la restituzione in favore dello stesso costituente, mediante semplice patto.[425] Qualche discussione semmai sussiste sul concreto atteggiarsi dell'obbligo restitutorio, e più precisamente se questo operasse in caso di scioglimento del matrimonio (*soluto matrimonio*) o piuttosto in caso di mancata celebrazione delle nozze («*si nuptiae non fuerint secutae*»).[426] Non sembra si tratti tuttavia di aspetto davvero decisivo ai fini di una corretta valutazione della decisione adottata dalla cancelleria e della sua classicità.[427]

---

l'assenza di precise informazioni sul caso sollevato dal richiedente J. WOLFF, *Vorgregorianische Resckriptensammlungen* cit., 133.

[425] In questo senso ci limitiamo a segnalare A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 277 s.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 273 ss.; A. GIFFARD, *Precarium* (*Études*) cit., 179 nt. 15; H. J. WOLFF, *Vorgregorianische Resckriptensammlungen* cit., 135 ss.; G. MELILLO, *Un rescritto severiano* cit., 849; R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 101; M. U. SPERANDIO, *Codex Gregorianus. Origini e vicende*, Napoli 2005, 100 nt. 60.

[426] Per la prima soluzione vd. G. MELILLO, *Un rescritto severiano* cit., 849; per la seconda A. EHRHARDT, *Justa causa traditionis* cit., 79 ss. («datio dotis iustis nuptiis non secutis»), 82; H. J. WOLFF, *Vorgregorianische Resckriptensammlungen* cit., 135 ss. Non prendono posizione A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 277 s.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 273 ss.; R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 101.

[427] Diversamente J. WOLFF, *Vorgregorianische Resckriptensammlungen* cit., 133 ss.; una critica al punto di vista di Wolff può trovarsi in M. U. SPERANDIO, *Codex Gregorianus* cit., 100 nt. 60. Mostrano di ritenere la questione irrilevante dal punto di vista solutivo A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 277 s.; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 273 ss.; così in sostanza, pur orientandosi per una *condictio ob causam finitam*, anche M. TALAMANCA, *Pubblicazioni* (1988) cit., 809 («difficile riportare la decisione soltanto al caso di restituzione perché la *res* – il matrimonio – non è *secuta*»). È bene osservare come in entrambi i casi ad essere in discussione sarebbe stata la tutela del patto restitutorio. Anche per l'ipotesi di mancata celebrazione delle nozze il diritto del terzo alla restituzione presupponeva pur sempre un'espressa pattuizione (o comunque una previsione) in tal senso con lo *sponsus*, in assenza della quale il diritto ad agire per la ripetizione della dote sarebbe spettato (solo) alla donna a favore della quale era stata costituita la dote, come può ricavarsi da Paul. 17 *ad Plaut*. D. 12.4.9 pr. *Si donaturus mulieri iussu eius sponso numeravi nec nuptiae secutae sunt, mulier condicet. sed si ego contraxi cum sponso et pecuniam in hoc dedi, ut, si nuptiae secutae essent, mulieri dos adquireretur, si non essent secutae, mihi redderetur, quasi ob rem datur et re non secuta ego a sponso condicam.* Sul brano vd., per la genuinità, A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 278 e ivi nt. 5; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 274, il quale, al più e con molta cautela, avanza riserve sull'avverbio *quasi* («Qui si potrebbe solo dubitare se il *quasi* sia classico»); per la genuinità sostanziale anche G.G. ARCHI, *Dote e donazione nel diritto romano*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, II, Milano 1953, 235 ss., ove sono ben evidenziate le interferenze che potevano venire a realizzarsi, sul piano pratico, tra *causa dotis* e *causa donationis* in caso

L'aspetto principale concerne l'individuazione dell'azione qui concessa al richiedente con l'affermazione '*utilis est condictio*'.[428] In molti vi hanno voluto intravedere un riferimento all'azione contrattuale atipica: discutendo al più se si trattasse, in concreto, della labeoniana *a. praescriptis verbis*[429] o dell'aristoniana *a. civilis incerti*,[430] per quanti, naturalmente, si pongono nella già chiarita prospettiva di una differenziazione tra i due rimedi.[431]

---

di costituzione di dote da parte di un terzo, pur rimanendo entrambe le cause dogmaticamente ben distinte (241: «come non possono assorbirsi l'una nell'altra, così non possono nemmeno formare il contenuto di un *negotium mixtum*»); in difesa del testo vd. più recentemente L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione* cit., 117 s., ove altra letteratura; espunge diversamente il tratto '*quasi-re non secuta*' A. EHRHARDT, *Justa causa traditionis* cit., 82 e ivi nt. 17, con rilievi sul piano sintattico-grammaticale («Das Präsens „datur" nach dem Perfektum historicum „contraxi, dedi", der Subjektswechsel»).

[428] È appena il caso di ricordare che, sfruttando una diversa tradizione manoscritta, si è talvolta suggerito di leggere *utilis est conditio*, quasi a voler sottolineare la validità della convenzione (*lex*) aggiunta al momento della costituzione della dote (*Legem, quam dixisti, cum dotem pro alumna dares*). La proposta, che pur aveva trovato qualche sostenitore tra gli autori più antichi, è stata però col tempo accantonata. Per la tesi positiva vd. H. DONELLUS, *Commentaria in codicem Iustiniani. Ad titulum III lib. II de pactis. Ad L. 10*, in *Opera Omnia. Tomus septimus*, Macerate 1830, 148. In senso critico vd. invece già J. CUJACIUS, *In librum II codicis Recitationes solemnes. Ad titulum III de pactis. Ad L. X*, in *Opera* IX cit., 101 («male scribunt quidam conditio»); C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. Fünf und zwanzigsten Theils*, Erlangen 1824, 337 s. nt. 7. Risolutivi da questo punto di vista si sono rivelati lo sch. 'Θεοδώρου. Τὸ ἐπὶ τῇ προικὶ di Teodoro (Hb. III 480 = Schelt. B V 2132) e il κατὰ πόδας di Taleleo a Bas. 29.5.31 (Hb. III 480 = Schelt. B V 2132) già presenti nell'edizione fabrotiana del 1647 – C.A. FABROTUS, **ΤΩΝ ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ** (*Tomus* IV) cit., 708, sch. *p*), con attribuzione però del κατὰ πόδας a Teodoro : così anche C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XXV cit., 337 nt. 7 – i quali, almeno da questo specifico punto di vista, confermano la lezione della *Florentina*: sch. 'Θεοδώρου. Τὸ ἐπὶ τῇ προικὶ a Bas. 29.5.31 'Θεοδώρου. Τὸ ἐπὶ προικὶ πάκτον τὸν κονδίκτζιον τίκτει'; Τὸ κατὰ πόδας a Bas. 29.5.31 'και τίποτε περὶ τῆς τούτων ἀναδόσεως συμφωνείται, χρήσιμός ἐστιν ὁ κονδικτίζιος'. Per ciò che riguarda invece l'impiego dell'aggettivo *utilis* vd. quanto si osserverà *infra* in questo stesso §.

[429] Pensa ad un'*a.p.v.*, posta a tutela di accordo rafforzato da *datio*, M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 224 s. e ivi nt. 251.

[430] Così, nella già precisata ottica di una identificazione dell'*a. civilis incerti* con la *condictio incerti* (vol. I, cap. III ntt. 365, 392), o, per meglio dire, di un unico modello processuale (*actio qua incertum petimus*) adoperabile sia a fini di ripetizione che di adempimento, A. GIFFARD, *Les Maîtres* (*Études*) cit., 181 s.; per l'*a.c.i.* aristoniana, da tenersi però distinta dalla *condictio incerti*, vd. A. BURDESE, *I contratti innominati* cit., 88.

[431] Alternativa che non sussiste ovviamente per gli autori più antichi o per quegli studiosi più recenti che si pongono egualmente nell'ordine di idee di una identificazione dei due rimedi processuali. Così («qui dotem dedit, non videtur contractum negotium dotis, sed aliud, ut do ut

Si tratta di un punto di vista che non può essere accolto. A differenza di quanto è stato ipotizzato, vi è poco da dubitare che si stesse qui prendendo in considerazione il ricorso alla *condictio* (*certi*),[432] dalla stessa cancelleria definita *utilis* al solo scopo di sottolineare come l'azione fosse qui validamente esperibile,[433] secondo

---

reddas, quod negotium nomine cavat, et ideo […] dabitur dotis repentendae causa actio praescriptis verbis») già J. CUJACIUS, *In librum II codicis Recitationes solemnes. Ad titulum III de pactis. Ad L. X*, (*Opera* IX) cit., 102 s., il quale più precisamente pensava ad un'applicazione in via utile dell'*a. rei uxoriae* («omnis praescriptis verbis datur exemplo civilis et directae actionis […] et ita hic actio praescriptis verbis quae datur educatori, est exemplo actionis rei uxoriae: ergo utilis»); in favore dell'*a.p.v.* A. ERXLEBEN, *Die condictiones sine causa* 2 cit., 75, il quale invocava in proposito C. 5.12.6 (Maxim., a. 236), in cui, per la stessa vicenda, viene ammesso l'impiego dell'*a.p.v.* (C. 5.12.6: *Avia tua eorum, quae pro filia tua in dotem dedit, etsi verborum obligatio non intercessit, actionem ex fide conventionis ad te, si heres extitisti, transmittere potuit. nec enim eadem causa est patris et matris paciscentium, quippe matris pactum actionem praescriptis verbis constituit, patris dotis actionem profecticiae nomine competentem conventione simplici minime creditur innovare*); C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XXV cit., 337 («ist die condictio hier keine andere Klage, als die actio praescriptis verbis»); tra i contemporanei («l'azione è da identificare con un'*actio praescriptis verbis*») vd. R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 100 ss. Su C. 5.12.6 (Maxim., a. 236) vd., con dubbi sulla genuinità («wenn sie echt ist»), A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 279; per l'origine compilatoria G. BESELER, *Beiträge* 2 cit., 168; così anche P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 277, il quale però ipotizza un originario riferimento alla *condictio*, come dovrebbe ricavarsi dal genitivo plurare *eorum* posto in apertura del frammento («nessun classico avrebbe mai parlato di *actio…eorum*, mentre il genitivo è preciso e corretto, ove ad *actionem* si sostituisca *condictionem*: pertanto io sopprimo tutta la frase *actionem ex fide conventionis* e sostituisco semplicemente *condictionem*»); critiche anche in P. VOCI, *La dottrina* cit., 276, che riferisce tuttavia la soluzione ad epoca postclassica. Per la genuinità si vedano R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 104 ss.; A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 64 s., 67; ID.; *I contratti innominati* cit., 88; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 45 s., 225, con richiamo a C. 5.13.1.13 (Iust., a. 530).

[432] Così già la Glossa: vd. *Codicis sacratissimi imperatoris Iustiniani PP. Augusti Lib. XII., Accursii commentariis: ac Contii, et Dionysii Gothofredi, atque aliorum quorundam illustriorum Iurisconsultorum lucubrationis illustrati*, Aureliae cIↃ. IↃc. XXV (1625), (*De pactis. Titulus III. X.*) 335 nt. *n* («*Condictio*, id est, certi condictio generalis»); tra i contemporanei A. PERNICE, *Labeo* 3.1 cit., 278 s.; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire*,[1] cit., 578 e ivi nt. 7; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 275; G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones* (*Studi 2*) cit., 764; con le stesse conclusioni G. MELILLO, *Un rescritto severiano* cit., 849. Non convincente l'ipotesi di una *condictio incerti* avanzata a più riprese da A. GIFFARD, *Les Maîtres* cit., 181 («la dot est un *incertum* et l'obligation de restituer une dot est une obligation incertaine»); ID., *Precarium* (*Études*) cit., 179 e ivi nt. 15, in un ordine di idee in cui non risulta ben chiaro, in verità, se la soluzione debba ritenersi o meno genuina («Le texte doit venir du Code grégorien et contient peut-être une "interpretatio" de Grégorius. Nous serions donc en présence d'une règle postclassique»).

[433] In questi termini vd. *Codicis sacratissimi imperatoris Iustiniani PP. Augusti Lib. XII.* cit., 336 * («ne intelligas utilem hic dici ad differentiam directae ut quidam putant»); A. EHRHARDT, *Justa causa traditionis* cit., 73 nt. 47 («„utilis" hier ganz untechnisch mit brauchbar übersetzen»);

un impiego dell'aggettivo ben consolidato.[434] Nulla prova, in senso contrario, il fatto che in altre occasioni la stessa qualificazione accompagni l'*a.p.v.*, non trattandosi in realtà di tratto caratteristico dell'azione, quanto piuttosto di mera precisazione sul fatto che l'azione fosse in concreto concessa in via di estensione di programma giudiziale edittale.[435]

Nessun serio elemento di valutazione può trarsi poi da quanto troviamo affermato nello sch. Σημείωσαι a Bas. 11.1.71 di Taleleo,[436] relativo a C. 2.3.10 (Alex., a. 227), il cui pensiero è egualmente riportato nel prima citato κατὰ πόδας a Bas. 29.5.31,[437] ove la prospettata identificazione con l'*a.p.v.* costituisce una personale interpretazione fornita dal giurista bizantino.[438] Alla stessa interpretazione peraltro si contrappone il diverso punto di vista espresso da Teo-

---

intende l'aggettivo nel senso di «efficace» G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones* (*Studi* 2) cit., 764; H.J. WOLFF, *Vorgregorianische Resckriptensammlungen* cit., 136 nt. 16. In senso contrario («male quidam utilem actionem interpretantur efficacem») J. CUJACIUS, *In librum II codicis Recitationes solemnes. Ad titulum III de pactis. Ad L. X*, in *Opera* IX cit., 103, il quale, come si è detto, si orientava per l'*a.p.v.*; tra gli studiosi recenti respinge l'idea di un ricorso diretto alla *condictio*, privilegiando piuttosto l'ipotesi di un suo impiego in via utile, A. BURDESE, *I contratti innominati* cit., 88 («non può trattarsi qui di *condictio* in restituzione di quanto dato»); così anche F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 279 s., il quale pensa appunto all'estensione utile dell'*a. ex stipulatu* di fronte all'impossibilità di ricorrere alla *condictio* in «assenza della forma stipulatoria».

[434] Così S.W. ZIMMERN, *Geschichte* 3 cit., 154: «Der Ausdruck *utilis* actio aber bezeichnet […] in seiner natürlichen Bedeutung, die in concreto anwendbare, im Gegensatze der inanis actio»; A. EHRHARDT, *Justa causa traditionis* cit., 72 s. nt. 47 «„utilis" hier ganz untechnisch mit brauchbar übersetzen».

[435] E. MERILLIUS, *Dissertatio in libros tres ex Cujacio. Caput XXIX. Unde ea actio praescriptis verbis dicta sit*, Neapoli 1720, 229 («actio *utilis* dicitur […] quia comparata est ad instar directae actionis ex contractibus nominatis»); C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 156 («*actiones utiles* genannten, weil sie nach dem Beispiele der Klagen sind eingeführt worden, welche aus genannten Contracten entspringen»). In proposito vd. quanto si è già osservato *supra* nt. 143.

[436] Sch. Σημείωσαι a Bas. 11.1.71 (Hb. I 650 s. = Schelt. B I 319 s.): '[…] τίκτει τὸν κονδικτίκιον ἤτοι τὴν πραεσκρίπτις βέρβις. ταύτην γάρ, ἣν οἱ νομικοὶ κυριώτεροι καλοῦσι πραεσκρίπτις βέρβις, ἐκάλεσεν κονδικτίκιον'.

[437] Τὸ κατὰ πόδας a Bas. 29.5.31 (Hb. III 480 = Schelt. B V 2132) 'ἑρμηνεύων δὲ τὸ τέλος τῆς διατάξεως ὁ Θαλέλαιος· τὸ χρήσιμός ἐστιν ἡ ἀπαίτησις, εἴρηται, διότι, δύναται ὡς δόσεως ἐπὶ αἰτίᾳ γενομένης τὴν πραεσκίπτοις βέρβοις κινῆσαι'.

[438] Da attribuirsi alla più generale e ben nota tendenza bizantina a operare un allargamento dell'ambito applicativo dell'azione atipica secondo P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 274 ss. Per una valorizzazione della testimonianza bizantina vd. invece R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 102 e ivi nt. 58; negli stessi termini già C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XXV cit., 338.

doro nello sch. Θεοδώρου. Τὸ περὶ τῆς ἀναδόσεως a Bas. 11.1.71,[439] ove si prospetta piuttosto l'impiego della *condictio*, in aggiunta (καὶ) alla tutela in via di semplice eccezione: così va inteso il tratto conclusivo (ὅθεν καὶ τίκτει τὸν κονδικτίκιον).[440]

D'altra parte, non si comprendono le ragioni per cui la cancelleria avrebbe dovuto riferirsi all'*a.p.v.* con una così inusuale formulazione, in cui, peraltro, l'aggancio all'azione contrattuale atipica sarebbe risultato praticabile alla sola condizione di intendere il sostantivo *condictio* nel generalissimo senso di *actio in personam*[441] di Gai 4.5,[442] con una congettura che deve ritenersi però scarsamen-

---

[439] Sch. Θεοδώρου. Τὸ περὶ τῆς ἀναδόσεως a Bas. 11.1.71 (Hb. I 650 = Schelt. B I 319): 'Θεοδώρου. Τὸ περὶ τῆς ἀναδόσεως τῆς προικὸς in continenti γενόμενον πάκτον οὐ νοεῖται νοῦδον ἤτοι γυμνόν· ὅθεν καὶ τίκτει τὸν κονδικτίκιον'.

[440] Diversamente P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 275, che vi vede piuttosto un riferimento implicito all'azione contrattuale («Teodoro ci dice che quel patto genera non la *condictio*, ma *anche* la *condictio* […] E Taleleo […] fa ancora di più»).

[441] Lo rileva già («condictio ista non dicitur actio praescriptis verbis, sic nec actio praescriptis verbis condictionis verbo unquam demonstretur […] generaliter quidem actio praescriptis verbis dici possit esse condictio, ut significetur eam actionem esse in personam […] Sed hic non quaeritur qualis haec actio, sed an hic detur aliqua actio») H. DONELLUS, *Commentaria in codicem Iustiniani. Ad titulum III lib. II de pactis. Ad L. 10.2*, in *Opera* VII cit., 152 s., il quale, proprio per questa ragione, optava, come si è detto (*supra* nt. 428), per la lezione '*utilis conditio*' che non avrebbe compromesso l'ipotesi di un impiego, qui, dell'*actio p.v.*; analoga notazione si trova anche in H.J. WOLFF, *Vorgregorianische Resckriptensammlungen* cit., 129 nt. 4, in una prospettiva che propende però per l'origine glossematica della chiusa («Gegen die justinianische Herkunft der Interpolation spricht auch die Bezeichnung der Klage als *condictio*. Die Kompilatoren hätten von einer *actio praescriptis verbis* gesprochen»).

[442] Gai 4.5 '*Appellantur* […] *in personam vero actiones, quibus dari fierive oportere intendimus, condictiones*'. Com'è noto, sono da tempo superati i sospetti variamente avanzati da quanti hanno provato a mettere in dubbio l'attribuzione a Gaio di un impiego così ampio del termine *condictio*. Così ad es. S. PEROZZI, *Istituzioni* 2[2] cit., 84 nt. 2, che poneva in discussione la genuinità dell'intero § 5; si limitava piuttosto ad appuntare l'inciso *fierive*, ritenendolo di origine glossematica, H.H. PFLÜGER, *Condictio und kein Ende* cit., 13 ss., a detta del quale Gaio avrebbe riservato la qualifica di *condictiones* alle sole azioni con *intentio* volte a un *dare oportere* («nur diejenigen actiones in personam, deren intentio auf dare schlechthin geht, sollten condictiones heißen»), come si ricaverebbe soprattutto da Gai 4.18 (ma anche Gai 4.33, 4.19). L'ipotesi, che come può intuirsi si ricollegava alla connessa questione dell'esistenza di una *condictio incerti* con formula al *quidquid dare facere oportet* (vivamente contestata da Pflüger: vol. I, cap. III § 3, nt. 374), trovava l'approvazione di F. BOSSOWSKI, *De condictione ex causa furtiva*, in AUPA 13, 1927, 381; V. DEVILLA, *Actio incerti* cit., 21 e ivi nt. 88. Per la genuinità vd. già J. PARTSCH, Rec. a H.H. PFLÜGER, *Condictio und kein Ende. Eine Antikritik und auch eine Selbstkritik*, in ZSS 32, 1911, 448.

te verosimile e che non tiene per nulla conto del limpido tenore della testimonianza, ove è chiaramente affermato che l'azione è diretta alla restituzione della somma di denaro consegnata.[443] Non sembra sia dunque realmente risolutivo invocare il più tardo C. 5.13.1.13 (Iust., a. 530), ove, in un contesto discorsivo in effetti orientato al passato (*dotem dabat* […] *habebat* […] *praescriptis verbis actionem*), è ammesso, sempre con riferimento a un caso di costituzione di dote da parte di un terzo (*extraneus dotem dabat*), il ricorso all'*a.p.v.* per far valere il patto restitutorio.[444]

Se si è pensato all'*a.p.v.* o all'*a.c.i.* è solo perché si è ragionato sotto la suggestione del tratto centrale (*nec obesse tibi debet, quod dici solet ex pacto actionem non nasci: tunc enim hoc dicimus, cum pactum nudum est: alioquin cum pecunia datur et aliquid de reddenda ea convenit*) che, anche lessicalmente, ha suggerito connessioni con Ulp. 42 *ad Sab.* e Ulp. 4 *ad ed.* (§ 4). Non si è però considerato il diverso statuto dogmatico che fa da sfondo a queste ultime testimonianze in cui rimane centrale, pur nelle sue approssimazioni, la prospettiva dello scambio. Qui invece manca del tutto una struttura sinallagmatica. Non vi è alcuna controprestazione, neppure da intendersi in senso lato, essendo qui previsto un semplice obbligo restitutorio (*cum pecunia datur et aliquid de reddenda ea convenit*). Siamo ben distanti dalla dottrina di Ulp. 4 *ad ed.* in cui la logica commutativa è ben evidenziata (soprattutto) nei termini espressivi con cui è descritto lo schema del *do ut des*: dedi *tibi* rem ut *mihi aliam* dares.[445] Al più si dovrebbe ripiegare per un'applicazione della *condictio incerti*.[446]

Non sembra si possa dunque dubitare del fatto che nel linguaggio della cancelleria imperiale l'espressione *nudum pactum* sia utilizzata in una prospettiva più ampia e diversa rispetto a quella di Ulp. 42 *ad Sab.* e Ulp. 4 *ad ed.* (§ 4). Mentre nei due brani ulpianei l'espressione è adoperata in contrapposizione alla

---

[443] Per un'applicazione dell'*a.p.v.* anche a fini ripetititi vd. però F.A. SCHILLING, *Lehrbuch* 3 cit., 581 lett. *r*); A. ERXLEBEN, *Die condictiones sine causa* 2 cit., 74 nt. 38 a: «die Praescriptis verbis auch auf Rückgabe des zuvor Gegebenen angestellt werden kann». In proposito vd. anche vol. I, cap. III nt. 399.

[444] In questo senso, si è visto, R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 103 s.; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 45 s.

[445] Più sfumata e solo implicita per lo schema *do ut facias*: *dedi ut aliquid facias*. Di ciò già si è detto: *supra* § 3 di questo cap.

[446] Questa è, in definitiva, la posizione tenuta da A. GIFFARD, *Les Maîtres* cit., 181 s., in una prospettiva che però, come si è anche adesso ricordato (nt. 430), riconduce sia la *c. incerti* sia l'*a.c.i.* all'interno del comune schema processuale dell'*a. qua incertum petimus*.

più ristretta idea di accordo produttivo di rapporto contrattuale,[447] in C. 5.14.1 (Sev. et Ant., a. 206) è piuttosto impiegata quale contrappunto logico della nozione di *obligatio* più genericamente e blandamente intesa quale rapporto obbligatorio anche non propriamente contrattuale: in modo che anche la frase *quod dici solet ex pacto actionem non nasci* assume qui un significato differente rispetto a quello che deve diversamente attribuirsi all'analoga affermazione che si legge in Ulp. 42 *ad Sab.* e in Ulp. 4 *ad ed.* (ammesso, come si è detto, che questa sia genuina).[448]

Mentre in Ulp. 4 *ad ed.* e Ulp. 42 *ad Sab*. il nudo patto si oppone all'accordo che produce azione di adempimento,[449] in C. 5.14.1 (Sev. et Ant., a. 206) esso indica più estesamente l'accordo che non trova alcun tipo di tutela in via di azione, neanche in via di semplice ripetizione. Lo scarto dogmatico tra le due prospettive non potrebbe essere più evidente. Potremmo anche dire che mentre nei brani di Ulpiano la *nuda conventio* (*pactio*) rappresenta l'opposizione logica del *negotium* bilaterale (συνάλλαγμα), nel testo di entrambe le costituzioni imperiali il *pactum nudum* costituisce piuttosto l'alternativa logica del *negotium* tout court, finendo così con l'identificarsi con l'atto donativo (*nudum pactum* = *donatio*). Ciò del resto è ciò che si ricava leggendo tra le righe di quanto affermato dalla cancelleria: cum pecunia datur et *aliquid de reddenda ea convenit*. La previsione di una restituzione esclude la donazione e impedisce di qualificare il *pactum* come *nudum*, mettendo in gioco il *negotium*: di qui il possibile ricorso alla *condictio*.

Rimane ovviamente la questione di fondo: ovvero stabilire se in ciò che leggiamo circoli pensiero classico,[450] riferibile magari a questo o quel giurista, o se piuttosto ci troviamo di fronte a un'interpretazione postclassica[451] che non ab-

---

[447] Così va inteso, come si è più volte ribadito (vol. I, cap. II § 1), il termine *obligatio* in Ulp. 4 *ad ed.*

[448] E sempre che non si voglia leggere '*nuda pactio non parit* [*obligationem*] <*actionem*>): per entrambe le questioni vd. § prec.

[449] Prospettiva che ritroviamo anche nel già richiamato C. 4.64.8 (Diocl. et Max., a. 294): […] *cum huiusmodi conventio non nudi pacti nomine censeatur* […] *ad implendum placitum, sicut postulas, praescriptis verbis tibi competit actio*: il testo della costituzione è riportato integralmente *supra* in nt.109. Lo stesso può dirsi per Pap. 27 *quaest.* D. 19.5.8 riportato in vol. I, cap. III nt. 529.

[450] La genuinità non è naturalmente messa in discussione da quanti pensano all'applicazione di un'azione contrattuale. Prende espressamente posizione in favore della genuinità R. SANTORO, *Aspetti formulari* cit., 101 s.; non avanzano rilievi A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 64; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 224 s.

[451] Un'apertura in tal senso sembrerebbe scorgersi, in un contesto espressivo non privo però

bia sino in fondo inteso il più stringente significato della dottrina di Ulp. 4 *ad ed.* e Ulp. 42 *ad Sab*., in cui il profilo dell'obbligazione e quello dell'azione andavano intesi nella ristretta prospettiva del contratto (vincolo contrattuale) e dell'azione dell'adempimento, proiettandola piuttosto sul più generale piano dell'obbligazione e dell'azione, ancorché non contrattuali. Più difficile credere a una digressione compilatoria funzionale alla prospettiva bizantina di un impiego dell'azione contrattuale generale (*a.p.v.*).[452] In tal caso i commissari più che affacendarsi in una così estesa (e non indispensabile) manipolazione del testo, avrebbero certamente potuto conseguire lo stesso risultato molto più semplicemente attraverso l'aggiunta dell'inciso *id est praescriptis verbis*. Altra questione è se i commissari abbiano potuto scorgere nel tratto in questione un argomento a supporto della concessione dell'azione contrattuale, identificando così (loro) l'*utilis condictio* con l'*a.p.v.* [453]

---

di incertezze (*supra* nt. 432), anche in A. GIFFARD, *Precarium* (*Études*) cit., 179 nt. 15, che pure si era in un primo momento orientato per un'origine compilatoria (*infra* nt. seg.); così soprattutto H.J. WOLFF, *Vorgregorianische Resckriptensammlungen* cit., 128 ss., con sospetti che colpiscono l'intera seconda parte del provvedimento a partire dalle parole *tunc enim*, ritenuta del tutto superflua («was folgt ist überflüssiges Gerede»), tenuto conto che, a detta dello studioso, la questione posta dalla richiedente avrebbe trovato un'esauriente soluzione già nella prima parte della costituzione: più precisamente, si sarebbe trattato di una notazione precedente alla realizzazione del *codex Gregorianus*, fatta sotto la suggestione di Paul. 17 *ad Plaut.* D. 12.4.9 pr.; in proposito vd., per una valutazione critica dell'ipotesi di Wolff («tutto assai poco convincente»), M.U. SPERANDIO, *Codex Gregorianus* cit., 97 ss. In proposito vd. anche nt. seg.

[452] Così, nell'ottica di difendere il ricorso all'azione di ripetizione e in termini che mettono in dubbio tutto ciò che si trova scritto da *nec obesse* in poi, S. PEROZZI, *Il contratto consensuale* cit., 184 s., per il quale, come si è già detto, a scrivere sarebbe qui la «stessa penna» di Pap. 27 *quaest.* D. 19.5.8 e Ulp. 42 *ad Sab*. D. 19.5.15; per la fattura compilatoria anche S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum* cit., 361 s. nt. 3, con la notazione: «La c. è ripetuta al primo posto del tit. V, 14, come avviene altre volte di leggi rifatte da Trib»; A. EHRHARDT, *Justa causa traditionis* cit., 72 nt. 47, 82, che espunge l'intero tratto '*tunc-enim-nudum est*'; interpolata la frase '*nec obesse-nudum est*' anche secondo A. GIFFARD, *Les Maîtres* (*Études*) cit., 181 nt. 3, su cui vd. nt. prec. Ottiene lo stesso risultato, ribaltando la soluzione indicata nella costituzione («servari <non> oportet, *nec* <sed> obesse tibi debet […]»), risparmiando per questa via il tratto in questione, H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre* cit., 74; espunge il passaggio '*tunc enim-nudum est*' anche G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones (Studi 2)* cit., 764. Cautela («nella sua parte centrale dove si accenna al *pactum nudum* […] può aver subito qualche rimaneggiamento») in P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 275; e P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. Vol. I. *Diritto di famiglia*, Roma 1925, 339 («anche se genuina»).

[453] In questo senso J. WOLFF, *Vorgregorianische Resckriptensammlungen* cit., 133 ss., il quale, pur escludendo un'interpolazione e propendendo piuttosto per un glossema postclassico, riteneva che questa fosse comunque l'interpretazione del brano da parte dei Bizantini, invocando

Volendo provare a riassumere quanto è sino ad ora emerso, e al di là della questione da ultimo sollevata circa l'utilizzo dell'espressione *nudum pactum* in C. 5.14.1 (= C. 2.3.10), può dirsi che tra le due testimonianze di Ulpiano (Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15 e Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2) esiste una strettissima relazione. Se Ulp. 42 *ad Sab.* con il suo richiamo al *negotium* ci ha fornito preziose informazioni per arrivare a una corretta interpretazione di Ulp. 4 *ad ed.*, è anche vero che è impossibile cogliere il significato preciso del riferimento al *negotium*, se si prescinde dalla teoria del sinallagma quale essa è rappresentata in Ulp. 4 *ad ed.* Le due nozioni si tengono: l'una serve per comprendere l'altra. Una vicenda potrà dirsi contrattuale solo se nel suo insieme potrà considerarsi un *negotium*, ovvero solo se entrambe le prestazioni del rapporto presentano natura negoziale. Occorre appunto una bilateralità negoziale. L'idea di *negotium*, di per sé considerata, rappresenta un criterio eccessivamente generico. Oltre che della *condictio*, come si è appena visto, il *negotium* rappresentava lo statuto logico di ogni rimedio processuale che fosse egualmente orientato a neutralizzare gli effetti giuridico-economici di un determinato trasferimento: a ben vedere, anche dell'*actio in factum*.[454] Solo in effetti a seguito di una attenta valutazione delle ragioni concrete perseguite dall'autore dell'atto di incremento patrimoniale, si sarebbe potuto stabilire se vi fossero i presupposti per giungere a una condanna del beneficiario, in modo da rimediare a un suo eventuale indebito vantaggio economico. E del resto, se è vero che in caso di prestazione di *facere* non si sarebbe potuto agire con la *condictio* (per lo meno con quella *certi*), ciò però non deve significare che quel *facere* non potesse costituire pur sempre un *negotium*,[455]

---

a tal proposito, soprattutto, lo scolio Σημείωσαι di Taleleo (= Τὸ κατὰ πόδας) a Bas. 29.5.31 («Die Spätzeit hat ihn in der Tat so verstanden: das ergibt nicht nur die Aufnahme der Konstitution in den Titel 5. 14 des Cod. Just., sondern auch das Scholion σημείωσαι des Thalelaeus […] das die *condictio* des Schlusses der *actio praescriptis verbis* gleichsetzt, mit der im justinianischen Recht das auf bloßem *pactum* beruhende Rückstellungsrecht des Bestellers geltendzumachen war»).

[454] Così, almeno per quanto riguarda la questione della natura della vicenda per la quale si agiva mediante *a. in factum*, («Nell'ambito negoziale […] Giuliano individuava […] convenzioni non costituenti, a suo parere, contratti, ma per le quali riteneva di dover accordare un'*actio in factum* in senso stretto […] rivolta all'adempimento») anche F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 193 s., di cui non sembra si possa però condividere l'esclusione della *solutio indebiti* ('*aliquid negotii gerit*') dall'ambito del *negotium contractum* (al riguardo vd. *supra* cap. IV nt. 305): nessun dubbio invece sul fatto che rientrassero nell'ambito negoziale le «convenzioni costituenti *contractus*», sia tipiche che atipiche. Quanto poi alla possibilità di un impiego di azioni *in factum* in funzione di adempimento non resta che rinviare a quanto si è osservato in vol. I, cap. II § 5.

[455] Così F. TRAMPEDACH, *Die condictio incerti* cit., 114 («Jede Datio kann gewiss zugleich als

nel senso che non fosse sorretto dalla volontà di procurare un semplice arricchimento del beneficiario.

Persino nell'esercizio della penale *a. de dolo* non si sarebbe potuto prescindere del tutto da una pur epidermica considerazione delle ragioni sostanziali del rapporto,[456] per quanto, come si è detto, non sarebbe stato necessario impegnarsi in un'apposita qualificazione formale.[457]

9. Paul. 29 *ad ed.* D. 13.6.17.3: Paolo e il *gerere negotium invicem.*

Occorre a questo punto fare una valutazione sul pensiero di Paolo in tema di *negotium*, andando in particolare ad esaminare Paul. 29 *ad ed.* D. 13.6.17.3. A

---

ein Negotium angesehen werden, selbstverständlich besteht aber nicht jedes Negotium in einer Datio»). Sulla questione non possono esservi certo dubbi. Basterebbe citare Ulp. 7 *ad l. Iul. et Pap.* D. 24.3.64 pr., ove a essere qualificata come *negotium* è la *mamumissio* del servo dotale effettuata dal marito con il consenso della moglie, così come disposto dalla *lex Iulia de adulteriis*, per il qual caso era previsto che il marito restituisse quanto ricevuto in qualità di patrono (*ad eum quasi ad patronum*: § 5); in proposito vd. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XXV cit., 136 s.; F. LAMBERTI, *La famiglia romana e i suoi volti: pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Torino 2014, 25 e ivi nt. 79. Si pensi anche ad Afr. 8 *quaest.* D. 19.2.35 pr., ove a essere qualificata come *negotium contractum* è una *locatio praedium fruendum*; o ancora a Gai. 10 *ad ed. prov.* 19.5.22, ove di *novum negotium* si discute, come si è visto, con riferimento a un'ipotesi di locazione per la quale fosse stata rinviata in un secondo momento la determinazione dell'importo della *merces* (*placet quasi de novo negotio*): per la genuinità della frase, pur in un ordine di idee che pensa a un originario impiego dell'azione pretoria, vd. E. BETTI, *Sul valore* cit., 38; F. DUMONT, *La gratuité* cit., 312 nt. 11; G. MACCORMACK, *Contractual theory* cit., 143; tra gli studiosi più recenti, prende diversamente posizione per l'origine bizantina, F. GALLO, *Synallagma* 2 cit., 221 s. Sempre di Gaio va preso in considerazione Gai 3.135-136, ove con l'espressione *talia negotia* il giurista antoniniano si stava riferendo ai quattro contratti consensuali elencati nel § precedente, rispetto ai quali il giurista discorre anche di *negotium gerere*. Per il diritto giustinianeo si potrebbe ricordare I. 3.26.13 '*sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intellegitur*'.

[456] In proposito vd., come si è accennato (nt. 265), già A. FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum. Tomus quintus & ultimus* cit., (*De praescriptis verbis et in factum actionibus. Titulus V. L. 15*) 669.

[457] Per l'esercizio dell'azione doveva essere certo sufficiente arrestarsi alla verifica della sussistenza di un contegno riprovevole, dovendosi ritenere tale requisito (riprovevolezza) implicitamente soddisfatto sol che il comportamento imputato al convenuto risultasse non rispettoso di quanto concordato, senza che a tal fine occorresse concentrarsi su una valutazione della natura negoziale della vicenda in cui il contegno in questione si andava ad inserire. Il mancato rispetto dell'accordo avrebbe già di per sé costituito un fatto sanzionabile con l'*actio de dolo*.

rendere necessaria tale digressione è il fatto che il brano sembra restituirci l'immagine di un giurista che affrontava il tema della negozialità con un atteggiamento dogmatico-ricostruttivo che parrebbe prendere le distanze dalle più ristrette prospettive che gli si è prima (seppur cautamente) attribuite in base al resoconto di Ulp. 42 *ad Sab.* È dunque il caso di passare a leggere direttamente il testo:

D. 13.6.17.3 (Paul. 29 *ad ed.*): *Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, id est postquam commodavit,*[458] *tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. Geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.*

Ci troviamo di fronte a una testimonianza ben nota[459] e che ha destato gravi

[458] Per l'origine glossematica dell'inciso *id est-commodavit* vd. F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntniss* cit., 5; G.G. ARCHI, *Donare e negotium gerere* (*Scritti* 2) cit., 678.; E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 246 («senza dubbio […] una glossa»); con cautela G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 258.

[459] Tra i tanti vd. F. PASTORI, *Il commodato nel diritto romano*, Milano 1954, 32 ss.; F. GALLO, *Eredità di giuristi* cit., 63 s., che richiama il brano a riprova dell'«elasticità» della nozione sinallagmatica labeoniana, ricomprensiva di rapporti bilaterali imperfetti, come deposito e comodato; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*. II.2. *Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino 2006, 41 ss.; ID., *Amicitia e doveri giuridici*, in A. CORBINO, M. HUMBERT, G. NEGRI (a cura di), *'Homo', 'caput', 'persona'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, Pavia 2010, 730 ss.; G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum* cit., 178, con analisi del brano nella prospettiva di un recupero dell'impostazione *voluntas-necessitas* presente in Seneca (*de beneficiis*); ID., *'Officium' e vincolo giuridico: alle origini della definizione classica dell'"obligatio'*, in Ius antiquum 16, 2005, 67 ss.; ID., *A propo-*

sospetti in dottrina.[460] Non è qui certo necessario impegnarsi in un'analisi appronfondita dell'intero brano. A nostri fini sarà sufficiente soffermarsi sulla prima parte ed in particolare sul tratto '*Geritur enim-actionesque civiles*'. Anche questo ampio squarcio del discorso paolino non è esente da rilievi. Il testo richiede certamente qualche intervento correttivo di carattere formale.[461] Non sembra si possa ad es. mantenere l'inciso *inter dandum accipiendumque*.[462] È

sito di Paul. 29 ad ed. cit., 241 ss.; per una valutazione del rilievo della consegna «quale elemento in grado di rendere rilevante *sub specie iuris* un rapporto complesso, già socialmente significativo», vd. L. GAROFALO, *Gratuità* cit., 83 s.; per la letteratura più recente, vd. E. SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di iudicia contraria*, Napoli 2017, 108 ss.; A. MILAZZO, *Il contratto di comodato* cit., 171 ss.; A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 89 ss.

[460] Parzialmente (vd. *infra* ntt. 476, 481) A. PERNICE, *Zur vertragslehre* cit., 250 nt. 2; con più severa critica G. BESELER, *Beiträge* 3 cit., 86; G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 258 nt. 1, con rilievi che colpiscono la frase *qui absentis negotia gerere inchoavit*: «*inchoare* coll'infinito non è altrove usato dai giuristi classici, né dai buoni prosatori, bensì dai poeti»; soprattutto («largamente interpolato») ID., *Sulle formule* cit., 292 nt. 3, 296 nt. 2, con una critica che si estende alla frase *postquam id fecit*, nonché al costrutto *impedit* con l'infinito, assente in Paolo e invece ricorrente in Giustiniano; in termini ancora più drastici, uncinava l'intero tratto '*cum autem id fecit-necessitatis consummare*' B. BIONDI, *Iudicia contraria* cit., 94; di «passo […] gravemente deturpato e di difficile ricostruzione» parla G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 50 nt. 5; tra gli autori recenti, avanza serie riserve sulla classicità della testimonianza J. PARICIO, *La pretendida fórmula* cit., 241 s. («es tan confuso, tan manipulado, que resulta difícil tratar de discernir en él lo que es clásico de lo justinianeo»). Per la genuinità sostanziale («das Stück hat jedoch einen klassischen Kern») vd. F. SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, in ZSS 71, 1954, 204, che pure non risparmia critiche al brano, considerandolo addirittura un trattato postclassico («Nichts scheint auf die Hand der Kompilatoren hinzuweisen, wohl aber ist dies Fragment deutlich ein nachklassischer Traktat»); in difesa del testo vd. di recente G. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.* cit., 244 ss.; non si trovano rilievi in A. MILAZZO, *Il contratto di comodato* cit., 171 ss.

[461] Segnala un salto logico tra la frase *voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare* e le considerazioni contenute nel tratto immediatamente precedente riferentesi alla *negotiorum gestio* (*ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit*) G. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.* cit., 246, ove si ipotizza la caduta di un breve tratto intermedio, nel quale «il confronto veniva esteso alla figura del *mandatum*»: ipotesi giudicata preferibile rispetto all'eventualità di una sostituzione di *enim* con *etiam* (*voluntatis est* [*enim*] <*etiam*> *suscipere mandatum*) diversamente avanzata da G. FINAZZI, *Ricerche* II.2 cit., 41, 45, in base a Bas. 13.1.17 'καὶ τὴν ἐντολὴν' (Hb. II 18 = Schelt. A II 716); ID., *Amicitia* cit., 733; sempre nel senso di uno scarto discorsivo E. SCIANDRELLO, *Ricerche* cit., 111 e ivi nt. 74. Per la posizione opposta vd. D. NÖRR, *Ethik und Recht im Widerstreit? Bemerkungen zu Paul. (29 ad ed.) D. 13.6.17.3*, in M.J. SCHERMAIER, Z. VÉGH (a cura di), *Ars boni et aequi* cit., 269 nt. 6, ove si invoca Gai. 3 *aur.* D. 44.7.5 pr.

[462] Per quanto in ottica ben differente, la stessa dinamica del *dare* e dell'*accipere*, nell'ambito

piuttosto il caso di leggere, sull'esempio della *Vulgata* e dei più antichi interpreti,[463] *inter dantem accipientemque*,[464] con una correzione che recentemente è stata giudicata non necessaria a condizione di intendere i due gerundi introdotti da *inter* in senso temporale, quasi a voler sottolineare «il momento dell'incontro tra il *dare* da parte del comodante e l'*accipere* da parte del comodatario».[465] La proposta è certo interessante, ma non sembra in grado di risolvere i problemi da tempo evidenziati in dottrina, visto che un riferimento al preciso momento della costituzione del vincolo obbligatorio tra le parti, fissato nel gesto materiale della consegna osservata dalle opposte e unilaterali prospettive del dare e del ricevere, avrebbe diversamente richiesto l'impiego della preposizione *in* seguita dagli ablativi *dando accipiendoque*. Meglio ancora se usati assolutamente, a sottolineare non soltanto il momento, ma anche i meccanismi costitutivi; come a dire: *al momento* della consegna e *per via* della consegna. L'impiego della preposizione *inter*, se intesa in senso temporale, non può che segnalare un intervallo, uno *spatium temporis*, approdando a conclusioni che sono chiaramente inaccettabili, salvo che non si voglia intendere *accipere* nel senso di *recipere*, alludendo così al contegno dello stesso comodante che, dopo aver dato la cosa in comodato (*dandum*), la riceve indietro:[466] quasi a voler segnalare la diversa natura (*obligatio*) che avrebbe assunto il rapporto per l'intero arco temporale in cui la *res*, concessa in comodato, fosse rimasta nella disponibilità del comodatario (*inter dandum accipiendumque*, per l'appunto).

Sempre recentemente si è voluto sostenere che Paolo avrebbe inteso qui evidenziare la reciprocità di obbligazioni scaturenti dalla conclusione del contrat-

---

dei rapporti obbligatori che si costituiscono attraverso il gesto della consegna, torna, sempre in Paolo, in Paul. 2 *inst.* D. 44.7.3.1 '*Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur* […]'. Sul brano vd. A. ERXLEBEN, *Die condictiones sine causa* 2 cit., 47 s.; U. ROBBE, *Diritto ereditario romano* cit., 118 s.

[463] C. SALKOWSKI, *Lehrbuch der Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts fur den akademischen Gebrauch*,[4] Leipzig 1883, 296; J.C. HASSE, *Die Culpa des Römischen Rechts. Eine civilistische Abhandlung*,[2] Bonn 1838, 107 nt. 1; A. ERXLEBEN, *Die condictiones sine causa* 2 cit., 355 nt. 35; con cautela A. BRINZ, *Lehrbuch den Pandekten* 2.1 cit., 57 nt. 10.

[464] E. BETTI, *Sul valore* cit., 18; G.G. ARCHI, *Donare e negotium gerere* (*Scritti* 2) cit., 678; D. NÖRR, *Ethik und Recht* cit., 269 nt. 3; così parrebbe tra le righe A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 90 («tra chi dà e chi riceve in comodato è sorta un'obbligazione»).

[465] G. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.* cit., 244.

[466] In questo ordine di idee G. MICHEL, *Gratuité* cit., 595 nt. 7, con conclusioni poco convincenti e dalle quali prende le distanze anche G. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.* cit., 244 s.

to,[467] con una proposta che finisce per prospettare un programma obbligatorio («nascono le obbligazioni di dare e di ricevere») che, al di là di ogni ulteriore considerazione,[468] non sembra corrispondere ai meccanismi costitutivi di un rapporto contrattuale impostato secondo lo schema formativo dell'*obligatio re contracta*, e che sarebbe semmai coerente col differente paradigma dell'*obligatio consensu contracta*: per lo meno, se con l'espressione 'obbligazione di dare' si volesse alludere al contegno del comodante che consegna la cosa oggetto del contratto.[469] Senza contare che attraverso questa incerta reciprocità delle «obbligazioni di dare e di ricevere», si finirebbe per approdare a un modello ricostruttivo della vicenda obbligatoria del tutto incongruente col contenuto del contratto di comodato, anche a voler aderire all'idea di un contratto c.d. bilaterale perfetto in cui il comodante fosse gravato dall'obbligo di non privare *intempestive* il co-

[467] Così in sostanza A. MILAZZO, *Il contratto di comodato* cit., 179, per quanto l'autore non affronti la questione: «Paolo non afferma che da quel momento sorge l'obbligazione del comodatario, ma afferma che nascono le obbligazioni di dare e di ricevere, ponendo sullo stesso piano, quasi facce speculari della stessa medaglia, l'obbligazione a carico del comodante e quella a carico del comodatario».

[468] È appena il caso di osservare che il brano parla di *obligatio* al singolare e non al plurale, facendo chiaramente riferimento alla sola obbligazione assunta (*suscepta*) dal comodante: così correttamente G. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.* cit., 245; e così del resto interpretava il testo poco prima lo stesso A. MILAZZO, *Il contratto di comodato* cit., 172 («il passaggio è visto da Paolo nell'ottica del solo comodante […] Paolo […] utilizza il termine *obligatio* per definire la posizione assunta dal comodante al sorgere del negozio di comodato»).

[469] Sul punto non è possibile dire nulla di preciso. Per un verso, un riferimento alla consegna della *res commodata* sembrerebbe doversi escludere, visto che in concreto la bilateralità del vincolo è piuttosto messa in relazione dall'autore col «divieto di *intempestive usum commodatae rei auferre*»: così A. MILAZZO, *Il contratto di comodato* cit., 179 («l'avverbio restituisce il significato dell'obbligazione addossata sul comodante»). Per altro verso, però, lo studioso sembrerebbe prendere posizione per una valorizzazione del profilo del consenso sui processi costituivi del rapporto contrattuale a scapito di quello reale legato alla consegna: così, in termini in verità sfuggenti, (178 s.): «la formazione del contratto […] trova il suo elemento ultimo nella consegna della *res*, che tuttavia non segna la giuridicità dello stesso […] indicando il *commodare* non soltanto la *traditio*, ma soprattutto l'incontro della volontà delle parti»: al riguardo vd. anche nt. seg. Quella dell'individuazione degli esatti meccanismi perfezionativi dei contratti di deposito, comodato e pegno, rappresenta, com'è noto, una questione non nuova in dottrina: in proposito vd. G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 86, 150, con cauta apertura rispetto alla possibilità che all'interno del dibattito giurisprudenziale si fossero manifestate correnti di pensiero inclini a «dare maggiore peso alla convenzione, al *consensus*», per quanto, sempre a detta dell'autore, andrebbe esclusa una formale inclusione all'interno dei contratti consensuali, quasi che si potesse prescindere dalla consegna della cosa ai fini del perfezionamento del contratto.

modatario dell'uso dell'oggetto messo a sua disposizione. Più di ogni cosa non si comprende a chi dovrebbe riferirsi questa (presunta) obbligazione di ricevere la cosa (*accipere*): forse al comodatario?[470]

Neppure si può intendere l'espressione in senso causativo-temporale come vorrebbe altra parte della dottrina, che di fatto finisce per interpretare il brano come se si dicesse: *ex dando et accipiendo*.[471] Proprio per le ragioni chiarite, pare preferibile leggere *inter dantem accipientemque*, con una restituzione testuale che del resto ben si adatta all'intento di Paolo di sottolinare come la messa disposizione della cosa avesse avuto l'effetto di determinare una trasformazione dell'originario dovere etico-sociale (*officium*),[472] dando vita tra le parti (*inter dantem accipientemque*, appunto) a un ben più stringente e incisivo vincolo giuridico (*obligatio*), la cui disciplina era da considerarsi ormai sottratta al potere regolamentare del comodante. In ogni caso non vi è motivo per attribuire la frase in questione alla mano dei compilatori.[473]

Il brano, come si è appena accennato, è stato studiato a fondo, soprattutto[474] in relazione alla dibattuta questione dell'ampiezza degli effetti obbligatori deri-

---

[470] Così parrebbe (la cautela è d'obbligo) A. MILAZZO, *Il contratto di comodato* cit., 179: «le obbligazioni di dare e di ricevere […] l'obbligazione a carico del comodante e quella a carico del comodatario».

[471] Così sembrerebbe, a voler leggere tre le righe («obbligazione contratta a seguito della dazione e della ricezione della cosa»), G. FINAZZI, *Amicitia* cit., 731, che però, va detto, non si occupa specificamente della questione; in questi termini esplicitamente invece L. GAROFALO, *Gratuità* cit., 84, con richiamo peraltro al punto di vista di Finazzi.

[472] Critiche sul ricorso alla nozione si trovano in G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 258 nt. 3.

[473] Così invece G. SEGRÈ, *Sulle formule* cit., 297 nt. 2, con accostamento all'egualmente sospetto, a detta dell'autore, Triph. 9 *disp.* D. 16.3.31.1 («anche la *suscepta obligatio inter dandum et accipiendum* ricorda davvicino l'*inter dantem accipientemque* nel passo largamente interpolato di Trifonino»), citato in realtà non del tutto fedelmente da Segrè (Triph. 9 *disp.* D. 16.3.31 '[…] *si per se dantem accipientemque intuemur*'). Sul brano di Trifonino vd. M. TALAMANCA, *La bona fides* cit., 107 ss., 110 ss. e ivi nt. 309.

[474] In relazione alla possibilità di trarre indicazioni utili a fissare il percorso evolutivo che avrebbe portato alla giuridicizzazione del prestito d'uso per lungo tempo relegato nella prassi meramente sociale vd. in particolare F. PASTORI, *Il commodato* cit., 32 s., il quale conclude per un'attrazione «nell'orbita del diritto» solo nella tarda epoca classica; esclude giustamente che il brano possa essere utilizzato per tracciare una storia del comodato A. MILAZZO, *Il contratto di comodato* cit., 174 ss., il quale, quanto alla questione centrale posta da Pastori, è piuttosto dell'idea (59 ss., 77) di ricondurre le origini dell'istituto già alla seconda metà dell'età repubblicana, tra il III e il II sec. a.C.

vanti dal contratto ed è stato in particolare invocato a sostegno della tesi che tende a ricondurre il comodato all'interno della categoria del contratto bilaterale perfetto e non semplicemente imperfetto, secondo le più usuali ricostruzioni dottrinali.[475] Da questo punto di vista, in effetti, il testo configura, a favore del comodatario, il diritto a usare la cosa nei modi e tempi concordati, gravando di un correlativo obbligo il comodante, il quale non potrà pretenderne la restituzione prima del termine convenuto (*retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre*).[476] Si legga la parte in questione

[…] *Cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque.*

Ora non è certo il caso di stabilire se il prospettato divieto di interrompere anzitempo il godimento della cosa debba essere effettivamente inteso come il contenuto di un'obbligazione correlata al diritto d'uso del comodatario, come il brano vorrebbe lasciar intendere, o se piuttosto, e a ben riflettere, costituisca il (non del tutto riuscito) tentativo di rappresentare la particolarissima situazione giuridica soggettiva (attiva) in cui sarebbe venuto a trovarsi qualunque creditore nell'ambito di un rapporto obbligatorio a termine o *sub condicione*, in modo che l'obbligazione restitutoria si sarebbe costituita (e di riflesso la pretesa avreb-

[475] Per la fisiologica costituzione di obbligazioni in capo ad entrambi i contraenti vd. P. CERAMI, *Il comodato* cit., 326 ss., ove si invoca nel medesimo ordine di idee Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.8, nel quale si troverebbero fissate, da parte di Giuliano, le «direttive ermeneutiche […] alla base del brano paolino»; sulla questione vd. anche P. ZANNINI, *Comodato, precario* cit., 2689 s. Sempre nel senso di un contratto bilaterale vd. già A. BRINZ, *Lehrbuch den Pandekten* 2.1 cit., 57 s., in termini che però prescindono dalla questione specifica della restituzione intempestiva e si basano piuttosto su una valutazione complessiva del rapporto che mette in discussione la stessa struttura dogmatica del contratto bilaterale imperfetto, per il comodato, come per il deposito e il mandato, in quanto tende a ricollegare direttamente anche l'obbligazione c.d. eventuale alla conclusione del contratto, in una visione dogmatica in cui l'*obligatio* viene ricondotta alla prospettiva della responsabilità (Haftung) più che a quella del debito in senso stretto («Verbindlichkeit oder Schuld»): «ist sofort mit dem Kommodate nicht etwa blos der Kommodatar, sondern ebenso sehr Kommodator obligirt, nicht etwa blos bedingt oder ex die, sondern unbedingt und sofort obligirt»; negli stessi termini G. SEGRÈ, *Sulle formule* cit., 292; ID., *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 269, per il quale «i presupposti ulteriori richiesti per le azioni contrarie sono da riguardarsi piuttosto come elementi di fatto decisivi, che costitutivi, rispetto al sorgere del diritto di credito del mandatario e commodatario».

[476] Sospetti sulla genuinità della frase in A. PERNICE, *Zur vertragslehre* cit., 225 nt. 5.

be potuto farsi valere) solo al maturare del termine o al momento del compimento dell'uso concordato, ancorché in assenza di una precisa scadenza.[477]

Ciò su cui in questa sede dobbiamo soffermare la nostra attenzione è piuttosto il tratto immediatamente successivo, in cui le riflessioni del giurista sono guidate dalla preoccupazione di meglio motivare la dichiarata impossibilità per il comodante di rientrare *intempestive* nella disponibilità della cosa comodata. Anche in questo caso è utile leggere con attenzione il passaggio in questione:

[…] *Geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles.*

A supporto (*enim*) di quanto affermato in precedenza, Paolo tiene a precisare come il comodato si regga su un interesse negoziale di ambedue i contraenti (*Geritur enim negotium invicem*),[478] di qui la conseguente (*et ideo*) predisposizione di rimedi processuali a favore di entrambe le parti, a voler sottolineare la trasformazione di una vicenda che, pur traendo origine da un gesto del tutto spontaneo e non dovuto di solidarietà etico-sociale,[479] si era evoluta dando vita a un rapporto giuridico contrassegnato da una bilateralità di prestazioni (ancorché certamente non reciproche)[480] da far valere attraverso una (questa volta sì)

---

[477] Così, in sostanza, G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico* (*Scritti giuridici* 1) cit., 259 nt. 2: «Le parole del testo: 'non officium tantum impedit, sed suscepta obligatio inter dandum et accipiendum', non si riferiscono propriamente, a mio avviso, a una vera e propria obbligazione del commodante, ma a quella del commodatario di restituire. Cioè, i confini posti a quest'ultima obbligazione (circa l'uso e il tempo) sono di ostacolo a che il commodante possa riprendersi intempestivamente la cosa; mancherebbero in tal caso i presupposti per l'*actio directa*».

[478] Di «affare […] gestito nell'interesse di entrambe le parti» e di «reciprocità di interessi» discute A. MILAZZO, *Il contratto di comodato* cit., 173, 178; negli stessi termini A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 90 («l'affare è di entrambe le parti»).

[479] Per un richiamo all'idea di *beneficium* che si legge (in particolare) in Sen., *ben*. 3.7.1, vd. D. NÖRR, *Ethik und Recht* cit., 267 ss.; P. CERAMI, *Il comodato* cit., 288 nt. 19; sulla questione vd., con ampia discussione di fonti, G. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.* cit., 247 ss., ove più in generale si evidenzia il notevole rilievo assunto dalla «prospettiva etica dell'*officium*» nel pensiero di Paolo; da ultimo A. MILAZZO, *Il contratto di comodato* cit., 176 s. e ivi nt. 42, ove ulteriore letteratura.

[480] Non sembrano tenere distinte le due prospettive (bilateralità-reciprocità) F. PASTORI, *Il commodato* cit., 32; G. SCHERILLO, v. *Comodato (diritto romano)*, in Enc. dir. 7, Milano 1960, 981 nt. 2; così in sostanza anche G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 50 ss. e ivi nt. 5, nel momento in cui si pone una relazione tra l'*invicem negotium gerere* e l'*ultro citroque obligari*, da in-

reciprocità di forme di tutela. Molti, anche qui, sono i sospetti avanzati sul brano, in particolare sul tratto *et ideo-actionesque civiles*, che più di un autore ha ritenuto integralmente o in larga misura manipolato,[481] in particolare fra quanti hanno negato l'esistenza di un'*a. commodati contraria in ius* (*ex fide bona*).[482] Per quanto negli ultimi anni si siano registrare diverse prese di posizione in difesa della classicità,[483] non sembra che tutti i rilievi possano considerarsi supera-

---

tendersi come «duplicità e reciprocità dell'effetto» obbligatorio; così per certi versi F. GALLO, *Eredità di giuristi* cit., 62 ss., che cita il brano di Paolo a sostegno della «elasticità» dell'idea labeoniana di «corrispettività», per quanto all'autore non sfugga come «nel comodato, l'impegno a dare una determinata cosa non trova, a stretto rigore, bilanciamento in alcuna controprestazione»; di reciprocità delle prestazioni discute anche G. FINAZZI, *Amicitia* cit., 732; A. MILAZZO, *Il contratto di comodato* cit., 178 («reciprocità delle prestazioni»). Così del resto, con considerazioni che si estendono a *negotiorum gestio* e tutela («in derselben Weise "gegenseitigen" nicht vertragsmässigen Schuldverhältnissen») già A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 250 s. Opportunamente evidenzia la difficoltà di configurare una «sinallagmaticità sul piano delle prestazioni» in contratti come deposito e comodato T. DALLA MASSARA, *Alle origini* cit. 93 e ivi nt. 99.

[481] A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 250 nt. 2, con sospetti che colpiscono l'interno discorso a partire dalle parole *ut appareat*; con diagnosi interpolazionistica anche G. SEGRÈ, *Sulle formule* cit., 297; E. BETTI, *Sul significato* cit., 9 nt. 1; punto di vista confermato («esplicazione prolissa e inutile») in ID., *Sul valore* cit., 18 e ivi nt. 3, ove si propone in più di espungere anche la frase immediatamente precedente '*invicem propositae sunt actiones*' («geritur enim negotium invicem et ideo [invicem propositae sunt actiones] <*contrarium propositum est iudicium, quo invicem agi potest*»); adesivamente A. D'ORS, *Observaciones sobre el 'edictum de rebus creditis'*, in SDHI 19, 1953, 189; F. PASTORI, *Il commodato* cit., 90 e ivi nt. 63; F. SCHWARZ, *Die Konträrklagen* cit., 204, che pensa a un tentativo di avvicinamento alla categoria dei contratti consensuali («bezwecken offenbar eine Angleichung an die Konsensualverträge, aus denen *ultro citroque* Klagen entstehen»); M. KASER, *Oportere und ius civile* cit., 32 nt. 149; J. PARICIO, *La pretendida fórmula* cit., 242; sospetti sulla frase, nella parte in cui «si sottolinea la reciprocità delle azioni e delle prestazioni», si trovano anche in P. CERAMI, *Il comodato* cit., 327 («con molta probabilità, rimaneggiata»); perplessità pure in P. ZANNINI, *Comodato, precario* cit., 2869 s. Pur non avanzando rilievi formali, non poteva fare a meno comunque di rilevare la scarsa coerenza delle riflessioni paoline con la struttura obbligatoria del contratto C. FADDA, *Parte generale* cit., 196 («Forse però Paolo non è troppo preciso quando parla di obblighi e di prestazioni da parte a parte»).

[482] B. BIONDI, *Iudicia contraria* cit., 93 s.

[483] Così G. FINAZZI, *Ricerche* II.2 cit., 43 e ivi nt. 59; ID., *Amicitia* cit., 732 e ivi nt. 548; in favore dell'«integrale genuinità» si pronuncia da ultimo G. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.* cit., 245, il quale, oltre a segnalare l'appartenenza al lessico paolino del sostantivo *praestationes* (Paul. 23 *ad ed.* D. 10.3.1, Paul. 32 <33> *ad ed.* D. 19.4.1), difende l'impiego dell'aggettivo *civiles* per le *actiones*, con il quale, però, a detta dell'autore, il giurista non avrebbe inteso riferirsi alla struttura del programma di giudizio, quanto all'insorgenza di «strumenti di tutela di diritto positivo (della *civitas*) in aggiunta all'impedimento […] proveniente dall'*officium*»; analogamente, ma in un ordine di idee che trae piuttosto argomenti a sostegno di una diagnosi interpolazio-

ti. Non perlomeno quelli relativi alla qui adombrata ricostruzione del rapporto contrattuale secondo il paradigma delle *mutuae praestationes*,[484] che non pare adeguato a rappresentare la situazione debitoria delle parti, neppure a voler aderire alla (più ristretta) prospettiva dell'obbligazione bilaterale perfetta, salvo che non si voglia intendere il riferimento alla mutualità delle prestazioni in una logica di tipo strutturale più che strettamente funzionale o sinallagmatica (*do ut des, ut facias*). Solo un ridottissimo numero di studiosi ha messo invece in discussione la genuinità delle parole *geritur enim negotium invicem*.[485]

---

nistica («'civilis' è infatti per Giustiniano l'azione fondata sul ius 'civile' […] secondo l'accezione dei nuovi tempi, sul diritto positivo vigente nel territorio dello Stato»), B. BIONDI, *Iudicia contraria* cit., 94; aderisce alle conclusioni di Falcone E. SCIANDRELLO, *Ricerche* cit., 109 s.; prende posizione per la sostanziale genuinità del brano, senza però impegnarsi in una specifica analisi della testimonianza, A. MILAZZO, *Il contratto di comodato* cit., 177. Per un'interpretazione dell'aggettivo '*civiles*' secondo gli usuali schemi espressivi facenti riferimento al *ius civile*, in contrapposizione al *ius honorarium*, vd. G. FINAZZI, *Ricerche* II.2 cit., 43 s. e ivi nt. 59; punto di vista confermato in ID., *Amicitia* cit., 732.

[484] Il che è ammesso («ed in effetti pone qualche problema l'impiego di *invicem* … *actiones* … *mutuas* … *actiones* in riferimento ad un contratto imperfettamente bilaterale») anche da G. FINAZZI, *Ricerche* II.2 cit., 42 nt. 54, che pure si orienta, come si è appena detto, per una lettura conservativa (43 e ivi nt. 59).

[485] Così G. BESELER, *Beiträge* 3 cit., 86; B. BIONDI, *Iudicia contraria* cit., 94, ma nell'ambito di una diagnosi che colpisce, come si è detto, l'intero passaggio '*cum autem id fecit-necessitatis consummare*', senza che venga specificamente affrontata la questione del *negotium invicem gerere*; F. PRINGSHEIM, *Animus donandi* cit., 279, che però riferisce la frase alla *negotiorum gestio*, considerata dai bizantini come un quasicontratto. Quasicontratto che, è bene precisare, al pari del contratto innominato, avrebbe costituito un nuovo modello di contratto, (anch'esso) fondato sul *negotium* («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»): di qui appunto il richiamo al *negotium invicem* da parte dei compilatori nel brano di Paolo, che però si riferisce al comodato e solo in seconda battuta e per accostamento alla *negotiorum gestio* (*ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit*). Non avanzano rilievi sulla frase '*Geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones*' A. PERNICE, *Zur Vertragslehre* cit., 250 nt. 2; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht* 1 cit., 147; S. PEROZZI, *Le obbligazioni* cit., 105, il quale è anzi dell'idea che qui Paolo starebbe esprimendo un «pensiero che vale per tutti i contratti reali nominati»; E. BETTI, *Sul valore* cit., 18; P. VOCI, *La dottrina* cit., 49 nt. 1; G. GROSSO, *Il sistema romano*[3] cit., 50 nt. 5; G.G. ARCHI, *Donare e negotium gerere* (*Scritti* 2) cit., 677 s.; P. CERAMI, *Il comodato* cit., 327. Lo stesso dicasi per i più recenti studi di L. GAROFALO, *Gratuità* cit., 84; G. FINAZZI, *Ricerche* II.2 cit., 43 e ivi nt. 57, ove si difende peraltro l'impiego del sostantivo *negotium* dalle critiche rivoltegli da Pringsheim, rivendicando la classicità dell'avvicinamento della *negotiorum gestio* al *contractus* (da intendersi in senso lato, quale atto lecito produttivo di obbligazioni), in particolare da parte di Paolo; ID., *Amicitia* cit., 731, ove al più si richiama l'attenzione sull'ambiguità

La questione non è per noi di poco conto, in quanto pone fondati interrogativi sui risultati cui si è prima pervenuti, ove, seppur con cautela, si è proposto di mettere in relazione il rifiuto paolino di ricorrere all'azione civile, nel caso di Paul. 5 *quaest.*, con l'assenza di una reciproca negozialità della vicenda lì affrontata, non determinando la manomissione del servo un diretto vantaggio economico a favore del contraente primo esecutore, non producendo appunto riflessi sulla sua sfera patrimoniale. Ipotesi che ci è parsa avvalorata dall'intonazione delle argomentazioni ulpianee addotte a sostegno del ricorso all'azione civile e in opposizione alla concessione dell'azione pretoria (*de dolo*) che si leggono in Ulp. 42 *ad Sab.*, che ci hanno portato a prendere in considerazione l'ipotesi di un riferimento sotto traccia allo specifico punto di vista del rivale Paolo.

Non può negarsi che il brano di Paolo rischia di indebolire significativamente una tale possibilità interpretativa, considerato che il giurista non sembrerebbe avere difficoltà nell'individuare una mutua negozialità in una vicenda, come quella del comodato, che si caratterizza per l'integrale assenza di un interesse economico in capo al comodante e nella quale non è neppure prospettabile un sacrificio economico in capo al comodatario, ancorché non indirizzato alla sfera patrimoniale del comodante.

Si è invero osservato come i giuristi romani non operassero in base a un modello prefissato di negozialità e che piuttosto i caratteri che una vicenda doveva presentare, per soddisfare i requisiti richiesti per una riduzione all'idea del *negotium*, variassero di volta in volta, in funzione dei vari contesti di riferimento. Di *negotium* discutono in un'accezione tutta particolare condizionata dal profilo processuale in tema di *condictio*, ove la specifica formulazione dell'*intentio* imponeva di circoscrivere l'esercizio dell'azione ai soli negozi produttivi di un effetto traslativo (*dationes*);[486] di *negotium* in un senso certamente differente discutono nell'ambito di rapporti contrattuali in cui l'ampiezza della pretesa attrice da accertare (quidquid […] dare facere oportet) consentiva di ammettere l'impiego dell'azione anche a fronte di vicende negoziali non traslative della proprietà.[487]

Ciò che in senso generalissimo mette nella condizione di discutere di *nego-*

---

dell'espressione *geritur enim negotium invicem*; G. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.* cit., 245 (su cui vedasi *infra* nt. 492); E. SCIANDRELLO, *Ricerche* cit., 110, per il quale si tratterebbe anzi di riflessioni in «sintonia» coll'intero discorso sviluppato nel § 3; per la genuinità anche A. SALOMONE, *'Donationes sub modo'* cit., 90 s., che parla di «logica conclusione di quanto precede».

[486] Al riguardo rimane centrale Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33, su cui vd. *supra* cap. IV § 4.1.

[487] In questo senso vd. *supra* nt. 455.

tium, come si è più volte ripetuto, è l'assenza di un animo propriamente donativo, in base peraltro a una distinzione che non sempre è di facile attuazione. Non lo è soprattutto nell'ambito di rapporti che sono essenzialmente caratterizzati da gratuità. In questi casi ancor di più occorreva impegnarsi in un'attenta analisi della vicenda patrimoniale, prestando attenzione, al di là del profilo intenzionale, all'esito economico alla quale questa approdava. Un valido ausilio in tal senso certamente poteva essere fornito, come sappiamo, dalla temporaneità o definitività del vantaggio recato alla controparte.[488]

Si pensi proprio al caso del comodato di cui ci stiamo occupando: la consegna della cosa da parte del comodante può ritenersi un *negotium* e non una *donatio*, in quanto la disponibilità della cosa è destinata ad assumere carattere temporaneo, non definitivo. Il comodante non mette la cosa a disposizione del comodatario perché questi la tenga o la usi per sempre. La consegna, al contrario, con l'intesa di riceverla indietro al termine convenuto, una volta che il comodatario ne avrà fatto l'uso concordato.[489] Per certi versi è una vicenda che si avvicina a quella del *negotium mixtum cum donatione*, se non fosse che l'aspetto negoziale è destinato qui a prevalere rispetto all'ipotesi agitata in Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18 pr.-2, essendo previsto che la cosa ritorni nella disponibilità dello stesso comodante, mentre nel brano ulpianeo appena richiamato, allo scadere del termine, la cosa andrà diversamente trasferita a un terzo estraneo al rapporto, senza alcun beneficio economico compensativo in favore del proprietario. Di qui appunto l'attrazione del comodato nell'ambito del *negotium*, piuttosto che in quello della *donatio*.

Naturalmente non sempre era sufficiente ricorrere a un'analisi esteriore degli sviluppi economici al fine di trarre indicazioni che consentissero di orientarsi con sicurezza in un senso o in un altro. Ciò accadeva soprattutto in quelle zone grigie, in cui gli aspetti donativi e negoziali si legavano in un intreccio dalla trama così fitta e articolata che le due prospettive finivano per fondersi e confondersi tra di loro. Si consideri il caso del *precarium* in cui l'ibridazione dei due modelli è tale che la combinazione dei due elementi (temporaneità del benefi-

[488] Si pensi al principio del c.d. '*dare ne reciperetur*' al quale si rifà Giuliano in Iul. 17 *dig.* D. 39.5.1 pr., e che, anche se non del tutto congruamente, veniva in discussione in Iul. 18 *dig.* D. 12.1.20 al fine di escludere la sussistenza di un atto donativo: '*quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem maneret*'. In proposito vd. *supra* cap. IV § 4.1.

[489] G.G. ARCHI, *Donare e negotium gerere* (*Scritti* 2) cit., 678 («chi dà vuole anche la restituzione»), che in proposito recupera le parole di Paolo in tema di *donatio mortis causa:* «il comodante preferisce se stesso al comodatario. Siamo dunque nel *negotium gerere*».

cio, da un lato, e la previsione di una restituzione della cosa al concedente, dall'altro) non è sufficiente per collocare l'istituto all'interno dell'area del *negotium* (come invece avviene nel *commodatum*),[490] lasciandolo piuttosto in uno spazio sostanzialmente indefinito, in cui la funzione (in senso lato) donativa finisce per assumere una dimensione prevalente rispetto a quella propriamente negoziale ('*magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti*').[491]

Quanto detto basta per comprendere come il *negotium* rappresentasse uno strumento concettuale in grado di adattarsi convenientemente alle specificità delle diverse ipotesi per le quali trovava applicazione. Ciò lascerebbe certamente intatta la possibilità teorica di un uso duttile e differenziato da parte di Paolo in materia contrattuale, con un rigore applicativo magari più accentuato nell'ipotesi in cui ci si allontanava dagli schemi negoziali recepiti a livello edittale. Pur con questa ammissione, rimane il fatto che la distanza tra le due impostazioni metodologiche rimarrebbe troppo ampia perché la si possa ritenere plausibile. Sennonché una tale incoerenza di modelli non si risolve rinunciando a leggere Ulp. 42 *ad Sab*. nell'ottica di una divergenza interpretativa intorno alla nozione di *negotium*, che avrebbe visto Paolo farsi promotore di un atteggiamento rigorista, ma al contrario interrogandosi sull'attendibilità del più largo e conciliante modello ricostruttivo con cui il giurista severiano parrebbe muoversi in Paul. 29 *ad ed*.

Del resto è proprio il modello di Paul. 29 *ad ed*. a suscitare serie perplessità, al punto da apparire quasi evanescente. Anche a voler provare a sfruttare sino in fondo tutta l'elasticità concettuale della nozione, rimane difficile comprendere in che senso il contratto di comodato avrebbe dovuto rispondere, in concreto, a un duplice interesse delle parti o, se vogliamo rimanere più aderenti al modo di esprimersi del giurista, in che termini avrebbe presentato questa doppia negozialità da una parte e dall'altra.[492]

---

[490] Al riguardo vd. E. BETTI, *Appunti* (1958) cit., 248; tiene distinte le due ipotesi (comodato-precario) dal punto di vista del *negotium* G.G. ARCHI, *Donare e negotium gerere* (*Scritti* 2) cit., 678 («Altro sarebbe a dirsi, se non del comodato si fosse trattato, ma del precario»).

[491] Vd. vol. I, cap. III § 3.1.

[492] Vede piuttosto nell'espressione un riferimento «alla bilateralità al livello di compimento dell'operazione giuridica» G. FALCONE, *A proposito di Paul. 29 ad ed.* cit., 245, con un'interpretazione che certo avrebbe il vantaggio di risolvere gli inconvenienti qui evidenziati, ma che d'altra parte non può che rafforzare i sospetti sulla continuazione del discorso paolino, ritenuto dall'autore invece genuino, apparendo a questo punto ancor più incerta la connessione che si verrebbe a determinare tra la bilateralità riferita all'agire negoziale (*geritur enim negotium invicem*) e la bilateralità riferita all'agire processuale, la quale andrebbe più propriamente messa in

La verità è che l'espressione sembra voler malamente giustificare la predisposizione di azioni a vantaggio di entrambi i contraenti (*et ideo invicem propositae sunt actiones*), attraverso una trasposizione sul piano sostanziale di una reciprocità di tipo processuale. Il punto è che a una (ipotetica) bilateralità (perfetta) di obbligazioni non corrisponderebbe in ogni caso una mutualità di prestazioni in senso economico e giuridico (corrispettività):[493] il restituire la cosa ricevuta in uso non rappresenta un comportamento diretto a realizzare un interesse autonomo del comodante. Non è certo una controprestazione. Non è altro in effetti che la diretta conseguenza del carattere non donativo della consegna effettuata dal comodante. Siamo in presenza, in sostanza, di una sorta di corto circuito logico.

Né, dal faticoso modo di esprimersi del brano, è dato comprendere in che termini l'affermata bilateralità negoziale e la conseguente bilateralità processuale avrebbero dovuto costituire la ragione per giustificare l'impossibilità del comodante di chiedere indietro la cosa intempestivamente, come il brano vorrebbe a più riprese lasciar intendere, ricomponendo i pezzi del discorso paolino, oggi spezzato dall'ampia digressione sulla *negotiorum gestio* e sul *mandatum* (*ut accidit in eo, qui* […]):

> […] retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. Geritur *enim* negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles […] *Igitur* si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo

relazione con la bilateralità del rapporto o, per meglio dire, degli effetti (obbligatori) scaturenti dall'atto, piuttosto che con la bilateralità della struttura negoziale; scettico su un possibile riferimento alla conclusione del contratto G. FINAZZI, *Amicitia* cit., 731 e ivi nt. 547, il quale pensa piuttosto alla produzione di effetti obbligatori in capo ad entrambe le parti.

[493] Per la differenza tra le due prospettive vd. già K.A.D. UNTERHOLZNER, *Quellenmässige Zusammenstellung* 1 cit., (§ 13.II) 22 nt. *c*: «Die wechselseitig bindenden Schuldverträge brauchen aber noch keineswegs solche zu sein, welche ein gegenseitiges Vermögensopfer bezwecken (**contractus onerosi**). Die unentgeltliche Gebrauchsverleihung z. B. ist ein Vertrag, der bloß einen einseitigen Vortheil bezweckt (**contractus gratuitus**), und doch ist er gegenseitig bindend»; l'incongruenza dello schema del contratto sinallagmatico rispetto alla struttura obbligatoria del comodato si trova opportunamente messa in evidenza in G. SCHERILLO, v. *Comodato (dir. rom.)* cit., 981 nt. 2, in un contesto che non tiene però adeguatamente separate le diverse categorie del contratto bilaterale e sinallagmatico («erra pertanto Paolo […] quando sembra profilare il comodato come un vero e proprio contratto bilaterale o sinallagmatico»).

Il ragionamento è tautologico, se non peggio contraddittorio. È per certi versi superfluo osservare che la spettanza di un'azione a favore del comodatario non rappresenta certo un argomento su cui saldamente costruire l'ipotesi di un diritto all'uso, nei termini prospettati dal brano, perché piuttosto il problema è stabilire se nel contenuto del rapporto obbligatorio genericamente riassunto nell'*intentio* dovesse o potesse farsi rientrare l'obbligo del comodante di non chiedere indietro la restituzione della cosa prima di quanto convenuto. Questione, questa, che di sicuro non poteva essere di per sé risolta in base alla semplice constazione della predisposizione in favore del comodatario di un'azione contraria.

Né si può poi ignorare l'evidente e grossolano vizio logico che colpisce, nella sua attuale formulazione, la frase '*et ideo invicem propositae sunt actiones – actionesque civiles*', in cui si finisce, in sostanza per affermare, per lo meno una banalità. Si legga il brano senza il riferimento alle *mutuae praestationes*:

> […] invicem propositae sunt actiones, *ut appareat*, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat […] converti in mutuas […] actiones[que] civiles.

In sostanza un fatto che prova sé stesso: la concessione di azioni reciproche per dimostrare (*ut appareat*) che il rapporto aveva dato vita ad azioni reciproche! Un ulteriore buon motivo per dubitare della genuinità del riferimento alle *actiones*(*que*) *civiles*.

Proprio per le ragioni indicate è legittimo giungere alla conclusione che non appartenga a Paolo l'inconcludente richiamo alla prospettiva della reciprocità negoziale che troviamo qui a sostegno delle conclusioni tratte dal giurista sul piano sia processuale che sostanziale. Per meglio dire, non nei termini in cui la questione è oggi posta nel brano. A voler ammettere la presenza di un riferimento al *negotium invicem gerere* nella stesura originaria del passo paolino, si può al più ritenere che con essa il giurista intendesse ben diversamente (e più modestamente) evidenziare l'assenza di intenti donativi da una parte e dall'altra: nel senso che nessuno degli autori coinvolti nel rapporto negoziale aveva inteso arricchire col proprio contegno, a titolo di donazione, l'altro. Non il comodante, il quale si attendeva che la *res commodata* gli venisse restituita. Non il comodatario che, se aveva effettuato delle spese per il mantenimento della *res*, lo aveva fatto, non certo allo scopo di beneficiare il donante, ma nel presupposto che gli sarebbero state rimborsate. Solo così si può affermare che il rapporto assolveva una funzione latamente negoziale per ambedue i contraenti: e ciò spiegherebbe la concessione di un'azione a favore di entrambi. Siamo però ben distanti

dall'idea più stringente di *negotium* come affare vantaggioso per entrambe le parti (per dirla con Giffard o Cannata), che impregna la logica sinallagmatica aristoniana, stando almeno alla testimonianza di Ulpiano. [494]

Non c'è pertanto motivo di rinunciare all'idea per cui l'intero ragionamento di Ulpiano in Ulp. 42 *ad Sab*. rappresenti una decisa ma velata critica alle diverse vedute ricostruttive paoline in tema di tutela dei *nova negotia*. Per quanto non possa naturalmente ritenersi dimostrata con certezza, l'ipotesi di una riflessione critica, rispetto all'impostazione del collega e rivale, è, per le ragioni prima chiarite, quella che meglio si presta a intendere il senso complessivo del brano: nello sviluppo della sua struttura argomentativa e discorsiva. E non è certo in base al maldestro impiego della nozione di *negotium* (*invicem*) che troviamo in Paul. 29 *ad ed.* D. 13.6.17.3 che si può seriamente pensare di revocare in dubbio l'idea di una polemica a distanza con Paolo, che, dei giuristi contemporanei di Ulpiano che guardavano con maggiore favore a un impiego dell'*actio de dolo* nell'ambito delle vicende negoziali non tipizzate edittalmente, era del resto, e di sicuro, l'esponente più autorevole e rappresentativo.

10. Indizi di una possibile persistenza dell'indirizzo giulianeo-paolino ancora in epoca dioclezianea.

Prima di avviarci a un riepilogo dei risultati qui raggiunti, è bene osservare che la questione dell'ammissibilità dell'azione contrattuale, nell'ambito di rapporti che non fossero in grado di assicurare una reale utilità economica per tutti i soggetti in essi coinvolti, dovette rimanere dibattuta ben oltre l'età severiana, come dimostra la parziale sopravvivenza dell'indirizzo giulianeo-paolino ancora in piena età dioclezianea in C. 2.20(21).4 (Diocl. et Maxim., a. 294), in relazione a una vicenda che presenta evidenti affinità con l'ipotesi contemplata in Paul. 5 *quaest*. § 2 e affrontata ancor prima da Giuliano (Ulp. 4 *ad ed.*).

C. 2.20(21).4 Diocl.-Maxim. AA. et CC. Menandrae:[495] *Cum proponas inter te et eum, quem in contubernio ancillam tuam sibi coniunxisse memorasti, placuis-*

[494] Che il sostantivo *negotium* non sia qui impiegato nel significato (anche solo generico) di affare non era sfuggito a P. VOCI, *La dottrina* cit., 49 nt. 1, il quale pensava piuttosto a un uso nel senso più specifico (ancorché raro) di negozio giuridico.

[495] *Menandro* secondo A. HERRMANN, *Corpus juris civilis. Pars altera codicem continens. Editio Stereotipa. Impressio decima*, Lipsiae 1865, 153 nt. 28.

se, ut tibi pro eadem daret mancipium, intellegis, quod, si manumisisti vel ei tradidisti et ille manumisit, revocandae libertatis potestatem non habes, sed solum, si necdum statutum tempus excessit[496] *et fidem placiti rumpat, desiderare debes de dolo tibi*[497] *decerni actionem. Quod si penes te dominium eius remansit, adito praeside provinciae cum natis hanc potes recuperare, si nulla moveatur status quaestio*. Dat. III. k. Mai. Heracliae CC. conss. [a. 294].[498]

Si tratta di una testimonianza estremamente interessante, di cui non è per nulla semplice ricostruire con precisione la vicenda portata all'attenzione della cancelleria imperiale.

Dalle prime indicazioni fornite in sede di descrizione dell'intervenuto accordo tra il proprietario della giovane schiava e il convivente di quest'ultima,[499] verrebbe da pensare a uno scambio propriamente permutativo (*placuisse, ut tibi pro eadem daret mancipium*), e dunque a un ordinario caso di *do ut des*. Dalla prosecuzione del discorso sembra però che le parti si fossero piuttosto accordate pensando a una più generica nozione di scambio, nel senso che l'impegno del *dominus* dell'*ancilla* potesse ritenersi rispettato anche se questi si fosse semplicemente e diversamente limitato a fare atto di manomissione della schiava.[500]

---

[496] '*Excesserit*' in I. L. G. BECK, *Corpus iuris civilis. Vol. II*, Lipsiae 1837, 93; FRATRES KRIEGELII, *Corpus iuris civilis. Impressio septima decima. Pars II a d. Aemilio Hermanno recognita. Codex*, Lipsiae 1887, 153. Lezione seguita in letteratura sino alla pubblicazione della prima edizione di Krüger del 1877: così ancora, ad es., C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 45 nt. 1.

[497] Assente nelle edizioni di Norimberga del 1475 e di Aloandro del 1530: FRATRES KRIEGELII, *Codex*[17] cit., 153 nt. 29.

[498] Secondo la datazione proposta da Krüger (293 secondo Mommsen). Spesso senza data (I.L.G. BECK, *Corpus iuris civilis* 2 cit., 93) o senza una data precisa: così FRATRES KRIEGELII, *Codex*[17] cit., 153 153 (294-305.

[499] Che la convivenza sia tra l'*ancilla* ed *Ego* (o per meglio dire *Is*: una delle parti del negozio) è giustamente affermato di recente anche da P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 248 e ivi nt. 79, ove si respinge la diversa congettura di A. WACKE, *Sul concetto di dolus* cit., 34; ID., *Zur dolus-Begriff* cit., 379, secondo il quale a convivere con l'*ancilla* sarebbe stato piuttosto uno schiavo di *Ego* (*Is*). Non solo non vi è alcun indizio al riguardo (lo nota già P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 248 nt. 79), ma soprattutto una tale ipotesi è smentita espressamente dal testo (Cum proponas inter te et *eum, quem* in contubernio ancillam tuam *sibi* coniuxisse, *placuisse*). Più in generale a non convincere è l'intera ricostruzione della vicenda prospettata dallo studioso tedescco: A. WACKE, *Sul concetto di dolus*, 34: «Il proprietario del *servus* voleva liberare il suo schiavo ed aveva interesse a che l'*ancilla* convivente con lo schiavo ugualmente diventasse libera»; ID., *Zur dolus-Begriff* cit., 379.

[500] Nel senso di un accordo diretto alla liberazione della schiava («avrebbe liberato detta

Di qui il convincimento, in base a un indirizzo assai risalente,[501] che la decisione adottata dalla cancelleria imperiale riguardasse in effetti una duplicità di fattispecie.[502] *Do ut des*,[503] nel caso in cui *Tu* avesse trasferito la proprietà della schiava: dovendosi conseguentemente sostituire '*vel tradidisti*' con un originario riferimento al compimento dell'atto mancipatorio (*vel mancipio dedisti*).[504] *Facio ut des*, nella differente ipotesi in cui l'avesse piuttosto manomessa (*si manumisisti*).[505]

---

schiava e Caio gli avrebbe consegnato un altro schiavo») vd. P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 248; così in sostanza, al di là di quanto si è appena evidenziato in relazione alla concreta rappresentazione della fattispecie, anche A. WACKE, *Sul concetto di 'dolus'* cit., 34; ID., *Zur dolus-Begriff* cit., 379.

[501] Così K. SCHMITTHENNER, *Ueber Verträge* cit., 108; P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 144, 208 s.

[502] Diversamente («hier von keinen *contractus do, ut des*, sondern von einer *conventio facio ut des*, die Frage war») C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 92 s., il quale escludeva del tutto la configurabilità di un contratto del tipo *do ut des*, con la precisazione per cui «das Geschäft mit dem factum manumissionis begann»; nello stesso ordine di idee J.J. ENSCHEDÉ, *Dissertatio* cit., 43 nt. 1 («Hac in lege non agit de contractu *do ut des*, sed de *facio ut des*, vel ex eo patet, quod negotium incepit a *facto manumissionis*»); C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 44, 56, 196. Analogo punto di vista si trova ancor prima in H. GIPHANIUS, *Enarrationes et commentarii in VIII lib. Codicis Iustiniani leges celebriores et difficiliores*, Francofurti ad Moenum 1631, 89 s., ove in sostanza si esclude che l'ipotesi prevedesse tra le sue forme attuative una consegna traslativa della proprietà della schiava a fini manomissori. L'accordo avrebbe piuttosto previsto o una manumissione della schiava direttamente da parte del proprietario con successiva *traditio* o una *traditio* con successiva manomissione da parte del convivente: sempre con l'intesa, ovviamente, di ricevere in cambio uno schiavo appartenente a quest'ultimo («[…] convenit, ut unus ancillam suam maumitteret, eamque alteri traderet, vel traditam alter manumitteret, & pro ea mancipium aliud redderet, si ancilla fuerit manumissa»). In ogni caso sarebbe mancata una *datio*, di qui la riconduzione allo schema del *facio ut des*.

[503] Così già A. CONTIUS, *Codicis Domini Justiniani, sacratissimi Principis, P.P. Augusti repetitae praelectionis libri XII. Codici liber secundus. Tit. XXI. De dolo malo. IIII*, Lugduni 1583, 341 lett. *h* («*Tradidisti*: hoc casu videtur contractus do ut des»); H. DONELLUS, *Commentarium ad titulum digestorum, de praescriptis verbis et in factum actionibus. Caput XVII. L. cum proponas, C. de dolo*, in *Opera* X cit., 1256; tra i moderni S. PEROZZI, *Istituzioni* 2 cit., 283 nt. 1 (di p. 281); P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 144 («in una delle ipotesi […] ha evidentemente la forma del *do ut des*»).

[504] Così P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 144; ID., **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 2 cit., 235.

[505] P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 144, che, tra le righe, sembrerebbe allargare tale schema anche all'ipotesi di semplice *traditio manumissionis causa*, in termini che non sembrano però coerenti col fatto che l'autore, come si è appena visto (nt. prec.), ipotizzi un originario riferimento alla *mancipatio*: «Qui si provvede infatti coll'*actio doli*, salvo nel caso che corrisponde

In entrambe le circostanze l'unica via prospettata al richiedente, per far valere il mancato rispetto dell'impegno assunto dalla controparte, nell'impossibilità di agire con la *condictio* per la ripetizione dell'ancella di fronte all'avvenuta manomissione e nell'impossibilità, comunque di revocarne gli effetti (*revocandae libertatis potestatem non habes*),[506] sarebbe stata il ricorso, entro i termini previsti (*si necdum statutum tempus* […] *excesserit*),[507] all'*actio de dolo*. Non viene neppure preso in considerazione l'esercizio di un'azione diversamente volta all'adempimento. Il che è indubbiamente significativo.

È per certi versi superfluo precisare che a richiamare l'attenzione degli studiosi non è stato naturalmente il ventilato impiego dell'*actio de dolo* relativamente all'ipotesi di *facio ut des* (manomissione in cambio di trasferimento del servo), essendo da questo punto di vista la soluzione adottata da Diocleziano quantomeno coerente con Paul. 5 *quaest*. § 3.[508]

---

ad un *facio ut des*, in cui il *dominium* sia rimasto presso il richiedente e cioè la schiava non sia stata nè ceduta nè manomessa, nel qual caso ci si potrà valere della *rei vindicatio*».

[506] C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 93.

[507] In questo senso vd. già A. CONTIUS, *Codici liber secundus. Tit. XXI. De dolo malo. IIII* cit., 341 lett. *k* («*Statutum*: in actione de dolo»); è appena il caso di osservare che la locuzione in questione si ritrova, talvolta con trascurabili varianti lessicali, in altri tre provvedimenti, due dei quali di epoca dioclezianea: C. 2.21.7 (Diocl. et Max., a. 294) '*si necdum statutum tempus excessit*'; C. 4.9.4 (Diocl. et Max., a. 294) '*necdum transisse tempus statutum*'; CTh. 2.27.1.3 '*si* […] *statutum tempus excesserit*'. La locuzione '*statutum tempus*' (molto più diffusa) è adoperata, con riferimento proprio all'*actio de dolo*, in Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.30.6 ('*nec de dolo actio post statutum tempus datur*'); al «termine di prescrizione, ancora annuale» pensa P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 248.

[508] Di qui i sospetti verso C. 2.20(21).4 da parte di quanti hanno ritenuto bizantino il ricorso all'*a. de dolo* nel brano paolino: in questo senso vd. B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae* cit., 104 nt. 3, il quale riteneva interpolato tutto il tratto '*sed solum-decerni actionem*'. Va detto che, al di là di taluni rilievi di carattere formale («a parte il constitutum tempus […] e l'equivoco rumpat [chi?]») e delle critiche più in generale sollevate nei confronti di tutte le soluzioni in cui l'*a. de dolo* finisca per fungere da rimedio contro comportamenti contrari alla *bona fides* (*supra* cap. IV nt. 86), a pesare sulle conclusioni dello studioso era l'idea (a nostro modo di vedere, non condivisibile) che vorrebbe qui la cancelleria impegnata in un ordinario caso di permuta («il negozio intervenuto fra le parti non era che una permuta»), e dunque in relazione a una vicenda per la quale «i classici concordemente accordavano l'azione, per quanto in varia forma, per l'esecuzione del contratto»: punto di vista che, va detto, di lì a poco sarebbe stato riconsiderato dall'autore (vd. *infra* nt. 517). Per una corretta valutazione della fattispecie qui affrontata vd. *infra* in questo stesso §. Per una stretta relazione tra la decisione della cancelleria e la soluzione di Paolo in Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.3, in un'ottica che difende la genuinità di entrambi i brani, vd. già C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 44, 56,

A insospettire è stato piuttosto l'impiego della stessa azione anche per l'ipotesi di scambio. Non si può infatti non considerare che la (successiva) manomissione dell'ancella da parte del convivente (divenuto proprietario), avrebbe potuto costituire una ragione per escludere l'esperimento in via di ripetizione della *condictio*,[509] ma non certo quello dell'azione contrattuale. Di qui, come si può facilmente intuire, il tentativo degli interpreti di diritto comune di circoscrivere la decisione al solo caso di *facio ut des*, ammettendo viceversa l'*a.p.v.* per il *do ut des*.[510] Per converso si spiega anche il grande risalto attribuito al brano da quanti si ponevano in una prospettiva di tipo interpolazionistico,[511] al quale fa da contraltare la scarsa attenzione dedicata al nostro provvedimento negli studi più recenti.[512]

A prescindere da ogni ulteriore considerazione, si deve sin d'ora rilevare che ciò non può considerarsi oggi sufficiente per accreditare l'idea di un generalizzato mancato riconoscimento dei *nova negotia* da parte della giurisprudenza classica. Semmai potrebbe legittimare l'ipotesi dell'adozione, (almeno) in materia di permuta, di un atteggiamento di chiusura da parte della cancelleria di Diocleziano,[513] non molto differente da quello assunto da Celso in Cels. 3 <8> *dig.* D.

---

[509] Oltre che naturalmente di rimedi reintegratori: sull'inammissibilità di una *restitutio in integrum adversus manumissum* vd. B. ALBANESE, *La sussidiarietà* cit., 190 e ivi nt. 40, 290; A. WACKE, *Zur dolus-Begriff* cit., 379 nt. 79.

[510] A. CONTIUS, *Codici liber secundus. Tit. XXI. De dolo malo. IIII* cit., 341 lett. *h* («*Tradidisti*: hoc casu […] videtur praescriptis verbis non de dolo dari»); H. DONELLUS, *Commentarium ad titulum digestorum, de praescriptis verbis et in factum actionibus. Caput XVII. L. cum proponas, C. de dolo*, in *Opera* X cit., 1256 («certo constet eo nomine praescriptis verbis actionem dari […] actio est de dolo […] de ancilla manumissa solum proponi intelligatur»).

[511] Sul punto vd. ad es. S. PEROZZI, *Istituzioni* 2 cit., 283 nt. 1 (di p. 281); P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 144; ID., ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 2 cit., 235, il quale arriva per l'appunto alla conclusione che, «salvo un possibile timido tentativo di applicazione dell'*actio empti*», il «diritto classico romano […] ignorava qualsiasi mezzo processuale diretto a ottenere l'esecuzione della permuta», ricorrendo alla *condictio* o in sua mancanza all'*a. in factum* o *de dolo*, tutte dirette «alla ripetizione del dato oppure al risarcimento del pregiudizio patito per la mancata prestazione e per l'evizione sopportata».

[512] La costituzione non è ad es. affrontata in A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 65 ss.; ID., *Osservazioni* cit., 152 s.; ID., *I contratti innominati* cit., 88 s., che pure dedica un'apposita panoramica alla questione della tutela dei *nova negotia* da parte della cancelleria di Diocleziano.

[513] Ipotesi che andrebbe naturalmente raccordata col diverso quadro solutivo nel quale mostra di muoversi la cancelleria di Diocleziano, sempre in tema di permuta, in C. 4.64.4.1 (Diocl. et Max., s.d.), in un contesto in cui certo insospettisce l'impiego dell'*a.p.v.* a fini anche ripetitivi (*praescriptis verbis actione, ut vel fides placiti servetur tibi vel, quod alterius accipiendi fundi gratia*

12.4.16, ove nell'ambito di una vicenda ancor meno problematica, non propriamente permutativa, si escludeva l'esercizio dell'azione contrattuale, ammettendo piuttosto l'esperimento della *condictio* in via ripetitiva.[514] *Condictio* che in questo caso, come si è detto, non sarebbe stato possibile esercitare a causa della sopravvenuta manomissione, lasciando così spazio all'esercizio della sussidiaria *actio de dolo*.[515] In questa prospettiva si potrebbe poi discutere delle ragioni che avrebbero indotto la cancelleria ad affidarsi all'*actio de dolo*, il cui impiego non è mai preso in considerazione in materia di permuta, e non piuttosto a un'*actio in factum* con programma di giudizio congegnato secondo lo schema di Gai 4.46.

A questo proposito si deve però e in realtà osservare che non ci troviamo affatto in presenza di un *do ut des*, avente a «oggetto uno schiavo contro una schiava», come (pur) è stato sostenuto.[516] A una più attenta lettura, sembra si debba dare invece ragione a quanti hanno ritenuto che l'intento effettivo delle parti non fosse quello di realizzare uno scambio propriamente permutativo. Pare appunto che il convivente della giovane schiava si fosse impegnato a trasferire la proprietà di un proprio servo, in cambio della libertà dell'ancella:[517] senza che, peraltro, rilevasse se l'atto manomissorio dovesse essere compiuto diretta-

---

dedisti, causa non secuta restituatur): in proposito vd., con diverse soluzioni, P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 150 ss.; A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 65 s.; E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 348 ss.; o ancora in C. 4.64.6 (Diocl. et Max., s. d.): sul brano vd. P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 150 s.; A. BURDESE, *Sul riconoscimento* cit., 65; C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis* cit., 47 s.; E. SCIANDRELLO, *Studi* cit., 347; per l'impiego qui dell'azione contrattuale (di buona fede) da parte della cancelleria vd. R. FERCIA, *Il fieri* cit., 28 e ivi nt. 200.

[514] In questo senso CH. APPLETON, *L'obligation de transférer* (1906) cit., 774 s. e ivi nt. 3, a dimostrazione del fatto che la dottrina aristoniana sarebbe rimasta contrastata almeno sino ai tempi di Diocleziano, dovendosi attendere l'epoca di Giustiniano per una sua definitiva consacrazione; adesivamente A. AUDIBERT, *Sur les différents noms* cit., 23 e ivi nt. 2.

[515] M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis* cit., 146 nt. 404; P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo e accordi* cit., 248.

[516] P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 144.

[517] Così già J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes in Librum V quaestionum Pauli* cit., in *Opera* V cit., (*Ad L. V de praescriptis verbis. Ad §. Quod si faciam*) 1625, che inserisce il brano all'interno del medesimo indirizzo solutivo di Paul. 5 *quaest*. D. 19.5.5.3; PH. E. HUSCHKE, *Kleine kritische Versuche* cit., 123; in termini molto netti, ma che si concentrano in effetti su una soltanto delle diverse modalità di attuazione dell'accordo, C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 44: «il a été convenu que j'affranchirais mon *ancilla*, et que vous me donneriez à sa place un autre esclave»; con revisione delle precedenti conclusioni (*supra* nt. 508) B. BIONDI, *Appunti* cit., (estratto) 42 nt. 2 («il negozio consisteva in una datio ut manumittatur, o in un do ut des con obbligo di manumissione»); in senso contrario, naturalmente, P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ 1 cit., 144 e ivi nt. 3.

mente dal *dominus* o dal convivente stesso[518] (con le conseguenze che sarebbero naturalmente scaturite dal punto di vista della titolarità degli *iura patronatus*) e senza che fosse a tal fine necessariamente richiesto il compimento di un atto propriamente traslativo del dominio da parte del proprietario della schiava, potendo provvedervi lo stesso convivente quale titolare bonitario, con le ben note implicazioni che ciò avrebbe comportato sul piano dell'acquisto della cittadinanza:[519] il che potrebbe anche spiegare il riferimento alla *traditio* da ritenersi a questo punto genuino. Ciò ovviamente impone di ritenere che la manomissione della giovane schiava da parte del convivente rientrasse nelle condizioni dell'accordo e non fosse semplicemente un fatto sopraggiunto, per sua libera iniziativa.[520]

Posta la vicenda in questi termini, sarebbero venuti a mancare i presupposti per la configurabilità di uno scambio permutativo. Anche ad ammettere che si fosse convenuto o comunque proceduto a un trasferimento di proprietà dell'ancella (e non a una semplice consegna),[521] questo sarebbe stato in ogni ca-

---

[518] C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 93: «Ob sie nun nachher der Herr selbst freiließ, oder sie dem Andern in der Absicht übergab, um sie freizulassen, war gleichgültig, und änderte die Natur des Geschäfts nicht»; così in definitiva anche A. WACKE, *Zur dolus-Begriff* cit., 379 («Der Herr der *ancilla* hat sie freigelassen oder dem Herrn des *servus* zwecks Freilassung übergeben»); nonché P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo* cit., 248.

[519] Gai 1.35 '*si servus in bonis tuis* […] *Latinus quidem a te solo fieri potest*', Tit. Ulp. 1.16 '*Qui tantum in bonis, non etiam ex iure Quiritium servum habet, manumittendo Latinum facit*': in proposito vd. K. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke* cit., 9; S.A. CRISTALDI, *Il contenuto* cit., 141 nt. 56; M. NARDOZZA, *'In bonis esse' e 'nudum ius quiritium*', in TSDP 6, 2013, 69; A. SALOMONE, *Gli obblighi di manomettere* cit., 340, 344. A tal riguardo vd. anche *supra* nt. 182.

[520] Nel senso qui indicato vd. C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 93: «Denn die Verabredung ging dahin, daß der Herr seine Sklavin manumittiren wollte, um sie mit demjenigen zu verheirathen, welcher dem Herrn einen andern Sklaven dagegen zu geben versprochen hatte».

[521] Esclude, come si è accennato (*supra* nt. 517), che la vicenda in esame prevedesse tra le sue possibili forme attuative il ricorso a un trasferimento della proprietà dell'*ancilla* (*mancipatio*), ancorché in prospettiva e in funzione di una sua manomissione, C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 22 nt. 2, 46 nt. 1, con una circostanza, che, a detta dello studioso francese, renderebbe del tutto comprensibile l'impiego dell'*a. de dolo*, anziché dell'azione contrattuale, trattandosi in definitiva di un caso di *facio ut* (*facias et*) *des*, dovendosi per l'appunto considerare la *traditio* di *res mancipi* alla stregua di un semplice *facere* (22). Ciò in un contesto in cui, in verità, non sono del tutto assenti oscillazioni di pensiero che sembrano talvolta prospettare una ben più significativa chiusura da parte della cancelleria dioclezianea rispetto alla dottrina aristoniana del sinallagma, sulla falsariga e in adesione al più rigido indirizzo solutivo di Cels. 3 <8> *dig.* D. 12 4 16: (127) «[…] A défaut de la *condictio* devenue impossible, l'*accipiens* était certainement tenu de l'action *de dolo*, ainsi que cela résulte d'un texte déjà expliqué, et conçu, comme celui de Celsus, dans le sens de la doctrine qui refuse à l'échange le caractère de contrat (L. 4, C. de dol. mal. II, 21)».

so funzionale al compimento del successivo atto manumissorio, col risultato che non sarebbe stato tecnicamente prospettabile in termini di corrispettivo della prestazione diversamente gravante sul convivente. Non ci sarebbe stato dunque scambio di schiava contro schiavo. Ciò che in sostanza il proprietario dell'ancella offriva in cambio della proprietà dello schiavo del convivente, in termini di corrispettivo, era la libertà dell'ancella stessa, la sua manomissione. Per lo meno sul piano economico e dunque della funzione negoziale, si sarebbe venuta a configurare una situazione non dissimile da quella che si sarebbe realizzata nel caso in cui a procedere all'affrancamento della schiava fosse stato direttamente il suo proprietario. E ciò spiega il motivo per cui le due fattispecie siano trattate unitariamente e nell'ambito di un identico quadro solutivo.

A cambiare erano semmai i meccanismi giuridici in concreto adoperati per il raggiungimento del medesimo risultato. Volendo si potrebbe anche affermare che a mutare era lo schema riassuntivo della vicenda che avrebbe presentato una diversa articolazione. *Facio ut des* nel caso di manomissione da parte del proprietario; *do ut facias et des*, nell'ipotesi di consegna dell'ancella in vista di una sua successiva manomissione da parte del convivente. Ciò non avrebbe però inciso sulla valutazione (innanzitutto economica) della fattispecie, nel senso che anche la seconda avrebbe potuto considerarsi come un caso, seppur particolarissimo, di *facio ut des*, come del resto non era sfuggito agli interpreti di diritto comune,[522] seguendo un'intuizione che può farsi risalire già alla Glossa.[523]

È appena il caso di osservare che a un'assimilazione tra schemi o fattispecie, come quella qui ipotizzata, si sarebbe potuti arrivare, però, solo nell'ipotesi in cui alla consegna dell'ancella avesse fatto effettivamente seguito il suo affranca-

---

[522] Per una riconduzione del caso qui esaminato a un'ipotesi di *facio ut des*, pur ipotizzando l'avvenuto trasferimento della proprietà mediante compimento della *mancipatio*, vd. J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes in Librum V quaestionum Pauli* cit., in *Opera* V cit., (*Ad L. V de praescriptis verbis. Ad §. Quod si faciam*) 1625, ove si ragiona sulla congettura di una sostanziale equiparazione del *dare manumittendum* a un'attività di *facere* («manumisi ancillam, vel dedi tibi manumittendam, quod et pro facto habetur, ut Glossa recte hic notat»); negli stessi termini vd. A. BARELS, *Disputatio juridica inauguralis qua illustratur Rescriptum Diocletiani & Maximiani quod reperitur in l. ult. Cod. de Revocand. his quae in fraud. credit. alienat. sunt*, Franequerae 1715, 14 («cum datio ad factum ordinata, pro facto habenda»).

[523] Si veda ad es. *Codicis sacratissimi imperatoris Iustiniani PP. Augusti Lib. XII.* cit., (*De dolo malo. Titulus XXI. IV.*) 454 nt. *o* («dedit ad id faciendum, & sic datio est pro facto»), nt. *p* («[…] Hoc casu videtur contractus, do ut des, & sic videtur praescriptis verbis, non de dolo dari […] Solu. hic tradidi non ut sibi haberet, sed ut per eum velut per ministrum manumitterem: unde ego videor manumisisse, sicut & superiori casu»).

mento da parte del convivente, dovendosi certamente escludere che l'atto di trasferimento della schiava o la sua semplice consegna, per quanto indirizzati a un atto di manomissione, potessero, sol per questa ragione, considerarsi essi stessi un *facere*. E d'altra parte non c'è dubbio che, in assenza di manomissione, altri sarebbero stati i rimedi processuali da approntare in favore del richiedente.[524]

Che la vicenda affrontata dalla cancelleria non riguardasse, neanche potenzialmente, un'ipotesi di permuta in senso stretto pare confermato dalla parte conclusiva del passo, ove si riconosce al richiedente il diritto di agire mediante *rei vindicatio* per il 'recupero' della schiava con annessa (eventuale) prole, nel caso in cui fosse rimasto proprietario. Non è inopportuno tornare a leggere il passaggio in questione:

C. 2.20(21).4 (Diocl.-Maxim., a. 294) […] *Quod si penes te dominium eius remansit, adito praeside provinciae cum natis hanc potes recuperare, si nulla moveatur status quaestio*

La prima osservazione che viene da fare al riguardo è che se si dovesse seguire la correzione del brano proposta dagli editori ([si tradidisset] <*si mancipatio dedisset*>) e generalmente accolta dagli studiosi[525] la soluzione prospettata nella parte conclusiva della testimonianza (*rei vindicatio*) non risulterebbe applicabile a nessuno dei casi qui contemplati, perché in entrambe le circostanze il postulante avrebbe perduto immediatamente la proprietà: o con la *manumissio* o con la *mancipatio* dell'ancella.

Non così invece se si dovesse continuare a leggere '*ei tradidisti*': in questo caso, infatti, di fronte all'ipotesi di una *traditio* dell'ancella alla quale non avesse fatto ancora seguito la *manumissio* da parte del convivente, non vi sarebbe stato alcun impedimento all'esercizio dell'azione di rivendica.[526] Questa del resto pare

[524] Vd. *infra* nel testo.

[525] Così implicitamente anche P. LAMBRINI, *Actio de dolo malo* cit., 248: «ha tenuto il comportamento pattuito, manomettendo la schiava ovvero trasferendone la proprietà».

[526] Alle condizioni chiarite nel brano: *si nulla moveatur status quaestio*. In proposito vd. H. GIPHANIUS, *Enarrationes* cit., 90 («[…] si negetur esse dominus, vel ab ancilla, vel ab eo, qui eam habet in contubernio, afferentibus eam esse liberam: hoc casu prius quaestio status examinanda est, quam detur rei vindicatio: Est enim quaestio preiudicialis»). Sulle *causae liberales* e sulla riforma giustinianea in materia (C. 7.17.1, I. 4.6.13) vd. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 115 ss.; M. MELLUSO, *La schiavitù nell'età giustinianea. Disciplina giuridica e rilevanza sociale*, Paris 2000, 111 ss.; S. SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà nel*

l'unica ipotesi seriamente compatibile con la permanenza della proprietà in capo al richiedente.[527] Ciò rafforza l'idea di uno scambio non permutativo, in cui anzi tra le preoccupazioni del proprietario dell'ancella pare vi fosse quella di evitare di ricorrere a forme negoziali (*mancipatio*) in grado di produrre un effetto, come il trasferimento della proprietà della schiava, che non rispondeva alle reali finalità dell'accordo e che d'altra parte era in grado di produrre significative conseguenze sul piano processuale, determinando una trasformazione degli strumenti di tutela in astratto adoperabili che poteva essere ritenuta meno vantaggiosa dal proprietario della giovane schiava.[528]

Pur con gli interrogativi che certo permangono, il rilievo del brano rimane intatto. Innanzi tutto testimonia quanto fosse ancora controversa in piena età dioclezianea l'ammissibilità dell'azione contrattuale nell'ambito di rapporti strutturalmente inadeguati a garantire un effettivo ritorno economico per entrambi i soggetti coinvolti.[529] Situazione che, nella complessa vicenda in esame, sarebbe stata naturalmente più accentuata nell'eventualità che a procedere alla manomissione dell'ancella fosse stato direttamente il proprietario, visto che, in tal caso, il convivente non avrebbe ricavato alcun tipo di utilità che potesse, anche solo parzialmente, compensare economicamente[530] la rinuncia alla proprietà di

---

diritto romano, Torino 2010; M. INDRIA, *Status quaestio. Studien zum Freiheitsprozess im klassischen römischen Recht*, Berlin 2011.

[527] In questi termini («l'esclave aurait été simplement livrée, mais non émancipée») C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 22 nt. 2, 46 nt. 1; così in sostanza, seppur in un contesto espressivo poco limpido e se vogliamo non sempre congruente (*supra* nt. 505) P. DE FRANCISCI, **ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ** 1 cit., 144, 209, il quale, pensa per l'appunto a un impiego della *rei vindicatio* per l'ipotesi in cui «la schiava non sia stata né ceduta né manomessa»: in sostanza semplicemente *tradita*; poco chiaro il punto di vista («*remansit*: quia adhuc non tradidisti, nec manumisisti») di A. CONTIUS, *Codici liber secundus. Tit. XXI. De dolo malo. IIII* cit., 342 lett. *n*.

[528] Va da sé che il compimento di un atto idoneo al trasferimento della proprietà dell'ancilla, come la *mancipatio*, avrebbe implicitamente comportato la rinuncia ad avvalersi della *rei vindicatio*, lasciando diversamente spazio all'impiego della *condictio*: sempre che ovviamente nel frattempo il convivente non avesse dato corso all'affrancazione della schiava, con un'eventualità che in entrambi i casi avrebbe ristretto le opzioni processuali alla sola *actio de dolo*.

[529] La questione dell'economicità degli interessi in gioco («Denn hier hat er zwar einen bestimmten Geldeswerth aufgeopfert, aber nicht dem Andern gegeben, dessen Interesse vielmehr ein rein persönliches, gar nicht ästimabeles ist») non era sfuggita a PH. E. HUSCHKE, *Kleine kritische Versuche* cit., 123 s., il quale giustamente evidenziava come al sacrificio economico di una parte non corrispondesse un effettivo arricchimento dell'altra; così, almeno in parte e implicitamente, anche C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung* XVIII cit., 93.

[530] Per un'estensione della nozione di *utilitas* a qualunque vantaggio, anche di tipo non pa-

un suo schiavo; in qualche modo attenuata, nell'ipotesi in cui ad affrancare l'ancella fosse stato piuttosto lo stesso convivente, potendo a quel punto egli (perlomeno) avvantaggiarsi delle prerogative (anche economiche) connesse alla titolarità dello *ius patronatus*:[531] per quanto si sarebbe trattato di un'acquisizione che, sul piano giuridico ed economico, non sarebbe stata direttamente ricollegabile al fatto della controparte (un po' come per l'acquisto per accessione di cui si discute in Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33).

Per altro verso, il brano conferma la vitalità dell'indirizzo giulianeo-paolino di ripiegare, in tali casi, verso l'impiego di rimedi non contrattuali, come l'*actio de dolo*.[532] *Actio de dolo* che ovviamente anche in questa circostanza, al pari di Paul. 5 *quaest.*, svolgeva una funzione meramente residuale e trovava applicazione solo perché l'esito concreto della vicenda non ammetteva l'impiego di diversi strumenti processuali. Situazione che non si sarebbe invece verificata nell'ipotesi di trasferimento (*mancipatio*) o semplice consegna (*traditio*) dell'ancella cui non avesse fatto seguito la manomissione da parte del convivente, nel qual caso, il richiedente avrebbe avuto a disposizione, rispettivamente, la *condictio* o la *rei vindicatio*, a seconda che avesse appunto mantenuto o meno la proprietà della schiava: sempre in via non contrattuale.

---

trimoniale, vd. I. CORASIUS, *Miscellaneorum* cit., 124 ss. («tuo manumissionis facto mihi adest facultas contrahendi matrimonium, quam ante non habebam»), in termini che, nelle intenzioni dell'autore, avrebbero dovuto dimostrare l'infondatezza della tesi di quanti già allora provavano a mettere in relazione la concessione dell'*a. de dolo* (per le ipotesi di *facio ut des*) con l'assenza di *utilitas* per una delle parti del rapporto («Nam per Deum immortalem, quid absurdius dici potest? […] Nemo enim tam stultus reperietur, qui alteri promittat, ut aliquid fiat, ex quo nullum commodum sit sensurus»).

[531] Indipendentemente dalla questione, alla quale si è già accennato, di una loro valutabilità o meno dal punto di vista economico: in proposito vd. *supra* cap. IV § 2.

[532] Così, seppur di sfuggita, già E. BETTI, *Istituzioni* 2 cit., 322 nt. 5; la relazione tra la soluzione adottata dalla cancelleria di Diocleziano e il pensiero di Paolo in Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.3 è ben evidenziata da A. WACKE, *Zur dolus-Begriff* cit., 379 («Diokletian bestätigt diese Ansicht in einem konkreten Beispielsfall»); ancor prima, come si è detto, da C. ACCARIAS, *Théorie* cit., 44, 56, 196, in un ordine di idee che riduce però tutto a una semplice corrispondenza di tipo schematico, che si accontenta di guardare al dato esteriore della sequenza delle attribuzioni patrimoniali (qui riconducibili a un *facio ut des*), senza andare a indagare sulla funzione in concreto perseguita dalla vicenda negoziale nella sua complessità.

RIEPILOGO

Obiettivo di questa seconda parte dell'indagine era quello di chiarire il senso della soluzione giulianea espressa in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 e in che modo questa si raccordi con la dottrina aristoniana del sinallagma. A tal fine si è cominciato col valutare l'ipotesi di Giffard di una delimitazione della stessa soluzione allo specifico caso dell'evizione. A detta dello studioso francese il ricorso all'*actio in factum* da parte di Giuliano sarebbe dipeso dalla circostanza che, una volta verificatasi l'evizione, il rapporto non sarebbe stato più riconducibile allo schema del *do ut facias*, ma a quello del *facio ut des*, che al pari di quello del *facio ut facias* sarebbe rimasto ai margini della dottrina aristoniana. La nullità della *datio* avrebbe fatto sì che la situazione determinantesi sarebbe risultata «la même que s'il y avait eu synallagma *facio ut des*». In sostanza, le motivazioni del rifiuto giulianeo andrebbero ricercate nell'ossequioso rispetto della dottrina aristoniana, la quale avrebbe richiesto ai fini dell'esercizio dell'azione contrattuale una (valida) *datio ob rem*, con un punto di vista che avrebbe peraltro trovato consensi più in là nel tempo, anche in Paolo, potendosi così spiegare l'adozione da parte del giurista severiano in Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 della soluzione giulianea che prevedeva l'impiego dell'*a. in factum* pretoria o se, del caso, dell'*a. de dolo*; o ancora il ricorso, sempre da parte di Paolo, alla stessa azione *in factum* pretoria in materia di permuta (Paul. 32 *ad ed*. D. 19.4.11), accordata ancora una volta nel solco dell'indirizzo aristoniano-giulianeo. Si è visto come il nucleo fondamentale della tesi dello studioso francese non costituisca una effettiva novità interpretativa, ricollegandosi anzi a un indirizzo ricostruttivo assai diffuso già tra gli autori di diritto comune.

Si è cominciato (*cap. IV §. 2*) con l'esaminare Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5 pr.-5, brano ben noto e controverso, nel quale troviamo egualmente riportata, in un quadro informativo però più dettagliato, la soluzione di Giuliano rispetto al caso di *do ut manumittas* che era stato all'origine della *reprehensio* mauricianea di Ulp. 4 *ad ed.* Se sulla genuinità sostanziale dell'ampio squarcio paolino prevale oggi un atteggiamento complessivamente conservativo, non si può però

negare che il testo continua a presentare aspetti estremamente problematici che non sempre possono essere risolti affidandosi all'ipotesi di semplici interventi di sintesi. (*Cap. IV § 2.1*) Ciò vale in particolare, crediamo, per il § 4, nel quale viene affrontata in termini generali la questione della tutela delle fatispecie di *facio ut facias*, e per il successivo e connesso § 5, in cui, sempre nell'ambito della medesima tipologia di rapporti (*facio ut facias*), viene finalmente indicata la soluzione rispetto all'ipotesi (di manomissione reciproca) con cui si era aperto il lungo frammento paolino. Colpisce, da quest'ultimo punto di vista, il fatto che l'azione predisposta a tal fine dal giurista severiano non sia indirizzata all'adempimento della controprestazione, ma miri al solo interesse negativo, in termini che non sembrano accordarsi con l'impiego di un'azione contrattuale, qualunque essa fosse (*a. mandati* o *a.p.v.*). Per un approfondimento di entrambi i §§ e delle questioni che essi pongono si è rinviato a una successiva indagine. Delicati problemi interpretativi sorgono anche per il § 3, per la decisione del giurista severiano di escludere un riconoscimento contrattuale per le ipotesi di *facio ut des*, ammettendo il solo ricorso all'*actio de dolo*. A lasciare perplessi è la diversità di trattamento apparentemente riservato alle fattispecie di *facio ut des* rispetto a quelle di *do ut facias* (§ 2), soprattutto nel caso avessero entrambe a oggetto un '*factum, quod locari solet*'. Si è visto come non sia credibile che Paolo potesse negare la presenza di una *locatio conductio* nel caso in cui a eseguire per primo la prestazione fosse stato il contraente su cui gravava l'obbligo di *facere* (nel caso, naturalmente di *factum quod locari possit*). Ciò perché, nell'ottica di un contratto consensuale, sarebbe dovuto risultare del tutto irrilevante l'ordine di esecuzione delle rispettive prestazioni. Si è anzi a questo proposito osservato come, nel primo paragrafo, Paolo affronti unitariamente la vicenda negoziale del *do pecuniam ut rem accipias*, senza porsi il problema di andare a valutare l'eventuale incidenza di un differente ordine esecutivo sulla qualificazione del rapporto in termini di *emptio venditio*. Se non vi è dunque ragione per ritenere che Paolo non concedesse le stesse azioni *locati conducti*, neppure vi è motivo per credere a un intervento manipolativo. Deve piuttosto ritenersi che il giurista severiano non abbia espressamente preso in considerazione tale ipotesi, non avendo essa, nell'ambito di un rapporto contrattuale consensuale, una effettiva autonomia concettuale, avendo qui, l'espressione *do ut facias* (*facio ut des*) valore meramente descrittivo del profilo economico dell'operazione, al pari, come si è detto, del § 1, per il quale non è (egualmente) presa in considerazione l'ipotesi inversa di *do rem ut pecuniam accipias*. Ciò significa che la soluzione contenuta nel § 3 non va riferita ad ogni ipotesi di *facio ut des*, ma solo a quelle che avessero ad oggetto un *factum quod locari non possit*. Si è passati (*cap. IV § 3*) così ad

esaminare la parte conclusiva del § 2 ove è affrontata la medesima fattispecie di Ulp. 4 *ad ed.* § 2. Anche in questo caso è riferito il punto di vista di Giuliano. L'opinione del giurista è qui riportata però con significativi punti di divergenza rispetto a Ulp. 4 *ad ed.* Stando alla testimonianza di Paolo, Giuliano avrebbe prospettato l'impiego di un'azione civile decretale (*actio in factum civilis*) in concorso con l'*actio de dolo*, a seconda che il primo esecutore fosse stato o meno consapevole dell'altruità del servo per il quale egli aveva compiuto atto di trasferimento in favore dell'*accipiens*. Si è avuto modo di osservare come la profonda discrepanza rispetto al brano ulpianeo ha richiamato l'attenzione già dei primi interpreti, i quali provarono in ogni modo a sanare il contrasto tra i due brani, nel tentativo di salvare entrambe le soluzioni. Tra le tante spiegazioni proposte ci si è soffermati ad esaminare quelle formulate da José Fernández de Retes e in particolare da Gerard Noodt, per il quale il Giuliano non sarebbe stato ripreso da Mauriciano, per aver accordato l'*actio in factum* pretoria, cosa che per l'appunto il giurista adrianeo non avrebbe mai fatto, ma per aver piuttosto proposto una non necessaria duplicazione delle forme di intervento processuale, col risultato di restringere immotivatamente l'ambito applicativo dell'*actio in factum* (*civilis*) al solo caso di buona fede del primo esecutore. Si è visto come l'autore avesse del tutto tralasciato di spiegare in che modo la configurabilità di un dolo negoziale avrebbe dovuto rendere impraticabile agli occhi di Giuliano, ma non di Mauriciano, il ricorso all'azione contrattuale. A questo proposito si è in ogni caso escluso (*cap. IV § 3.1*) che il dolo del contraente primo esecutore, consistente nella consapevolezza dell'altruità del servo trasferito, costituisse una ragione tale da determinare la nullità del contratto o comunque il venir meno dell'azione contrattuale, secondo quanto variamente sostenuto in dottrina. A queste conclusioni ci ha condotto una lettura coordinata di Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.7 pr. (ben nota testimonianza su cui è stata costruita la distinzione tra dolo incidente e dolo essenziale) e Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.13 pr., in cui è conservata un'interessante soluzione di Giuliano in materia di vizi occulti la quale, per ciò che ci interessa, dimostra come la *scientia venditoris* non precludesse il ricorso all'azione contrattuale per il contraente raggirato. Di fronte all'impossibilità di salvare il riferimento all'azione contrattuale, non si può che concludere nel senso di ritenere insiticio l'aggettivo '*civilis*' che si legge oggi nel testo. Non vi è invece ragione di dubitare del ricorso all'*actio de dolo* in caso consapevolezza dell'altruità del servo. Si tratta di soluzione del tutto plausibile, anche alla luce dell'appena richiamato Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.13 pr., in cui Giuliano poneva una distinzione nella determinazione dell'importo della condanna, a seconda che il venditore fosse o meno a conoscenza del vizio della *res vendita*: con la dif-

ferenza che la concessione da parte di Giuliano dell'*actio in factum* contro il *dans* in buona fede in Paul. 5 *quaest.* sembra piuttosto rispondere alla necessità di sopperire all'assenza di rimedi processuali utilizzabili, compresa la stessa *actio de dolo*. Il che, naturalmente, non impedisce però di ritenere che, in concreto, una differenza tra i due rimedi processuali potesse emergere anche sotto il profilo della quantificazione della *summa condemnationis*.

Ai fini di una riconsiderazione dell'interpretazione tradizionale della soluzione giulianea di Ulp. 4 *ad ed.* nel senso voluto da Giffard, le informazioni che si traggono da Paul. 5 *quaest*. § 2 non sono però risolutive (*cap. IV § 3.2*). Di sicuro non ci mettono nella condizione di affermare che Giuliano avrebbe concesso l'azione civile nell'ambito dello stesso rapporto se validamente costituitosi, secondo quanto diversamente ipotizzato dallo studioso francese. Si dovrebbe giungere a un ripensamento sulla fondatezza dell'opinione tradizionale, se si potesse piuttosto dimostrare, un'adesione paolina al punto di vista del giurista adrianeo (*Iulianus ait*), tenuto conto del fatto che, stando perlomeno all'attuale versione del brano, Paolo avrebbe accordato, a tutela dei citati rapporti, l'azione civile di adempimento, in concorso con la *condictio* (§ 2: *Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas* […] *condici ei potest vel praescriptis verbis agi*). Risulterebbe così provata la compatibilità tra azione pretoria per l'obbligazione di garanzia (a seguito di evizione) e azione civile per l'adempimento dell'obbligazione principale, con conseguente e inevitabile svalutazione di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2. Ciò ovviamente alle condizioni che si sono chiarite: adesione di Paolo al punto di vista di Giuliano, in caso di evizione; ricorso all'azione civile da parte di Paolo in caso di mancata esecuzione della prestazione manomissoria, in presenza di rapporto regolarmente costituitosi.

Nessuno di tali aspetti sembra potersi ritenere però dimostrato: perlomeno nessuno di quelli, per così dire, centrali nella tesi dello studioso francese. Non l'ipotesi di una trasformazione della vicenda negoziale da *do ut facias* in *facio ut des*, a seguito degli accertati vizi sul piano della costituzione del rapporto contrattuale. Non quella di uno *ius controversum* in relazione ai requisiti richiesti per l'integrazione di una *datio ob rem* e dunque del sinallagma aristoniano. Non, infine, il ricorso da parte di Paolo all'azione pretoria in caso di evizione della cosa permutata. L'unico punto sul quale l'autore sembra aver colto nel segno è quello di un'adesione di Paolo al punto di vista di Giuliano rispetto all'ipotesi di Paul. 5 *quaest.* § 2, con una conclusione che sembra però destinata, come vedremo, a sollevare seri dubbi sulla genuinità della soluzione indicata nella parte immediatamente precedente dello stesso § 2, ove si vorrebbe attribui-

re al giurista severiano il ricorso all'*a.p.v.* per far valere l'obbligazione principale del rapporto (manomissione del servo).

Si è cominciato (*cap. IV § 4*) così con l'esaminare la prima questione, riflettendo sui meccanismi attraverso i quali si sarebbe dovuti arrivare a una sostanziale riqualificazione della fattispecie negoziale di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 in termini di *facio ut des*. A questo proposito si è avuto innanzitutto modo di evidenziare come l'ipotesi di una trasformazione dello schema contrattuale non sia per nulla nuova, inserendosi essa al contrario nel solco di un indirizzo interpretativo risalente già agli autori di diritto comune e dominante per buona parte del XIX secolo. Per quanto suggestiva, l'ipotesi riposa tuttavia su un assunto non adeguatamente dimostrato: ovvero l'idoneità dell'evizione, o meglio di una successiva esecuzione del comportamento convenuto (*facere*), a incidere sulla qualificazione giuridica del rapporto contrattuale. Da questo punto di vista occorre infatti riconoscere che tale congettura non è stata accompagnata da un adeguato sforzo di precisazione in relazione all'individuazione dei meccanismi giuridici che avrebbero dovuto rendere possibile un risultato come quello indicato. Per quanto le espressioni impiegate in proposito dagli studiosi non consentano di approdare a conclusioni sicure, pare che lo schema tecnico presupposto vada ragionevolmente ricercato tra i c.d. strumenti di conservazione dell'atto giuridico. Si è visto come non sia semplice orientarsi con precisione tra queste figure. Gli istituti che più di tutti sembrerebbero tuttavia avvicinarsi al caso in questione sono probabilmente quelli della conversione del negozio giuridico (nullo) e dell'interpretazione c.d. integrativa, con mera rettifica del *nomen iuris* (al di fuori dunque di un intervento di recupero di un atto giuridicamente nullo). Nessuno dei due è sembrato però in grado di offrire una spiegazione soddisfacente. Al di là di aspetti più specifici riguardanti i singoli istituti in questione, si è evidenziato come entrambi operino sul presupposto che sin dal momento dell'apparente conclusione del negozio siano presenti tutti i requisiti necessari per la configurazione di un'altra fattispecie. Nel caso prospettato in Ulp. 4 *ad ed*. D. 2.14.7.2, invece, al momento del compimento dell'atto teoricamente traslativo, non possono ritenersi in alcun modo soddisfatti i presupposti che potrebbero rendere eventualmente praticabile una qualificazione della fattispecie negli invocati termini di *facio ut des*. A tal fine, più che l'intervenuto fenomeno evittivo, occorrerà l'adempimento della controparte, con un procedimento costitutivo che presenterebbe semmai maggiori affinità con quello della c.d. fattispecie a formazione progressiva o successiva.

L'idea di un recupero della fattispecie in termini di *facio ut des* non sembra peraltro facilmente coordinabile con il principio, variamente ribadito nelle fonti

e al quale aveva del resto aderito anche Giuliano, in base al quale l'inquadramento del contratto andava realizzato tenendo esclusivamente conto dei caratteri che questo presentava nelle sue fasi costitutive ('*uniuscuiusque enim contractus initium spectandum*), e nel cui regime i margini per una riqualificazione o riconfigurazione del rapporto, sulla scorta di sviluppi teoricamente idonei a determinarne un'alterazione sul piano della fisionomia, sembrano davvero ridotti. Margini che le fonti, in effetti, parrebbero talvolta ammettere, ma solo al verificarsi di eventi espressamente previsti e dunque riconducibili a sviluppi fisiologici della vicenda negoziale, sin dall'inizio accettati dalle parti, incisivi (peraltro) sul solo profilo 'causale' della fattispecie contrattuale (del *nomen iuris*), ma da ritenersi ininfluenti per ciò che concerne la determinazione del momento genetico del rapporto. Significativo da questo punto di vista è il notissimo Gai 3.146, in cui il giurista antoniniano si trova affrontare una complessa vicenda negoziale suscettibile di tradursi in un fascio di rapporti di diversa configurazione, oscillanti tra la vendita e la locazione, in funzione della sorte concretamente occorsa ai singoli gladiatori, grazie a un sofisticato meccanismo che fa ricorso a un sistema di apparenti condizioni incrociate (*tamquam sub condicione*). Ciò che conta osservare è che al di là delle questioni più specifiche che il brano pone, l'articolata soluzione testimoniataci da Gaio non comportava una posticipazione del momento genetico del rapporto: il che è pacificamente ammesso anche da quanti difendono l'idea del negozio condizionale, a dispetto dell'efficacia di regola non retroattiva della condizione. Nel caso invece di Ulp. 4 *ad ed.*, ai fini di un recupero del rapporto in termini di *facio ut des*, si sarebbe reso indispensabile una posticipazione del momento costitutivo, visto che il contratto si sarebbe venuto a perfezionare solo a partire dalla (successiva ed eventuale) manomissione del servo, dovendosi in altri termini far coincidere con essa l'*initium contractus*, attraverso una sostanziale forzatura dell'intera vicenda negoziale, non tenendo conto che nelle intenzioni delle parti la contrattazione doveva in realtà intendersi avviata con la consegna dello schiavo, rivelatasi solo successivamente incapace di produrre l'atteso effetto traslativo.

Si è altresì osservato (*cap. IV § 4.1*) come l'ipotesi di un recupero, anche solo in senso lato, della fattispecie in termini di *facio ut des* si sarebbe presentata estremamente problematica pur a voler prendere in considerazione la possibilità che ciò avvenisse nell'ambito di un più generico (ma anche più fluido) processo interpretativo dell'*id quod actum est*, finalizzato a una conservazione (in senso lato) della vicenda negoziale, anche attraverso il ricorso, magari, a modelli di volontà tipici o presuntivi (*ac si convenisset*). Da questo punto di vista una prima difficoltà avrebbe potuto presentarsi in relazione all'individuazione di un con-

senso delle parti intorno all'oggetto dell'obbligazione. È facilmente intuibile che il *dominus* affrancatore, e dunque colui che in quest'ottica sarebbe risultato l'autore della prima (effettiva e non soltanto apparente) prestazione, difficilmente avrebbe rinnovato il proprio consenso al (nuovo) negozio, una volta che, venuto a conoscenza dell'altruità dello schiavo, aveva, per così dire, sperimentato a sue spese la volontà del proprietario di tenere per sé il servo evittogli. Si sarebbe perlomeno dovuto procedere attraverso un'indagine mirata in tal senso. Nelle parole di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 non vi è però nulla che inviti ad attribuire alla soluzione di Mauriciano e Ulpiano una valenza circoscritta al solo caso di accertamento conclusosi positivamente. Al rilievo si potrebbe in verità obiettare che la sussistenza del consenso andrebbe verificata al momento del compimento della prestazione di *facere*, ovvero al momento della manomissione del servo più che al momento della successiva evizione, essendo l'affrancamento del servo a determinare la trasformazione o comunque la configurazione del rapporto in un *facio ut des*, più che il successivo fenomeno evittivo, il quale avrebbe più che altro assolto la funzione di certificare il mutamento del tipo negoziale, o per meglio dire il fatto che, a dispetto delle apparenze, non si sarebbe mai formato un *do ut facias* (per nullità della *datio*) ma direttamente un *facio ut des*. E al momento della manomissione del servo non avrebbero potuto presentarsi quei rilievi sul piano della permanenza (o comunque presenza) del consenso che si sono qui evidenziati, non essendovi ragione perché il proprietario di Panfilo dovesse dubitare dell'efficacia dell'atto traslativo compiuto in suo favore dal primo esecutore: diversamente non avrebbe certo provveduto a liberare il proprio servo. Ciò esporrebbe però la tesi della riqualificazione del rapporto a rilievi ancor più gravi, se si considera che il contraente evitto non aveva proceduto all'affrancazione di Panfilo con l'intento di vedersi corrisposta in cambio la proprietà di Stico. Al contrario, lo aveva fatto nel preciso convincimento di esservi tenuto per via del pregresso (ma solo apparente) trasferimento di Stico. Prendendo a prestito le parole di Gaio in materia di *solutio indebiti* nel Gai 3.91, si dovrebbe dire che questi '*magis distrahere vult negotium quam contrahere*', con una considerazione che rende decisamente problematica la configurabilità del caso analizzato in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 nei termini ipotizzati di *facio ut des*: sia per Giuliano che per i suoi recensori. Da questo punto di vista si è osservato come non vi sia alcuna seria ragione per attribuire al giurista l'elaborazione di un modello empirico del *negotium*, da intendersi come «relazione obiettiva di due individualità patrimoniali distinte» (per riprendere una fortunata formulazione di Betti), nel quale risultasse dunque irrilevante ogni considerazione circa la volontarietà dei soggetti (contraenti) di porre in essere un vin-

colo obbligatorio. Se Giuliano è stato stato considerato il più autorevole esponente dell'indirizzo per così dire oggettivo, lo si deve, com'è noto, soprattutto a Iul. 39 *dig*. D. 12.6.33, trovandosi qui affermato il principio per cui anche '*qui non debitam pecuniam solverit*', per il fatto stesso di adempiere (*hoc ipso*), pone in essere un negozio ('*aliquid negotii gerit*'). Il brano, però, non sembra legittimare una tale conclusione. Piuttosto ci informa che, perché si configurasse quel tipo di *negotium* (*contractum*) richiesto ai fini dell'esercizio dell'azione di ripetizione, era necessario che si trattasse di atto in grado di determinare direttamente, per sé stesso (*hoc ipso*), un trasferimento della proprietà e dunque, in ultima analisi, un acquisto a titolo derivativo. Se nelle parole del giurista non vi è riferimento all'aspetto soggettivo, lo si deve alla specificità della fattispecie, in cui l'acquisto operava in via di accessione, in assenza dunque di un atto traslativo di proprietà. Il contributo del giurista adrianeo al rafforzamento del rilievo del consenso nei processi formativi del contratto era stato ben evidenziato dalla dottrina più antica, alla quale non era sfuggito il rilievo di brani come di Iul. 15 *dig.* D. 18.5.5 pr. e Iul. 18 *dig.* D. 12.1.20: testimonianze sulle quali si sono addensati i sospetti degli studiosi, ma che devono considerarsi nella sostanza del tutto genuini, con una considerazione che deve ritenersi valida anche per Iul. 18 *dig.* D. 12.1.20, testimonianza che certo presenta evidenti indizi di manipolazione, i quali non toccano però la frase '*creditam non esse, quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi*', che anche lessicalmente evidenzia un approccio argomentativo in linea con Gai 3.91 ('*is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere*). Si è visto peraltro come tali conclusioni non possano ritenersi contraddette dalla lettura di Iul. 13 *dig.* D. 41.1.36, anche a voler ammettere che Giuliano, a differenza di Ulpiano (Ulp. 7 *disp.* D. 12.1.18 pr) o di Paolo (Paul. 31 *ad ed.* D. 41.1.31 pr.), avesse adottato un modello di *traditio* c.d. astratta.

Quella che emerge (*cap. IV § 5*) dalle fonti è l'immagine di un giurista estremamente attento al profilo soggettivo negoziale. Si tratta di un'acquisizione che non è priva di rilievo per l'interpretazione di Ulp. 4 *ad ed.* e che anzi riduce ulteriormente i margini per ritenere che il nocciolo della questione tra Giuliano e Mauriciano dovesse riguardare il tipo di tutela da accordare ai casi di *facio ut des*. A prescindere dalla circostanza se tra i due giuristi esistesse effettivamente una più generale divergenza di opinioni in proposito, rimane il fatto che per Giuliano mancavano i presupposti perché il caso affrontato in Ulp. 4 *ad ed.* potesse configurarsi come un *facio ut des*, non essendo la manomissione di Panfilo avvenuta allo specifico scopo di obbligare l'altra parte al trasferimento di Stico in proprio favore, ma, al contrario, col preciso intento di liberarsi dal vincolo

contratto. Se Giuliano non concedeva l'azione civile non era dunque per via di una ipotetica riconfigurazione del rapporto in un *facio ut des*. Ciò comporta che oggetto della polemica a distanza tra i due giuristi non era l'estensione della nozione sinallagmatica aristoniana o, se vogliamo, l'ampiezza dell'ambito applicativo dell'azione contrattuale. Se si deve peraltro respingere l'idea di un'impostazione, per così dire, oggettiva del *contrahere* in Giuliano, ancor meno elementi vi sono per attribuirla a Ulpiano, e prima di lui a Mauriciano. Ad Ulpiano si deve anzi (nulla di specifico può dirsi su Mauriciano) un'ancora più marcata valorizzazione del consenso all'interno delle dinamiche contrattuali.

Si è inoltre osservato (*cap. IV § 6*) come il tentativo di Giffard di spiegare il rifiuto giulianeo nell'ottica di una riconfigurazione della fattispecie in termini di *facio ut des*, e dunque secondo un impianto schematico che sarebbe rimasto estraneo, sempre a detta dell'autore francese, alla originaria prospettiva aristoniana (circoscritta ai soli casi di *do ut des*, *do ut facias*), non appare coerente con lo sviluppo discorsivo di Ulp. 4 *ad ed.*, ove la *reprehensio* mauricianea alla soluzione giulianea è integralmente impostata sul rilievo di una mancata applicazione della dottrina aristoniana da parte del giurista adrianeo (*Et ideo*). Si dovrebbe in sostanza credere che Giuliano sarebbe stato ripreso per essersi egli mantenuto fedele all'impostazione aristoniana, quando ad allontanarsi da essa sarebbero stati in effetti proprio i suoi recensori. Superando il punto di vista di Giffard e dei suoi molti sostenitori, si potrebbe in verità ipotizzare (ed obiettare) che il sinallagma aristoniano non fosse circoscritto alle sole ipotesi di *do ut de*s, *do ut facias* e che vi rientrassero (al contrario) anche quei rapporti di scambio che avessero avuto inizio con una prestazione di *facere*. In tal caso, la decisione da parte di Giuliano di accordare qui l'*actio in factum* pretoria potrebbe essere reintepretata come un (mero) dissenso parziale: nel senso che il giurista adrianeo non avrebbe ritenuto di seguire sino in fondo le potenzialità del sinallagma aristoniano, al punto di concedere l'azione civile anche per le ipotesi di *facio ut des* (e chissà, forse, anche di *facio ut facias*). Anche questa spiegazione ci è apparsa tuttavia poco coerente con l'impianto del brano ulpianeo. Se intento del giurista severiano fosse stato, effettivamente, quello di prendere le distanze da un ritracciamento giulianeo rispetto all'originario e più ampio ambito applicativo della dottrina aristoniana, c'è da ritenere che egli avrebbe dato al proprio discorso un'impostazione ben differente, in modo che, attraverso una più puntuale evidenziazione dell'effettiva latitudine della dottrina aristoniana, risultasse percepibile la misura esatta e il senso preciso dell'allontamento giulianeo. In sostanza, ci sarebbe quantomeno da attendersi un esplicito riferimento anche alla tipologia del *facio ut des*, rispetto alla quale si sarebbe in definitiva delineata la

dissensio tra i giuristi, in maniera che nel lettore non si ingenerasse la sensazione, così come in effetti è avvenuto, di una critica radicale, da parte di Giuliano, all'intero impianto della dottrina aristoniana. Senza contare che, a questo punto, Ulpiano avrebbe certamente dovuto avere a disposizione testimonianze ben più significative rispetto a quella riferita invece in Ulp. 4 *ad ed.*, la quale costituiva un'ipotesi di confine: tra tutte certo la meno indicata per segnare efficacemente la distanza tra le posizioni dei due giuristi (Aristone-Giuliano) in relazione alla tutela dei casi di *facio ut des* (o *ut facias*).

Escluso che la *dissensio* di Ulp. 4 *ad ed*. fosse collegata alla riconducibilità del negozio allo schema del *facio ut des*, si è passati (*cap. IV § 7*) a valutare l'ipotesi, implicitamente prospettata da Giffard (e da quanti, prima e dopo di lui, hanno portato avanti la tesi di una riconversione), che essa dipendesse piuttosto dalla possibilità di considerare o meno integrata la vicenda contrattuale a fronte di una consegna successivamente rivelatasi non traslativa della proprietà. Eventualità che Giuliano e, sulla sua scia, Paolo avrebbero negato, senza che questo però comportasse però un mutamento, per così dire, del 'tipo' (*facio ut des*, anziché *do ut facias*). Per una più opportuna valutazione di tale ipotesi si è partiti dallo studio di Paul. 32 *ad ed.* D. 19.4.1.1, ove il giurista severiano, a detta di Giffard, avrebbe accordato un'azione *in factum* pretoria, nel solco dell'indirizzo aristoniano-giulianeo. Della testimonianza e della possibilità che Paolo stesse qui concedendo l'azione pretoria ci eravamo già occupati in passato, giungendo a conclusioni di segno opposto. Si è visto come il brano abbia dato luogo a non poche difficoltà interpretative. Gli studiosi si sono in particolare chiesti come potesse Paolo accordare un'*actio in factum* pretoria in caso di evizione, nell'ambito di un rapporto per la cui attuazione lo stesso giurista era piuttosto orientato ad accordare un'azione civile di adempimento (Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.1). Per risolvere tale incongruenza, si è pensato a una citazione meramente documentativa di altro indirizzo giurisprudenziale, facente magari capo proprio a Salvio Giuliano. La spiegazione è apparsa però presto e giustamente insoddisfacente. In molti, con Giffard, hanno così preso in considerazione l'eventualità di un'adesione paolina al punto di vista del giurista adrianeo, spiegando la diversa soluzione rispetto a Paul. 5 *quaest.* § 1 con il mancato perfezionamento della fattispecie contrattuale, dovuto all'altruità della cosa oggetto della prima *datio*: analogamente, dunque, a quanto sarebbe avvenuto, lo si è appena visto, in Paul. 5 *quaest*. D. 19.5.5.2.

Che Paolo stesse qui accordando un'azione pretoria, per via del mancato perfezionamento contrattuale, è però ipotesi difficile da ammettere: ancor di più che lo facesse nel solco di un indirizzo solutivo giulianeo, visto che, da sabiniano,

Giuliano non avrebbe avuto motivo di non concedere la stessa *actio empti* accordata al compratore. A deporre in senso contrario è peraltro l'impianto narrativo del frammento paolino. Non si può da questo punto di vista non considerare che la soluzione è messa in diretta relazione (*unde*) con la irriconducibilità della permuta allo schema contrattuale dell'*emptio venditio*, in un contesto in cui non si è ancora fatto alcun riferimento alle diverse modalità costitutive del rapporto contrattuale, alle quali si accennerà solo nel successivo § 2. Nell'attuale stesura del brano la decisione di ricorrere all'azione *in factum* non è fatta dunque dipendere da una patologia dell'atto costitutivo, quale avrebbe potuto essere l'alienità della *res* consegnata dal primo esecutore. Essa è al contrario prospettata come necessaria e immediata conseguenza dell'impossibilità di far rientrare la permuta nello schema della compravendita. In altri termini al contraente evitto si dà l'*a. in factum* perché questa è l'azione che, in via generale, spetta nell'ambito del rapporto di permuta.

Si è altresì visto come l'ipotesi di un ricorso all'azione *in factum* pretoria, concessa nel presupposto di una mancata costituzione del rapporto contrattuale, sia contraddetta dalla ricostruzione che abbiamo altrove fornito del § 4, ove si è suggerito di tornare a leggere, secondo la lezione della *Vulgata*: '*non in hoc agemus, ut* inter*es*t *nostra illam rem accepisse*', anziché 'non in hoc agemus ut res <*tradita nobis reddatur, sed in id quod interest*> nostra illam rem accepisse, risolvendo così le evidenti incongruenze che la ricostruzione proposta da Mommsen pone rispetto al paragrafo 3, di cui il § 4 costituisce la diretta conseguenza logico-giuridica (*Igitur*). Non consentendo la consegna di cosa altrui il perfezionamento del contratto (§ 3), l'*accipiens* non potrà considerarsi tenuto all'adempimento della controprestazione convenuta. Nell'impossibilità dunque di avvalersi dell'azione contrattuale diretta all'*id quod interest*, all'autore della consegna non rimarrà che agire nei confronti dell'*accipiens* in via di semplice ripetizione (*quasi re non secuta*), per rientrare nel possesso della cosa, mediante *condictio*. L'adesione a una tale ipotesi ricostruttiva rende ancor più improbabile che l'azione prevista nel § 1 fosse concessa nel presupposto di un mancato perfezionamento. Se così fosse stato, Paolo non avrebbe certamente atteso il § 4 per precisare le conseguenze processuali di un mancato perfezionamento del contratto, ma già in quell'occasione avrebbe chiarito che, in tal caso, non si sarebbe agito con l'azione civile diretta all'interesse positivo, ma con azione *in factum* che sarebbe stata al più orientata al c.d. interesse negativo. In sostanza, parafrasando la precisazione contenuta nel § 4, sarebbe naturale attendersi che già nel § 1 Paolo si facesse carico di precisare che: *si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, non in hoc agemus, ut interest nostra illam rem accepisse, de qua*

convenit, sed in factum. Si è in più visto (§ 4) che, in presenza di un mancato perfezionamento del contratto, Paolo accordava la *condictio*, con una soluzione che rende ancor più improbabile l'ipotesi di un ricorso, in caso di evizione, ad apposita azione *in factum* pretoria. A differenza di Ulp. 4 *ad ed.* e Paul. 5 *quaest.* – ove a non consentire l'impiego dell'azione di ripetizione era il tipo di prestazione da neutralizzare (manomissione del servo) –, nulla avrebbe infatti qui impedito il ricorso alla *condictio*.

Escluso dunque che il ricorso all'*a. in factum* del § 1 debba considerarsi limitato al solo caso dell'evizione, e dovendo al contrario ritenere che a essere qui concessa fosse la stessa azione ordinariamente posta a tutela del rapporto, si è concluso nel senso di un impiego di azione civile *in factum* (ovvero extraedittale). L'ipotesi non si sottrae del tutto a rilievi critici: soprattutto per ciò che riguarda la questione della sussistenza dell'*animus contrahendi* in capo al secondo esecutore. A questo proposito si è però congetturato un allentamento dei criteri valutativi dell'intenzionalità contrattuale, reso possibile dalla specificità del rapporto permutativo, che, al pari della compravendita e almeno nella prassi commerciale, doveva di regola trovare attuazione attraverso uno scambio contestuale. Rimarrebbe in teoria l'ipotesi di un impiego generalizzato dell'azione pretoria (sia per l'evizione che per l'adempimento), con una conclusione che comporterebbe però (e innanzi tutto) gravi riflessi sul piano della genuinità di Paul. 5 *quaest.*, costringendo a ipotizzare un significativo intervento manipolativo per il § 1, ove si riconosce l'esistenza di un'*obligatio civilis*.

(*Cap. V § 1*) È così venuto meno un altro importante tassello della visione ricostruttiva di Giffard. Si tratta di una circostanza che indebolisce ulteriormente la tenuta complessiva della tesi dello studioso francese, ma che di per sé non pregiudica del tutto l'ipotesi di una diversificazione degli strumenti processuali: l'azione pretoria (in concorso con l'*actio de dolo*) per l'evizione, in presenza di rapporto non regolarmente costituitosi, l'azione civile per l'adempimento dell'obbligazione principale (*servum manumittere*), in presenza di rapporto privo di vizi sul piano della formazione. Si deve da questo punto di vista considerare che in Paul. 5 *quaest.* § 2 ci troviamo di fronte a una vicenda che presenta significative divergenze rispetto alla permuta, sul piano delle modalità attuative. Nell'ipotesi di *do ut manumittas*, la mamomissione del servo costituiva infatti un evento, per definizione, successivo al compimento della *datio* e che nella normalità dei casi veniva anzi rinviato nel tempo, attraverso la previsione di un termine. Nel caso di Paul. 5 *quaest.* § 2 non vi erano dunque le condizioni perché Paolo potesse adottare quell'atteggiamento meno rigoroso sul piano della verifica dei presupposti per la configurazione del rapporto contrattuale, che, secondo

quando si è ipotizzato, avrebbe invece tenuto in materia di permuta. Ciò significa che di fronte alla nullità della *datio* iniziale risultante dall'evizione e nell'impossibilità di recuperare il *factum manumissionis* come principio di esecuzione di una fattispecie invertita (*manumitto ut des*), a Paolo non sarebbe rimasto che certificare la nullità del rapporto, precludendo così al contraente evitto la possibilità di ricorrere all'azione contrattuale.

L'ipotesi di una differenziazione dei rimedi processuali da parte di Paolo ci è parsa tuttavia poco probabile. (*Cap. V § 1.1*) A una più ponderata riflessione sull'intelaiatura discorsiva di Paul. 5 *quaest.*, ha preso piuttosto consistenza il sospetto che dietro l'adesione alla soluzione giulianea in tema di evizione si nascondesse una più profonda condivisione del punto di vista del giurista adrianeo e che dunque anche Paolo, a dispetto di quanto gli attribuisca oggi il brano, si facesse suggeritore di una tutela non contrattuale. Ciò consentirebbe di risolvere le incongruenze variamente denunciate in dottrina in relazione al diverso trattamento riservato alle ipotesi di *facio ut des* rispetto a quelle di *do ut des*, nel caso in cui avessero tutte ad oggetto opere non locative. Abbiamo così preso in considerazione la possibilità che non appartenga a Paolo la decisione di accordare l'*a.p.v.* nel § 2. Il modo stesso in cui la decisione è formulata (condici ei potest *vel praescriptis verbis agi*) rafforza la sensazione di trovarsi di fronte a una manipolazione della soluzione prospettata dal giurista severiano, facendo in particolare pensare a un allargamento dei mezzi di tutela rispetto a un originario quadro solutivo diversamente incentrato su una tutela meramente ripetitiva (*condici ei potest* [*vel praescriptis verbis agi*]). Sospetto che ci è parso avvalorato dalla notazione immediatamente successiva (*quod his quae diximus convenit*). In questo modo il brano torna ad essere così pienamente intellegibile: si prendono le mosse dalle opere locative per le quali era riconosciuto il ricorso all'azione contrattuale, tipica o atipica (*civilis actio in hoc quod mea interest*) a seconda che fosse prevista o meno una *merces nummaria*, per poi passare all'esame delle opere non locative, per le quali era diversamente (*Quod si*) ammesso, a favore del primo esecutore, il ricorso alla sola azione di ripetizione (*condici ei potest*).

Di qui in poi il discorso si sviluppa tutto all'interno del *factum, quod locari non possit*, attraverso una serie di precisazioni che hanno la funzione di chiarire la portata della soluzione appena indicata (*condici ei potest* […] *Sed si*). Si introducono così una serie di deviazioni sul piano della tutela, che dipendono unicamente dai limiti che gravano sull'azione di ripetizione, la quale non poteva essere accordata al proprietario del servo manomesso, per via del tipo di prestazione da questi eseguita (*manumissio* del servo). Da ciò la necessità di ricorrere, sull'esempio di Giuliano, al combinato impiego dell'*a. de dolo* e dell'*a. in fac-*

tum pretoria, con le implicazioni che ciò pare comportare per quanto riguarda l'esercizio dell'azione pretoria, da ritenersi non più uno strumento elettivo, quanto uno strumento meramente residuale (rispetto soprattutto alla *condictio*). La medesima esigenza si manifestava nel caso esaminato nel § 3. La vicenda è del tutto speculare a quella del § 2. Al centro dell'attenzione del giurista vi sono sempre i rapporti di scambio che prevedono opere non locative. Se non si ricorre alla *condictio* dipende ancora una volta dal tipo di prestazione eseguita (*facere*). Di qui, a differenza del § 2 (*Quod si*) la concessione dell'*a. de dolo*, in caso di inadempimento doloso (*cessas dare*); di qui ancora, per quanto non detto, l'impiego (sempre residuale) dell'*a. in factum*, per tutte le altre ipotesi: ciò probabilmente, ancora una volta sulla scia di Giuliano. *Do ut facias* e *facio ut des* sono agli occhi di Paolo la stessa cosa: lo stesso rapporto visto da prospettive differenti. A mutare è solo l'ordine attuativo, non il rapporto in sé e per sé considerato, la sua funzione economico-sociale o individuale. Ciò che incide dunque ai fini della concessione dell'azione contrattuale è la natura dell'operazione, non la sequenza temporale in cui gli eventi risultano tra loro legati (*do ut facias* o *facio ut des*). Per restare al caso esaminato da Paolo, come paradigma del più ampio *genus* del *factum quod locari non possit* (*puta ut*), è la *manumissio* di un servo, in quanto tale, a non essere considerata compatibile con la prospettiva di una tutela contrattuale: a prescindere dal fatto che venga eseguita per prima o in un secondo momento.

(*Cap. V § 2*) Proprio per via della sintonia che emerge tra gli approdi solutivi dei due giuristi, si è ritenuto che le considerazioni fatte per Paolo potessero valere anche per Giuliano e che dunque anche la soluzione di quest'ultimo dipendesse da una valutazione funzionale del rapporto. Del resto, a seguire Giffard, si dovrebbe in sostanza credere che il giurista adrianeo sarebbe stato ripreso per essersi lui reso conto di ciò che sarebbe sfuggito ai meno avveduti Mauriciano e Ulpiano, e chissà forse allo stesso Aristone: ovvero l'impossibilità di configurare un caso di *do ut facias* in presenza di una consegna non traslativa della proprietà. La stessa struttura narrativa di Ulp. 4 *ad ed.* induce a ritenere che la *dissensio* di Mauriciano non dipendesse dalla possibilità di giudicare o meno integrata la fattispecie. Il rilievo sembra riguardare piuttosto la vicenda in sé e per sé considerata: se potesse considerarsi o meno *synallagma* uno scambio, come quello indicato nel brano, diretto alla mamomissione di un servo. (*Cap. V § 3*) Si trattava in effetti di fattispecie che presentava aspetti tali da mettere teoricamente in discussione la natura 'negoziale' dell'atto complessivamente considerato, il quale, a ben vedere, offriva profili che potevano suggerire un accostamento con lo schema della donazione, specificamente nella forma della *donatio sub modo* o,

più propriamente, del c.d. negozio misto a donazione, nel senso moderno della locuzione. A conclusione dell'intera vicenda, il primo esecutore non avrebbe tratto infatti alcun vantaggio patrimonialmente apprezzabile, che venisse a bilanciare economicamente il sacrificio sopportato nell'atto di alienare il proprio servo.

Sempre a questo proposito si è osservato come l'esame del solo profilo schematico non consenta di effettuare precise valutazioni sulla contrattualità o meno di una fattispecie. Il più delle volte si rivela indispensabile andare ad analizzare la concreta operazione posta in essere, guardando agli interessi concreti perseguiti dalle parti. In questo senso non bisogna lasciarsi trarre in inganno da quelle testimonianze che sembrano suggerire l'idea di una immediata (e semplicistica) associazione tra astratti schemi sinallagmatici e categoria contrattuale. Si tratta in realtà di brani che, al pari di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 assolvono una funzione meramente orientativa. In concreto, potevano prospettarsi una serie di situazioni di confine, in cui doveva risultare estremamente difficoltoso giungere a un'esatta valutazione della fattispecie, potendo questa assumere diverse configurazioni non facilmente distinguibili tra loro. *Datio ut* (come donazione modale = 'Schenkung mit Auflage' o di di scopo), *datio ut* (come *contractus*), *datio si* (come trasferimento condizionale, se del caso anche a titolo di donazione), senza escludere possibili combinazioni come nel caso, appena richiamato, di Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18 pr.-2, in cui dall'apposizione di un termine veniva a delinearsi una pluralità di cause sul piano della successione temporale.

Anche le formule espressive adoperate in sede di descrizione delle fattispecie mostrano spesso evidenti affinità se non addirittura coincidenze sul piano lessicale, che attestano quanto fossero di fatto incerti i confini tra aree concettuali teoricamente invece ben contraddistinte sul piano dogmatico, come quelle di *donatio*, *negotium* (*contractum*) e ancora per finire, in senso ancora più ristretto, di *contractus*. Significativi in tal senso sono apparsi C. 4.6.2 (Alex., a. 227), in cui si ricorre alla qualifica di *negotium gestum* per descrivere un'ipotesi di donazione modale (*donavit ut*); Paul. 6 *ad l. Iul. et Pap*. D. 39.6.35.3, in tema di *donatio mortis causa*, in cui Paolo individua un elemento negoziale (*qua parte* […] *negotium gerit*) nell'atto donativo, dovuto al fatto che il donante ha legato la donazione alla propria morte, con l'intenzione e nel presupposto che quanto donato gli venisse restituito nel caso in cui l'evento paventato non si fosse verificato (*cum convaluerit*). Si è visto come l'impianto argomentativo adoperato qui da Paolo per supportare la concessione della *condictio* in via di ripetizione, replicasse i medesimi canoni argomentativi ed espressivi che si trovano altrove adoperati a sostegno dell'azione contrattuale. Abbiamo la relazione di scambio,

intesa ovviamente nel senso latissimo prima evidenziato (*quod ea quae dantur aut ita dantur, ut aliquid facias* […]); abbiamo inoltre il richiamo alla nozione di *negotium*, particolarmente cara a Ulpiano. Ciò spiega perché nello sch. Ἡ σύγκλητος a Bas. 47.3.35 il sostantivo *negotium* venga tradotto da Doroteo col sostantivo συνάλλαγμα e dunque con lo stesso sostantivo su cui si reggeva la teorica aristoniana di Ulp. 4 *ad ed.*, lì però diretta alla concessione dell'azione da contratto (*a. civilis incerti*).

La condivisione di logiche sostanziali è alla base della fluidità che si riscontra nel linguaggio dei giuristi romani soprattutto in tema di donazione condizionale o *sub modo*. Al tempo stesso rende ragione delle difficoltà in cui non raramente si sono imbattuti gli interpreti nell'identificare l'azione in concreto concessa a tal fine, trovandosi di fronte a un linguaggio che ripropone le stesse formule espressive e le medesime logiche argomentative adoperate in tema di tutela di *nova negotia*, e che proprio per tale ragione ha indotto più di un autore a ritenere che a essere in quell'occasione concessa fosse l'azione contrattuale. Si pensi all'ipotesi affrontata in C. 8.54.3.1 (Diocl.-Maxim., a. 290), ove in molti, proprio per il linguaggio adoperato, hanno creduto di poter individuare un riferimento all'*a. civilis incerti* aristoniana, nell'*utilis actio* qui concessa in favore di terzo, per un'ipotesi di *donatio sub modo*. Si è osservato come si tratti in realtà di un'eventualità poco aderente allo sviluppo narrativo della testimonianza. Dalla lettura del brano si evince infatti come la cancelleria di Diocleziano si fosse piuttosto pronunciata nel senso di equiparare la posizione del terzo beneficiario (*is in quem liberalitatis compendium conferebatur*) a quella del donante (*liberalitatis auctor*) e dei suoi eredi, in favore dei quali, in base a un risalente e consolidato indirizzo giurisprudenziale (*veteris iuris auctoritate rescriptum est*), era da tempo riconosciuto l'impiego della *condictio* (*condicticiae actionis persecutionem competere*) in osservanza di quanto pattuito ma non attuato (*placiti fide non impleta*), pur in assenza di *stipulatio*. Non sembra vi sia pertanto motivo di dubitare che la cancelleria avesse disposto l'estensione, in favore del terzo, della *condictio* (*utilis actio*) spettante al donante. Al di là della soluzione in concreto adottata dalla cancelleria e proprio per le incertezze che vi sono al riguardo, il brano dimostra quanto sia di fatto difficile tenere separate le diverse prospettive sostanziali (*donatio-negotium*) e processuali (azione di ripetizione-azione contrattuale), e come comunque le stesse logiche argomentative si prestassero a essere validamente adoperate in entrambi i contesti, come appunto nel caso qui esaminato, in cui il richiamo alla *fides placiti*, e dunque al rispetto di quanto convenuto, è funzionale (come crediamo) alla concessione dell'azione di ripetizione, anziché di adempimento, nell'ambito di una vicenda che, seppur formal-

mente riassumibile nel consueto schema del *do ut des* (nel senso che è previsto il compimento di un atto attributivo da parte di entrambi i soggetti), si caratterizza in realtà per l'evidente assenza di una reale struttura sinallagmatica: il che toglie forza all'ipotesi di un ricorso (qui) all'*actio civilis incerti* evocata da Mauriciano in Ulp. 4 *ad ed.*, la quale proprio da tali logiche e strutture traeva fondamento ed era governata.

(*Cap. V § 4*) Che in Ulp. 4 *ad ed.* il punto di vista di Aristone risulti sensibilmente semplificato, appare con chiarezza anche dall'analisi di Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18 pr.-1, il quale conferma l'inadeguatezza del solo profilo schematico (nel caso di specie *do ut facias*) a fornire, di per sé, valide indicazioni sul piano della valutazione della presenza di una relazione sinallagmatica in grado di legittimare il ricorso ad azione contrattuale (se del caso) atipica. L'ipotesi voleva che fosse stato trasferito un servo, con l'intesa che il beneficiario del trasferimento lo manomettesse al maturare di un quinquennio. Facendo ancora una volta affidamento su talune affinità di tipo espressivo, più di un autore ha ritenuto che la decisione di Aristone andasse ricondotta nel quadro della dottrina di Ulp. 4 *ad ed.*, arrivando così alla conclusione che anche in questo caso il giurista pensasse a un'obbligazione da farsi valere in via di adempimento, mediante *actio civilis incerti* (o *a.p.v.*). Si è di contro osservato come, fra le varie congetture, quella di una relazione con la dottrina di Ulp. 4 *ad ed.* si rivela, in realtà, la più improbabile. Non si è infatti riflettuto sul fatto che nell'ipotesi presa qui in esame mancano gli elementi propri di un rapporto di scambio, considerato che l'atto di affrancamento non può ritenersi effettuato in funzione del ricevuto atto di trasferimento dello schiavo, come sua contropartita. Tra i due atti non vi è, né può esservi alcuna relazione sinallagmatica (di corrispettività). Si deve piuttosto ritenere che Aristone stesse più semplicemente valutando la possibilità di agire in via di ripetizione, mediante *condictio* (sul presupposto di un arricchimento da considerarsi *sine causa*) o al più mediante altri rimedi, come l'*actio fiduciae* – supponendo che le parti avessero realizzato una *mancipatio fiduciae causa*, nella più particolare prospettiva della c.d. *fiducia manumissionis causa* – o ancora l'*a. mandati*, a cui si fa ricorso in Iul. 13 *dig.* D. 17.1.30, brano sul quale, va detto, gravano i sospetti degli studiosi i quali hanno anche qui pensato a un'originaria applicazione dell'*a. fiduciae*, supportati da Fragm. Vat. 334-334a.

Anche in questo caso la questione dell'esatta individuazione del rimedio processuale può ritenersi ai nostri fini non così decisivo. Quello che conta è che ci troviamo comunque in presenza di una vicenda per la quale non si può prospettare quella visione economica dello scambio che costituisce, anche nelle sue approssimazioni concettuali, la struttura portante della teoria aristoniana del

συνάλλαγμα, per proiettarci piuttosto in aree estranee all'area contrattuale (*condictio*) o comunque di confine, come nel caso dei rapporti contrattuali gratuiti come il mandato (in cui alla bilateralità delle obbligazioni non si accompagnava una corrispettività di prestazioni o sacrifici patrimoniali) o la *fiducia* (*mancipatio manumissionis causa*), a voler ammettere una sua natura contrattuale.

Questo non è che un ulteriore esempio degli equivoci interpretativi che possono presentarsi se ci si lascia guidare dalla suggestione di semplici rispondenze schematiche, come se dietro ogni *do ut facias* si nascondesse una relazione sinallagmatica in senso proprio. Ciò conferma, come si diceva, che ogni soluzione non poteva prescindere da una più attenta analisi delle finalità concrete perseguite, non potendosi fare unicamente affidamento su astratti schemi riassuntivi della vicenda economica cui le parti avevano dato vita. (*Cap. V § 4.1*) Sempre da questo punto di vista, la testimonianza potrebbe assumere un rilievo ancor più significativo se si dovesse propendere per l'ipotesi di un'autonomia concettuale e configurativa della fattispecie esaminata nel successivo § 2. Il modo di esprimersi del giurista al principio del § 2 (Idem Aristo ait, *si donationis causa* in hoc tradatur servus, ut post quinquennium manumittatur) ha indotto molti autori a ritenere che Aristone stesse qui prendendo in considerazione una fattispecie differente rispetto a quella esaminata nel § 1, per la quale il giurista aveva prospettato un *negotium mixtum cum donatione* e per la quale si era diversamente affermato: refert Aristonem putare, *si servum tibi tradidero* ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas. Di qui appunto l'idea di una contrapposizione, all'interno di un medesimo (e a questo punto generale) schema riassuntivo, tra un *negotium mixtum cum donatione* (§ 1 si servum tibi tradidero ad hoc) e una *donatio* (modale) *manumissionis causa* (§ 2 si *donationis causa* in hoc tradatur servus). Si è visto però come si tratti di ipotesi interpretativa che non può essere accolta.

(*Cap. V § 5*) Quanto alla vicenda di Ulp. 4 *ad ed.*, si è appunto ritenuto che il dissenso di Giuliano fosse dovuto proprio dalla possibilità di considerare sussistente una reciprocità di attribuzioni patrimoniali in presenza di ipotesi in cui al sacrificio economico di una delle parti (affrancazione del servo) non corrispondesse un vantaggio patrimoniale dell'altra. In definitiva era proprio il tipo di prestazione attesa che, agli occhi di Giuliano, doveva far venire meno quella prospettiva di lucro che era connessa alla vicenda contrattuale. La necessità di un risultato di tipo patrimoniale per la configurazione di un'azione contrattuale era richiesta del resto anche da Ulpiano in Ulp. *l. s. reg.* D. 44.7.25.1, dove il giurista espressamente afferma che si ha un'*actio ex contractu quotiens quis sui lucri causa cum aliquo contrahit*. È dunque da ritenere che la diversità di opinio-

ni tra i due giuristi (Giuliano-Mauriciano) riguardasse la possibilità di individuare in concreto una relazione sinallagmatica in presenza di un comportamento dal quale non si traeva un effettivo vantaggio di tipo economico, per quanto, da altro punto di vista, allo stesso fosse collegato un altrui sacrificio patrimoniale: nel caso appunto di Ulp. 4 *ad ed.*, la *manumissio* dello schiavo (Panfilo). Mentre Giuliano sembrerebbe pretendere uno specifico arricchimento, Ulpiano e prima di lui Mauriciano ritenevano sufficiente, perché si configurasse un *lucrum*, una correlata riduzione dell'altrui patrimonio. In altri termini, per il giurista adrianeo non bastava che vi fossero due contrapposte e reciproche obbligazioni o sacrifici patrimoniali perché potesse ritenersi sussistente un sinallagma: era più incisivamente (e innanzitutto) richiesto che entrambi gli autori del negozio traessero un apprezzabile vantaggio patrimoniale. A essere al centro del dibattito era il modello aristoniano del sinallagma, nelle sue concrete applicazioni.

(*Cap. V § 6*) Importanti spunti di riflessione in tal senso, ma anche per una migliore interpretazione di Ulp. 4 *ad ed.*, si sono ricavati da Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15. Il brano è ben noto, essendo qui per la prima volta documentata con certezza la concessione dell'azione civile di adempimento (*a.p.v.*) a tutela di rapporti del tipo *facio ut des*. Sulla genuinità sostanziale della testimonianza non vi è motivo di dubitare. Anche le critiche rivolte verso la parte conclusiva del testo ('*nisi si quis-arguatur*') devono considerarsi infondate, non potendosi in particolare ritenere sussistenti i denunciati profili di incompatibilità rispetto al regime di sussidiariarietà dell'*actio de dolo*. Da questo punto di vista si è in particolare fatto osservare come a proporre qui l'*actio de dolo* non era certamente Ulpiano, ma altri e non meglio precisati esponenti della giurisprudenza. Benché il giurista sia avaro di informazioni in proposito, non è irragionevole ritenere che il *quis* da questi insistentemente richiamato, con un intento che parrebbe polemico, fosse il contemporaneo e rivale Paolo.

Di grande interesse sono le argomentazioni addotte da Ulpiano a sostegno della decisione di ricorrere all'azione civile: ciò perché nella motivazione devono rintracciarsi, *a contrario*, le ragioni che avrebbero dovuto condurre alla diversa soluzione prospettata nel testo. Si deve infatti ritenere che, se Ulpiano concede l'azione civile sul presupposto dell'individuata negozialità dell'operazione, l'orientamento opposto doveva fondare la decisione di accordare la sola *actio de dolo* nell'impossibilità di ritenere soddisfatto il medesimo requisito. Così come in Ulp. 4 *ad ed.* il contrasto giurisprudenziale ruota intorno alla possibilità di scorgere o meno un *synallagma*, qui tutto verte sulla possibilità di individuare un *negotium aliquod*: il che ovviamente impone di ritenere, tenuto conto che in

entrambi i casi si tratta di testimonianze di Ulpiano, che le due questioni coincidano o comunque siano strettamente collegate. Al riguardo si è osservato come non vi siano margini per ricollegare l'ammessa configurabilità di un *negotium* alla spontanea attuazione dell'accordo da parte di uno dei due contraenti, nell'ambito dunque di un'interpretazione tradizionale della *causa* di Ulp. 4 *ad ed.* nei ben noti termini di '*praestatio rei vel facti*'. La sensazione è che il giurista volesse piuttosto fare riferimento ai motivi che avevano indotto la controparte a rendere noto il luogo del nascondiglio. Più precisamente sua intenzione doveva essere quella di sottolineare come l'indicazione fosse stata fornita per la sola ragione della prevista ricompensa. In sostanza il *facere* era qui sorretto da una *causa* non donativa. Così come certamente non donativa era la *causa* dell'attribuzione patrimoniale da parte del *dominus* del servo.

Per una tale interpretazione non sembra si renda però necessario sopprimere il tratto <*Et quidem-sed*>, ove l'incongruenza argomentativa denunciata da taluni autori (come Santoro) si registra solo se si intende l'affermazione '*conventio non est nuda*', nel senso che l'accordo era stato accompagnato dall'esecuzione della prestazione: ma non è questo il significato con cui Ulpiano adopera qui l'espressione. Il giurista afferma piuttosto che la *conventio* deve considerarsi non *nuda* in quanto contiene un negozio, assolve una funzione negoziale, e non certo perché ad essa ha fatto seguito un *dare* o un *facere*. Se si è pensato a un riferimento alla Vorleistung è perche si è ragionato sotto la suggestione di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.4, brano tormentatissimo, in cui l'analoga espressione *nuda pactio* (alla luce dell'intero §) a molti è parsa riferirsi all'accordo non accompagnato da un principio di esecuzione, più che alla *conventio* priva di causa negoziale. Tra questi autori anche Santoro, che proprio allo scopo di difendere una lettura funzionale della causa aristoniana (come *negotium*), ha ritenuto di dover mettere (anche qui) in discussione la classicità della prima parte del brano (Ulp. 4 *ad ed.* § 4), pensando a un glossema postclassico causato da un'inesatta interpretazione del richiamo alla *causa* nel § 2, nel senso (non aristoniano) di *datio*. Si è al contrario osservato come a doversi guardare con sospetto è semmai la parte conclusiva del §, quella introdotta dall'*igitur* e in cui ricorre per l'appunto l'espressione *nuda pactio*, che si rivela del tutto incoerente con entrambe le prospettive interpretative della causa affacciate in dottrina: funzionalistica e non.

Alla luce delle informazioni che si ricavano da Ulp. 42 *ad Sab.*, sembra si debba arrivare alla conclusione che la concessione dell'azione civile di adempimento fosse prevista in caso di rapporti di scambio in cui entrambe le prestazioni fossero sorrette da una causa non donativa, in modo che l'operazione assumesse, nel suo complesso, la struttura di un *negotium* in senso stretto. Ciò sem-

bra confermare quanto si è supposto con riferimento al rifiuto da parte di Giuliano di concedere l'azione civile al contraente evitto per il (lì contemplato) caso di *do* (*Pamphilum*) *ut* (*Stichum*) *manumittas*, e cioè che Giuliano (e sulla sua scia verrebbe di credere anche Paolo) ritenesse incerta la sussistenza di una causa propriamente negoziale a sostegno dell'attribuzione patrimoniale gravante (o che sarebbe dovuta gravare) sul proprietario di Panfilo. Vi era certamente una corrispettività di sacrifici patrimoniali, nel senso che il proprietario di Panfilo rinunciava alla proprietà del proprio schiavo in cambio della libertà di Stico, così come il proprietario di Stico, era disposto a rinunciarvi in cambio della proprietà di Panfilo. A una siffatta corrispettività non corrispondeva, però, una reciprocità di vantaggi patrimoniali apprezzabili, tenuto conto che, dalla manomissione di Stico, il proprietario di Panfilo non avrebbe ottenuto alcun vantaggio che potesse ritenersi economicamente compensativo del sacrificio patrimoniale che gli sarebbe derivato dal trasferimento del servo. Perlomeno tale vantaggio poteva non essere evidente o apprezzato da tutti come tale.

Quanto alla vicenda analizzata in Ulp. 42 *ad Sab.*, non si può essere del tutto sicuri che alle parole di Ulpiano corrispondesse realmente l'adozione di una soluzione di segno contrario. A differenza di Ulp. 4 *ad ed.*, difficilmente si sarebbe qui potuto contestare la presenza di un interesse negoziale in capo a entrambi i soggetti. Poteva semmai prospettarsi un problema sul piano della sussistenza di un preciso nesso causale tra i due fatti, nel senso che l'eventuale vantaggio economico del *dominus* sarebbe in effetti disceso da un evento da ritenersi tecnicamente incerto (la cattura, appunto), non direttamente riconducibile, peraltro, al *facere* della controparte e semmai da questo reso solo possibile o comunque facilitato per via della delazione. Quale rilievo tale circostanza avrebbe potuto avere per Paolo è difficile dirlo. Quanto a Giuliano, non sarebbe azzardato ritenere che essa potesse orientare il giurista a negare la presenza di un sinallagma: così almeno argomentando da Iul. 39 *dig.* D. 12.6.33, in cui, come si è visto, per la sussistenza del *negotium* (nella specifica prospettiva del *dare*) era richiesto il compimento di un atto in grado di produrre direttamente un acquisto della proprietà.

Da altro punto di vista si è osservato come, nella vicenda contrattuale esaminata da Ulpiano, il comportamento di *facere* non sia qui formalmente prospettato come prestazione: neppure nel senso lato con cui il termine è normalmente adoperato in materia di contratti innominati. Come è stato già opportunamente osservato in dottrina, il contratto si presenta, non solo strutturalmente, ma anche funzionalmente rigorosamente unilaterale. Considerato che l'unico soggetto obbligato (al verificarsi della duplice condizione) è il *dominus* e che

l'obbligazione ha per oggetto il pagamento di una precisa somma di denaro (*certum aliquid daretur*), si è presa in considerazione la possibilità che l'azione civile qui concessa da Ulpiano (*civilis actio*), e nel testo assimilata all'*a.p.v.*, fosse semplicemente la *condictio certi*, in funzione, non naturalmente di ripetizione, perché nulla era stato dato, ma di adempimento. Si potrebbe pertanto congetturare un ricorso alla *condictio* preceduta da *praescripta verba* descrittivi del fatto concretamente fondativo della pretesa, in maniera da consentire al giudice di poter ritenere sussistente un *dare oportere*, pur non riccorrendo nessuna delle c.d. *causae condictionis*. È ben noto, del resto, che le fonti documentano l'impiego della *praescriptio* in contesti d'uso (della *condictio*), come in TPSulp. 31 (Ea res agetur de sponsione. Caius Blossius Celadus iudex esto), in cui, l'individuazione della funzione in concreto perseguita attraverso tale inserimento appare decisamente problematica. Da questo punto di vista non deve trarre in inganno il fatto che si trattasse di programma di giudizio astratto: in ogni caso esso risultava impiegabile solo in presenza di precise cause negoziali, e dunque per una serie prestabilita di rapporti. In definitiva l'intervento sarebbe stato diretto ad ampliare le *causae actionis*, ovvero, le situazioni concrete per le quali era possibile agire utilmente con la *condictio* (contrattuale), il cui ambito applicativo, in ultima analisi, si intendeva estendere: in termini e con finalità che, a ben vedere, non sono poi così differenti dai meccanismi con cui si metteva mano all'impianto formulare delle azioni causali (con specifico *nomen contractus*), se non per il fatto che il medesimo risultato era qui raggiunto attraverso un incremento (del numero) delle *causae actionis*, piuttosto che attraverso un ampliamento o mutamento della (singola) *causa actionis*, come appunto nelle azioni causali.

(*Cap. V § 7*) L'idea che il *synallagma* aristoniano di Ulp. 4 *ad ed.*, alla cui individuazione era subordinata la concessione dell'azione civile, debba essere identificato col *negotium* sembra trovare ulteriore conferma dalla lettura di Pomp. 22 *ad Sab.* D. 19.5.16.1. A *Ego* viene consentito di seminare sul fondo di *Tu* e di raccogliere i frutti della semina. Permesso, quello di *tollere fructus*, che però non viene successivamente accordato. Dal resoconto di Pomponio sappiamo che Aristone avrebbe negato il ricorso ad azione civile per il caso in questione, interrogandosi piuttosto sulla possibilità di agire con azione *in factum* (*concepta*): interrogativo che riceve una risposta nella parte conclusiva del brano, in cui viene prospettato il ricorso all'*actio de dolo*, con una soluzione che sembra doversi però attribuire a Pomponio. Quanto alle ragioni che hanno indotto il giurista traianeo a negare il ricorso alla *civilis actio* (*incerti*) di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, si è escluso che ciò potesse dipendere dal tipo di prestazione

iniziale (*facere*). Si è piuttosto ritenuto che la ragione della soluzione aristoniana debba essere ricercata nella natura non propriamente negoziale della vicenda qui affrontata, la quale comportava sacrifici economici unicamente in capo al proprietario del fondo, non compensati da alcun interesse economicamente apprezzabile a suo vantaggio. Quanto poi all'affermazione aristoniana per cui *nullam iuris civilis actionem esse*, si è escluso che essa facesse riferimento a un'azione specifica e in particolare all'*a. civilis incerti*. Nulla prova la circostanza che nel pr. dello stesso frammento sarebbe preso in considerazione il ricorso a tale azione (*certum est civilem actionem incerti competere*) relativamente a un caso di *exemptio cretae*. Non si è infatti riflettuto sul fatto che a valutarne qui positivamente l'impiego non è Aristone, ma Pomponio, senza contare i gravi sospetti che gravano sulla genuinità della soluzione attribuita al giurista antoniniano. Al più si può immaginare, ma in via di mera congettura, che all'affermazione aristoniana seguisse (in origine) una più approfondita analisi delle ragioni che avrebbero reso impraticabile il ricorso a modelli processuali all'apparenza adoperabili per il caso in questione e che tra questi potesse figurare, magari al solo fine di escluderla, pure l'*a. civilis incerti*. Ciò che in ogni caso conta dal nostro punto di vista è che se in Pomp. 22 *ad Sab*. D. 19.5.16.1 Aristone negava l'azione di adempimento di Ulp. 4 *ad ed.* è solo perché si trovava in presenza di una fattispecie incapace di assicurare quel reciproco vantaggio patrimoniale sul quale si fondava la propria teoria del συνάλλαγμα.

(*Cap. V § 8*) L'analisi di Ulp. 42 *ad sab.* D. 19.5.15 ci ha restituito preziose informazioni, in grado di meglio chiarire il senso della dottrina aristoniana del συνάλλαγμα, offrendoci così un'importante chiave di lettura della *dissensio opinionum* testimoniataci sempre da Ulpiano in Ulp. 4 *ad ed.* Al pari di Ulp. 42 *ad Sab*., a essere oggetto di contrasto non era la teoria in sé, ma la sua concreta applicazione e più precisamente la possibilità di considerare συνάλλαγμα o se vogliamo *negotium*, un rapporto dal quale non sembrava che le parti traessero entrambe utilità sul piano economico. Si tratta di un'acquisizione importante, ma non priva di insidie, visto che alla già controversa nozione di συνάλλαγμα, viene qui ad affiancarsi (se non addirittura a sostituirsi) un concetto, come quello di *negotium*, per certi versi ancora più incerto e vago. Soprattutto non si può ignorare che la stessa nozione rappresentava l'impianto teorico su cui era reggeva il tema della ripetizione.

Anche la teoria del *negotium,* al pari (e forse più) di quella di Ulp. 4 *ad ed*., rischia dunque di tradursi in una semplificazione. Se in Ulp. 42 *ad Sab*. essa è in grado di fungere da valido criterio discriminativo sul piano solutivo, lo si deve al fatto che in quell'occasione l'alternativa all'impiego dell'azione contrattua-

le era rappresentata dall'*a. de dolo*. Non è però sicuro che lo stesso argomento potesse essere validamente impiegato nel caso in cui l'alternativa processuale fosse piuttosto costituita da forme di tutela orientate alla ripetizione o comunque alla ricostituzione degli equilibri patrimoniali pregressi. Il punto è che le due prospettive condividevano il medesimo impianto dogmatico. Si pensi a C. 4.6.2 (Alex., a. 227), ove di *negotium gestum* si discorre in relazione a un'ipotesi di donazione modale, per la quale è ammesso (in caso di inosservanza del *modus*) il ricorso alla *condictio* in favore dell'erede del donante; o a Paul. 6 *ad l. Iul. et Pap*. D. 39.6.35.3, in cui la prospettiva del *negotium* torna ad affacciarsi in materia di *donatio mortis causa*, ancora una volta a supporto della concessione dell'azione di ripetizione. Si consideri poi che in Ulp. 16 *ad Sab.* D. 12.6.2 pr. è proprio Ulpiano a invocare la categoria del *negotium* per giustificare l'impiego della *condictio* in via di ripetizione. La riferibilità della nozione negoziale alle due diverse prospettive dell'adempimento e della mera ripetizione non deve ovviamente costituire un pretesto per mettere in discussione il riferimento al *negotium* in Ulp. 42 *ad Sab*., o ancora nelle innumerevoli testimonianze ulpianee in cui questo concetto è chiamato a svolgere un ruolo determinante nell'*iter* decisionale. Tra i due piani esiste in realtà una strettissima relazione, anche dal punto di vista storico, se solo si considera che quello della ripetizione deve aver costituito lo spunto di riflessione e di maturazione dell'altro. Basterebbe anche solo soffermarsi sul lessico della teorica contrattuale aristoniana (*causa*, *negotium*) per comprendere come questa sia maturata come sviluppo rispetto a una precedente attività di precisazione concettuale che aveva come suo obiettivo quello di predisporre un criterio attraverso il quale poter individuare le funzioni specifiche perseguite attraverso le diversi attribuzioni patrimoniali, in modo da poter distinguere tra attribuzioni non aventi altro fine se non quello di arricchire il beneficiario delle stesse e attribuzioni diversamente non donative, supportate da un interesse patrimoniale apprezzabile. Con Aristone si mette a punto una teoria profondamente innovativa, che non si accontenta di ristabilire un semplice riequilibrio patrimoniale, ma mira più ambiziosamente all'adempimento della controprestazione concordata, sino a quel momento considerata semplicemente come la *causa* giustificatrice del già attuato spostamento patrimoniale. Per il raggiungimento del nuovo obiettivo, si rende però necessaria una valutazione complessiva dei sacrifici patrimoniali di tutti i soggetti coinvolti. È necessario che entrambi i soggetti traggano un vantaggio patrimonialmente apprezzabile: solo così potrà configurarsi un συνάλλαγμα e solo così si potrà agire per l'adempimento. Si tratta di un salto qualitativo che giustifica l'apprezzamento di Ulpiano e potrebbe forse anche spiegare l'eleganza che questi attribuiva alla dot-

trina del giurista traianeo (*eleganter Aristo Celso respondit*). Con una certa approssimazione si potrebbe affermare che *negotium* e συνάλλαγμα rappresentano due nozioni formalmente autonome ma legate in una visione dottrinale unitaria, in cui la seconda (il συνάλλαγμα) rappresenta una *species* della prima (il *negotium*). Non ogni nesso funzionale tra prestazioni è un συνάλλαγμα (in senso stretto): lo è solo se realizza un interesse economicamente apprezzabile per entrambe le parti in causa. Ciò spiega perché in caso di assenza di negozialità condivisa si dovesse ripiegare sulla ripetizione, ma anche la ragione per cui, anche in tema di ripetizione, l'analisi svolta dai giuristi continuasse a fare appello, anche terminologicamente, alle medesime categorie e al medesimo strumentario logico argomentativo: proprio perché a questo fine erano stati congegnati.

La stessa fluidità concettuale sembrerebbe non aver risparmiato neppure la nozione di *nuda conventio* o *nuda pactio* che abbiamo trovato impiegata in Ulp. 42 *ad Sab.* e Ulp. 4 *ad ed.* § 4 (sempre che debba attribuirsi ad Ulpiano), in correlazione (e in antitesi) alle nozioni, rispettivamente, di *negotium* (bilaterale) e συνάλλαγμα. Ciò perlomeno se dovesse ritenersi genuino il riferimento al *nudum pactum* che si legge in C. 5.14.1 (Sev. et Ant., a. 206) = C. 2.3.10 (Alex., a. 227). È opinione condivisa che a essere portato all'attenzione della cancelleria fosse un caso di costituzione di dote da parte di un terzo, per la quale fosse stata prevista la restituzione in favore dello stesso costituente, mediante semplice patto. La questione di fondo riguarda l'individuazione dell'azione concessa al richiedente con l'affermazione '*utilis est condictio*'. In molti vi hanno voluto intravedere un riferimento all'azione contrattuale atipica, discutendo al più se si trattasse, in concreto, della labeoniana *a. praescriptis verbis* o dell'aristoniana *a. civilis incerti*. Si è visto come si tratti di un punto di vista che non può essere accolto, dovendosi piuttosto ritenere che la cancelleria stesse qui prendendo in considerazione il ricorso alla *condictio* (*certi*), definita *utilis* al solo scopo di sottolineare come l'azione fosse qui validamente esperibile (*utilis*). Non si comprende d'altra parte per quale motivo la cancelleria avrebbe dovuto riferirsi all'*a.p.v.* con una formulazione così inusuale, in cui l'aggancio all'azione contrattuale atipica sarebbe risultato praticabile alla sola condizione di intendere il sostantivo *condictio* nel generalissimo senso di *actio in personam* di Gai 4.5. Se si è pensato all'*a.p.v.* o all'*a.c.i.* è solo perché si è ragionato sotto la suggestione del tratto centrale (*nec obesse tibi debet, quod dici solet ex pacto actionem non nasci: tunc enim hoc dicimus, cum pactum nudum est: alioquin cum pecunia datur et aliquid de reddenda ea convenit*) che anche lessicalmente ha suggerito connessioni con Ulp. 42 *ad Sab.* e Ulp. 4 *ad ed.* (§ 4). Non si è però considerato il diverso statuto dogmatico che fa da sfondo a queste ultime testimonianze in cui

rimane centrale, pur nelle sue approssimazioni, la prospettiva dello scambio. Qui invece manca del tutto una struttura sinallagmatica. Appare pertanto evidente che nel linguaggio della cancelleria imperiale l'espressione *nudum pactum* sia utilizzata in una prospettiva più ampia e diversa rispetto a quella di Ulp. 42 *ad Sab.* e Ulp. 4 *ad ed.* Mentre nei due brani ulpianei l'espressione è adoperata in contrapposizione alla più ristretta idea di accordo produttivo di rapporto contrattuale, in C. 5.14.1 (Sev. et Ant., a. 206) è piuttosto impiegata quale contrappunto logico della nozione di *obligatio*. In altri termini se in Ulp. 4 *ad ed.* e Ulp. 42 *ad Sab*. il nudo patto si oppone all'accordo che produce azione di adempimento, in C. 5.14.1 (Sev. et Ant., a. 206) esso indica più estesamente l'accordo che non trova alcun tipo di tutela in via di azione. Per dirla ancora diversamente: mentre nei brani di Ulpiano la *nuda conventio* (*pactio*) rappresenta l'opposizione logica del *negotium* bilaterale (συνάλλαγμα), nel testo della costituzione imperiale essa costituisce piuttosto l'alternativa logica del *negotium* tout court, finendo così con l'identificarsi con l'atto donativo (*nudum pactum* = *donatio*). Al di là della questione da ultimo sollevata circa l'utilizzo dell'espressione *nudum pactum* in C. 5.14.1 (= C. 2.3.10), può dirsi che tra le due testimonianze di Ulpiano (Ulp. 42 *ad Sab.* D. 19.5.15 e Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2) esiste una strettissima relazione. Se Ulp. 42 *ad Sab.* con il suo richiamo al *negotium* ci ha fornito preziose informazioni per arrivare a una corretta interpretazione di Ulp. 4 *ad ed.*, è anche vero che è impossibile cogliere il significato preciso del riferimento al *negotium*, se si prescinde dalla teoria del sinallagma quale essa è rappresentata in Ulp. 4 *ad ed.* Le due nozioni si tengono: l'una serve per comprendere l'altra. Di per sé, l'idea di *negotium* rappresenta un criterio eccessivamente generico. Oltre che della *condictio*, il *negotium* rappresentava lo statuto logico di ogni rimedio processuale che fosse egualmente orientato a neutralizzare gli effetti di un determinato trasferimento: a ben vedere, anche dell'*actio in factum*. Persino nell'esercizio della penale *a. de dolo* non si sarebbe potuto prescindere del tutto da una pur epidermica considerazione delle ragioni sostanziali del rapporto.

(*Cap. V § 9*) Per una verifica del punto di vista di Paolo in tema di *negotium*, si è passati ad esaminare Paul. 29 *ad ed.* D. 13.6.17.3, brano in cui Paolo sembrerebbe affrontare il tema della negozialità con un atteggiamento dogmatico-ricostruttivo non in linea con le più ristrette prospettive che gli si è prima attribuite in base al resoconto di Ulp. 42 *ad Sab.* Significativa, da questo punto di vista, appare la prima parte della testimonianza ed in particolare il tratto '*Geritur enim-actionesque civiles*', in cui il giurista, a supporto (*enim*) di quanto affermato in precedenza, in relazione all'impossibilità per il comodante di richie-

dere la restituzione intempestiva della *res commodata*, tiene a precisare come il comodato si regga su un interesse negoziale di ambedue i contraenti (*Geritur enim negotium invicem*): di qui la conseguente (*et ideo*) predisposizione di rimedi processuali a favore di entrambe le parti, a voler sottolineare la trasformazione di una vicenda che, pur traendo origine da un gesto non dovuto di solidarietà etico-sociale, si era evoluta dando vita a un rapporto giuridico contrassegnato da una bilateralità di prestazioni da far valere attraverso una reciprocità di forme di tutela. La questione non è di poco conto, in quanto pone fondati interrogativi sui risultati cui si è prima pervenuti, ove si è proposto di mettere in relazione il rifiuto paolino di ricorrere all'azione civile, nel caso di Paul. 5 *quaest.*, con l'assenza di una reciproca negozialità della vicenda lì affrontata, non determinando la manomissione del servo un diretto vantaggio economico a favore del contraente primo esecutore. Non può negarsi che il brano di Paolo rischia di indebolire una tale possibilità interpretativa, considerato che il giurista non sembrerebbe avere difficoltà nell'individuare una mutua negozialità in una vicenda, come quella del comodato, che si caratterizza per l'integrale assenza di un interesse economico in capo al comodante e nella quale non è neppure prospettabile un sacrificio economico in capo al comodatario, ancorché non indirizzato alla sfera patrimoniale del comodante. Sennonché una tale incoerenza di modelli non si risolve rinunciando a leggere Ulp. 42 *ad Sab*. nell'ottica di una divergenza interpretativa intorno alla nozione di *negotium*, che avrebbe visto Paolo farsi promotore di un atteggiamento rigorista, ma al contrario interrogandosi sull'attendibilità del più largo e conciliante modello ricostruttivo di Paul. 29 *ad ed*. D'altra parte è proprio il modello di Paul. 29 *ad ed*. a suscitare serie perplessità. Anche a voler provare a sfruttare sino in fondo tutta l'elasticità concettuale della nozione di *negotium*, rimane difficile comprendere in che senso il contratto di comodato avrebbe dovuto rispondere, in concreto, a un duplice interesse delle parti o, se vogliamo rimanere più aderenti al modo di esprimersi del giurista, in che termini avrebbe presentato questa doppia negozialità da una parte e dall'altra. La verità è che l'espressione sembra voler malamente giustificare la predisposizione di azioni a vantaggio di entrambi i contraenti (*et ideo invicem propositae sunt actiones*), attraverso una trasposizione sul piano sostanziale di una reciprocità di tipo processuale. Il punto è che a una (ipotetica) bilateralità (perfetta) di obbligazioni non corrisponderebbe in ogni caso una mutualità di prestazioni in senso economico e giuridico (corrispettività). Il restituire la cosa ricevuta in uso non rappresenta un comportamento diretto a realizzare un interesse autonomo del comodante. Non è sicuramente una controprestazione. Né d'altra parte è dato comprendere in che termini l'affermata bi-

lateralità negoziale e la conseguente bilateralità processuale avrebbero dovuto costituire la ragione per giustificare l'impossibilità del comodante di chiedere indietro la cosa intempestivamente, come il brano vorrebbe lasciar intendere. Per queste e altre ragioni si è ritenuto che non appartenga a Paolo l'inconcludente richiamo alla prospettiva della reciprocità negoziale: perlomeno non nei termini in cui la questione è oggi posta nel brano. A voler ammettere la presenza di un riferimento al *negotium invicem gerere* nella stesura originaria del passo paolino, si può al più supporre che con essa il giurista intendesse ben diversamente (e più modestamente) evidenziare l'assenza di intenti donativi da una parte e dall'altra: nel senso che nessuno degli autori coinvolti nel rapporto negoziale aveva inteso arricchire col proprio contegno, a titolo di donazione, l'altro. Non il comodante, il quale si attendeva che la *res commodata* gli venisse restituita. Non il comodatario che, se aveva effettuato delle spese per il mantenimento della *res*, non lo aveva certo fatto allo scopo di beneficiare il donante, ma nel presupposto che gli sarebbero state rimborsate. Solo così si può affermare che il rapporto assolvesse una funzione latamente negoziale per ambedue i contraenti: e ciò spiegherebbe la concessione di un'azione a favore di entrambi. Siamo però ben distanti dall'idea più stringente di *negotium* come affare vantaggioso per entrambe le parti (per dirla con Giffard o Cannata), che impregna la logica sinallagmatica aristoniana, stando almeno alla testimonianza di Ulpiano. Non c'è pertanto motivo di rinunciare all'idea per cui l'intero ragionamento di Ulpiano in Ulp. 42 *ad Sab*. rappresenti una velata critica alle diverse vedute ricostruttive paoline in tema di tutela dei *nova negotia*. (*Cap. V § 10*) Si è infine osservato che la questione dell'ammissibilità dell'azione contrattuale, nell'ambito di rapporti che non fossero in grado di assicurare una reale utilità economica per tutti i soggetti in essi coinvolti, dovette rimanere dibattuta ben oltre l'età severiana, come dimostra la parziale sopravvivenza dell'indirizzo giulianeo-paolino ancora in piena età dioclezianea in C. 2.20(21).4 (Diocl.-Maxim., a. 294), in relazione a una vicenda che presenta evidenti affinità con l'ipotesi contemplata in Paul. 5 *quaest*. § 2 e affrontata ancor prima da Giuliano (Ulp. 4 *ad ed.*).

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 J. 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*, in SDHI 38, 1972

ALBANESE B., *Ancora in tema di sussidiarietà dell'"actio de dolo"*, in Labeo 9, 1963

ALBANESE B., *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982

ALBANESE B., *Iudicium contrarium e ignominia nel mandato* in IVRA 21, 1970

ALBANESE B., *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in AUPA 28, 1961

ALBANESE B., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979

ALBANESE B., *Per la storia del creditum*, in AUPA 32, 1971

ALBERTARIO E., *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del codice civile*, in RISG 1, 1923 = *Studi di diritto romano. Volume terzo. Le obbligazioni*, Milano 1936

ALCIATUS D.A., *Paradoxorum Iuris Civilis Libri sex*, in *Opera. Tomus quartus*, Francofurti 1617

ALIBRANDI I., *Delle azioni utili e dirette*, in Giornale di giurisprudenza teorico-pratica 1, 1870 = *Opere giuridiche e storiche*. Vol. 1, Roma 1896

AMELOTTI M., *La donatio mortis causa in diritto romano*, Milano 1953

ANKUM H., *Die manumissio fideicommissaria der Arescusa, des Stichus und des Pamphilus. Eine cause „célèbre" der spätklassischen Rechtspraxis in Paul. D. 19,1,43 und 45,1-2*, in M. J. SCHERMAIER, Z. VÉGH (a cura di), *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein*, Stuttgart 1993

ANKUM H., *La responsabilità contrattuale nel diritto romano classico e nel diritto giustinianeo*, in *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

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., *Résumé du cours de droit romain. Tome second*, Paris-Lyon 1884
APPLETON H., *Des interpolations dans les pandectes et des méthodes propres à les découvrir* (*Thése pour le doctorat*), Paris 1894
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*,[7] Napoli 1943
ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*,[10] Napoli 1949
ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*,[12] Napoli 1954
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., Rec. a D. DAUBE (a cura di), *Studies in the Roman Law of Sale, Dedicated to the memory of F. De Zulueta*, in IVRA 11, 1960
ARCHI G.G., *Animus donandi*, in *Atti del congresso internazionale di Verona* (27-29 settembre 1948), vol. III, Milano 1951 = *Scritti di diritto romano. Volume II. Studi di diritto privato* 2, Milano 1981
ARCHI G.G., v. *Condizione nel negozio giuridico* (*diritto romano*), in Enc. dir. 8, Milano 1961
ARCHI G.G., *Donare e negotium gerere*, in *Studi in onore di E. Volterra*, Milano 1971 = *Scritti* 2 cit.
ARCHI G.G., v. *Donazione (diritto romano)*, in Enc. dir. 13, Milano 1964 = *Scritti* 2 cit.
ARCHI G.G., *Dote e donazione nel diritto romano*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, II, Milano 1953
ARCHI G.G., *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano 1960
ARTNER M., *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002
ASTOLFI R., *I libri tre iuris civilis di Sabino*,[2] Padova 2001
AUDIBERT A., *L'expression "civilis in factum". Son caractère byzantin*, in *Mélanges H. Fitting* 1, Montpellier 1907
AUDIBERT A., *Sur les différents noms de l'actio praescriptis verbis*, in *Mélanges Gérardin*, Paris 1907

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
BACKHAUS R., *Casus perplexus. Die Lösung in sich widersprüchlicher Rechtsfälle durch die klassische römische Jurisprudenz*, München 1982
BACOVIUS R., *Tractatus de actionibus*, Francofurti 1657

BARELS A., *Disputatio juridica inauguralis qua illustratur Rescriptum Diocletiani & Maximiani quod reperitur in l. ult. Cod. de Revocand. his quae in fraud. credit. alienat. sunt*, Franequerae1715

BARON E., *Institutionum seu elementorum Iustiniani sacratissimi principis libri IIII*, Lutetiae 1562

BARON J., *Abhandlungen aus dem Römischen Civilprozess. I. Die condictionen*, Berlin 1881

BARON J., *Pandekten*,[1] Leipzig 1872

BARTOLUS, *In secundam partem Digesti veteris Commentaria*, Basileae 1588

BAVIERA G., *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze 1898

BECHMANN A., *Der Kauf nach gemeinem Recht. Geschichte des Kaufs im römischen Recht* 1, Erlangen 1876

BECK I.L.G., *Corpus iuris civilis. Vol. II*, Lipsiae 1837

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 *Status Familiae. Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag am 28. April 2001* (hrsg. von H.G. Knothe und J. Kohler), München 2001

BEHRENDS O., *Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Reschtsschulen*, I, hrsg. von M. Avenarius, R. Meyer-Pritzl, C. Möller, Göttingen 2004

BEHRENDS O., *Iusta causa traditionis. La trasmissione della proprietà secondo il ius gentium classico*, in SCDR 9-10, 1997-1998

BEKKER E.I., *Die Aktionen des römischen Privatrechts. Erster Band. Ius civile*, Berlin 1871

BEKKER E.I., *Zur Lehre von Condictionen und adjecticischen Klagen*, in ZSS 4, 1883

BELLOCCI N., *La struttura della fiducia* II. *Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli 1983

BENÖHR H.P., *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg 1965

BERTOLDI F., *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena 2012

BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 1, Tübingen 1910

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* 5, Tübingen 1931

BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 6, in ZSS 66, 1948

BESELER G., *Confestim-Continuo*, in ZSS 51, 1931

BESELER G., *Einzelne Stellen*, in ZSS 45, 1925

BESELER G., *Einzelne Stellen*, in ZSS 47, 1927

BESELER G., *Juristische Miniaturen*, Leipzig 1929
BESELER G., *Miscellanea*, in ZSS 45, 1925
BESELER G., *Miscellanea critica*, in ZSS 43, 1922
BESELER G., *Romanistische Studien*, in TR 8, 1928
BESELER G., *Romanistische Studien*, in ZSS 50, 1930
BESELER G., *Romanistische Studien*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, vol. 4, Palermo 1936
BESELER G., *Unklassische Wörter*, in ZSS 57, 1937
BETTI E., *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano. Sezioni: I, II, e III*, Roma 1958
BETTI E., *Consapevole divergenza della determinazione causale nel negozio giuridico (simulazione e riproduzione dicis causa o fiduciae causa)*, in BIDR 42, 1934
BETTI E., v. *Convalescenza del negozio giuridico (diritto romano)*, in Noviss. dig. it. 4, Torino 1959
BETTI E., v. *Conversione del negozio giuridico (diritto romano*), in Noviss. dig. it. 4, Torino 1959
BETTI E., v. *Conversione del negozio giuridico* (*diritto vigente*), in Noviss. dig. it. 4, Torino 1959
BETTI E., *Diritto romano* 1. *Parte generale*, Padova 1935
BETTI E., *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia 1920
BETTI E., *Il dogma bizantino della fÚsij tÁj paradÒsewj e la irrilevanza del dissenso sulla causa della tradizione*, in *Studi in onore di P. Bonfante* 1, Milano 1930
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., *Sul significato di contrahere in Gaio e sulla non classicità della denominazione 'quasi ex contractu obligatio'*, in BIDR 25, 1912
BETTI E., *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in BIDR 28, 1915
BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano redatto da diversi giureconsulti sotto la direzione di Filippo Vassalli. Volume Quindicesimo. Tomo Secondo*, Torino 1943
BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*,[2] Torino 1959
BICCARI M.L., *Dalla pretesa giudiziale alla narratio retorica (e viceversa). Spunti di riflessione sull'avvocato romano e la sua azione*, Torino 2017
BIGLIAZZI GERI L., v. *Conversione dell'atto giuridico*, in Enc. dir. 10, Milano 1962
BIONDI B., *Appunti intorno alla donatio mortis causa*. II. *La revoca della donatio m. c.*, in AUPE 2, 1914 (Estratto)
BIONDI B., *Chiarimenti intorno al negotium mixtum cum donatione e alla donazione*

indiretta, in Banca e Borsa 23, 1960 = ID., *Scritti giuridici IV. Diritto moderno e varietà*, Milano 1965
BIONDI B., *Contratto e stipulatio*, Milano 1953
BIONDI B., *Corso di istituzioni di diritto romano*. I. *Introduzione. Parte generale-Diritti reali*, Catania 1929
BIONDI B., *Corso di istituzioni di diritto romano. Vol.* II. *Obbligazioni*, Milano 1940
BIONDI B., *Dolus causam dans e incidens*, in *Nota Appello Torino 27 dicembre 1910* = ID., *Scritti giuridici. III. Diritto romano, diritto privato*, Milano 1965
BIONDI B., *Iudicia contraria*, in AUPA 7, 1918
BIONDI B., *Iudicium operarum*, in AUPE 28, 1914
BIONDI B., *Le donazioni*, in *Trattato dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino 1961
BIONDI B., v. *Modo*, in Noviss. dig. 10, 1964
BIONDI B., *Negotium mixtum cum donatione*, in Giurisprudenza italiana 1, 1962 = ID., *Scritti giuridici* 4 cit.
BIONDI B., *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis*, Palermo 1913
BIONDI B., *Successione testamentaria e donazioni*, Milano 1956
BISCARDI A., *L'unità del processo nella esperienza giuridica romana*, in BIDR 65, 1962
BONFANTE P., *Corso di diritto romano*. Vol. I. *Diritto di famiglia*, Roma 1925
BONFANTE P., *Corso di diritto romano. Volume quarto. Le obbligazioni (dalle lezioni). Ristampa a cura di G. Bonfante e G. Crifò*, Milano 1979
BONFANTE P., *Diritto romano*, Firenze 1900
BONFANTE P., *Istituzioni di diritto romano*,[5] Milano 1907
BONFANTE P., *Istituzioni di diritto romano*,[9] Milano 1932
BONFANTE P., *Istituzioni di diritto romano*,[10] Torino 1946
BONFANTE P., *Lucri a causa di morte*, Varallo Sesia 1915
BONFANTE P., *Sulla genesi e l'evoluzione del contractus*, in RIL 40, 1907 = *Scritti giuridici varii. III. Obbligazioni comunione e possesso*, Torino 1926
BORTOLUCCI G., *Actio utilis*, Modena 1909
BORTOLUCCI G., *Note sul contratto romano*, in *Acta Congressus iuridici internationalis* 1, Roma 1935
BOSSOWSKI F., *De condictione ex causa furtiva*, in AUPA 13, 1927
BOVE L., *Documenti processuali delle Tabulae Pompeianae di Murecine*, Napoli 1979
BOVE L., *Ricerche sugli agri vectigales*, Napoli 1960
BRANDES I.M., *Dissertatio juridica de contractibus innominatis*, Helmaestadi 1643
BRASIELLO U., *Obligatio re contracta*, in *Studi in onore di P. Bonfante* 2, Milano 1930
BRINZ A., *Lehrbuch der Pandekten. Zweiter Band. Erste Abtheilung*,[2] Erlangen 1879
BRISSONIUS B., *De verborum quae ad jus pertinent significatione libri XIX*, Lipsiae 1721
BROGGINI G., Rec. a G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano I. La procedura formulare*, in ZSS 77, 1960
BROISE S., *Animus donandi. Concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*, Pisa 1975

BRUNS C.G., *Fontes iuris romani antiqui*, Tübingen 1893
BRUTTI M., *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Torino 2017
BRUTTI M., *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, Volume I, Milano 1973
BRUTTI M., *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino 2013
BUCHER K., *Das Recht der Forderungen. Nach den Grundsätzen des Justinianeischen Rechts*,[2] Leipzig 1830
BUCHHOLTZ A.A. DE, *Iuris Civilis Anteiustinianei Vaticana Fragmenta e codice rescripto ad Angelo Maio edita,* Regimonti Borussorum 1828
BUFNOIR C., *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain*, Paris 1866
BUHL H., Rec. a J. BARON, *Abhandlungen aus dem Römischen Civilprozess. I. Die condictionen*, in Krit. Vjschr. 24 (N.F. 5), 1882
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., *In tema di consumptio nummorum*, in Riv. dir. comm. 51, 1953
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*, Napoli 2007
BURDESE A., Rec. a H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, in IVRA 17, 1966
BURDESE A., Rec. a W. PIKA, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, in SDHI 55, 1989
BURDESE A., *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, vol. I, Padova 2009
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 1998
BURILLO J., *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum*, in SDHI 26, 1960

CALONGHI F., *Dizionario latino-italiano*,[3] Torino 1965
CALONGE A., *En torno al problema de la retroactividad de la condición en derecho romano clásico*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra* 3, Milano 1971
CANNATA C.A., *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
CANNATA C.A., *Corso di istituzioni di diritto romano* 1, Torino 2001
CANNATA C.A., *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. Etudes H. Ankum*, Amsterdam, 1995
CANNATA C.A., *Iul. D. 41.1.36: una «interpolazione occasionale»*, in *Incontro con G. Pugliese* (18 aprile 1991), Milano 1992
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., *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico* (I parte), in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da G. Tarello, vol. IV (Bologna) 1974
CANNATA C.A., *L'actio in factum civilis*, in IVRA 57, 2008-2009
CANNATA C.A., *La distinctio re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique*, 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
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., *Lo splendido autunno delle due scuole*, in *Pacte, convention, contract. Mélanges en l'honneur du Professeur Buno Schmidlin*, Bâle et Francfort-sur-le Main, 1998
CANNATA C.A., v. *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in Dig. civ. 12, Torino 1995
CANNATA C.A., *Sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico*, in IVRA 21, 1970
CANNATA C.A., *Traditio causale e traditio astratta*: *una precisazione storico-compara-*

tistica, in *Scritti in onore di R. Sacco*, vol. I, Milano 1994 = L. VACCA (a cura di), *Scritti scelti di diritto romano*. Vol. II, Torino 2012

CARDILLI R., *Gestione empirica dell'imputazione e «culpae adnumeratio» nella riflessione dei giuristi romani*, in Index 42, 2014

CARDILLI R., *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano tra natura contractus e forma iuris*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli 2008

CARDILLI R., *L'idea romana del 'perpetuarsi dell'obbligazione' e il problema della responsabilità contrattuale*, in AUPA 63, 2020

CARNELUTTI F., *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in Riv. dir. proc. 10, 1955,

CARRELLI O., *La genesi del procedimento formulare*, Milano 1946

CARRO V., *Gai Inst. 3.146: considerazioni sui contratti condizionati di locazione e vendita*, in Interpretatio prudentium 1, 2017

CASAVOLA F., *Giuristi adrianei*, Napoli 1980

CASCIONE C., *'Consensus'. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli 2003

CASCIONE C., *Fugitivarii a caccia di schiavi in Roma antica*, in F.M. D'IPPOLITO (a cura di), *Φil…a. Scritti per Gennaro Franciosi* 1, Napoli 2007

CASTRENSIS P., *In secundam Digesti veteris partem Commentaria*, Lugduni 1583

CENDERELLI A., *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano* 1. *Struttura, origini, azioni*, Torino 1997

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., PETRUCCI A., *Lezioni di diritto commerciale romano*, Torino 2002

CERAMI P., v. *Risoluzione del contratto (diritto romano)*, in Enc. dir. vol. 40, Milano 1989

CERAMI P., *Il comodato*, in J. PARICIO (a cura di), *Derecho romano de obligaciones* cit.

CHARONDA L., *PEIQANWN seu Verisimilium. Libri tres*, in *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

CHAUDET F., *Condictio causa data causa non secuta. Critique historique de l'action en enrichissement illégitime de l'art. 62 al. 2 CO*, Lausanne 1973

CHIAZZESE L., *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee*, in AUPA 16, 1931

CHIAZZESE L., *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee. Parte speciale (materiali)*, a cura di G. Falcone, Torino 2018

CIAPESSONI P., *Sul Senatoconsulto Neroniano*, in, *Studi in onore di P. Bonfante* 3, Milano 1930

COCHIS B., *Una presunta disputa di scuola in Gai., Inst. 3.147*, in RDR 3, 2003

Codicis sacratissimi imperatoris Iustiniani PP. Augusti Lib. XII., Accursii commentariis: ac Contii, et Dionysii Gothofredi, atque aliorum quorundam illustriorum Iurisconsultorum lucubrationis illustrati, Aureliae cIↃ. IↃc. XXV (1625)

COING H., *Europäisches Privatrecht*. I. *Älteres gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985

COLLINET P., *La genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, Paris 1952

COLLINET P., *La nature des actions des intedicts et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, Nemours 1947

COLLINET P., *Le Fr. 5, Dig., 19, 5, De Praescr. Verbis et in F. Act.: Application de la Méthode critique de Décomposition des Textes*, in *Festschrift P. Koschaker* 1, Weimar 1939

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

CONSO G., *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano 1955

CONTIUS A., *Codicis Domini Justiniani, sacratissimi Principis, P.P. Augusti repetitae praelectionis libri XII.*, Lugduni 1583

CORASIUS I., *Miscellaneorum Iuris Civilis Libri Septem*, Coloniae Agrippinae 1590

CORBINO A., *Fondamento e presupposti della condictio causa data causa non secuta*, in A. PALMA (a cura di), *Studi in onore di Francesco Guizzi*, I, Torino 2013

CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino 1994

CORBINO A., *Ritorni su Gai 3.147. La ratio del dissenso giurisprudenziale circa la qualificazione causale dell'accordo di commissione di anelli da confezionare con materiale dell'artefice*, 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

CORNIOLEY P., *De la "sponsio" a la stipulation: procedure et 'contrat'*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, III, Napoli 1984

CORTESE B., *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato: modelli storici*, Padova 2009

CORTESE B., *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata: inadempimento e rispondenza ex fide bona*, Roma 2020

COSTA A., *La nullità della sentenza e la 'querela nullitatis' nella storia del processo italiano*, in RISG 57, 1916

CRISTALDI S.A., *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano 2007

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., *Ad Lib. IV. Codicis Recitationes solemnes seu Commentarii* (1561), in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus nonus*, Prati 1839

CUJACIUS J., *Commentarius ad titulum de pactis* (1559), in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus sestus*, Prati 1838

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., *Recitationes solemnes seu Commentarii in IX. libros codicis* (†), in *Opera* IX cit.

CUJACIUS J., *In L. I. ad LXXVIII. Pauli ad edictum commentarii seu recitationes solemnes* (1584-1585, ma pubbl. post.), in *Opera* V cit.

CUJACIUS J., *In Digesta, seu Pandectas Dom. Justiniani Imperatoris Notae* (1597 †), in *Opera* III cit.

CUJACIUS J., *Observationum et emendationum libri XXVIII* (1556-1595 †), in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus primus*, Prati 1836

CUJACIUS J., *Recitationes solemnes ad Titulum V. De praescriptis verbis et in factum actionibus* (*Commentarii in libros XXXXVI. Digestorum*: s.d. †), in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus septimus*, Prati 1839

CUQ È, *Les Institutions juridiques des Romains. Tome second. Le droit classique et le droit du Bas-Empire*, Paris 1908

CURSI M.F., *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli 2008

CURTIUS JUNIOR F., *Commentaria in primam & secundam partem Digesti veteris*, Lugduni 1552

CURTIUS W., *Dissertatio juridica inauguralis de actione praescriptis verbis*, Lugduni Batavorum 1742

D'AMATI L., *I 'nova negotia' nella riflessione romana*, in BIDR 90, 1987

D'ANGELO G., *Azioni nossali e clausola arbitraria*, in AUPA 60, 2017

D'AVEZAN J., *Contractuum liber prior*, Aureliae 1644

D'ORS A., *Observaciones sobre el 'edictum de rebus creditis'*, in SDHI 19, 1953

D'ORS A., *Replicas panormitanas I. De nuevo sobre 'creditum'. (Réplica a la crítica de Albanese)*, in SDHI 41, 1975

D'ORS A., *Una accion de dolo dada al menor contra su esclavo manumitido: una revision de Ulp. 4.3.7 pr. y 4.4.11 pr.*, in SDHI 46, 1980

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., *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'elaborazione del concetto di causa del contratto*, in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova 2006

DALLA MASSARA T., *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, tomo secondo, Padova 2011 = *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, in L. GAROFALO (a cura di), *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli contrattuali*, Torino 2015

DE COCCEJUS S., *Jus civile controversum. Editio altera multis quaestionibus aucta*, Francofurti et Lipsiae 1729

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

DE MARTINO F., *Storia economica di Roma antica. Volume I*, Firenze 1980

DEPPENKEMPER G., *Negotiorum gestio - Geschäftsführung ohne Auftrag. Zur Entstehung, Kontinuität und Wandel eines Gemeineuropäischen Rechtsinstituts. Teil 1*, Göttingen 2014

DE RETES J.F., *Opusculorum libri quatuor. Liber secundus de contractibus incertis, et actionibus, quae ex illis competunt, & de pactis in continenti adiectis*, Salmanticae 1650

DERNBURG H., *Pandekten. Zweiter band. Obligationenrecht*,[4] Berlin 1894

DERNBURG H., *System des Römischen Rechts. Der Pandekten. Erster Teil*,[4] Berlin 1896

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

DEVILLA V., *Actio incerti*, Catania 1932

DI MAJO A., v. *Causa del negozio giuridico*, in Enc. giur. 6, Roma 1988

DI MARZO G., *Istituzioni di diritto romano*,[5] Milano 1968
DI PAOLA S., *Ricerche esegetiche in tema di inesistenza e nullità*, Milano 1965
DI PAOLA S., *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano 1966
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
DI SALVO S., *Acquisto per altri e trasmissione della proprietà*, in A. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica.* (Convegno Università di Roma Tre, 15-17 novembre 2007), Napoli 2010 = ID., *Dal diritto romano. Percorsi e questioni*, Torino 2013
DI SALVO S., *Il legato modale in diritto romano elaborazioni dommatiche e realtà sociali*, Napoli 1973
DI SALVO S., *Impostazione terminologica di una ricerca sul 'modus' in diritto romano*, in Atti dell'Accademia di scienze Morali e Politiche di Napoli 80, 1969
DI SALVO S., *La polemica sulla 'presupposizione' tra riflessione storiografica e impostazioni dogmatiche*, in Index 19, 1991
DIÓSDI G., *Pacta nuda servabo? Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema*, in BIDR 74, 1971
DONADIO N., *Garanzia per i vizi della cosa e responsabilità contrattuale*, in E. JAKAB, W. ERNST (a cura di), *Kaufen nach römischem Recht. Antikes Erbe in den europäischen Kaufrechtsordnungen*, Berlin-Heidelberg 2008
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., *Commentaria in codicem Iustiniani*, in *Opera Omnia. Tomus septimus*, Macerate 1830
DONELLUS H., *Commentariorum de iure civili*, in *Opera Omnia. Tomus tertius,* Maceratae 1829
DONELLUS H., *Commentarium ad Titulum Digestorum, de Praescriptis verbis et in factum actionibus*, in *Opera omnia. Tomus Decimus et commentariorum in selectos quosdam titulos Digestorum. Volumen Primum*, Maceratae 1832
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*, in *Opera Omnia quae in hunc usque diem edita extant in Iure Civili, Ab ipso demum Auctore recognita atque aucta*, Lugduni 1558
DULCKEIT G., *Erblasserwille und Erwerbswille bei Antretung der Erbschaft. Beiträge zum Willensproblem im klassischen römischen Erbrecht*, Weimar 1934
DULCKEIT G., *Voluntas und fides im Vermächtnisrecht*, in *Festschrift P. Koschaker* 2 cit.
DUMONT F., *La gratuité du mandat en droit romain*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento* 2, Napoli 1953

EHRHARDT A., *Justa causa traditionis. Eine Untersuchung über dem Erwerb des Eigentums nach römischem Recht*, Berlin 1930
EISELE F., *Beiträge zur Erkenntniss den Digesteninterpolationen*, in ZSS 11, 1890
EISELE F., *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte* 2, Freiburg-Leipzig 1896
EISELE F., *Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex*, in ZSS 7, 1886
EISELE F., *Exegetica*, in ZSS 35, 1914
EISELE F., *Weitere Studien zum Texte der Digesten*, in ZSS 30, 1909
ELVERS C. F., *Ueber die Actio in factum civilis oder praescriptis verbis. Ein Beitrag zur Lehre von den Innominatcontracten*, in Themis 1, 1840
ENSCHEDÉ J. J., *Dissertatio juridica inauguralis de Tito Aristone, jurisconsulto romano*, Lugduni Batavorum 1829
ERBE W., *Die fiduzia im römischen Recht*, Weimar 1940
ERXLEBEN A., *De contractuum innominatorum indole ac natura commentatio*, Gottingae 1835
ERXLEBEN A., *Die condictiones sine causa* 2. *Die condictio causa data causa non secuta*, Leipzig 1853
ERMAN H., *Servus vicarius, l'esclave de l'esclave romain*, Lausanne 1896
ERMAN H., *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumption*, in ZSS 19
ERMAN H., *Miscellen. [Noch einmal] 'die actiones in factum'*, in ZSS 23, 1902
ERMAN H., *Recht und Praetor*, in ZSS 25, 1904

FABER A., *Coniecturarum Iuris Civilis, Libri Sex Priores*. *Editio tertia*, Lugduni 1605
FABER A., *Hemischilias, seu, pars secunda, de erroribus pragmaticorum, et interpretum iuris*, Lugduni 1604
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., *La teoria del negozio giuridico, con cenni preliminari sul fatto giuridico in genere: lezioni di diritto romano raccolte da L. Ferrara*, Napoli 1898
FALCHI G.L., *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano 1981
FALCONE G., *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino 2003
FALCONE G., *A proposito di Paul. 29 ad ed. – D. 13.6.17.3 (officium, beneficium, commodare)*, in AUPA 49, 2016
FALCONE G., *Genesi e valore della definizione di SUNALLAGMA nella parafrasi di Teofilo*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca* 3, Napoli 2001
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., *'Officium' e vincolo giuridico: alle origini della definizione classica dell'"obligatio'*, in Ius antiquum 16, 2005
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., *Il fieri della fattispecie contrattuale sine nomine e l'evizione dell'ob rem datum*, in D@S-Memorie 12, 2014
FERCIA R., *Principio di utilizzazione negoziale e iusta causa traditionis*, in LR 6, 2017
FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966
FERRI G.B., *Il negozio giuridico*, Padova 2011
FERRI G.B., *La causa nella teoria del contratto*, in G.B. FERRI, G. ANGELICI, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino 1997
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 e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*, in AG 52, 1895 = E. ALBERTARIO (a cura di), *Opere* 3 cit.
FERRINI C., *Sull'origine del contratto di compravendita in Roma*, in *Memorie della Regia Accademia di Scienze, Lettere ed Arti in Modena*, IX, 1893 = E. ALBERTARIO (a cura di), *Opere* 3 cit.
FILANTI G., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli 1983
FINAZZI G., *Amicitia e doveri giuridici*, in A. CORBINO, M. HUMBERT, G. NEGRI (a cura di), *'Homo', 'caput', 'persona'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, Pavia 2010
FINAZZI G., *Il contratto a favore di terzo proprio nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di A. Metro*, II, Milano 2010
FINAZZI G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio*. II.2. *Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino 2006
FINAZZI G., *Riflessioni sul rapporto tra convalida e ratifica nell'esperienza giuridica romana*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, III, Napoli 2007
FIORI R., *'Bona fides'. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda)*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, Napoli 2011
FIORI R., *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003
FITTING F., *Ueber den Begriff der Bedingung*, in AcP 39, 1856
FITTING H., *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle 1876
FLUME W., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 2. Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York 1979
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

FRAENKEL E., *Julian-Ulpian über die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, in ZSS 44, 1924

FRANSEN G., *Le dol dans la conclusion des actes juridiques. Évolution des doctrines et système du code canonique*, Gembloux 1946

FRANSEN G., *Le dol dans la conclusion des actes juridiques selon le droit canonique du moyen age*, in Ephémérides Theologicae Lovanienses 21, 1944-45

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*, Argentorati 1644

FRATRES KRIEGELII, *Corpus iuris civilis. Impressio septima decima. Pars II a d. Aemilio Hermanno recognita. Codex*, Lipsiae 1887

FREZZA P., *Il precetto della legge e il precetto dell'autonomia privata nell'ordinamento romano*, in *Studi in memoria di Zanobini*, vol. V, Milano 1963

FRUNZIO M., *Res furtivae. Contributo allo studio della circolazione degli oggetti furtivi in diritto romano*, Torino 2017

FUENTESECA P., *Líneas generales de la 'fiducia cum creditore'*, in J. PARICIO (a cura di) *Derecho romano de obligaciones* cit.

FULGOSIUS R., *In primam Pandectarum partem Commentaria. Tomus primus*, Lugduni 1554

FULGOSIUS R., *In primam Pandectarum partem Commentaria. Tomus secundus*, Lugduni 1554

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 nella prospettiva storico-comparatistica, II Congresso internazionale ARISTEC* (Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995), Torino 1997

GALLO F., *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, Roma 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., *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*, 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 concetto moderno di 'conversione' e la sua genesi legislativa*, in *Studi in onore di A. Biscardi* II, Milano 1982

GANDOLFI G., *Introduzione metodologica allo studio della "conversione"*, in Jus 15, 1964

GANDOLFI G., *I testi romani sul trattamento di conversione attraverso il filtro della pandettistica*, in *Atti Accademia Costantiniana*, IV. *Studi in onore di de Dominicis*, Perugia 1981

GANDOLFI G., *La conversione dell'atto invalido 2. Il problema in proiezione europea*, Milano 1988

GANDOLFI G., *La nozione pandettistica di conversione al vaglio della giurisprudenza tedesca dell'ottocento*, in *Sodalitas*. *Scritti in onore di A. Guarino*, VIII, Napoli 1984

GANDOLFI G., Rec. a V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante 'conversione' in diritto romano*, in IVRA 17, 1966

GANS E., *Ueber römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatkontrakten und jus poenitendi*, Heidelberg 1819

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

GAROFALO A.M., *Dalla cause de l'obligation alla causa del contratto*, in G. AMADIO, L. GAROFALO (a cura di), *Ius Civile Europaeum. Libertà e responsabilità contrattuale*, Winter School dell'Università di Padova 22-26 febbraio 2016, Pisa 2016

GAROFALO A.M., *La causa del contratto tra meritevolezza degli interessi ed equilibrio dello scambio*, in Riv. dir. civ. 6, 2013

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

GATTI G., *Il pactum displicentiae nella vendita romana e il contratto di 'leasing' nel diritto romano*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* V, Milano 1984

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Padova 1987

GEBAUER G.C., SPANGENBERG G.A., *Corpus iuris civilis codicibus veteribus manuscriptis et optimis editionibus collatis*, Gottingae 1776

GERSTMAN SILESIUS D., *Disputatio juridica de praescriptis verbis et in factum actionibus*, Jenae 1619

GIAIMO G., *La conversione del contratto nullo. Art. 1424*, in *Il codice civile. Commentario*, Milano 2012

GIFFARD A., *L'actio civilis incerti et le synallagma (D, 2,14,7)*, in RHD 34, 1957 = *Études de droit romain*, Paris 1972

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., *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

GIPHANIUS H.J., *Enarrationes et commentarii in VIII lib. Codicis Iustiniani leges celebriores et difficiliores*, Francofurti ad Moenum 1631

GIPHANIUS H., *Lecturae Altorphinae in Titulos Digestorum & Codicis*, Francofurti 1605

GIOMARO A.M., *'Unde quidam putant'. (Gai 3.91): non solo critica alla bipartizione, non solo traccia dell'evoluzione concettuale di contractus*, in *Studi in onore di R. Martini*, vol. II, Milano 2009

GIORDANO C., *Nuove tavolette cerate pompeiane*, in Rend. Accad. Arch. Napoli 46, 1971

GIRARD P.F., *Manuel élémentaire de droit romain*,[1] Paris 1897

GIRARD P.F., *Manuel élémentaire de droit romain*,[6] Paris 1918

GIUFFRÈ V., *Convalescere in Gai 2.218*, in *Synteleia V. Arangio-Ruiz. Raccolta di Studi di diritto romano, di filologia classica e di vario diritto*, Vol. II, Napoli 1964

GIUFFRÈ V., *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante 'conversione' in diritto romano*, Napoli 1962

GIULIANO P., *La causa e le principali classificazioni dei contratti*, in P. FAVA (a cura di), *Il contratto. Trattato teorico-pratico*, Milano 2012

GIUMELLI A. S., *Quia natura debet. Una riflessione di Nerazio sulla solutio del pupillo*, in RIDA 57, 2010

GLASSON E., *Étude sur les donations à cause de mort*, Paris 1870

GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. Erster Theil*, Erlangen 1797

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. Achtzehnten Theils erste Abtheilung*, Erlangen 1816

GLÜCK C.F., *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. Fünf und zwanzigsten Theils*, Erlangen 1824

GÖSCHEN J.F.L., *Gai institutionum commentarii quattor*, Berolini 1820

GÖTTING C.F.J., *Ueber das Wesen der Suspensiv-Bedingung*, in ZCP 1, 1845

GOVEANUS A., *Variarum Lectionum Iuris Libri duo*, in *Novarum declarationum et variarum lectionum, resolutionumque iuris libri XXII. Diversorum clarimissimorumque iurisconsultorum recentium*, Coloniae Agrippinae 1575

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., *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, Berlin 1997
GROSSO G., *Contractus e synallagma nei giuristi romani*, in *Scritti in onore di G. Bonfante* I, Brescia 1976
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., *Gai III, 146 e la retroattività della condizione*, in SDHI 9, 1943
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., *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., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*,[3] Torino 1966
GROSSO G., *Sulla fiducia a scopo di 'manumissio'*, in RISG 4, 1929
GROSSO G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*,[2] Torino 1958
GUARINO A., *I 'gladiatores' e l''auctoramentum'*, in Labeo 29, 1983 = ID., *Pagine di diritto romano* VI, Napoli 1995
GUARINO A., *Il Leasing dei gladiatori*, in Index 13, 1985 = ID., *Pagine di diritto romano* VI cit.
GUARINO A., Rec. a B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in Labeo 8, 1962
GUARINO A., *Spartaco professore?*, in Labeo 26, 1980
GUARNERI CITATI A., *Reviviscenza e quiescenza nel diritto romano*, in Annali Messina 1, 1927
GUNDLING N.H., *Ausführlicher und gründlicher Discours über die sämmtlichen Pandekten.* Vol. 3, Frankfurt und Leipzig 1739

HAIMBERGER A., *Reines Römisches Privat-Recht, nach den Quellen und Auslegungen der vorzüglichsten Rechtsgelehrten*. *IV. Theil*, Wien 1835
(HALOANDER G.,) *Digestorum seu Pandectarum iuris civilis libri quinquaginta, nunc primum ad fidem Pandectarum Florentinarum sexcentis locis emendatis, supra Gregorij Haloandri editionem. Pars tertia*, Parisiis 1548
HANISCH ESPINDOLA H., *La intención de donar*, in REHJ 2, 1977
HARKE J.D., *Besonderes Schuldrecht*, Berlin-Heidelberg 2011
HARPPRECHT CH. F., *Dissertatio juridica inauguralis, de eo, quod justum est, circa conversionem actuum negotiorumque juridicorum jamjam peractorum,* Tubingae 1747
HASSE J.C., *Die Culpa des Römischen Rechts. Eine civilistische Abhandlung*,[2] Bonn 1838
HAUSMANINGER H., *Subtilitas iuris*, in H.P. BENÖHR, K. HACKL, R. KNÜTEL, A.

WACKE (a cura di), *Iuris Professio. Festgabe für M. Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz1986

HAYMANN F., *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache* I, Berlin 1912

HAYMANN F., *Die Schenkung unter einer Auflage nach römischen und deutschen bürgerlichen Recht*, Berlin 1905

HAYMANN F., *Textkritische Studien zum römischen Obligationrecht. II. Periculum est emporis*, in ZSS 41, 1920

HAYMANN F., *Zur Klassizität des periculum emptoris*, in ZSS 48, 1928

HECK W., *Die fiducia cum amico contracta, ein Pfandgeschäft mit Salmar*, in ZSS 10, 1889

HEFFTER A.G., *Gai iurisconsulti Institutionum commentarius quartus sive de actionibus*, Berolini 1827

HEIMBACH G.E., *Manuale Basilicorum*, in *Basilicorum Libri LX.*, tom. VI, Lipsiae 1870

HEIMBACH G.E., *Ueber die doppelte Bedeutung des Begriffes in factum actio, nebst einigen Bemerkungen über die actio praescriptis verbis*, in ZCP 11, 1838

HEINECCIUS I.G., *Academische Reden über desselben Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum. Dritte und verbesserte Auflage*, Frankfurth und Leipzig 1748

HELDRICH K., *Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, Leipzig 1924

HELLWIG K., *Die Verträge auf Leistung an Dritte. Nach deutschem Reichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Handelsgesetzbuchs*, Leipzig 1899

HERRMANN A., *Corpus juris civilis. Pars altera codicem continens. Editio Stereotipa. Impressio decima*, Lipsiae 1865

HOFMANN F., *Die Lehre vom titulus adquirendi und vom der iusta causa traditionis*, Wien 1873

HONSELL H., *Quod interest im bonae fidei iudicium. Studien zum römischen Schadenensersatzrecht*, München 1969

HOTOMANUS F., *Coniectura de perscriptis verbis*, Apud Petrum Santandreanum 1575

HUBER U., *Eunomia romana sive censura Juris Justinianei. Editio altera*, Amstelodami 1724

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

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 E. (†), *Weitere Beiträge zur Pandektenkritik*, in ZSS 9, 1888

IMPALLOMENI G., *L'editto degli edili curuli*, Padova 1955

INDRIA M., *Status quaestio. Studien zum Freiheitsprozess im klassischen römischen Recht*, Berlin 2011

JÖRS P., KUNKEL W., WENGER L., *Römisches Recht*,[4] (bearbeitet von H. Honsell, T. Mayer-Maly, W. Selb), Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokyo 1987

KASER M., *Das Geld in römischen Sachenrecht*, in TR 29, 1961
KASER M., *Die formula der actio ad exhibendum*, in RIDA 14, 1967
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., *Formeln mit 'intentio incerta', 'actio ex stipulatu' und condictio*, in Labeo 22, 1976
KASER M., *Oportere und ius civile*, in ZSS 83, 1966
KASER. M., Rec. a G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano I. La procedura formulare*, in IVRA 10, 1959
KASER M., *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht*, in ZSS 60, 1940
KASER M., *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus*, in ZSS 94, 1977
KASER M., *Zur iusta causa traditionis*, in BIDR 64, 1961
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., *Institutionen. Grundriss und Ausführungen*, Leizig 1861
KELLER F.L. (†), *Pandekten*, Leipzig 1861
KNIEP F., *Gai Institutionum Commentarius Tertius §§ 88-225 (Obligationenrecht). Text mit Erklärung und Anhängen*, Jena 1917
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 nella prospettiva storico-comparatistica, II Congresso internazionale ARISTEC* (Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995), Torino 1997
KNÜTEL R., *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien 1976
KOEPPEN W., *Das negotium mixtum cum donatione: nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen*, Berlin 1901
KOSCHAKER P., *Fr. 4.32 D. 44.4. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano*, in IVRA 4, 1953
KRAMPE C., *An inutilis acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur- D. 46.4.8 pr. (Ulp. 48 ad Sab.)*, in TR 53, 1985

KRAMPE C., *Die Konversion des Rechtsgeschäfts*, Frankfurt am Main 1980

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 Innomitakontrakte im klassischen römischen Recht*, in *Au–delà des frontières*, *Mélanges Wołodkiewicz*, Varsovie 2000

KRÜCKMANN P., *Periculum emptoris*, in ZSS 60, 1940

KRÜGER H., Rec. a H. ERMAN, *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumption*, in ZPOR 27, 1900

KRÜGER P., *Corpus iuris civilis. Editio stereotipa octava. Volumen secundum. Codex Iustinianus*, Berolini 1906

KUNKEL W., *D. 19.1.13 pr.-2 (Miszellen)*, in ZSS 46, 1926

KUPISCH B., *Causalità ed astrattezza*, 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

KUPISCH B., *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsüber-tragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin-New York-De Gruyter 1974

KUPISCH B., Rec. a W. SELB, *Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zum Formelaufbau. Teil I*, in ZSS 93, 1976

LAMBERTI F., *La famiglia romana e i suoi volti: pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Torino 2014

LAMBERTINI R., *Gai 3.146: fra dogma della pendenza e condizione*, in *Studi in onore di T. Carnacini*, III, Milano 1984

LAMBRINI P., *Actio de dolo malo e accordi privi di tutela contrattuale*, in SCDR 22, 2009

LAMBRINI P., *Actio de dolo malo e risarcimento per fatto illecito,* in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, tomo secondo, Padova 2011

LAMBRINI P., *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova 2010

LAMBRINI P., *Le cause del negozio fiduciario*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per A. Corbino*, IV, Lecce 2016

LAMBRINI P., *Raggiro colposo e actio de dolo malo*, in L. GAROFALO (a cura di), *Tutele rimediali in tema di obbligazioni. Archetipi romani e modelli attuali*, Torino 2015

LA ROSA F., *Brevi note esegetiche I. Ea res agetur de sponsione (TP. 34)*, in IVRA 60, 2012

LA ROSA E., *Percorsi della causa nel sistema*, Torino 2014

LAUTERBACH W. A, *Collegium theoretico-practicum. Tomus primus a Pandectarum lib. I. usque ad lib. XX^mum^*, Tubingae 1763

LÁZARO GUILLAMÓN M.C., *Las transacciones comerciales a través de leasing en las fuentes jurídicas romanas*, in RIDA 48, 2001

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., *Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgelichen Gesetzbuchs)*, in AcP 74, 1889
LENEL O., *Kritisches und Exegetisches*, in ZSS 8, 1887
LENEL O., *Nochmals die Lehre von der Voraussetzung*, in AcP 79, 1892
LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig 1889 (rist. Graz 1960)
LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig 1889 (rist. Graz 1960)
LENEL O., *Quellenforschungen in den Edictcommentaren (Fortsetzung statt Schluss)*, in ZSS 3, 1882
LENEL O., Rec. a O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, in ZSS 9(=22), 1888
LEUMANN M., HOFMANN J.B., SZANTYR A., *Lateinische Grammatik*. II. *Lateinische Syntax und Stilistik*, München 1965
LIEBS D., *Hermogenians Iuris Epitomae*. *Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians*, Göttingen 1964
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
LITTEN F., *Zum dolus-Begriff in der actio de dolo*, in *Festgabe für K. Güterbock*, Berlin 1910
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
LONGO C., *Sulla natura della 'merces' nella 'locatio conductio'*, in *Mélanges P. F. Girard. Tome second*, Paris 1912
LONGO G., *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova 1937
LONGO G., *Corso di diritto romano. I contratti.* I, Padova, 1936
LONGO G., *La fiducia*, *Corso di diritto romano*, Milano 1933
LONGO G., *Le res extra commercium e l'azione di danni nei contratti di vendita nulli*, in *Studi in onore di P. Bonfante. Volume terzo*, Milano 1930
LONGO G., *Note critiche e questioni esegetiche*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano 1953
LONGO S., *Emptio venditio et locatio conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur. Le fattispecie gaiane oggetto di dibattito giurisprudenziale*, Torino 2020
LONGO S., *La conventio cum aurifice di Gai 3.147*, in Index 38, 2010
LONGO S., *L'ingaggio dei gladiatori in Gai 3.146*, in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di A. Metro*, III, Milano 2009
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, *Der Ediktstitel 'Quod metus causa gestum erit'*, Greifswald 1932

MACCORMACK G., *Contractual Theory and the Innominate Contracts*, in SDHI 51, 1985
MACCORMACK G., *Dolus in decisions of the mid-classical jurists (Iulian Marcellus)*, in BIDR 156-157, 1993-94
MACCORMACK G., *Factum debitoris and culpa debitoris*, in TR 59, 1973
MACCORMACK G., *Roman Jurisprudence an interpretation on dolus as ground of the classical actio de dolo*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, Torino 1997
MAGDELAIN A., *Le consensualisme dans l'edit du preteur*, Paris1958
MAGDELAIN A., *Les actions civiles*, Paris 1954
MANCINETTI G., *'Et ideo nec volens quis reddere potest'. Osservazioni sulla 'causa operarum'*, in BIDR 103-104, 2000-2001
MANTELLO A., *I dubbi di Aristone*, Ancona 1990
MANTELLO A., *Le 'classi nominali' per i giuristi romani. Il caso di Ulpiano*, in SDHI 61, 1995
MARANUS G., *Opera omnia seu Paratitla Digestorum et varii tractatus juris civilis*, Trajecti ad Rhenum 1741
MAREZOLL T., *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes*, Leipzig 1839[1]
MARINI R., *Actus contrarius e pacisci nel mutuo dissenso*, Roma 2016
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., *Istituzioni di diritto romano*,[3] Palermo 2006
MASCHI C.A., *Il diritto romano* 1. *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*,[2] Milano 1966
MASCHI C.A., *Impostazione storica della compravendita e della permuta nel libro 33 ad edictum di Paolo*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, II, Milano 1956
MASI A., v. *'Locazione'* (*storia)*, in Enc. dir. 24, Milano 1974
MASI A., *Studi sulla condizione in diritto romano*, Milano 1966
MAY G., *Élements de droit romain à l'usage des Étudiants des Facultés de droit. Tome second*, Paris 1890
MAYER MALY TH., *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München 1956
MAYNZ C., *Cours de droit romain. Tome premier*,[5] Bruxelles-Paris 1891
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., *Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht*, in ZSS 86, 1969

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

MEYERFELD F.W.L. VON, *Die Lehre von den Schenkungen, nach Römischem Recht. Erster Band*, Warburg 1835

MELILLO G., *Contrahere*, *pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli 1994

MELILLO G., *Forme e teorie contrattuali nell'età del principato,* ANRW II 14, Berlin-New York 1982

MELILLO G., *Il negozio bilaterale romano. 'Contrahere' e 'pacisci' tra il primo ed il terzo secolo*, Napoli 1986

MELILLO G., *Un rescritto severiano e la identificazione dei 'nuda pacta'*, in J. ROSET ESTEVE (a cura di), *Estudios en homenaje al Professor Juan Iglesias* II, Madrid 1988

MELLUSO M., *La schiavitù nell'età giustinianea. Disciplina giuridica e rilevanza sociale*, Paris 2000

MENDOÇA F. A, *Disputationum Iuris civilis, in difficiliores leges. ff de Pactis. Libri tres*, Compluti 1586

MEYLAN PH., *La loi 23 Dig. 46.4 et la notion de bilatéralité du contract de vente chez Labéon*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, vol. 4, Palermo 1936

MEYLAN PH., *Origine et nature de l'action praescriptis verbis*, Lausanne, 1919; J.

MEYLAN PH., '*Permutatio rerum'*, in *Ius et Lex. Festgabe M. Gutzwiller*, Basel 1959

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

MILANI M., *I poteri del giudice nei bonae fidei iudicia e il patto risolutivo viziato da metus. Alcune riflessioni a margine di Paul. 11 ad ed. D. 4.2.21.4*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, vol. III, Padova 2015

MILANI M., *L'editio maior del Digesto e i manoscritti della Vulgata*, in TSDP 12, 2019

MILAZZO A., *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna*, Torino 2018

MILETTI M.N., *Diritto privato e funzione economico-sociale: radici bettiane d'una formula*, in F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*. *Atti dell'incontro di studio*. *Roma, 9 ottobre 2015*, Roma 2017

MILONE F., *Programma del corso di istituzioni di diritto romano*, Napoli 1905

MIRABELLA M., in M. MIRABELLA, A. ALTIERI, P.M. ZEMAN, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2012

MISERA K., *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*, Köln-Wien 1974

MISERA K., *Der Nutzungstausch bei Nachbarn und Miteigentümern. Zu den klassischen Grundlagen der justinianischen Quellen*, in ZSS 94, 1977
MITTEIS L., *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* 1, Leipzig 1908
MITTEIS L., *Zur Interpolationenforschung*, in ZSS 33, 1912
MODICA L., *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano 2008
MOLITOR J.P., *Les obligations en droit Romain avec l'indication des rapports entre la Législation romain et le Droit français. Tome premier*, Gand 1851
MOLITOR J.P., *Les obligations en droit Romain. Tome second*,[2] Gand 1867
MONATERI P.G., *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanistici*, Milano 2008
MONATERI P.G., *La sineddoche*: *formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milano 1984
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*, Braunschweig 1855
MOMMSEN TH., *Digesta Iustiniani Augusti. Volumen I*, Berolini 1898
MONIER R., *Le malentendu sur la causa traditionis*, in *Studi in onore di P. Bonfante. Volume terzo*, Milano 1930
MÜHLENBRUCH C.F., *Doctrina pandectarum in usum scholarum. Volumen* I, Halis Saxonum 1823
MÜHLENBRUCH C.F., *Doctrina pandectarum*. *Editio nova*, Bruxellis 1838
MÜHLENBRUCH C.F., *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts*,[1] Halle 1842

NABER J.C., *Observantiunculae de iure romano. XLVIII. De praescriptis verbis actione*, in Mnemosyne 22, 1894
NÄF-HOFMANN M., *Zur objektiven Ausweitung der actio de dolo im römischen und gemeinen Recht*, Winterthur 1962
NARDI E., *Studi sulla ritenzione in diritto romano. I. Fonti e casi*, Milano 1947
NARDOZZA M., *'In bonis esse' e 'nudum ius quiritium'*, in TSDP 6, 2013
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
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
NOODT G., *De forma emendandi doli mali in contrahendis negotii admissi, apud veteres liber*, Lugduni Batavorum 1709
NOORDRAVEN B., *Die fiducia im römischen Recht*, in Index 18, 1990

NOORDRAVEN B., *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam 1999
NÖRR D., *Ethik und Recht im Widerstreit? Bemerkungen zu Paul. (29 ad ed.) D. 13.6.17.3*, in M. J. SCHERMAIER, Z. VÉGH (a cura di), *Ars boni et aequi. Festschrift für W. Waldstein*, Stuttgart 1993

OVEN C. VAN, *D. 4.3.7, pr. Contribution à l'histoire du dol dans les conventions,* in *Studi in memoria di E. Albertario*, Volume I, Milano 1953

PACCHIONI G., *Corso di diritto romano*. *Volume* II, Torino 1920
PACCHIONI G., *I contratti a favore di terzi. Studio di diritto romano e civile*, Innsbruck 1898
PACCHIONI G., *Manuale di diritto romano*,[3] Torino 1935
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
PALMA A., *Benignior interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1997
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
PARICIO J., *La pretendida fórmula in ius del comodato en el Edicto pretorio*, in RIDA 29, 1982
PARICIO J., *Una observación sobre Gai. 3.146*, in J. ROSET ESTEVE (a cura di), *Estudios en homenaje al Professor Juan Jglesias* II, Madrid 1988
PARTSCH J., Rec. a H.H. PFLÜGER, *Condictio und kein Ende. Eine Antikritik und auch eine Selbstkritik*, in ZSS 32, 1911
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., *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di M. Talamanca*, tomo primo, Padova 2011
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
PENNACCHIO C., *Servi fugitivi e fugitivarii. Profili di una professione "inquietante"*, in KOINWNIA 43, 2019

PERNICE A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit. Zweiter Band. Erste Abteilung*,[2] Halle 1895
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., *Zur Lehre den Innominatkontrakten*, in Krit. Vjschr. 10, 1868
PERNICE A., *Parerga* III. *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in ZSS 9, 1888
PERNICE A., *Parerga* IV. *Der sogenannte Realverbalcontract*, in ZSS 13, 1892
PEROZZI S., *Il contratto consensuale classico*, in *Studi giuridici dedicati e offerti a F. Schupfer nella ricorrenza del XXXV anno del suo insegnamento. Diritto romano*, Torino 1898
PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano* II, Firenze 1908
PEROZZI S., *Le obbligazioni romane. Prolusione letta il 14 aprile 1902 con note*, Bologna 1903
PETRUCCI A., *Fondamenti romanistici nel diritto europeo. La disciplina generale del contratto* I, Torino 2018
PFLÜGER H.H., *Ciceros Rede pro Q. Roscio Comoedo rechtlich beleuchtet und verwertet*, Leipzig 1904
PFLÜGER H.H., *Condictio und kein Ende. Eine Antikritik und auch eine Selbstkritik*, in *Festgabe P. Krüger*, Berlin 1911
PFLÜGER H.H., *Zum Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischen Recht*, München-Leipzig 1937
PFLÜGER H.H., *Zwei Digestenstellen*, in *Bonner Festgabe für E. Zitelmann zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum*, München-Leipzig 1923
PFORDTEN L., *Ueber die Klagbarkeit der Verträge nach römischem und heutigem Rechte*, in *Abhandlungen aus Pandekten-Rechte*, Erlangen 1840
PHILONENKO B., *Elegantia*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, II, Milano 1956
PIETRINI S., Rec. a L. PELLECCHI, *La praescriptio*, in Studi Senesi 117.1, 2005
PINELLUS B., *Selectae iuris Interpretationes, Conciliationes & variae Resolutiones,* Lugduni 1670
PLATSCHEK J., *Pecunia constituta und stipulatio. Grenzen des Rechtsschutzes für formlose Geschäfte im römischen Recht*, in U. YIFTACH-FIRANKO (a cura di), *The Letter, Law, State, Society and the Epistolary Format in the Ancient World*, Wiesbaden 2013
PÖHLS M., *Versuch einer gründlichen Darstellung der Lehre von Innominat-Contracten. Hauptsächlich gegen Gans*, Heidelberg 1821
POKROWSKY J., *Die Actiones in factum des classisches Rechts*, in ZSS 16, 1895
PRINGSHEIM F., *Animus donandi*, in ZSS 42, 1921
PRINGSHEIM F., *Id quod actum est*, in ZSS 78, 1961
PRINGSHEIM F., *Subsidiarität und Insolvenz*, in ZSS 41, 1920
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
PROVERA G., *La pluris petitio nel processo romano I. La procedura formulare*, Torino 1957
PROVERA G., *Linee generali di uno studio sui iudicia contraria*, in SDHI 8, 1942,
PROVERA G., v. *Mandato (negozio giuridico)*, in Enc. dir. 24, Milano 1975
PUCHTA G.F., *Cursus der Institutionen* 2, Leipzig 1842
PUCHTA G.F., *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig 1838
PUGLIATTI S., *Nuovi aspetti del problema della causa del negozio giuridico*, in *Studi in memoria di G. Venezian*, Messina 1934
PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in Nuova Riv. dir. comm. 1, 1947
PURPURA G., '*Tabulae Pompeianae' 13 e 14: due documenti relativi al prestito marittimo*, in Atti dell'Accademia di Scienze, Lettere ed Arti di Palermo 2, 1982 = *Atti del VII Congresso Internazionale di Papirologia*, Napoli 1984
PURPURA G., *Diritto papiri e scrittura*,[2] Torino 1999

QUADRATO R., *Sulle tracce dell'annullabilità*, Napoli 1983

RABEL E., *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, I, Leipzig 1902
RABEL E., *Origine de la règle: 'impossibilium nulla obligatio'*, in *Mélanges Gérardin*, Paris 1907
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
RECHNITZ W., *Studien zu Salvius Julianus*, Weimar 1925
REDUZZI MEROLA F., *I luoghi della dipendenza dei gladiatores: dal ludus all'arena*, in A. BELTRÁN, I. SASTRE, M. VALDÉS (a cura di), *Los espacios de la esclavitud y la dependencia desde la antigüedad. Madrid, 28-30 novembre 2012. Actas del XXXV coloquio del GIREA. Homenaje a Domingo Placid*, Besançon 2015
REDUZZI MEROLA F., *Schiavi fuggitivi, schiavi rubati, 'servi corrupti*', in Studia Historica. Historia Antigua 25, 2007
REIN W., *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinianus*, Leipzig 1858
REINHARDT C.F., *Ergänzungen zu F. Glück ausführlicher Erläuterung der Pandecten. Vierten Bandes*, Stuttgart 1838

RENARD G., *L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen âge*, in NRHD 17, 1903
RICCI R., *Collari di schiavi*, in BIDR 5, 1892
RICCOBONO S., *Dal diritto romano classico al diritto moderno (a proposito di D. 10.3.14 [Paul. 3 ad Plaut.])*, in AUPA 3-4, 1917
RICCOBONO S., *Elementi sistematici, nei commentari "ad edictum"*, in BIDR 44, 1936-1937
RICCOBONO S., *Formulae ficticiae a Normal Means of Creating New Law*, in TR 9, 1929
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 Ferrini*, Pavia 1946
RICCOBONO S., *Letture londinesi (maggio 1924). "Diritto romano e diritto moderno"*, a cura di G. Falcone, Torino 2004
RICCOBONO S., *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano* in AUPA 14, 1930
RICCOBONO S., *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustinianeo*, in ZSS 43, 1922
ROBAYE R., *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles 1987
ROBBE U., *Diritto ereditario romano. I principi generali e fondamentali. Introduzione. La diversa efficienza causale della morte dell'uomo*, I, Napoli 1965
ROBERTUS J., CUJACIUS J., *Controversiarum libri tres*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Tomus secundus*, Prati 1836
ROBLEDA O., *La nulidad del acto jurídico*, Roma 1964
RODEGHIERO A., *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padova 2004
RÖHLE S., *Iulius Paulus. Gelehrte Untersuchungen einzelner Rechtsfragen*, Kassel 1975
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., *Conventio e consensus. A proposito di Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.1.3*, in AUPA 48, 2003
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., *Paul. 32 <33> ad ed. D. 19.4.1.1*: *permuta ed evizione in un noto testo paolino*, in TSDP 5, 2012
ROMANO G., *Riconoscimento e tutela delle fattispecie contrattuali atipiche: interferenze tra logiche argomentative e modelli processuali*, in D@S-Memorie 12, 2014
ROMEO S., *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurispruienza e prassi*, Milano 2010

RÖMER R., *Zur Lehre von der Conversion der Rechtsgeschäfte überhaupt und ihrer besonderen Anwendung auf das Wechselversprechen*, in AcP 36, 1853

ROSSETTI G., *Interdipendenza delle obbligazioni e risoluzione della emptio venditio: alcune soluzioni casistiche della giurisprudenza classica*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, vol. II, Padova 2007

ROTONDI G., *Studi sulle fonti del codice Giustinianeo*, pubblicato in due parti nei numeri 26 e 29 del Bullettino e riedito unitariamente in V. ARANGIO-RUIZ (a cura di), *Scritti giuridici. Volume I. Studi sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano*, Milano 1922

SACCOCCIO A., *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano 2002

SACCONI G., *La pluris petitio nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano 1977

SACCONI G., *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare*, Milano 1982

SALKOWSKI C., *Lehrbuch der Institutionen und Geschichte des Römischen Privatrechts fur den akademischen Gebrauch*,[4] Leipzig 1883

SALOMONE A., *'Donationes sub modo'. Verso un'unità sistematica*, Napoli 2020

SALOMONE A., *Gli obblighi di manomettere tra corrispettività, gratuità e liberalità*, in Index 44, 2016

SALOMONE A., *Venditio donationis causa*, Torino 2012

SALOMONE A., *VF. 284 e Diocl. et Max. C. 8.54.2: un confronto testuale*, in KOINWNIA 44, 2020

SANFILIPPO C., *Alla ricerca dei nuda pacta*, in *Atti del congresso internazionale di Verona* (27-29 settembre 1948), vol. III, Milano 1951

SANFILIPPO C., *Istituzioni di diritto romano*,[10] curata e aggiornata da A. Corbino e A. Metro, Soveria Mannelli 2002

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 nella prospettiva storico-comparatistica, II Congresso internazionale ARISTEC* (Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995), Torino 1997

SANTORO R., *Le due formule della Tabula Pompeiana 34*, in AUPA 38, 1985

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
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., *Da Labeone ad Aristone. Continuità o antitesi?*, 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
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
SATTA G., *La conversione dei negozi giuridici*, Milano 1903
SAVIGNY F.C. VON, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, 2, Berlin 1853
SAVIGNY F.C. VON, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter. Vierter Band*, Heidelberg 1826
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., *Il probabilismo di Titius Aristo*, in *Ostraka* 4.2, 1995
SCEVOLA R., *Il negozio misto con donazione: elaborazioni romane e ricostruzioni moderne*, in L. GAROFALO (a cura di), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova 2011
SCEVOLA R., *Negotium mixtum cum donatione. Origini terminologiche e concettuali*, Padova 2008
SCHAMBOGEN J.C., *Praelectiones publicae in D. Justiniani Institutionum Juris quatuor libros compositae. Editio novissima*, Lovanii 1705
SCHERILLO G., v. *Comodato (diritto romano)*, in Enc. dir. 7, Milano 1960
SCHERILLO G., *Lezioni sulle obbligazioni. Corso di diritto romano*, Milano 1961
SCHERMAIER M.J., *Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB*, Wien-Köln-Weimar 2000
SCHERMAIER M., *'Impossibilium nulla obligatio'. Vorverständnis, Begriff und Gegenstand der Unmöglichkeit der Leistung im römischen Recht*, in AUPA 60, 2006
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., v. *Negozio giuridico (diritto romano)*, in Enc. dir. 27, Milano 1977
SCHIAVONE A., *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli 1971
SCHIAVONE A., *Sulle dottrine contrattualistiche dei giuristi romani*, in Index 23, 1995
SCHIFORDEGHER SILESIUS G., *Ad Antonium Fabrum Iurisconsultum Sebusianum, Liber Secundus*, in nobili Oppenheimio 1610
SCHILLING F.A., *Animadversionum Criticarum ad diversos iuris Iustiniani locos. Specimen IV*, Lipsiae 1843
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
SCHLOßMANN S., *Zu l. 20 D. de rebus creditis 12,1. Ein Beitrag zur Lehre vcon den Scheingeschäften*, in Jh. Jb. 44, 1902
SCHMID A., *Die Grundlehren der Cessionform nach römischem Recht dargestellt. Erster Theil*, Braunschweig 1863
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-OTT J., *Pauli Quaestiones. Eigenart und Textgeschichte einer spätklassischen Juristenschriften*, Berlin 1993
SCHMITTHENNER K., *Ueber Verträge insbesondere das Neuerecht nach römischen und deutschen Grundsätzen*, Gießen 1831
SCHÖNEMANN O., *Ueber das Wesen der suspensiv bedingten Rechtsgeschäfte*, in ZCP 19, 1862
SCHOULZ AB ASCHERADEN C.R.L.B., *Commentatio juris civilis de contractibus innominatis*, Gryphiae 1818
SCHULTING A., *Notae ad Digesta seu Pandectas, Tomus tertius*, Lugduni Batavorum 1820
SCHULZ F., *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen 1916
SCHULZ F., *Interpolationenkritische Studien*, in *Festschrift für E. Zitelmann*, München-Leipzig 1913
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
SCHWARZ F., *Die Konträrklagen*, in ZSS 71, 1954
SCHWARZ F., *Homologie und Protokoll in den Papyrusurkunden der Ptolemäerzeit, zugleich ein Beitrag zur Theorie der Abstandsgeschäfte*, in *Festschrift für E. Zitelmann* 2, München-Leipzig 1913

SCIALOJA V., *Negozi giuridici. Lezioni dettate nella R. Università di Roma nell'a.a. 1892-93*, Roma 1907

SCIALOJA V., *Teoria della proprietà nel diritto romano. Lezioni ordinate e curate da Pietro Bonfante* II, Roma 1931

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., *Studi sulle liti di libertà nel diritto romano*, Torino 2010

SCOGNAMIGLIO C., *La dottrina della causa nel diritto italiano*, in Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso 27, 2006

SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, in V. ROPPO (a cura di), *Trattato del contratto*, II. *Il regolamento*, Milano 2006

SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1950

SECKEL E. (†)-(LEVY E.), *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in ZSS 47, 1927

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., *Sulla classificazione delle causae delle obligationes nelle istituzioni di Gaio*, in Rend. Acc. Lincei 5, 1929

SEGRÈ G., *Sulle formule della negotiorum gestio e sull'editto e il iudicium de operis libertorum*, in Studi Senesi 23, 1906

SELB W., *Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zum Formelaufbau. Teil I*, Wien-Köln-Graz 1974

SERAFINI F., *Conciliazione della legge 36 Dig. de acquirendo rerum dominio (XLI.1) colla legge 18 Dig. de rebus creditis (12.1)*, in AG 1, 1868

SIBER H., *Contrarius consensus*, in ZSS 42, 1921

SIBER H., *Römisches Recht: in Gründzugen für die Vorlesung*. II. *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928

SINTENIS C.F.F., *Das practische gemeine Civilrecht. Erster Band. Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht*, Leipzig 1844

SITZIA F., v. *Permuta (diritto romano)*, in Enc. dir. 33, Milano 1983

SOHM R., *Institutionen des römishen Rechts. Dritte Auflage*, Leipzig 1888

SOLAZZI S., *L'errore nella condictio indebiti*, in Atti dell'Accademia di Scienze morali e Politiche della Società Reale di Napoli 59, 1939 = *Scritti di diritto romano* 4, Napoli 1963

SOLAZZI S., *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*,[2] I, Napoli 1935

SOLAZZI S., *'Quidam' (Gli innominati delle Istituzioni di Gaio)*, in *Scritti di diritto romano* 5 (1947-1956) Napoli 1972

SOLAZZI S., *Saggi di critica romanistica. III. Un nuovo tipo di 'condicio' in Gai. 3.146*, in BIDR 49-50, 1947

SOLAZZI S., *Saggi di critica romanistica. VII. Il servo in usufrutto e Gai II.91*, in BIDR 49-50, 1947

SOLAZZI S., *Studi sull'"actio de peculio'* (II), in BIDR 18, 1906

SOLIDORO L., *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli 2007

SOLIDORO L., *'… Si vero sciens retinuit et emptorem decepit …' (D. 19.1.13 pr.): 'vizi di fatto', 'vizi di diritto' e reticenza del venditore*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Fides Humanitas Ius*, vol. VIII cit.

SPERANDIO M.U., *Codex Gregorianus. Origini e vicende*, Napoli 2005

SPERANDIO M.U., *'Incip(iunt) Tituli ex corpore Ulpiani'. Il 'liber sigularis regularum' pseudoulpianeo e il 'codex vaticanus reginae 1128'*, in RIDA 58, 2011

SPINA A., *Ricerche sulla successione testamentaria nei Responsa di Cervidio Scevola*, Milano 2012

STEIN P., *Fault in the formation of contract in Roman law and Scots law*, Edinburg-London 1958

STEPHANUS R., *Thesaurus Linguae Latinae, Editio nova. Tom.* IV, Londini 1735

STOLFI E., *Dal ius controversum alle antinomie*, in LR 6, 2017

STOLFI E., *I casi e la regula: una dialettica incessante*, in L. VACCA (a cura di), *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC* (Roma, 22-23 febbraio 2013), Napoli 2014

STOLFI E., *Il modello delle due scuole in Pomponio e Gaio*, in SDHI 63, 1997

STOLFI E., *I segni di una tecnica. Alcune considerazioni attorno a rigore terminologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani*, in AUPA 59, 2016

STOLFI E., *Studi sui Libri ad edictum di Pomponio. Trasmissione e fonti*, Napoli 2002

STOLFI E., *Studi sui Libri ad edictum di Pomponio. II Contesti e pensiero*, Milano 2001

STOLL H., *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im römischen Recht*, in ZSS 44, 1924

STORCH H., *Der heutige, insbesondere landrechtliche Darlehns-Vertrag und die Bedeutung der l. 20 D. XII. 1 (de rebus creditis) für denselben. Ein Beitrag zur Frage der Realkontrakte*, Berlin 1878

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 secunda emendatior. Membrum VII. De Actionibus ex contractu innominato resultantibus*. § 1, Halae Magdeburgicae 1698

STURM F., *Ea res agetur de sponsione. La tabula Pompeiana 34 nous révèle-t-elle une forme inconnue de praescriptio pro actore?*, in I. PIRO (a cura di), *Règle et pratique du droit*, Catanzaro 1999

STURM F., *Zur Ausschaltungsbefugnis im Formularprozess*, in *Studi Talamanca* VIII, Napoli 2001

TALAMANCA M., *'Alia causa' e 'durior condicio' come limite dell'obbligazione dell'"adpromissor'*, in *Studi in onore di G. Grosso* 3, Torino 1970

TALAMANCA M., *Contratto e patto nel diritto romano*, in in Dig. civ. 4, Torino 1989

TALAMANCA M., *Conventio e stipulatio, nel sistema dei contratti romani*, in 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., *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*, VI, Milano 2010

TALAMANCA M., *Donazione possessoria e donazione traslativa*, in BIDR 64, 1961

TALAMANCA M., *Inesistenza, nullità ed inefficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in BIDR 101-102, 1998-1999 (pubbl. 2005)

TALAMANCA M., *In tema di azioni di arricchimento*, in AG 146-147, 1954

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 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

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., *Lex e interpretatio in Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 19.1.50*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, II, Torino 1997

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., *Pubblicazioni pervenute alla direzione*, in BIDR 92-93, 1989-1990

TALAMANCA M., *Pubblicazioni pervenute alla direzione* (Rec. di *Estudios J. Iglesias*) in BIDR 91, 1988

TALAMANCA M., Rec. a M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in IVRA 10, 1959,

TALAMANCA M., Rec. a J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones. Eigenart und Textgeschichte einer spätklassischen Juristenschriften*, in BIDR 96-97, 1993-1994

TALAMANCA M., v. *Vendita in generale (dir. rom.)*, in Enc. dir. 46, Milano 1993

THIBAUT A.F.J., *System des Pandekten-Rechts. Erster Band*,[3] Jena 1809

THOMAS J.A.C., *Gaius and the gladiators*, in *Homenaje al profesor Sánchez del Río y Peguero*, Zaragoza 1967

TONDO S., *Classificazioni delle fonti d'obbligazione*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini*, Torino 1996
TONDO S., *Note ulpianee alla rubrica edittale per i 'pacta conventa'*, in SDHI 64, 1998
TRAMPEDACH F., *Die condictio incerti*, in ZSS 17, 1896

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., *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, in *Incontro con G. Pugliese* (18 aprile 1991), Milano 1992
VACCA L., *Buona fede e sinallagma contrattuale*, 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
VACCA L., *Delitti privati e azioni penali nel principato*, in ANRW II 14, Berlin-New York 1982
VACCA L., *Garanzia e responsabilità. Concetti romani e dogmatiche attuali*, Padova 2010
VACCA L., *Iusta causa e bona fides nell'usucapio romana a proposito del titolo pro suo*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, IV, Napoli 1984
VACCA L., *Osservazioni in tema di condictio e arricchimento senza causa nel diritto romano classico*, in V. MANNINO (a cura di), *L'arricchimento senza causa. Atti del Convegno dell'Università di Roma Tre* (Roma 24 e 25 ottobre 2003), Torino 2005
VACCA L., *Sulla responsabilità ex empto del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica*, in R. FEENSTRA, A.S. HARTKAMP, J.E. SPRUIT, P.J. SIJPESTEIJN, L.C. WINKEL (a cura di), *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65e anniversaire* 2, Amsterdam 1995
VACCA L., *Sul rischio del locatore nella locatio conductio rei*, in *Studi per G. Nicosia*, VIII, Milano 2007
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
VALIÑO E., *Actiones utiles*, Pamplona 1974
VANGEROW K.A. VON, *Lehrbuch der Pandekten. Erster Band*,[7] Marburg-Leipzig 1863
VANGEROW K.A. VON, *Lehrbuch der Pandekten* 3,[7] Marburg-Leipzig 1869
VARVARO M., *Condictio e causa actionis*, in AUPA 57, 2014
VARVARO M., *Gai 4.163 e la struttura della formula arbitraria nell'agere ex interdicto sine poena*, in AUPA 55, 2012
VARVARO M., *Praescriptio e sponsio nella tabula Pompeiana Sulpiciorum 31*, in AUPA 47, 2002

VARVARO M., *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008
VIARO S., *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova 2011
VILLERS R., *La procédure formulaire à la lumiere des récentes découvertes*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* 1, Milano 1982
VINNIUS A., *De pactis tractatus*, Lugduni Batavorum 1646
VIRGA P., *Diritto amministrativo. Volume II. Atti e ricorsi*, Milano 2001
VOCI P., *Diritto ereditario romano* 2, Milano 1963
VOCI P., v. *Esecuzione forzata (diritto romano)*, in Enc. dir. 15, Milano 1966
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., *Risarcimento del danno e processo formulare nel diritto romano*, Milano 1938
VOCI P., *Risarcimento e pena privata*, Milano 1939
VOETIUS J., *Commentarius ad Pandectas. Tomus primus*, Agae-Comitum 1707
VOIGT M., *Die XII Tafeln. Geschichte und System des Civil- und Criminal-Rechts, wie - Processes der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, Leipzig 1883
VOIGT M., *Ueber die condictiones ob causam und ueber causa und titulus im Allgemeinen*, Leipzig 1862
VULTEJUS H., *Iurisprudentiae romanae a Justiniano compositae libri duo. Editio sexta*, Marpurgi 1610

WÄCHTER C.G., *Doctrina de condictione causa data causa non secuta in contractibus innominatis*, Tubingae 1822
WACKE A., *'Circumscribere', gerechter Preis und die Arten der List*, in ZSS 94, 1977
WACKE A., *Incidenti nello sport e nel gioco in diritto romano*, in Index 19, 1991
WACKE A., *Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum?*, in ZSS 88, 1971
WACKE A., *Sul concetto di 'dolus' nell'actio de dolo*, in IVRA 28, 1977
WACKE A., *Zur dolus-Begriff der actio de dolo*, in RIDA 27, 1980
WACKE A., *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli*, in ZSS 90, 1973
WATSON A., *'Actio de dolo' and 'actiones in factum'*, in ZSS 78, 1961
WENDT O., *Lehrbuch der Pandekten*, Jena 1888
WESENBERG G., *Der Anspruch des Drittbedachten einer mittelbaren Schenkung*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento* 1, Napoli 1953
WESENBERG G., *Verträge zugunsten Dritten. Rechtsgeschichtliches und Rechtsvergleichendes*, Weimar 1949
WESTPHALS E.C., *System des Römischen Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum, und Verjährung*, Leipzig 1788
WETTER P. VAN, *Les obligations en droit romain. Tome second*, Gand-Paris 1884
WINDSCHEID B., *Die Voraussetzung*, in AcP 78, 1892
WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts. Erster Band*, Düsseldorf 1862

WISSENBACH J.J., *Exercitationum ad L Pandectarum libros pars prior*, Franekerae Friosiorum 1653

WYBO I., *Dissertatio juridica inauguralis*. *Tribonianus ab emblematibus Wissenbachii liberatus*, Trajecti ad Rhenum 1729

WOLF J.G., *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund*, in SDHI 45, 1979

WOLF J.G., *Error in römischen Vertragsrecht*, Köln-Graz 1961

WOLFF H.J., *Concerning the transmission of Julian's Digesta*, in Seminar 7, 1949

WOLFF H.J., *Vorgregorianische Reskriptensammlungen*, in ZSS 69, 1952

WUBBE F., *Benigna interpretatio als Entscheidungskriterium*, in F. HORAK, W. WALDSTEIN (a cura di), *Festgabe für A. Herdlitczka zu seinem 75. Geburtstag*, München 1974

WUNNER S., *Contractus. Sein Wortgebraucht und Willensgehalt in Klass. röm. Recht*, Köln-Graz, 1964

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

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

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. III. Der Römische Civilprozeß in geschichtlicher Entwicklung bis auf Justinian*, Heidelberg 1829

ŹRÓDOWSKI F., *Das römische Privatrecht*. *Erster Band*. (*Das Recht im objectiven Sinn und die Personen*), Prag 1877

INDICE DELLE FONTI*

FONTI GIURIDICHE

a) Fonti pregiustinianee

Codex Theodosianus

2.27.1.3 313[507]

Consultatio cuiusdam veteris iurisconsulti

9.4 178[88]

Fragmenta Vaticana

249 275[388]
283 187; 191; 192[129]; 197[146]
286 178[88]; *186*; 190[122]; 192[129]; 193[132]
334-334a 212

Gai Institutiones

1.35 208[182]; 316[519]
1.129 85[267]
1.135 85[267]
2.2 15[44]
2.60 210
2.197 67[214]
2.218 72[228]
2.79 130[407]
2.213 257[341]
3.88-89 13[40]
3.91 *95*; 95[292]; 100; 100[308]; 103; 107[334]; 278[401]
3.135-136 295[455]
3.137 213[196]
3.141 10[32]
3.146 *79*; 84[265]; 87; 91
3.147 26; 26[81]
3.155 213[196]
3.163 14[40]
3.176 14[40]
3.182 14[40]
4.1 ss. 220[220]
4.5 290; 290[442]
4.18 290[442]
4.19 290[442]
4.33 290[442]
4.39 255[328]
4.41 16[49]
4.45-46 220[219]
4.46 117; 134[416]; 219; 219[218]; 265; 315
4.55 18[55]; 257[340]; 257[341]; 258[343]
4.78 14[40]
4.130 ss. 254[328]
4.131 197; 256[337]
4.131a 256[337]

Pauli Sententiae

2.13.5 178[88]

Tituli ex corpore Ulpiani

1.16 208[182]; 316[519]
22.8 208[182]

b) Fonti giustinianee

Codex Iustinianus

2.3.4 284[420]
2.3.7 178[88]
2.3.10 246; *282*; 289; 294

* I numeri in riga si riferiscono alle pagine e quelli in apice alle note.

2.3.20 236[275]
2.4.5 284[419]
2.4.6.1 178[88]
2.20(21).4 112[345]; *310*; 313[508]; 318;
2.21.7 313[507]
2.57.1,2 189[121]
3.22.5 147[16]
4.4.9.12 178[88]
4.5.11 278[400]
4.6.2 177; 277
4.9.4 313[507]
4.10.8 185[108]
4.35.20 pr. 178[88]
4.39.6 178[88]
4.49.10 178[88]
4.54.1 178[88]
4.54.2 178[88]
4.57 171[72]
4.64.4.1 178[88]; 314[513]
4.64.6 315
4.64.8 185[109]; 185[111]; 292[449]
4.65.15 178[88]
4.65.19 178[88]
5.3.10 185[108]
5.12.6 178[88]; 288[431]
5.13.1.13 288[431]; 291
5.14.1 246; *281*; 285[422]; 292; 294
5.37.1 284[420]
5.62.3 284[420]
6.3.3 284[420]
6.36.8 pr.-1 94[291]
6.45.1 172[76]
6.45.2.1 172[76]
7.17.1 318[526]
7.53.1 284[420]
8.27(28).20 178[88]
8.30(31).1 284[420]
8.34(35).2 178[78]
8.38(39).3 197; 198
8.38(39).3.1 178[88]
8.42(43).20 178[88]
8.53(54).9 185[111]
8.53(54).22 185[111]
8.54(55) 172[76]
8.54(55).1.1 194[134]
8.54(55).2 192[128]
8.54(55).3 pr. 178[88]
8.54(55).3.1 *186*
9.6.4 284[419]

Digesta

1.3.12 18[57]
1.8.1 pr. 15[44]
2.10.1.6 58[185]
2.14.1.3 98; 98[303]; 107; 129[399]
2.14.7 pr.-1 162[54]
2.14.7.1-2 123[381]
2.14.7.2 2; 13; 17; 21; 30; 31; 32[100]; 34 ; 34[108]; 35; 38[123]; 47[153]; 48; 49[155]; 52; 53; 54 ; 54[171]; 55[175]; 58; 61; 62; 63; 64; 65; 66[209]; 74 ; 75; 77; 89; 92; 94; 96; 97[297]; 106; 107; 109; 110; 111; 112; 113; 119[370]; 123[381]; 129[399]; 133; 146[10]; 150 ; 153[28]; 161; 163;165; 70; 171; 182; 183; 195; 198; 203; 206; 206[175]; 207; 216; 217; 220; 221; 225; 229[250]; 234; 235; 235[273]; 239; 241; 241[292]; 242[293]; 246; 246[307]; 249; 249[313]; 249[314]; 250; 250[315]; 259[344] ; 260; 261; 266[364]; 268[370]; 270[376]; 272; 273; 276;283; 291; 294; 310
2.14.7.3 *240*; 240[287]; 240[288]; 242[294]; 246[307]
2.14.7.4 *238*; 238[279]; 239[281]; 239[283]; 240[287]; 241[288]; 241[292]; 242[293]; 245; 242[293]; 246; 246[307]; 281; 291; 292
2.14.32 266[365]
2.14.43 7[21]
3.5.33 35
3.5.5.6 266[365]
4.2.9.2 43[141]
4.3.7 pr. 39; *40*
4.3.7.3 230[255]
4.3.7.8 231[260]; 266[365]
4.3.9.3 37; 230[257]
4.3.1.4 58; 58[186]
4.3.11.1 52[162]

4.3.34 264; 264[357]; 264[360]; 265; 265[361]
4.4.4 99[305]
4.4.11.3 43[141]
4.4.48.1 43[141]
5.1.64 pr. 57[185]
5.3.25.11 184[108]
6.1.68 58[185]
7.4.13 267[367]
8.4.13 pr. 178[88]
9.2.11.3 232[262]
9.2.21.1 232[262]
9.2.51.2 231[262]
10.3.1 303[483]
10.3.23 111[342]
10.4.12.6 58[185]
11.4.1 pr. 226 ; 226[240]
11.4.1 pr.-8 223[229]
11.4.1.3 225[236]
12.1.18 pr. 104[324]; 105; 105[327]
12.1.19 pr. 97[297]
12.1.20 77[247]; 102; 102[314]; 103; 107; 306[488]
12.1.32 17[53]
12.4.3.3-4 111[344]
12.4.3.4 142; 253[325]
12.4.5 pr. 217[209]
12.4.7 pr. 189[122]
12.4.9 pr. 286[427]; 293[451]
12.4.10 17[53];
12.4.15 131[407]
12.4.16 9; 14; 132[411]; 315
12.5.4.4 224
12.6.2 pr. 107[334]; 277; 278
12.6.26.12 17[53]; 22[67]
12.6.33 99; 99[304]; 100[308]; 104; 104[326]; 107[334]; 220[223]; 251; 271[377]; 274[387]; 276[393]; 279; 305[486]; 320
12.6.52 280[406]
12.6.65.3 103[320]; 135[418]
12.6.66 130[407]
13.3.1.1 131[407]
13.5.1.4 94[291]
13.6.5.8 301[475]
13.6.7.1 231[260]
13.6.17.3 274[387]; *295*; 307; 310
14.6.12 78[249]
15.1.30.6 313[507]
16.1.17 pr. 175[82]
16.3.1.9 164
16.3.1.30 78[248]
16.3.31.1 300[473]
17.1.6.5 266[365]
17.1.8 pr. 78[248]; 123[381]
17.1.8.6 266[365]
17.1.12.8 185[108]
17.1.30 211; 211[190]; 211[192]; 212
17.2.58.2 78[249]
18.1.1 pr. 10[32]
18.1.1.1 10[32]
18.1.20 25
18.1.34.3 93[288]
18.1.37 82[260]
18.1.41 pr. 184[106]
18.1.45 47[152]; 57[180]
18.1.50 82[260]
18.1.62.1 83[262]
18.1.80.3 77[246]
18.5.5 pr. 71[226]; 100[309]; 101; 101[310]; 101[311]; 108[335]
18.5.7.1 84[263]
19.1.11.18 178[88]
19.1.13 pr. 46; 47; 55; 55[177]
19.1.13.1 46[150]; 56[179]
19.1.13.7 35
19.1.13.29 83[263]
19.1.43 19[59]
19.1.45.2 19[59]
19.2.19.9 178[88]
19.2.2.1 26[81]
19.2.30 pr. 46[151]
19.2.30.3 27[82]
19.2.31 27[82]
19.2.35 pr. 290[455]
19.2.46 175[81]
19.3 111[342]
19.4.1 115[355]; 119[368]; 122[378]; 137; 138[427]; 303[483]
19.4.1 pr. 122; 122[378]; 124
19.4.1.1 3; 61[196]; 62 ; *116*; 122[378]; 132; 137 ;

19.4.1.2 122; 123 ; 124[382]; 127
19.4.1.3 127; 127[391]; 128; 128[398];129[400]; 131[408]
19.4.1.4 12[35]; 118[368]; 119[368]; *126*; 127[391]; 128[398]; 131; 132; 137
19.5.2 36[119]; 37
19.5.3 64; 146[10]
19.5.5 115[355]; 179[92]; 247[311]
19.5.5 pr. 146[10]
19.5.5 pr.-5 *4*
19.5.5.1 3; 11[33]; 14[43]; 19; 29; 62; 118; 120; 124[384]; 126; 132[411]; 136; 136[422]; 138; 146[10]; 229; 230[254]
19.5.5.1-2 3
19.5.5.1-3 229
19.5.5.2 2; 3; 5[11]; 11[33]; 21; 23[71]; 24[74]; 27; 31; 32[100]; 34; 34[108]; 40[129]; 47; 47[153]; 49[155]; 49[156]; 51[159]; 52[164]; 53; 54[170]; 55[175]; 57; 58; 60; 61[196]; 62; 64; 109[339]; 116; 119[370]; 119[372]; 120; 133; 137[424]; 142; 144; 145; 145[8]; 146[10]; 148; 149[20]; 150; 154; 156[41]; 158; 159[47]; 169; 169[69]; 177[86]; 208; 217; 230[254]; 230[258]; 305; 310
19.5.5.2-3 *157*
19.5.5.3 17; 19; *21*; 29; 38[123]; 109[339]; 111; 111[345]; 113; *24*; 33; 128; 128[355]; *144*; 147[13]; 149[20]; 154[31]; 158; 159[47]; 208; 227; 227[246]; 228[250]; 229[254]; 231; 232[265]; 233; 248[312]; 249; 249[314]; 313; 313[508]; 315[517]; 320; 320[532]
19.5.5.3-4 150; 229
19.5.5.4 20; 149; 152; 208; 211
19.5.5.4-5 207
19.5.5.5 9; 18[56]; 19; 20
19.5.6 184
19.5.7 11[33]; 11[34]; 12[35]; 151; 274[386]
19.5.8 111[342]; 236[275]; 292[449]; 293[452]
19.5.9 197[520]
19.5.13.1 164[60]
19.5.15 35[117]; 36[119]; 99[305]; 111; 111[342]; 153[30]; 160; 202[162]; *221*; 223[230]; 225[236]; 226[239]; 226[240]
229[250]; 239[283]; 245; 246; 248[312]; 249; 250; 251; 252[319]; 256; 266[363]; 273; 276; 278; 279; 281; 283; 291; 292; 293; 293[452]; 294 ; 296; 305; 307; 310
19.5.16 pr. 12[36]; 186[111]; 262[353]; 264[360]; 268; *269*; 271[378]; 272[381]; 273
19.5.16.1 29[90]; 30[92]; 233[270]*260*; 265[361]; 268[370]; 270; 271[378]; 273; 274
19.5.17.3 164; 207
19.5.17.5 163; 163[56]
19.5.19.1 18[57]
19.5.20.1 88[275]
19.5.22 29[90]; 153[30]; 295[455]
19.5.25 22[67]
22.1.25.1 267[367]
23.4.20.1 285[422]
23.4.26.3 178[88]; 285; 285[422]
24.1.5.2 173[79]
24.1.5.5 175[82]
24.1.7.2 185[108]
24.1.14 185[108]
24.1.5.18 191[125]
24.1.20 185[108]
24.1.31.4 175[82]
24.1.32 pr. 80[224]
24.1.32.9 185[108]
24.1.67 185[108]
24.3.64 pr. 295[455]
26.8.13 97; 97[298]
28.1.20.3 99[305]
28.6.41.3 94[291]
29.1.19 pr.-1 70[222]
29.1.19 70[220]
30.28 pr. 266[365]
32.37.3 193[131]
34.5.12 91[284]
35.1.80 176[83]
38.17.2.44 231[260]
39.2.14.1 266[365]
39.5.1 pr. 306[468]
39.5.1 pr.-1 173[78]
39.5.2.7 173[77]
39.5.6 264[360]; 271[378]
39.5.18 pr. 168; 206[173]

39.5.18 pr.-1 16[48]; *199*; 212[194]; 235[623]
39.5.18 pr.-2 171; 174; 183; 306
39.5.18.1 16[48]; 206[173]; 213[199]; 214; 215[204]
39.5.18.2 183[102]; *214*; 214[201]; 215[204]; 215[206]; 215[207]
39.5.18.3 54[170]
39.5.19.1, 6 252[319]
39.5.28 186[111]
39.6.15 193[131]
39.6.35.3 *178*; 277
40.1 169[71]
40.1.4.2 178[88]
40.4.44 176[83]
41.1.19 199[151]; 275[392]
41.1.31 pr. 104[325]; 238
41.1.36 99; 99[316]; 104; 105
41.1.43.2 85[267]
41.1.115 150[22]
43.26.14 279[405]
44.7.3.1 298[462]
44.7.5 pr. 297[461]
44.7.25.1 *218*; 248[312]
44.7.55 104[325]
45.1.56.4 76[245]
45.1.91 pr. 132[411]
45.1.137.4-5 93[287]
46.1.70.4 276[393]
46.4.8 pr. 94[291]; 107[335]
46.4.19 pr. 108[335]
47.2.43.8 250[664]
47.2.48.1 225[236]; 226; 226[240]
49.15.15 231[260]
50.16.5.1 31[81]
50.16.19 129[399]; 199[151]; 213[196]; 238[279]
50.16.34 190[122]
50.17.29 73[234]
50.17.67 91[284]
50.17.126.1 19[59]

Institutiones

3.23.3 10[32]
3.24.1 153[30]
3.26.13 295[455]
4.6.13 318[526]
4.6.28 40

Constitutio Imperatoriam

3 31[97]

c) Fonti bizantine

Basilica

7.15.7 58[185]
10.3.7 45[146]
11.1.7 242
13.1.17 297[461]
20.3.1 126; 128[396]
20.4.5 4[11]
20.4.5.2 53[169]
20.4.5.4 5[13]
24.6.2 278[401]
24.6.6 278[400]
47.1.17 202

Scholia ad Basilica

Σημείωσαι a Bas. 11.1.71
289; 289[436]

Θεοδώρου. Τὸ περὶ τῆς ἀναδόσεως a Bas. 11.1.71
290; 290[439]

Εἰ γὰρ a Bas. 11.1.89
147; 147[16]

Ὥσπερ ἕτερον a Bas. 20.3.1
133[416]

Βλέπε a Bas. 24.1.16
14[42]

Κυρίλλου. Εἰ ἐπὶ τούτῳ a Bas. 24.6.2
278[400]; 278[401]

ʿΘεοδώρου. Τὸ ἐπὶ τῇ προικὶ a Bas. 29.5.31
287[428]

Τὸ κατὰ πόδας a Bas. 29.5.31
287[428]; 289; 289[437]

ʿΟτε ἀναμέμικται a Bas. 47.1.17
182; 183

ʿΗ σύγκλητος a Bas. 47.3.35
182

Θεοδώρου. ᾽Εάν τινι a Bas. 47.1.72
189; 189[120]

᾽Ισιδώρου. ᾽Εάν τις a Bas. 47.1.72
188[120]

FONTI LETTERARIE

ARISTOTELES

Ethica ad Nicomachum

5.8, 1133a 10[32]

CICERO

pro Roscio comoedo

5.14 253; 256[334]; 259[345]

In Verrem

2.1.146-147 27[82]

CHIRIUS FORTUNATIANUS

Ars Rhetorica

1.18 223[228]

LIVIUS

Ab urbe condita libri

41.8.10 210[186]

PETRONIUS

Satiricon

97.1-2 223[228]; 223[229]

SENECA (PHILOSOPHUS)

de beneficiis

3.7.1 302[478]
6.12 274[388]

VARRO

De re rustica

1.4.2 262[353]

Finito di stampare nel mese di dicembre 2021
nella LegoDigit s.r.l. – Via Galileo Galilei, 15/1
38015 Lavis (TN)

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Monografie

1. BEATRICE PASCIUTA, In Regia Curia civiliter convenire. *Giustizia e città nella Sicilia tardomedievale*, 2003, pp. 388.

2. GIUSEPPE FALCONE, "Obligatio est iuris vinculum", 2003, pp. 224.

3. BEATRICE PASCIUTA, Placet regie maiestati. *Itinerari della normazione nel tardo medioevo siciliano*, 2005, pp. 324.

4. MARIO VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I. *La formula dell'*actio rei uxoriae, 2006, pp. 320.

5. GIACOMO D'ANGELO, *La perdita della* possessio animo retenta *nei casi di occupazione*, 2007, pp. 200.

6. MARIO VARVARO, *Ricerche sulla* praescriptio, 2008, pp. 212.

7. MARIO VARVARO, *Per la storia del* certum. *Alle origini della categoria delle cose fungibili*, 2008, pp. 376.

8. SALVATORE SCIORTINO, *Studi sulle liti di libertà nel diritto romano*, 2010, pp. 368.

9. FRANCESCA TERRANOVA, *Ricerche sul* testamentum per aes et libram, I. *Il ruolo del* familiae emptor *(con particolare riguardo al formulario del testamento librale)*, 2011, pp. 536.

10. GIUSEPPINA ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei* comitia, 2012, pp. 424.

11. MARIO VARVARO, *Le Istituzioni di Gaio e il* Glücksstern *di Niebuhr*, 2012, pp. 208.

12. MONICA DE SIMONE, *Studi sulla* patria potestas*. Il* filius familias 'designatus rei publicae civis', 2017, pp. 400.

13. GIACOMO D'ANGELO, *Il concetto di* 'potestas' *nell'editto* 'de noxalibus actionibus'. *Per una ricostruzione della fase* in iure *del processo nossale classico*, 2017, pp. 154.

14. SALVATORE SCIORTINO, *Il nome dell'azione nel* libellus conventionis *giustinianeo*, 2018, pp. 224.

15. SALVATORE SCIORTINO, *Ricerche in tema di società questuarie*, 2019, pp. 224.

16. GIUSEPPE ROMANO, *Giuliano e i* nova negotia*. Sulla tutela dei c.d. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi*, 2021, Tomo I pp. XII-452, Tomo II pp. XII-404.

L'accoglimento di un lavoro nella collana *Monografie* degli Annali del Seminario Giuridico è subordinato – secondo il procedimento di *peer review* – alla valutazione positiva di due *referees*, esterni al Comitato Scientifico degli Annali stessi, i quali esaminano il testo con il sistema del *double-blind*.