La storia dell'editto del pretore prima della 'codificazione' di Salvio Giuliano nel II sec. d.C. è un tema tra i più importanti nella ricostruzione del diritto privato romano, ma è allo stesso tempo un argomento irto di difficoltà. Il fatto che l'editto giulianeo sia divenuto la base dei grandi commentari dei giuristi del II-III sec. d.C. ha avuto l'effetto di cancellare il ricordo degli editti precedenti e di renderne difficile la palingenesi. Questo volume affronta la materia mediante un confronto tra opere giurisprudenziali ed editto, sia dal punto di vista del sistema edittale che da quello degli istituti, nel tentativo di tracciare alcune linee di sviluppo. I temi trattati sono la formula dell'*actio Publiciana* (Emanuela Calore), il diverso ruolo del pretore, prima e dopo l'editto giulianeo, come riflesso nei rimedi aquiliani (M. Floriana Cursi), la possibilità di delineare una stratigrafia dell'editto attraverso lo studio della *negotiorum gestio* (Giovanni Finazzi), la formazione storica del 'sistema romano dei contratti' (Roberto Fiori), la sistematica dell'editto pregiulianeo per quanto ricostruibile attraverso i *Digesta* di Alfeno Varo (Cristina Giachi).

Roberto Fiori è professore ordinario di Diritto romano e fondamenti del diritto europeo nell'Università di Roma Tor Vergata.

ISBN
9 788824 330053

€ 50,00

Per una storia dell'editto

Jovene

Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato
Quaderni 11

Per una storia dell'editto

La costruzione del diritto privato attraverso l'editto del pretore

a cura di
Roberto Fiori

Jovene editore 2026

Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato

Quaderni

11

COMITATO DI DIREZIONE

M. Floriana Cursi *Roma Tor Vergata*
Roberto Fiori *Roma Tor Vergata* - Paola Lambrini *Padova*
Gianni Santucci *Trento*

CONSIGLIO SCIENTIFICO

Luisa Antoniolli *Trento* - Martin Avenarius *Köln*
Christian Baldus *Heidelberg* - Emmanuelle Chevreau
Panthéon-Assas Paris II - Edgar Cortés Moncayo
Externado de Colombia - Thomas Duve *Max-Planck-Institut Frankfurt a.M.*
Giuseppe Falcone *Palermo* - Giuseppe Ferri jr. *Roma Sapienza*
Calixto Salomão Filho *São Paulo* - Giovanni Finazzi *Roma Tor Vergata*
Jean-François Gerkens *Liège* - Michele Graziadei *Torino*
Peter Groeschler *Mainz* - Carla Masi Doria *Napoli Federico II*
Luca Nogler *Trento* - Pascal Pichonnaz *Fribourg* - Isabella Piro
Catanzaro - Tilman Repgen *Hamburg* - Martin J. Schermaier *Bonn*
Claudio Scognamiglio *Roma Tor Vergata* - Mario Stella-Richter *Roma Tre*
Anna Veneziano *Teramo* - Stefan Vogenauer
Max-Planck-Institut Frankfurt a.M.

I contributi dei volumi della serie dei *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* e dei relativi *Quaderni* sono sottoposti alla valutazione del comitato di direzione.

Per una storia dell'editto

La costruzione del diritto privato attraverso l'editto del pretore

a cura di

Roberto Fiori

Jovene editore
Napoli 2026

Finanziato dall'Unione europea Next Generation EU, Missione 4 Componente 1
CUP 2022KLW4CM_002.

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2026

ISBN 978-88-243-3005-3

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli
Tel. (+39) 081 552 1019 / 1274 / 3471
www.jovene.it info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera
(compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi.
Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume,
verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori,
i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti,
ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248.
È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume
successivamente al versamento alla SIAE di un compenso
pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Stampato in Italia *Printed in Italy*

Indice sommario

Prefazione ..... p. IX
Bibliografia ..... » XI

Emanuela Calore
Actio Publiciana. *Dall'editto del pretore Publicio all'editto adrianeo*

1. Premessa ..... » 1
2. La clausola edittale ..... » 4
   2.1. La questione della datazione ..... » 4
   2.2. La questione della collocazione ..... » 8
   2.3. Il contenuto. *a)* Le fonti ..... » 10
   2.4. Il contenuto. *b*) Una unica clausola edittale? ..... » 13
3. Analisi per una storia dell'editto Publiciano ..... » 16
   3.1. Sabino, Cassio e il momento in cui vi deve essere la buona fede ..... » 16
   3.2. Nerazio e la funzione dell'*actio Publiciana*, concessa a *qui bona fide emit* ..... » 20
   3.3. Giuliano e l'*emptio bonae fidei* come causa della *traditio*..... » 26
   3.4. Gaio: la parafrasi della clausola edittale e la formula dell'*actio Publiciana* tra *traditio ex iusta causa* ed *emere*.. » 31
   3.5. I *verba edicti* citati e commentati da Ulpiano ..... » 33
4. Una valutazione d'insieme ..... » 42
   Bibliografia ..... » 51

Maria Floriana Cursi
*Dall'*actio in factum *all'*actio utilis ex lege Aquilia. *Una storia sul ruolo del pretore prima e dopo la codificazione dell'editto*

1. Il problema ..... » 57
2. La dottrina ..... » 58
3. La fungibilità dell'uso dell'*actio in factum* sia per il danno da dispersione di *res* sia per il danno non *corpore* nella giurisprudenza tra la fine della Repubblica e il Principato ..... » 63

3.1. Un caso di dispersione di *res* in Alfeno e un caso di danno non *corpore* in Ofilio e Labeone ..... » 63
3.2. Labeone e l'*actio in factum* per sanzionare il danno da dispersione di *res* ..... » 69
3.3. Pareri di Labeone di incerta rilevanza per l'applicazione dei rimedi aquiliani ..... » 76
4. Continuità nell'uso dell'*actio in factum* nella riflessione dei giuristi del I secolo d.C. ..... » 84
4.1. L'*actio in factum* per la dispersione di *res* nei pareri di Sabino ..... » 84
4.2. Il danno da dispersione di *res* e il danneggiamento con nesso causale mediato nella casistica di Proculo . » 90
4.3. Due riferimenti all'*actio in factum* nella giurisprudenza di Aristone? ..... » 102
5. Ancora una conferma sull'ambito di applicazione dell'*actio in factum* nella riflessione dei giuristi del II secolo d.C.. » 107
5.1. L'*actio in factum* per ipotesi di nesso causale mediato nei pareri di Nerazio ..... » 107
5.2. L'*actio in factum* usata per le due tradizionali ipotesi di applicazione nella casistica di Celso ..... » 109
6. Le premesse del cambiamento: la codificazione dell'editto e i suoi effetti ..... » 128
6.1. La riflessione di Giuliano in linea con le soluzioni precedenti ..... » 129
6.2. Il ruolo di Giuliano nella codificazione dell'editto: l'uso dell'analogia per colmare le lacune dell'editto.. » 133
6.3. Gli effetti della codificazione dell'editto: il contenimento dell'*actio in factum* e la scelta dell'*actio utilis* come strumento dell'estensione analogica ..... » 142
6.4. *Actio in factum* aquiliana e *utilitas legis Aquiliae*: la connessione creata da Pomponio ..... » 149
7. Gaio e l'*actio utilis* aquiliana: una rilettura dell'*actio in factum* ispirata dalla codificazione dell'editto ..... » 151
8. Cenni alla giurisprudenza successiva a Gaio sull'uso promiscuo di *actio in factum* e *actio utilis* ..... » 156
Bibliografia ..... » 158

Giovanni Finazzi
Stratigrafia dell'editto pretorio e gestione di affari altrui

1. Dinamica dell'editto e analisi sostanziale dei materiali edittali ..... » 167
2. Le opinioni secondo le quali in origine vi sarebbe stata una separazione fra parte normativa dell'editto e appendice contenente le formule ..... » 169

3. Le ipotesi secondo le quali in origine vi sarebbe stata una separazione fra la parte dell'editto contenente le promesse edittali e le azioni pretorie e una parte contenente le formule delle azioni civili ..... p. 176
4. Il materiale edittale relativo alla *negotiorum gestio* nei commentari *ad edictum* di Pedio e in quelli di Ulpiano e la topografia del commento al *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede nell'editto pregiulianeo ..... » 184
4.1. Premessa ..... » 184
4.2. Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 5, 11 (6, 9)-13 (6, 11) ..... » 188
4.3. Estraneità delle opinioni pediane rispetto all'editto *de negotiis gestis* e alla *formula in factum concepta* ..... » 196
4.4. Contestualizzazione degli apporti di Pedio e ordine dei materiali edittali ..... » 210
5. Inesistenza di elementi di valutazione circa la topografia del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede nelle opere di commento all'editto precedenti a quella di Pedio ..... » 214
6. Il *fidem praestare* del *procurator* ricavato per *inductio* in Cic. *top.* 42: una diversa topografia tardo-repubblicana del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede? ..... » 219
7. La datazione del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede ..... » 232
8. Ipotesi di diverse datazioni dell'editto *de negotiis gestis*, che prometteva l'azione con *formula in factum concepta*, e del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede ..... » 254
9. Ipotesi di diverse datazioni delle azioni diretta e contraria per l'azione con *formula in factum concepta* e per quella di buona fede ..... » 257
10. Ipotesi di diverse datazioni delle formule relative alla gestione degli affari di una persona vivente e di quelle relative agli affari appartenenti a una persona al momento della morte ..... » 264
11. La mancanza di tracce di una promessa edittale del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede e il problema del suo originario fondamento (pretorio o civile) ..... » 274
12. Alcuni rinvii ..... » 294
Bibliografia ..... » 297

Roberto Fiori
La formazione del 'sistema romano dei contratti'

1. Il problema della tipicità ..... » 307
2. La terminologia delle XII tavole ..... » 309
3. Le commedie di Plauto e Terenzio ..... » 312
4. Sestio Elio Peto Cato e Caio Livio Druso ..... » 317
5. I formulari del *De agri cultura* di Catone ..... » 325
5.1. Premessa ..... » 325

5.2. I formulari dell'*oleam legendam locare* e dell'*oleam faciundam locare* ..... p. 326
5.3. Il formulario dell'*oleam pendentem venire* ..... » 332
5.4. Il formulario del *pabulum hibernum venire* ..... » 335
5.5. Il formulario del *fructum ovium venire* ..... » 338
6. Le *leges venditionis* nel *De re rustica* di Varrone ..... » 342
7. Altre testimonianze sul diritto contrattuale del II sec. a.C. » 352
8. Quinto Mucio ..... » 356
8.1. Le categorie dell'*obligatio contracta* ..... » 356
8.2. La tutela dei *iudicia bonae fidei* ..... » 361
8.3. I singoli contratti in Q. Mucio: l'*emptio venditio* ..... » 373
8.4. I singoli contratti in Q. Mucio: la *locatio conductio* ..... » 380
8.5. I singoli contratti in Q. Mucio: la *societas* ..... » 383
8.6. I singoli contratti in Q. Mucio: il *commodatum* ..... » 387
9. Tipicità dei negozi e tipicità delle azioni ..... » 390
9.1. Il problema ..... » 390
9.2. L'origine della tipicità nel diritto pretorio ..... » 391
9.3. Il problema della genesi del *ius gentium* ..... » 393
9.4. Le azioni generali di diritto civile ..... » 399
10. Servio e la nascita della tipicità delle azioni ..... » 403
11. Labeone, l'*actio civilis in factum* e l'*agere praescriptis verbis* .... » 410
12. La struttura formulare dell'*agere praescriptis verbis* ..... » 415
13. La formula dell'azione generale di *incertum* in età repubblicana e la sua posizione negli editti pretorii ..... » 423
13.1. La formula dell'azione generale di *incertum* in età repubblicana ..... » 423
13.2. La posizione dell'azione generale di *incertum* negli editti pretorii ..... » 426
14. Le discussioni sui confini dei contratti tra I e II sec. d.C. ... » 430
15. Un'ipotesi di sviluppo: dalle azioni generali alle azioni tipiche e ritorno ..... » 439
Bibliografia ..... » 442

Cristina Giachi
Tracce di storia dell'editto pregiulianeo nei Digesta *di Alfeno*

1. L'editto nella letteratura giurisprudenziale ..... » 459
2. Struttura dell'editto e *dispositio* nei commenti *ad edictum* ... » 461
3. Variazioni sticometriche… ..... » 463
4. … e loro possibili spiegazioni ..... » 473
5. Tracce nei *Digesta* di Alfeno ..... » 476
6. Collocazione edittale della *condictio* ..... » 478
7. La classificazione delle azioni ..... » 480
8. La *iuris epitomae* di Ermogeniano ..... » 483
9. A mo' di conclusione ..... » 488
Bibliografia ..... » 489

Prefazione

Come rilevava Feliciano Serrao quasi quarant'anni fa, benché si tratti della fonte più importante del diritto privato romano, «la storia dell'Editto del pretore è ancora da scrivere»[1]. Le ragioni di questa lacuna nei nostri studi sono molteplici ed evidenti. Una prima è che l'editto non è un unico documento, ma una serie lunghissima di provvedimenti che anno dopo anno sono stati emanati dai pretori urbano e peregrino – non senza interferenze con gli editti degli edili e dei governatori delle province – per quasi cinque secoli. Tutti questi provvedimenti saranno stati molto probabilmente caratterizzati dalla tendenza a conservare le soluzioni più valide, ma è altrettanto plausibile che in un tempo così lungo, nel quale la società e l'economia romane sono complessivamente mutate, siano cambiati anche gli editti, senza tuttavia che sia stata conservata nelle fonti – se non in casi rarissimi – una memoria esplicita di queste trasformazioni. Una seconda ragione è che la 'codificazione' dell'editto da parte di Salvio Giuliano ha dato vita a un testo divenuto la base dei grandi commentari dei giuristi del II-III sec. d.C., con l'effetto di cancellare ancora di più il ricordo degli editti precedenti[2]. Sono pertanto oggetto di discussione il rapporto tra l'editto e le *leges* di età repubblicana[3], il problema della stabilità dell'editto pregiulianeo[4], l'effettiva portata dell'intervento di Giuliano[5], il ruolo delle sistematiche dei commenti dei giuristi

[1] Serrao 1987, p. 77 ss. e spec. 79 (= 1989, p. 288 ss. e spec. 289).

[2] Cfr. ancora Serrao 1987, p. 77 s. (= 1989, p. 288 s.).

[3] Kelly 1966, p. 341 ss.; Watson 1970, p. 105 ss.

[4] Su cui mi limito a rinviare a Giachi 2023, p. 5 ss. (§ 2), con bibliografia.

[5] Che come è noto è stata ridimensionata da Antonio Guarino in una serie di studi che partono da Guarino 1953.

prima e dopo l'intervento adrianeo, nonché una serie di problemi specifici, non sempre posti in connessione con il tema qui discusso – ad esempio le forme della nascita dei *iudicia legitima* e il ruolo della *lex Aebutia*, la genesi del *ius gentium*, ecc. – e infine la storia, potremmo dire, 'interna' di ciascun istituto. In realtà la vicenda dell'editto è talmente connessa allo sviluppo del processo civile e del diritto privato, che ogni ricostruzione non potrebbe prescindere dalla complessiva rappresentazione che ciascuno studioso ha di tali svolgimenti.

Il campo di ricerca è dunque enorme. Lo scopo di questo volume non può che essere più circoscritto, ed è di contribuire all'approfondimento di alcuni temi specifici nella prospettiva – che spesso negli studi di diritto privato romano non viene presa in considerazione – dello sviluppo storico dell'editto nel suo rapporto osmotico con la giurisprudenza. Ci siamo dunque concentrati sul problema della formula dell'*actio Publiciana* (Calore); sul ruolo del pretore prima e dopo la codificazione dell'editto giulianeo, nel rapporto con il potere imperiale, con particolare riferimento alle azioni aquiliane (Cursi); sulla possibilità di ricostruire una stratigrafia dell'editto pretorio attraverso lo studio della *negotiorum gestio* (Finazzi); sulla formazione storica del 'sistema romano dei contratti' tra tipicità economica e giuridica (Fiori); sulla possibilità di comprendere la sistematica dell'editto pregiulianeo mediante un'analisi dei *Digesta* di Alfeno Varo (Giachi). La redazione del volume è stata preparata da una serie di incontri, tra gli autori e con altri colleghi, a Roma e a Pavia, estremamente fruttuosi nel dialogo reciproco, anche per la comprensione dei singoli problemi. Non ci siamo però preoccupati di trovare una convergenza tra i contributi né nei contenuti né nel metodo: la materia è troppo complessa e troppo personali le prospettive per una *reductio ad unum*, e ci è sembrato da subito che la pluralità di punti di vista fosse un arricchimento, più che un limite, nello studio del problema.

Il lavoro si inserisce nel Progetto PRIN *Per una storia dell'editto del pretore. Profili palingenetici, commentari dei giuristi e costruzione del diritto privato romano*, coordinato da Valerio Ma-

rotta (Università di Pavia), come contributo principale dell'unità costituita presso l'Università di Roma 'Tor Vergata'.

ROBERTO FIORI

Bibliografia

GIACHI C. (2023), *Per una storia dell'editto (I-III secolo). Note preliminari*, «TSDP» 16, pp. 1-34.

GUARINO A. (1953), *L'esaurimento del ius honorarium e la pretesa codificazione dell'editto*, in *Studi in onore di Emilio Aibertario*, I, Milano, pp. 623-657 = *La pretesa codificazione dell'editto*, in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli 1994, pp. 218-252.

KELLY J. M. (1966), *The growth-pattern of the praetor's edict*, «The Irish Jurist», 1, pp. 341- 355.

SERRAO F. (1987), *Dalle XII tavole all'editto del pretore*, in M. Sargenti, G. Luraschi (a cura di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana (Atti Pavia 26-27 aprile 1985)*, Padova, pp. 51-99 = *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 1989, pp. 263-308.

WATSON A. (1970), *The development of the praetoris edict*, «JRS» 60, pp. 105-119.

Emanuela Calore

Actio Publiciana. Dall'editto del pretore Publicio all'editto adrianeo

1. *Premessa.*

Una delle importanti questioni che pone lo studio dell'*actio Publiciana*, oltre a quella della sua datazione e a quella della sua collocazione nell'editto pre-adrianeo e adrianeo, soprattutto rispetto alla *rei vindicatio*[1], è quella della clausola edittale che ne conteneva la promessa[2] e correlativamente quella della formula, e dei possibili mutamenti che le hanno interessate nel lasso temporale che va dalla loro introduzione alla stabilizzazione dell'editto per opera di Giuliano[3], nonché nel periodo successivo.

Nella prospettiva di una lettura dell'editto in senso storico, quindi dell'editto come 'fenomeno' e non come 'do-

[1] Lenel 1927, p. 169 s., colloca sotto il titolo XV dell'editto tanto l'*actio Publiciana*, preceduta dalla clausola edittale, quanto la *rei vindicatio*, rispettivamente sotto il § 60 e il § 69. Nella ricostruzione di questo ordine nell'editto, e in particolare per il titolo XV, Lenel (p. 12 ss.) dichiara esplicitamente di seguire il commento di Paolo, che a suo avviso si sarebbe più strettamente attenuto all'ordine dell'editto, che collocava prima le clausole edittali e le relative formule e più avanti le formule (civili e non civili) a cui non corrispondeva alcun editto, mentre Gaio per l'*actio Publiciana* non lo avrebbe comprensibilmente seguito, perché gli veniva più semplice trattarla dopo la *rei vindicatio*, e Giuliano e Ulpiano avrebbero del tutto rinunciato all'ordine dell'editto, spostando più avanti le azioni civili e inserendo quelle pretorie nel luogo che gli sembrava più conveniente. Su questa questione, cfr. *infra*, § 2.2.

[2] Sulle difficoltà che pone la ricostruzione del testo edittale cfr. Lenel 1883, p. 129 ss.; Id. 1899, p. 11 ss.; Id. 1927, p. 170; Appleton 1889, p. 1 ss.; Carusi 1889, p. 17 ss., 46 ss.; Perozzi 1894, p. 45 ss.; Pacchioni 1897, p. 118 ss.; Bonfante 1918, p. 390 ss., in particolare p. 394 ss.; Wubbe 1961, p. 427 ss.; Lombardi 1961, p. 237 ss.; Vacca 1988 (2006), p. 143 ss.; Sirks 2017, p. 307 ss.

[3] Probabilmente due secoli e mezzo, ma non abbiano notizie sicure sulla data dell'introduzione dell'*actio Publiciana*.

cumento', si tratta di questioni interessanti su cui riflettere, perché permettono di far emergere le esigenze, non necessariamente immutate nell'arco temporale che andava dalla originaria promessa del rimedio alla codificazione dell'editto, rispetto alle quali il pretore riteneva opportuno intervenire con la promessa dell'*actio Publiciana*.

Il problema, in ordine a diverse delle questioni appena richiamate, è che per il periodo precedente alla stabilizzazione adrianea, le fonti sono molto scarse. Tra i giuristi vissuti prima dell'editto adrianeo, ci è esplicitamente pervenuto in tema di *actio Publiciana*, attraverso il Digesto giustinianeo, il contributo di Nerazio[4], in un frammento delle *membranae* (Ner. 3 *membr.* D. 6, 2, 17) e in un testo del commento ulpianeo *ad edictum* in cui viene citato Nerazio (Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 9, 3). A questi due testi si può aggiungere Ner. 3 *membr.* D. 19, 1, 31, 2, in cui non vi è un esplicito riferimento all'*actio Publiciana*, ma – come vedremo[5] – la tutela alla quale si riferisce il giurista è quella apprestata con il rimedio in esame.

Una possibile posizione di Sabino e di Cassio su una questione specifica, rilevante per la concessione dell'*actio Publiciana* – benché il rimedio non sia esplicitamente menzionato –, sembra essere contenuta in un testo ulpianeo tratto dal libro 16 *ad ed.* D. 41, 3, 10 pr., ma la fonte va approfondita[6]. A questi dati possiamo aggiungere che neanche Cicerone, che pure menziona, benché raramente, la formula petitoria, fa riferi-

[4] Watson 1968, p. 104, sottolinea il dato della assenza di un richiamo diretto alla *Publiciana* nelle fonti dei giuristi precedenti a Nerazio e mette in dubbio la collocazione del rimedio in questione nella seconda metà del I sec. a.C., benché sia anche molto cauto rispetto all'ipotesi di una sua collocazione «only in the Empire» (p. 107). Vd. anche Di Lella 1984, p. 110 ss., il quale, partendo da questi dati, individua ulteriori argomenti che lo conducono a ritenere probabile l'introduzione dell'*actio Publiciana* nella seconda metà del I sec. d.C. L'argomento della risalenza a Nerazio della più antica testimonianza in tema di *Publiciana* non sarebbe invece probante per Provera 1985, p. 584, soprattutto in considerazione delle poche informazioni giunteci «concernenti l'attività largamente creativa svolta dai giuristi della c.d. epoca preclassica».

[5] *Infra*, § 3.2.

[6] *Infra*, § 3.1.

mento all'*actio Publiciana*[7]. Un brano del *de re rustica* di Varrone (*re rust.* 2, 10, 4), a proposito dell'acquisto dei servi, può lasciar supporre che al tempo del *Reatinus* vi potesse essere un *dominus* che non fosse considerato tale dallo *ius civile*, ma che avrebbe ricevuto tutela dallo *ius honorarium*. Considerazioni analoghe in merito al *duplex dominium* posso farsi per Labeone, il quale in Lab. 5 *post. a Iav. epit.* (D. 18, 1, 80, 3) sembrerebbe presupporre l'avvenuta *divisio* del *dominium*[8], benché né Varrone, né Labeone menzionino l'*actio Publiciana*. Dopo Nerazio[9], Giuliano[10] e Africano[11], nel commentare l'editto, Pomponio[12] e Gaio[13] sono praticamente i primi giuristi a dedicare attenzione all'*actio Publiciana*[14], occupandosi però dell'argomento in un momento successivo all'intervento adrianeo[15]. È un dato interessante, rispetto al quale si può ag-

[7] Costa 1927, p. 118, spiega l'assenza di riferimenti all'*actio Publiciana* nelle opere di Cicerone con il fatto che l'Arpinate richiamava eccezionalmente anche la formula petitoria (una volta nelle Verrine, una volta nella *pro Murena* e in una lettera ad Attico): «codesta eccezionalità della formula petitoria, che perdura fino al primo decennio del secolo VIII d.R., spiega l'assenza presso il Nostro d'ogni indizio o vestigio di quell'azione *Publiciana*, che fu introdotta a proteggere l'acquirente di una *res mancipi*, trasferitagli senz'alcuno degli atti solenni occorrenti ad acquistarne il dominio: in un rapporto, che è dapprima mero possesso, difeso e protetto come tale, e che poi, in seguito all'introduzione di essa *actio*, assume valore e carattere di una seconda specie di proprietà (*in bonis esse*), riconosciuta a lato del *mancipium*». In sostanza per Costa l'*actio Publiciana* non può essere stata introdotta che in un momento in cui la formula petitoria costituiva «lo strumento normale di tutela del *dominium*». A questo proposito è utile aver presente che Cicerone scrive le Verrine, nelle quali è richiamata la formula petitoria, nel 70 a.C.

[8] Cardilli 2024, p. 597.

[9] Ner. 3 *membr.* D. 6, 2, 17; Ner. 3 *membr.* D. 19, 1, 31, 2; Nerazio citato da Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 9, 3.

[10] Cfr. ad es. le citazioni di Giuliano in Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 1; Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 9, 4; Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 17; Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 11, 3.

[11] Afr. 6 *quaest.* D. 9, 4, 28.

[12] Cfr., ad es., Pomponio nel commento all'editto, citato da Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 11, 5-6-7-8-9-10; inoltre, si può aggiungere, ancora ad es., Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 9, 14 (in cui è citato Pomponio); vd., inoltre, Pomp. 3 *ad Sab.* D. 6, 2, 15.

[13] Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 6, 2, 8; Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 6, 2, 13; inoltre si può aggiungere, ad es., Gai. 4, 36.

[14] Stolfi 2001, p. 310 s.

[15] Giachi 2023, p. 2, nt. 1 iniziata a p.1, ipotizza che il commento di Sesto Pedio sia stato probabilmente l'ultimo prima dell'intervento di Salvio

giungere che Pomponio, nelle citazioni che ne fa Ulpiano, appare come il primo giurista, tra i commentatori dell'editto, che si occupa espressamente della Publiciana, ma senza (altro dato da sottolineare) il confronto, altrove presente[16], con Labeone.

2. *La clausola edittale.*

2.1. *La questione della datazione.* – Come è noto non sappiamo con certezza a quando risalisse l'*actio Publiciana* e chi l'introdusse. Sappiamo soltanto che l'azione prese il nome dal pretore che per primo la promise nell'editto (Inst. 4, 6, 4[17]).

Una possibilità, prevalentemente basata sul dato, certo non del tutto trascurabile[18], che prima di Nerazio non abbiamo un contributo, almeno esplicito, sull'*actio Publiciana*, è che il rimedio sia stato introdotto dal pretore Publicio Certo, nella seconda metà del I sec. d.C.[19]. L'ipotesi della sua riconducibilità alla *iurisdictio* esercitata nel 93 d.C. da Publicio Certo mi sembra però poco probabile, perché una colloca-

---

Giuliano e (p. 13) che quello di Pomponio sia stato il primo commento redatto dopo la stabilizzazione adrianea.

[16] Ad esempio, in tema di *metus*, cfr. D. 4, 2, 9 pr.; di dolo cfr. D. 4, 3, 1, 6.

[17] Inst. 4, 6, 4: *namque si cui ex iusta causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emptionis aut donationis aut dotis aut legatorum, necdum eius rei dominus effectus est, si eius rei casu possessionem amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam rem persequendam: quippe ita proditae sunt iure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. sed quia sane durum erat eo casu deficere actionem, inventa est a praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse et ita vindicat suam esse. quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio praetore in edicto proposita est.*

[18] Cfr. STOLFI 2001, p. 311 s., per il quale «l'assenza di univoci riferimenti giurisprudenziali, prima di Nerazio, a un'innovazione pretoria così significativa, è senz'altro degna di attenzione», ma allo stesso tempo «non impone necessariamente di pensare a una tardissima introduzione del nostro rimedio, che oltretutto cadrebbe in un'età in cui la normazione edittale ha generalmente perduto la sua fluidità e si è chiusa da tempo la stagione delle innovazioni più significative».

[19] Sulla base del fatto che prima di Nerazio non vi sarebbero prove dell'esistenza dell'*actio Publiciana*, WATSON 1968, p. 104 ss.; ID. 1970, p. 105 e 117, il quale ha ipotizzato che l'*actio Publiciana* sia stata introdotta da Publicio Certo, pretore nel 93 d.C. (cfr. SCHUSTER 1959, col. 1903 s.); DI LELLA 1984, p. 110.

zione del rimedio in esame alla fine del I sec. d.C. sarebbe troppo lontana dal momento in cui si sarebbero potute presentare e risolvere – vista l'introduzione del processo *per formulas* – le situazioni che, stando alla testimonianza delle fonti, proprio l'*actio Publiciana* cercava di tutelare e che erano, in un modo o nell'altro, connesse all'obbligazione di *possessionem tradere* (e non di trasferire il *dominium*) nascente dall'*emptio venditio* consensuale[20]. Mi riferisco, in particolare, al periodo successivo all'introduzione dello schema negoziale dell'*emptio venditio* consensuale che, sorto per facilitare i rapporti commerciali tra Romani e stranieri, già dalla seconda metà del III sec. a.C. si era esteso ai rapporti tra cittadini romani[21].

Un'altra possibilità è che ad introdurla sia stato un pretore peregrino[22], Quintus Publicius[23], che ricoprì la pretura

---

[20] GALLO 1957, p. 268 ss., ricollega – a ragione – il rimedio in esame all'esigenza «di ovviare agli inconvenienti che presentava in certi casi, data la sua origine e la sua natura di negozio *iuris gentium*, il contratto consensuale di compravendita». In particolare, Gallo si riferiva all'obbligo del venditore di attribuire all'acquirente il pacifico godimento della *res* acquistata e non la proprietà della stessa. Per un collegamento tra la clausola edittale che prometteva la *Publiciana* e il contratto consensuale e obbligatorio di compravendita, vd. anche LOMBARDI 1961, p. 237 ss.; VACCA 1985 (2006), p. 113 e nt. 57, per indicazione di ulteriori riferimenti bibliografici; EAD. 1988, p. 141 e nt. 19; STOLFI 2001, p. 310; SIRKS 2017, p. 307 ss.

[21] TALAMANCA 1993, p. 305 e 311.

[22] Ammettono che un pretore peregrino possa essere stato il creatore dell'*actio Publiciana*: GIMMERTHAL 1872, p. 62, per il quale «denn nur an diesen (cioè al *praetor peregrinus*), nicht an den *Praetor urbanus* ist zunächst die Nothwendigkeit herangetraten, den Erwerb des römischen Bürgers aus auswärts von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäften durch eine neue Klage besser zu sichern»; SERRAO 1954, p. 111; LOMBARDI 1961, p. 243 s.; non esclude questa possibilità neppure STURM 1962, p. 358 nt. 2. *Contra* APPLETON 1889, p. 32 e nt. 4; CARUSI 1889, p. 83 ss., per il quale sarebbe strano che il pretore peregrino avesse introdotto un rimedio che non fosse accessibile a coloro sui quali esercitava la *iurisdictio*; GIRARD 1893, p. 23, nt. 3, per il quale l'*actio Publiciana*, avendo il proprio fondamento nella *fictio usucapionis*, non potrebbe essere stata creata che da un pretore urbano; PERNICE 1895, p. 340, nt. 4; BENEDEK 1985, p. 72.

[23] Q. Publicius ricoprì la pretura nel 67 a.C. Si veda, BROUGHTON 1952, p. 143; MÜNZER 1959, col. 1897. Diversi argomenti, già messi in evidenza dalla dottrina (GIRARD 1893, p. 23, nt. 3; PERNICE 1895, p. 340, nt. 4; SERRAO 1954, p. 111, nt. 19), fanno pensare che il pretore Q. Publicius, citato da Cic. *Cluent.* 45, 126, rivestisse nel 67 a.C. la pretura peregrina, mentre quella ur-

nel 67 a.C.[24]. Per Lombardi[25] la creazione dell'*actio Publiciana*, dovendo presupporre l'enucleazione da parte dei giuristi del concetto di *bona fide emere*, può risalire ad un periodo successivo alla prima metà del I sec. a.C., e più precisamente all'operato del pretore peregrino Q. Publicius.

A queste considerazioni possiamo aggiungere dei dati che, benché non forniscano una sicura testimonianza dell'*actio Publiciana* alla fine del I sec. a.C., possono costituire ulteriori elementi per ritenere che esistesse già prima della pretura ricoperta da Publicio Certo.

Mi riferisco all'espressione *dominus legitimus*, impiegata da Varrone (*re rust.* 2, 10, 4)[26] a proposito dell'acquisto dei servi, la quale potrebbe permettere di supporre che ai suoi tempi vi potesse essere un *dominus* che non fosse considerato tale dallo *ius civile*, ma che, come *in bonis habens*, avrebbe ricevuto tutela dallo *ius honorarium*[27]. Un ulteriore dato da considerare è la

---

bana fosse stata assegnata al collega M. Iunius: quest'ultimo veniva citato per primo da Cicerone e, soprattutto, aveva dato i giochi Apollinari (Plin. *nat. hist.* 35, 36, 10), che rientravano nelle competenze del pretore urbano. Sulla possibilità che l'*actio Publiciana* sia stata introdotta da Q. Publicius, cfr. anche Kaser 1956, p. 299 e nt. 17; Id. 1971, p. 438, nt. 2; Lombardi 1961, p. 243; Mercogliano 2001, p. 34.

[24] Per una datazione comunque collocabile nella seconda metà del I sec. a.C. vd. Appleton 1889, p. 31 ss.; Carusi 1889, p. 80 ss.; Bonfante 1918, p. 437; Schulz 1951, p. 375; Serrao 1954, p. 110 ss.; Gallo 1957, p. 268; Lombardi 1961, p. 242 ss.; Sturm 1962, p. 358 ss., 415; Diósdi 1970, p. 155 s.; Burdese 1991, p. 120. Per una possibile collocazione che va dalla fine del II sec. a.C. alla metà del I sec. a.C. Kaser 1956, p. 299; Vacca 1988 (2006), p. 132, nt. 1.

[25] Lombardi 1961, p. 243 s.

[26] Varr. *re rust.* 2, 10, 4: *in emptionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem iustam adiit; si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo iure civili potuit; aut si in iure cessit, qui potuit cedere, et id ubi oportuit; aut si usu cepit; aut si e praeda sub corona emit; tumve cum in bonis sectioneve cuius publice veniit.* L'impiego da parte di Varrone dell'espressione *dominus legitimus* mi sembra possa essere letto come un tentativo di superamento, all'interno del *duplex dominium*, dell'uso del termine *dominus* e/o *dominium* oltre il *dominus* e/o *dominium ex iure Quiritium*. Nel testo di Varrone alcuni hanno letto *dominium legitimum*, cfr. ad esempio Longo 1938, p. 23; Cristaldi 2012, p. 13 e nt. 23, ma ciò incide marginalmente sulle riflessioni che si stanno svolgendo. Sul testo, si veda anche Cenderelli 1973, p. 145 ss.

[27] Anche se non si può neppure escludere, come rileva Albanese 1985, p. 117 nt. 443, la possibilità «di una tutela dell'*in bonis habere* in epoca pre-

possibilità che Sabino conoscesse l'*actio Publiciana*, come potrebbe ricavarsi dall'*inscriptio* di D. 6, 2, 15, che indica *Pomponius libro tertio ad Sabinum*[28], e da Ulp. 16 *ad ed.* D. 41, 3, 10 pr. in cui Ulpiano, sebbene trattando non esplicitamente dell'*actio Publiciana*, riporta la posizione di Sabino e Cassio[29].

Ancora, un ulteriore indizio potrebbe rinvenirsi nel fatto che Labeone (Labeo 5 *post. a Iav. epit.* D. 18, 1, 80, 3[30]), ragionando sulla funzione tipica del contratto di *emptio venditio*, sembrerebbe presupporre «la concezione del *duplex dominium*, con l'avvenuta attrazione dell'*in bonis habere* nel *dominium*»[31], che implica l'esistenza di uno strumento processuale a tutela di tale forma di appartenenza.

Il contesto 'peregrino' che farebbe capo al pretore del 67 a.C. ha dato il là ad una parte della dottrina per ipotizzare che in origine il rimedio avesse avuto i peregrini come destinatari. Con argomenti diversi si tratta di una tesi sostenuta in dottrina[32]. Tuttavia, come vedremo, questa ipotesi, per le

---

cedente, mediante azioni diversamente congegnate», di cui, però, per casi analoghi a quelli protetti dalla *Publiciana*, non mi risulta ci siano tracce nelle fonti.

[28] In questo senso Girard 1911, p. 350 nt. 2; Bonfante 1968, p. 440. Diversamente Sturm 1962, p. 414, per il quale il frammento non proverebbe che Sabino avesse discusso la stessa questione di Pomponio; Watson 1968, p. 104; Di Lella 1984, p. 70 s., il quale osserva che si tratterebbe di un argomento «assai labile».

[29] Su Ulp. 16 *ad ed.* D. 41, 3, 10 pr., cfr. *infra* § 3.1.

[30] Lab. 5 *post. a Iav. epit.* D. 18, 1, 80, 3: *nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus.*

[31] Cardilli 2024, p. 597.

[32] Si pensi a Lombardi 1961, p. 243 ss. L'ipotesi della applicazione dell'*actio Publiciana* ai peregrini, che non mi sembra fondata (Calore 2024, p. 133 ss.), è stata considerata anche da Di Lella 1984, p. 97 e nt. 65; Capogrossi Colognesi 1988, p. 198 s., il quale, pur sottolineando la necessità che «siano presenti nell'acquirente che esperisca l'*actio Publiciana* tutti i requisiti necessari per l'usucapione stessa» continua osservando che «non ci interessa tanto la presenza, abbastanza ovvia, date le finalità dell'*actio* stessa, della buona fede, quanto dello statuto giuridico dell'acquirente. E cioè che egli sia cittadino romano o, per le *res mancipi*, sia comunque titolare del *ius commercii*». A questo proposito, però, mi preme precisare che anche il titolare dello *ius commercii* (ne è un esempio il Latino Iuniano) non possa vantare lo *ius Quiritium*, come ho cercato di dimostrare in un altro lavoro (Calore

informazioni che ci sono giunte dalle fonti, sembra difficilmente sostenibile.

Infine, ricondurre l'*actio Publiciana* al I sec d.C., in un momento in cui le innovazioni pretorie erano più ridotte, in cui quell'intenso sviluppo dell'editto – che aveva caratterizzato il periodo dal III sec. a.C. al I sec. a.C. – era andato progressivamente diminuendo, esigerebbe solidi argomenti per poter essere affermato.

2.2. *La questione della collocazione*. – Un altro aspetto interessante da considerare in ordine alla clausola edittale che prometteva l'*actio Publiciana* è quello della sua collocazione all'interno dell'editto. A questo proposito è utile osservare la posizione della *Publiciana* nelle trattazioni dei giuristi, in particolare in quelle in cui si commentava l'editto, perché potrebbero costituire lo specchio della collocazione dell'*actio Publiciana* nell'editto. Paolo nel suo *ad edictum* tratta prima della *Publiciana* e dopo qualche libro della *rei vindicatio*, mentre Gaio e Ulpiano (ma nelle loro opere anche Giuliano e Pomponio[33]) trattano prima della *rei vindicatio* e subito dopo della *Publiciana*. Per la ricostruzione di questa parte dell'ordine edittale, come è noto, Lenel segue Paolo, quindi la posizione che risulta più difficile da spiegare (se non con un modello, quello dell'ordine edittale, che il giurista avrebbe seguito), perché l'altra da un punto di vista sistematico potrebbe sembrare più coerente: «Eine Ordnung dagegen, wie

---

2025, p. 354 ss.); inoltre non esclude l'accessibilità dell'*actio Publiciana* ai peregrini, SCHERMAIER 2016, p. 34 s., il quale, seguendo KASER 1988, p. 122 e 145 ss., nell'ipotizzare che i peregrini dotati di *commercium* potessero vantare in un processo davanti ad un tribunale romano un *meum esse ex iure Quiritium*, ritiene che 'womöglich' l'*actio Publiciana* potesse essere usata anche dai peregrini per tutelare a Roma il loro diritto: «So schützt der Prätor mit der *actio Publiciana* nicht nur den Ersitzungsbesitzer, der noch ziviles *dominium* erwerben kann, sondern womöglich auch den peregrinen Eigentümer, der sein Recht von einem römischen Gericht sucht»; SIRKS 2017, p. 308 ss.; VINCI 2024, p. 2 ss.

[33] Anche nel commento di Pomponio all'editto la *rei vindicatio* (libri 36-39) precede l'*actio Publiciana* (libro 40), cfr. le indicazioni dei libri dell'*ad edictum* di Pomponio in D. 6, 1, 8; D. 6, 1, 1, 2; D. 42, 1, 36; D. 6, 1, 21; D. 6, 2, 11, 5-10.

die Paulinische, wo die Publiciana der *rei vindicatio*, die *actio de effusis* der *actio legis Aquiliae* vorausgeht, ist nimmermehr im Kopf dieses Juristen entstanden: sie ist uns nur unter der Voraussetzung verständlich, daß sie durch die Vorlage gegeben war»[34].

La spiegazione di Lenel, per quanto plausibile, necessita di qualche ulteriore considerazione, ma non perché Giuliano, che aveva proprio lavorato alla stabilizzazione dell'ordine edittale, se così fosse stato, sarebbe stato il primo ad ignorarlo, trattando nei *Digesta* prima la *rei vindicatio* (libro VI e VII) e poi l'*actio Publiciana* (libro VII)[35]. Lo stesso Lenel, infatti, rispetto a questa possibile obiezione ritiene che non si tratterebbe di un argomento ostativo alla sua tesi, non solo perché non è certo il rapporto temporale tra i primi libri dei suoi *Digesta* e la stabilizzazione dell'editto, ma anche perché non necessariamente le considerazioni che avevano mosso il Giuliano 'codificatore' erano le medesime del Giuliano autore dei *Digesta*[36], che avrebbe potuto seguire, in questa opera, una logica diversa.

Piuttosto, credo debba far riflettere l'indiscusso ruolo di modello[37] che ha svolto la *rei vindicatio* per l'*actio Publiciana*, il

[34] Lenel 1927, p. 12. Egli aggiungeva anche: «man mag über das Systembedürfnis der Römer denken wie man will, niemals konnte ein überlegender Mensch, wenn das Julian-Ulpianische System das des Edikts war, darauf verfallen, die vernunftgemäße und für ihn bequemste Reihenfolge der Materien in solcher Weise geradezu umzukehren. Ich halte es daher für völlig zweifellos, daß die Paulinische Ordnung hier die des Albums ist, und habe sie meinem System zugrunde geleg» (p. 12) Ancora: «meine Meinung ist daher die, daß in dem großen Edikttitel (XV), mit dem wir es hier zu tun haben, die Edikte nebst zugehörigen Formeln voranstanden, die Formeln (zivile und nicht-zivile), denen keine Edikte entsprachen, aber folgten: Paulus hielt sich streng an die gegebene Ordnung; ebenso Gaius, nur daß dieser es, begreiflich genug, nicht über sich brachte, die Publiciana vor der *rei vindicatio* zu erörtern und daher jene hinter die letztere schob; Julian aber und, im Anschluß an ihn, Ulpian geben die Ediktordnung ganz auf, schieben die Zivilklagen vor und die prätorischen zwischen diese an dem ihnen angemessen scheinenden Orte ein. Diese Erklärung hat gewiß Wahrscheinlichkeit für sich» (p. 13).

[35] Lenel 1889a, coll. 331 ss.

[36] Vd. però, per una critica a questa argomentazione di Lenel, Giachi 2005, p. 301, nt. 91.

[37] Albanese 1985, p. 117 e nt. 444.

quale conduce, naturalmente, a prevedere nell'ordine edittale prima l'una e poi l'altra. Lo stesso Paolo nel commento all'editto, citando la *Publiciana*, afferma '*quae ad exemplum vindicationis datur*' (Paul. 1 *ad ed.* D. 44, 7, 35 pr.)[38]. In considerazione di ciò si potrebbe ipotizzare che l'ordine seguito da Paolo fosse quello dell'editto adrianeo, che costituiva «la manifestazione più organica, e sotto l'aspetto scientifico, forse la più ragionata»[39] di un intervento sistematico, che vedeva come già consolidata la promessa pretoria dell'*actio Publiciana* nel sistema rimediale e quindi sganciabile dal suo modello, mentre non si può escludere che nell'editto pre-giulianeo la *Publiciana* seguisse la *rei vindicatio* e che tale ordine, verosimilmente presente nelle precedenti opere *ad edictum*, fosse preferito da Pomponio, Gaio e Ulpiano.

2.3. *Il contenuto. a) Le fonti.* – Le informazioni principali sul contenuto della clausola edittale che concedeva la *Publiciana* ci sono giunte attraverso i frammenti dei commenti *ad edictum*[40] che i compilatori giustinianei hanno scelto di utiliz-

[38] Paul. 1 *ad ed. praet.* D. 44, 7, 35 pr.: *in honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus. illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur.*

[39] Mancuso 1983, p. 309.

[40] Giachi 2023, p. 1. Cfr. anche Stolfi, 2001, p. 311 s., il quale, alla luce di un esame del *corpus* pomponiano, ipotizza che l'*actio Publiciana* venisse prevalentemente esaminata nei commenti all'editto, «la cui conoscenza è per noi, fino a Gaio, particolarmente laboriosa» (p. 313). In considerazione di ciò, Stolfi osserva che «l'assenza di testimonianze ascrivibili a un Labeone o a un Pedio, per non parlare di Servio, Ofilio e Viviano, non è quindi, di per sè, un fenomeno eclatante, tanto più che il lavoro giurisprudenziale su questo argomento sarebbe stato condensato dai giustinianei in una *sedes materiae* (D. 6. 2) piuttosto agile, composta di 17 frammenti, spesso privi di citazioni» (p. 312), tuttavia deve far riflettere il fatto che oltre tale assenza abbiamo anche il vuoto dei giuristi successivi sulle posizioni di questi giuristi (p. 312 nt. 14), invece – si può aggiungere – in altri contesti spesso citati, penso solo per far un esempio ai richiami di Ulpiano a Viviano e Pedio a proposito della clausola edittale *metus causa* e dell'*actio quod metus causa*

zare per la redazione del Digesto (prevalentemente tratti da Ulpiano, 16 *ad edictum* e Paolo, 19 *ad edictum*, ai quali possiamo aggiungere Gaio, 7 *ad edictum provinciale*[41]). Ad essi possiamo sommare quanto Gaio riferisce nelle *Institutiones* subito prima di dedicarsi alla formula dell'*actio Publiciana* (Gai. 4, 36), perché sembra trattarsi di una parafrasi della clausola edittale[42], nonché Inst. 4, 6, 4 e il corrispondente testo nella Parafrasi teofilina[43], il cui contenuto potrebbe essere aderente a quello dell'editto[44].

All'inizio del titolo *de Publiciana in rem actione* del libro VI del Digesto è tramandato un frammento ulpianeo in cui è testualmente citata la clausola edittale che prometteva la concessione dell'*actio Publiciana*:

> Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 1 pr.: Ait praetor: 'Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo'.

Probabilmente Ulpiano esordiva il suo commento al titolo dell'editto dedicato alla *Publiciana*[45] riportando la clausola edittale, per poi proseguire al commento di specifiche parole della stessa, come '*nondum usucaptum*' (Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 1, 1) e '*ex iusta causa petet*' (Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 3, 1).

Sempre nello stesso titolo del Digesto, poco più avanti, i compilatori riportano un altro frammento, ugualmente ulpia-

---

(Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 2, 7 pr. [citazione di Pedio]; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 2, 14, 5 [citazione di Viviano e Pedio]).

[41] L'*edictum provinciale* alla fine del periodo repubblicano aveva una vasta sezione che riproduceva gli editti cittadini. Guarino 1969 (1994), p. 280. Vd. anche Lenel 1927, p. 4: «das Hadrianische Provinzialedikt wird, wie dies auch durch den Kommentar des Gaius bestätigt wird, in der Hauptsache den Inhalt der städtischen Edikte reproduziert haben».

[42] Vd. anche Bonfante 1918, p. 389 e 406, secondo il quale se «ordiniamo semplicemente le parole di Gaio, riducendole in uno schema edittale, anche senza conoscere il testo delle Pandette … giungiamo a questa semplice restituzione '*Si quis rem ex iusta causa traditam sibi et nondum usucaptam petet, i. d.*» (p. 406); Wubbe 1961, p. 427.

[43] Theoph. *par.* 4, 6, 4.

[44] Bonfante 1918, p. 390.

[45] Lenel 1889b, col. 511.

neo (Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 11[46]), in cui sono citate le parole *qui bona fide emit* che, come lascia pensare il *praetor ait* immediatamente precedente, erano pure probabilmente contenute in una clausola edittale[47], benché in quella citata da Ulpiano e riportata dai compilatori proprio all'inizio del titolo sono assenti[48].

Già questi dati[49] hanno creato e creano problemi per la ricostruzione della effettiva clausola edittale, perché ci si deve chiedere se quella che Ulpiano commentava fosse quella presente nell'editto adrianeo, che tra l'altro avrebbe potuto non coincidere[50] con quella originaria introdotta dal pretore Publicio.

A ciò si può aggiungere che Nerazio in un frammento tratto dalle *membranae* affermava che la *Publiciana* viene concessa perché possa avere la cosa colui che l'ha comprata in buona fede: *qui bona fide emit*[51]; questa affermazione di Nera-

---

[46] *Infra*, § 3.5.

[47] In realtà Lenel 1889b, col. 512, ritiene che questo testo appartenesse alla parte del commento della formula della *Publiciana*. Non solo, nella ricostruzione di questa parte del commento ulpianeo all'editto, Lenel colloca di seguito a Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 11-15 i seguenti testi, che fanno riferimento al requisito del *bona fide emere*, Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 16; Ulp. 16 *ad ed.* D. 41, 3, 10 pr. (in cui sono riportate le posizioni di Sabino e Cassio) e Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 17 (in cui è riportata la posizione di Giuliano).

[48] Carusi 1889, p. 17 ss.

[49] In realtà ce ne sono altri che hanno alimentato i dubbi della dottrina. Si consideri il verbo *traditur* al presente, che si è ritenuto mal si adatterebbe ad una *traditio* già compiuta. Sui dubbi della dottrina più risalente e sulle corrispondenti possibili soluzioni cfr. Carusi 1889, p. 22 ss., il quale ritiene che il *traditur* possa essere genuino (quindi non il risultato di un intervento dei giustinianei) e spiegabile grammaticalmente: «il presente in latino, e non solo in latino, specie in quella forma passiva impersonale, ha spesso un senso indeterminato, per cui, mentre può significare qualunque tempo, non ne fissa alcuno. È proprio il caso nostro, dove il pretore allude con quelle parole ad una tradizione qualunque, o anteriore o contemporanea o posteriore al momento in cui egli parla …» (p. 29 s.).

[50] Come osserva Giachi 2023, p. 12, si deve tener conto del fatto che la «tradizione testuale che ha tramandato i materiali edittali fino a noi ha reso ancora più complesso l'isolamento delle linee evolutive seguite dallo sviluppo dell'editto e, se qualche appiglio sicuro esiste, riguarda anch'esso più l'ordine in cui le materie si susseguivano nel testo edittale, che i contenuti stessi».

[51] Per Bonfante 1918, p. 399, Nerazio in questo testo si esprime «come

zio, letta insieme quella di Ulpiano in Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 11, può far pensare che le parole *qui bona fide emit* fossero nella clausola edittale e già da un momento precedente alla stabilizzazione adrianea.

Nella stessa direzione potrebbe condurre la lettura di Ulp. 16 *ad ed.* D. 41, 3, 10 pr.[52] in cui il giurista severiano riporta la posizione, alla quale aderisce, di Sabino e Cassio, per i quali nel caso in cui la *traditio* non fosse stata contestuale alla compravendita, la buona fede del compratore sarebbe dovuta essere presente sia al momento della compravendita che in quello dell'inizio del possesso[53].

Se anche altri testi riportati nel Digesto[54] possono permettere di pensare che le parole *qui bona fide emit* fossero nella clausola edittale, tuttavia la circostanza che Gaio (Gai. 4, 36[55]) non le consideri in quella che sembra essere una parafrasi della promessa pretoria, né richiami la buona fede nella formula dell'azione, è un dato che va considerato.

Non vi è traccia, invece, nelle fonti di un esplicito commento alle parole *a non domino*[56], sebbene in molti testi si discuta di casi di acquisto da chi non fosse proprietario.

2.4. *Il contenuto. b) Una unica clausola edittale?* – Considerando i problemi di coerenza che questi testi pongono, si comprende come Rudorff e Lenel, nei loro importanti lavori sull'editto, abbiano ipotizzato l'esistenza di due clausole edittali e, corrispondentemente, di due rimedi[57].

---

se l'Editto fosse concepito sulla base esclusivamente della compera di buona fede».

[52] Sospetti interpolazionistici sul testo sono stati avanzati da APPLETON 1889, p. 201 s. (per il quale nel testo classico non ci sarebbe stato '*emptionis*' ma '*mancipationis*'); CARUSI 1889, p. 181 ss.

[53] VACCA 1988 (2006), p. 146 s. e 150.

[54] Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 3, 1; D. 6, 2, 7, 11-12-13-14-15-16-17; D. 6, 2, 9, 4; D. 6, 2, 11, 2; Paul. 19 *ad ed.* D. 6, 2, 12, 2; D. 6, 2, 12,3; Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 6, 2, 13, 2; Ner. 3 *membr.* D. 6, 2, 17.

[55] *Infra*, § 3.4.

[56] Una parte consistente della dottrina ritiene che queste parole non facessero parte della clausola edittale citata da Ulpiano, ma siano piuttosto da ricondurre ad un intervento dei compilatori. Cfr. *infra*, nt. 174.

[57] In realtà, la dottrina ha tentato in vario modo di spiegare le difficoltà che dalle fonti sulla *Publiciana* emergono. Per una panoramica sulle ipotesi

Rudorff[58] sotto il § 62 *De Publiciana in rem actione* include una clausola edittale che ricostruisce sulla base di Gai. 1, 21b; 2, 26; 2, 204; 3, 80 e Tit. Ulp. 1, 16: *ait praetor: (?) si quis rem mancipi quae traditur ex iusta causa a domino et nondum usucaptam petet, iudicium dabo.* Di seguito colloca poi la clausola edittale riportata da Ulpiano e tramandata in D. 6, 2, 1 pr. A queste due clausole sarebbero corrisposte le due formule, la prima per il caso *si res in bonis esse dicantur* (corrispondente a quella riportata in Gai. 4, 36) e la seconda per il caso *si res bona fide possessa esse dicantur*[59].

Anche Lenel prima di giungere alla ricostruzione della clausola edittale e della formula dell'*actio Publiciana* proposte nella terza edizione del *Das edictum perpetuum*[60] aveva pensato, nella prima edizione[61], che in questa parte l'editto contenesse due clausole edittali[62], una a tutela del proprietario bonitario che avesse ricevuto la *res mancipi* con *traditio*, un'altra a tutela del possessore di buona fede («die eine berechnet auf den Fall durch Tradition erworbenen bonitarischen Eigentums an einer *res mancipi*, die andere auf den Fall redlichen Kaufs»[63]),

---

ricostruttive più risalenti, cfr. Bonfante 1918, p. 393 ss., che le ha schematizzate in tre gruppi. Rispetto alle difficoltà ricostruttive alla quali ho appena accennato, vi è anche chi come Pflüger 1921, p. 469, ritiene che la ricostruzione della clausola edittale in oggetto possa essere più semplice di quanto si creda.

[58] Rudorff 1869, p. 75.

[59] Rudorff 1869, p. 75: *iudex esto. Si quem hominem Aulus Agerius bona fide emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ex iure Quiritium eius esse oporteret, nisi is homo arbitratu tuo Aulo Agerio restituatur, quanti ea res est tantam pecuniam N^{m}N^{m} A^{o}A^{o} condemna, si non paret absolve.*

[60] Lenel 1927, p. 170.

[61] Lenel 1883, p. 129 ss.

[62] Lenel 1883, p. 130 s., la clausola edittale che introduceva il rimedio a tutela del proprietario pretorio avrebbe recitato *si quis id quod mancipatur traditum ex iusta causa a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo*; la formula relativa *si quem hominem A^{s} A^{s} a domino emit* rel.; la clausola edittale che introduceva il rimedio a tutela del possessore di buona fede avrebbe recitato: *ei qui bona fide emit, si rem traditam sibi et nondum usucaptum petet, iudicium dabo*, la formula relativa *si quem hominem A^{s}A^{s} bona fide emit* rel. Vd. anche Id. 1899, p. 11 ss. Rispetto a questa ricostruzione, cfr. le critiche di Erman 1890, p. 225 ss.; Id. 1902, p. 449, con osservazioni testuali interessanti.

[63] Come ricorda lo stesso Lenel 1927, p. 170.

nella quale fossero contenute le parole *bona fide emit*, e due corrispondenti formule[64]. Solo in un secondo momento, individuato invece un intervento giustinianeo oltre che nella clausola edittale citata in D. 6, 2, 1 pr. anche nei *verba* riportati in D. 6, 2, 7, 11, Lenel pensa ad un'unica clausola edittale, che avrebbe recitato *Si quis id quod mancipio datur traditum ex iusta causa et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.* Lenel, infatti, ritiene che il *Praetor ait*: '*qui bona fide emit*' di Ulp. *lib.* 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 11 si riferisse alla formula[65], dal momento che un intervento giustinianeo avrebbe sostituito all'originario '*Quem AsAs b.f. emit*' un '*qui bona fide emit*'. Rispetto a questa ipotesi[66] ricostruttiva si deve però sottolineare che un '*Quem AsAs b.f. emit*' nella *formula* non troverebbe certamente corrispondenza con il tenore della stessa nella testimonianza gaiana (Gai. 4, 36[67]).

---

[64] Lenel 1883, p. 131, ritiene che la previsione di due formule, corrispondenti alle due clausole edittali, non sarebbe in contrasto con Gai. 4, 36, dal momento che a suo avviso a Gaio non interessava la distinzione tra le due funzioni della *Publiciana* e, per questo, motivo avrebbe deliberatamente omesso le parole distintive, rispettivamente *bona fide* e *a domino*: «und ich suchte diese Hypothese mit dem Berichte des Gaius durch die Annahme zu vereinigen, dass Gaius, dem IV.36 auf die Unterscheidung der beiden Functionen der *Publiciana* nichts ankam, absichtlich die unterscheidenden Worte ausgelassen habe». Allo stesso tempo, però, Lenel non esclude neppure che nell'editto effettivamente vi fosse il modello di una unica formula, che il pretore avrebbe poi completato, a seconda della fattispecie specifica, con le parole *a domino* o *bona fide*: «All das halte ich auch heute noch fest und füge nur noch hinzu, dass möglicher Weise im Album selbst die Formel in der bei Gaius erhaltenen Gestalt proponiert gewesen sein könnte, indem der Prätor sich vorbehielt, je nach Lage der sache die Worte *a domino* oder *bona fide* einzurücken». Per una critica a questa ricostruzione, cfr. Carusi 1889, p. 48 ss.

[65] Per la formula, Lenel 1927, p. 171, propone la seguente ricostruzione: *si quem hominem A^s^ A^s^ bona fide emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem q. d. a. eius ex iure Quiritium esse oporteret, q. d. r. a., si ea res … A^o^ A^o^ non restituetur, q. e. r. e., t. p. rel.*

[66] Lenel 1927, p. 171 s., chiarisce che la sua proposta sia il frutto della combinazione delle informazioni provenienti da Gaio (Gai. 4, 36) e da Ulpiano (D. 6, 2, 7, 10 ss.). In particolare il *bona fide emit* troverebbe riscontro in Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 11-15.

[67] Gai. 4, 36: <*item usucapio fingitur in ea actione, quae Publiciana vocatur*>. *datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petit: nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam*

La tesi, successivamente sostenuta dallo stesso Lenel, di una unica clausola edittale, è prevalentemente accolta dalla dottrina[68], nonostante la discussione sul tenore della stessa, sui possibili mutamenti che l'hanno coinvolta[69].

3. *Analisi per una storia dell'editto Publiciano.*

3.1. *Sabino, Cassio e il momento in cui vi deve essere la buona fede.* – Una testimonianza da considerare per la storia e la ricostruzione dell'editto Publiciano è quella tratta dal commento di Ulpiano all'editto, Ulp. 16 *ad ed.* D. 41, 3, 10 pr.[70], nella quale è riportata la posizione di Sabino e di Cassio sul momento in cui vi deve essere la buona fede affinché si possa compiere l'*usucapio*:

> Ulp. 16 *ad ed.* D. 41, 3, 10 pr.: Si aliena res bona fide empta sit, quaeritur, ut usucapio currat, utrum emptionis initium ut bonam fidem habeat exigimus, an traditionis. et optinuit Sabini et Cassii sententia traditionis initium spectandum.

La questione che Ulpiano, nel testo in esame, riporta come discussa è se colui il quale avesse comprato in buona fede una cosa che non apparteneva al venditore (*res aliena*)

---

esse intendere, fingitur rem usu cepisse, et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit velut hoc modo: IUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM A. AGERIUS EMIT <ET> IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EIUS EX IURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET *et reliqua.*

[68] PEROZZI 1894, p. 46 ss.; PACCHIONI 1897, 118 ss.; SCHULZ 1951, p. 376; KASER 1971, p. 438; CAPOGROSSI COLOGNESI 1988, p. 198; SIRKS 2017, p. 319. Vd. però VACCA 1983 (2006), p. 64, nt. 24, per la quale i passi del Digesto lascerebbero supporre «l'esistenza di due editti pretori»; EAD. 1988 (2006), p. 133 s., nt. 5.

[69] Recentemente sulla discussione del tenore della promessa edittale e sui possibili mutamenti, cfr. SIRKS 2017, p. 308 ss.

[70] Sul testo vd. APPLETON 1889, p. 200 ss.; CARUSI 1889, p. 181 ss.; PEROZZI 1894, p. 78; PACCHIONI 1897, p. 128; LOMBARDI 1961, p. 225 ss., il quale si sofferma anche sulla discussione della dottrina in merito al momento per il quale rileva la *bona fides* per la *usucapio pro emptore*; HAUSMANINGER 1964, p. 88 ss.; VACCA 1988 (2006), p. 146 ss.; BURDESE 1991, p. 122 ss.; VOCI 1952, p. 175 e 190; STOLFI 2001, p. 311, nt. 13.

dovesse, per usucapirla, essere in buona fede al momento della vendita o al momento della *traditio*[71]. Il giurista severiano osserva che prevalse l'opinione di Sabino e di Cassio, i quali avevano ritenuto che rilevasse il momento della *traditio*.

Il testo, che ad una prima lettura potrebbe presentare delle contraddizioni interne e con esse dei sospetti interpolazionistici[72], può offrire elementi interessanti per la ricostruzione della clausola edittale che prometteva la *Publiciana*.

La questione discussa, infatti, si comprende – a mio avviso senza la necessità di stravolgere il testo – alla luce di una clausola edittale che menzioni l'*emere bona fide* e la *traditio* e prometta una formula in cui si finga che sia decorso il tempo per la usucapione. La previsione, come requisito della *Publiciana*, dell'*emptio bonae fidei*, e quindi la buona fede al momento del negozio, unitamente all'avvenuta *traditio*, potrebbe infatti aver condotto i giuristi a chiedersi se ai fini della *usucapio* vada tenuto conto della buona fede in tale momento negoziale (informazione che è data per presupposta) o in quello della consegna[73]. La posizione che Ulpiano riporta come affermatasi è la seconda, che però non vuole negare la rilevanza della *bona fides* al momento dell'*emptio*[74].

Il dato della *bona fides* al momento dell'*emptio*, infatti, non è messo in discussione nel caso prospettato da Ulpiano (*Si*

---

[71] Vacca 1988 (2006), p. 146 ss.

[72] Sospetti interpolazionistici sul testo sono stati avanzati da Huschke 1874, p. 63 ss.; Appleton 1889, p. 200 ss.; Carusi 1889, p. 181 ss.; Bonfante 1894, p. 589 ss.; Lombardi 1961, p. 225 ss., il quale – rilevate diverse costruzioni testuali sospette – arriva a ritenere che Ulpiano in realtà si stesse occupando «solo della questione se i termini dell'usucapione, una volta acquisito il possesso, andassero fatti decorrere già dall'inizio delle contrattazioni o solo dall'inizio delle operazioni di consegna (che potevano essere laboriose): questione risolta da Sabino e Cassio nel secondo senso, e con pieno successo». Per una lettura nella sostanza conservativa, vd. Vacca 1988 (2006), p. 146 s. e 150; Burdese 1991, p. 124.

[73] Bonfante 1894, p. 591: «non si discute punto in qual momento di preferenza occorra la buona fede; che la compravendita debba seguire in buona fede non v'ha dubbio. Il punto è questo: se in caso di *bonae fidei emptio* la tradizione, ch'è pur necessaria all'esperimento della *Publiciana*, debba seguire in buona fede».

[74] Vacca 1988 (2006), p. 146 ss.

aliena res bona fide empta sit); pertanto, non mi sembra possa ritenersi che secondo l'opinione di Sabino e Cassio «la buona fede ai fini del decorso dell'usucapione, e conseguentemente della spettanza dell'*actio Publiciana*, la cui formula il giureconsulto [Ulpiano] stava commentando, sarebbe stata richiesta avuto riguardo all'*initium traditionis* anziché all'*initium emptionis*»[75]. Una lettura di Fr. Vat. 1[76] potrebbe confermare che per Sabino e Cassio rilevasse la buona fede nell'*emere*, nel momento contrattuale[77] e che quindi anche per loro possa considerarsi presupposta nella *sententia* citata da Ulpiano.

Nella ricostruzione palingenetica del commento ulpianeo all'editto, Lenel[78] colloca il testo in esame nella parte dedicata al commento della formula dell'*actio Publiciana* e, in particolare, tra i testi riportati in D. 6, 2, 7, 16 e D. 6, 2, 7, 17[79]. Se però il riferimento all'*emptio bonae fidei* era contenuto nella clausola edittale, non possiamo escludere che con il commento ulpianeo riportato in D. 6, 2, 7, 11-17 e in D. 41, 3, 10 pr. il giurista severiano si stesse ancora occupando della clausola edittale.

Nel testo del commento ulpianeo riportato in D. 41, 3, 10 pr. non vi è un riferimento esplicito all'*actio Publiciana*, ma la

---

[75] Così, invece, BURDESE 1991, p. 124. In modo analogo già VOCI 1952, p. 190. A ragione LOMBARDI 1961, p. 226, sottolineava la «singolarità» del testo in esame «che dice aver prevalso la teoria dell'*initium traditionis* a proposito non dell'*emptio*, ma dell'*emptio* in buona fede».

[76] Fr. Vat. 1: *qui a muliere sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit vel falso tutore auctore quem sciit non esse, non videtur bona fide emisse; itaque et veteres putant et Sabinus et Cassius scribunt. Labeo quidem putabat nec pro emptore eum possidere, sed pro possessore, Proculus et Celsus pro emptore, quod est verius: nam et fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest. Iulianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere et si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere.* (= Paul. 8 *ad Sab.* D. 18, 1, 27).

[77] In questo senso LOMBARDI 1961, p. 230.

[78] LENEL 1889b, coll. 512 s.

[79] Una diversa ricostruzione palingenetica è proposta da LOMBARDI 1961, p. 231, il quale suggerisce di collocare il testo ulpianeo riportato in D. 41, 3, 10 pr. subito dopo quello in D. 6, 2, 7, 15: «c'è infatti, dopo che si è parlato di *b.f.* nell'*emptio*, una doppia successiva applicazione del regime dell'usucapione a quello della Publiciana: prima a proposito dell'esigenza della *traditio* (41, 3, 10 pr. e § 16), poi a proposito dell'esigenza della *b.f.* nella *traditio* stessa (§ 17)».

sedes materiae nella quale il testo va calato – che risulta dal 16 libro dell'*ad edictum* ulpianeo – e il fatto che la questione del momento in cui andava verificata la presenza della buona fede, ai fini dell'applicazione dell'*actio Publiciana*, in caso di *traditio* non contestuale, se in quello dell'*emptio* o in quello (successivo) della consegna della *res*, fosse discussa[80], fa pensare che posizioni discordanti risalissero al tempo di Sabino e Cassio (*et optinuit* …), e che ancora nel periodo adrianeo, come si ricava dai citati passaggi del commento ulpianeo in cui è citato Giuliano[81], fosse opportuno chiarire la posizione da seguire[82].

Si potrebbe anche pensare che la posizione di Sabino e Cassio, relativa all'usucapione[83], fosse del tutto avulsa dai problemi aperti dall'*actio Publiciana* e che Ulpiano l'avesse richiamata per il forte legame esistente tra il rimedio trattato nel commento e l'*usucapio*. Il requisito, dato per ammesso all'inizio del testo, della buona fede al momento dell'*emptio*, unitamente alla questione della buona fede al momento della *traditio*, permette però di considerare che la questione fosse stata sollevata proprio dalla presenza, nella clausola edittale che prometteva la *Publiciana*[84], del requisito della *emptio bonae fidei* unitamente a quello della *traditio*[85].

---

[80] Vd., ad esempio, Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 16-17. Mentre non era messo in discussione il requisito della buona fede del compratore al momento della compravendita (Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 11), cfr. Vacca 1988 (2006), p. 147.

[81] Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 17 (in cui Ulpiano cita Giuliano).

[82] Come rileva Vacca 1988 (2006), p. 148, «le difficoltà sorgevano nel momento in cui si voleva raccordare la stessa funzione dell'*usucapio* [rendere certo e inattaccabile l'acquisto tramite *mancipatio*] alla *traditio ex causa emptionis*».

[83] Harke 2013, p. 68 e 82.

[84] Per Pacchioni 1897, p. 128, la questione discussa da Ulp. 16 *ad ed.* D. 41, 3, 10 pr. «presuppone che *emptio* e *traditio* fossero nell'editto parificate così appunto come sono nella formula riferita da Gaio IV, 36!» e, in considerazione di ciò si chiede: «se l'editto publiciano già conteneva menzione della *traditio* perché l'avrebbe esclusa Giuliano? E perché Ulpiano si sarebbe occupato di tale controversia appunto commentando l'editto?».

[85] Il regime dell'*actio Publiciana* potrebbe infatti aver determinato il cambiamento dei requisiti necessari per l'usucapione. In questo senso, Vacca 1988 (2006), p. 148.

Un altro dato mi sembra interessante considerare ai fini di una riflessione sulla storia dell'editto Publiciano. Se consideriamo, come mi sembra, che la discussione nella quale intervengono Sabino e Cassio fosse connessa alla clausola edittale sulla *Publiciana*, allora si deve tener conto che essa per i giuristi avrebbe trovato applicazione anche per ipotesi di acquisto *a non domino*. Infatti, il caso dal quale Ulpiano prende le mosse è quello di colui il quale avesse comprato in buona fede una *res aliena*, una cosa che non apparteneva al venditore, e tale fattispecie, considerando il contesto ulpianeo nel quale il testo va calato, avrebbe potuto essere coperta dalla tutela dell'*actio Publiciana*. Questo rilievo, però, così isolatamente considerato, non costituisce una prova della effettiva presenza delle parole *a non domino* nel testo edittale.

3.2. *Nerazio e la funzione dell'*actio Publiciana*, concessa a* qui bona fide emit. – Un'ulteriore testimonianza dalla quale non si può prescindere in una riflessione sulla clausola edittale che prometteva l'*actio Publiciana* è quella di Nerazio.

Nel Digesto, in relazione al tema in esame, sono presenti due frammenti di Nerazio, tratti dal libro 3 delle *membranae* (D. 6, 2, 17 e D. 19, 1, 31, 2), e una sua citazione nel commento ulpianeo *ad edictum* (Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 9, 3).

In tutti e tre i testi, come vedremo, ricorre costante il caso di una *emptio (bonae fidei)* e, più in particolare, nei due frammenti tratti dalle *membranae* le fattispecie discusse riguardano, più o meno esplicitamente, ipotesi di acquisto *a non domino*.

Nel primo frammento il giurista precisa che l'azione Publiciana è promessa affinché colui che abbia comprato in buona fede una cosa e ne abbia ottenuto il possesso possa più di altri (*potius*[86]) avere la cosa:

> Ner. 3 *membr.* D. 6, 2, 17: Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio 'si ea res possessoris non sit': sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.

[86] Huschke 1874, p. 17.

Nerazio, ragionando evidentemente sulla *ratio* alla base dell'introduzione del rimedio, osserva che l'*actio Publiciana* non è stata prevista per portare via la cosa al proprietario (*dominus*[87]) e – a sostegno di ciò – richiama due argomenti: l'equità[88] e l'*exceptio* '*si ea res possessoris non sit*'[89]. Poi il giurista prosegue, precisando quello che è piuttosto, a suo avviso, il fine per il quale l'azione è stata prevista: affinché possa avere la *res*, più di altri, colui il quale l'ha comprata in buona fede e sulla base dell'*empio bonae fidei* (*causa*) ne abbia conseguito la *possessio*.

---

[87] Nerazio qui con il termine *dominus* a mio avviso si riferisce al *dominus ex iure Quiritium*. In questo senso anche Vacca 1988 (2006), p. 140, la quale, sulla base di questa affermazione di Nerazio, osserva anche che non sia discutibile «che la *Publiciana* sia stata introdotta non a tutela di un proprietario diverso dal proprietario *ex iure Quiritium*, ma con la funzione di tutelare chi avesse acquistato un bene con un negozio non idoneo di per sé a trasferire il *dominium*, finché non fosse divenuto proprietario secondo il *ius civile*»; l'osservazione, compiuta dalla studiosa anche per negare che il pretore volesse tutelare una forma di appartenenza pretoria che si affiancava al *dominium* civilistico (vd. anche Vacca 2010 [2006], p. 630), è rilevante soprattutto in considerazione della tesi, recentemente riaffermata, che la *Publiciana* possa essere connessa con una tutela apprestata per lo straniero; per un riferimento al *dominus ex iure Quiritium*, vd. anche Cannata 2001, p. 545; Frunzio 2022, p. 7 ss.; Castagnetti 2023, p. 156. Per una discussione sulla possibile inclusione dell'*in bonis habens*, vd. Apathy 1982, p. 166; Maifeld 1991, p. 34 s.

[88] Sul richiamo di Nerazio, nel testo in esame, all'*aequitas*, a torto considerato un'interpolazione (Beseler 1925, p. 453), cfr. Scarano Ussani 1977, p. 178 s., il quale sottolinea il ruolo, attribuitole dal giurista, di garantire, insieme all'*exceptio*, il *dominus* e con esso il *dominium* che «oltre ad essere un una 'figura' giuridica era un vero e proprio valore sociale»; Waldstein 2007, p. 306, che mette in risalto il ruolo dell'*aequitas* come «*argumentum* con il quale viene corretto lo *ius civile*»; Mantovani 2017, p. 53, nt. 93, per il quale il richiamo all'*aequitas* potrebbe intendersi come «un'allusione all'*aequitas unicuique suum tribuens*»; Frunzio 2022, p. 7 ss., 114 ss., la quale si sforza di far emergere «l'impianto logico del giurista» (p. 9), volto a difendere la forza del *dominium* pur di fronte alla previsione della *Publiciana*.

[89] Si tratta della *exceptio iustii domini*: così Carusi 1889, p. 219; Scarano Ussani 1977, p. 178; Di Lella 1984, p. 103 s., il quale la mette in relazione con l'*exceptio* '*si non suus esset*' citata da Giuliano (riportato da Ulpiano) in Ulp. 76 *ad ed.* D. 44, 4, 4, 32; Albanese 1985, p. 118 nt. 447; Cannata 2001, p. 545; Frunzio 2021, p. 65; Castagnetti 2023, p. 147.

L'ipotesi alla quale Nerazio si riferisce è quindi quella di una *traditio emptionis (bonae fidei) causa* e questo dato può costituire un tassello importante nel tentativo di mettere in ordine le informazioni sulla clausola edittale che ci vengono restituite dalle fonti[90]. La testimonianza di Nerazio, infatti, si spiega bene con la presenza delle parole *qui bona fide emit* nella clausola edittale che Publicio aveva introdotto.

Questa ipotesi non mi sembra risultare contraddetta dal fatto che al tempo di Nerazio l'*actio Publiciana* potesse essere concessa per ogni *traditio ex iusta causa*, come potrebbe dimostrare il fatto che il suo contemporaneo Giuliano avesse riconosciuto alla *Publiciana* un più largo campo di azione[91]. Forse anche l'*ex ea causa* del testo vuole indicare che quella discussa è una delle possibili *causae*. L'interpretazione estensiva della clausola edittale, incentrata sul requisito della *traditio emptionis causa*, verosimilmente si era già affermata all'interno della giurisprudenza e non possiamo escludere che sia stata definitivamente registrata (per quanto ciò non fosse strettamente necessario) da Giuliano nella redazione dell'editto[92].

---

[90] *Supra* § 2.3.1.

[91] Perozzi 1894, p. 49, avendo presente Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 1; Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 11, 4.

[92] Pacchioni 1897, p. 129, ritiene possibile che «ai tempi di Giuliano l'estensione dell'originario editto publiciano ad ogni *justa causa* fosse già avvenuta per opera della giurisprudenza e accolta in una modificata clausola edittale da Giuliano nel suo editto perpetuo». Di Lella 1984, p. 73, ritiene, però, che le considerazioni svolte da Nerazio facciano piuttosto pensare che egli si stesse riferendo ad una clausola edittale presente nel momento in cui il giurista scriveva e non superata. A suo avviso, infatti, solo una simile prospettiva temporale giustificherebbe «la preoccupazione che uno strumento di origine pretoria possa risolversi in una minaccia per un istituto del *ius civile* importante come il *dominium ex iure Quiritium*». Piuttosto, Di Lella ritiene che il «processo di stabilizzazione, che muoveva dalla fattispecie statisticamente più importante, era al tempo di Giuliano soltanto agli inizi» (p. 112) e pertanto la codificazione dell'editto da lui compiuta avrebbe incluso l'originaria formulazione della clausola edittale, quella ricordata da Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 11. Di Lella, però, riconosce il problema del coordinamento tra il testo edittale tramandato in D. 6, 2, 1 pr. e i frammenti giulianei dai quali risulta la sola fattispecie della *emptio bonae fidei* (p. 78) e un lavorìo verso l'estensione della *Publiciana* a casi analoghi a quelli di una *emptio bonae fidei* (p. 79) e non esclude «l'ipotesi di una loro stesura in epoca anteriore alla 'codificazione' dell'editto pretorio» (p. 127).

Inoltre, si può osservare che Nerazio, probabilmente intento in diversi frammenti del libro terzo delle *membranae* a risolvere problemi connessi alla compravendita[93] e tra questi quelli di alienazione *a non domino* e di doppia alienazione di uno stesso bene, che potevano determinare un conflitto tra *dominus ex iure Quiritium* e *in bonis habens*, si sofferma, nello stabilire una sorta di gerarchia tra i due[94], sulla finalità che il pretore voleva conseguire con l'introduzione della *Publiciana* e per questo motivo ragiona sulla «*prima origine* della azione (*non ideo comparata est*)»[95], quella che forse, quando egli scriveva era ancora contemplata nell'editto.

Nell'altro frammento tratto dalle *membranae* (D. 19, 1, 31, 2), Nerazio non cita direttamente l'*actio Publiciana*, ma un confronto con il commento ulpianeo riportato in D. 6, 2, 9, 4[96], in cui Ulpiano nel discutere un caso analogo e nel citare la posizione di Giuliano menziona esplicitamente il rimedio in esame, conferma che il problema discusso e il contesto nel quale va calata la soluzione di Nerazio sono quelli della *Publiciana*[97]:

> Ner. 3 *membr.* D. 19, 1, 31, 2: Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum tradita

[93] Lenel 1889a, coll. 331 ss.; Castagnetti 2023, p. 147 s.

[94] Cannata 2001, p. 544 s.

[95] Pacchioni 1897, p. 126.

[96] Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 9, 4: *si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. et Iulianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. quae sententia vera est.* Per un esame delle posizioni di Nerazio (D. 19, 1, 31, 2) e Giuliano, riportato da Ulpiano (D. 6, 2, 9, 4), cfr. Erman 1890, p. 222; Apathy 1982, p. 167 ss.; Di Lella 1984, p. 104 ss.; Burdese 1991, p. 126 s.; Cristaldi 2020, p. 25 s. (§ 4); Id. 2021, p. 32 ss.; Frunzio 2022, p. 13 ss.

[97] Scarano Ussani 1977, p. 197, nt. 97; Di Lella 1984, p. 105, nt. 87; Vacca 1988 (2006), p. 153; Cristaldi 2020, p. 26; Id. 2021, p. 26 ss.; Frunzio 2022, p. 12 s.

est. si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est.

Il caso trattato da Nerazio[98] è quello di un acquisto *a non domino* di una medesima *res* da parte di due acquirenti, attraverso una compravendita avvenuta in buona fede, essendo assente il *dolus malus*[99], e la consegna della cosa stessa. Nel ragionare sulla soluzione il giurista precisa che sia nel caso in cui i due acquirenti comprarono dal medesimo venditore, sia nel caso in cui acquistarono da due venditori diversi, deve essere tutelato colui il quale per primo *ius*[100] *eius adprehendit*, cioè colui al quale per primo è stata consegnata la *res*. Se, però, uno dei due l'avesse acquistata dal proprietario, allora egli deve essere protetto in ogni caso.

Nel testo si tratta dunque di una *emptio bonae fidei a non domino* e della *traditio* della *res* a due acquirenti che non hanno più la *possessio* della cosa stessa: la questione che il giurista af-

[98] Sul testo sono stati avanzati sospetti stilistici e contenutistici (Eisele 1890, p. 8 s.; Mommsen, Krüger 1911, p. 281 s.; Beseler 1920, p. 132 s.; Id. 1925, p. 440; Greiner 1972, 23 e nt. 50; Apathy 1982, p. 179 ss.; Thielmann 1994, p. 199 s., 238 ss.; Cristaldi 2020, p. 26 ss.), cfr. per una discussione Cristaldi 2020, p. 26 ss., nt. 3 ss. Come vedremo *infra*, anche l'ultima frase, per la quale pure Cristaldi avanza qualche sospetto, «perché mostra una idea di *dominium* che non riflette quella consapevole complessità del fenomeno dell'appartenenza che si ritrova in epoca classica» (nt. 10), mi sembra in linea con la riflessione più ampia di Nerazio sulla *Publiciana*.

[99] Lombardi 1961, p. 238 s.

[100] Sull'impiego di *ius* da parte di Nerazio, vd. Apathy 1982, p. 180, il quale si chiede se possa essere riconducibile a Nerazio, in considerazione della fattispecie da lui discussa, («muß aber deswegen die Bezugnahme auf ein im des Ersitzungsbesitzers in D. 19,1,31,2 verfehlt und dem Neraz abzusprechen sein?») e ritiene che non ci si debba meravigliare della terminologia impiegata dal giurista, dal momento che l'acquirente non solo sarebbe stato protetto con una tutela possessoria, ma anche tramite l'*actio Publiciana* («daß Neraz von einem im des gutgläubigen und rechtmäßigen Erwerbers spricht. Denn immerhin wird ein solcher Erwerber nicht nur (wie selbst der Dieb) possessorisch durch Interdikte, sondern (ähnlich wie der Eigentümer) durch die *a.P.* nach dem Vorbild der *rei vindicatio* petitorisch geschützt»). Vd. anche Burdese 1991, p. 127, per il quale *ius* starebbe ad indicare la situazione giuridica della *possessio pro emptore* di buona fede «rilevante ai fini del decorso dell'usucapione come, nel frattempo, della spettanza dell'*actio Publiciana*, e opponibile, di massima ai terzi».

fronta è a chi spetti la *tuitio*, la protezione, e nel caso di specie quindi l'*actio Publiciana*[101].

La soluzione è individuata da Nerazio guardando alla *traditio* e in particolare a colui al quale per primo è fatta la consegna, perché l'acquirente in buona fede da quel momento potrà esercitare la *Publiciana*. Nel caso, però, uno dei due acquirenti riceva la consegna dal proprietario, la situazione sarebbe per Nerazio diversa. Egli, in linea con quanto prima rilevato (3 *membr.* D. 6, 2, 17: *Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur*)[102], valorizzando il ruolo del *dominus* civilistico[103], quello che fondava il *meum esse* sullo *ius Quiritium*, ritiene che debba prevalere in ogni caso colui il quale riceve la cosa da quest'ultimo, anche se la consegna è avvenuta successivamente a quella effettuata dal non proprietario all'altro acquirente[104].

Anche nella citazione di Nerazio in Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 9, 3 si discute l'applicazione della *Publiciana* in una ipotesi specifica di *emptio venditio*[105], quella di un acquisto di una *hereditas*[106]:

> Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 9, 3: Item si hereditatem emero et traditam mihi rem hereditariam petere velim, Neratius scribit esse Publicianam.

Nel caso in cui qualcuno abbia comprato un'eredità e debba *petere* una cosa ereditaria che gli è stata consegnata e di cui evidentemente non ha più la *possessio*, Ulpiano osserva

---

[101] Lenel 1889a, coll. 767, nt. 2 e 768 nt. 3; Greiner 1973, p. 22; Scarano Ussani 1977, p. 197, nt. 97; Di Lella 1984, p. 105, nt. 87; Vacca 1988 (2006), p. 153; Cristaldi 2020, p. 25 (§ 4); Id. 2021, p. 27; Frunzio 2022, p. 13; Castagnetti 2023, p. 156.

[102] Già Lenel 1889a, coll. 767, nt. 2 e 768 nt. 3, collegava – a ragione – i due brani di Nerazio. Cfr. anche Greiner 1973, p. 22 ss.; Apathy 1982, p. 160 ss.; Di Lella 1984, p. 77; Frunzio 2022, p. 10 ss.; Castagnetti 2023, p. 147 s., 156.

[103] Greiner 1973, p. 25; Di Lella 1984, p. 83; Thielmann 1994, p. 236 s.; Castagnetti 2023, p. 156.

[104] Vacca 1988 (2006), 153.

[105] Castagnetti 2023, p. 148.

[106] Sulla compravendita dell'eredità cfr. Talamanca 1993, p. 348 e ss.; Marelli 2020, p. 1 ss.

che Nerazio scriveva – senza specificare in quale opera[107] – che sarà concessa la *Publiciana*. Evidentemente il caso discusso dal giurista non avrebbe permesso al compratore, per motivi che non è possibile ricostruire nel dettaglio, di agire con la *rei vindicatio*, non menzionata nel testo.

In dottrina si è ritenuto, anche sulla base di questo testo, che Nerazio «mostri di conoscere la *emptio-venditio* come unico campo di applicazione della *Publiciana*»[108]. Probabilmente al tempo di Nerazio la compravendita era ancora considerata in via esclusiva nella clausola edittale come *causa* della *traditio*.

Le testimonianze di Nerazio, in particolare le due tratte dalle *membranae*, mostrano anche, più o meno esplicitamente, la connessione tra l'applicazione della *Publiciana* e gli acquisti *a non domino*; dato da tenere in considerazione per valutare la presenza di queste parole nella clausola edittale[109].

3.3. *Giuliano e l'*emptio bonae fidei *come causa della* traditio. – Anche Giuliano, dai testi che ci sono pervenuti, sembrerebbe conoscere l'*emptio bonae fidei* come *causa* della *traditio*[110], requisito della *Publiciana*, ma allo stesso tempo intervenire nell'*interpretatio* estensiva di questa fattispecie:

> Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 1: Si lis fuerit aestimata, similis est venditioni: et ait Iulianus libro vicensimo secundo digestorum, si optulit reus aestimationem litis, publicianam competere.

Ulpiano, intento a commentare le parole '*ex iusta causa petet*' della clausola edittale da lui citata, ed in particolare a sottolineare che la *Publiciana* non compete solo al compratore di buona fede, procede con una serie di esempi in cui si può agire con il rimedio in esame. Tra questi fa il caso in cui sia

---

[107] In considerazione del riferimento della fattispecie discussa alla *emptio venditio* e alla *Publiciana*, si può anche ipotizzare che il testo sia stato, come quelli in D. 6, 2, 17 e in D. 19, 1, 31, 2, tratto dal libro terzo delle *membranae*.

[108] Di Lella 1984, p. 77.

[109] *Infra* § 4.

[110] Di Lella 1984, p. 78.

stata effettuata la stima della cosa litigiosa[111] e osserva che *similis est venditioni*[112].

Dal modo di procedere del giurista sembrerebbe che Ulpiano, o la sua fonte[113], per ammettere l'applicazione della *Publiciana* nel caso della *litis aestimatio* abbia la necessità di richiamare la somiglianza con la compravendita[114]. In questo contesto il giurista severiano cita Giuliano, il quale nel libro 22 dei Digesti aveva affermato che se il convenuto avesse offerto la *litis aestimatio*[115] gli sarebbe stata concessa la *Publiciana*.

Sulla base di questa citazione ulpianea parte della dottrina ha ritenuto che Giuliano riesca ad estendere l'applicazione della *Publiciana* a casi diversi da quello originario dell'*emptio* in quanto siano ad esso analogicamente assimilabili[116].

La centralità dell'*emptio bonae fidei* nei contributi giulianei sulla *Publiciana* risulta da diversi testi[117], tra i quali due fram-

---

[111] Bonfante 1918, p. 413, per spiegare il motivo dell'applicazione della *Publiciana* osserva che la *litis aestimatio* «non può generare possesso di buona fede: essa fonda l'*in bonis*, e se fonda soltanto l'*in bonis*, non la proprietà, gli è perché il convenuto non ha ricevuto la trasmissione della *res mancipi* nei debiti modi, ma ha pagato e conservato il possesso mediante una specie di *traditio brevi manu*». Vd. anche Id. 1893, p. 500. Sulla *litis aestimatio*, vd. Murga Gener 1984, p. 2607 ss.

[112] Lombardi 1961, p. 237, rileva che la *litis aestimatio* risulta essere «accolta in quanto analoga alla *venditio*».

[113] Perozzi 1894, p. 61, ritiene che anche la prima parte del paragrafo in esame sia attribuibile a Giuliano e da ciò ricava che il codificatore dell'editto «ha bisogno di questa affinità colla vendita per ammettere un'azione concessa nell'editto pel caso di vendita soltanto».

[114] Di Lella 1984, p. 11, a differenza di Perozzi (*supra*, nt. 113), sembrerebbe considerarle di Ulpiano, dal momento che ritiene il testo possa costituire un argomento per affermare che il processo di ampliamento, rispetto al nucleo originario dell'*emptio bonae fidei*, non fosse ancora terminato al tempo dei Severi.

[115] Vd. anche Iul. 19 *dig.* D. 25, 2, 22 pr.: *si propter res amotas egero cum muliere et lis aestimata sit, an actio ei danda sit, si amiserit possessionem? movet me, quia dolo adquisiit possessionem. respondi: qui litis aestimationem suffert, emptoris loco habendus est. ideo si mulier, cum qua rerum amotarum actum est, aestimationem litis praestiterit, adversus vindicantem maritum vel heredem mariti exceptionem habet et, si amiserit possessionem, in rem actio ei danda est.*

[116] Di Lella 1984, p. 79.

[117] Cfr., oltre ai testi citati, per quanto meno espliciti in tal senso (Di Lella 1984, p. 78, nt. 25) Pomp. *ex Plaut.* D. 21,3,2; Ulp. 76 *ad ed.* D. 44, 4, 4, 32; Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 11, 3.

menti dell'*ad edictum* di Ulpiano in cui viene citato Giuliano su fattispecie analoghe a quelle sulle quali erano intervenuti Sabino e Cassio prima e Nerazio poi:

> Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 17: Iulianus libro septimo digestorum scripsit traditionem rei emptae oportere bona fide fieri: ideoque si sciens alienam possessionem adprehendit, Publiciana eum experiri non posse, quia usucapere non poterit. nec quisquam putet hoc nos existimare sufficere initio traditionis ignorasse rem alienam, uti quis possit Publiciana experiri, sed oportere et tunc bona fide emptorem esse.

Nella ricostruzione palingenetica del commento ulpianeo all'editto, Lenel[118] colloca questo testo, in cui è riportata la posizione di Giuliano, subito dopo quello in cui, su una questione analoga, da Ulpiano sono citati Sabino e Cassio (Ulp. 16 *ad ed.* D. 41, 3, 10 pr.).

La questione che Ulpiano sta discutendo e sulla quale riporta la posizione di Giuliano è, infatti, quella del momento in cui il compratore di una *res aliena* (quindi *a non domino*) deve essere in buona fede per potersi avvalere dell'*actio Publiciana*, se in quello dell'*emptio* o in quello della *traditio*. Su questa stessa questione, come abbiamo visto[119], Ulpiano aveva anche riportato la posizione dei due giuristi augustei, sostenendo che era quella prevalsa.

L'orientamento di Giuliano, concentrato sul momento della *traditio*, sembrerebbe essere diverso da quello di Sabino e Cassio[120], ma la parte finale del testo[121], in cui Ulpiano chiarisce, direi in senso adesivo rispetto a Giuliano, che la buona fede vi deve essere in entrambi i momenti, quello del contratto (requisito della *Publiciana*) e quello della consegna (al-

---

[118] Lenel 1889b, col. 513.

[119] *Supra*, § 3.1.

[120] Sabino e Cassio (Ulp. 16 *ad ed.* D. 41, 3, 10 pr.) intervengono rispetto ad una fattispecie in cui la buona fede al momento del contratto era data per accertata: *si aliena res bona fide empta sit.*

[121] Considerata compilatoria da Lombardi 1961, p. 228, il quale, però, che anche per Giuliano ritiene fosse presupposta la buona fede al momento dell'*emptio*.

trimenti non si potrebbe compiere l'*usucapio*), è in linea con quanto avevano affermato i due giuristi augustei, esplicitamente per la possibilità che maturasse l'usucapione[122].

Giuliano mettendo ulteriormente in chiaro il rapporto tra l'usucapione e la *Publiciana* scrive che se uno, sapendolo, riceve con *traditio* la cosa di un altro[123] non potrà esercitare la *Publiciana* (benché si potrebbe pensare che la sua concessione richieda la buona fede al momento dell'*emptio*), perché non potrà usucapire.

L'altra testimonianza giulianea dalla quale potrebbe ricavarsi che il giurista adrianeo ragionasse sulla base di un editto che prevedeva la *traditio* con *causa* in una *emptio bonae fidei* è riportata ancora una volta da Ulpiano:

> Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 9, 4: Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. et Iulianus libro septimo digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. quae sententia vera est.

Il caso che Ulpiano discute è simile a quello che aveva già affrontato Nerazio (3 *membr.* D. 19, 1, 31, 2): si tratta della vendita, avvenuta separatamente, a due compratori di buona fede. Il giurista si chiede chi fra i due acquirenti possa preferibilmente servirsi della *Publiciana*, quello a cui per primo sia stata effettuata la *traditio*, o quello che ha solamente comprato la *res* (*tantum emit*[124]). A questo punto Ulpiano riporta, ade-

---

[122] Vacca 1988 (2006), p. 146 ss. Una diversa lettura della fonte è proposta da Burdese 1991, p. 124 s., su cui vd. *supra*, 3.1.

[123] Nella prima parte del testo si usano le parole *aliena possessio*, nella seconda parte *res aliena*, ma credo che con entrambe si volesse nella sostanza dire che si trattava di un acquisto *a non domino*.

[124] Sui tentativi in dottrina di spiegare l'incompatibilità dell'ipotesi in cui il compratore abbia solo concluso la compravendita della *res* (senza ricevere la *traditio* della stessa?) con una questione concernente la *Publiciana*, che presuppone la *traditio*, vd. Cristaldi 2020, p. 25 s. (§ 4); Id. 2021, p. 28 ss., la cui spiegazione appare plausibile.

rendovi, la posizione espressa da Giuliano, nel libro settimo dei *Digesta*, secondo la quale, se due compratori abbiano acquistato dal medesimo non proprietario (*ab eodem non domino emerint… a diversis non dominis*[125]), prevale la posizione di colui al quale per primo la *res* è stata consegnata; nel caso in cui, invece, abbiano comprato da non proprietari diversi, prevale la posizione di chi possiede rispetto a quella di chi agisce.

La circostanza che anche in questa fonte, come nella precedente, l'ipotesi sulla quale Giuliano interviene è quella della concessione della *Publiciana* per un caso di *emptio bonae fidei*, aggiungerei *a non domino*, ha condotto parte della dottrina a ritenere che il giurista adrianeo considerasse «la sola ipotesi dell'*emptio bonae fidei* come oggetto della tutela della Publiciana»[126].

Il dato è sicuramente da considerare nel tentativo di spiegare le fonti, tra loro almeno apparentemente discordanti, che ci sono giunte sull'editto Publiciano, in particolare in considerazione del ruolo di Giuliano come codificatore dell'editto. Allo stesso tempo, però, si deve osservare che benché Giuliano nei *Digesta* – i quali comunque potrebbero non aver influenzato il lavoro di codificazione dell'editto[127] – sembri ancora fortemente concentrato sulle ipotesi di *emptio bonae fidei*, non si deve perdere di vista che Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 1, invece, riferisce che nella medesima opera, il giurista adrianeo avesse affermato – senza mostrare dubbi – che l'*actio Publiciana* compete al convenuto che *optulit aestimationem litis*. La sua è la prima testimonianza giuntaci sulla concessione della *Publiciana* al di fuori di un'*emptio bonae fidei*, ma l'affermazione decisa di Giuliano potrebbe tradire un lavorìo di inter-

[125] Seeler 1900, p. 61, considerando queste espressioni, ipotizza che Giuliano stesse utilizzando proprio le parole dell'editto, nelle quali – a suo avviso – era presente l'espressione *a non domino*.

[126] Di Lella 1984, p. 78.

[127] Lenel 1927, p. 13, a questo proposito osserva: «auch wenn wir von der gar nicht zweifellosen Frage des Altersverhältnisses zwischen den ersten Büchern von Julians Digesten und dem Edikte absehen, so gab es Rücksichten, die für Julian als Ediktredaktor bestimmend sein konnten, für Julian als Schriftsteller aber nicht, und umgekehrt». Vd. anche Erman 1890, p. 240. *Contra*, Giachi 2005, p. 301, nt. 91.

pretazione estensiva già avviato da tempo, che non sarebbe contraddetto dalle testimonianze di Nerazio e di Giuliano stesso, fortemente incentrate sull'*emptio*, perché questa verosimilmente restava la causa per la quale con maggiore frequenza si ricorreva alla *Publiciana*.

3.4. *Gaio: la parafrasi della clausola edittale e la formula dell'*actio Publiciana *tra* traditio ex iusta causa *ed* emere. – Per il periodo successivo alla stabilizzazione adrianea, importanti informazioni sul contenuto dell'editto Publiciano e sul tenore della formula dell'*actio Publiciana*, al di fuori del *Corpus iuris civilis*, come è noto, ci sono giunte dalle Istituzioni gaiane.

> Gai. 4, 36: <Item usucapio fingitur in ea actione, quae Publiciana vocatur>. datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petit: nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usu cepisse, et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit velut hoc modo: IUDEX ESTO. SI QUEM HOMINEM A. AGERIUS EMIT <ET> IS EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM, DE QUO AGITUR, EIUS EX IURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET et reliqua.

Gaio, prima di citare la formula dell'*actio Publiciana*, precisa che questa azione è concessa a colui il quale, avendone perso il possesso, chieda giudizialmente (*petit*) una cosa che gli sia stata consegnata *ex iusta causa* e che non abbia ancora usucapito: *datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petit*. Con queste parole, alle quali fa poi seguire la formula del rimedio, Gaio sta verosimilmente parafrasando[128] la clausola edittale che prometteva la Publiciana.

Rispetto a quanto abbiamo visto nelle fonti che ci restituivano le posizioni di Sabino, Cassio e Nerazio in relazioni alle discussioni sulla *Publiciana*, dal testo gaiano che precede la citazione della formula emergono due dati importanti: a) i pre-

[128] PACCHIONI 1897, p. 132, nt. 1; BONFANTE 1918, p. 389 e 406; WUBBE 1961, p. 427.

supposti per la concessione del rimedio in esame non sono più l'*emptio bonae fidei*, la *traditio* e la non maturata *usucapio*, ma una *iusta causa* alla base della *traditio* e (ancora) la non maturata *usucapio*; b) non vi è un riferimento all'acquisto *a non domino*.

Un riferimento alla *emptio* (ma non al *bona fide emere*[129]), invece, lo troviamo nella formula della *Publiciana* citata da Gaio: *si quem hominem A. Agerius emit*.

A queste considerazioni sul contenuto della clausola edittale e della formula conosciute da Gaio – che potrebbero far pensare ad una non coincidenza con quelle note a Sabino, Cassio e Nerazio – si devono però aggiungere quelle che possono pervenire dall'esame di un'altra testimonianza gaiana, questa volta restituitaci nel Digesto giustinianeo, che contribuisce a far riflettere sul ruolo dell'*emptio* nella previsione edittale, che Gaio conosceva, della *Publiciana*.

> Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 6, 2, 8: De pretio vero soluto nihil exprimitur: unde potest coniectura capi, quasi nec sententia praetoris ea sit, ut requiratur, an solutum sit pretium.

Gaio osserva che nulla si dice della *solutio* del prezzo e che da ciò si può ipotizzare (si tratterebbe di una congettura) che l'opinione del pretore non sia quella di richiedere che il pagamento del prezzo sia avvenuto[130]. Gaio non chiarisce se con le parole *nihil exprimitur* intenda riferirsi alla clausola edittale o alla formula.

In dottrina è stato osservato che la precisazione gaiana «può riferirsi solo a un editto contemplante espressamente il caso dell'*emptio*»[131].

---

[129] Erman 1890, p. 248; Gradenwitz 1891, p. 136; Lombardi 1961, p. 238, 240, per il quale l'assenza della buona fede nella formula citata da Gaio rientrerebbe «nel quadro della negligenza di Gaio a proposito di *b.f.* nelle formule, negligenza del resto mai del tutto ingiustificata». Vd. anche p. 240, nt. 95; Di Lella 1984, p. 76.

[130] Che sulla base di questo testo è considerato non costituire un requisito per la concessione della *Publiciana*. Vd. Appleton 1889, p. 216 ss.; Lombardi 1961, p. 237; Di Lella 1984, p. 78 nt. 25.

[131] Lombardi 1961, p. 237. Vd. anche Huschke 1874, p. 57 ss.; Appleton

Si deve, però, tener conto del dato – poco sopra sottolineato – che in quella che sembra essere in Gai. 4, 36 una parafrasi della clausola edittale post-giulianea non vi è la menzione dell'*emptio*[132], che invece – come abbiamo visto – è presente nella formula modello riportata da Gaio e verosimilmente contenuta nell'editto. Queste considerazioni suggeriscono di considerare la possibilità che Gaio con le parole *nihil exprimitur* si stesse riferendo alla formula[133].

3.5. *I* verba edicti *citati e commentati da Ulpiano*. – Un tassello fondamentale per la storia dell'editto Publiciano è indubbiamente costituito dall'*ad edictum* ulpianeo.

Come abbiamo visto[134], i compilatori giustinianei hanno collocato all'inizio del titolo *De Publiciana in rem actione* (D. 6, 2) un frammento tratto dal libro 16 dell'*ad edictum*, in cui Ulpiano citava e commentava l'editto Publiciano.

> Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 1 pr.: Ait praetor: 'Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo'.

Nella clausola edittale citata da Ulpiano vi è un riferimento, per quanto dai più ritenuto sgrammaticato[135], ad una *traditio ex iusta causa*, compiuta *a non domino*, rispetto alla quale non sia ancora maturata la *usucapio*. Colpisce la parziale corrispondenza[136] con quanto in Gai. 4, 36 precede la citazione della formula dell'*actio Publiciana*. Non vi è, invece, nei *verba edicti* un riferimento all'*emptio bonae fidei* che abbiamo individuato come elemento costante nei ragionamenti di Sabino, Cassio, Nerazio e, sebbene non in via esclusiva, di Giuliano[137].

1889, p. 216 ss.; Perozzi 1894, p. 67 s.; Bonfante 1894, p. 594 ss.; Carusi 1889, p. 184 ss.; Vacca 1988 (2006), p. 157; Burdese 1991, p. 128.

[132] Non presente neppure nella clausola edittale citata da Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 1 pr.

[133] Anche Appleton 1889, p. 219 e nt. 5, pensa che Gaio si stesse riferendo alla formula.

[134] *Supra*, § 2.3.1.

[135] Perozzi 1894, p. 70 ss.; Bonfante 1918, p. 391, 437.

[136] Gaio non include il riferimento alla traditio compiuta '*a non domino*'.

[137] Cfr. anche le fonti citate in nt. 54.

È stato ritenuto che la frase *Si quis id quod traditur* non sia in alcun modo giustificabile e che soltanto «nel pensiero dei compilatori» avrebbe potuto acquistare il significato di «ciò che fu consegnato»[138].

Ma possiamo pensare – con Perozzi[139] – che i compilatori avessero inserito nella clausola edittale, senza nessun precedente riferimento, il requisito della *traditio*? E soprattutto come possiamo spiegare, senza alcun riferimento alla *traditio* nella clausola edittale, il commento dei giuristi che riguarda, nella sostanza, un simile presupposto? In tal caso il sospetto di interpolazione sui *verba edicti* trascinerebbe con sé – come mostra il contributo di Perozzi[140] – quello su interi brani del commento all'editto Publiciano.

Il requisito di una *traditio ex iusta causa*, in considerazione dell'interesse che ha destato sui giuristi che commentavano l'editto, doveva essere presente nella previsione edittale, almeno del periodo adrianeo[141]. L'attenzione che Paolo e Ulpiano mostrano su questo requisito, le parole di Gai. 4, 36: … *datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem* …, conducono a ritenere che non possa considerarsi introdotto dai compilatori giustinianei[142], benché non possa escludersi

[138] Perozzi 1894, p. 70 ss., per il quale solo i bizantini, non avendo più il senso della *consecutio temporum*, avrebbero potuto non accorgersi che *id quod traditur* non potesse significare «ciò che fu consegnato». Diversamente invece Carusi 1889, p. 29 s., riteneva ben possibile l'uso del presente nella clausola edittale (p. 29, vd. anche nt. 30), cfr. *supra*, nt. 49; Pacchioni 1897, p. 121 ss.

[139] Perozzi 1894, p. 70 ss.

[140] Perozzi 1894, p. 71 ss.

[141] Pacchioni 1897, p. 131 ss., il quale sottolinea che non si sarebbe trattato di una «riforma pratica, ma di forma o meglio ancora di formulazione», dal momento che l'interpretazione dei giuristi aveva già condotto all'applicazione dell'*actio Publiciana* al di là dell'ipotesi della *traditio* della *res* acquistata in buona fede. Giuliano sarebbe stato anche uno dei giuristi che aveva lavorato in questo senso (p. 131). Certo ci si potrebbe chiedere se la *Publiciana*, in ipotesi simili, venisse concessa in via utile. Invece non vi sarebbe stato nessun cambiamento adrianeo del testo edittale per Di Lella 1984, p. 110 s., per il quale la clausola edittale sarebbe rimasta invariata, ma non perché l'applicazione estensiva fosse ormai *ius receptum*, ma perché «il rimedio era affatto nuovo e l'intera materia ancora tutta da elaborare».

[142] Per Perozzi 1894, p. 70 s., il *traditur* della clausola edittale nel testo ulpianeo non può che essere una interpolazione. Egli ritiene interpolati an-

un loro intervento su alcuni dei testi tratti dal commento dei due giuristi severiani e impiegati dai compilatori nel titolo II del VI libro del Digesto.

Ulpiano, probabilmente, subito dopo aver citato la clausola edittale, procedeva con un commento lemmatico. Nella compilazione giustinianea, dopo la citazione della clausola edittale, viene subito riportato il commento dei *verba* '*nondum usucaptum*'[143], che implicitamente chiarivano la ragione dell'intervento pretorio, dal momento che se fosse passato il

che D. 6, 2, 1, 2; D. 6, 2, 2 e D. 6, 2, 3. Come ha osservato PACCHIONI 1897, p. 121 ss., gli interventi interpolazionistici che Perozzi individua nei testi, ci mostrano i compilatori «non più come semplici riduttori, correttori, corrompitori di testi, ma anche come inventori di editti e di commenti all'editto. Sarebbe opera loro l'editto, che ci è conservato nel fr. 1, e opera loro anche una parte del commento stesso». A favore della riconducibilità all'editto giulianeo della clausola edittale riportata di D. 6, 2, 1 pr. è la sostanziale corrispondenza dei *verba* riportati da Ulpiano con quanto riferisce Gaio subito prima di citare la formula dell'*actio Publiciana*. Gaio, infatti, con le parole *datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa tradita sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petit* (Gai. 4, 36) sembrerebbe parafrasare la clausola edittale.

[143] LENEL 1889b, col. 511, nella ricostruzione palingenetica dell'opera ulpianea colloca questa parte del commento subito dopo la citazione completa della clausola edittale. Ci si potrebbe, però, chiedere come mai Ulpiano si occupi all'inizio del commento delle parole *nondum usucaptum* che non si troverebbero all'inizio della clausola edittale da lui citata. Per una simile osservazione, cfr. PFLÜGER 1921, p. 469 («Man darf nur nicht übersehen, daß Ulpian in 1. 1 § 1 eod. die Worte *nondum usucaptum* nicht wie man erwarten sollte nach, sondern vor den Worten *ex iusta causa* erörtert, auf die er erst in 1. 3 § 1 zu sprechen kommt») il quale giunge alla conclusione che la clausola edittale riportata in D. 6, 2, 1 pr. sia il risultato di un intervento compilatorio volto a fondere insieme un editto più antico, che prendeva in considerazione il solo caso della compera, e uno più recente, che avrebbe offerto la medesima protezione al compratore e a chiunque altro avesse ricevuto una cosa per giusta causa e non l'avesse ancora usucapita: «Das läßt darauf schließen, daß die Worte *ex iusta causa* in 1. 1 pr. nicht an ihrem Platze stehen, und die Vermutung drängt sich auf, daß es sich in 1. 1 und in 1. 3 in Wirklichkeit um zwei verschiedene Edikte handelt: ein älteres Hauptedikt, wie die Musterformel nur den Fall des Kaufes ins Auge fassend, und ein jüngeres Zusatzedikt, denselben Schutz wie dem Käufer auch jedem andern in Aussicht stellend, der eine Sache sonst *ex iusta causa* übergeben erhalten und noch nicht ersessen hat. Und erst die Kompilatoren hätten daraus das Edikt der 1. 1 pr. auf möglichst ungeschickte Weise zusammengeflickt. Die doch nur die Augen aufzutun brauchten, um von Gaius zu lernen, wie man so etwas elegant macht!».

tempo necessario per l'usucapione non sarebbe stato necessario agire con l'*actio Publiciana*, avendo il ricorrente a propria disposizione la *rei vindicatio*[144]. Il giurista avrebbe poi continuato il commento chiedendosi per quale motivo la clausola edittale richiamasse solo la *traditio* e l'*usucapio* quando *multae* erano le *iuris partes* dalle quali sarebbe potuto nascere il *dominium*:

> Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 1, 2: Sed cur traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem, cum satis multae sunt iuris partes, quibus dominium quis nanciscereturr? ut pute legatum.

Un simile dubbio, nel contesto della clausola edittale appena richiamata, potrebbe apparire difficilmente riconducibile ad Ulpiano[145]. Non solo è poco felice l'accostamento che si legge nel testo tra la *traditio* e l'*usucapio*, che sono certamente due possibili modi di costituzione del *dominium*, ma nel contesto della clausola edittale i due istituti costituiscono due presupposti e quello della *usucapio* è richiamato in negativo[146], nel senso che non deve essersi verificata l'usucapione,

---

[144] Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 1, 1: *merito praetor ait 'nondum usucaptum': nam si usucaptum est, habet civilem actionem nec desiderat honorariam.* La genuinità di questo breve commento ritengo si mostri dal fatto che i compilatori giustinianei erano inclini ad eliminare ogni differenza tra i domini – fossero civili o bonitari – quindi difficilmente avrebbero inserito un'approvazione dell'intervento pretorio come quella che risulta dal testo. Inoltre, una giustificazione analoga nel contenuto si ritrova in Gai. 4, 36: *nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usu cepisse, et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit velut hoc modo …* .

[145] Notevoli sospetti di un intervento compilatorio sono stati avanzati da Appleton 1889, p. 239 ss., il quale osserva che Ulpiano – se fosse stato l'autore del commento – avrebbe assunto un ruolo singolare, quello di sostituirsi al pretore; Perozzi 1894, p. 71; Pacchioni 1897, p. 129; per un approccio più conservativo del testo vd. Bonfante 1918, p. 415, nt. 1, per il quale l'intento di Ulpiano sarebbe stato quello di chiarire che la *Publiciana*, «malgrado la lettera edittale, non difendeva soltanto la *traditio ex iusta causa*, ma qualunque ipotesi d'*in bonis*, che poteva essere stabilito anche indipendentemente da una vera e propria *traditio* compiuta di accordo tra le parti. Le *multae iuris partes* dovevano essere le *iuris partes*, *quibus in bonis nostris res fieri possunt*».

[146] Appleton 1889, p. 242.

altrimenti – come Ulpiano stesso aveva osservato – il rimedio della *Publiciana* non sarebbe stato necessario.

Il dubbio che si legge nel testo, per come è formulato, sembra avere una maggiore spiegazione se messo in collegamento con le parole *a non domino* della clausola edittale riportata in D. 6, 2, 1 pr.[147]. Forse, non a caso, infatti, nel testo si osservava che *multae* erano le *iuris partes* dalle quali sarebbe potuto nascere il *dominium*, che, se non trasferito *a domino*, avrebbe necessitato della tutela offerta dalla *Publiciana*. In questa prospettiva l'ipotesi della *iusta causa traditionis* non potrebbe considerarsi sufficiente, perché vi sono diverse fattispecie, anche al di fuori della *traditio*, ad esempio una *mancipatio* o una *in iure cessio* che – se compiute *a non domino* – avrebbero potuto meritare la tutela del pretore. Qui però si apre un'altra importante questione, cioè quella della genuinità dei *verba* '*a non domino*'[148].

Restando sul testo riportato in D. 6, 2, 1, 2 potrebbe pensarsi che un nucleo ulpianeo in esso sia comunque presente, cioè quello che tentava di superare, con una interpretazione estensiva, il dettato edittale circoscritto alla *traditio*, ampliando la tutela edittale anche ad ipotesi diverse da questa, come ad esempio un *legatum (per vindicationem)*.

Che la clausola edittale commentata da Ulpiano contenesse un riferimento alla *traditio* e, in particolare, alla *iusta causa traditionis* si coglie anche dagli ulteriori passaggi tratti dal commento di questo giurista all'editto[149]:

> Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 3, 1: Ait praetor: 'ex iusta causa petet'. qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur Publiciana: et non solum emptori bonae fidei petit

[147] In questo senso mi sembra anche la traduzione italiana del Digesto curata da SCHIPANI 2005, p. 104, nella quale: «ma perché il pretore fece menzione soltanto della consegna traslativa e della <successiva> usucapione, quando sono assai numerose le parti del diritto <nelle quali si prevedono mezzi> con i quali taluno acquisterebbe la proprietà <dal dante causa se questi fosse proprietario>? Come ad esempio con il legato?».

[148] Vd. *infra*, § 3.6.

[149] Oltre a Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 3, 1, vd. D. 6, 2, 5; D. 6, 2, 7 pr.-5; D. 6, 2, 7, 16 e 17; D. 6, 2, 9; D. 6, 2, 11 pr. e 1; D. 6, 2, 14.

> Publiciana, sed et aliis, ut puta ei cui dotis nomine tradita res est necdum usucapta: est enim iustissima causa, sive aestimata res in dotem data sit sive non. item si res ex causa iudicati sit tradita.

Un primo aspetto che balza subito agli occhi dalla lettura del testo è la non esatta corrispondenza dei *verba* edittali riportati in questa fonte con l'ordine delle parole dell'editto citate in D. 6, 2, 1 pr.; è assente infatti l'inciso *non a domino et nondum usucaptum*. È però possibile spiegare questa versione abbreviata con l'intenzione del giurista di concentrarsi nel commento sulla *iusta causa traditionis*, essendosi tra l'altro già prima[150] soffermato sul *nondum usucaptum*[151].

La *iusta causa traditionis* è il presupposto della *Publiciana*: *qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur Publiciana*. Balza agli occhi il più ampio campo di applicazione rispetto alla funzione della Publiciana che conosceva Nerazio (Ner. 3 *membr.* D. 6, 2, 17): *ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat.*

La prosecuzione del commento ulpianeo mostra un altro dato interessante: la percezione, evidentemente avvertita dal giurista, della *emptio bonae fidei* come una ipotesi di riferimento della *iusta causa traditionis*. Dal modo di procedere del giurista nel testo si coglie, infatti, l'esigenza di mettere in chiaro che vi erano altre *causae traditionis*, oltre quella che doveva essere la *iusta causa* che sicuramente avrebbe permesso la concessione della *Publiciana*, cioè l'*emptio bonae fidei*[152]. L'avverbio *solum* fa pensare che qualcuno avesse considerato la *traditio* 'causata' da una *emptio bonae fidei* il presupposto (l'unico) della concessione della *Publiciana*[153]: *et non solum emptori*

---

[150] Lenel 1889b, col. 511.

[151] Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 1, 1. Un discorso a parte, invece, come vedremo (*infra*, § 4) va fatto per le parole *a non domino*.

[152] Di Lella 1984, p. 111, che colloca l'introduzione della *Publiciana* non prima della fine del I sec. d.C., vede in questi testi del periodo dei Severi una interpretazione estensiva, rispetto alla *emptio bonae fidei*, che non si è ancora conclusa.

[153] Lombardi 1961, p. 237, osserva che «l'*emptio* è non solo il caso assolutamente prevalente ma, con ogni probabilità, l'unico originariamente pre-

bonae fidei competit, sed et aliis, ut puta ei cui dotis nomine tradita res est necdum usucapta …

Infatti, come ho in parte già accennato, mi sembra possibile che il pretore-autore della *Publiciana* avesse circoscritto la fattispecie, per la quale prometteva il rimedio, alla *traditio* successiva ad una *emptio bonae fidei*. Al tempo di Ulpiano, però, stante il lavorìo interpretativo dei giuristi (tra cui Giuliano[154]) e il tenore della clausola edittale da lui riportata, la concessione della *Publiciana* per una causa diversa dall'*emptio bonae fidei* non doveva essere in discussione[155]. Il giurista, infatti, procede in modo esemplificativo con una serie di *iustae causae* che giustificherebbero l'applicazione della clausola edittale e del rimedio ivi promesso.

Ci si potrebbe allora chiedere il perché di questo frequente riferimento, anche come termine di paragone, ancora in Ulpiano, alla *emptio bonae fidei*.

---

visto». Vd. anche PEROZZI 1894, p. 74 ss., per il quale prima dell'intervento compilatorio nella clausola edittale citata da Ulpiano sarebbe stata contemplata solo l'*emptio bonae fidei*; GALLO 1957, p. 268, il quale riflettendo sulla genesi della *Publiciana* ne individua la connessione con il contratto consensuale di compravendita. Vd. anche *supra*, nt. 20.

[154] Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 1.

[155] Questo dato, insieme ad altre considerazioni, fa ritenere a PACCHIONI 1897, p. 129 s., possibile affermare che non fosse esistito un commento dei giuristi classici alle parole *ex iusta causa* della clausola edittale. Certamente non nei commenti dei giuristi di epoca pregiulianea, perché tali parole a suo avviso non facevano parte della clausola edittale introdotta da Publicio, non nei commenti dei giuristi postgiulianei, «poiché essendo la riformata clausola edittale giulianea un prodotto della giurisprudenza, questa non poteva ricominciare a dedurne, commentando, dalla clausola, ciò che aveva trasfuso nella clausola medesima cioè l'estensione della *Publiciana actio* in base ad ogni *traditio ex justa causa*». I compilatori giustinianei, invece, per Pacchioni, avrebbero potuto condurre una tale operazione, perché «non potevano riprodurre tutti i commenti all'antico editto ritoccati e completati come possiamo ammettere che furono dai commentatori postgiulianei!». Credo, però, nel complesso più verosimile attribuire ad Ulpiano il contenuto sostanziale del commento. Pur essendo d'accordo sul fatto che la clausola edittale da lui commentata in sé non necessitasse di un simile argomentare, nell'effetto estensivo, stante la presenza della *iusta causa* nei *verba edicti*, non mi sembra improbabile che Ulpiano nel riflettere su tali parole fosse partito dalla 'causa' originaria e ancora frequente, per poi passare in modo esemplificativo alle altre.

L'interrogativo potrebbe trovare risposta in un testo ulpianeo che i compilatori riportano in D. 6, 2, 7, 11, in cui il giurista sembrerebbe aver citato e commentato anche un altro passaggio dei *verba edicti*, che – come abbiamo anticipato – non era presente nella clausola edittale citata in D. 6, 2, 1 pr.:

> Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 11: Praetor ait: 'qui bona fide emit'. non igitur omnis emptio proderit, sed ea, quae bonam fidem habet: proinde hoc sufficit me bonae fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim, licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit.

Ulpiano nel commentare le parole del pretore '*qui bona fide emit*', sottolinea che non è sufficiente, affinché trovi applicazione la Publiciana, che vi sia stata una compravendita, ma vi deve essere stata una compravendita compiuta in buona fede. A questo punto il giurista sente la necessità di chiarire che anche colui il quale acquista *a non domino* può essere in buona fede, nonché se il venditore abbia compiuto il negozio *callido consilio*, perché il dolo del venditore non nuocerà al compratore, quindi non gli impedirà di agire con il rimedio in esame. La precisazione sulla buona fede dell'acquirente *a non domino* potrebbe essere stata avvertita dal giurista come opportuna in considerazione della presenza (anche) di quelle parole nella clausola edittale che per la concessione della *Publiciana* richiedeva una *traditio ex bona fide emptio*.

Il *praetor ait*[156] che si trova all'inizio del testo fa pensare che le parole *'qui bona fide emit'* costituissero parte della clausola edittale[157] e ciò permetterebbe di spiegare il non raro ri-

[156] Sono le parole con le quali normalmente i giuristi introducono la citazione della promessa edittale.

[157] Come è noto, non si tratta di una tesi unanimamente ammessa. Piuttosto, una parte della dottrina ritiene che il riferimento al *bona fide emere*, almeno nell'editto giulianeo, fosse contenuto nella formula. In questo senso, vd. LENEL 1889b, col. 512; ERMAN 1890, p. 242 ss., per il quale il *qui bona fide emit* sarebbe risalito a Publicio («sehr wahrscheinlich und daher der Ausgangspunkt aller weiteren Vermuthungen ist, dass *qui bona fide emit* auf Publicius zurückgeht, und dass für Publicius '*bona fide emptor*' jeder usucapionsbedürftige und usucapionsfähige Käufer war») e la più probabile ricostru-

chiamo di questa fattispecie – anche come termine di riferimento – da parte dei giuristi[158], ma è allo stesso tempo necessario interrogarsi sulla relazione tra tali *verba* e quelli in D. 6, 2, 1 pr.

Una spiegazione possibile è quella che Ulpiano, in questo testo, stesse commentando parte della clausola più antica, quella forse nota a Sabino, Cassio e Nerazio. Se così fosse si dovrebbe considerare un cambiamento della clausola edittale e quindi dei *verba* in essa contenuti nel periodo intercorso tra l'introduzione dell'*actio Publiciana* e la stabilizzazione dell'editto ad opera di Salvio Giuliano[159]. Già la lettura di quelle

---

zione della clausola edittale giulianea relativa alla *Publiciana* sarebbe la seguente: *si quis id quod traditum erit ex iusta causa nondum usucaptum petet iudicium <huiusmodi> dabo*: *si quem hominem A^s A^s bona fide emit et is ei traditus est* etc. Cfr. anche CARUSI 1889, p. 17 ss.; GRADENWITZ 1891, p. 137, il quale ritiene si trattasse di una citazione dell'editto, ma elimina sia il '*qui*' che '*bona fide*': *ait praetor*: '*emit et is ei traditus est*'; PFLÜGER 1921, p. 471, per il quale è verosimile che Publicio avesse usato il verbo *emere*, ma rispetto al testo in esame dubita non solo del pronome *qui* quanto anche del richiamo alla buona fede. Inoltre, ritiene che nel testo riportato dai compiltatori in D. 6, 2, 7, 11, Ulpiano stesse più probabilmente trattando della formula e avesse quindi scritto: *quem hominem A. A. emit*, con l'accento sul verbo *emit*, alla cui spiegazione sarebbe poi passato. Anche LOMBARDI 1961, p. 237, ritiene che Ulpiano nel testo in esame stesse commentando la formula; CANNATA 2001, p. 541 e nt. 259, il quale osserva anche che non si può desumere una prova contraria alla presenza delle parole *ex fide bona* nella formula da Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 17, perché se è vero che Giuliano, citato da Ulpiano, «desume la necessità della buona fede dalle parole della formula '*tum si eum hominem quo de agitur eius ex iure Quiritium esse oportet*», a suo avviso si dovrebbe considerare che la buona fede di cui si tratta non è quella dell'attore al momento della conclusione del contratto, ma di quella – sempre dell'attore – al momento dell'acquisto del possesso, che a differenza della prima non sarebbe menzionata nella formula.

[158] La fattispecie dell'*emptio bonae fidei* è nei testi in materia di *actio Publiciana* molto frequente, ma questo dato non conduce necessariamente alle conclusioni alle quali era arrivato Perozzi, di ritenere che fosse la sola presente nella storia dell'editto sulla Publiciana prima dell'intervento compilatorio. Rilievi in questo senso, rispetto alle tesi di Perozzi, si possono leggere in PACCHIONI 1897, p. 126, il quale a ragione individua la spiegazione del frequente richiamo alla *emptio bonae fidei* nel fatto che «fu certo per essa che originariamente si introdusse l'azione, quindi non è a meravigliarsi che sia predominante» (p. 126); LOMBARDI 1961, p. 239 ss.

[159] CARUSI 1889, p. 31, il quale ritiene che la Publiciana inizialmente fosse limitata all'*emptio-venditio* e poi (non necessariamente dopo Giuliano)

fonti richiamate nelle pagine precedenti dalle quali risultava che l'*emere bona fide* fosse l'ipotesi di riferimento di *iusta causa* può rappresentare un argomento per ritenere che le parole *qui bona fide emit* costituissero parte della clausola edittale meno recente, nella quale l'*emptio* era 'la' causa della *traditio*.

4. *Una valutazione d'insieme.*

Le fonti sulla *Publiciana* ci restituiscono un quadro complesso che se osservato assumendo una prospettiva non statica, ma dinamica, dell'editto possono trovare una spiegazione coerente in un suo possibile mutamento nel lasso temporale intercorso tra l'introduzione del rimedio e la stabilizzazione dell'editto, compiuta nel periodo adrianeo da Salvio Giuliano.

Le prime testimonianze pervenuteci, che trattano più o meno esplicitamente dell'*actio Publiciana*, sono circoscritte all'ipotesi della *traditio*, spesso *a non domino*, che ha la propria causa nell'*emptio bonae fidei*. Ancora Giuliano è fedele e a questa fattispecie, sebbene sia il primo testimone – a noi pervenuto – del suo superamento.

Se, come mi sembra probabile, la *Publiciana* è stata introdotta dal pretore Publicio del 67 a.C., ben poteva essere nota, nel periodo augusteo, a Sabino e Cassio, che vengono citati da Ulpiano (Ulp. 16 *ad ed.* D. 41, 3, 10 pr.) sulla questione, rilevante anche per l'applicazione dell'*actio Publiciana*, del momento in cui dovesse essere presente la buona fede, ai fini dell'usucapione, nel caso di *traditio* non contestuale all'*emptio*, se in quello della conclusione del contratto o in quello (successivo) della consegna della *res*.

La circostanza che nel ragionare sulla *ratio* e quindi sulla funzione della promessa della Publiciana Nerazio (D. 6, 2, 17)

---

fosse stata estesa ad ogni *iusta causa*; PACCHIONI 1897, p. 129 ss. Vd. anche LOMBARDI 1961, p. 239 ss. Diversamente BURDESE 1991, p. 121, respinge la tesi di una originaria limitazione della clausola edittale alla *traditio venditionis causa*, ritenendo piuttosto che fin dall'inizio fosse riferita «a tutti i casi di *traditio ex iusta causa* di cosa che non fosse ancora usucapita». A suo avviso l'*emptio bonae fidei* sarebbe stata menzionata «nella conseguente formula tipica, proposta nell'editto pretorio con riferimento all'ipotesi più frequente di *iusta causa* a titolo oneroso».

abbia scritto *ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat*, considerata unitamente alla fattispecie discussa da Sabino e Cassio (Ulp. 16 *ad ed.* D. 41, 3, 10 pr.) e alle parole del pretore riportate da Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 11 (*praetor ait: 'qui bona fide emit'*), che la dottrina ha tanta difficoltà a riconoscere come proprie della formula o della clausola edittale, permette di ipotizzare che nella clausola edittale con la quale Publicio introduceva l'azione in esame nel sistema rimediale vi fosse un esplicito riferimento al *bona fide emere*. Un ulteriore indizio dell'originario collegamento tra la *Publiciana* e la causa '*bona fide emptio*' può essere individuato nel rimedio 'corrispondentemente' previsto per il convenuto *in bonis habens*, mi riferisco alla *exceptio rei venditae ac traditae*[160], ancora una volta 'concentrata' sull'*emptio venditio* come *causa* della *traditio*.

A conferma del fatto che la clausola originaria fosse circoscritta all'*emptio*, si può anche osservare che diversamente, se il tenore della clausola edittale fosse stato generico (*iusta causa*), non si giustificherebbe il lavorìo dei giuristi, risultante dalle fonti[161], volto ad estendere analogicamente l'applicazione della clausola edittale[162].

Come si può spiegare questo quadro con l'assenza di un riferimento all'*emptio bonae fidei* nella clausola edittale riportata in Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 1 pr. e nella parte di Gai. 4, 36 in cui il giurista sembra parafrasare la clausola edittale? Un mutamento dei *verba edicti*, in occasione della stabilizzazione giulianea, che registrasse l'interpretazione estensiva volta a superare l'ipotesi della *traditio* a *qui bona fide emit*, è una spiegazione plausibile[163].

---

[160] In questo senso cfr. anche LOMBARDI 1961 p. 237, il quale sottolinea «il coordinamento della Publiciana – rimedio 'attivo' – con il rimedio difensivo della *exceptio rei venditae ac traditae* opponibile al venditore rivendicante prima dell'avvenuto acquisto della proprietà».

[161] Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 3, 1; Paul. 19 *ad ed.* D. 6, 2, 4; Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 5; Paul. 19 *ad ed.* D. 6, 2, 6; Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7 (in cui Ulpiano riporta le posizioni di Giuliano, Pomponio e Marcello).

[162] LOMBARDI 1961, p. 237.

[163] Anche PEROZZI 1894, p. 83, pur ritendo che la *traditio ex iusta causa* sia stata versata da Giustiniano nella clausola edittale dell'editto giulianeo (p. 84), riconosce che già la giurisprudenza pregiulianea avesse esteso l'ap-

Certo, rispetto a questa ipotesi ricostruttiva si deve considerare che la formula della *Publiciana* riportata da Gaio menzioni la sola *emptio* (non altre possibili *iustae causae*), ma questo può ben spiegarsi con il fatto che la compravendita restasse indubbiamente una delle possibili (forse nel complesso una delle più frequenti) cause di *traditio ex iusta causa* e con il fatto che una successiva estensione della clausola edittale non avrebbe necessariamente dovuto determinare un corrispondente intervento sull'impianto formulare, che sarebbe stato in grado di includere una *iusta causa* di *traditio* diversa dalla *bona fide emptio*[164]. D'altra parte il richiamo della avvenuta *traditio* è indicato nella formula e l'*emptio* ben avrebbe potuto costituire non 'la' *causa* della *traditio* (come al tempo di Publicio), ma 'una' possibile *iusta causa*.

Inoltre, rispetto all'ipotesi di cambiamento – che ho sopra brevemente prospettato – tra la clausola edittale introdotta da Publicio e quella giulianea, si potrebbe ancora osservare, come fa Perozzi[165], che se nell'editto pregiulianeo si fosse menzionata l'*emptio bona fide* e in quello giulianeo la *traditio ex iusta causa*, andrebbe spiegato perché i commentatori di quest'ultimo avrebbero continuato «a scrivere come se invece esistesse ancora l'editto antico».

Si potrebbe, infatti, osservare che, se nella clausola edittale giulianea si fosse menzionata la *traditio ex iusta causa*, si dovrebbe spiegare: a) perché proprio Giuliano, nei pareri che ci vengono restituiti dalle fonti, intervenga su questioni in cui

---

plicazione dell'editto «ai casi affini alla compravendita, poi a tutte le cause onerose di tradizione, poi alle lucrative», ipotizzando che si trattasse di una estensione già affermatasi al tempo di Giuliano.

[164] Si tratta di un rilievo già fatto da LOMBARDI 1961, p. 240, il quale, ipotizzando nei *verba* edittali la sostituzione dell'originale '*bona fide emptam et*' con '*ex iusta causa*', ritiene che una «simile sostituzione non richiederebbe neppure modificazioni materiali della formula: solo il significato di questa muterebbe, trasformandosi essa da formula unica in formula modello». Rispetto al dato che nell'editto si parli di *iusta causa* e nella formula si tratti di *emptio* (quindi fattispecie più circoscritta) vd. anche DIÓSDI 1970, p. 157, il quale sottolinea il *velut hoc modo* di Gaio, che fa pensare ad un possibile esempio (quello della vendita) che il giurista da buon insegnante sceglie tra quelli più frequenti e semplici.

[165] PEROZZI 1894, p. 57.

l'applicazione della *Publiciana* è discussa su fattispecie di *emptio bonae fidei* (*a non domino*); b) perché Ulpiano, nel commentare la clausola edittale giulianea, abbia sentito l'esigenza di chiarire che la *Publiciana* non spettasse solo al compratore di buona fede, facendo seguire alcuni esempi (Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 3, 1 *et non solum emptori bonae fidei competit Publiciana, sed et aliis* …). Non sarebbe stato ovvio?; c) perché (se consideriamo i *verba edicti* riportati in Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 1 pr. come propri della clausola edittale giulianea e quelli riportati in Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 11 come propri dell'originario editto di Publicio) Ulpiano abbia commentato prima l'editto giulianeo e poi quello pregiulianeo[166].

In realtà credo che uno sguardo di più ampio respiro al commento ulpianeo possa essere utile per valutare se tali osservazioni possano costituire delle criticità rispetto alla tesi, che mi sembra possibile, di un mutamento della clausola edittale.

Le parole del pretore *'qui bona fide emit'* citate da Ulpiano nel suo commento all'editto (Ulp. 16 *ad ed.*) sono riportate dai compilatori in D. 6, 2, 7, 11 e quindi molto dopo aver iniziato il commento della clausola edittale giulianea[167], ma non è detto che Ulpiano nel suo *ad edictum* non le citasse prima, forse subito dopo aver riportato la clausola edittale nella versione adrianea. Per un analogo modo di procedere di Ulpiano, credo si possa considerare la clausola edittale sul *metus*[168]. È vero che in questo caso il giurista propone un *excursus*[169], ma sia Ulpiano sia gli altri commentatori dell'editto continuano ad usare e a commentare il termine *vis* nonostante sia stato eliminato dalla più recente clausola edittale e

[166] Bonfante 1918, p. 420, il quale rispetto all'ipotesi ricostruttiva proposta da Pacchioni (vd. *supra*, nt. 92 e *infra*, nt. 170) osserva che sarebbe «impossibile che Ulpiano commentasse prima l'Editto giulianeo, indi l'Editto pregiulianeo».

[167] Lenel 1889b, col. 512, colloca Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 11 nella parte dedicata al commento della *formula*. Vd. anche Id. 1927, p. 171 s.

[168] Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 2, 1 pr.: *ait praetor: 'Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo'. olim ita edicebatur 'quod vi metusve causa': vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam contrariam voluntati: metus instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. sed postea detracta est vis mentio ideo, quia quodcumque vi atroci fit, id metu quoque fieri videtur.*

[169] Calore 2011, p. 4 ss.

Ulpiano sente l'esigenza di chiarire che è comunque in essa considerato incluso.

Un discorso analogo potrebbe farsi per il *bona fide emere*. Anche ritenendo che le parole *qui bona fide emit* fossero nella clausola edittale preadrianea, non si sarebbe trattato di un contenuto 'superato' della clausola edittale, perché pur costituendo il *bona fide emere* la *causa* originaria della *traditio* prevista nella fattispecie edittale, anche successivamente sarebbe certamente rientrata tra le *iustae causae* della *traditio* e, probabilmente, continuava ad essere la più frequente. Queste considerazioni mi sembra siano in grado di spiegare perché i giuristi che commentavano l'editto giulianeo continuassero a richiamare questa fattispecie[170].

Pur ammettendo che l'editto Publiciano originariamente contemplasse la sola *emptio bonae fidei* come *causa* della *traditio*, dobbiamo chiederci, più nello specifico, quale fosse l'ipotesi presa in considerazione dal pretore Publicio: quella della sola *traditio* di *res mancipi*[171] posta in essere dal *dominus*[172] o anche

---

[170] PACCHIONI 1897, p. 130, ritiene che il caso tipico per il quale fu introdotto l'editto Publiciano fu quello della *emptio bonae fidei* (così anche a p. 126). Rispetto al frammento ulpianeo tramandato nel Digesto nel quale è citata la clausola edittale, si chiede da chi sia stato modificato, se da Salvio Giuliano oppure dai compilatori giustinianei. Per Pacchioni si può ritenere fosse ascrivibili a Giuliano (p. 131). Le parole *qui bona fide emit*, sarebbero invece state proprie della clausola edittale pre-giulianea, quindi dell'originario editto publiciano (p. 135).

[171] In questo senso BONFANTE 1918, p. 421, per il quale «l'Editto della L. 1 pr. era originariamente concepito per l'*in bonis*, ma nella sua larga dizione (dovendo abbracciare tutti i casi d'*in bonis* di autorità pretoria non poteva limitarsi alle *res manicipi*), esso si prestava a riassumere anche la difesa dell'alienate di *res mancipi* o *nec mancipi* compiute *a non domino*»; LENEL 1927, p. 170 s.; KASER 1956, p. 300 s.; ID. 1971, p. 438 s.; GALLO 1957, p. 268 s.; LOMBARDI 1961, p. 239 ss.; STURM 1962, p. 357 s.; CAPOGROSSI COLOGNESI 1988, p. 198.

[172] KASER 1956, p. 300 s.; ID. 1971, p. 438 s. Per TALAMANCA 1990, p. 448, quella della *traditio* di *res mancipi* posta in essere dal *dominus ex iure Quiritium* era l'ipotesi in cui «la necessità dell'intervento del magistrato giusdicente a *supplere* e *corrigere ius civile* era più evidente». L'estensione all'ipotesi dell'acquisto *a non domino* per Talamanca sarebbe avvenuta piuttosto presto. Talamanca, osserva anche (p. 393) come nel caso della legittimazione attiva alla *Publiciana*, in dottrina sia discusso se si possa riscontrare l'*in bonis habere* sia nella *traditio* di *res mancipi*, compiuta dal *dominus*, sia nell'acquisto *a non domino* e rileva che «l'opinione, a ragione, prevalente ritiene che proprietà

quella, eventualmente pure di *res nec mancipi*[173], compiuta dal non proprietario?

Nella clausola edittale citata da Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 1 pr., come abbiamo visto, sono presenti le parole *a non domino*, ma in questo caso il sospetto che si trattasse di un requisito aggiunto dai compilatori sembrerebbe dettato da diversi elementi e, anche in considerazione di ciò, condiviso dagli studiosi[174]: Gaio nelle parole che precedono la citazione della *formula* della *Publiciana*, con le quali – come ho detto – sembra voler parafrasare la clausola edittale giulianea, non fa alcun riferimento all'ipotesi di una consegna *non a domino*[175]; non si rinvengono testi dai quali risulti un esplicito commento a queste parole dell'editto[176]; sembrerebbero voler escludere le ipotesi di acquisto *a domino*[177]; non sarebbero riferibili né al *petet* né al *traditur* della clausola edittale[178].

---

pretoria si abbia soltanto nel primo caso (l'unico in cui, del resto, era concessa l'*exceptio rei venditae et traditae*)».

[173] In questo senso Sirks 2017, p. 307 ss., il quale, prendendo le mosse dalla *formula* riportata in Gai. 4, 36, non esclude che Gaio si fosse soffermato su un caso specifico, mentre originariamente la formula fosse stata pensata per ipotesi di vendita e perdita tanto di *res mancipi*, ma mobili, come lascerebbe pensare il riferimento formulare all'*anno possedisset*, quanto di *res nec mancipi*.

[174] Carusi 1889, p. 36; Perozzi 1894, p. 80 ss.; Pacchioni 1897, p. 130; Bonfante 1918, p. 391 e 402 ss.; Id. 1968, p. 443; Pflüger 1921, p. 472; Lenel 1927, p. 171; Wubbe 1961, p. 428; Gallo 1957, p. 269; Lombardi 1961, p. 242; Sturm 1962, p. 415; Diósdi 1970, p. 157; Vacca 1985 (2006), p. 112, nt. 54; Burdese 1991, p. 120 s.; diversamente Rudorff 1869, p. 75, nt. 7; Seeler 1900, p. 60 s., ipotizza che le parole '*non a domino*' precedute da un *et* fossero nella clausola edittale adrianea: «*Si quis id quod traditum ex justa causa et* (oder *etsi*, *vel*, *licet*) *non a domino et* (oder *etsi*, *vel*, *licet*) *nondum usucaptum petet judicium dabo.* –?»; Di Lella 1984, p. 83 ss., per il quale l'*actio Publiciana* sarebbe stata introdotta «proprio per assicurare una protezione all'*emptor*, ritenuto degno di tutela, anche nei confronti del *dominus* che non sia stato l'alienante», p. 90 ss. (benché non sia chiarissimo se riteneva che le parole *non a domino* nella clausola edittale fossero classiche vd. p. 112).

[175] Carusi 1889, p. 36.

[176] Perozzi 1894, p. 81; Bonfante 1968, p. 443. Diversamente, però, Seeler 1900, p. 61 (vd. *supra*, nt. 125).

[177] Bonfante 1968, p. 443, per il quale «escludono completamente la figura dell'*in bonis*, il che d'altra parte spiega perché siano state aggiunte dai compilatori».

[178] Carusi 1889, p. 35 s.

Eppure, abbiamo testimonianze dei giuristi, già a partire dal periodo augusteo[179], che trattando verosimilmente della *Publiciana*, mostrano una discussione su fattispecie di *emptio* e *traditio a non domino*[180]. Che tali fattispecie fossero incluse nella tutela apprestata con la *Publiciana* è fuori dubbio, ma per la loro inclusione erano necessarie le parole *a non domino* nella clausola edittale? Non ritengo fossero necessarie, ma se – come proposto da von Seeler[181] – erano precedute da un *et* non sarebbero state neppure ingiustificate, come invece ci appaiono seguendo il tenore delle parole edittali che ci sono state tramandate da Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 1 pr., perché con questa formulazione restringono eccessivamente il campo di applicazione della *Publiciana*[182].

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, tra le tante e diverse ricostruzioni dell'editto Publiciano proposte dalla dottrina[183], la base di partenza più verosimile mi sembra quella formulata da Lombardi[184]:

> si quis rem bona fide emptam et traditam sibi et nondum usucaptam petet, iudicium dabo.

Se, però, consideriamo dei *verba edicti* le parole citate da Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 11, dovremmo pensare che fossero nella originaria clausola edittale, che allora avrebbe potuto recitare:

> si quis qui bona fide emit id quod traditur (et non a domino) et nondum usucaptum petet, iudicium dabo[185].

---

[179] Ulp. 16 *ad ed.* D. 41, 3, 10 pr., in cui sono citati Sabino e Cassio.

[180] Ad esempio, Ner. 3 *membr.* D. 19, 1, 31, 2; Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 17 (in cui è citato Giuliano); Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 9, 4 (in cui è citato Giuliano). Per un approfondimento sulla funzione di tutela anche nei confronti del *dominus* che non sia stato il venditore, cfr. Di Lella 1984, p. 83 ss.

[181] Vd. *supra*, nt. 174.

[182] Perozzi 1894, p. 80 ss.

[183] Per un ragguaglio delle più risalenti, cfr. Bonfante 1918, p. 393 ss.; vd. anche Lenel 1927, p. 171 s.; Schulz 1951, p. 376; Kaser 1971, p. 438; Capogrossi Colognesi 1988, p. 198; Sirks 2017, p. 319.

[184] Lombardi 1961, p. 239.

[185] Questa ricostruzione, a parte le parole *(et non a domino)*, è proposta da Sirks 2017, p. 319.

La fattispecie alla quale il pretore pensava nel promettere il *iudicium* era quella della *traditio a domino* di una *res mancipi* in ottemperanza ad un contratto di compravendita. Non possiamo, però, escludere che egli non volesse esplicitamente includere anche la *traditio a non domino* di una *res mancipi* o di una *res nec mancipi*. In questo caso la proposta di von Seeler[186] di aggiungere un *et* davanti a *non a domino*, mi sembra la più convincente. Ad ogni modo, anche non volendo pensare che le parole *et non a domino* fossero nella clausola edittale, il tenore letterale dei *verba* sarebbe stato in grado di includere anche ipotesi diverse, come ad esempio quella della *traditio* di una *res nec mancipi a non domino*.

A questa promessa sarebbe seguita una formula analoga a quella citata in Gai. 4, 36.

Benché l'ipotesi della *causa* della *traditio* nella *emptio bonae fidei* fosse quella originaria e prevalente, le fonti mostrano un'estensione dell'applicazione della *Publiciana*, grazie all'*interpretatio* estensiva dei *verba edicti* da parte dei giuristi, Giuliano compreso[187]. Tale estensione fu verosimilmente registrata nell'editto adrianeo.

Lombardi ritiene che l'intervento di Giuliano, rispetto all'originario editto Publiciano, si fosse limitato ad una aggiunta[188]: *si quis rem (mancipi) bona fide emptam vel ex alia (iusta) causa et traditam sibi et nondum usucaptam petet, iudicium dabo*.

Questa ricostruzione, che può sembrare più fedele alla centralità, risultante ancora dalle fonti successive alla codificazione adrianea dell'editto, dell'*emere bonae fidei*, dovrebbe però spiegare per quale motivo i compilatori avrebbero tolto il riferimento all'acquisto in buona fede dalla clausola edittale posta all'inizio del titolo (Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 1 pr.), per poi citare *'qui bona fide emit'* come *verba* 'estratti' dall'editto poco più avanti (Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 11).

---

[186] Vd. *supra*, nt. 174.

[187] Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 1, su cui vd. *supra*, § 3.3.

[188] Già altre ipotesi ricostruttive avevano incluso nella medesima clausola la *iusta causa* e la *bona fides*, cfr. BONFANTE 1918, p. 393 ss. e ID. 1968, p. 444 s. nt. 1. Rispetto a questo tentativo BONFANTE 1918, p. 402, nel ritenerlo inverosimile, osserva che finirebbe per unire nello stesso testo «il genere e la specie».

Anche in considerazione di ciò, direi che più probabilmente la clausola edittale adrianea recitasse:

> si quis id quod traditur ex iusta causa (et non a domino) et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.

A questa promessa sarebbe seguita, come formula modello, quella citata in Gai. 4, 36.

Il *nondum usucaptum* nella clausola edittale e la *fictio usucapionis* nella formula erano presenti tanto nell'originario editto di Publicio (il collegamento dell'usucapione con la *Publiciana* si coglie bene dalla posizione di Sabino e Cassio in Ulp. 16 *ad ed.* D. 41, 3, 10 pr.), quanto in quello adrianeo (Gai. 4, 36; Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 7, 17). La previsione in negativo della *usucapio* (*nondum usucaptum*) nella clausola edittale era trasformata in positivo nella formula della *Publiciana*, nella quale si fingeva che fosse trascorso l'anno (*anno possedisset, tum* …), necessario per la *usucapio* delle cose mobili. Il riferimento alla *usucapio*, tanto nella clausola edittale, quanto nella formula, determina la legittimazione attiva alla *Publiciana*, circoscritta ai cittadini romani[189], nonostante la sua possibile originaria previsione nell'editto di un pretore peregrino.

La forte possibilità che sia stato un pretore peregrino[190], Q. Publicius[191], ad introdurre l'*actio Publiciana* può rafforzare, piuttosto che indebolire, il collegamento tra questo strumento giurisdizionale e l'esigenza dei *cives* di riappropriarsi della *res in bonis*[192] sfuggita alla loro appartenenza, o della *res* acquistata *a non domino*, sentita in particolare in un contesto, come quello del traffico commerciale con gli stranieri[193], nel quale era frequente il ricorso a modi di acquisto che non avrebbero permesso all'acquirente, per quanto cittadino ro-

---

[189] Gai. 2, 65: *ergo ex his, quae diximus, apparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur, quaedam civili: nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum.*

[190] *Supra*, nt. 22

[191] *Supra*, nt. 23.

[192] Sulla quale non potevano vantare un *meum esse ex iure Quiritium*, per non aver usato un modo di acquisto della proprietà della *res* che ne permettesse l'affermazione.

[193] GIMMERTHAL 1872, p. 55.

mano, di vantare sulla *res* un *meum esse e.i.Q.* e che, anche all'interno della comunità, avrebbero aumentato la possibilità di *emere a non domino*.

Bibliografia

ALBANESE B. (1985), *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo.

APATHY P. (1982), *Die Actio Publiciana beim Doppelkauf vom Nichteigentümer*, «ZRG RA» 99, pp. 158-187.

APPLETON Ch. (1889), *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne*, I, Paris.

BENEDEK F. (1985), *Ursprung und Funktion der actio Publiciana*, in *Studia in honorem Velimirii Pólay septuagenarii* («Acta Universitatis Szegediensis: acta juridica et politica» 33), Szeged, pp. 71-91.

BESELER G. (1920), *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen.

BESELER G. (1925), *Einzelne Stellen*, «ZRG RA» 45, pp. 433-488.

BONFANTE P. (1893), *La iusta causa dell'usucapione e il suo rapporto colla bona fides*, «RISG» 15, pp. 161-195 e 321-362 = *Scritti giuridici varii*. II. *Proprietà e servitù*, Torino, 1918, pp. 469-551.

BONFANTE P. (1894), *Le singole 'iustae causae usucapionis' e il titolo putativo*, «RISG» 17, pp. 126-199 = *Scritti giuridici varii*. II. *Proprietà e servitù*, Torino, 1918, pp. 552-682.

BONFANTE P. (1918), *L'Editto publiciano*, in *Scritti giuridici varii*. II. *Proprietà e servitù*, Torino, pp. 389-438.

BONFANTE P. (1968), *Corso di diritto romano*. II.2. *La proprietà*^{2}, Milano

BROUGHTON T. R. S. (1952), *The Magistrates of the Roman Republic*, II, New York.

BURDESE A. (1991), *Editto Publiciano e funzione della compravendita romana*, 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*, I, Milano, pp. 119-131.

CALORE E. (2011), *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e azione in rem scripta*, Milano.

CALORE E. (2024), *La fictio usucapionis e l'ex iure Quiritium esse nella formula dell'actio Publiciana: un 'adattamento' per i cives di un rimedio pensato per gli stranieri?*, «Roma e America» 45, pp. 133-152.

CALORE E. (2025), *Meum esse e ius Quiritium. Logica, effetti e implicazioni*, Milano.

CANNATA C. A. (2001), *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino.

Capogrossi Colognesi L. (1988), *Proprietà (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, pp. 160-225.

Cardilli R. (2024), *Poteri del pater familias e dominium: storia di una discontinuità*, «LR» 13, pp. 565-604.

Carusi E. (1889), *L'azione publiciana in diritto romano*, Roma.

Castagnetti S. (2023), *L. Neratius Priscus Membranarum Libri VII*, Roma.

Cenderelli A. (1973), *Varroniana. Istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone*, Milano.

Costa E. (1927), *Cicerone giureconsulto*, I, Bologna.

Cristaldi S. A. (2012), *Ut bonum pares pecus. In tema di acquisto di res mancipi, secondo la testimonianza di Varrone*, «TSDP» 5, pp. 1-38.

Cristaldi S. A. (2020), *In tema di doppia vendita a non domino: alcune considerazioni su D. 19,1,31,2 e D. 6,2,9,4*, «CGDV» 7, pp. 25-42.

Cristaldi S. A. (2021), *Modelli di trasferimento della proprietà e disciplina del conflitto tra acquirenti successivi della medesima cosa mobile*, in M. F. Cursi, R. Fiori, P. Lambrini, G. Santucci (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, V, Napoli, pp. 1-58.

Di Lella L. (1984), *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli.

Diósdi Gy. (1970), *Ownership in ancient and preclassical Roman law*, Budapest.

Eisele F. (1890), *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen*, «ZRG RA» 11, pp. 1-30.

Erman H. (1890), *Beiträge zur Publiciana*, «ZRG RA» 11, pp. 212-277.

Erman H. (1902), *D. (6,2)1 pr.*, «ZRG RA» 23, pp. 449-450.

Frunzio M. (2021), *Nerazio interlocutore privilegiato di Paolo*, in G. Santucci, P. Ferretti, M. Frunzio, A. Schiavon, *Iulius Paulus. Ad Neratium libri IV*, Roma-Bristol, 2021, pp. 33-98.

Frunzio M. (2022), *Aequitas. Il ragionamento equitativo nell'ermeneutica di Nerazio Prisco*, Torino.

Gallo F. (1957), *Actio Publiciana (in rem)*, in *Novissimo Digesto*, I, Torino, pp. 267-270.

Giachi C. (2005), *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano.

Giachi C. (2023), *Per una storia dell'editto (I-III secolo). Note preliminari*, «TSDP» 16, pp. 1-34.

Gimmerthal Th. (1872), *Die Publicianische Klage und die Mancipation: Eine römisch-rechtliche Abhandlung*, Bremen.

Girard P. F. (1893), *La date de la loi Aebutia*, «ZRG RA» 14, pp. 11-54.

Girard P. F. (1911), *Manuel élémentaire de droit romain*[5], Paris.

Gradenwitz O. (1891), *Zwei Bemerkungen zur Publiciana*, «ZRG RA» 12, pp. 134-137.

Greiner R. (1973), *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe.
Guarino A. (1969), *Gaio e l'edictum provinciale*, «Iura» 20, pp. 154-171 = *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli 1994, pp. 279-295.
Harke J. D. (2013), *Studien zu Vertrag und Eigentumserwerb im römischen Recht*, Berlin.
Hausmaninger H. (1964), *Die bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht*, Wien-München.
Huschke Ph. E. (1874), *Das Recht der Publicianischen Klage in Beziehung auf das in Aussicht stehende allgemeine deutsche Civilgesetzbuch*, Stuttgart.
Kaser M. (1956), *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*[2], Köln-Graz.
Kaser M. (1971), *Das römische Privatrecht*. I. *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*[2], München.
Kaser M. (1988), *Altrömisches Eigentum und usucapio*, «ZRG RA» 105, pp. 122-164.
Lenel O. (1883), *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig.
Lenel O. (1889a), *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae.
Lenel O. (1889b), *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae.
Lenel O. (1899), *Nachträge zum Edictum Perpetuum*, «ZRG RA» 20, pp. 1-32.
Lenel O. (1927), *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*[3], Leipzig.
Lombardi L. (1961), *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano.
Longo C. (1938), *Passaggio della proprietà e pagamento del prezzo nella vendita romana*, «BIDR» 45, pp. 15-56.
Maifeld J. (1991), *Die aequitas bei L. Neratius Priscus*, Trier.
Mancuso G. (1983), *Praetoris edicta. Riflessioni terminologiche e spunti per la ricostruzione dell'attività edittale del pretore in età repubblicana*, «AUPA» 37, pp. 305-443.
Mantovani D. (2017), *L'aequitas romana: una nozione in cerca di equilibrio*, in D. Mantovani, S. Veca (a cura di), *Quante equità?*, Milano, pp. 15-60.
Marelli E. (2020), *La compravendita dell'eredità in diritto romano*, Torino.
Mercogliano F. (2001), *Actiones ficticiae. Tipologie e datazione*, Napoli.
Mommsen Th., Krüger P. (1911), *Corpus iuris civilis. Digesta*[11], Berlin.
Münzer F. (1959), *Publicius* (n. 13), in *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, XXIII.2, Stuttgart, col. 1897.
Murga Gener J. L. (1984), *La aestimatio litis y el pretium re*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, VI, Napoli, pp. 2607-2624.

PACCHIONI G. (1897), *Una nuova ricostruzione dell'editto Publiciano*, «BIDR» 9, pp. 118-135.

PERNICE A. (1895), *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*[2], II.1, Halle.

PEROZZI S. (1894), *L'editto Publiciano*, «BIDR» 7, pp. 45-84.

PFLÜGER H. H. (1921), *Zwei Rätsel*, «ZRG RA» 42, pp. 469-475.

PROVERA G. (1985), *Recensione* di L. Di Lella, *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto* (Napoli 1984), «SDHI» 51, pp. 582-586.

RUDORFF A. F. (1869), *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae.

SCARANO USSANI V. (1977), *Ermeneutica, diritto e 'valori' in L. Nerazio Prisco*, «Labeo» 23, pp. 146-198.

SCHERMAIER M. J. (2016), *Der zivilrechtliche Eigentumsbegriff in historischer Perspektive: Die beiden Gesichter des § 903 BGB*, in M. Brinkmann, F. Shirvani (hrsg.), *Privatrecht und Eigentumsgrundrecht*, Baden-Baden, pp. 23-62.

SCHIPANI S. (2005) (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano, testo e traduzione*, II, Milano.

SCHULZ F. (1951), *Classical Roman Law*, Oxford.

SCHUSTER M. (1959), *Publicius* [Nr. 32], in *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, XXIII.2, Stuttgart, coll. 1903-1904.

SEELER W. von (1900), *Das publicianische Edict. Ein neuer Reconstructionsversuch*, «ZRG RA» 21, pp. 58-61.

SERRAO F. (1954), *La 'iurisdictio' del pretore peregrino*, Milano.

SIRKS B. (2017), *A question about the actio Publiciana*, in L. Garofalo, L. Zhang (a cura di), *Diritto romano fra tradizione e modernità (Atti del convegno internazionale di Shanghai, 13-15 novembre 2014)*, Pisa, pp. 307-320.

STOLFI E. (2001), *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*. II. *Contesti e pensiero*, Milano.

STURM F. (1962), *Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana*, «RIDA» 9, pp. 357-416.

TALAMANCA M. (1990), *Istituzioni di diritto romano*, Milano.

TALAMANCA M. (1993), *Vendita (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, pp. 303-475.

THIELMANN G. (1994), *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte - D. 19,31,2 und D. 6,2,9,4*, «ZRG RA» 111, pp. 197-241.

VACCA L. (1983), *Osservazioni in tema di iusta causa e bona fides in relazione all'usucapio pro derelicto*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*,

IV, Milano, pp. 775-799 = *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, Padova 2006, pp. 57-78.

VACCA L. (1985), *Iusta causa e bona fides nell'usucapio romana a proposito del titolo pro suo*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, IV, Napoli, pp. 1955-2000 = *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, Padova 2006, pp. 81-128.

VACCA L. (1988), *Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana*, in E. Cortese (a cura di), *La proprietà e le proprietà (Atti del Convegno della Società Italiana di Storia del diritto. Pontignano 30 settembre-3 ottobre 1985)*, Milano, pp. 39-74 = *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, Padova 2006, pp. 131-163.

VACCA L. (2010), *Dominium, in bonis, proprietà provinciale*, in *Città territorio e diritto privato nei primi due secoli dell'impero (Atti del Convegno internazionale di diritto romano Copanello, 5-8 giugno 2002)*, Rende, pp. 365-404 = *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, Padova 2006, pp. 621-640.

VINCI M. (2024), *Adversus hostem aeterna fictio: stranieri e actio Publiciana*, «Annali Camerino» 13, pp. 1-11.

VOCI P. (1952), *Modi di acquisto della proprietà (Corso di diritto romano)*, Milano.

WALDSTEIN W. (2007), *Equità e ragione naturale nel pensiero giuridico del I secolo d.C.*, in D. Mantovani, A. Schiavone (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia, pp. 299-322.

WATSON A. (1968), *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford.

WATSON A. (1970), *The Development of the Praetor's Edict*, «JRS» 60, pp. 105-119.

WUBBE F. B. J. (1961), *Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne*, «RIDA» 8, pp. 417-440.

Maria Floriana Cursi

Dall'*actio in factum* all'*actio utilis ex lege Aquilia*. Una storia sul ruolo del pretore prima e dopo la codificazione dell'editto

1. *Il problema.*

Come è noto, accanto all'azione aquiliana diretta, il pretore ha previsto *actiones utiles* e *in factum* per completare le forme di tutela che discendono dalla *lex Aquilia*.

Mentre l'azione diretta viene richiamata in fattispecie di danno in cui il nesso causale è immediato – si pensi ai casi di *occidere* in cui la morte di uno schiavo è realizzata con un pugno o con una spada (*corpore corpori*) – più incerto è l'ambito di applicazione degli altri due rimedi. La difficoltà di tracciarne i confini deriva dalla mancata corrispondenza tra il quadro sistematico delle azioni aquiliane proposto da Giustiniano nel suo manuale istituzionale e l'uso che invece ne fanno i giuristi romani nella casistica raccolta nel Digesto.

Giustiniano imposta il rapporto tra le tre azioni lavorando per sottrazione sulle caratteristiche del danno causato *corpore* e *corpori* nell'*actio directa*: si usa l'*actio utilis* se il danno non è realizzato *corpore*, si pensi al caso dello schiavo che viene fatto morire di fame; si ricorre all'*actio in factum* quando il danno non è causato né *corpore*, né *corpori*, come nelle ipotesi di dispersione del bene appartenente al patrimonio del *dominus*: ad esempio lo schiavo che, liberato dalle catene, fugga[1].

[1] Inst. 4, 3, 16: *ceterum placuit ita demum ex hac lege actionem esse, si quis <praecipue> corpore suo damnum dederit. ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur, aut iumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur, aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur, aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus erit, utilis in eum actio datur. sed si quis alienum servum de ponte aut ripa in flumen deiecerit et si suffocatus fuerit, eo quod proiecerit corpore suo damnum dedisse non difficiliter intellegi poterit ideoque*

La cristallina nitidezza della sistematica imperiale entra in crisi nel momento in cui la si confronta con le testimonianze dei giuristi pregiustinianei, i quali ricorrono all'*actio utilis* e all'*actio in factum* secondo logiche che non coincidono sempre con quella giustinianea.

Mi sembra pertanto necessario ricostruire la vicenda che ha condotto alla tipizzazione di queste due azioni, seguendo le tracce che emergono dai pareri dei giuristi romani. Essi non sono soltanto testimonianza delle diverse opzioni dei *prudentes*, ma aiutano a illuminare anche la scelta del pretore nel concedere l'una o l'altra azione: una scelta, come vedremo, condizionata dal ruolo, non irrilevante, giocato dalla codificazione dell'editto giulianeo.

2. *La dottrina.*

La dottrina ha fornito diverse spiegazioni del rapporto che intercorre tra i rimedi aquiliani. Possiamo distinguere due tendenze principali:

a) autori che impostano sistematicamente il confronto tra i due rimedi, *actio in factum* e *utilis*;

b) autori che invece esaminano le fonti in ordine cronologico, interpretando le scelte dei giuristi nel tentativo di ricostruirne la vicenda.

Rispetto al primo orientamento, vanno distinti gli studiosi che hanno annullato le differenze tra le due azioni, giustificandone così l'uso promiscuo (a_1), da coloro che invece hanno individuato un criterio sostanziale della loro distinzione (a_2).

a_1) Vi è chi ha ritenuto che la portata dell'*actio utilis*, tradizionalmente usata per indicare azioni fittizie con estensione della legittimazione attiva e passiva, sia stata ampliata alla tutela di fattispecie in cui il danno è causato *alio modo*, comprensiva anche dei casi in cui l'*actio in factum* è concessa sulla

---

ipsa lege Aquilia tenetur. sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri: veluti si quis, misericordia ductus, alienum servum compendium solverit, ut fugeret.

base della situazione concreta[2]. In maniera speculare si è invece ipotizzata la polisemia dell'espressione *actio in factum* a indicare sia la fattispecie priva di somiglianza sostanziale con quella del danno *corpore corpori*, tutelata con un'azione autonoma (*in factum*), sia un danno simile a quello diretto, analogicamente tutelato, annullando la differenza di questa azione rispetto a quella *utilis*[3]. Altri hanno riservato all'*actio utilis* un significato sostanziale e all'*actio in factum* uno processuale, con riferimento alla struttura della formula, rendendole così compatibili[4]. Altri ancora hanno accomunato le due espres-

[2] Pernice 1867, p. 144 ss., spec. 161. Non diversamente Lenel 1927, p. 203 ss., il quale, constatando che i giuristi romani usano promiscuamente le due espressioni, ritiene che l'*actio utilis* abbia due significati: essa sanziona l'uccisione non realizzata secondo un nesso causale diretto (*mortis causam praestare*) – le azioni utili di questo tipo erano concesse *in factum* –, oltre a indicare le azioni con finzioni, trasposizione di soggetti, per estendere la legittimazione attiva o passiva all'azione diretta. L'*actio in factum* invece sarebbe concessa sulla base della fattispecie concreta, diversamente dalla formula *vulgaris* dell'editto.

[3] Lübtow 1971, p. 180 ss. Perplesso sul doppio significato di *actio in factum*, Gröschler 2002, 37 ss. Per un approfondimento critico dei profili processuali dell'ipotesi di von Lübtow, cfr. Thielmann 1982, 295 ss., al quale von Lübtow risponde in von Lübtow 1984, 317 ss., riconfermando la sua opinione. Non troppo diversa è la lettura di MacCormack 1975, 42: «from the text in which the phrase *ad exemplum legis Aquiliae* or a similar phrase occur one may conclude that an *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae* was allowed in cases where there was no physical contact between the property damaged and the person made liable and in cases where a person other than the *dominus* was allowed an action. But even within these spheres it is probable that there was development throughout the classical period». Per Santoro 1991, p. 83 ss. (= 2009, p. 349 ss.), le *a. in factum*, che tutelano casi di danno del tutto sganciati dalla fattispecie aquiliana, hanno formula con *intentio in factum concepta* (casi di danno né *corpore* né *corpori*), le *a. in factum utiles* (*ad exemplum legis Aquiliae, accomodatae legi Aquiliae*), che riguardano casi di estensione analogica di danno aquiliano, hanno formula con *intentio in ius concepta*, recante l'*oportere*, determinato in rapporto al fatto concreto generatore della pretesa (azioni *civiles in factum*).

[4] Wesener 1962, p. 495 ss., spec. 500: «Aus dieser Betrachtung ergibt sich m. E. eine Lösung der Frage, wieso Klagen in gleichgelagerten Fällen einmal als *actiones utiles* und einmal als *actiones in factum* bezeichnet werden. Eine sachliche Unterscheidung läßt sich nicht finden. *Actio utilis* und *actio in factum* stellen keine Gegensätze dar, die einander ausschlieBen. *Actio utilis* ist ein Terminus des materiellen Rechts, abgestellt auf das Verhältnis des gegebenen Anspruchs zu seinem Vorbild; *actio in factum* hingegen ist ein

sioni per il fatto di condividere la natura decretale dell'azione[5].

L'annullamento parziale o totale delle differenze tra le due azioni se, per un verso, ha il vantaggio di giustificare l'uso promiscuo delle espressioni, per un altro, ha il difetto di non spingere la ricerca sino al punto di verificare l'esistenza di un eventuale criterio discretivo seguito dai giuristi[6]. A dire il vero, non sono mancati gli studiosi che si sono cimentati in quest'ultimo campo di indagine.

a_2) Alcuni autori hanno proposto una distinzione basata sulla diversa condotta del danneggiante[7]; altri hanno collegato l'uso delle azioni alle differenti scelte delle scuole di giuristi[8]; altri infine hanno raccordato l'adozione dell'*actio utilis* alla presenza di elementi di analogia con la fattispecie tutelata dall'azione diretta, mentre la concessione dell'*actio in factum*

---

prozessualer Begriff, der sich auf die Konzeption der Formel bezieht (Gai. 4, 46)». Ogni *actio in factum* decretale avrebbe una *formula in factum concepta* e da decretale, se consolidatasi nel tempo, sarebbe diventata edittale. L'espressione *utilis actio in factum* si giustificherebbe in relazione alla nuova natura della situazione tutelata dall'azione in fatto (edittale).

[5] Cfr. TALAMANCA 1990, p. 626 s.

[6] ROTONDI 1914 (1922), p. 444 ss., e ID. 1916 (1922), p. 470 ss., si limita a prendere atto della promiscuità nel riferimento ai due tipi di azione (*utilis* e *in factum*) nelle fonti classiche e sottolinea l'alterazione giustinianea della nozione di *actio in factum*, estesa a ricomprendere qualsiasi tipo di danno patrimoniale. Per una recente panoramica delle diverse posizioni della dottrina sul tema e un'analisi dell'applicazione delle azioni aquiliane *utilis* e *in factum* in senso promiscuo in epoca classica, si veda TORRENT 2019, p. 327 ss.

[7] ALBANESE 1950, p. 43 s., ritiene che l'*actio utilis* preveda un danno *non corpore*, l'*actio in factum* un danno collegato a un comportamento omissivo del responsabile, o a un *non facere* legittimo del responsabile, oppure in assenza dell'*iniura agere*, o di un *damnum corpori datum*. Le innovazioni giustinianee sarebbero consistite nella soppressione dell'*actio utilis*, e dunque della distinzione tra danni causati *corpore* e danni prodotti *non corpore*, favorendo la trasformazione della nozione classica di danno aquiliano nella concezione vastissima della *deminutio patrimonii*, il cui risarcimento viene garantito dall'*actio in factum generalis*.

[8] ARNÒ 1933, p. 33 ss., forzando l'interpretazione di alcuni frammenti, distingue nettamente le due azioni non sul piano dei contenuti, ma rispetto alla scuole di giuristi che le avrebbero separatamente elaborate: i serviani l'*actio utilis*; i muciani l'*actio in factum*. I giustinianei, di fronte all'imbarazzo della scelta, avrebbero ridefinito l'àmbito dogmatico delle due azioni creando la sistematica attestata nelle Istituzioni imperiali.

sarebbe dipesa dalla valutazione ampiamente discrezionale del pretore, suggerita dalle circostanze del caso concreto[9]. Tuttavia, le difficoltà emerse in sede di verifica sulle fonti delle ipotesi avanzate dagli studiosi hanno portato, in alcuni casi, a ritenere interpolate le testimonianze[10]; in altri, a forzare l'interpretazione dei testi, con l'effetto di indebolire la plausibilità delle letture proposte[11].

b) Metodologicamente più fruttuoso si rivela a mio avviso l'approccio storico. Numerosi studiosi hanno sottolineato l'importanza del ruolo di Gaio che, nel suo manuale istituzionale, ha usato per primo l'espressione *actio utilis* per qualificare il rimedio che i giuristi a lui precedenti, per le medesime fattispecie, avevano definito *in factum*. L'uso di questa diversa terminologia avrebbe autorizzato i giuristi successivi all'uso promiscuo delle due espressioni[12].

---

[9] Corbino 2007, p. 43, ritiene che «l'azione utile sarebbe dipesa dalla esistenza di elementi di analogia riconoscibili (e perciò ancora rilevabili negli scritti della giurisprudenza accolti nella compilazione e incidenti perciò, come tali, sull'*officium* di chi conosceva ed istruiva al lite); quella in fatto, sarebbe dipesa da una valutazione suggerita dalle circostanze, affidata al funzionario giusdicente, che l'avrebbe compiuta certo anche in questo caso con l'ausilio del pensiero giurisprudenziale selezionato, ma disponendo tuttavia, in proposito, di una discrezionalità più ampia (giustificata dal più aperto pensiero giurisprudenziale che si era venuto esprimendo al riguardo)». Nel successivo contributo, Corbino 2008, p. 127 ss., sposta l'attenzione sull'individuazione dei requisiti delle azioni, legate al diverso atteggiarsi del nesso di causalità (rispetto a quest'ultimo profilo, da ultimo, Piro 2004, p. 25 ss.). Già Valditara 2004, p. 191, aveva sostenuto che «laddove mancasse un solo elemento per ravvisare la fattispecie aquiliana si proponesse l'impiego della *fictio* e dunque dell'*actio utilis*; laddove invece la fattispecie fosse irrimediabilmente distante da quella prevista dalla legge si desse l'*actio in factum*».

[10] Così Albanese 1950, *passim*.

[11] Così Arnò 1933, p. 33 ss.; Corbino 2007, p. 1 ss.; Id. 2008, p. 127 ss. Per l'approfondimento delle teorie rispetto alle singole fattispecie conservate nelle fonti, rinvio a *infra*, §§ successivi.

[12] Cfr. van Warmelo 1982, p. 359: «en résumant, nous croyons que les juristes de l'époque classique qui ne se souciaient guère d'une théorie exacte, employaient les expressions *actio in factum*, *actio utilis* ou *actio ad exemplum legis Aquiliae*, à moins en ce qui concerne le domaine de la loi Aquilie, à indiquer des actions agréées par le Preteur. Ces actions, d'ailleurs, avaient des formules dans lesquelles étaient inscrites une description des évène-

I tentativi di spiegazione della novità gaiana sono stati diversi. Alcuni hanno ritenuto che il giurista antoniniano, formatosi lontano da Roma, avesse risentito dell'uso provinciale dell'*actio utilis* per rendere quella che i classici chiamavano *actio in factum*[13]; altri hanno ipotizzato un uso improprio facilitato dal declino del processo formulare[14]; altri infine hanno pensato che dopo la consolidazione dell'editto giulianeo, con una minore influenza del pretore, non avrebbe avuto più

---

ments donnant lieu à l'action, ou bien elles pouvaient contenir une fiction ou même les personnes pouvaient être transposées. Seulement, dans les écoles de droit les savants, pour le besoin de l'enseignement, employaient des classifications plus ou moins rigoreuses»; *ibid.*, p. 360: «c'est une classification de ces actions qui n'était pas employée par Gaius. Celui-ci note l'action directe, s'il s'agit de *damnum corpore corpori datum* et l'*actio utilis* si le dommage a été effectué sans qu'un objet soit endommagé. Il ne parle pas de l'*actio in factum* et les *actiones utiles* sont instituées indifféremment si le dommage est *damnum corpori datum* ou *damnum datum*. En ce qui concerne la classification de Justinien, il nous semble probable qu'il ne s'agit pas d'une théorie inventée par Justinien et ses compilateurs».

[13] Valiño 1974, p. 337 ritiene che Gaio, vissuto in provincia, abbia risentito dell'uso provinciale dell'*actio utilis* come azione cognitoria. Id. 1973, 21, pensa che le *actiones utiles* si dessero per i casi di estensione della legittimazione attiva, le *actiones in factum* in tutti gli altri casi in cui non arrivava l'azione diretta.

[14] Selb 1984, p. 759, distingue le azioni *in factum* che estendono un contenuto civilistico a situazioni simili, una sorta di sostituzione della fattispecie, dalle *actiones utiles* che invece creano il fondamento civilistico in situazioni in cui manca (finzione), tramite l'analogia, con una minima modificazione della formula. Gaio usa solo l'espressione *actio utilis* e questa novità, in connessione con il declino del processo formulare già in età classica, fa perdere di specificità all'uso tecnico delle due espressioni, confuse nell'uso dei giuristi successivi. Per la verità l'analisi di Selb è piuttosto articolata e si svolge per approssimazioni successive in una serie di contributi: Id. 1973, p. 230 ss., parla di uso promiscuo delle due espressioni (*actio in factum* e *utilis*), lasciando aperto il problema; Id. 1977, p. 431, ritiene che sino a Giuliano vi fosse una distinzione nell'uso delle due categorie, poi sfumata con Paolo e Ulpiano, a seguito della perdita di consapevolezza della distinzione; Id. 1982, p. 329 ss., specifica che sino a Giuliano i giuristi avrebbero distinto l'*actio utilis*, un'azione basata sull'analogia rispetto all'azione diretta, consistente nella trasposizione di soggetti sia dal lato passivo che attivo, o nell'uso della finzione per modificare la formula, dall'*actio in factum*. I giuristi tardoclassici avrebbero interpretato le espressioni *actio in factum* e *actio utilis* nel senso di una moderna analogia e non più nel senso di una modifica della formula, perdendo la specificità dell'uso.

peso l'esatto grado di modificazione della formula, potendosi parlare sempre di *actiones utiles*[15].

Come si può facilmente osservare, tutti i tentativi di spiegazione insistono sul carattere atecnico del lessico gaiano delle azioni, ricondotto talora a ragioni soggettive, legate alla personale esperienza del giurista antoniniano, talaltra oggettive, in relazione ai mutamenti intervenuti in età imperiale nel processo formulare o nel ruolo del pretore. Tuttavia, resta il dubbio circa il fatto che Gaio potesse aver fatto una scelta tecnica. Esplorare questa possibilità è il motivo che mi porta ad affrontare nuovamente la questione, partendo proprio dall'*actio utilis* di Gaio. Per comprendere appieno il senso della scelta del giurista è necessario: *a*) in primo luogo ricostruire l'orientamento della giurisprudenza prima di Gaio per verificare l'effettiva innovatività della soluzione del giurista antoniniano (§§ 3-5); *b*) indagare il contesto nel quale Gaio ha maturato il suo orientamento per individuare le possibili cause della trasformazione (§§ 6 e 7); *c*) infine verificare l'impatto che sui giuristi successivi ha avuto l'approccio gaiano (§ 8).

3. *La fungibilità dell'uso dell'actio in factum sia per il danno da dispersione di res sia per il danno non corpore nella giurisprudenza tra la fine della Repubblica e il Principato.*

3.1. *Un caso di dispersione di* res *in Alfeno e un caso di danno* non corpore *in Ofilio e Labeone.* – La più antica testimonianza

[15] Gröschler 2011, p. 45, analogamente a Selb, fa un discorso di tecnicismo prima di Giuliano, con riferimento alla diversa estensione dell'azione civile, più o meno ampia, che avrebbe giustificato l'*actio in factum* o quella *utilis*. L'*actio utilis* avrebbe riguardato ipotesi di *fictio* o di trasposizione di soggetti, mentre l'*actio in factum* tutte le altre ipotesi nelle quali si lavora su un nuovo caso concreto, sempre con *formula in ius concepta*. Anche l'*actio utilis* aquiliana pregiustinianea sarebbe stata un'*actio in factum* originariamente. Dopo Giuliano si sarebbe persa la consapevolezza del tecnicismo e pertanto l'uso sarebbe divenuto promiscuo. Lo studioso, *ibid.*, 48, evidenzia come Gaio usi solo l'espressione *actio utilis*, rompendo per primo il tecnicismo. Nella spiegazione di questa novità, Gröschler non concorda con Selb, che aveva ipotizzato il declino del processo formulare in età classica, per il fatto che Gaio sarebbe attento ai meccanismi del processo formulare. Gröschler ritiene piuttosto che, dopo la consolidazione dell'editto giulianeo, in tutti i

sulla concessione dell'*actio in factum* aquiliana è in un parere di Alfeno riportato nell'epitome paolina dei *digesta*:

> Alf. 3 *dig. a Paul. epit.* D. 19, 5, 23: Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei, qui secum ambulabat, rogatus anulum ostendit, ut respiceret: illi excidit anulus et in Tiberim devolutus est. respondit posse agi cum eo in factum actione.

Il caso descritto riguarda la perdita di un anello che finisce nelle acque del Tevere perché un terzo, che passeggia con il proprietario dell'anello lungo l'argine del fiume, lo fa rotolare in acqua. Il giurista ritiene che si possa agire nei confronti del terzo con un'*actio in factum*.

Il testo è considerato sostanzialmente genuino e, nonostante l'assenza di un espresso riferimento alla *lex Aquilia*, viene fatto rientrare nel novero delle testimonianze relative all'estensione della tutela aquiliana a ipotesi di danno *non corpori*[16]. In realtà, la perdita di una *res* perché caduta nel fiume, o nel mare, configura un caso paradigmatico preso in esame a più riprese dalla giurisprudenza e risolto nell'alternativa tra *actio furti*, *actio de dolo* e *actio in factum* aquiliana, a seconda dell'intento dell'agente[17]. Nel nostro caso, il giurista non si sofferma sul profilo soggettivo, lasciando presumere, come nei casi analoghi in cui si ricorre all'azione in fatto aquiliana, che l'agente abbia agito negligentemente[18], escludendo una possibile rilevanza del caso fortuito[19].

Dalla testimonianza non si evince la *ratio* della decisione di Alfeno. Sempre tenendo presente il dibattito successivo, la concessione dell'*actio in factum*, in luogo di quella diretta aquiliana, poggia sulla natura del danno. Si tratta di quello che oggi definiamo danno meramente patrimoniale: la per-

---

casi di modificazione della formula si potesse parlare di *actiones utiles*. Questo potrebbe spiegare perché la distinzione, rigida sino a Giuliano, sia stata abbandonata dai giuristi successivi. Cfr. anche Id. 2002, p. 34 ss.; 286 ss.

[16] Albanese 1950, p. 81 ss.; Schipani 1969, p. 192; Selb 1984, p. 730 s.; Nörr 1986, p. 150 s.

[17] Cfr. *infra*, § 3.2, D. 19, 5, 14 pr.; D. 19, 5, 14, 2; D. 9, 2, 27, 21.

[18] MacCormack 1975, p. 30 s.

[19] Cfr. Schipani 1969, p. 192.

dita di un bene nel patrimonio del *dominus* che non ne comporta la distruzione materiale. Questa caratteristica (danno *non corpori*) giustifica la concessione dell'*actio in factum* e pone la testimonianza in linea di continuità con la funzione attribuita all'azione dai giustinianei. Tuttavia, dal confronto con un frammento altrettanto risalente, in cui Ulpiano riporta le opinioni di Labeone, Ofilio, oltre che di Nerazio, emerge la difformità di prospettiva tra la giurisprudenza più risalente e quella giustinianea circa l'ambito di applicazione dell'*actio in factum*:

> Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 9 pr.-3: Item si obstetrix medicamentum dederit et inde mulier perierit, Labeo distinguit, ut, si quidem suis manibus supposuit, videatur occidisse: sin vero dedit, ut sibi mulier offerret, in factum actionem dandam, quae sententia vera est: magis enim causam mortis praestitit quam occidit. 1. Si quis per vim vel suasum medicamentum alicui infundit vel ore vel clystere vel si eum unxit malo veneno, lege Aquilia eum teneri, quemadmodum obstetrix supponens tenetur. 2. Si quis hominem fame necaverit, in factum actione teneri Neratius ait. 3. Si servum meum equitantem concitato equo effeceris in flumen praecipitari atque ideo homo perierit, in factum esse dandam actionem Ofilius scribit: quemadmodum si servus meus ab alio in insidias deductus, ab alio esset occisus.

La prima parte di questo lungo frammento raccoglie diversi esempi di danno aquiliano distinti a seconda che esso sia stato arrecato con un nesso causale mediato o immediato. Il primo caso viene legato al precedente frammento di Gaio[20] dall'*item* con cui Ulpiano inizia la descrizione della casistica: un'ostetrica, come il medico negligente nella testimonianza di Gaio, dà una medicina che procura la morte di una donna. Labeone distingue tra una somministrazione dalle mani del-

[20] Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9, 2, 8: *idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit* …, con riferimento al ricorso all'azione aquiliana nei confronti del medico che abbia operato con imperizia uno schiavo altrui, creando evidentemente un danno.

l'ostetrica che configura un *occidere*, ovverosia un'uccisione secondo un nesso causale diretto, e una somministrazione del farmaco che presuppone un passaggio per le mani della donna che quindi lo assume personalmente. In quest'ultimo caso – sottolinea Ulpiano – si deve concedere un'*actio in factum*, perché la fattispecie configura più che un *occidere* un caso di *mortis causam praestare* – formulazione, quest'ultima, probabilmente presa in prestito dalla riflessione celsina[21]. Sul modello della distinzione labeoniana, Ulpiano ricorda altre situazioni simili: se qualcuno, con la forza o la persuasione, introduca un farmaco poi rivelatosi letale per bocca o per clistere, oppure abbia spalmato un unguento velenoso – tutte azioni che comportano un intervento materiale del danneggiante sul corpo del danneggiato –, sarà tenuto con l'azione aquiliana diretta[22]. Diversamente, se qualcuno avrà fatto morire di fame uno schiavo, non essendo l'uccisione causata direttamente dal danneggiante, Nerazio ritiene che debba essere tenuto con l'*actio in factum*. Un caso più complesso viene proposto di seguito: qualcuno, facendo imbizzarrire il cavallo sul quale cavalcava lo schiavo altrui, ne causa la caduta nel fiume e la morte. Ofilio ritiene che si debba concedere l'*actio in factum*, come nel caso in cui uno schiavo fosse attratto in un agguato da uno e ucciso da un altro.

Dalla testimonianza emerge in tutta evidenza la distinzione, ricondotta a Labeone, tra danno causato direttamente, consistente nell'*occidere* del primo *caput* della legge Aquilia, e danno causato senza contatto materiale con il danneggiato, reso da Ulpiano con *mortis causam praestare*[23], cui si lega la specifica tutela individuata nell'*actio in factum*[24]. Per chiarire la

[21] Cfr. *infra*, § 5.2.

[22] Genovese 2016, p. 321 s., ipotizza, anche se nel frammento non vi sono espressi riferimenti in merito, che la responsabilità dell'agente sia a titolo di colpa.

[23] Genovese 2016, p. 333 s., riconosce che «l'uso delle mani, rispetto a un'azione che in presenza di continuità causale impatti sulla vittima provocandone la morte, assuma particolare pregnanza nell'argomentare dei giuristi intorno all'*occidere* aquiliano …».

[24] Labeone, in un frammento in materia di locazione (Iav. 9 *ex post. Labeonis* D. 19, 2, 57), descrive il criterio di applicazione dell'azione aquiliana,

differenza tra l'*occidere* e il *mortis causam praestare*, Ulpiano riporta un ulteriore esempio di danneggiamento in cui la morte della vittima è causata direttamente da chi introduce, con la forza o con la persuasione, la medicina letale nel corpo del danneggiato (*actio directa*). La fattispecie ricorda quella labeoniana, di cui conserva intatta la *ratio*, pur con qualche differenza nei particolari. È già stato messo in evidenza l'uso della violenza o della persuasione per costringere o convincere il malato ad assumere la medicina: strumenti di pressione, invece, assenti nella configurazione della fattispecie dell'ostetrica[25]. Si è giustamente ritenuto che il riferimento

---

dal quale *e contrario* si può ricavare quello che ispira la concessione dell'*actio in factum*. Il giurista esprime un parere sull'azione per il danno causato da un cumulo di terra che, addossato alla parete della costruzione del vicino, bagnatosi a seguito delle frequenti piogge, aveva inumidito il muro del vicino, al punto da far crollare l'intero edificio. Egli ritiene che l'azione aquiliana vada usata soltanto qualora il danno sia stato arrecato senza l'intervento di una causa esterna che possa incidere sul nesso causale diretto tra l'azione o, nel caso di specie la *res*, e il danno che quest'ultima produce. Il fatto che il cumulo di terra si fosse bagnato, e dunque fosse intervenuto un fattore esterno all'azione del vicino che aveva accumulato la terra, lo porta a escludere l'applicazione dell'azione aquiliana. Nonostante il giurista non offra una soluzione concreta, possiamo immaginare che avrebbe potuto trovare applicazione l'azione in fatto. Nörr 1986, p. 162 ss., si domanda perché Labeone, dopo aver escluso l'applicazione dell'azione aquiliana nel caso di specie, non abbia completato il suo parere con la previsione dell'azione in fatto. Egli ipotizza che il giurista, ritenendo possibile il ricorso all'azione di locazione, sia stato indotto a non approfondire il profilo del danneggiamento aquiliano (*ibid.*, 164). Cfr. MacCormack 1982, p. 265, 268, sulla prospettiva 'naturale' o di 'senso comune' dell'interpretazione del nesso causale.

[25] Genovese 2016, p. 340 ss. Anche tenendo conto di questa precisazione, non trovo convincente l'interpretazione di recente proposta da Piro 2024, p. 353 nt. 31, circa l'applicazione dell'azione diretta anche in assenza di un contatto materiale. La studiosa trae tale conclusione dal riferimento nel passo in esame al danno realizzato *per suasum*, senza alcun contatto fisico, che il giurista riferisce direttamente alla condotta del danneggiante. Tuttavia, come sottolinea l'a., questa soluzione non può essere generalizzata: in Gai. 3.219 la persuasione genera un danno indiretto, sanzionato con un'azione utile. A me sembra che la ragione della scelta nel caso del *medicamentum* dell'azione diretta per il danno realizzato *per suasum* trovi una spiegazione non tanto sulla base della specificità del caso concreto, quanto piuttosto distinguendo da una parte la persuasione, quale strumento attraverso il quale si supera la diffidenza del danneggiato – generata, come giusta-

alla violenza o alla persuasione sarebbe necessario per parificare l'esempio a quello dell'ostetrica: mentre in quest'ultimo caso il paziente, contando sulla competenza professionale dell'ostetrica si sarebbe affidato a quest'ultima, nel secondo esempio il responsabile è un *quivis de populo* che può indurre il malato ad assumere il farmaco solo con la violenza o con la persuasione, escludendo in questo modo qualsiasi concorso di colpa della vittima. A Nerazio invece viene ricondotto il caso dello schiavo fatto morire di fame, quale esempio del *mortis causam praestare* sanzionato con l'*actio in factum*. Ofilio, infine, ricorda, come esempio di applicazione dell'*actio in factum*, il caso in cui il danneggiante abbia fatto imbizzarrire il cavallo che, disarcionando il proprio cavaliere, lo faccia finire nel fiume e lì muoia. Anche in questo caso, chi provoca la morte dello schiavo non agisce direttamente sulla vittima: la morte è l'effetto finale di una serie di concause, dal cavallo al fiume, che offrono la causa della morte.

Più difficile è comprendere la logica dell'ultimo esempio[26] di Ofilio usato per confortare la soluzione dell'*actio in factum* nel caso appena ricordato. Lo schema di confronto tra casi simili, che si trova usato anche in Celso[27] per una situazione non distante, induce a ritenere che l'ultimo caso sia più risalente del primo, essendone estesa analogicamente la soluzione[28]. Due soggetti concorrono nell'arrecare la morte di uno schiavo: uno lo attrae in un agguato, l'altro lo uccide. Sul presupposto della comune responsabilità che obbliga, sulla base della natura anche penale dell'azione aquiliana, ciascuno dei due danneggianti a rispondere integralmente del danno, ci si pone il problema di scegliere l'azione da usare nei loro confronti. La somiglianza con l'ipotesi precedente di

---

mente osservato da Genovese, dall'incompetenza del *quivis de populo* che propone l'assunzione del farmaco – rispetto all'assunzione della medicina, e dall'altra l'*infundere*, l'attività consistente nell'introdurre il farmaco nel corpo del danneggiato. La condotta lesiva del danneggiante consiste nell'*infundere*, nell'introdurre direttamente nel corpo della vittima il farmaco, dopo averne superato la resistenza o con la forza o con la persuasione.

[26] Cfr. MacCormack 1982, p. 258 s.

[27] Cfr. Celso in Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 7, 7.

[28] Cfr. Nörr 1986, p. 139.

applicazione dell'*actio in factum* porta a ritenere che essa sia richiamata anche in questo esempio. A me sembra che l'azione in fatto possa essere usata nei confronti di chi attira lo schiavo nell'agguato mortale, perché ha offerto l'occasione della morte, realizzata materialmente dal secondo danneggiante, nei confronti del quale ritengo si debba senz'altro applicare l'azione aquiliana diretta, anche per l'uso inequivocabile del verbo *occidere*, a descriverne la condotta[29].

Per concludere, gli esempi riportati nel frammento in esame sono coerenti nel concedere l'*actio in factum* in ipotesi di *mortis causam praestare*, ovverosia in casi nei quali i giustinianei avrebbero parlato di *actio utilis*. Questa divergenza ha portato la dottrina o a dubitare della genuinità del testo[30], oppure a giustificare la concessione dell'*actio in factum* con argomenti che non paiono tuttavia convincenti[31].

Si può veramente mettere in dubbio la genuinità dell'orientamento di Ofilio, Labeone, confermato da Nerazio, oppure ritenere che esso rappresenti una scelta diversa rispetto all'indicazione giustinianea? Prima di trarre qualsiasi conclusione definitiva è necessario ampliare lo sguardo all'orientamento della giurisprudenza contemporanea e successiva alla testimonianza. Cominciamo con la verifica degli ulteriori pareri di Labeone.

3.2. *Labeone e l'*actio in factum *per sanzionare il danno da dispersione di* res. – Il rilevante numero di pareri forniti dal giu-

[29] Nörr 1986, p. 140 s., si interroga sul perché non sia stata usata l'*actio de dolo* e sia stata preferita l'*actio in factum* aquiliana. Sulla logica differenziale delle due azioni, che avrebbe reso impossibile l'applicazione dell'azione di dolo, rinvio a Cursi 2008, p. 46 ss.

[30] Albanese 1950, p. 111 ss.

[31] Corbino 2007, p. 30 e nt. 79, sostiene che l'evento non solo non sarebbe conseguenza diretta del comportamento lesivo (come nell'azione utile), ma sarebbe ulteriormente indiretto perché verrebbe a colpire una cosa diversa da quella sulla quale si dirige l'azione: l'ostetrica ha offerto il medicamento ma è morta la donna. Senonché, anche nel caso in cui la persona danneggiata assuma direttamente il farmaco offertogli dall'ostetrica, ci troviamo di fronte a un caso in cui l'azione consistente nell'offrire il farmaco colpisce altro, ovverosia la donna che è morta per averlo assunto. In questo caso però la testimonianza richiama l'azione diretta e non *in factum*.

rista augusteo sui rimedi aquiliani consente di ricostruire un quadro abbastanza completo del suo orientamento in materia. Tuttavia, accanto a tre testimonianze univoche sul ricorso all'*actio in factum* per danni da dispersione di cose altrui, vi sono anche un paio di testimonianze di cui è più incerta la rilevanza ai fini della definizione dell'ambito di applicazione dei rimedi aquiliani nella riflessione del giurista.

Cominciamo da una testimonianza di Ulpiano nella quale viene riportato il parere di Labeone a proposito della concessione di un'*actio in factum* per un danno da dispersione di cose:

> Ulp. 37 *ad ed.* D. 47, 2, 50, 4: Cum eo, qui pannum rubrum ostendit fugavitque pecus, ut in fures incideret, si quidem dolo malo fecit, furti actio est: sed et si non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse lusus tam perniciosus: idcirco Labeo scribit in factum dandam actionem.

La condotta consiste nel mostrare un panno rosso in modo da mettere in fuga il bestiame con due possibili finalità: il furto degli animali, oppure il semplice gioco che però produce effetti perniciosi. Nel primo caso, la condotta è dolosa con lo specifico intento di sottrarre gli animali al *dominus*. Nel secondo caso, invece, siamo di fronte a un comportamento ludico ma sconsiderato: in altri termini, chi agisce lo fa con negligenza, senza prevedere gli effetti dannosi dell'atto. Mentre nel primo caso, il rimedio è senz'altro l'azione di furto, nel secondo, nell'impossibilità di ricorrere ad azioni diverse, Labeone si affida all'azione in fatto aquiliana per sanzionare il danno derivante dalla perdita del bestiame che non coincide necessariamente con la morte degli animali[32].

La conseguenza letale della condotta sconsiderata sarà invece presa in esame da Gaio[33] in una testimonianza che i com-

[32] Albanese 1950, p. 55 ss., ritiene genuina la testimonianza in esame e la considera una prova della classicità dell'*actio in factum* per danni *rebus integris*.

[33] Gai. 13 *ad ed. prov.* D. 47, 2, 51: *nam et si praecipitata sint pecora, utilis actio damni iniuriae quasi ex lege Aquilia dabitur.*

pilatori hanno collocato immediatamente dopo il parere di Labeone. Il *responsum* di Gaio, dando per presupposta la condotta lesiva, ritiene che il danno, consistente nella distruzione totale o parziale degli animali fatti cadere, debba essere sanzionato con l'azione utile aquiliana.

Ci occuperemo più avanti della differente scelta di Labeone e di Gaio rispetto all'azione da intentare per fattispecie simili, ma non identiche[34]. In questo contesto, mi preme evidenziare la previsione dell'*actio in factum* in risposta all'esigenza di sanzionare il danno derivante dalla dispersione delle *res* altrui, in continuità con la posizione già assunta da Alfeno per la dispersione dell'anello nel Tevere.

La distinzione segnalata da Ulpiano circa la condotta dannosa che, a seconda del profilo soggettivo, viene sanzionata con l'*actio furti* o con l'*actio in factum* aquiliana, si ritrova in un'altra testimonianza sempre di Ulpiano che riporta il dubbio di Labeone rispetto all'azione da usare in un ulteriore caso di dispersione di *res* altrui:

> Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 3, 7, 7: Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere.

Labeone si interroga sulla possibilità di concedere l'*actio de dolo* nell'ipotesi in cui un terzo abbia liberato dai vincoli uno schiavo per consentirne la fuga. Ulpiano non riporta il parere di Labeone, ma soltanto la soluzione proposta più tardi dal giurista Quinto il quale, spostando il discorso su binari alternativi all'azione di dolo, mette in evidenza il carattere sussidiario del rimedio: se il terzo abbia liberato lo schiavo non per un atto di misericordia, ma per appropriarsene, risponderà di furto, se invece lo abbia liberato per compassione, si concederà l'azione modellata sul fatto.

---

[34] Cfr. *infra*, § 7. Corbino 2007, p. 39 ss., rileva una differenza nel contenuto e nella natura delle due azioni, a partire dalla sicurezza con cui Gaio fa riferimento all'*actio utilis* e dall'incertezza che trapelerebbe dal parere di Labeone circa l'*actio in factum*.

Non conosciamo quale fosse l'orientamento di Labeone, se cioè fosse favorevole o contrario alla concessione dell'*actio de dolo*[35]. Possiamo però ricavare dal dubbio del giurista e dalla natura residuale dell'azione che, rispetto al nostro caso, mancava un rimedio tipico, e che il dibattito giurisprudenziale non era ancora giunto, nel I secolo d.C., a una conclusione definitiva[36].

A ben vedere, in considerazione di un danno che non comportava la distruzione della *res*, ma che per il *dominus* dello schiavo rappresentava indubitabilmente una perdita patrimoniale[37], Labeone, pur escludendo l'azione aquiliana diretta, avrebbe potuto pensare all'*actio in factum ex lege Aquilia*. Va ricordato che lo stesso giurista aveva sperimentato proprio questa possibilità nel caso analogo del danno causato da un terzo che, sventolando un panno rosso, aveva messo in fuga il bestiame altrui, con l'effetto di privare il *dominus* della disponibilità dei propri animali[38].

Si potrebbe rilevare che, rispetto alla fattispecie precedente, in quella che stiamo esaminando, l'agente, liberando lo schiavo, poteva ben prevedere le conseguenze dannose

---

[35] Nonostante una parte della dottrina abbia avanzato diverse ipotesi circa l'orientamento di Labeone sull'applicazione dell'*actio de dolo* nel caso specifico, non mi sembra che le diverse soluzioni poggino su dati significativi: PERNICE 1895, p. 211, ritiene che Labeone fosse contrario all'azione di dolo, ma senza indicazioni sulla ragione; diversamente ALBANESE 1956, p. 98, pensa a un orientamento favorevole di Labeone, sulla base del generale atteggiamento del giurista circa la concessione dell'*actio de dolo*. Nello stesso senso, WATSON 1961, p. 393 s., il quale, inserendo il parere di Labeone all'interno della tendenza del giurista a estendere l'applicazione dell'azione di dolo al di fuori della frode negoziale, pensa che Labeone fosse favorevole all'esperimento dell'*actio de dolo*. Il parere dissenziente di Quinto sarebbe da ricollegare all'opposto tentativo di restringere la sfera di applicazione dell'azione, mentre Ulpiano avrebbe condiviso quest'ultima soluzione per ragioni esclusivamente morali, legate alla condotta misericordiosa. Così MACCORMACK 1975, p. 33 s.; ID. 1986, p. 242. Da ultimo, negando la possibilità di definire la risposta fornita da Labeone, MANFREDINI 1992, p. 207 e nt. 10 s.

[36] Cfr. LÜBTOW 1963, p. 211 ss., sulla tarda affermazione dell'*actio in factum* quanto alla tutela di un danno non necessariamente materiale del patrimonio del *dominus*.

[37] Cfr. CORBINO 2007, p. 32 s.

[38] Cfr. *supra*, in testo.

della propria azione. In altri termini, anche se animato da misericordia, egli agisce volontariamente. Ciò nonostante, poiché il danneggiamento aquiliano può essere sia doloso sia colposo, Labeone avrebbe potuto richiamare l'*actio in factum* anche in questo caso. Perché richiama, sia pure in forma dubitativa, solo l'*actio de dolo*?

Ho già avuto modo di mettere in evidenza[39] la particolare attenzione di Labeone per il criterio della sussidiarietà dell'azione di dolo che, come è noto, può essere usata solo qualora manchi qualsiasi altro rimedio. Tuttavia, precisa lo stesso Labeone, anche nell'ipotesi in cui non si sia certi dell'esistenza di una tutela accordata dal pretore, si può far ricorso all'*actio de dolo*. Labeone, evidentemente, non ha la certezza che il pretore potesse concedere l'*actio in factum* e dunque preferisce ricorrere all'*actio de dolo* edittale. Il che significa che l'azione in fatto aquiliana non è, all'epoca di Labeone, un'azione edittale, ma probabilmente – come giustamente evidenziato da Watson[40] – decretale, non garantendo quella tutela che invece l'azione edittale di dolo assicura.

Quinto – giurista di difficile identificazione, ma successivo a Labeone[41] –, nel riprendere il dubbio labeoniano (*apud eum*

---

[39] Cfr. Cursi 2008, p. 39 ss.

[40] Watson 1961, p. 393 ss. e 402.

[41] Arnò 1933, p. 34 ss., identifica il Quinto richiamato nella testimonianza con Quinto Mucio Scevola, ritenendo corrotto l'inciso nel quale si lega l'intervento di Quinto al commento dell'opera di Labeone. Difende il riferimento a un giurista precedente a Labeone, l'interpretazione di Albanese 1956, p. 107 ss., il quale, portando l'attenzione sul fatto che la costruzione dell'*apud* e l'accusativo può essere usata per indicare l'opinione citata presso un altro giurista, non necessariamente precedente a quello il cui parere viene richiamato nel testo, ma anche successivo, ritiene che Labeone avesse annotato il lavoro di un giurista, non meglio identificato, che avrebbe opinato per l'*actio furti*. Pur escludendo per ragioni formali l'identificazione con Q. Mucio Scevola, l'Albanese ricostruisce il rapporto tra i due giuristi, evidenziandone il disaccordo sostanziale che avrebbe indotto Labeone a ritenere applicabile l'*actio de dolo*, in luogo dell'*actio furti*. A prescindere dalla difficoltà di interpretare coerentemente, nella ricostruzione di Albanese, i nessi sintattici della porzione di frammento relativa all'annotazione che pongono Quinto come soggetto della glossa a Labeone, e non il contrario (cfr. MacCormack 1975, p. 33 s. e nt. 59), lo stesso a. pone in crisi la propria ipotesi, vedendosi costretto a supporre il rimaneggiamento del passo che, per ragioni sostanziali, non può testimoniare, nel periodo precedente a La-

notans), distingue il rimedio a seconda dell'intenzione di chi ha liberato lo schiavo dalle catene: se egli ha agito con misericordia[42] si concederà l'azione in fatto aquiliana[43], in assenza di misericordia si ricorrerà all'*actio furti*. Nel ventaglio delle possibili azioni che, nella prospettiva di Quinto, assicurano la tutela al proprietario dello schiavo, l'*actio de dolo* non viene affatto presa in considerazione. Questa assenza nella valutazione del giurista testimonia, a mio avviso, la trasformazione dell'*actio in factum* aquiliana che, nel lasso di tempo che separa Labeone da Quinto, è diventata edittale.

Infine, Ulpiano riporta un ulteriore caso di danneggiamento in cui Labeone ritiene si debba applicare l'*actio in factum* aquiliana:

> Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27. 35: Item si tectori locaveris laccum vino plenum curandum et ille eum pertudit, ut vinum sit effusum, Labeo scribit in factum agendum.

---

beone, l'applicazione dell'*actio in factum*. Per questi motivi, sintattici e formali, appare preferibile rivolgersi all'ipotesi di chi ravvisa in Quinto o Q. Saturnino – come suggerisce KUNKEL 1967, p. 181 nt. 321 – o Q. Cervidio Scevola – secondo l'alternativa indicata da KRÜGER 1912, p. 157 nt. 24 e 200 –; possibilista su Cervidio Scevola, VALDITARA 1992, p. 144 nt. 400. CORBINO 2005, p. 185, esclude vi siano elementi per qualificare il Quinto richiamato nel passo.

[42] Non mi sembra convincente il ruolo della misericordia, quale attenuante funzionale a evitare l'infamia derivante dall'*actio de dolo*, che MANFREDINI 1992, p. 219, ravvisa nella concessione dell'*actio in factum*. Una simile configurazione mi pare calibrare il ruolo della misericordia in funzione del dolo e, in corrispondenza, creare un rapporto tra l'*actio in factum legis Aquiliae* e l'*actio de dolo* che non passa per la misericordia ma per un criterio di residualità molto più generale. Diverso il caso riportato da Sabino, richiamato da Gellio (Gell. 11, 18, 14), circa la configurazione di un furto nell'ipotesi in cui qualcuno abbia favorito la fuga di uno schiavo, sventolando la toga allo scopo di impedire al padrone di vedere.

[43] Mi pare ormai superata la perplessità di una parte della dottrina, soprattutto più risalente, circa la riferibilità dell'*actio in factum* richiamata da Quinto alla *lex Aquilia*. Il dibattito giurisprudenziale successivo e la sistemazione giustinianea consentono di ancorare stabilmente il rimedio alla risoluzione delle problematiche relative all'*interpretatio* della *lex Aquilia*. Si veda in questo senso, con valide argomentazioni ispirate a logiche di sistema, ALBANESE 1950, p. 85 ss.; ID. 1956, p. 110 ss.; MACCORMACK 1975, p. 30 s. e nt. 50; MANFREDINI 1992, p. 208 e nt. 11.

Richiamando con l'*item* iniziale la soluzione della fattispecie precedente, in cui l'azione aquiliana aveva trovato applicazione parallelamente all'azione di locazione[44], Ulpiano riporta il caso di un vasaio che ha forato un recipiente che gli era stato locato per la manutenzione, versando così il vino in esso contenuto. Labeone scrive che si deve agire con l'*actio in factum*. La posizione del giurista augusteo sul punto non è l'unica a essere registrata da Ulpiano, il quale, in un altro paragrafo dello stesso frammento, riporta anche il diverso parere di Celso[45], secondo cui alcune condotte, quali adulterare il vino, spargerlo, trasformarlo in aceto, costituiscono ipotesi di applicazione dell'azione aquiliana diretta. Esse, infatti, configurano un *corrumpere*, assimilabile estensivamente al *rumpere* presente nel terzo capitolo della legge.

Come appare evidente, la strategia rimediale seguita da Labeone e da Celso, in merito allo spargimento del vino, è diversa. Lasciando da parte ipotesi di interpolazione del testo[46], confrontiamo le due posizioni per comprenderne la *ratio*. Mentre la soluzione di Celso, favorevole all'applicazione dell'azione aquiliana diretta, è motivata come un'ipotesi di *corruptio*, l'opinione di Labeone, favorevole all'*actio in factum*, non è giustificata in alcun modo. Possiamo immaginare almeno due scenari: nel primo, Labeone richiama l'azione in fatto perché il nesso causale tra condotta e danno è indiretto, visto che il vino viene versato a seguito del colpo che il vasaio assesta al contenitore, forandolo[47]; nel secondo, invece, ragionando sull'*interpretatio* dei *verba legis*, così da portare sullo

[44] Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 34: … *mihi autem videtur et eo casu, quo ex locato actio est, competere etiam Aquiliae.*

[45] Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 15: *cum eo plane, qui vinum spurcavit vel effudit vel acetum fecit vel alio modo vitiavit, agi posse Aquilia Celsus ait, quia etiam effusum et acetum factum corrupti appellatione continentur.*

[46] Albanese 1950, p. 66 ss., ha ritenuto interpolata l'opinione di Celso, perché, a suo avviso, lo *spurcare* e l'*effundere vinum* non configurerebbero ipotesi di *corruptio* e *mutatio rei* tali da qualificare un'ipotesi di danno aquiliano diretto (su cui Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 14, richiamato *ibid.*, p. 67), e viceversa genuina l'opinione di Labeone perché ammette un'*actio in factum* in un caso di pura perdita patrimoniale, in mancanza della distruzione materiale del vino.

[47] Cfr. Ziliotto 2000, p. 186 s.

stesso piano il confronto tra le posizioni dei due giuristi, Labeone, diversamente da Celso, non ravvisa le caratteristiche né del danno aquiliano tradizionale, né della sua estensione legata all'ampliamento della portata del verbo *rumpere* a significare *corrumpere*. Ulpiano riconduce ai *veteres* tale interpretazione[48], specificando che *fere omnes veteres*, quasi tutti i giuristi repubblicani interpretavano estensivamente il verbo *rumpere*. Tra questi, forse, non c'era Labeone.

Celso, accogliendo l'interpretazione di *rumpere* come *corrumpere*, pensa al versamento del vino come a un'ipotesi di *corruptio* e dunque all'applicazione dell'azione aquiliana diretta. In quest'ultimo caso, il danno sarà un danno patrimoniale, consistente nella distruzione del bene; per Labeone, invece, il danno sarà meramente patrimoniale, avendo egli escluso la distruzione materiale del bene, che continua a conservare la sua integrità, pur essendo diventato inutilizzabile. L'*actio in factum*, come ipotizzato da Albanese[49], tutelerebbe dunque un caso di lesione patrimoniale *non corpori*.

3.3. *Pareri di Labeone di incerta rilevanza per l'applicazione dei rimedi aquiliani*. – In un frammento di Ulpiano, inserito dai compilatori nel titolo sulla rapina nel libro 47 del Digesto, si descrive un caso particolare di sottrazione violenta di un bene altrui, per il quale si cita il parere di Labeone. La riflessione si estende a ricomprendere anche l'ipotesi di un danno causato in maniera indiretta in conseguenza della sottrazione violenta del bene. È in questa parte che viene richiamato il rimedio aquiliano:

> Ulp. 56 *ad ed.* D. 47, 8, 2, 20: Si publicanus pecus meum abduxerit, dum putat contra legem vectigalis aliquid a me factum: quamvis erraverit, agi tamen cum

[48] Cfr. Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 13: *inquit lex 'ruperit'. rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt 'corruperit'.* Cfr. VALDITARA 2005, p. 29.

[49] ALBANESE 1950, p. 68. *Contra* MACCORMACK 1975, p. 20, il quale ritiene che la distinzione tra le due fattispecie risieda nel diverso criterio soggettivo: il dolo autorizzerebbe a usare l'azione diretta, la colpa l'azione in fatto. Non mi sembra, tuttavia, che vi siano elementi, nella descrizione della fattispecie, che possano giustificare una simile chiave di lettura.

> eo vi bonorum raptorum non posse Labeo ait: sane dolo caret: si tamen ideo inclusit, ne pascatur et ut fame periret, etiam utili lege Aquilia.

Più nel dettaglio, il caso riguarda la condotta di un pubblicano che, nell'erronea convinzione che il proprietario di una mandria avesse violato la legge sui tributi, gliela porta via. Labeone sostiene che, nonostante l'errore, non si possa agire contro il pubblicano con l'azione di rapina, in assenza del dolo. Se però la mandria – prosegue la testimonianza – è stata rinchiusa così da impedirle di pascolare, facendola morire di fame, si potrà agire con l'azione utile aquiliana.

Come si è detto, l'opinione di Labeone è richiamata espressamente solo per escludere il ricorso all'azione per la rapina, visto che la condotta del pubblicano non era dolosa[50], perché legittimata dalla convinzione, sia pure erronea, che fossero state violate norme sui tributi. La procurata morte degli animali, conseguente alla sottrazione, configura invece un danno che, per la modalità della condotta lesiva, richiede l'uso di un'azione aquiliana diversa da quella diretta, individuata in questo caso in un'*actio utilis*. L'ipotesi è analoga ai casi descritti nel frammento prima esaminato di D. 9, 2, 9 pr.-3 e, in particolare, a quello dell'uomo che viene fatto morire di fame, che porta Nerazio, nel caso specifico, ma anche Ofilio e lo stesso Labeone per fattispecie in cui la lesione è prodotta da un nesso causale indiretto, a prevedere l'*actio in factum* e non quella *utilis*.

Se la soluzione dell'azione utile fosse da attribuire a Labeone, ciò determinerebbe un problema di coerenza interna nella riflessione del giurista augusteo. La soluzione più semplice sarebbe quella di ritenere che il parere non sia stato reso da Labeone[51], ma da Ulpiano che menziona l'*actio utilis*.

---

[50] Valiño 1974, p. 338 s., ritiene pesantemente alterato il testo sia rispetto alla motivazione, sia rispetto al riferimento all'*actio utilis* che avrebbe sostituito un'originaria *actio in factum*. Harke 2016, p. 130 s., pensa a un uso promiscuo delle due espressioni già in Labeone.

[51] Diversamente Albanese 1950, p. 187, ritiene che questa testimonianza attesti, con riferimento a Labeone, la più antica applicazione dell'*actio utilis* aquiliana.

La successiva vicenda delle due azioni sino alla casistica severiana mostra in effetti un uso promiscuo che potrebbe confermare l'ipotesi proposta.

Resta da esaminare un ultimo parere di Labeone, richiamato in una testimonianza di Ulpiano, nella quale è però difficile identificare l'*actio in factum* ivi menzionata con il rimedio aquiliano:

> Ulp. 23 *ad ed.* D. 9, 3, 5, 4: Cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis condemnatus est, merito ei, qui ob hoc, quod hospes vel quis alius de cenaculo deiecit, in factum dandam esse Labeo dicit adversus deiectorem, quod verum est. plane si locaverat deiectori, etiam ex locato habebit actionem.

Il frammento è inserito nel titolo relativo all'*edictum de effusis vel deiectis* ma riguarda un'ipotesi nella quale non sembra trovare applicazione l'azione edittale. Qualora qualcuno sia stato condannato con l'azione aquiliana al risarcimento del danno derivante dal gettito di qualcosa, a parere di Labeone gli spetterà un'azione *in factum* contro l'ospite o altri che abbia gettato qualcosa dal piano superiore, e questa soluzione viene approvata da Ulpiano. Inoltre, se ha locato a chi ha compiuto il gettito, gli spetterà anche l'azione di locazione.

La testimonianza ha dato luogo a interpretazioni molto distanti tra loro, per lo più basate sulla modifica del suo tenore letterale, nel tentativo di garantire una maggiore coerenza nell'intepretazione del testo[52]. Tali proposte, tuttavia, arrivano ad alterare in modo significativo il contenuto del frammento, con l'effetto di costruire ipotesi interpretative del tutto sganciate dal testo originario, che, così com'è, è indub-

[52] Cfr. l'*editio maior* di MOMMSEN 1870, p. 295 nt. 3: *cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis tenetur, merito ei, qui ob hoc condemnatus est,* e quella *minor* (MOMMSEN, KRÜGER 1911, p. 163 s.) che propone la seguente variante: *cum autem legis Aquiliae actione propter hoc quis teneatur, quod deiciendo damnum dederit, merito ei, qui ob hoc condemnatus est,* nonché la *Palingenesia* di LENEL 1889, coll. 550 nt. 2 e 551 nt. 1: *<lege Aquilia propter hoc quis damnas est>, merito ei, qui ob hoc, quod hospes vel quis alius de cenaculo deiecit, <condemnatus est>.* Cfr. anche la posizione di ANKUM 2002, p. 7 ss., tendenzialmente conservativa dell'attuale tenore del testo.

biamente piuttosto oscuro[53]. Lo dimostra il fatto che, anche se ci si trova all'interno del commento all'editto *de effusis vel deiectis*, non compare alcun riferimento alla relativa azione, al contrario viene richiamata l'azione aquiliana e un'*actio in factum* non meglio identificata per un danno causato da un gettito di cose da un *cenaculum*.

Emendando il testo, gli studiosi che si sono occupati della testimonianza hanno ritenuto di leggervi non solo il riferimento all'azione aquiliana ma anche all'*actio de effusis vel deiectis*. Come si è detto, quest'ultimo rimedio non è espressamente menzionato nel frammento, ma secondo alcuni, l'*actio de effusis vel deiectis* con la quale sarebbe stato condannato l'*habitator*, concorrerebbe con l'azione aquiliana intentata contro il *deiector*[54], legittimando l'azione in regresso dell'*habitator* nei

---

[53] Cfr. Giménez-Candela 1990, p. 81.

[54] Van Hoek 2000, p. 456 ss., ipotizza che il *deictor* sia stato condannato *ex lege Aquilia*. Tuttavia, l'a. ritiene che anche il suo ospite (dobbiamo pensare in veste di *habitator*) sia stato condannato in base all'*actio de effusis vel deiectis*. Quest'ultimo intenta un'azione di regresso contro il *deiector* che ha già subito una condanna con l'azione aquiliana. Una simile ricostruzione obbligherebbe a presumere una concorrenza di azioni mosse dalla persona lesa – l'una contro il *deiector*, l'altra contro l'*habitator*. L'a. tenta di superare il problema richiamando la natura popolare dell'*actio de effusis vel deiectis* quando il danno viene arrecato a una persona libera, immaginando che non sia il danneggiato ma un terzo a proporre l'azione. Sul presupposto dell'esistenza di questo tipo di danno, l'a. fa concorrere l'azione aquiliana mossa dal danneggiato contro l'autore della lesione con l'azione popolare *de effusis vel deiectis* intentata da un terzo contro l'*habitator*, ammettendo poi l'azione di regresso di quest'ultimo contro il *deiector*. Due sono a mio avviso i limiti di questa ingegnosa ricostruzione: da una parte, l'impossibilità di verificarne la plausibilità a partire dal tenore letterale del testo. Non solo non vi è traccia dell'*actio de effusis vel deiectis*, ma non troviamo alcun riferimento nemmeno della lesione a un uomo libero – unica condizione per ammettere il concorso delle due azioni. Dall'altra, l'impossibilità di identificare il danno sanzionato con l'azione aquiliana (a cose) con il danno sanzionato con l'*actio de effusis vel deiectis* (a una persona libera). Il che crea un problema di coerenza interna nella ricostruzione della fattispecie che ne rende difficile l'accoglimento (cfr. Ankum 2002, p. 16 nt. 60). Analogamente Ankum 2002, p. 15 ss., ritiene che l'*actio de effusis vel deiectis* sia richiamata con riferimento alla *deiectio* dell'*hospes* o di qualcun altro, escludendo che il condannato sulla base della legge Aquilia coincida con il condannato nell'azione *de effusis vel deiectis*. Lo studioso ritiene che il *deiector* sia stato condannato con l'azione aquiliana, pur avendo egli causato un danno senza una diretta influenza sulla

confronti del *deiector*; secondo altri, che seguono la proposta di emendazione di Mommsen[55], essa sarebbe usata contro l'*habitator* per il danno di cui il *deiector* è responsabile sulla base della *lex Aquilia*, legittimando l'azione di regresso dell'*habitator* contro il reale autore del gettito[56]. Nel primo caso, si pone un problema di concorrenza di azioni che non trova adeguata spiegazione, nel secondo, si corre il rischio di generalizzare una soluzione che potrebbe invece essere legata alla peculiarità del caso concreto[57].

Tenendo fermo il tenore letterale della testimonianza, a me sembra che si possa avanzare un'ipotesi interpretativa diversa, traendo spunto dalla riflessione giurisprudenziale sull'editto *de effusis vel deiectis*, conservata dai compilatori.

A tal fine, la prima domanda che ci si deve porre è perché non si sia fatto ricorso all'*actio de effusis vel deiectis* che per il danneggiato ha l'indubbio vantaggio, rispetto all'azione aquiliana, di presumere in maniera assoluta la colpevolezza dell'*habitator*, evitando di provare la *culpa* del danneggiante, con

---

cosa danneggiata (anche se: «the *deiector* did not have a direct influence on the damaged things; he acted *corpore* but not *corpori*»). Ankum ritiene che il riferimento all'azione aquiliana diretta sia da giustificare con riferimento alle soluzioni della giurisprudenza contemporanea a Labeone che, pure in mancanza dell'elemento *corpori*, nondimeno avrebbero concesso l'azione diretta. L'*habitator* invece sarebbe stato condannato con l'*actio de effusis vel deiectis*. L'*actio in factum* sarebbe stata concessa all'*habitator* contro il *deiector*, il quale risarcirebbe il danno due volte per il triplo del valore della cosa distrutta: una al passante e una all'*habitator*, per il doppio del valore della cosa distrutta, sulla base dell'*actio de effusis vel deiectis*. Si deve immaginare pertanto che il danneggiato intenti sia l'azione aquiliana contro il *deiector*, sia l'*actio de effusis vel deiectis* contro l'*habitator*, ammettendo un doppio risarcimento. Anche questa ricostruzione crea, come la precedente, un problema di concorrenza di azioni che Ankum però non tenta di superare richiamando l'azione popolare, ma ritenendo che il danno sia un danno patrimoniale a cose appartenenti al danneggiato.

[55] Cfr. *supra*, nt. 52.

[56] Cfr. MATTIOLI 2010, p. 99 ss., la quale propone un'ulteriore modifica del testo, espungendo '*legis Aquiliae actione*', focalizzando l'attenzione sull'azione di regresso (*ibid.*, 102 nt. 25); e da ultimo ZILIOTTO 2024, p. 813 ss., la quale ritiene che l'*habitator* sia stato condannato con l'*actio de effusis vel deiectis* e, sulla base della responsabilità aquiliana del *deiector*, l'*habitator* agisca in regresso nei confronti di quest'ultimo.

[57] Rinvio a CURSI 2007a, p. 117 ss.; EAD. 2007b, p. 657 ss.

una riparazione pari al doppio del valore della *res* distrutta, direttamente prevista dalla clausola edittale, senza collegarla, come invece accade nella legge Aquilia, all'*infitiatio* del convenuto.

A fronte di questi evidenti vantaggi, perché nel nostro caso il danneggiato agisce con l'azione aquiliana?

Se leggiamo il primo frammento del titolo in cui Ulpiano si sofferma sull'interpretazione dei *verba* della clausola edittale, nei §§ 1 e 2[58] il giurista severiano si preoccupa di chiarire il significato del riferimento al *locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur*, quale condizione per l'applicazione dell'azione. Avendo presente l'obiettivo che ha condotto il pretore a prevedere l'azione, ovverosia garantire la sicurezza del transito o della permanenza nei luoghi frequentati dal pubblico, Ulpiano sottolinea che non è rilevante la natura pubblica o privata della via, ma è sufficiente che la gente sia solita passare per una via (anche non pubblica) per giustificare l'uso dell'azione. E poi prosegue con un esempio: se viene gettato qualcosa in una via che all'epoca del fatto non era frequentata, e che solo in seguito comincia a essere un luogo di pubblico transito, Ulpiano ritiene che non si possa usare l'*actio de effusis vel deiectis*.

L'esempio è particolarmente rilevante per tentare di ricostruire la nostra fattispecie: qualcosa viene gettato dalle finestre di un'abitazione nella via sottostante, non frequentata, causando un danno a un terzo. La mancanza del requisito del *locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur*, non comporta l'applicazione dell'azione edittale. Di fronte a un danno, comunque realizzato, non resta che agire con l'azione aquiliana diretta, poiché ciò che è stato gettato ha causato immediatamente un danno. È la soluzione meno vantaggiosa, ma, a questo punto, l'unica per ottenere la riparazione del danno.

[58] Ulp. 23 *ad ed.* D. 9, 3, 1, 1-2: *summa cum utilitate id praetorem edixisse nemo est qui neget: publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari. Parvi autem interesse debet, utrum publicus locus sit an vero privatus, dummodo per eum volgo iter fiat, quia iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur: semper enim ea loca, per quae volgo iter solet fieri, eandem securitatem debent habere. ceterum si aliquando vulgus in illa via non commeabat et tunc deiectum quid vel effusum, cum adhuc secreta loca essent, modo coepit commeari, non debet hoc edicto teneri.*

Qualche riga più avanti troviamo il confronto tra le due azioni[59]: il che porta a ritenere che i giuristi si siano interrogati sul confine tra le due azioni.

Il ricorso all'azione aquiliana obbliga l'attore, in primo luogo a identificare l'autore del gettito per chiamarlo in giudizio, in secondo luogo a provarne la colpa o il dolo. Nella nostra fattispecie, il convenuto, che non a caso non viene qualificato dal giurista come *habitator*, proprio perché non viene usata l'*actio de effusis vel deiectis*, potrebbe al contrario essere identificato, per il riferimento alla possibilità di usare in regresso l'azione di locazione, con il proprietario del *cenaculum*, oppure con il conduttore che a sua volta subaffitta l'immobile a terzi (*modica hospitiola*)[60]. In ogni caso, pur venendo condannato, egli non è l'autore del gettito[61]. Soltanto l'individuazione dell'autore materiale del danno gli consentirà di rivalersi su di lui. L'azione che Labeone, con l'approvazione di Ulpiano, ritiene debba concedersi per il risarcimento del danno è un'*actio in factum*. Non è semplice stabilire se si tratti di un'azione decretale, creata per l'occasione dal pretore, con o senza riferimento a modelli edittali[62], in funzione di re-

[59] Ulp. 23 *ad ed.* D. 9, 3, 1, 4: *haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium: culpa enim penes eum est. nec adicitur culpae mentio vel infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exiget.*

[60] La contiguità con il frammento che estende l'applicazione dell'*actio de effusis vel deiectis*, azione in fatto edittale (cfr. LEVY 1918, p. 328 e nt. 8; GRÖSCHLER 2002, p. 116), al caso dell'*horrearius* o del *conductor apothecae*, potrebbe indurre a ritenere, in una logica sistematica, che nel nostro caso non si avesse a che fare con un *habitator*, ma con una delle due figure menzionate, come conferma il commento dei Basilici al frammento (Bas. 60.4.5.3 [Scheltema, A.VIII, 2772] e relativi *scholia* [Scheltema, B.VIII, 3175]. Cfr. su questi testi VAN HOEK 2000, p. 456 ss., che non ritiene di poter seguire la ricostruzione dei Basilici. Così ANKUM 2002, p. 14 nt. 46).

[61] LEVY 1918, p. 328 e nt. 7, ritiene che l'azione civile (aquiliana) sia data contro l'autore del danno, richiamando il frammento in esame. Nel nostro caso, il fatto che il condannato con l'azione aquiliana agisca in regresso contro il *deiector* fa pensare che il condannato non sia il reale autore del danno. Su questa base mi sembra superabile anche la perplessità di ZILIOTTO 2024, p. 820, circa la condanna *ex lege Aquilia* di chi non sia l'autore del danno.

[62] GRÖSCHLER 2002, p. 211 s., ritiene che si tratti di un'azione decretale in regresso, inventata per l'occasione, senza riferimento a modelli edittali.

gresso[63], oppure se essa sia da identificare con un'azione aquiliana in fatto, sempre in funzione di regresso per il danno meramente patrimoniale patito da chi è stato condannato a risarcire un danno senza averlo causato[64].

Oltre all'azione in fatto è possibile usare anche l'azione di locazione, se vi è un contratto di locazione tra chi è stato condannato ingiustamente al risarcimento del danno e il reale autore del danno. In considerazione del rapporto di locazione, il danno causato dal gettito di cose dall'abitazione locata, si inserisce nella sfera di controllo del conduttore che, come tale, va da lui sopportato[65].

Al termine della disamina del frammento, non nascondo che la conservazione del tenore letterale della testimonianza obbliga a ipotizzare una dinamica del fatto alquanto artico-

---

[63] Una situazione analoga è testimoniata in un frammento di Paul. 19 *ad ed.* D. 9, 3, 4: *perceptione, non litis contestatione, praestaturi partem damni societatis iudicio vel utili actione ei qui solvit.* Il caso riguarda più *habitatores* di uno stesso piano di un edificio dal quale è stato gettato qualcosa che ha causato un danno. Visto che è impossibile – scrive Gaio in D. 9, 3, 2 – individuare l'autore del gettito, Ulpiano in D. 9, 3, 3, ritiene che tutti siano responsabili in solido. Ma se si è agito nei confronti di uno, gli altri saranno liberati dalla richiesta di pagamento da parte del danneggiato, sebbene presteranno la loro parte del danno a chi paga o con l'azione a favore del socio o con un'azione utile. L'*actio utilis*, intesa come un'azione di regresso, si è ritenuto fosse modellata o sull'*actio societatis* (Harke 2016, p. 205) o sull'*actio de effusis vel deiectis* (Valiño 1974, p. 223 s.). Sulla fungibilità dell'*actio in factum* e di quella *utilis* successivamente alla codificazione dell'editto, rinvio a *infra*, § 8.

[64] Cfr. in questo senso, Seidl 1971, p. 76, che inquadra l'azione all'interno di una logica oggettiva di incidenza del rischio da parte di chi agisce in regresso, presupponendo la responsabilità oggettiva dell'*habitator* nell'*actio de effusis vel deiectis*, e non la responsabilità soggettiva dell'azione aquiliana; più cauto per la difficoltà di interpretare il testo, Selb 1984, p. 737: «M.E. ist entweder eine *actio in factum* nach der *lex Aquilia* gemeint – das wäre eine überaus kühne Konstruktion – oder eine aus der Gastaufnahme resultierende kontraktliche *actio in factum praescriptis verbis*, als Idee nicht minder kühn. Der Text läßt freilich zu viele Fragen offen, um als Argument zu dienen». Anche Giménez-Candela 1990, p. 82, si sofferma sul significato dell'*actio in factum* come azione simile a quella in regresso. Perplesso Frier 1980, p. 140 e nt. 193, il quale ritiene che l'estensione della nozione di danno in questa situazione crei difficoltà tanto sul piano aquiliano che contrattuale.

[65] Ankum 2002, p. 18, richiama la *bona fides* del conduttore che, in quanto *deiector*, sarebbe tenuto a risarcire l'ingiusto esborso dell'*habitator*.

lata, che presuppone un'erronea individuazione del responsabile, a favore del quale è riconosciuta l'azione in regresso contro il reale responsabile. L'ipotesi, vicina negli esiti a quella basata sulla proposta di emendazione di Mommsen, ha però il vantaggio, rispetto a quest'ultima, di non modificare il testo che ci è pervenuto, oltre a introdurre la possibilità del regresso in un caso specifico, senza generalizzare la soluzione.

L'impossibilità di stabilire con certezza la natura dell'*actio in factum* e il suo collegamento con la logica rimediale aquiliana, porta a concludere per l'irrilevanza della testimonianza rispetto alla riflessione labeoniana.

4. *Continuità nell'uso dell'*actio in factum *nella riflessione dei giuristi del I secolo d.C.*

4.1. *L'*actio in factum *per la dispersione di* res *nei pareri di Sabino.* – Sabino richiama l'applicazione dell'*actio in factum ex lege Aquilia* a proposito di un caso analogo a quello esaminato da Alfeno:

> Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 21: Si quis de manu mihi nummos excusserit, Sabinus existimat damni iniuriae esse actionem, si ita perierint, ne ad aliquem pervenirent, puta si in flumen vel in mare vel in cloacam ceciderunt: quod si ad aliquem pervenerunt, ope consilio furtum factum agendum, quod et antiquis placuit. Idem etiam in factum dari posse actionem ait.

Il caso è quello di chi fa cadere dalla mano di un terzo delle monete in un luogo nel quale è difficile, se non impossibile, recuperarle, come in un fiume, nel mare o in una cloaca. Sono perdute per il proprietario, anche se nessun altro se ne è appropriato, e dunque Sabino ritiene si debba agire con l'azione aquiliana. Diverso sarebbe il caso in cui le monete siano state fatte cadere di mano con l'intento di rubarle[66]. In questo caso si agirà per il furto, secondo l'opinione

[66] Cfr. sull'*ope consilio* presente nella testimonianza, la lettura di Lambrini 2021, p. 199 ss., quale indizio di forme di complicità.

già sostenuta dagli antichi giuristi repubblicani. Sabino ritiene che si possa anche concedere l'azione in fatto.

Come si è detto, il caso descrive una situazione simile a quella esaminata da Alfeno in D. 19, 5, 23, anche se, a ben vedere, l'impostazione della questione presenta punti di contatto anche con la fattispecie dello schiavo liberato dalle catene descritto da Labeone in D. 4, 3, 7, 7 e con il caso della dispersione del bestiame esaminato sempre da Labeone in D. 47, 2, 50, 4: il giurista augusteo, come Sabino, porta l'attenzione sull'alternativa tra l'azione di furto e l'azione di danneggiamento aquiliano. La *ratio* della distinzione è la medesima: dispersione delle *res* con appropriazione altrui (furto), mera dispersione (danneggiamento aquiliano). Rispetto al danneggiamento, Sabino pensa a un'azione aquiliana diretta, salvo poi ad ammettere, come precisa Ulpiano, anche l'*actio in factum*[67]. Nonostante nell'ultimo caso non sia precisato il riferimento alla *lex Aquilia*, considerata la somiglianza con le ipotesi di ricorso all'azione in fatto aquiliana dibattute dai giuristi, ritengo che possa ritenersi aquiliana[68].

L'incertezza di Sabino sul rimedio aquiliano diretto o concesso in fatto testimonia, a mio avviso, il dibattito giurisprudenziale[69] sulla possibilità di forzare i *verba legis* o al contrario estendere l'ambito della tutela aquiliana con azioni modellate sul fatto – come già era emerso dal contrasto tra l'opinione di

[67] Cfr. ALBANESE 1950, p. 51 ss., sulla ricostruzione del testo del frammento che esclude la classicità della prima soluzione proposta da Sabino, per via della contraddizione con la seconda, riportata alla fine del frammento, la più probabile per il confronto con soluzioni analoghe conservate in altre testimonianze. Diversamente WATSON 1961, p. 396, ritiene interpolata l'attribuzione a Sabino dell'*actio in factum*. Difende la genuinità del testo SELB 1984, p. 740, per la consapevolezza di Sabino del rischio di usare l'azione diretta, qualora non fosse ravvisato un *rupisse* nella condotta lesiva.

[68] Cfr. in questo senso SELB 1982, p. 739 s.

[69] Cfr. GRÖSCHLER 2011, p. 38 ss., ipotizza che dietro l'incertezza del giurista sull'azione diretta o in fatto, vi fosse il modo di ragionare per azioni, secondo la logica del processo formulare. Con l'azione diretta l'attore avrebbe corso il rischio che il *iudex* non riconoscesse il danno in mancanza delle caratteristiche strutturali del danno aquiliano, mentre con l'azione in fatto avrebbe garantito maggiormente l'attore per essere più vicina alle caratteristiche concrete della fattispecie.

Labeone e quella dei *veteres* circa la possibilità di considerare la dispersione del vino un caso di *corruptio*[70]. In questa prospettiva, non è da escludere che il ricorso all'*actio in factum* fosse legato, ancora all'epoca di Sabino, a una concessione sul caso concreto in via decretale, confermando la cautela di Labeone che preferisce ricorrere all'*actio de dolo* edittale nel frammento sulla liberazione dello schiavo altrui.

Con riferimento allo specifico rapporto tra *actio in factum* e *actio de dolo*, Ulpiano, nel commento a Sabino, riporta un caso di dispersione di *res* le cui soluzioni potrebbero risalire proprio a Sabino:

> Ulp. 41 *ad Sab.* D. 19, 5, 14 pr.: Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare proiecit, nulla tenetur actione: sed si sine causa id fecisset, in factum, si dolo, de dolo tenetur.

Il passo si trova nel libro 41 del commento ulpianeo *ad Sabinum* in tema di *furtum*[71]. La collocazione riconduce la fonte, nella quale pure manca un espresso richiamo al furto[72], all'interno della tradizionale distinzione tra *actio furti* e *actio in factum legis Aquiliae*. Nel nostro caso, la testimonianza è in realtà più articolata: chi abbia gettato in mare merci altrui per salvaguardare le proprie, non è chiamato a rispondere con nessuna azione. Se tuttavia lo abbia fatto senza motivo sarà tenuto con un'*actio in factum*, se abbia invece agito dolosamente, risponderà con l'azione di dolo.

Il passo è stato studiato con riguardo a profili specifici e principalmente con attenzione alla genuinità del testo che alcuni ritengono pesantemente rimaneggiato[73], altri, invece,

---

[70] Cfr. *supra*, § 3.2.

[71] Lenel 1889, col. 1164.

[72] Albanese 1956, p. 243 s., ritiene che l'assenza del riferimento al *furtum* dipenda da un accorciamento compilatorio.

[73] Eisele 1897, p. 22 s., giudica compilatorio il riferimento all'*actio de dolo* che sarebbe insolito in presenza dell'*actio in factum* aquiliana; De Martino 1938, p. 182 ss., interpretando il testo alla luce del regime della *lex Rhodia de iactu*, lo ritiene gravemente rimaneggiato, escludendo la classicità del riferimento all'*actio in factum*, sia in rapporto alla *lex Aquilia*, sia rispetto all'*actio furti*, non ravvisando ragioni per escludere l'azione civile nell'uno e

considerano fedele all'originale[74]. Dal mio punto di vista, non posso escludere che il frammento sia stato accorciato dai compilatori, visto che resta sottinteso il riferimento all'*actio furti* probabilmente presente in origine, sia perché rispondeva a un modello che circolava tra i giuristi, sia per la collocazione della testimonianza nel libro del commento ulpianeo sul furto.

Detto questo, a me sembra che l'esame complessivo della testimonianza consenta di ricostruire le varianti della medesima fattispecie concreta e i diversi rimedi proposti. Cominciamo da una considerazione generale: condividendo un'osservazione di Pernice[75], il fatto che le merci siano dell'autore del gettito fa pensare che il danno non sia stato causato dall'armatore ma da un privato e questo renderebbe plausibile la natura aquiliana dell'*actio in factum* richiamata, in assenza di rapporti contrattuali pregressi.

Nella prima ipotesi di gettito delle merci altrui per salvaguardare le proprie, non si prevede alcuna responsabilità per aver agito in stato di necessità o di pericolo, ossia in presenza di una causa di giustificazione. La stessa condotta viene esaminata, però, con riguardo sia all'assenza della causa di giustificazione (*sine causa*), sia alla presenza di dolo. Nel primo caso si ritiene di poter usare l'*actio in factum* che riterrei *ex lege Aquilia*, per coerenza con il modello circolante nella casistica

---

nell'altro caso. Anche il richiamo all'*actio de dolo* non sarebbe coerente con l'esclusione della condotta dolosa nella prima parte della testimonianza. Più moderata la censura di ALBANESE 1950, p. 72 ss.: l'attuale versione della testimonianza sarebbe il frutto di una sintesi compilatoria che il confronto con *responsa* analoghi consentirebbe di ritenere conforme alla sostanza classica, eccezion fatta per il glossema relativo all'*actio doli*.

[74] Decisamente conservativa la lettura di PERNICE 1895, p. 72 s., il quale colloca il frammento nella casistica sull'*actio furti* e osserva giustamente che esso non ha alcun collegamento con la *lex Rhodia*, visto che chi getta in mare le merci altrui lo fa per salvaguardare le proprie, escludendo così l'armatore della nave. Chi ha disperso le merci altrui, non avendo un *animus furandi*, non risponde di furto ma, in assenza di una specifica causa (pericolo o necessità), è tenuto per il risarcimento del danno. A conclusioni non dissimili circa la genuinità del passo giunge WATSON 1961, p. 396, il quale spiega la compresenza dell'*actio de dolo* e dell'*actio in factum* aquiliana in considerazione del carattere decretale dell'ultima azione.

[75] Cfr. *supra*, nt. precedente.

giurisprudenziale sulla dispersione di *res*. In questo caso, la logica seguita è quella della dispersione senza distruzione delle merci, come le monete perse in mare. Più complessa, in questo quadro, è l'interpretazione dell'*actio de dolo*, richiamata nell'ipotesi del gettito doloso. Come è noto, l'*actio de dolo* è un'azione sussidiaria, che non vi sarebbe motivo di richiamare in presenza di un'*actio in factum* in grado di sanzionare la dispersione sia colposa sia dolosa delle merci.

Accogliendo l'ipotesi di Watson, secondo cui l'*actio in factum* decretale non avrebbe impedito l'applicazione dell'*actio de dolo*, si potrebbe ipotizzare che, nel nostro caso, l'*actio in factum*, proprio perché modellata sul caso concreto, non assicurasse una tutela certa che, al contrario, l'*actio de dolo*, in quanto azione edittale, avrebbe comunque garantito. E dunque, di fronte a una dispersione di *res* senza distruzione materiale, qualora non si ravvisasse il dolo, l'unico rimedio possibile, pur nella sua incertezza, era l'azione in fatto aquiliana; in presenza di dolo, l'incertezza della concessione del rimedio, portava a preferire l'azione dolo che, come aveva già chiarito Labeone, poteva essere invocata non solo quando si era sicuri che non vi fosse altro rimedio, ma anche quando non si era certi che vi fosse.

Nello spiegare il dubbio di Labeone sulla concessione dell'*actio de dolo* nel caso della liberazione dello schiavo da parte di un terzo, si era ipotizzato il carattere decretale dell'*actio in factum* all'epoca di Labeone, che infatti aveva preferito usare l'azione di dolo. Soltanto con il passare del tempo, come attesta la soluzione di Quinto che annota Labeone, l'azione assunse un carattere tipico che ne consentì l'ingresso nell'editto. Lo stesso fenomeno sembrerebbe attestato nel frammento in esame, anche se nel nostro caso sorge un problema: Ulpiano, al quale è riconducibile la testimonianza, scrive in un momento nel quale l'azione in fatto è già da tempo inserita nell'editto. L'unica possibilità è ritenere che Ulpiano stesse riportando il parere di Sabino che scrive in un momento di poco successivo a Labeone, registrando la stessa incertezza relativa alla natura decretale dell'azione. Una simile ipotesi sarebbe coerente con la soluzione-tipo che la casistica

stava costruendo in quel periodo sul rapporto tra *actio furti* e *actio in factum* aquiliana, alternativa all'*actio de dolo*. Del resto, lo stesso Sabino, nel frammento prima esaminato, aveva mostrato incertezza sull'uso dell'azione aquiliana diretta o *in factum* rispetto a un caso simile.

Rielaborando probabilmente un parere di Sabino, a un secolo di distanza, Pomponio non ha dubbi sull'uso dell'*actio in factum* in una situazione analoga:

> Ulp. 41 *ad Sab.* D. 19, 5, 14, 2: Sed et si calicem argenteum quis alienum in profundum abiecerit damni dandi causa, non lucri faciendi, Pomponius libro septimo[76] decimo ad Sabinum scripsit neque furti neque damni iniuriae actionem esse, in factum tamen agendum.

L'ipotesi di dispersione riguarda un calice d'argento che viene gettato nella profondità (del mare) allo scopo di arrecare un danno, non di appropriarsi del bene. Pomponio, nel diciottesimo libro di commento a Sabino, in materia di furto, ritiene che non si debba agire con le azioni civili di danno o di furto, ma che si debba agire in fatto.

Il frammento è un ulteriore paragrafo del passo di Ulpiano di commento *ad Sabinum* appena esaminato e insiste sullo stesso tema, ribadendo l'alternativa ormai tipica tra furto e danneggiamento. Nel parere di Pomponio[77] si avverte l'eco del dibattito dei giuristi precedenti, attraverso il riferimento alle azioni civili di furto e di danneggiamento, sia pure per escluderle, e la sicura indicazione dell'*actio in factum*, senz'altro aquiliana perché l'intento è di arrecare danno. Viene meno il riferimento all'azione di dolo, mancandone il presupposto legato alla sussidiarietà dell'azione, visto che si prevede l'azione in fatto. All'epoca di Pomponio l'azione in fatto è evidentemente diventata edittale.

---

[76] Corretto in ottavo da Lenel 1889, col. 1164, per coerenza con la materia trattata nel frammento.

[77] Cfr. Albanese 1950, p. 75 s., sull'intervento dei compilatori sul testo che non tocca però la genuinità dell'opinione di Pomponio.

4.2. *Il danno da dispersione di* res *e il danneggiamento con nesso causale mediato nella casistica di Proculo.* – In continuità con il caso precedente, anche Proculo richiama l'*actio in factum* nell'ipotesi di dispersione di un bene:

> Proc. 2 *epist.* D. 41, 1, 55: In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit: cum eo haereret, exemptum eum abstuli: num tibi videor tuum aprum abstulisse? et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimississem, eo casu tuus esse desisset an maneret? et quam actionem mecum haberes, si desisset tuus esse, num in factum dari oporteret, quaero. respondit: laqueum videamus ne intersit in publico an in privato posuerim et, si in privato posui, utrum in meo an in alieno, et, si in alieno, utrum permissu eius cuius fundus erat an non permissu eius posuerim: praeterea utrum in eo ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimississes et eo facto meus esse desisset, actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset.

Il frammento è piuttosto articolato e ruota intorno all'acquisto della proprietà di un animale selvatico, come conferma la collocazione che i compilatori giustinianei hanno dato al passo, inserendolo all'interno del titolo *de adquirendo rerum dominio*. In particolare, il caso riguarda un cinghiale che, caduto in una trappola, viene liberato e portato via da un soggetto diverso da chi ha teso la trappola. Ci si chiede se chi ha portato via il cinghiale lo abbia sottratto a chi lo ha acquistato per il fatto di essere caduto nella trappola. E se si crede che sia stato acquistato in questo modo, se qualcuno lo avesse liberato e lasciato andare per la selva, in questo caso cesserebbe di essere nella proprietà di chi ha teso la trappola o vi rimarrebbe? E nel primo caso, sarebbe da intentare un'azione in fatto contro chi lo avesse liberato? Di fronte a queste domande, il giu-

rista risponde distinguendo diverse ipotesi: se la trappola fosse stata tesa in un terreno pubblico o privato, e in quest'ultimo caso se nel fondo di chi ha teso la trappola o di altri che abbia dato oppure non dato il permesso di tenderla. Inoltre, si dovrà valutare se il cinghiale caduto nella trappola non fosse in grado di liberarsi da solo, oppure, al contrario, lo potesse fare, lottando a lungo. In conclusione, Proculo ritiene che il cinghiale sia di colui nella cui potestà sia entrato. E se qualcuno lo abbia liberato facendolo tornare alla sua naturale libertà, allora sarà data contro costui un'azione in fatto, come si è ritenuto di concedere nel caso di chi abbia gettato in mare una coppa appartenente ad altri.

Il passo è stato probabilmente oggetto di intervento compilatorio[78], in considerazione di alcune sconnessioni nel testo[79], frutto di tagli volti a sintetizzare il lungo parere[80] di Proculo: mentre la prima parte del frammento, prima del *respondit*, sembra descrivere il caso concreto, la seconda parte sviluppa una serie di variabili che suonano come approfondimenti del caso che il giurista intende valutare per fornire il responso. Tuttavia, i diversi scenari che danno corpo alle richieste di chiarimento del giurista non trovano spazio nella soluzione[81]. La risposta al quesito principale, riguardante l'appropriazione del cinghiale da parte del cacciatore, viene data ellitticamente, tanto da sembrare lapalissiana, perché l'animale diviene del cacciatore quando cade in suo potere: *summam tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit*[82]. Nulla viene infatti specificato circa la modalità attraverso la quale l'animale entri nella disponibilità del cacciatore. Solo nella precisazione finale, che riconduce a chi libera

[78] Cfr. per un'attenta analisi critica del testo GERKENS 1997, p. 122 ss. ALBANESE 1950, p. 83; ID. 1953, p. 186 s., lascia emergere qualche sospetto di successiva semplificazione postclassica.

[79] Sia formali, sia sostanziali: l'incoerenza nell'uso di *ego* e *tu* nella descrizione del caso e nel successivo parere; i quesiti che restano irrisolti nella soluzione. Cfr. GERKENS 1997, p. 133.

[80] Sulla natura dell'*epistula* come parere scritto sollecitato da un caso concreto o ispirato a un caso di scuola, cfr. KRAMPE 1970, p. 13 ss.

[81] Così GERKENS 1997, p. 124 ss.

[82] Così GERKENS 2009, p. 79 ss.

il cinghiale dalla trappola la responsabilità del danno causato al cacciatore[83], si riesce a comprendere che il cinghiale diventa del cacciatore per il solo fatto di essere caduto nella trappola. Il giurista ritiene dunque che l'appropriazione dell'animale prescinda dalla sua apprensione materiale.

L'origine di questa opinione potrebbe essere ravvisata in un parere di Trebazio Testa il quale, in un caso analogo in cui l'animale viene ferito dal cacciatore, ritiene che esso appartenga a chi lo abbia ferito sin dal momento del ferimento, e dunque prima della sua apprensione materiale, purché il cacciatore non desista dall'inseguire la preda. Il parere è riportato da Gaio[84] che lo contrappone alla diversa opinione (maggioritaria) di chi ritiene che l'animale appartenga al cacciatore solo a partire dall'impossessamento. A quest'ultima teoria, maturata probabilmente in ambiente sabiniano, aderisce Gaio, sabiniano anche lui.

La continuità con il parere di Trebazio, maestro di Labeone, il fondatore della scuola che poi prenderà il nome da Proculo, consente collocare in ambito proculeiano l'opinione minoritaria sull'apprensione dell'animale selvatico, fissando su questo specifico punto la differenza di pensiero tra le due scuole[85].

---

[83] Sul ruolo del passante che libera il cinghiale cfr. GERKENS 1997, p. 151 s.

[84] Gai 2 *rer. cott.* D. 41, 1, 5, 1: *naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit eius persecutio. Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intellegatur. Trebatio placuit statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur, quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis: itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucri faceret, furtum videri nobis eum commississe. plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est.* Cfr. GERKENS 1997, p. 127 s., 138 ss.; MANFREDINI 2006, p. 18 ss.

[85] Altro problema è perché i compilatori giustinianei hanno inserito all'interno del titolo *de adquirendo rerum dominio* il parere di Proculo. Non tanto perché la sua opinione segue la linea minoritaria di Trebazio circa l'appropriazione dell'animale selvatico prima della materiale apprensione, quanto per il fatto che nelle Istituzioni imperiali (I. 2, 1, 13: *illud quaesitum est, an, si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intellegatur. qui-*

Se è chiara, dunque, l'opinione di Proculo sull'acquisizione della proprietà dell'animale selvatico, non conosciamo tuttavia il ruolo che nella soluzione avrebbero potuto svolgere la natura pubblica o privata del fondo sul quale viene allestita la trappola, o la capacità del cinghiale di uscire da solo dalla trappola[86]. Possiamo solo ipotizzare[87], immaginando un taglio compilatorio, che il cacciatore potesse acquistare la proprietà del cinghiale, prima di averlo materialmente preso, se la trappola fosse stata posta sul fondo proprio, o su quello altrui, ma dietro espressa autorizzazione del suo proprietario[88], a condizione che il cinghiale fosse caduto nella trappola senza potersi autonomamente liberare.

Nonostante queste precisazioni, se si ammette il principio generale che il cinghiale caduto nella trappola entri nella sfera di appartenenza del cacciatore, non c'è dubbio che il passante, nel liberarlo, abbia arrecato un danno al cacciatore. È a questo punto, nella parte finale del frammento, che viene sviluppato il riferimento all'*actio in factum* che aveva costituito oggetto di uno dei quesiti iniziali. L'azione deve intendersi in fatto aquiliana[89], per via dell'analogia che lo stesso giurista in-

---

busdam placuit statim tuam esse et eo usque tuam videri, donec eam persequaris, quodsi desieris persequi, desinere tuam esse et rursus fieri occupantis. alii non aliter putaverunt tuam esse, quam si ceperis. sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere solent, ut eam non capias) i compilatori manifestano chiaramente la preferenza per la posizione dei Sabiniani che, come si è detto, ritengono essenziale l'apprensione dell'animale per poterne vantare la proprietà.

[86] Albanese 1953, p. 187, ipotizza l'intervento di una mano diversa da quella di Proculo, pur lasciando aperta la questione, immaginando in alternativa una conclusione di Proculo di carattere generale che avrebbe assorbito le questioni specifiche evidenziate dal giurista; cfr. anche Gerkens 1997, p. 125, spec. 131, 139 ss., in senso adesivo all'alternativa di Albanese.

[87] Con Manfredini 2006, p. 30.

[88] Sull'emergere dello *ius prohibendi*, il diritto del proprietario del fondo di proibire l'ingresso al cacciatore, rinvio a Manfredini 2006, p. 12 e nt. 17.

[89] Krampe 1970, p. 66 s., non ritiene che l'azione in fatto richiamata nel frammento sia riconducibile all'azione aquiliana, perché esclude che l'azione possa riguardare un danno senza materiale distruzione del bene. Lo studioso ammette tuttavia il confronto analogico con la dispersione della coppa, caso tipico di azione in fatto aquiliana. *Contra*, Albanese 1950, p. 84; Id. 1953, p. 186; più sfumato Gerkens 1997, p. 146 ss.

staura con il caso del lancio di una coppa in mare[90]. Proculo, infatti, avvantaggiandosi del dibattito giurisprudenziale a lui precedente, richiama l'*actio in factum* nel caso tradizionale del gettito in mare, o nel fiume, di una *res* altrui[91], ampliando la casistica[92], con l'estensione dell'azione alla fattispecie del cinghiale. In entrambi i casi il danno patito dal *dominus* consiste

[90] Suggestiva l'ipotesi di SCHÜTZE 1863, p. 75 nt. 26, il quale, pure in assenza di qualunque riferimento testuale, ipotizza che il termine *porculum*, pesce porco, fosse originariamente contenuto nel parere, sostituito dai compilatori con l'espressione *poculum*.

[91] Cfr. SELB 1982, p. 746 s.

[92] Alfeno in D. 19, 5, 23; Sabino in D. 9, 2, 27, 21; Ulpiano nel commento a Sabino in D. 19, 5, 14 pr. e 2, nell'ultimo § con parere di Pomponio. Non è possibile ricostruire la *ratio* della scelta di confrontare la perdita del cinghiale con quella della coppa gettata in mare. Di certo, la casistica riconducibile a Labeone avrebbe potuto offrire un termine di confronto forse più vicino alla fattispecie esaminata da Proculo: basti pensare al bestiame messo in fuga da chi mostra un panno rosso (D. 47, 2, 50, 4), o allo schiavo liberato dalle catene consentendone la fuga (D. 4, 3, 7, 7). Il caso del cinghiale, tuttavia, presenta caratteristiche così specifiche da non essere confrontabile neppure con questi ultimi casi. Il cinghiale, una volta liberato dalla trappola, in virtù della sua natura selvatica, perde qualunque rapporto con il cacciatore, divenendo *res nullius* (cfr. Gai. 2 *rer. cott.* D. 41, 1, 3, su cui GERKENS 1997, p. 134 ss.). Diversa è invece la situazione del bestiame messo in fuga o dello schiavo liberato che conservano il rapporto potestativo con il *dominus*, in mancanza di *derelictio* da parte del proprietario. Lo stesso può dirsi anche rispetto all'anello caduto nel Tevere, alle monete cadute in mare, alle merci o al calice gettati in mare di cui il *dominus* continua a conservare la proprietà. Tra le testimonianze che affrontano il problema dello *iactus mercium*, troviamo un frammento di Giavoleno (Iav. 11 *ex Cass.* D. 41, 1, 58: *quaecumque res ex mari extracta est, non ante eius incipit esse qui extraxit, quam dominus eam pro derelicto habere coepit*) nel quale il giurista ritiene che la cosa rinvenuta in mare appartenga a colui che l'abbia estratta, non prima che sia stata considerata abbandonata dall'originario *dominus*. Ciò significa che lo *iactus mercium* non avrebbe comportato automaticamente la *derelictio*, ma essa si sarebbe potuta compiere *solo animo* in seguito. L'ipotesi è quella della merce gettata in mare, salvata con spese di salvataggio tali da superare il valore della merce stessa. In questo caso il proprietario avrebbe potuto abbandonare la merce, una volta recuperata (ROMANO 1933 [2002], p. 115). Anche questa ipotesi, pertanto, come il caso degli animali domestici dispersi, appare distante da quella dell'animale selvatico. Considerata la specificità della fattispecie dell'animale selvatico, possiamo ipotizzare che la scelta di Proculo sia stata causale. La sua attenzione si concentra sul danneggiamento subito dal proprietario, per il solo fatto della perdita di disponibilità della *res*, che è elemento comune a tutte le fattispecie, indipendentemente dalla possibilità per i terzi di appropriarsi o meno della *res* perduta.

nella perdita della cosa in proprietà, senza la sua distruzione materiale.

Accanto al caso della dispersione della cosa altrui, Proculo richiama l'*actio in factum* aquiliana in un'altra circostanza:

> Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 7, 3: Proinde si quis alterius impulsu damnum dederit, Proculus scribit neque eum qui impulit teneri, quia non occidit, neque eum qui impulsus est, quia damnum iniuria non dedit: secundum quod in factum actio erit danda in eum qui impulit.

La testimonianza di Ulpiano è stata inserita all'interno del titolo della *lex Aquilia* e affronta un caso nel quale la soluzione richiede il superamento della rigida interpretazione dei *verba legis*, in particolare del termine *occidere*. Un soggetto ha causato un danno, uccidendo uno schiavo o un animale[93], per impulso di un terzo: Proculo scrive che non si può agire con l'azione aquiliana né nei confronti di quest'ultimo perché non ha causato la morte secondo un nesso causale diretto (*occidere*), né nei confronti di chi ha agito perché spinto dal terzo, perché non ha arrecato il danno con dolo o con colpa (*iniuria*): pertanto si dovrà concedere l'azione in fatto aquiliana nei confronti di chi ha spinto ad arrecare il danno.

Il giurista analizza la fattispecie concreta riconducendola alla fattispecie astratta del danneggiamento aquiliano fissata dai *verba legis*[94]. In particolare, l'attenzione si concentra sul

---

[93] Albanese 1950, p. 105 s., ritiene fortemente alterato il frammento per via della presenza del generico *damnum dare* e del più specifico *occidere* per definire la medesima fattispecie, oltre che per la mancanza dell'oggetto. Potrebbe essere sufficiente immaginare un taglio compilatorio che non ha alterato il contenuto del parere di Proculo.

[94] A me sembra che l'approccio del giurista sia volto a forzare l'interpretazione letterale del testo della legge, affrontando in questa prospettiva l'analisi del profilo causale e di quello soggettivo nelle due diverse condotte. Non aiuta pertanto a far emergere la *ratio* della soluzione né la distinzione tra causalità e colpevolezza, né la loro unitaria considerazione, se non nella prospettiva del loro concreto richiamo nella valutazione della corrispondenza al dettato aquiliano delle due condotte. Rinvia al pragmatismo della giurisprudenza romana Vinci 2022, p. 334 s.

verbo *occidere*, ovverosia causare la morte secondo un nesso causale diretto[95], e sul termine *iniuria* a indicare il profilo soggettivo del danno. Rispetto alla condotta dei due soggetti coinvolti nel danneggiamento, il giurista ritiene che non si perfezioni la fattispecie prevista dal primo capitolo della legge né per l'uno né per l'altro – come sottolinea il ripetersi del *neque eum … teneri* con cui si esclude la responsabilità sia di chi *impulit*, sia di chi *impulsus est*. Non per chi ha spinto perché la sua condotta non costituisce un *occidere*, essendo insufficiente a provocare la morte senza la mediazione del soggetto che materialmente ha ucciso il terzo. Neppure quest'ultimo però può essere considerato responsabile perché ha colpito senza voler colpire e, dunque, non può ravvisarsi nella sua condotta alcuna riprovevolezza.

Proculo, tuttavia, affidandosi all'estensione giurisprudenziale della responsabilità aquiliana oltre il nesso causale diretto (*occidere*), ammette la legittimazione passiva in capo a chi abbia ucciso in maniera mediata (*qui impulit*). Il giurista non resta rigidamente vincolato all'interpretazione letterale del testo normativo, ma segue l'orientamento che supera la causalità diretta[96], usando l'azione in fatto[97]. Non è un caso che il parere di Proculo sia richiamato nella parte del commentario ulpianeo dedicato all'interpretazione del termine *occidere* nel primo capitolo della legge Aquilia[98]. Proculo non usa lo stesso criterio rispetto all'*iniuria*, nozione che resta saldamente ancorata alla soggettività della condotta e che lo porta dunque a escludere ogni responsabilità in chi è stato spinto[99]. Una simile interpretazione porta a scartare la possibilità che l'impulso al quale fa riferimento Proculo sia da intendere come un'istigazione alla condotta lesiva, rispetto alla

[95] Cfr. sul punto CURSI 2002, p. 158 ss.

[96] Cfr. NÖRR 1986, p. 205; SCHIPANI 1969, p. 318 s., sulla responsabilità di chi *impulit*, nella cui condotta si ravvisano sia volontarietà che riprovevolezza.

[97] ALBANESE 1950, p. 106, parla di originaria *actio utilis* che sarebbe stata sostituita dai compilatori con il riferimento all'*actio in factum*.

[98] Fr. 614 Lenel.

[99] Cfr. SCHIPANI 1969, p. 318 s., circa l'impossibilità di rintracciare nella condotta di chi *impulsus est* volontarietà e riprovevolezza della condotta.

quale si richiederebbe quantomeno la consapevolezza della condotta lesiva. Dobbiamo dunque immaginare che un soggetto sia stato spinto materialmente e consapevolmente da un altro e, in conseguenza di tale colpo, abbia arrecato un danno a un terzo.

Diversamente da casi simili, nei quali, nonostante la produzione del danno coinvolga strumenti che mediano la condotta del danneggiante (ad es. un cane che, istigato, morda un passante), viene concessa l'azione aquiliana diretta[100], nel caso di specie la diversa soluzione, *actio in factum*, non può essere intesa in maniera dissonante[101]. Proculo, nel valutare il rispetto dei requisiti previsti dalla *lex Aquilia* ai fini della configurazione del danneggiamento, considera chiaramente distinta la condotta di chi spinge da quella di chi è spinto; il che rende impossibile ritenere quest'ultimo un mero strumento sotto il controllo del primo, spezzando così il nesso causale diretto che invece si conserva nel caso del cane, che resta uno strumento nelle mani dell'istigatore.

Come appare evidente, l'azione in fatto assume in questo contesto un significato completamente differente dal precedente, ponendosi in ogni caso in continuità con l'uso dell'a-

---

[100] Ziliotto 2000, p. 126 s., avvicina questa fattispecie a quella descritta in D. 9, 2, 11, 5, dove Ulpiano richiama il parere di Proculo, confrontato con quello di Giuliano, nel caso di un cane che, istigato da chi lo ha nella propria sfera di controllo, morda un passante. Mentre Proculo ritiene si debba concedere l'azione aquiliana diretta nei confronti di chi avrebbe dovuto controllare il cane, anche nell'ipotesi in cui il cane non fosse stato tenuto al guinzaglio; Giuliano distingue tra il caso del cane tenuto al guinzaglio e quello contrario. Solo nel primo caso prevede la concessione dell'azione diretta, nel secondo, invece, concede l'azione in fatto aquiliana. La studiosa sottolinea il contrasto tra la soluzione di Proculo in quest'ultimo frammento e quella contenuta nel passo che stiamo esaminando in testo (sulla medesima linea Piro 2004, p. 141 s.). Proculo evidentemente non considera l'uomo che materialmente uccide al pari di un'arma nelle mani di altri, come il cane istigato ad azzannare (su cui di recente Piro 2024, p. 353 s. e nt. 32, nel senso di ritenere il cane uno strumento del danneggiante, nell'indifferenza circa l'uso o meno del guinzaglio) o il *telum* lanciato (D. 9, 2, 52, 2).

[101] Piro 2004, p. 144, ipotizza l'imprevedibilità dell'esito lesivo, in assenza di massime di esperienza che invece giustificherebbero l'azione diretta.

zione che è emerso dalle testimonianze dei giuristi precedenti.

Conserva il medesimo contenuto il riferimento all'*actio in factum* in un altro parere di Proculo riprodotto nella *Collatio*, e richiamato in un passo di Ulpiano conservato nel Digesto:

> Coll. 12, 7, 7, 8: Item libro VI ex Viviano relatum est: si furnum secundum parietem communem haberes, an damni iniuria teneris? Et ait <Proculus> agi non posse Aquilia lege, quia nec cum eo qui focum haberet: et ideo aequius putat in factum actionem dandam. Sed non proponit exustum parietem. Sane enim quaeri potest, si nondum mihi damnum dederis et ita ignem habeas, ut metuam ne mihi des, an aequum sit me actionem, id est in factum inpetrare? Fortassis enim de hoc senserit Proculus. Nisi quis dixerit damni non facti sufficere cautionem.

> Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 10: Si furnum secundum parietem communem haberes, an damni iniuria teneaaris? et ait Proculus agi non posse, quia nec cum eo qui focum haberet: et ideo aequius puto in factum actionem dandam, scilicet si paries exustus sit: sin autem nondum mihi damnum dederis, sed ita ignem habeas, ut metuam, ne mihi damnum des, damni infecti puto sufficere cautionem.

La questione riguarda un forno addossato a una parete comune e si chiede se il proprietario del forno sia tenuto a risarcire il *damnum iniuria datum*. Nella *Collatio* il quesito viene ricondotto a un'opera incerta di Viviano[102], a differenza del Digesto, dove non è attribuito a un giurista in particolare. Nella versione del Digesto, Proculo è dell'avviso che non si possa agire con l'azione aquiliana, come nel caso di colui che abbia un focolare addossato a un muro comune. Nella versione della *Collatio*, lo stesso parere è da ricondurre a Proculo, in assenza di un riferimento espresso, probabilmente sulla base del confronto con la testimonianza del Digesto. L'alter-

[102] Fr. 1 Lenel.

nativa all'azione diretta è l'*actio in factum*. In questo punto, il testo delle due fonti si differenzia[103]: nella *Collatio* la preferenza per l'azione modellata sul fatto è attribuita a Proculo, perché continua la descrizione in terza persona del parere del giurista che prima aveva escluso l'azione diretta (*et ideo aequius* [*Proculus*] *putat in factum actionem dandam*). Nel Digesto, invece, la proposta dell'*actio in factum* discende dalla riflessione di Ulpiano (*et ideo aequius puto* [*Ulpianus*] *in factum actionem dandam*). Le due versioni continuano a divergere nel prosieguo: il parere riportato nel Digesto presenta un'articolazione logica più lineare rispetto a quella della *Collatio*. Seguiamo il Digesto: Ulpiano precisa che l'*actio in factum* è concessa se il muro è bruciato. Diversamente, qualora vi sia soltanto il rischio di danno derivante dallo svolgimento dell'attività del *furnus*, Ulpiano ritiene sufficiente ottenere la *cautio damni infecti*. Nella *Collatio*, invece, dopo il riferimento all'*actio in factum*, vi è un breve inciso in cui si introduce una distinzione rispetto al muro bruciato (*sed non proponit exustum parietem*). Il *sed* che apre la breve frase sembrerebbe opporre la soluzione dell'*actio in factum*, in cui il muro è bruciato, alla successiva ipotesi, in cui vi è il timore che il muro possa bruciare. Senonché, l'ipotesi della *cautio damni infecti* è una possibilità contemplata accanto all'azione in fatto, ricondotta dubitativamente al pensiero di Proculo. A meno che, si aggiunge in fine, qualcuno non ritenga sufficiente la *cautio damni infecti*.

La sconnessione della parte finale del testo della *Collatio* potrebbe far pensare a una versione più ampia, ma non per questo non genuina[104], rispetto a quella del Digesto in cui Ulpiano o i compilatori hanno sintetizzato il parere di Proculo in senso adesivo rispetto all'alternativa tra *actio in factum* e *cautio damni infecti*.

Tenendo conto della possibilità che Proculo si sia pronunciato a favore dell'*actio in factum*, soluzione poi confermata da Ulpiano, tentiamo di ricostruirne le motivazioni.

[103] Cfr. WATSON 1962, p. 209 ss., sullo stile della versione della *Collatio* e in generale sul rapporto tra le due versioni.

[104] WATSON 1962, p. 214.

Proculo, in un caso ricordato nelle *epistulae* e conservato nel Digesto dai compilatori giustinianei[105], affronta una questione simile con riferimento alle attività che il proprietario di una parete comune può lecitamente o illecitamente svolgere: tra le attività illecite è menzionato il passaggio di tubi per il riscaldamento, che, conducendo calore, possono bruciare il muro comune. Anche alla luce di questa testimonianza, non ci sono dubbi che l'attività esercitata sulla parete comune possa essere dannosa o, come nel caso esaminato, aver già prodotto un danno. Nondimeno, resta la perplessità sul rimedio da adottare qualora l'attività illecita causi un danno, visto che Proculo non ne fa menzione. Neppure dal confronto con il caso del focolare addossato alla parete comune, richiamato da Proculo per giustificare l'esclusione dell'azione diretta, si traggono indicazioni utili.

Non resta che ragionare sul tipo di danno prodotto dal fuoco del *furnus*. Pernice[106] ritiene che l'*actio in factum* sia da preferire perché il danno non è stato prodotto direttamente. Nel nostro caso, infatti, il danno sarebbe arrecato dal fuoco e non dalla condotta di chi ha materialmente acceso il fuoco. Trattandosi quindi di un danno *non corpore*, l'azione è *in factum*.

Questa lettura, che mi sembra condivisibile, è stata posta parzialmente in dubbio da Albanese[107], il quale ha introdotto nell'interpretazione del caso un nuovo elemento: egli ha ritenuto che la parete comune, configurando un caso di condominio plurimo integrale, richiedesse l'applicazione dell'*actio communi dividundo* con deduzione del danno. Non sarebbe, a suo avviso, esperibile tra condomini l'azione aquiliana, per

[105] Proc. 2 epist. D. 8, 2, 13 pr.: *quidam Hiberus nomine, qui habet post horrea mea insulam, balnearia fecit secundum parietem communem: non licet autem tubulos habere admotos ad parietem communem, sicuti ne parietem quidem suum per parietem communem: de tubulis eo amplius hoc iuris est, quod per eos flamma torretur paries: qua de re volo cum Hibero loquaris, ne rem illicitam faciat. Proculus respondit: nec Hiberum pro ea re dubitare puto, quod rem non permissam facit tubulos secundum communem parietem extruendo.*

[106] Pernice 1867, p. 153.

[107] Albanese 1950, p. 34 s.

l'impossibilità di definire altrui una cosa parzialmente propria[108]. A sostegno di questa lettura, Albanese[109] richiama diversi casi in cui rispetto a uno schiavo comune – sia esso autore dell'illecito (ipotesi non esattamente coincidente con quella in esame), sia esso oggetto del danneggiamento[110] – era stata usata l'azione di divisione. In particolare, quest'ultimo rimedio viene richiamato da Alfeno rispetto al caso dello schiavo comune che si ferisce per colpa di uno dei due *domini*. L'assenza del riferimento all'*actio in factum*, nonostante il danno sia stato causato *non corpore*, quale effetto di un ordine o della persuasione del *dominus*, porta lo studioso a confermare la preferenza, in queste circostanze, per l'azione divisoria. Ciò nonostante, egli non esclude che il riferimento all'*actio in factum* nel frammento sulla parete comune possa essere genuino e rappresentare un'alternativa all'*actio communi dividundo*. Più precisamente, sostiene Albanese, l'*actio in factum legis Aquiliae* è concessa nei casi in cui il danno è collegato a un comportamento omissivo, oppure a un *facere* legittimo del responsabile[111]. A dire la verità, è difficile ravvisare, nel caso della parete comune che viene arsa, il *facere* legittimo del condomino, considerato che Proculo qualifica, in un caso analogo, espressamente illecito il *facere* del proprietario di un muro comune che bruci la parete per il fatto di farvi passare tubi di acqua calda.

Pur non escludendo che possa essere usata l'azione divisoria nei casi sopra ricordati, nondimeno mi sembra preferibile seguire l'interpretazione secondo cui l'azione in fatto aquiliana viene usata perché il danno è il frutto di una condotta illecita mediata, *non corpore*, appunto.

---

[108] Albanese 1950, p. 40.

[109] Cfr. Albanese 1950, p. 36 ss.

[110] Albanese 1950, p. 37 s. richiama un parere di Alf. 2 *dig.* D. 10, 3, 26, rispetto al danno sofferto da uno schiavo comune, mentre lavorava presso uno dei suoi *domini*. Si pose la questione di come l'altro padrone potesse agire nei confronti di quest'ultimo. Alfeno riconobbe la responsabilità del *dominus*, nell'ipotesi in cui lo schiavo avesse subito il danno più per negligenza che per caso, suggerendo di agire con l'azione di divisione della comunione per il risarcimento del danno.

[111] Albanese 1950, p. 43.

4.3. *Due riferimenti all'*actio in factum *nella giurisprudenza di Aristone?* – In un paio di frammenti, conservati nello stesso libro e titolo del Digesto in materia di *actiones in factum* (D. 19, 5), Aristone descrive due fattispecie nelle quali non ritiene di poter suggerire l'uso di *actiones legitimae/civiles*, ma propone di esperire appunto *actiones in factum*.

In entrambi i casi, il giurista non dice espressamente che l'azione in fatto è modellata su quella aquiliana. Tuttavia, il riferimento a ipotesi di danneggiamento e in un caso, il riferimento testuale, sia pure per escluderne l'applicazione, all'azione aquiliana nella valutazione delle azioni esperibili, portano a ritenere che l'*actio in factum* possa essere *ex lege Aquilia*.

Cominciamo da un frammento di Ulpiano nel quale si richiama il parere Aristone circa il danno patito dal proprietario di frutti che cadano dal proprio albero nel fondo del vicino, nel quale quest'ultimo fa pascolare il proprio gregge, distruggendoli:

> Ulp. 41 *ad Sab.* D. 19, 5, 14, 3: Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia non in tuo pascitur) neque de pauperie neque de damni iniuriae[112] agi posse: in factum itaque erit agendum.

Contro la distruzione dei frutti (*glandes*)[113] Aristone esclude che il proprietario possa agire con un'azione legittima, con ri-

[112] Sulla peculiare costruzione con *iniuria* al genitivo, anziché al tradizionale ablativo, rinvio a Cursi 2002, p. 140 nt. 171.

[113] Non mi affiderei alla distinzione di Plinio tra *glandes*, frutti ricoperti di una crosta dura (Plin. *nat. hist.* 15, 112), e *poma*, frutti privi di crosta (Plin. *nat. hist.* 15, 95), per trarre la conclusione che l'azione suggerita da Aristone trovasse applicazione limitatamente alle *glandes*. Considerato il carattere casistico della testimonianza non ritengo se ne possa trarre una regola generale. Peraltro, il termine *glans* ha subito un'evoluzione semantica che dal significato di ghianda ha portato a ricomprendere quello di ogni frutto – accezione, quest'ultima, che appare verisimile sia quella usata da Aristone (rinvio a Cursi 2018, p. 623 ss.). Diversamente Stolfi 2001, p. 524, sul significato da attribuire al termine *glans*, da una parte, e *pecus*, dall'altra. L'a. ritiene che *pecus*, pur potendo avere una valenza generale, nel contesto in esame alluda

ferimento specifico a un'azione che deriva o da una norma delle XII tavole o dalla *lex Aquilia*. Non con l'*actio de pastu pecoris*, perché gli animali non stanno pascolando nel fondo altrui; non con l'*actio de pauperie*, l'azione prevista contro il danno causato dall'animale quadrupede; e infine non con l'*actio legis Aquiliae*[114], il rimedio contro il danneggiamento delle cose, preferendo pensare a un'azione decretale concessa per il caso concreto[115].

Nonostante il danno sia patito dal proprietario dei frutti, è il proprietario del gregge, ovverosia il convenuto, a riferire in prima persona il parere di Aristone circa l'azione da usare. L'anomalia è forse da collegare a un intervento compilatorio di semplificazione del parere che, come ha ipotizzato Albanese[116], doveva contenere anche un riferimento all'*actio furti*, vista la collocazione del frammento nel libro 41 del commento a Sabino riguardante appunto il furto. A ben vedere, anche i paragrafi del lungo frammento che precedono il nostro testo riguardano l'applicazione dell'*actio furti*, esaminata in rapporto all'*actio legis Aquiliae* a cui Sabino mostra tuttavia di preferire l'azione in fatto aquiliana.

Quest'ultimo elemento va tenuto presente anche nell'interpretazione del § in esame. Aristone ragiona per esclusione: l'*actio de pastu* non può essere usata perché gli animali, precisa il giurista, non pascolano nel fondo del vicino, ma nel proprio. L'*actio de pauperie* viene esclusa perché, si può presumere, il pascolo del gregge[117] non configura un'attività contraria alla natura dell'animale che si limita a mangiare frutti, sia pure altrui. Neppure l'azione aquiliana può essere intentata perché si potrebbe presumere, con la maggior parte della dottrina, che il *damnum* non sia stato realizzato *corpore*[118], ov-

---

alle capre in ragione del riferimento alle ghiande, quale mezzo di sostentamento identificato, sembrerebbe, con il frutto delle querce (*ibid.*, 521).

[114] Cfr. Cursi 2002, p. 185 ss.

[115] Circa i problemi di attribuzione ad Aristone del riferimento all'*agere in factum*, rinvio a Stolfi 2001, p. 527 s. nt. 181.

[116] Albanese 1950, p. 77 s.

[117] Cfr. Fliniaux 1926, p. 281 s.

[118] Cfr. Stolfi 2001, p. 525 s. nt. 171; 527 s. nt. 181, con riferimenti bibliografici.

verosia direttamente dal *dominus* degli animali. È a questo punto che Aristone suggerisce di esperire un'azione in fatto. Si potrebbe pensare all'*actio in factum* aquiliana, precisando però che essa, benché dipendente dall'azione diretta, non configuri la tutela legittima, derivante direttamente dal testo normativo, esclusa da Aristone all'inizio del frammento. Il motivo per cui l'azione aquiliana diretta non trova applicazione, ovvero l'assenza di un *damnum corpore datum*, può, specularmente, costituire il criterio per la concessione dell'*actio in factum*.

In effetti, gli animali possono essere considerati uno strumento di danneggiamento non diversamente dal cane che, istigato, morde un passante. Rispetto a quest'ultimo caso, i giuristi non hanno dubbi sulla responsabilità di colui che ha aizzato il cane a mordere; hanno invece perplessità sull'azione da intentare, se cioè aquiliana diretta o in fatto, distinguendo tra l'ipotesi in cui l'animale ha agito mentre era legato oppure slegato[119]. Il dubbio riguarda il materiale collegamento tra uomo e animale che si riflette sul controllo di quest'ultimo: un animale al guinzaglio è considerato una *longa manus* dell'uomo che risponde pertanto con l'azione aquiliana diretta; un animale libero ha un'autonomia di movimento che non ne configura l'agire come un'estensione della condotta umana che comporta dunque l'applicazione dell'*actio in factum*. Alla luce di questo confronto, mi sembra verisimile che anche nel caso in esame il danneggiamento degli animali non possa essere ricondotto direttamente al loro *dominus*, ma solo indirettamente tramite un'azione aquiliana in fatto.

Ciò nonostante, una diversa interpretazione circa il motivo che avrebbe spinto Aristone a preferire l'*actio in factum* è stata proposta da Albanese[120], il quale ha portato l'attenzione su un profilo della fattispecie, diverso dal nesso causale mediato, la cui assenza renderebbe impossibile l'applicazione dell'azione aquiliana diretta. Lo studioso ritiene che la consu-

[119] Cfr. Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 11, 5, richiamato *supra*, nt. 100 e *infra*, § 6.1.

[120] Albanese 1950, p. 80 s.

mazione dei frutti non configuri un'ipotesi di danno aquiliano in senso tecnico, in quanto la naturale destinazione della *res* sarebbe appunto la consumazione. Lo studioso richiama una testimonianza di Paolo[121], in cui viene preferita l'*actio utilis*[122] rispetto all'azione aquiliana diretta, qualora venga consumato vino o frumento altrui.

Seguendo sia la via del nesso causale mediato (*damnum non corpore*), sia quella della mancata distruzione della *res*, legata alla peculiare natura di cosa consumabile, si giunge dunque al medesimo risultato, ovverosia l'impossibilità di usare l'azione aquiliana diretta, adattandone la struttura al caso concreto. Resta tuttavia aperta ancora una questione legata al profilo soggettivo che l'azione aquiliana, sebbene *in factum*, in ogni caso richiede. La testimonianza su questo punto non offre indicazioni certe né rispetto al dolo, né rispetto alla *culpa* del convenuto[123]. Questa assenza di indicazioni come non può costituire un argomento ostativo alla concessione dell'azione aquiliana in fatto, allo stesso modo, non consente di escludere con certezza il riferimento di Aristone a un'azione decretale concessa per il caso concreto[124].

È ancora più difficile, a mio avviso, ravvisare un riferimento al danneggiamento aquiliano nell'*actio in factum* richiamata da Aristone in una testimonianza di Pomponio:

---

[121] Paul. 22 *ad ed.* D. 9, 2, 30, 2: *si quis alienum vinum vel frumentum consumpserit, non videtur damnum iniuria dare ideoque utilis danda actio est.*

[122] Rinvio a *infra*, § 8, la questione circa la differenza tra l'*actio utilis* e l'*actio in factum* che troviamo nelle fonti a proposito dell'analogo caso.

[123] *E contrario* si veda *Impp. Diocl. et Max. AA. et CC. Plinio* C. 3, 35, 6: *de his, quae per iniuriam depasta contendis, ex sententia legis Aquiliae agere minime prohiberis.* Sappiamo che, qualora il proprietario del fondo sul quale cadono i frutti del vicino abbia introdotto dolosamente il gregge affinché li mangiasse, è possibile agire con l'*actio ad exhibendum* (Ulp. 24 *ad ed.* D. 10, 4, 9, 1). Sul frammento e sulle questioni lasciate aperte cfr. da ultimo SANNA 2025, p. 466 ss.

[124] Mi sembra difficile da accogliere l'ulteriore possibilità interpretativa lasciata aperta da STOLFI 2001, p. 525 s. nt. 171; 527 s. nt. 181 (oltre all'*actio in factum legis Aquiliae*), che ravvisa nell'*agere in factum* un'azione pretoria con *intentio in factum concepta.* Innanzitutto, non abbiamo alcun elemento per stabilire se l'azione fosse pretoria o civile, in secondo luogo, non emergono indicazioni certe in favore del riferimento a una *formula in factum concepta.*

> Pomp. 22 *ad Sab.* D. 19, 5, 16, 1: Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo.

Viene riportato il caso di Tizio che ha permesso a Caio di coltivare il proprio fondo e di portare via i frutti[125]. Dopo la coltivazione del fondo, Tizio tuttavia non consente a Caio di portare via i frutti. A questo punto viene richiamato il parere di Aristone, il quale ritiene che non spetti alcuna azione di diritto civile e che si possa valutare se debba essere concessa un'azione in fatto: si potrà tuttavia agire con l'azione di dolo.

Nonostante sia richiamato espressamente il parere di Aristone, non è semplice definirne la portata. La costruzione grammaticale del passo porta a circoscrivere il parere del giurista al contenuto della proposizione oggettiva. Aristone, dunque, dopo aver escluso l'esperibilità di azioni civili, con una formulazione dubitativa (*deliberari posse*) introduce la possibilità dell'*actio in factum*. Nella frase successiva in cui si richiama l'*actio de dolo*, che non è una proposizione oggettiva, siamo legittimati a ritenere che Pomponio non stia riproducendo il parere di Aristone. Possiamo ipotizzare che l'idea di usare l'*actio de dolo* sia di Pomponio[126] che risolve il dubbio di Aristone rispetto alla possibilità dell'*actio in factum*, ritenendo esperibile senz'altro l'azione di dolo.

La scarsità di particolari sulla natura dell'*actio in factum* non ci aiuta a definirne l'eventuale modello di riferimento. Sicuramente Caio ha subito un danno dal comportamento di Tizio: un danno che non si sostanzia nella distruzione di un bene, ma nell'impossibilità di incrementare il proprio patri-

---

[125] Rinvio a ROMANO 2021, p. 261 s., circa l'assenza di bilateralità del rapporto descritto dal giurista, basato sul semplice permesso di una parte a fare qualcosa che avvantaggia esclusivamente l'altra, quale causa della mancata applicazione dell'*actio civilis incerti*. L'a. lascia aperta la possibilità che all'affermazione del giurista seguisse una più approfondita analisi delle diverse azioni non esperibili e che tra esse figurasse anche l'*actio civilis incerti* (*ibid.*, 267).

[126] Così anche ROMANO 2021, p. 263 s. e nt. 357.

monio con i frutti della coltivazione del fondo altrui. Un danno simile, ma non identico, a quello che si verifica nelle ipotesi di dispersione di un bene proprio, nei casi di applicazione dell'*actio in factum legis Aquiliae*. C'è però un problema: Aristone aveva escluso il ricorso all'azione civile. L'*actio in factum* aquiliana è verisimilmente un'azione civile. Sarebbe forse preferibile pensare a un'azione in fatto diversa da quella aquiliana, concessa per il caso concreto. È per questo che la soluzione di Pomponio di optare per l'*actio de dolo* non sorprende: di fronte all'incertezza sulla concessione dell'azione decretale, come emerge chiaramente dal dubbio di Aristone, Pomponio fa ricorso all'azione di dolo. Indubbiamente, la condotta del proprietario del fondo è fraudolenta e ha provocato un danno al terzo cui è stato permesso di coltivare il fondo altrui, avendo sostenuto le spese della coltivazione, senza poter poi percepire i frutti.

5. *Ancora una conferma sull'ambito di applicazione dell'*actio in factum *nella riflessione dei giuristi del II secolo d.C.*

5.1. *L'*actio in factum *per ipotesi di nesso causale mediato nei pareri di Nerazio*. – Abbiamo già trovato citata l'opinione di Nerazio in un frammento di Ulpiano[127] con riguardo al *mortis causam praestare* come condotta tipica dell'*actio in factum*. La medesima opinione viene testimoniata anche nel seguente frammento:

> Ner. 1 *membr.* D. 9, 2, 53: Boves alienos in angustum locum coegisti eoque effectum est, ut deicerentur: datur in te ad exemplum legis Aquiliae in factum actio.

Il giurista riporta il caso di chi ha radunato i buoi altrui in un luogo così angusto che gli animali sono precipitati. Per risarcire il danno viene concessa nei confronti del danneggiante l'azione in fatto sull'esempio dell'azione aquiliana.

La dottrina[128] ha confrontato questa testimonianza con le

[127] Cfr. *supra*, § 3.1, Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 9, 2.
[128] Cfr. Nörr 1986, p. 132.

due attestazioni di Gaio[129] sulla medesima fattispecie (o a essa molto vicina), con la differenza, tuttavia, che il giurista antoniniano prevede l'azione utile e non in fatto. Pernice[130] aveva rilevato la sostanziale fungibilità delle due azioni, sostenendo che proprio Gaio avrebbe offerto la base dogmatica della sistematica giustinianea, definendo il perimetro dell'*actio utilis* come un'azione che entra in gioco nelle ipotesi di un nesso causale mediato. Diversamente Albanese ravvisa nella diversa scelta dei due giuristi un'effettiva differenza nella causazione del danno: mentre Gaio avrebbe evidenziato la continuità tra l'azione del responsabile e l'evento dannoso («… o agitando un drappo rosso precipita nel burrone un armento»[131]), per Nerazio la conseguenza dannosa del precipitare l'armento sarebbe considerata un'eventualità accessoria, non direttamente connessa all'azione del responsabile, come si ricaverebbe sia dall'*effectum est*, sia dal *deicerentur* che ha come soggetto gli animali[132]. Senonché, nell'ultimo caso, l'eventualità accessoria

[129] Cfr. Gai. 3, 219 e più specificamente Gai. 13 *ad ed. prov.* D. 47, 2, 51: *nam et si praecipitata sint pecora, utilis actio damni iniuriae quasi ex lege Aquilia dabitur.*

[130] Pernice 1867, p. 145 ss.

[131] Albanese 1950, p. 71.

[132] Albanese 1950, p. 71, avvicina la fattispecie di Nerazio a quella di Celso in Coll. 12, 7, 5, nella quale si concede l'*actio in factum* contro chi avesse causato involontariamente un incendio nel fondo del vicino (su cui *infra*, § 5.2), arrivando a ipotizzare un taglio compilatorio della parte in cui Nerazio avrebbe spiegato che i buoi sarebbero precipitati non principalmente, ma perché avvenne che precipitassero. Per Corbino 2007, p. 24 nt. 72, la fattispecie descritta da Nerazio non consisterebbe nella perdita degli animali perché precipitati a seguito della costrizione nel luogo angusto, bensì nell'allontanamento, senza distruzione materiale, dei buoi dal luogo angusto, con l'effetto di rendere disagevoli e dispendiose le manovre del deflusso. Sebbene originale, l'ipotesi mi lascia perplessa: a prescindere dal significato del verbo *deicere*, diverso da quello più comunemente usato, riesce difficile ricostruire la dinamica del fatto e il relativo rapporto tra condotta lesiva e danno. L'a. immagina che gli animali siano spinti in un luogo tanto angusto da essere poi allontanati. Il problema è che non vi è traccia di un danno se non immaginando, ma senza alcun riscontro nel testo, maggiori costi derivanti dalla più complessa operazione di allontanamento perché il luogo è angusto. Mi sembra pertanto che sia da seguire l'interpretazione tradizionale: i buoi vengono ammassati in un luogo tanto angusto che alcuni di questi precipitano, con un ovvio danno per il loro proprietario. In questo senso anche Piro 2004, p. 144 ss.

dell'esito letale dell'azione del danneggiante non incide, a mio avviso, sulla causazione del danno, bensì sulla prevedibilità delle conseguenze dannose dell'azione. Forse chi ha radunato i buoi in uno spazio angusto non aveva previsto la possibilità di una caduta degli animali, ma questo non significa che non si possa tracciare un rapporto di causalità tra la condotta e l'evento: significa solo negligenza nella condotta[133]. In conseguenza, a me sembra che non sia possibile distinguere tra fattispecie in cui viene concessa l'*actio in factum* o l'*actio utilis* in virtù del diverso atteggiarsi del nesso causale: le fattispecie paiono piuttosto accomunate dal fatto che il danneggiante non ha verificato diligentemente le conseguenze della propria condotta, prodromica al danno, offrendone appunto la causa[134]. L'unica certezza è che il danno non è stato realizzato direttamente da chi ha stipato gli animali nello spazio angusto: lo attesta sia l'*effectum est*, sia il *deicerentur* come conseguenza della condotta che ha come soggetto gli animali[135]. In questa prospettiva, resta da risolvere il problema del perché vengano usate due azioni distinte, *actio in factum* e *actio utilis* per la medesima fattispecie. Questa criticità potrà essere affrontata solo all'esito dell'analisi dei pareri di Gaio[136].

5.2. *L'*actio in factum *usata per le due tradizionali ipotesi di applicazione nella casistica di Celso.* – I pareri resi da Celso riguardano per lo più la distinzione tra nesso causale diretto o mediato nella produzione del danno, in funzione dell'applicazione dell'azione aquiliana diretta o dell'*actio in factum*.

Cominciamo da un frammento di Ulpiano in cui è riportata l'opinione di Celso:

---

[133] A dire il vero, neppure rispetto all'altro termine del confronto, ovverosia la fattispecie descritta da Gaio, è semplice comprendere il riferimento alla continuità tra azione ed evento lesivo segnalata da Albanese. Cfr. *infra*, § 7.

[134] Anche Piro 2004, p. 146 s., non accoglie l'ipotesi di Albanese e porta l'attenzione sul profilo soggettivo della responsabilità.

[135] Lo evidenzia bene Piro 2004, p. 146, con riferimento a elementi ulteriori rispetto al radunare gli animali che hanno concorso al perimento degli animali.

[136] Cfr. *infra*, § 7.

> Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 7, 6-8: Celsus autem multum interesse dicit, occiderit an mortis causam praestiterit, ut qui mortis causam praestitit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur. unde adfert eum qui venenum pro medicamento dedit et ait causam mortis praestitisse, quemadmodum eum qui furenti gladium porrexit: nam nec hunc lege Aquilia teneri, sed in factum. 7. Sed si quis de ponte aliquem praecipitavit, Celsus ait, sive ipso ictu perierit aut continuo submersus est aut lassatus vi fluminis victus perierit, lege Aquilia teneri, quemadmodum si quis puerum saxo inlisisset. 8. Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato vel ex lege Aquilia competere actionem.

Ulpiano, in un'ampia testimonianza sull'interpretazione del lemma *occidere*, presente nel testo del primo capitolo della legge Aquilia, richiama, tra gli altri, il parere di Celso che distingue, ai fini dell'individuazione del rimedio più adeguato, tra l'uso del verbo *occidere* che rinvia all'azione aquiliana diretta, e quello dell'espressione *mortis causam praestare* che invece richiede l'azione in fatto, usando probabilmente per primo tale ultima formulazione[137]. Il criterio della distinzione emerge attraverso l'esemplificazione casistica[138]: colui che ha dato veleno in luogo di una medicina ha fornito l'occasione della morte, analogamente a chi abbia dato una spada a chi è fuori di sé. Se tuttavia, proseguono gli esempi, qualcuno abbia fatto precipitare qualcun altro da un ponte, il giurista ri-

[137] Cfr. Nörr 1986, p. 169 ss., che collega la formulazione *mortis causam praestare* alla permeabilità celsina alle influenze retoriche, oltre a richiamare il testo della *lex Cornelia de sicariis*, con riferimento in maniera particolare al *venenum conficere, dare* (Marc. 14 *inst.* D. 48, 8, 1, 1: … *qui hominis necandi causa venenum confecerit dederit* …). Cfr. anche MacCormack 1975, p. 21 sulla novità di Celso rispetto ai giuristi precedenti.

[138] Sulla differenza tra la prospettiva normativistica di Ulpiano, legata all'interpretazione lemmatica della *lex Aquilia*, e quella di Celso, attenta ai casi concreti di danneggiamento esaminati nei *libri responsorum* e *quaestionum*, in linea con la concezione dello *ius* come *ars*, cfr. Cerami 1985, p. 121 ss. Già Schipani 1969, p. 323 s., sulla casistica di Celso che distingue il caso generale del veleno da quello «di probabile origine nelle scuole retoriche» del pazzo a cui viene data la spada.

tiene che il danneggiante sia tenuto con l'azione aquiliana diretta, sia che la vittima sia morta sul colpo, oppure annegata, o vinta dalla violenza del fiume, al pari di colui che abbia spinto un giovane schiavo contro un masso. Ulpiano richiama infine un parere di Proculo, il quale ritiene applicabile l'azione aquiliana, o l'azione di locazione, qualora un medico abbia operato senza perizia uno schiavo arrecandogli un danno.

Il parere di Celso si pone in linea con la giurisprudenza precedente, come dimostra, da una parte, l'espresso richiamo al parere di Proculo, dall'altra la distinzione già elaborata da Labeone[139], sulla base di una casistica parzialmente identica a quella richiamata nel lungo frammento ulpianeo che contiene il punto di vista di Celso[140]. Labeone, come si ricorderà, aveva affrontato la questione della morte di una donna a seguito dell'assunzione di una medicina, distinguendo, ai fini dell'azione da adottare, tra la diretta somministrazione della medicina da parte del danneggiante, sanzionata dall'azione aquiliana diretta, e l'offerta del farmaco alla vittima affinché la stessa la assumesse, che invece richiede l'*actio in factum*.

Diversamente dal giurista augusteo, Celso non sottolinea la differenza nella modalità di assunzione della medicina, ma si limita a usare il verbo *dare*[141] – lo stesso che Labeone aveva usato nell'ipotesi di applicazione dell'*actio in factum*, rimettendo alla vittima la diretta assunzione del farmaco dato appunto dall'ostetrica, e non immediatamente somministrato da quest'ultima. Celso, invece, sottolinea la sostituzione del veleno alla medicina, creando un contesto che consente all'interprete di avvicinare il caso a quello affrontato da Labeone. Può aiutare a gettare luce su questa fattispecie l'esempio successivo, assimilato alla prima tramite il *quemadmodum*,

---

[139] In Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 9 pr., su cui *supra*, § 3.1.

[140] Una simile continuità non lascia emergere dubbi sulla genuinità del frammento, rispetto alla concessione dell'*actio in factum* aquiliana. Diversamente Albanese 1950, p. 108, ss., ritiene che i compilatori giustinianei abbiano sostituito all'originaria *actio utilis*, il riferimento all'*actio in factum*.

[141] Ziliotto 2000, p. 152, ritiene certa la portata dell'espressione *dare venenum pro medicamento* nel senso dell'offerta del veleno e non della sua diretta somministrazione da parte del danneggiante.

in cui si afferma che chi fornisce a un pazzo una spada non lo uccide direttamente, ma gli offre una possibile occasione di morte. Sia la spada sia il veleno sono strumenti potenzialmente letali per chi li riceve: la pericolosità si lega, nel primo caso, all'incapacità del soggetto che la riceve; nel secondo, invece, all'errore, voluto o meno, dell'ostetrica (o di chi per lei[142]) che induce la vittima ad assumere il farmaco letale. I due esempi non hanno la medesima complessità: il caso dell'ostetrica è evidentemente più dibattuto, tant'è che Celso ne propone una spiegazione attraverso l'assimilazione alla fattispecie dell'incapace, di più semplice interpretazione.

Il criterio del *mortis causam praestare* si specifica *e contrario* attraverso il confronto con il caso descritto nel § 7, relativo alla morte causata da chi abbia spinto qualcuno nel fiume. Celso non attribuisce particolare rilevanza alle diverse modalità in cui sopraggiunge la morte: sul colpo, per annegamento immediato, o perché la vittima è vinta dalla violenza del fiume. Nonostante siano innegabili le differenze tra le tre forme di morte – immediate le prime due a differenza della terza[143] –, e sebbene in tutte vi sia una mediazione tra la spinta e l'esito mortale – nel primo caso il colpo subito a causa della caduta, nel secondo l'annegamento, nel terzo la *vis fluminis* che sovrasta lo schiavo[144] –, Celso le considera in maniera unitaria, riconducendo la responsabilità del danno alla spinta iniziale, senza lasciare spazio a eventuali ulteriori concause. Proprio la specificazione delle diverse modalità della morte e la soluzione che tutte le accomuna, mi porta a

[142] Genovese 2016, p. 362 s., ritiene che Celso si riferisca senz'altro a un'ostetrica, sia pure richiamata da un pronome determinativo che tuttavia non esclude in rinvio a una figura professionale.

[143] Come evidenziato da Vinci 2022, p. 338 s. Anche se Vinci ritiene che, mentre nelle prime due ipotesi la morte giunge immediatamente a seguito della spinta, senza che si potessero insinuare ulteriori concause, nella terza ipotesi la distanza tra la spinta e la morte è dilatata, tanto da far sembrare la spinta dal ponte la causa 'occasionale' e non 'efficiente' della morte.

[144] Come giustamente sottolineato da Piro 2004, p. 108 ss., a parere della quale anche il riferimento alla *vis fluminis*, anziché indebolire il nesso causale certo, ne sottolineerebbe il rigore, escludendo dal circuito causale il possibile concorso di ulteriori eventi esterni.

ritenere che l'unico elemento rilevante sia il contatto diretto tra danneggiante e danneggiato che si realizza nella spinta[145]. Come nei casi precedenti di applicazione dell'*actio in factum*[146], manca l'enunciazione del principio alla base dell'adozione dell'*actio directa* che si chiarisce solo attraverso l'equipa-

[145] Così VALDITARA 2005, p. 22, che porta l'attenzione sull'azione materiale violenta del *corpus* che utilizza l'acqua del fiume come strumento fatale, non diversamente dal masso sul quale viene spinto lo schiavo e VINCI 2022, p. 339 ss. Diversamente, PIRO 2004, p. 111 ss. e nt. 214, considera riduttiva questa giustificazione relativa alla concessione dell'azione aquiliana diretta, in quanto l'esempio finale avrebbe spiegato soltanto la prima fattispecie e non le altre. Soltanto intendendo il principio causale sganciato dal rapporto di continuità fisica sarebbe possibile ricomprendere tutte le fattispecie. Secondo la studiosa, quando «il *damnum* è in ogni caso e con certezza imputabile all'autore della spinta, l'*actio legis Aquiliae* va concessa». La ricostruzione viene ribadita da PIRO 2024, p. 332 ss., spec. 344, individuando «nell'accertamento di una diretta riconducibilità dell'evento dannoso alla condotta iniziale, non offuscata dalla presenza di fatti capaci di deviarne la riferibilità» la chiave di lettura dell'applicazione dell'azione diretta aquiliana. Il fondamento di questa smaterializzazione della riconducibilità dell'evento alla condotta andrebbe rintracciato in alcune testimonianze nelle quali l'azione diretta viene richiamata in assenza della fisicità della condotta. A dire il vero, il quadro delle fonti mi sembra piuttosto articolato: se emerge in molte testimonianze il profilo materiale della condotta per giustificare l'azione diretta (basti pensare alla teorizzazione di Labeone sopra richiamata, o all'altrettanto esplicito riferimento di Gaio al criterio del danno causato *corpore*), è pur vero che in altre l'uso dell'azione diretta sembra prescindere dal criterio del contatto fisico. Uno sguardo alla casistica lascia emergere la costruzione dell'ambito di applicazione dell'azione diretta dalla composizione di prospettive differenti: si veda il *vehementius agere* in Q. Mucio in D. 9, 2, 39 pr. e il *iumentum tam vehementer agere* di Gai. 3, 219, condotte simili ma alla base nel primo caso di un'azione diretta e nel secondo dell'*actio in factum*; o anche la differente posizione di Proculo e Giuliano, riportata da Ulpiano in D. 9, 2, 11, 5, rispetto alla rilevanza, nel sanzionare il danno causato da un cane che viene indotto a mordere, dell'essere o meno tenuto al guinzaglio nell'adozione dell'azione diretta o *in factum*. Oppure l'irrilevanza del profilo materiale in una testimonianza di Mela in D. 9, 2, 27, 34, ove un mulo, turbato da un colpo o da uno spavento, causa un danno a sé stesso e a uno schiavo. Il responsabile del colpo o dello spavento viene convenuto con l'azione aquiliana diretta per entrambi i danni. Un simile quadro porta dunque a riconoscere nella riconducibilità diretta della condotta lesiva all'evento il criterio generale di applicazione dell'azione aquiliana, nel profilo corporale il criterio speciale isolato dalla giurisprudenza che ne fa un uso diffuso e tendenzialmente coerente.

[146] Cfr. § 6 del frammento.

razione (*quemadmodum*)[147] con il caso successivo del giovane schiavo spinto contro un masso[148]. Come nell'ipotesi dell'incapace a cui viene data la spada, il caso dello schiavo lanciato contro il masso appare di più immediata interpretazione rispetto alla fattispecie dello schiavo spinto dal ponte, illuminando il caso dubbio. In entrambi, dunque, vi è un colpo, un contatto diretto tra agente e vittima, nella causazione del danno[149]. Ragionando *a contrario*, nel caso di applicazione dell'*actio in factum* ciò che manca è proprio questo contatto diretto[150].

Per usare la terminologia gaiana[151], solo il danno realizzato *corpore*, attraverso cioè un contatto immediato tra danneggiante e danneggiato nella causazione dell'evento lesivo, giustifica l'uso dell'azione aquiliana, la sua assenza, al contrario, giustifica l'azione in fatto, idonea a sanzionare il danno non *corpore*[152].

Si è sostenuto che la distinzione celsina non avrebbe lo stesso fondamento di quella gaiana: al contrario, mentre l'*occidere* implicherebbe un agire *necandi causa*, sostanzialmente doloso, il *mortis causam praestare* sarebbe ascrivibile al danneg-

---

[147] Cfr. MacCormack 1982, p. 255 s.

[148] Cfr. MacCormack 1975, p. 17; Id. 1982, p. 260.

[149] Non mi sembra rilevante, ai fini della soluzione, l'osservazione che nel caso della precipitazione la forza che provoca l'evento è quella di gravità, nello scontro con il masso la forza propulsiva è quella dell'agente, come suggerito da Vinci 2022, p. 336 nt. 31.

[150] Cfr. Ziliotto 2000, p. 50 ss.; Gröschler 2002, p. 23 nt. 30; Piro 2004, p. 160 ss.

[151] Gai. 3, 219, su cui *infra*, § 7.

[152] Piro 2004, p. 165, definisce la distinzione celsina «una tappa fondamentale nel percorso di ricerca ermeneutica intrapreso dai giuristi, che culminerà nella più sintetica ed omnicomprensiva formulazione del principio del *damnum corpore suo dare*, segmento finale della elaborazione giurisprudenziale sul principio causale». Corbino 2007, p. 28 ss., ritiene che nel nostro caso l'evento non solo non sia effetto del comportamento diretto del danneggiante, ma sarebbe indiretto anche perché avrebbe colpito una cosa diversa da quella sulla quale si dirigeva l'azione. L'a. precisa che nei casi in cui è accordata l'*actio in factum*, il danno arrecato non solo non può dirsi arrecato *corpore*, «ma non può dirsi nemmeno che abbia riguardato il *corpus* che era oggetto dell'azione compiuta». Sulla criticità di una simile ipotesi, cfr. § 3.2, nt. 31.

giante sotto il profilo della colpa[153]. Le condotte che esemplificano l'*occidere* sarebbero espressione «di una condotta oggettivamente idonea ed intenzionalmente finalizzata a provocare la morte»[154] e viceversa le ipotesi addotte come esempi del *mortis causam praestare* verrebbero presentate dal giurista come condotte colpose – come si ricaverebbe dal fatto che il *venenum darei*, in quanto si traduca in un consegnare e non in un somministrare, sarebbe indice di un comportamento colposo[155]. A me non sembra che la differenza instaurata da Celso tra *occidere* e *mortis causam praestare* sia fondata sul profilo soggettivo. Se esaminiamo gli esempi, gli unici elementi di valutazione in nostro possesso, quanto ai casi di *occidere*, il giurista non specifica se la condotta che consiste nello spingere qualcuno da un ponte o nello sbatterlo contro un masso sia volontaria o colposa. Si preoccupa piuttosto, nel primo esempio, di eliminare ogni dubbio circa la rilevanza della spinta ai fini della concessione dell'azione diretta, chiarendo che la modalità della morte successiva alla spinta è invece irrilevante. Quanto agli esempi di *mortis causam praestare*, non è dato trarre indicazioni sulla colpevolezza dell'agire né di chi consegna il veleno al posto della medicina, né di chi offra una spada a un soggetto incapace. Né mi sembra orientare nel senso della colpevolezza il fatto che il veleno sia stato consegnato e non somministrato. Credo, dunque, sia preferibile pensare alla differente configurazione del nesso causale, mediato o immediato, quale chiave di lettura della distinzione celsina.

La medesima logica si può rintracciare anche in un'altra testimonianza contenuta nella *Collatio*, che riproduce un lungo testo di Ulpiano nel quale viene riportato il parere di Celso:

> Coll. 12, 7, 1-6 (Ulp. 18 *ad ed.*, *sub titulo si fatebitur iniuria occisum esse in simplum et cum diceret*): Item si insulam meam adusseris vel incenderis, Aquiliae actionem

[153] Cerami 1985, p. 159 ss.
[154] Cerami 1985, p. 162.
[155] Cerami 1985, p. 162.

habebo, idemque est, et si arbustum meum vel villam meam. 2. Quod si dolo quis insulam exusserit, etiam capitis poena plectitur, quasi incendiarius. 3. Item si quis insulam voluerit exurere et ignis etiam ad vicini insulam pervenerit, Aquilia tenebitur lege vicino etiam, non minus inquilinis ob res eorum exustas, et ita Labeo libro XV responsorum refert. 4. Sed si stipulam in agro tuo incenderis ignisque evagatus ad praedium vicini pervenerit et illud exusserit, Aquilia lex locum habeat an in factum actio sit, fuit quaestio. 5. Sed plerisque Aquilia lex locum habere non videtur, et ita Celsus libro XXXVII digestorum scribit. Ait enim 'si stipulam incendentis ignis effugit, Aquilia lege eum non teneri, sed in factum agendum, quia non principaliter hic exussit, sed dum aliud egit, sic ignis processit'. 6. Cuius sententia et rescripto divi Severi conprobata est in haec verba: 'profitere propter ignem, qui pabuli gratia factus culpa servorum Veturiae Astiliae evagatus agrum tuum, ut proponis, depopulatus est, ad exemplum legis Aquiliae noxali iudicio actura: si litis aestimatio permittitur, iudicium consistere potest'. Videlicet non est visa Aquilia sufficere.

La discussione ruota intorno all'incendio di un edificio. Nel primo paragrafo è prevista l'azione aquiliana contro chi abbia bruciato e incendiato un edificio a più piani, una villa o un albero altrui. Si aggiunge poi che se l'incendio fosse stato doloso sarebbe stata prevista anche la pena capitale. Segue la casistica: qualora il fuoco fosse stato appiccato con l'intenzione di incendiare un'*insula* e si fosse poi propagato anche all'*insula* del vicino, il danneggiante sarebbe stato tenuto con l'azione aquiliana nei confronti del proprietario della prima *insula* e della seconda alla quale l'incendio si era esteso. Se fossero andate distrutte anche cose appartenenti agli inquilini dell'edificio, il danneggiante avrebbe risposto anche per quei danni, secondo il parere di Labeone. Subito dopo viene esposto un caso apparentemente simile con soluzione dubbia rispetto all'azione da adottare: se il fuoco, appiccato da qualcuno per bruciare le stoppie nel proprio fondo, si fosse pro-

pagato nel fondo del vicino bruciandolo, si era dibattuto se si dovesse usare l'azione aquiliana o quella *in factum*. L'opinione maggioritaria escludeva l'azione aquiliana, come si evince dal parere di Celso conservato nei suoi *digesta*[156] e che viene riportato testualmente da Ulpiano: se il fuoco di chi stava incendiando le stoppie del proprio giardino si fosse propagato, incendiando il fondo del vicino, non si sarebbe potuto agire con l'azione aquiliana ma con quella *in factum*, perché chi ha appiccato il fuoco nel proprio fondo non compie l'attività del bruciare in via principale, ma mentre faceva altro (*sed dum alium egit*), ovverosia una pratica agricola, il fuoco ha cominciato a propagarsi. Questa soluzione si trova confermata in un rescritto di Severo, nel quale si precisa che se il fuoco si era esteso a causa della negligenza degli schiavi, pur essendo stato acceso per scopi agricoli, si agirà con l'azione in fatto con possibilità di consegna nossale.

La dottrina ha proposto diverse interpretazioni della distinzione celsina. Albanese[157] ha ritenuto che l'*aliud facere* di chi appicca il fuoco per bruciare le stoppie nel proprio fondo costituisca un *non facere* rispetto all'eventuale responsabile, senza rientrare nella nozione di danno aquiliano. Senonché – prosegue il maestro palermitano – in considerazione della colpa dell'agente, il fuoco, propagandosi, avrebbe prodotto un danno che solo l'*actio in factum*, con una latitudine di applicazione più ampia dell'azione diretta e di quella *utilis*[158], avrebbe potuto riparare[159]. Anche Schipani interpreta l'*aliud facere* come un'attività diversa dall'*urere* nel senso richiesto dalla legge Aquilia, anche se poi «la sensibilità alle esigenze concrete porta a riconoscere ugualmente la responsabilità»[160]. Il confronto con il riferimento al caso del rescritto del *divus Severus* illuminerebbe il profilo soggettivo della fattispecie cel-

[156] Fr. 623 Lenel.

[157] Albanese 1950, p. 25 ss.

[158] Albanese 1950, p. 27, ritiene che l'*actio utilis* sanzioni il *damnum non corpore*.

[159] Albanese 1950, p. 27. Corbino 2007, p. 14, insiste sulla genuinità del riferimento all'*actio in factum* come rimedio distinto dall'*actio utilis* nel testo, escludendo che essa sia frutto di escogitazione compilatoria.

[160] Schipani 1969, p. 336.

sina nel senso della negligenza dell'agente il quale, pur avendo realizzato un'attività lecita nel proprio fondo, non sarebbe stato sufficientemente accorto rispetto alla propagazione del fuoco nel fondo del vicino, al punto da arrecargli un danno del quale è chiamato a rispondere[161].

Sviluppa quest'ultimo profilo Cerami, il quale si sofferma sulla locuzione *non principaliter exurere*, ravvisandovi una responsabilità per colpa dell'agente[162]. La negligenza di chi ha bruciato le stoppie nel proprio fondo comporterebbe il risarcimento del danno attraverso l'azione in fatto che, secondo Cerami[163], non sarebbe giustificata dalla condotta omissiva ravvisata da Albanese, bensì dall'assenza degli elementi tipici dell'*urere* aquiliano, come sostenuto da Schipani[164]. Insiste sulla mancanza della causalità diretta, instaurando un parallelismo con il *causam mortis praestare*, Ziliotto la quale lascia da parte la valutazione del comportamento del responsabile sotto il profilo soggettivo[165].

Come si vede, per spiegare la distinzione tra azione diretta, *utilis* e *in factum*, gli studiosi hanno portato l'attenzione principalmente sulla configurazione del nesso causale, a cui qualcuno ha collegato anche la rilevanza del criterio soggettivo. Per comprendere il ruolo di questi due elementi nella fattispecie celsina, mi sembra necessaria una rilettura generale della testimonianza.

La prima cosa che emerge chiaramente dalla casistica è la distinzione tra l'appiccare il fuoco a una *res* altrui (*a*) e a una *res* propria (*b*). In entrambi i casi viene poi esaminata la possibilità che l'incendio si propaghi alla *res* di un terzo (a_1 e b_1). Gli effetti sono ovviamente diversi: *a*) nel primo caso si applicherà l'azione aquiliana diretta[166], accanto alla sanzione criminale, la *poena capitis*, per la condotta dolosa; a_1) qualora

[161] Schipani 1969, p. 338 ss.
[162] Cerami 1985, p. 151 s.
[163] Cerami 1985, p. 153.
[164] Cfr. *supra*, nt. 160 s.
[165] Ziliotto 2000, p. 161 ss., spec. 170.
[166] Cfr. anche Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 7: *item si arbustum meum vel villam meam incenderis, Aquiliae actionem habebo.*

l'incendio si propaghi a beni del vicino, si continuerà a usare l'azione diretta e la soluzione risulta avvalorata da un parere di Labeone.

Rispetto al caso *sub* a_1), diversamente dalla fattispecie principale, non è specificato che la *res*, un'*insula* nella specie, appartenga a un soggetto diverso dall'agente[167] (*item si quis insulam voluerit exurere* …). L'assenza dell'aggettivo possessivo può essere interpretata in due sensi: ritenere che l'edificio incendiato non sia altrui, ma di chi abbia appiccato il fuoco[168]; oppure pensare che il possessivo sia caduto in una versione meno accurata[169] del testo di Ulpiano a confronto con quella conservata nel Digesto[170] ove l'aggettivo possessivo, invece, affianca il sostantivo *insula*. A me sembra che la comparazione tra le due versioni possa offrire un elemento testuale che pesa a favore della caduta del possessivo, così da ritenere altrui l'*insula* incendiata. Questa ipotesi mi sembra trovare una conferma anche nella simmetria della trattazione casistica sottolineata dall'uso del *sed* oppositivo con cui si apre la seconda parte della testimonianza dedicata all'esame dell'incendio di una *res* propria.

---

[167] Mentre nel § 1, l'*insula* è *mea*, nel § 3 si trova solo *insula*.

[168] CANNATA 1971, p. 73 e nt. 20, ritiene irrilevante ai fini della soluzione la titolarità dell'*insula* bruciata per prima. *Contra* ZILIOTTO 2000, p. 165 s., la quale oppone che il redattore della *Collatio*, se la casa incendiata per prima fosse stata della stessa persona che aveva acceso il fuoco, avrebbe posto l'accento su tale circostanza, specificandolo. Si sofferma poi sulla connessione tramite l'*item* nella parte precedente del passo, richiamando adesivamente l'ipotesi di SCHIPANI 1969, p. 200 nt. 1, il quale ritiene che l'aggettivo possessivo fosse assente nel testo di Ulpiano, propendendo per l'aggiunta da parte dei compilatori nella versione conservata nel Digesto, per evitare equivoci dovuti al taglio dei §§ 4-6. Cannata, a dire il vero, parla di irrilevanza della titolarità, portando il discorso su un piano generale. A me sembra tuttavia che, nel prosieguo della testimonianza, l'incendio volontario sul proprio fondo di stoppie, edifici, etc. porti, nell'ipotesi della propagazione del fuoco, a un rimedio processuale diverso da quello adottato in caso di incendio volontario di *res* nel fondo altrui, propagatosi al fondo vicino. Come si vede, dunque, la titolarità della casa incendiata per prima non è affatto irrilevante.

[169] In questo senso WATSON 1962, p. 224; ARANGIO-RUIZ 1965, p. 7.

[170] Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 8: *si quis insulam voluerit meam exurere et ignis etiam ad vicini insulam pervenerit, Aquilia tenebitur etiam vicino: non minus etiam inquilinis tenebitur ob res eorum exustas.*

Mentre l'uso dell'azione aquiliana diretta non richiede giustificazioni nel caso dell'incendio dell'*insula* altrui, è necessario per Ulpiano ricorrere all'autorità di Labeone per sostenere l'applicazione della stessa azione in caso di propagazione dell'incendio all'*insula* vicina. In effetti, in questa circostanza la diffusione dell'incendio dalla sua sede principale potrebbe portare a preferire l'*actio in factum* in assenza di un nesso causale diretto. Per giustificare il riferimento all'azione diretta, una parte della dottrina ha puntato sul profilo soggettivo, ovverosia il dolo iniziale, chiamato a colmare l'assenza del nesso causale immediato tra azione ed evento non voluto[171]. Per sostenere una simile lettura, Nörr si ispira a un caso affrontato nelle scuole di retorica, riportato da Seneca il vecchio[172], sull'incendio di un albero che si propaga nella casa vicina. La regola di riferimento è la seguente: *qui sciens damnum dederit, quadruplum solvat, qui inscius, simplum.* Essa non sembra trovare corrispondenza in alcuna legge romana[173], ma nella discussione retorica su di essa vengono modellate le opposte ragioni del danneggiato e del danneggiante, che lasciano emergere, anche sul piano sociale, un ulteriore motivo di contrapposizione per essere il primo un povero, il secondo un ricco. Il ricco ha incendiato l'albero che si trovava sul fondo del vicino povero perché gli ostacolava la vista. Il fuoco però si era propagato anche alla casa del povero, distruggendola. Mentre per l'albero il ricco è disposto a pagare il quadruplo, per la casa egli ritiene di non dover superare il *simplum*, perché non ha agito con dolo. Il povero, dal canto suo, si difende puntando sull'unicità dell'intento doloso sia per l'albero sia per la casa, visto che l'albero è considerato *pars do-*

[171] G. MacCormack 1982, p. 274 ss.; Nörr 1986, p. 162 s. Quest'ultimo studioso tiene in considerazione anche una diversa ricostruzione che giustifica l'azione diretta per l'assenza di cause esterne tra azione ed evento. Il profilo soggettivo è sicuramente rilevante nella configurazione della fattispecie aquiliana, tant'é che l'azione diretta e, non c'è motivo di ritenere diversamente, anche quella in fatto vengono concesse solo in presenza di *dolus* o *culpa*, ciò tuttavia non esclude la pari rilevanza di altri fattori, come il nesso causale, sul quale va concentrata l'attenzione nella concessione dell'*actio in factum*.

[172] Sen. *contr.* 5, 5.

[173] Nörr 1986, p. 163 e nt. 13, parla di un miscuglio di norme diverse.

mus, trovandosi all'interno della casa[174]. L'argomento per conservare il dolo quale criterio soggettivo della condotta risiede dunque nella considerazione unitaria delle *res* bruciate.

In realtà, il caso di propagazione dell'incendio dall'albero alla casa è solo parzialmente analogo a quello esaminato nella *Collatio*, ove l'incendio passa da un'*insula* a un'altra, perché la prima *insula* non può essere considerata, come l'albero nell'esempio retorico, parte della (seconda) casa a cui l'incendio si è esteso. Questa differenza si amplifica evidenziando un'ulteriore distinzione[175]. La trattazione della *controversia* del retore si concentra sul profilo soggettivo ai fini della quantificazione del risarcimento del danno. Nella testimonianza ulpianea, al contrario, l'attenzione è portata sull'adeguatezza del rimedio processuale, azione aquiliana o *in factum*. Il profilo soggettivo, il dolo, viene esplicitato nel momento iniziale dell'incendio della prima *insula* e non ulteriormente specificato, anche in considerazione del fatto che, ai fini del risarcimento aquiliano, non rileva se l'incendio della seconda *insula* sia stato causato con dolo o con colpa.

Piuttosto, a me sembra che sia il rapporto di causalità a orientare la scelta dell'azione, come emerge dal confronto con il prosieguo della casistica nella quale si affrontano le ipotesi *sub b* e b_1).

Va detto preliminarmente che la fattispecie principale (*b*), l'incendio di stoppie nel proprio fondo, non rileva ai fini del danneggiamento, essendo un atto lecito, tant'è che Ulpiano prende in esame soltanto il caso della propagazione dell'incendio al fondo del vicino (b_1). Quest'ultima ipotesi ha dato luogo a un dibattito giurisprudenziale circa l'uso dell'azione, aquiliana[176] o *in factum*. La maggior parte dei giuristi si era

[174] E così '*etiamsi partem damni dare noluisti, si tamen voluisti partem, in totum, quasi prudens dederis, tenendus es; ex toto enim noluisse debet qui imprudentia defenditur*'.

[175] Nörr 1986, p. 163, ravvisando una vicinanza tra i due casi, ritiene che se si usasse l'argomento della *controversia* per spiegare la decisione di Labeone, essa poggerebbe sul dolo e sull'immediatezza dell'*urere*. Sul punto cfr. *infra*, in testo.

[176] Ziliotto 2000, p. 170 ss., ritiene che un frammento di Paul. 22 *ad ed.* D. 9, 2, 30, 3 offra la testimonianza della diversa soluzione, ovverosia del-

orientata nel senso dell'*actio in factum* e, per giustificare questa posizione, Ulpiano riporta il parere di Celso. Il cuore dell'argomentazione sta nella distinzione tra appiccare il fuoco *principaliter* e tenere una condotta diversa (*aliud*), quale causa della propagazione del fuoco (*quia non principaliter hic exussit, sed dum aliud egit, sic ignis processit*).

Nörr porta giustamente l'attenzione sull'uso dell'avverbio *principaliter*, segnalando la novità del significato attribuitogli da Celso[177] nel senso, oggi per noi comune, di 'principalmente'[178], rispetto al significato 'in maniera degna di un principe' attestato in precedenza. Lo studioso ha ipotizzato che l'espressione fosse un grecismo: essa sarebbe l'equivalente greco di προηγουμένως, nel significato appunto di 'principal-

---

l'applicazione dell'azione aquiliana diretta, al caso discusso di bruciatura delle stoppie. Il passo è il seguente: Paul. 22 *ad ed.* D. 9, 2, 30, 3: *in hac quoque actione, quae ex hoc capitulo oritur, dolus et culpa punitur: ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendae eius causa ignem immiserit et ulterius evagatus et progressus ignis alienam segetem vel vineam laeserit, requiramus, num imperitia eius aut neglegentia id accidit. nam si die ventoso id fecit, culpae reus est (nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur): in eodem crimine est et qui non observavit, ne ignis longius procederet. At si omnia quae oportuit observavit vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa.* Il giurista distingue, nell'ipotesi dell'incendio propagatosi dal proprio fondo a quello altrui, se vi sia stata *imperitia* o *negligentia* di chi abbia acceso il fuoco con la previsione della relativa sanzione aquiliana, oppure sia assente qualsiasi *culpa* e si possa riconoscere in una *subita vis venti* la causa del danno al vicino, escludendo qualsiasi risarcimento. La studiosa, aderendo all'ipotesi avanzata da NÖRR 1986, p. 178, legge nel riferimento iniziale all'azione che nasce dal terzo capitolo della legge il richiamo all'azione aquiliana diretta, ritenendo così che Paolo riportasse l'opinione minoritaria in materia di incendio propagatosi a seguito di una normale pratica agraria. A ben vedere, però, il paragrafo precedente del lungo frammento di Paolo (fr. 366 Lenel) si chiude sull'azione utile aquiliana, nell'ipotesi di consumo di vino o frumento altrui. Il § 3 si apre con *in hac quoque actione*. A me sembra che non si possa escludere che Paolo alludesse proprio all'azione utile e non a quella diretta nel trattare il caso della bruciatura delle stoppie. Vedremo più avanti il significato del riferimento all'azione utile e non in fatto (cfr. *infra*, § 8): quel che emerge, tuttavia, è la possibilità che Paolo non stesse facendo riferimento all'azione diretta. Seguendo questa lettura, avrebbe un senso la precisazione: *nam et qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur*, in linea con il *mortis causam praestare*, altrimenti inutile rispetto all'applicazione dell'azione diretta.

[177] WATSON 1962, p. 213, ritiene che la spiegazione, all'indicativo e non all'infinito, sia di Ulpiano e non di Celso.

[178] Cfr. NÖRR 1986, p. 171 ss.

mente', che Celso avrebbe reso in latino attribuendogli uno specifico significato causale, ispirato alla filosofia aristotelica e che avrebbe trovato il suo primo impiego in Teofrasto[179]. E dunque, rispetto alla testimonianza celsina, appare assai verisimile che l'azione diretta venga usata soltanto quando l'agire del danneggiante è *causa principalis* dell'incendio nel fondo altrui, mentre l'*actio in factum* sia usata qualora l'incendio derivi da una *causa per accidens*, quando cioè, bruciando le stoppie nel proprio fondo il fuoco si sia propagato su quello altrui, trasformando una pratica agricola lecita in un incendio, un *aliud* rispetto alla condotta iniziale.

Non c'è dubbio che la motivazione di Celso porti l'attenzione sul profilo causale, lasciando in ombra quello psicologico che dobbiamo ritenere presupposto quanto meno per l'applicazione dell'azione in fatto aquiliana[180]. Il profilo soggettivo della colpa, del resto, emerge chiaramente nel rescritto del *divus Severus* riportato da Ulpiano a conferma della soluzione celsina relativa all'*actio in factum*. Il caso è analogo: il fuoco accesso per esigenze agricole, per colpa degli schiavi si propaga e distrugge il fondo altrui. La colpevolezza degli schiavi consente al *dominus* convenuto in giudizio di scegliere se risarcire o consegnare a nossa i colpevoli, come emerge dalle parole del rescritto.

---

[179] Nörr 1986, p. 175.

[180] Rispetto alla responsabilità per colpa, cfr. *supra*, nt. 176, la testimonianza di Paolo. Sul rilievo del profilo soggettivo nel frammento cfr. Schipani 1969, p. 362 ss.; Ziliotto 2000, p. 173, la quale sottolinea come il parere di Paolo evidenzi «il risolversi di problemi di causalità attraverso l'indagine della colpevolezza». A me sembra che Paolo, in questa testimonianza, porti l'attenzione sul profilo soggettivo del danno, non occupandosi del tipo di azione da adottare. I profili sono indubbiamente connessi, anche se va distinta l'indagine sui requisiti per la configurazione del danno aquiliano, tra cui la colpa o il dolo, da quella dell'azione da usare nel caso specifico, impostata sul rapporto causale. Se l'incendio si è propagato fortuitamente, non essendo configurabile, per mancanza della colpa dell'agente, un danno aquiliano, non si porrà la questione del tipo di rimedio. Sulla base della medesima logica, Celso, nel discutere del rimedio da adottare, nel caso dell'incendio propagatosi dalla bruciatura delle stoppie nel proprio fondo, dà per presupposta l'esistenza della colpa, come confermato dal rescritto del *divus Severus*, in assenza della quale sarebbe stata inutile qualunque discussione relativa all'azione.

Dal confronto dei due casi si desume che la configurazione della fattispecie celsina presupponga, ai fini della responsabilità aquiliana, sia nesso causale che profilo soggettivo, ma il giurista sceglie di concentrare l'attenzione sulla componente causale. Quest'attenzione si riflette sulla scelta del rimedio da adottare, ovverosia l'*actio in factum* in luogo di quella diretta. Ponendosi in linea con alcune ipotesi di applicazione dell'*actio in factum*, attestate dalla giurisprudenza precedente per casi in cui il danno si realizza con nesso causale mediato[181], Celso conferma, con la sua teorizzazione della causa principale del fatto lesivo contrapposta a quella ulteriore, il criterio distintivo tra azione aquiliana diretta e azione in fatto.

Usando il criterio celsino, diviene comprensibile anche la soluzione dell'azione diretta nei casi di incendio doloso di un bene altrui. Essa si fonda sull'unità dell'atto di incendiare che conserva l'immediatezza del nesso causale: si dà per presupposto che appiccare il fuoco volontariamente a un'*insula* altrui non snaturi il suo carattere di *causa principalis* anche se il fuoco si propaghi altrove arrecando ulteriori danni di cui si è necessariamente responsabili.

Proseguendo nella disamina della casistica riconducibile a Celso, possiamo notare come l'uso dell'*actio in factum* non riguardi soltanto fattispecie in cui il nesso causale tra condotta ed evento sia mediato, ma anche ipotesi di danno in assenza della distruzione materiale della *res*. In un frammento di Ulpiano viene espressamente richiamato il parere di Celso rispetto all'interpretazione del verbo *rumpere*, presente nel testo del terzo capitolo della legge:

> Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 14: Et ideo Celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinares, non solum quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus fundus sit, colonum, sed et in factum agendum, et si colonus eam exercuit,

[181] Cfr. ad es. Lab.-Ner-Ofil. in Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 1, 9 pr.; Lab. in Ulp. 56 *ad ed.* D. 47, 8, 2, 20; Proc. in Coll. 12, 7, 7, 8; Proc. in Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 7, 3.

> cavere eum debere amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet: nam alia quaedam species damni est ipsum quid corrumpere et mutare, ut lex Aquilia locum habeat, alia nulla ipsius mutatione applicare aliud, cuius molesta separatio sit.

Celso pone la questione se il *dominus* o, se il fondo è locato, il colono possano agire solo con l'interdetto *quod vi aut clam*, o anche con l'*actio in factum legis Aquiliae* – sempre che si dia garanzia, nel caso del colono, che il *dominus* non agirà per ottenere il di più –, contro chi inquini le messi altrui, mischiando loglio o avena. Il ricorso all'azione *in factum* trova giustificazione nel tipo di danno[182]: altro è il corrompere e il mutare qualcosa[183] – tipico della condotta tutelata con la legge Aquilia – altro il mischiare qualcosa a una *res*, senza che ne muti la sostanza, rendendone però difficile l'individuazione[184].

In quest'ultimo caso, non solo siamo di fronte a un tipo di danno meramente patrimoniale[185] – il pregiudizio infatti, come specifica Ulpiano, non si sostanzia né nella distruzione

[182] Per la genuinità del riferimento all'*actio in factum*, cfr. Albanese 1950, p. 63.

[183] Celso dà per scontata l'estensione di significato di *rumpere* in *corrumpere*, verbo quest'ultimo di cui precisa la portata *per differentiam* attraverso il caso oggetto del parere. Cfr. anche Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 15: *cum eo plane, qui vinum spurcavit vel effudit vel acetum fecit vel alio modo vitiavit, agi posse Aquilia Celsus ait, quia etiam effusum et acetum factum corrupti appellatione continentur*, per la definizione del *corrumpere* in termini positivi attraverso un esempio concreto.

[184] La precisazione, probabilmente di Ulpiano, si pone in linea con quanto il giurista scrive in un frammento conservato in D. 9, 2, 27, 20, esaminando una fattispecie analoga, consistente nella confusione di frumento a sabbia o altro, con l'effetto di renderne difficile la separazione, così da causare un danno che può essere risarcito agendo *quasi de corrupto*, ovverosia con un'azione in fatto aquiliana (Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 20: *item si quis frumento harenam vel aliud quid immiscuit, ut difficilis separatio sit, quasi de corrupto agi poterit*). Rispetto al frammento in esame, MacCormack 1973, p. 344, ritiene che il danno non sia da identificare soltanto con la difficoltà di separazione, ma anche nella più difficile crescita delle messi con l'aggiunta di loglio o avena.

[185] Il danno, in questo caso, doveva intendersi come «un evidente dispendio di tempo e di energia», come sottolinea Cerami 1985, p. 130.

né nella corruzione della cosa[186] –, ma, rispetto al colono, il pregiudizio patrimoniale che lo stesso ha risentito riguarda il credito che egli vanta in ragione del rapporto di locazione[187].

Ancora di recente, quest'ultima interpretazione è stata posta in discussione[188] sulla base del fatto che la fattispecie concreta riportata nel frammento riguarderebbe non le messi da raccogliere, ma le messi già tagliate. In questo caso, i frutti separati dal suolo apparterranno al colono, se già *percepti*, al *dominus*, se non lo sono ancora. E così, la prospettazione della duplice possibilità di esperire l'azione, sia da parte del *colonus*, che del *dominus*, rifletterebbe rigidamente l'alternativa proprietaria sottostante.

Ora, prescindendo dalla considerazione che la valenza del termine *seges* nelle fonti giuridiche non è limitata al raccolto, ma risulta comprensiva anche del significato di messe ancora radicata al suolo[189], e riflettendo, poi, sul fatto che i requisiti della tutela interdittale (interdetto *quod vi aut clam*), accordata alternativamente all'azione aquiliana, presuppongono generalmente un danno al suolo o a *opera in solo*[190], a me sembra preferibile l'opinione tradizionale che ravvisa nella fattispecie un danno arrecato alla messe radicata al suolo e, dun-

[186] Il riferimento al *corrumpere*, quale attività che avrebbe giustificato l'esperimento dell'azione aquiliana, è già frutto dell'estensione giurisprudenziale – che Ulpiano (Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 13) fa risalire ai *veteres* – dell'originario valore dei *verba legis*: nel nostro caso *rumpere* contenuto nel terzo *caput* della legge Aquilia.

[187] Il frammento è richiamato da Busnelli 1964, p. VIII nt. 13, tra quelli che testimonierebbero un'apertura della tutela aquiliana dal diritto di proprietà ai diritti di credito; così anche Valditara 2004, p. 206.

[188] Da Corbino 2005, p. 162, anche se la tesi non è nuova: cfr. *infra*, nt. 191.

[189] Cfr. Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 25; Paul. 22 *ad ed.* D. 9, 2, 30, 3; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 2, 15, 2; Iul. 7 *dig.* D. 22, 1, 25, 1; Ulp. 81 *ad ed.* D. 39, 2, 24, 9.

[190] Cfr. in questo senso, Capogrossi Colognesi 1996, p. 82 ss., che inserisce l'esegesi del frammento all'interno di una coerente ricostruzione della vicenda interpretativa delle ipotesi di applicazione dell'*interdictum quod vi aut clam*. Del resto, questo è anche l'argomento usato dalla Glossa per ritenere che la messe sia ancora radicata al suolo: gl. *segetem* ad D. 9, 2, 27, 14: «seminando. alias si iam collectis fructibus, cessat interdictum».

que, un danno al diritto di credito vantato dal conduttore[191]. L'ipotesi che ravvisa nelle messi tagliate l'oggetto della condotta lesiva si scontra infatti anche con un altro dato offerto dalla fonte: l'impegno del colono a che *amplius non agi*[192], al fine di evitare l'ulteriore iniziativa del proprietario, testimonia evidentemente la libertà di quest'ultimo di agire, indipendentemente dalla rigida ripartizione della legittimazione attiva sulla base di logiche proprietarie che si vorrebbero rigorosamente distinte.

Ma ancora di più mi spinge in quest'ultima direzione una considerazione di carattere generale: ovverosia il rapporto obbligatorio tra *dominus* e colono disciplinato dal contratto di locazione[193]. È, infatti, a tutela dell'*uti frui* che vanta il con-

---

[191] La diversa conclusione di Di Porto 1988, p. 495 ss. e nt. 117, per il quale Celso applicherebbe senz'altro l'interdetto e l'*actio in factum* a un'ipotesi di confusione del frumento già raccolto, non mi sembra convincente. L'a., infatti, ritiene che seminare loglio e avena nel fondo provocherebbe un danno ben diverso e maggiore, risultando quantitativamente compromesso il raccolto e danneggiata la *bonitas agri*, da non potersi semplicemente ricondurre alla *molesta separatio*. A me pare che una simile interpretazione non tenga in adeguata considerazione l'angolo visuale dal quale Ulpiano guarda alla problematica discussa nel frammento. Il criterio che porta a distinguere tra *corruptio* e *mutatio* della *res* cui si lega l'applicazione dell'*actio* aquiliana da una parte, e *molesta separatio* tutelata dall'*a. in factum* dall'altra, passa per una differenza qualitativa: la presenza o l'assenza della materiale corruzione della cosa. Si può dare *molesta separatio*, dunque, sia nell'ipotesi di una confusione delle *segetes* non ancora raccolte – a nulla rilevando in senso contrario né l'ipotizzata compromissione del raccolto in termini quantitativi, né l'indimostrato danno alla *bonitas agri* – sia nell'ipotesi in cui il frumento sia stato confuso dopo il raccolto.

[192] MacCormack 1973, p. 348, ipotizza che il colono agisse con l'*actio in factum* per conto del proprietario, sulla base di un contratto di mandato (*contra* Tellegen-Couperus 1995, p. 423). Corbino 2007, p. 34 s. nt. 90, pensa che la *cautio* chiesta al colono non sia relativa all'eventuale azione in fatto esercitata dal *dominus* concorrente con quella del colono, quanto all'eventuale esperimento dell'*interdictum* da parte del colono. La testimonianza, tuttavia, esplicitando che il *dominus* non sarebbe intervenuto con ulteriori richieste, mi pare deponga nel senso dell'interpretazione della *cautio* proposta in testo.

[193] Così Ferrini 1891 (1930), p. 210 ss., anche se poi conclude per l'interpolazione della parte relativa alla concessione dell'*actio in factum* al colono, sulla base della considerazione che l'azione aquiliana non poteva arrivare a prevedere la tutela di un rapporto obbligatorio.

duttore nei confronti del *dominus*[194], a prescindere dal fatto che le messi siano state raccolte o meno, che viene concessa l'*actio in factum*, sulla base delle caratteristiche concrete del danno[195].

Va aggiunto inoltre che, nel caso del colono, l'*actio in factum* si giustifica non solo in relazione alla natura del danno, ma anche in rapporto all'estensione della legittimazione attiva a soggetti diversi dal proprietario. La dottrina ha già dimostrato che il fenomeno è attestato con sicurezza in età severiana, più controversa invece è l'adozione del rimedio per consentire di liquidare l'*id quod interest actoris* a un soggetto diverso dal *dominus* in età precedente[196].

6. *Le premesse del cambiamento: la codificazione dell'editto e i suoi effetti.*

Dall'esame delle testimonianze della giurisprudenza dall'età tardo-repubblicana sino al II secolo d.C. è emerso con chiarezza che l'unico strumento usato dai giuristi per estendere l'azione aquiliana diretta al danno causato in assenza di un nesso causale diretto (non *corpore* ma *corpori*) e al danno da dispersione di *res* (né *corpore* né *corpori*) sia l'*actio in factum*. Da rimedio concesso in forma decretale, l'azione viene inserita nell'editto nel corso del II secolo d.C. In questo lasso di tempo, non compare mai nella casistica giurisprudenziale il riferimento all'*actio utilis*.

---

[194] Per il sinallagma '*merces-uti frui*' come schema obbligatorio 'tipico' della locazione, rinvio a FIORI 1999, p. 291 ss.

[195] Per una lettura della fattispecie come un'applicazione della tutela aquiliana in assenza di un diritto di proprietà si veda anche PERNICE 1867, p. 207.

[196] Cfr. VALDITARA 1992, p. 480 nt. 598, 483, 485 ss., il quale ritiene che «il ricorso alla figura del danno indiretto, protetto con *actiones in factum*, fosse dettata … dalla inidoneità della *aestimatio* aquiliana a liquidare l'*id quod interest actoris*». *Contra* di recente, ERNST 2024, p. 35 ss., spec. 40 ss., il quale esclude che il colono possa usare l'*actio in factum* aquiliana, ravvisando un intervento compilatorio nel testo in esame rispetto all'*eam* che, secondo lo studioso, non si riferirebbe all'azione in fatto ma alla tarda *actionem utilem ex interdicti causa*. Sul punto rinvio a *infra*, § 8.

6.1. *La riflessione di Giuliano in linea con le soluzioni precedenti.* – Giuliano richiama sia l'*actio in factum*, seguendo le logiche elaborate dalla giurisprudenza precedente, sia l'*actio utilis*, usata secondo i canoni generali di estensione dell'azione diretta a casi vicini. Vediamo nel dettaglio la casistica: in una testimonianza di Ulpiano, tratta dal libro diciottesimo del commentario all'editto, si esamina un caso di responsabilità aquiliana per il danno derivante dal morso di un cane, incitato ad attaccare:

> Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 11, 5: Item cum eo, qui canem irritaverat et effecerat, ut aliquem morderet, quamvis eum non tenuit, Proculus respondit Aquiliae actionem esse: sed Iulianus eum demum Aquilia teneri ait, qui tenuit et effecit ut aliquem morderet: ceterum si non tenuit, in factum agendum.

Nei confronti di chi abbia incitato un cane a mordere, Proculo ritiene che si possa agire con l'azione aquiliana, anche se il cane non era tenuto al guinzaglio. Giuliano invece pensa si debba procedere con l'*actio ex lege Aquilia* solo nel caso in cui il cane fosse tenuto e spinto a mordere; qualora invece non fosse legato si dovrà agire *in factum*[197].

Premessa logica all'applicazione della tutela aquiliana è l'esclusione della responsabilità del *dominus* per la *pauperies* dell'animale domestico[198], visto che è stato l'intervento di un terzo a provocare la naturale reazione dell'animale, rendendolo uno strumento nelle mani di chi lo ha istigato. Rispetto alla tutela aquiliana, Ulpiano porta l'attenzione su problemi di causalità per individuare il tipo di rimedio che meglio si attagli alla fattispecie. Il giurista severiano riporta le opinioni discordanti di Proculo, favorevole a usare sempre l'azione diretta, e di Giuliano che invece distingue tra l'ipotesi in cui il

[197] Macqueron 1971, p. 149, ritiene che l'*actio* fosse indicata nel testo originario come *utilis* e che l'*actio in factum* sia stata introdotta dai compilatori. Più in generale sul pesante rimaneggiamento compilatorio del frammento si veda *ibid.*, 148-149; Albanese 1950, p. 125-127; Giangrieco Pessi 1995, p. 73-75.

[198] Cfr. Cursi 2015, p. 363 ss. ed Ead. 2018, p. 607 ss.

cane sia condotto dall'uomo e il caso in cui sia sfuggito alla presa di chi lo teneva.

Per comprendere la differente prospettiva interpretativa, è stato giustamente messo in evidenza che mentre Proculo, nel considerare applicabile l'azione diretta, ragionava sulla scia della tradizione che aveva concesso l'azione a casi simili, evidenziando l'incapacità del soggetto di trattenere l'impeto dell'animale e ritenendolo perciò immediatamente responsabile; Giuliano, al contrario, sarebbe stato guidato dalla teoria del contatto fisico, ravvisabile solo nell'ipotesi del cane tenuto al guinzaglio[199]. Nel caso contrario il giurista adrianeo ricorre all'*actio in factum* in maniera assolutamente coerente con l'applicazione dell'azione in casi di nesso causale mediato, che in questa fattispecie comporta l'impossibilità di controllare appieno il cane del cui danno si è considerati responsabili.

La seconda testimonianza della giurisprudenza di Giuliano in materia di danno aquiliano riguarda l'*actio utilis*. A dire il vero, le testimonianze relative all'azione utile sono due, anche se in una il richiamo è incerto. Si tratta di un frammento, appartenente al commentario all'editto di Ulpiano, ove il giurista severiano richiama un parere di Giuliano, senza indicarne il contenuto e che solo indirettamente è ricollegabile all'azione utile:

> Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 11, 9-10: Eum, cui vestimenta commodata sunt, non posse, si scissa fuerint, lege Aquilia agere Iulianus ait, sed domino eam competere. an fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Iulianus tractat: et ego puto melius utile iudicium ex hac causa dandum.

[199] Cfr. Nörr, 1986, p. 144-145, teoria ripresa da Ziliotto 2000, p. 103, 124-127, che richiama l'attenzione sul graduale irrigidimento interpretativo dei *verba legis* alla base della soluzione di Giuliano, al quale tra l'altro si deve la nozione più ristretta di *occidere* come *causam mortis praebere vi et quasi manu*. Recentemente Piro 2004, p. 100-103, 133 e Piro 2024, p. 353 s. nt. 32, ha tentato di sfumare l'opposizione interpretativa legando la diversità di opinioni alla differente valutazione della possibilità di riferire in maniera certa l'evento al danneggiante: la possibilità di ascrivere a fatti ulteriori rispetto all'incitamento del cane la responsabilità del danno potrebbe indurre a ritenere incrinata la riferibilità certa dell'evento dannoso all'autore del danno. Rinvio *supra*, nt. 145.

Giuliano sostiene che la persona a cui sono stati dati in comodato i vestiti non possa agire con l'azione aquiliana, qualora siano stati strappati, visto che l'azione spetta esclusivamente al proprietario. Il giurista affronta poi la questione della legittimazione attiva all'azione aquiliana dell'usufruttuario o dell'usuario. Non conosciamo l'esito della riflessione di Giuliano, ma Ulpiano ritiene che in queste circostanze sia meglio concedere un'azione utile.

Dal testo del frammento appare verisimile immaginare un intervento[200], forse un taglio compilatorio, che ha eliminato l'opinione di Giuliano. Per ricostruirla, la dottrina ha tentato di ricavare indizi dall'*et ego puto melius* con cui Ulpiano si inserisce nel dibattito, ipotizzando che Giuliano non avesse previsto l'azione utile[201], preferita invece dal giurista severiano[202]. Non sono tuttavia mancati coloro che hanno letto nel modo di esprimersi di Ulpiano un'adesione all'opinione già avanzata da Giuliano in favore dell'*actio utilis*[203]. L'unico elemento che a mio avviso può pesare, sia pure in maniera non decisiva,

---

[200] Cfr. Albanese 1950, p. 237 ss., spec. 253, il quale ritiene che, nonostante la vasta rielaborazione compilatoria, il frammento si deve ritenere sostanzialmente genuino; Iliffe 1965, p. 327; Valditara 1992, p. 448 s.

[201] Cfr. Valditara 1992, p. 449 e nt. 497, per la coincidenza tra *actio utilis* e *utile iudicium*.

[202] Cfr. Albanese 1950, p. 238 ss., ritiene che siano ipotizzabili tre opinioni di Giuliano: la concessione dell'azione aquiliana diretta, la sua negazione, l'esclusione dell'*actio utilis*. Ritiene preferibile pensare all'azione diretta esaminando la giurisprudenza di Giuliano a proposito dell'estensione della legittimazione attiva all'usufruttuario della *vindicatio servitutis* o dell'*operis novi nuntiatio*. Valiño 1973, p. 85 s. e nt. 127, segue Albanese, nel ritenere che Giuliano possa aver concesso un'azione aquiliana diretta, sebbene non escluda neppure l'azione utile, richiamando la teoria di Iliffe 1965, p. 330 s. Anche Valditara 1992, p. 448 ss., esclude la concessione dell'azione utile, ma diversamente da Albanese non ritiene che Giuliano avesse fatto ricorso all'azione diretta, dando una lettura diversa alle ipotesi di estensione della legittimazione attiva all'usufruttuario nella *vindicatio servitutis* o nell'*operis novi nuntiatio* (*ibid.*, 458 ss.). Sulla base di un'analisi più ampia, lo studioso, *ibid.*, 517 s., ritiene che la mancata concessione delle azioni utili sia da spiegare in relazione al cambiamento del criterio di stima che avrebbe consentito per la prima volta in età severiana di prescindere dalla liquidazione del *pretium rei* e di calcolare direttamente ed esclusivamente l'interesse dell'attore.

[203] Cfr. Iliffe 1965, p. 330 s.; Selb 1982, p. 319.

sulla ricostruzione dell'opinione di Giuliano è effettivamente il *melius* usato da Ulpiano che sembra orientare nel senso di escludere la previsione dell'*actio utilis* da parte di Giuliano[204]. Se così è, il passo non può essere usato quale attestazione del ricorso di Giuliano all'*actio utilis* in un caso di danno aquiliano. Più affidabile è sicuramente un frammento, tratto anch'esso dal commentario all'editto di Ulpiano, in cui l'opinione del giurista adrianeo è espressamente riportata:

> Ulp. 23 *ad ed.* D. 5, 1, 18, 1: Si filius familias ex aliqua noxa, ex qua patri actio competit, velit experiri, ita demum permittimus ei agere, si non sit qui patris nomine agat. nam et Iuliano placet, si filius familias legationis vel studiorum gratia aberit et vel furtum vel damnum iniuria passus sit: posse eum utili iudicio agere, ne dum pater exspectatur impunita sint maleficia, quia pater venturus non est vel dum venit, se subtrahit is qui noxam commisit …

Il caso riguarda un'ipotesi di estensione della legittimazione attiva all'azione aquiliana (oltre che all'*actio furti*) in favore del *filius familias* contro l'illecito dallo stesso subito, qualora il padre o chi possa agire in suo nome non sia in grado di intentare prontamente l'azione. Il parere di Giuliano viene ricordato in rapporto a un caso specifico, quello del figlio che sia partito per un'ambasceria o per altre occupazioni che lo tengono lontano da casa e dunque dal *pater*. Per evitare che il figlio possa subire un danno dall'inattività o dal ritardato esercizio dell'azione da parte del *pater*, Giuliano ritiene di poter estendere la legittimazione attiva al figlio[205]. L'azione utile in questo caso è conforme alla logica generale di estensione del-

[204] Ancora più difficile è stabilire, sulla base della fonte, l'azione che Giuliano potrebbe aver ritenuto di concedere in alternativa all'*actio utilis*.

[205] Sulla più ampia questione della capacità e della legittimazione processuale dei *filii familias*, si veda Solazzi 1899, p. 179 ss., il quale ipotizza che le azioni *ex delicto* si potessero concedere al figlio, estendendo il principio contenuto nell'*edictum si ei qui in alterius potestate erit iniuria facta esse dicetur*, con opportuna modificazione della formula; Kaser 1950, p. 71, favorevole all'innovazione; più di recente D'Alessio 2018, p. 21 ss.

l'azione edittale oltre l'ambito fissato dal diritto civile o pretorio, attraverso una *fictio*[206] o una trasposizione di soggetti[207].

La distanza di questa fattispecie dai casi sinora esaminati, in cui i giuristi avevano applicato l'*actio in factum* aquiliana, è sicuramente ampia. Giuliano, come abbiamo visto, rispetto al caso del danno causato dal cane si allinea all'elaborazione giurisprudenziale sull'uso dell'*actio in factum* in un caso di nesso causale mediato. In questa testimonianza invece egli porta l'attenzione su una fattispecie in cui il rimedio concesso in via utile segue la logica usuale dell'estensione dell'azione diretta.

6.2. *Il ruolo di Giuliano nella codificazione dell'editto: l'uso dell'analogia per colmare le lacune dell'editto.* – L'indagine sulla riflessione di Giuliano non può tuttavia limitarsi a queste due sole testimonianze. Il ruolo del giurista adrianeo è, in realtà, molto più rilevante di quanto emerga da questa limitata casistica. Per comprenderlo appieno è necessario soffermarsi sul suo coinvolgimento nella codificazione[208] dell'editto pretorio.

Come è noto, le fonti tramandano che l'imperatore Adriano si avvalse dell'opera del giurista per riordinare l'editto pretorio[209], la cui immutabilità sarebbe stata statuita da un *sena-*

---

[206] Pensa a una *fictio* nel caso specifico PERNICE 1867, p. 159.

[207] Rispetto alla fattispecie in esame questa è l'opinione di SELB 1982, p. 333 s.

[208] Sull'uso dell'espressione e sul suo significato rispetto all'editto pretorio, si veda MANTOVANI 1998, p. 129 ss. Lo studioso critica l'uso di questo termine e dell'espressione legge in riferimento all'editto e al suo contenuto. Indubbiamente, considerata la peculiarità dell'editto, i termini vanno spiegati e adattati alla situazione concreta, anche se una distinzione tra la fase pregiulianea e quella successiva all'intervento di Giuliano, nei rispettivi contesti politici e culturali di riferimento, avrebbe consentito di comprendere meglio la natura dell'intervento pretorio.

[209] Per una proposta di datazione si veda PARICIO 2023, *passim*, il quale ritiene che il piano della sistemazione dell'editto venne elaborato durante il viaggio di Giuliano e Adriano in Egitto nel 130 d.C. e portato a compimento nel 131 d.C. Il lavoro sarebbe consistito in un riordino dell'editto, senza la modifica del testo stabilizzatosi già durante il principato di Augusto. Questo limitato intervento, non avendo destato troppo scalpore, potrebbe giustificare, secondo lo studioso, l'assenza di riferimenti all'iniziativa nelle fonti coeve alla codificazione.

tusconsultum sollecitato da un'*oratio in senatu* dello stesso Adriano. Nonostante il tentativo, rimasto in verità isolato, di Antonio Guarino di sostenere l'estraneità di Giuliano all'opera di riordinamento dell'editto perché le relative testimonianze sarebbero basate su una falsificazione[210], la dottrina

[210] Si veda GUARINO 1983, p. 265 ss., 337 ss., in cui sono raccolti alcuni precedenti interventi sul tema. Gli argomenti che il maestro napoletano propone sono così sintetizzabili: innanzitutto, assenza di fonti coeve alla presunta codificazione adrianea. Le testimonianze, una quindicina, vanno dal IV secolo d. C. al VI secolo d.C. e sono raggruppabili in tre filoni informativi distinti. Il primo, che include la narrazione di Aurelio Vittore (Aur. Vict. *Caes.* 19) e di Eutropio (Eutr. *Brev. ab urbe condita* 8, 17), non farebbe riferimento a Salvio Giuliano, ma a un suo discendente, Didio Giuliano, a cui vengono attribuiti i meriti dell'avo. Tra questi non vi sarebbe per Guarino, almeno nella testimonianza di Vittore, il riordino dell'editto pretorio che invece Eutropio, interpretando un archetipo comune, attribuisce al giurista adrianeo. Prendendo spunto da questa presunta difformità, Guarino ritiene che sia stato Eutropio a mal interpretare la fonte comune falsificando la notizia della codificazione dell'editto. Questa informazione avrebbe fornito la base del secondo filone di notizie rappresentato da tre costituzioni imperiali (Gratian. Valent. Theod. ad Hypatium CTh. 11, 36, 26, 4 a. 379; Theod. Asclepiodoto CTh. 4, 4, 7, 9 a. 424; NovTh. Valent. 21, 1, 5 a. 446). Il terzo filone, quello giustinianeo, consiste in una costituzione imperiale (Imp. Ivstinianvs a. Ivliano pp. C. 4, 5, 10, 1 a. 530) e nel § 18 del testo bilingue della costituzione *Tanta/*Δέδωκεν del 533. Oltre al riferimento alla codificazione adrianea dell'editto, vi è menzione dell'*oratio in senatu* di Adriano e di una norma che avrebbe previsto l'intervento imperiale per ogni adattamento del contenuto dell'editto pretorio, riducendo lo *ius edicendi* a un potere meramente formale. Nonostante le difformità tra versione greca e latina della costituzione giustinianea, Guarino ritiene che «una qualche iniziativa Adriano, ai suoi tempi, deve averla veramente presa, in relazione a quello che poi si disse *edictum perpetuum*. Ma quale iniziativa? Questo, bisogna ammetterlo, è il mistero.» (*ibid.*, 342 s.). Alla scarsa affidabilità delle fonti, secondo l'interpretazione proposta da Guarino, lo studioso aggiunge il silenzio di Gaio circa la codificazione dell'editto perpetuo e il fatto che i giuristi successivi ad Adriano, nei loro commentari all'editto, seguano sistematiche differenti. Come è noto, Giuliano e Ulpiano seguono un ordine delle materie diverso da quello proposto da Gaio e Paolo. Il che ha portato Guarino a ritenere che non esistesse uno schema edittale codificato. Per concludere lo studioso napoletano scrive che «la leggenda relativa si è formata in età postclassica intorno ad un nucleo di verità che, da un lato, è stato certamente costituito dall'alta rinomanza di Giuliano come giureconsulto e dal peculiare contributo che egli dedicò alla illustrazione ed al riordinamento logico-giuridico e sistematico-espositivo della materia edittale, mentre, dall'altro lato, può essere consistito in una qualche iniziativa di 'po-

pressoché unanime ha concordemente ritenuto affidabile la notizia tramandata dalle fonti[211].

Ripartiamo proprio dalle testimonianze. Accanto alle fonti sia giuridiche sia letterarie che collegano Adriano, Giuliano e l'attività di riordino realizzata sull'editto pretorio[212], i testi più rilevanti al fine di chiarire il significato dell'intervento di Giuliano sono le costituzioni parallele *Tanta*/Δέδωκεν

---

litica legislativa' effettivamente presa da Adriano con il ricorso ad un'*oratio in senatu habita*, quindi con la chiamata a collaborazione del senato» (*ibid.*, 346). Si veda ancora ID. 1994, p. 356 ss., nel quale discute l'ipotesi avanzata da SERANGELI 1989, p. 79 ss., che presuppone l'avvenuta codificazione dell'editto quale base della ricostruzione del rapporto tra una clausola edittale e un intervento estensivo della stessa ad opera dell'imperatore.

[211] Per tutti SERANGELI 1989, p. 79 ss.; GALLO 1994, p. 43 ss.; ID. 1995, p. 127 ss.; ID. 2001, p. 1 ss.; da ultimo PARICIO 2023, p. 28 ss.

[212] Cfr. Aur. Vict. *Caes.* 19, 1-2: *at Didius (an Salvius?) Iulianus fretus praetorianis, quos in societatem promissis magnificentioribus perpulerat, ex praefectura vigilum ad insignia dominatus processit. Genus ei pernobile iurisque urbani praestans scientia; quippe qui primus edictum, quod varie inconditeque a praetoribus promebatur, in ordinem composuerit.* Eutr. *Brev. ab urbe condita* 8, 17: *post eum Salvius Iulianus rem publicam invasit, vir nobilis et iure peritissimus, nepos Salvii Iuliani qui sub divo Hadriano perpetuum conposuit edictum …* CTh. 11, 36, 26 (= brev. 11, 11, 5) (Imppp. Grat., Valent. et Theodos. aaa. ad Hypatium pf. u.): *quisquis, ne voluntas diem functi testamento scripta reseretur, vel ne hi, quos scriptos patuerit, heredes edicti per divum Hadrianum conditi beneficium consequantur, ausus fuerit provocare, interpositamque appellationem, cuius de ea re notio erit, recipiendam esse crediderit, viginti librarum auri mulcta et litigatorem, qui tam importune appellaverit, et iudicem, qui tam ignave conniventiam adhibuerit, involvat*; CTh. 4, 4, 7 pr. (= brev. 4, 4, 7 pr.) (Imp. Theodos. a. Asclepiodoto pf. p.): *… ita ut, sive bonorum possessionem secundum tabulas vel secundum nuncupationem ceterasque similes postularit, aut certe ex edicto divi Hadriani se mitti ad possessionem ex more petierit, statim inter ipsa huius iuris auspicia propositum suae intentionis explanet …*; NovTh. Valent. 21, 1, 5: *Cuius heres ex edicto divi Hadriani hereditaria corpora consequitur nec bonorum possesaionis petendae sustinebit necessitatem, quam generaliter omnibus relaxamus* (MEYER, MOMMSEN 1905); C. 4, 5, 10, 1 (Imp. Iustinianus a. Iuliano pp): *… et buiusmodi sententiae sublimissimum testem adducit Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem.* Con minore certezza, in assenza dell'espresso richiamo a Giuliano, anche Dio Cass. 36, 40, 1: οἱ στρατηγοὶ πάντες τὰ δίκαια καθ' ἃ δικάσειν ἔμελλον, αὐτοὶ συγγράφοντες ἐξετίθεσαν: οὐ γάρ πω πάντα τὰ δικαιώματα τὰ περὶ τὰ συμβόλαια διετέτακτο, con riferimento al fatto che tutti i pretori pubblicavano i principi di diritto secondo i quali intendevano esercitare la *iurisdictio*, non essendo ancora state riordinate tutte le disposizioni in materia di affari privati. In quest'ultima notizia è stato letto un richiamo all'attività di codificazione dell'editto pretorio (cfr. SERANGELI 1989, p. 105 ss.).

emanate da Giustiniano nel 533 d.C. per promulgare i *Digesta*. Le due costituzioni non sono semplicemente l'una la traduzione dell'altra, perché la greca è la base sulla quale è stata elaborata quella latina con qualche variazione e aggiunta[213].

Nella parte iniziale del § 18 è sottolineata, in termini analoghi nelle due versioni, la differenza tra la perfezione delle cose divine e la provvisorietà del diritto umano, continuamente mutevole e per questo incompleto, la cui integrazione è riservata all'imperatore a ciò preposto da Dio. A questo punto si apre la parentesi storica del riferimento a Giuliano e all'editto adrianeo, concepito quale autorevole precedente di integrazione imperiale del diritto umano:

> Δέδωκεν 18 … καὶ οὐχ ἡμέτερόν γε τοῦτο λέγομεν μόνον, ἀλλ᾽ἤδη καὶ ὁ πάντων τῶν ἐν νομοθέταις εὐδοκιμηκότων σοφώτατος Ἰουλιανὸς αὐτὸ τοῦτο φαίνεται λέγων καὶ τὴν ἐκ τῆς βασιλείας ἐπὶ ταῖς ἀναφυομέναις ζητήσεσιν ἐπικαλούμενος ἀναπλήρωσιν, καὶ πρός γε Ἀδριανὸς ὁ τῆς εὐσεβοῦς λήξεως, ὅτε τὰ παρὰ τῶν πραιτόρων κατ᾽ἔτος ἕκαστον νομοθετούμενα ἐν βραχεῖ τινὶ συνῆγε βιβλίῳ, τόν κράτιστον Ἰουλιανὸν προς τοῦτο παραλαβὼν, κατὰ τὸν λόγον, ὃν ἐν κοινῷ διεξῆλθεν ἐπὶ τῆς πρεσβυτέρας Ῥώμης, αὐτὸ δὴ τοῦτο φησίν, ὡς εἴ τι παρὰ τὸ διατεταγμένον ἀνακύψειεν, προσῆκόν ἐστιν τοὺς ἐν ἀρχαῖς τοῦτο πειρᾶσθαι διαιρεῖν καὶ θεραπεύειν κατὰ τὴν ἐκ τῶν ἤδη διατεταγμένων ἀκολουθίαν.
>
> *Tanta* 18: Et hoc non primum a nobis dictum est, sed ab antiqua descendit prosapia: cum et ipse lulianus legum et edicti perpetui suptilissimus conditor in suis libris hoc rettulit, ut, si quid inperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur. et non ipse solus, sed et divus Hadrianus in compositione edicti et sena-

[213] Così Wallinga 1998, p. 232, 238 ss. Si veda anche Id. 1989, p. 47 ss. Cfr. pure Ebrard 1919, p. 124. Conclusione confermata da Di Maria 2012, p. 131, il quale, sulla base dell'analisi del § 21 delle due costituzioni, parla di rapporto di derivazione di *Tanta* da Δέδωκεν. Mentre la Δέδωκεν sarebbe il frutto di un lavoro della scuola sulla base dell'ispirazione di Triboniano, quest'ultimo sarebbe stato invece interprete e diretto autore della *Tanta* (*ibid.*, 140).

> tus consulto, quod eam secutum est, hoc apertissime definivit, ut, si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas.

I passaggi rilevanti sono due e ben distinti in entrambe le versioni. Nel primo viene ricordato quanto Giuliano, definito finissimo artefice di leggi e dell'editto perpetuo, aveva scritto nelle sue opere, sostenendo che le lacune che rendono imperfetto il diritto umano sono colmate dall'intervento imperiale. Nel secondo viene richiamato quanto stabilito dall'imperatore Adriano in occasione della codificazione dell'editto e nel senatoconsulto che la seguì, sollecitato dall'*oratio in senatu* dello stesso Adriano, circa la possibilità di colmare le lacune presenti nell'editto, ispirandosi alle regole ivi contenute attraverso un procedimento analogico[214]. Rispetto a quest'ultimo punto, la Δέδωκεν e la *Tanta* non sono perfettamente allineate sul soggetto competente a colmare la lacuna per il tramite dell'analogia. Nella versione greca si trova τοὺς ἐν ἀρχαῖς, letteralmente 'quelli in carica', ovverosia i magistrati, i pretori; nella versione latina è richiamata una *nova auctoritas*, interpretata dai più come un riferimento all'autorità imperiale.

Come si è detto, che vi siano passaggi difformi nel testo delle due costituzioni non costituisce una novità: sono state già rilevate differenze nelle due versioni corrispondenti a una diversa mano nella redazione del testo. Il problema che si pone è piuttosto quello di verificare la coerenza logica delle due soluzioni proposte – il pretore da una parte, e l'imperatore dall'altra – rispetto all'obiettivo indicato, che è quello di colmare le lacune dell'editto tramite il procedimento analogico.

---

[214] Cfr. MANTELLO 2010, p. 66 s., il quale, dopo aver ricostruito il momento genetico del ragionamento analogico o per similitudine, sostiene che «il consolidamento dell'editto avrebbe reso più forte ed evidente anche il ragionamento per similitudine vòlto a interpretare norme prefissate» rispetto alla sua applicazione precedente, in ambito giurisprudenziale, realizzata «attraverso un raffronto tra due fattispecie concrete o comunque non disancorate dal reale, onde estendere all'una il principio giuridico dal giurista stesso 'inventato' per l'altra …».

Nel tentativo di trovare una possibile chiave di lettura della testimonianza, è bene innanzitutto affrontare il tema dell'uso dell'analogia quale criterio interpretativo e, in secondo luogo, individuare il soggetto o i soggetti deputati a usarla e quali ne siano le condizioni.

Il giurista che più di ogni altro sembra essersi interessato di procedimento analogico è proprio Giuliano, l'artefice della codificazione dell'editto. Questa connessione rende la testimonianza della costituzione *Tanta/*Δέδωκεν particolarmente affidabile circa il criterio interpretativo autorizzato dall'imperatore per colmare le lacune dell'editto.

In alcune testimonianze, che i compilatori giustinianei hanno collegato tra loro nel Digesto, Giuliano evidenzia la possibilità di lacune:

> Iul. 48 *dig.* D. 1, 3, 10: Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri;
>
> Iul. 90 *dig.* D. 1, 3, 11: Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est.

Nel primo frammento si constata la limitatezza delle leggi e dei *senatusconsulta* che non possono prevedere tutte le fattispecie[215], ma è sufficiente contengano ciò che per lo più si verifica. Perciò, rispetto alle disposizioni esistenti[216] il ricorso

[215] Cfr. anche la *praefatio* di Nov. 74, con espresso riferimento a Giuliano.

[216] Ho reso la locuzione '*quae primo constituuntur*' con riferimento alla disposizione fissata per prima rispetto a quanto disciplinato in seguito attraverso l'interpretazione o la costituzione imperiale (cfr. ARCHI 1970, p. 20 ss.). Meno credibile la lettura, pure avanzata da CASAVOLA 2011, p. 136 ss., di '*primo*' come 'per la prima volta', in quanto obbliga a pensare all'attività di prima formulazione di norme da parte della giurisprudenza e della cancelleria in una fase ancora sperimentale che l'intervento del principe d'intesa con i giuristi avrebbe reso più certa. L'effetto di questa ipotesi è che l'interpretazione e l'attività imperiale successiva si configura come necessaria, e non eventuale, rispetto a disposizioni normative già emanate. Così anche SCARANO USSANI 1987, p. 82 s. e GALLO 2001, p. 18 che fa riferimento a norme di fresca formazione.

all'interpretazione giurisprudenziale[217] o alla costituzione imperiale consente di completare in maniera più certa il quadro. Sin qui Giuliano ha richiamato l'attenzione sulla necessità di un lavoro congiunto del legislatore e degli interpreti delle norme per arricchire il ventaglio delle soluzioni possibili, senza tuttavia menzionare il procedimento analogico.

È in un frammento che i compilatori collocano immediatamente di seguito che il giurista adrianeo completa la sua riflessione prospettando, rispetto alla limitatezza delle leggi e dei *senatusconsulta*, il meccanismo dell'integrazione ad opera del pretore su base analogica. L'opinione del giurista adrianeo trova conferma in una testimonianza di Ulpiano, nella quale viene richiamato il parere di Pedio, che i compilatori dispongono subito dopo quanto scrive Giuliano:

> Iul. 15 *dig.* D. 1, 3, 12: non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet.
>
> Ulp. 1 *ad ed. cur.* D. 1, 3, 13: nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri.

La dottrina[218] ha già evidenziato l'interesse di Giuliano per l'analogia come criterio per colmare le lacune normative,

---

[217] Sull'*interpretatio prudentium* e il suo ruolo nel contesto nel quale scrive Giuliano, cfr. ARCHI 1970, p. 20 ss. Sulla coppia giulianea *aut interpretatione aut constitutione optimi principis* si vedano i numerosi riscontri testuali in CASAVOLA 2011, p. 137; e GALLO 2001, p. 15 ss.

[218] Cfr. sulla natura dell'analogia, quale procedimento usato da Giuliano per colmare le lacune normative, REGGI 1952, p. 105 ss. e ID. 1967, p. 188 ss., il quale dimostra la riconducibilità a Giuliano del ragionamento analogico, fondato sulla ricerca della similitudine, supportato dalla specifica esperienza del giurista in ambito filosofico, retorico e logico; GALLO 1994, p. 67, il quale ritiene che Giuliano non fosse il primo a usare l'analogia, ma usò uno strumento noto «per conciliare la riserva al principe e al senato delle modifiche all'editto con l'esigenza di dare protezione ai casi nuovi in esso non previsti» (cfr. anche GALLO 1995, p. 128 ss.); MAYER-MALY 2002, p. 3 ss., che parla di in-

fondato sul confronto tra casi simili (*ad similia procedere*). Il giurista adrianeo, però, non si limita a individuare il canone metodologico, ma precisa che il pretore è tenuto (*debet*) ad osservarlo, concedendo in conformità ad esso il rimedio idoneo al caso concreto, quando il senso della norma è ben chiaro in ordine a una determinata fattispecie[219]. Non è difficile scorgere dietro la doverosità dell'uso dell'analogia il tentativo di salvaguardare il testo cristallizzato dell'editto, ponendo un limite all'attività creativa del pretore[220], una volta che l'attività legislativa dell'imperatore è posta al culmine della gerarchia delle fonti di produzione del diritto.

Ulpiano, richiamando l'autorità di Pedio, esprime lo stesso contenuto ma con parole diverse che alludono alla possibilità di disciplinare le questioni che tendono alla stessa utilità (*ad eandem utilitatem*), da considerarsi per questo simili[221], ricorrendo all'interpretazione o all'attività giurisdizionale per supplire ai limiti della legge[222].

---

terpretazione estensiva o analogica con riferimento al criterio usato dalla giurisprudenza romana, partendo dalle testimonianze di Giuliano. VACCA 2007, p. 5746 (= EAD. 2010, p. 76 ss.), la quale porta l'attenzione sulla peculiarità dell'uso dell'analogia da parte dei giuristi romani che sfugge alle classificazioni moderne, ritenendo che Giuliano, nell'esortare il magistrato a procedere *ad similia*, non alludesse all'uso dell'analogia come strumento logico-interpretativo, ma come indicazione di tipo 'applicativo', immaginando una plausibile e necessaria collaborazione tra giuristi e pretore (analogamente SEGNALINI 2008, p. 1 ss. e ntt. 6, 10, 11; e MANTELLO 2010, p. 60 ss.). Diversa la conclusione di BUND 1965, p. 76 ss., 106 ss., 121, 178 ss., che tenta di inquadrare i pareri del giurista secondo categorie estranee alla logica casistica romana, arrivando a dubitare della conoscenza dell'analogia da parte di Giuliano.

[219] ALBANESE 2003, p. 71 s. e nt. 3, propone di leggere *aliqua causa* con riferimento a qualche fattispecie espressamente prevista nelle leggi o nei senatoconsulti e in ordine alla quale la volontà normativa è manifesta. Non sono sicura che questa sia l'unica possibilità: non si può escludere che il riferimento all'*aliqua causa* riguardi piuttosto fattispecie non previste e rispetto alle quali la normativa si applica in via analogica. In ogni caso, che l'*aliqua causa* rappresenti il punto di partenza o il punto di arrivo del procedimento analogico, ciò non tocca il senso della testimonianza.

[220] Cfr. GALLO 2001, p. 11 ss. Distingue l'influenza dell'analogia sulle soluzioni adottate dal pretore, rispetto alla sua ininfluenza sui pareri giurisprudenziali VACCA 1997, p. 458 ss.

[221] Si veda GIACHI 2023, p. 27 s.

[222] È plausibile l'interpretazione del termine *lex*, presente nel testo di

Usando questa chiave di lettura, che costringe l'intervento del pretore entro i confini dell'interpretazione analogica per un'esigenza di controllo della *iurisdictio*, sarebbe logicamente preferibile collegare il riferimento all'analogia presente nella costituzione *Tanta* non all'intervento imperiale, bensì all'attività del pretore, come del resto è scritto chiaramente nella Δέδωκεν[223]. Come spiegare allora la differente versione latina che allude alla *nova auctoritas*? Si è giustamente pensato a un intervento di Triboniano[224], estensore della *Tanta*, il quale, modificando il testo greco predisposto dalla cancelleria imperiale, avrebbe inteso enfatizzare il ruolo dell'imperatore[225]. Per questo egli avrebbe sfumato l'obbligatorietà del ricorso all'analogia – come previsto nella Δέδωκεν rispetto ai magistrati – nella mera possibilità, che meglio si addiceva alla figura dell'imperatore[226]. Nonostante la doverosità sia stata sfumata nella possibilità, il testo della costituzione latina non è pienamente coerente[227] e tradisce il segno della

---

Ulpiano, avanzata da GIACHI 2023, p. 24 e 25 s. nt. 38 (e prima anche EAD. 2005, p. 403 ss. e 419 ss.), come *lex publica*, in considerazione del collegamento con il frammento di Giuliano precedente che richiama lo stesso procedimento analogico rispetto alla legge pubblica. Una simile interpretazione è in linea con la logica compilatoria, ciò nonostante, non è da escludere, come proposto da FALCONE 1997, p. 240 ss., che nella testimonianza di Pedio *lex* facesse riferimento alla *lex contractus* e che i compilatori l'abbiano interpretata come *lex publica*.

[223] È interessante il dato che fornisce GORIA 2010, p. 115 s., a partire dall'analisi delle Novelle giustinianee, sul contenuto delle richieste che i giudici sottoponevano all'imperatore: in nessuna di esse viene prospettata la possibilità dell'applicazione analogica di norme preesistenti.

[224] Su Triboniano, quale estensore della *Tanta*, si veda DI MARIA 2012, p. 131. Ma già CASAVOLA 2011, p. 143.

[225] Cfr. TORRENT 1984, p. 56. Nella traduzione della costituzione proposta da GORIA 2005, p. 49, l'espressione *nova auctoritas* è resa 'un nuovo contributo dotato di autorità', alludendo indirettamente all'imperatore. E sempre GORIA 2010, p. 112 s. nt. 47. *Contra*, ZWALVE 1983, p. 147 s., il quale ritiene che la *nova auctoritas* fosse il pretore, richiamando la versione greca, senza valutare il ruolo giocato dall'imperatore.

[226] GALLO 1994, p. 60 s., rileva che nella *Tanta* è venuto meno l'obbligo dell'analogia in rapporto alla *nova auctoritas*, diversamente dalla Δέδωκεν in cui il προσῆκόν ἐστιν, riferito al pretore, esprimerebbe la sua doverosità.

[227] GALLO 1994, p. 60 s., sostiene che riservare la possibilità del procedimento analogico a chi ha il potere di creare nuovo diritto, priva di signifi-

manipolazione rispetto all'originale greco, fornendo una significativa testimonianza del contesto nel quale le due costituzioni sono state elaborate e dei rapporti di potere sottostanti.

6.3. *Gli effetti della codificazione dell'editto: il contenimento dell'*actio in factum *e la scelta dell'*actio utilis *come strumento dell'estensione analogica.* – La disamina sinora condotta consente di trarre qualche prima conclusione. Dalle fonti emerge un intervento di riordino dell'editto pretorio, realizzato da Giuliano su indicazione dell'imperatore Adriano. Non sappiamo precisamente in cosa esso sia consistito[228], ma l'effetto è la stabilizzazione del testo edittale e l'obbligo per il pretore di colmare le lacune tramite il procedimento analogico. Probabilmente la riflessione di Giuliano sull'analogia[229], di cui i compilatori hanno conservato testimonianza nel Digesto[230], ha rappresentato il punto di convergenza tra la conservazione non solo formale della competenza magistratuale[231] e l'esigenza di controllo e accentramento del potere imperiale.

Siamo in realtà dinanzi a una svolta epocale. L'intervento adrianeo va ben oltre la codificazione dell'editto[232]: più reali-

---

cato l'analogia quale strumento per colmare le lacune nell'editto. Così anche GIACHI 2005, p. 46 s. nt. 100.

[228] Posso soltanto accennare al problema del diverso ordine sistematico che si ricava dai commentari all'editto di giuristi successivi ad Adriano. In particolare, la parte edittale dei *digesta* di Giuliano e i *libri ad edictum* di Ulpiano seguono un ordine, mentre i *libri ad edictum provinciale* di Gaio e quelli di Paolo *ad edictum* ne seguono uno diverso. La differenza è stata interpretata da GUARINO 1983, p. 285, come una prova della mancata codificazione dell'editto adrianeo, da LENEL 1927, p. 5 ss., invece, come espressione della libertà dei giuristi di seguire nel commento all'editto fissato da Giuliano un ordine diverso, agganciando gli istituti secondo logiche non necessariamente coincidenti con quella seguita nella codificazione dell'editto, probabilmente frutto della sedimentazione di centinaia di pretori che lo stesso Giuliano nei suoi *digesta* modifica.

[229] Cfr. GALLO 1994, p. 63.

[230] Cfr. *supra*, in testo.

[231] Cfr. GUARINO 1983, p. 270, 281, perplesso sul formale divieto per i pretori di innovare per l'avvenire il testo dell'editto; GALLO 1994, p. 63.

[232] GALLO 2001, p. 11, ritiene che il riordino dell'editto rappresentò l'occasione per ridimensionare il ruolo del pretore: «e il testo rielaborato

sticamente esso riguarda la definizione di un nuovo equilibrio nell'assetto delle fonti di produzione del diritto e dei suoi artefici[233]. In sostanza il ruolo creativo del pretore viene ridimensionato per legge (attraverso il *senatusconsultum*)[234], assicurando al potere imperiale ciò che sino a quel momento era stato di competenza del pretore, ovverosia l'introduzione di

---

dal giurista fu sottoposto al Senato e da questo approvato con un senatoconsulto (si noti: con una delle fonti che tenevano il luogo della legge) proposto (richiesto) con un'*oratio* da Adriano. È chiara l'esautorazione del pretore».

[233] Diversamente da GUARINO 1983, p. 144 s., 283 s. – il quale osserva che Gaio nella sua descrizione delle fonti del diritto, menzionando lo *ius edicendi* del pretore, non fa alcun accenno alla codificazione adrianea, traendone la conclusione della mancata codificazione dell'editto giulianeo –, a me sembra che Gaio abbia fotografato il nuovo assetto. Il giurista antoniniano (Gai. 1, 2) elenca le fonti degli *iura populi Romani*: leggi, plebisciti, *senatus consulta*, costituzioni imperiali, editti magistratuali, *responsa prudentium*. Ogni atto viene descritto usando il medesimo *cliché* stilistico, a partire dall'organo che lo produce: la legge è ciò che il popolo approva e stabilisce, il plebiscito è ciò che la plebe approva e stabilisce. L'esclusiva partecipazione plebea alla votazione dei plebisciti portò i patrizi a non ritenersi vincolati da questi atti, senonché l'intervento della legge Ortensia, estendendo a tutto il popolo l'applicazione dei plebisciti, li equiparò alle leggi. Il *senatus consultum* è quanto il senato approva e stabilisce e, nonostante alcune perplessità, gli è stata riconosciuta forza di legge. La costituzione imperiale è ciò che l'imperatore stabilisce mediante *decretum*, *edictum* ed *epistula* e, in questo caso, non si dubita che l'atto abbia forza di legge, perché l'imperatore ha ricevuto il proprio potere attraverso una legge. Gli editti dei magistrati, e in particolare l'editto del pretore urbano e peregrino, oltre a quello degli edili curuli, costituiscono un'altra importante fonte di diritto. Infine, i pareri dei giuristi sono decisioni e opinioni che fondano il diritto. Un rescritto di Adriano ha poi precisato che le decisioni che raccolgono il consenso di tutti i giuristi hanno valore di legge, quando invece c'è dissenso, il giudice può seguire la decisione che ritiene più giusta. Solo gli editti magistratuali sembrano sfuggire alla riconduzione alla legge. Se si riflette però sul fatto che all'epoca di Gaio, dopo l'intervento di Adriano, l'editto è una fonte dichiarata immodificabile per senatoconsulto, fatto salvo in senso contrario il solo intervento imperiale, non c'è dubbio che esso assuma nella sostanza il valore di una legge (PALAZZOLO 1996, p. 305, parla dell'editto all'epoca di Gaio come di un testo normativo; PARICIO 2023, p. 116, ritiene che il testo presentato da Giuliano dovette ottenere forza di legge per mezzo del senatoconsulto. Diversamente GALLO 1994, p. 83 s., porta l'attenzione sul ruolo, ancora attivo, benché ridimensionato, dei pretori rispetto all'uso del procedimento analogico nell'esercizio della loro *iurisdictio*).

[234] GALLO 2001, p. 14.

rimedi per casi concreti del tutto nuovi rispetto a quelli edittali. Da questo momento, l'unico a poter prevedere nuovi rimedi modificando l'editto è l'imperatore, il quale si sostituisce al pretore nella parte più creativa della sua funzione, quella di concedere una tutela decretale per situazioni del tutto nuove. Soffermiamoci su quest'ultimo punto.

Il quadro dei rimedi pretori prima della codificazione dell'editto era costituito da azioni dirette, a cui si accompagnavano *actiones in factum* decretali per le situazioni non riconducibili al modello diretto, e *actiones utiles*, consistenti in adattamenti della stessa azione diretta (azioni fittizie o con trasposizione di soggetti). Nel riassetto giulianeo dell'editto, accanto alle azioni dirette, trovano posto le *actiones utiles*, le *actiones in factum* che potevano avere o una specifica rubrica edittale (ad es. *actio in factum adversus nautas, caupones, stabularios*) oppure, in mancanza, una formula che si può ipotizzare fosse inserita sotto la rubrica dell'*actio civilis*-modello che la precedeva (ad es. *actio in factum ex lege Aquilia*) – seguendo l'ipotesi che Lenel avanza rispetto alle *actiones utiles* non civili[235]. Ma non basta. Si è detto che Adriano consentì al pretore il procedimento analogico per superare i rimedi edittali, il che significa, in negativo, che al pretore venne interdetto di ricorrere all'*actio in factum* decretale per situazioni che non trovassero una somiglianza con quelle previste nell'editto[236]; e

[235] Cfr. LENEL 1927, p. 13.

[236] Non mi sembra che possa sostenersi, a fronte di quanto stabilito nella *costitutio Tanta/*Δέδωκεν, che il pretore potesse ancora concedere l'*actio in factum* per il caso nuovo, sia pure in subordine rispetto alla prescrizione dell'estensione analogica, come sostiene GALLO 1994, p. 67 s. Lo studioso aggiunge poi che: «chiaramente tale concessione non poteva costituire, per il pretore, la premessa per la recezione nell'editto; a questo fine si rendeva necessaria una costituzione imperiale o un senatoconsulto» (*ibid.*, 78). Analogamente ID. 1995, p. 139, spec. 147 nt. 54; e ID. 2001, p. 14, ove ritiene che dopo la codificazione dell'editto fosse preclusa al magistrato preposto alla *iurisdictio* la trasformazione dell'*actio* così concessa in mezzo edittale (così TALAMANCA 1996, p. 352). Non diversamente già ZWALVE 1983, p. 145 s., il quale ritiene che il pretore sarebbe stato vincolato, nell'emanare il suo editto, alla *compositio* adrianea, non potendo omettere quanto in essa contenuto, ma potendo aggiungere dell'altro, visto che il pretore (così l'a. rende la *nova auctoritas* della *Tanta*) sarebbe stato in grado di colmare le lacune. Per la verità, questa possibilità risulta limitata, come si è visto, dalla ne-

in positivo, che per estendere analogicamente le fattispecie edittali egli doveva ricorrere a uno strumento specifico. Giuliano non dà indicazioni in proposito, cosicché possiamo soltanto avanzare un'ipotesi collegando le tracce sparse nelle fonti. La testimonianza più significativa è quella di Ulpiano (D. 1, 3, 13), prima riportata, in cui Pedio, alludendo al procedimento analogico, coglie nell'identità di *utilitas* delle questioni l'elemento comune che giustifica la somiglianza di una fattispecie rispetto a quella edittale. Il riferimento all'*utilitas* porta a ipotizzare che lo strumento dell'estensione analogica potesse essere l'*actio utilis* che, già nelle sue applicazioni precedenti la codificazione, era usata proprio per estendere oltre i limiti edittali l'azione[237].

Un indizio circa la connessione tra il rimedio concesso in via utile e l'estensione analogica dell'azione edittale è da ravvisare nel fatto che Giuliano, lavorando sulle eccezioni processuali[238], inventa la figura della *exceptio utilis*[239] che serve a estendere un'eccezione tipica, edittale, a una nuova situazione sulla base della somiglianza della disciplina. Essa viene richiamata in tre fattispecie collegate o alle disposizioni di un senatoconsulto (*exceptio senatus consulti Macedoniani* e *Velleiani*) o di una legge (*exceptio legis Pletoriae*)[240].

---

cessità di seguire il procedimento analogico, elemento a cui l'a. non sembra però dare troppo peso. GIACHI 2005, p. 419 s. nt. 152, ritiene che, pur restando possibile, il rimedio dell'*actio in factum* doveva senz'altro sembrare meno opportuno. Diversamente, per PALAZZOLO 1996, p.312, le modifiche o le aggiunte alle clausole edittali sarebbero tutte originate da interventi imperiali, anche se ritiene possano essere state percepite dai giuristi come appendici del testo edittale (*ibid.*, 368). A prescindere dalla recezione o meno nell'editto della nuova azione decretale, a me sembra che la *costitutio Tanta*/Δέδωκεν riservi i casi nuovi all'intervento diretto dell'imperatore.

[237] Così SCARANO USSANI 1987, p. 140. Analogamente GALLO 1995, p. 138.

[238] SCIANDRELLO 2023, p. 146, intuisce un collegamento con la stabilizzazione dell'editto adrianeo, ma senza verificarne gli effetti.

[239] NICOSIA 1958, p. 280 s., 283, 288, ritiene che l'*exceptio utilis* fosse volta a realizzare l'estensione di eccezioni fondate su una norma di *ius civile*; SCIANDRELLO 2023, p. 35 ss., 64 ss., 146, ritiene che l'estensione si rendesse necessaria per contrastare un tentativo di *fraus legi*.

[240] Iul. 45 *dig.* D. 4, 4, 41: *si iudex circuvuento in venditione adulescenti iussit fundum restitui eumque pretium emptori reddere, et hic nolit uti hac in integrum restitutione paenitentia acta, exceptionem utilem adversus petentem pretium quasi ex*

Giuliano, in altre parole, conserva al pretore la possibilità di concedere in via utile le azioni edittali, estendendone analogicamente la portata. La nuova centralità dell'*actio utilis*, rimasta l'unico strumento per superare i limiti dell'editto, viene enfatizzata dalla riflessione giurisprudenziale i cui esiti vengono fissati dai giuristi severiani in sistematiche nelle quali l'*actio utilis* viene giustapposta all'azione diretta, con carattere suppletivo rispetto a quest'ultima, rimanendo del tutto assente l'*actio in factum*. Basta leggere al riguardo due testimonianze di Ulpiano:

> Ulp. 2 *disp.* D. 19, 5, 21: Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est[241],
>
> Ulp. 4 *ad ed. praet.* D. 44, 7, 37 pr.: Actionis verbo continetur in rem, in personam: directa, utilis: praeiudicium, sicut ait Pomponius …,

e una di Paolo:

> Paul. 1 *sent.* D. 3, 5, 46, 1: Nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec suptilitas supervacua est maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum,

per rendersi conto di come la distinzione tra azione diretta e azione utile, che nella prima testimonianza ulpianea coinvolge anche le eccezioni, abbia carattere generale. Paolo la

---

causa iudicati adulescens habere poterit …; Ulp. 29 *ad ed.* D. 14, 6, 7, 1: *Idem (Iulianus) ait, si duos reos accepero filium familias et Titium, cum ad filium familias esset perventura pecunia, ideo autem reum Titium acceperim, ne quasi fideiussor auxilio senatus consulti uteretur, utilem esse exceptionem aduersus fraudem dandam*; Afr. 4 *quaest.* D. 16, 1, 19, 5: … *respondit videndum, ne non sine ratione dicatur eius loco, qui pro muliere fideiusserit, haberi me debere, ut quemadmodum illi, quamvis ignorauerit mulierem intercedere, exceptio adversus creditorem detur, ne in mulierem mandati actio competat, ita mihi quoque adversus te utilis exceptio detur mihique in mulierem actio denegetur, quando haec actio periculo mulieris futura sit.* In quest'ultima testimonianza di Africano, allievo di Giuliano, la dottrina ha ritenuto di ravvisare il pensiero di Giuliano perché di regola Africano lo riporta (cfr. NICOSIA 1958, p. 283).

[241] Dubi sulla genuinità del frammento sono avanzati da NICOSIA 1958, p. 290 ss.

considera un residuo del passato, contrapponendola ai processi cognitori nei quali, come è stato scritto[242], la presentazione dei fatti è da sola sufficiente a fondare la domanda corrispondente a una pretesa giuridica, riuscendo così ad assicurare meglio delle formule, la cui distinzione è concepita ormai come un'inutile sottigliezza, la giustizia sostanziale.

Va fatta però una precisazione. L'azione utile delle sistematiche severiane non è la stessa *actio utilis* che, successivamente alla codificazione adrianea, veniva usata per assicurare l'estensione analogica dell'azione edittale a situazioni simili. I giuristi post-giulianei, nel giustapporre l'azione utile all'azione diretta, hanno cambiato il termine del confronto: non più tutte le formule contenute nell'editto, ma solo l'azione diretta. L'aver instaurato un rapporto tra azione utile e azione diretta ha fatto sì che ogni adattamento dell'azione diretta fosse a questo punto concepito come un'azione utile. In altri termini, l'*actio utilis* svolge anche il ruolo che era stato sino a quel momento dell'*actio in factum* edittale priva di specifica rubrica[243], come l'*actio in factum* aquiliana. Quest'ultima azione, non potendo concepirsi come diretta, per essere essa stessa una modificazione dell'azione diretta, viene reinterpretata nella nuova sistematica binaria, come *actio utilis*[244].

Sulla base di una simile classificazione dovremmo aspettarci la scomparsa dell'*actio in factum*. Questo però non accade. Nella casistica, i giuristi continuano a usare l'espressione *actio in factum* diventata, come l'*actio utilis*, polisemica: c'è l'*actio in factum* menzionata nei *responsa* più risalenti e che i giuristi per conservatorismo mantengono; c'è l'*actio in factum* usata come sinonimo di *actio utilis*, a indicare l'estensione analogica dell'azione diretta. Così come l'*actio utilis* dei giuristi severiani assorbe l'*actio in factum*, allo stesso modo i giuristi usano l'*actio in factum* anche per qualificare casi di estensione analogica[245].

---

[242] Cfr. Marotta 2022, p. 13.

[243] Le azioni in fatto con rubrica edittale (ad es. *actio in factum adversus nautas, caupones, stabularios*) sono da considerarsi dirette.

[244] Cfr. *infra*, § 4.3.

[245] Cfr. Selb 1984, p. 329 ss., a parere del quale i giuristi tardo-classici avrebbero interpretato le espressioni *actio in factum* e *actio utilis* nel senso di una moderna analogia; Gröschler 2002, p. 287.

Lo stesso fenomeno si è verificato anche sul versante delle eccezioni processuali: l'invenzione giulianea dell'*exceptio utilis* non sembra aver riscosso grande fortuna, essendole preferita la preesistente *exceptio in factum* che estende un'*exceptio in edicto proposita*[246].

Piuttosto, ciò che mi sembra inconciliabile con la previsione del senatoconsulto che cristallizza l'editto e consente al pretore il solo procedimento analogico è l'uso post-giulianeo dell'espressione *actio in factum* a indicare l'azione decretale per il caso concreto. Ammettere una simile possibilità, come pure è stato fatto[247], significherebbe svuotare di senso il riassetto adrianeo. Per il momento, considerati i limiti di questo contributo, non posso che rinviare a un ulteriore lavoro di verifica delle testimonianze successive alla codificazione nelle quali compare l'espressione *actio in factum*, per escludere il carattere indipendente dell'azione[248].

---

[246] NICOSIA 1958, p. 283 s.; SCIANDRELLO 2023, p. 145 s. Quest'ultimo studioso, nell'esaminare storicamente le ipotesi di applicazione dell'*exceptio in factum*, conclude per la conservazione, pur con gli adattamenti legati ai diversi contesti di riferimento, della funzione dell'*actio in factum* come rimedio per casi con profili di somiglianza con le ipotesi previste nell'editto. Ai nostri fini, l'attestazione di questa funzione nelle testimonianze post-giulianee confermerebbe l'interdizione adrianea a introdurre strumenti rimediali del tutto sganciati da quelli edittali (*ibid.*, 77 ss., 105 ss., 143 ss. Un dubbio può venire da un frammento di Pomponio D. 13, 7, 3, nel quale la concessione di un'eccezione in fatto sganciata da quella edittale potrebbe rinviare alla riflessione di Labeone in un periodo nel quale il pretore aveva ancora un ruolo creativo).

[247] Cfr. *supra*, nt. 236.

[248] Un valido supporto in questa disamina è il lavoro di GRÖSCHLER 2002, *passim*, il quale, nell'esaminare le fattispecie in cui l'*actio in factum* viene usata in assenza di un rapporto contrattuale, distingue tra azioni in fatto contenute nell'editto, e azioni in fatto decretali. Concentrando l'esame su queste ultime, a parte i casi in cui l'*actio in factum* è suggerita da giuristi pregiulianei e i casi di applicazione dell'azione nella *cognitio extra ordinem*, nelle rimanenti evenienze l'*actio in factum* può essere interpretata come estensione analogica di un'azione edittale. Più complessa si rivela invece la disamina nella casistica contrattuale. Basti a questo proposito il solo esempio della notissima testimonianza di Ulpiano in D. 2, 14, 7, 2 nella quale si riporta la diversa opinione di Mauriciano e di Giuliano circa l'azione da usare in un caso non riconducibile a un preciso tipo contrattuale. Quest'ultimo propone un'*actio in factum* che parte della dottrina ha interpretato come decretale per il caso concreto.

Al termine di questa lunga parentesi sul ruolo giocato dalla codificazione dell'editto rispetto ai rimedi pretori, è emersa la tendenza generale, fissata nelle sistematiche severiane, a un rinnovato uso dell'*actio utilis*, che non cancella tuttavia il richiamo all'*actio in factum* nella casistica giurisprudenziale.

Vediamo come questa tendenza ha influito sulla vicenda dell'*actio in factum* aquiliana di cui abbiamo seguito sinora le tracce.

6.4. Actio in factum *aquiliana e* utilitas legis Aquiliae*: la connessione creata da Pomponio*. – Un frammento di Pomponio del commentario a Quinto Mucio è particolarmente significativo a questo proposito:

> Pomp. 38 *ad Q. Muc.* D. 19, 5, 11: Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae, idque utilitas eius legis exigit.

Il giurista testimonia in termini generali la concessione delle *actiones in factum* quale rimedio all'incompletezza del numero delle azioni edittali. Lo stesso accade anche rispetto a quelle azioni che sono derivate dalle leggi: se la legge è giusta e necessaria, interviene il pretore colmando le lacune che la casistica fa emergere rispetto al dettato della legge. E così rispetto alla legge Aquilia il pretore concede *actiones in factum* modellate sulla norma in funzione dell'utile applicazione della legge.

Il passo può essere distinto in due parti, definite da una brusca cesura (*sed et*) che separa la prima dalla seconda. Esse registrano due diverse concezioni dell'uso delle *actiones in factum*. La prima parte, come è stato già osservato[249], veicola il

[249] Così GALLO 1994, p. 78 ss. Si veda, anche se più sfumato, STOLFI 2001, p. 236 e nt. 394.

pensiero di Quinto Mucio; mentre la seconda riflette il pensiero originale di Pomponio per via del riferimento all'estensione analogica come criterio usato per colmare le lacune della legge e forse, all'epoca di Pomponio, dopo il senatoconsulto che rende il testo dell'editto assimilabile a una legge[250], tutte le azioni contenute nell'editto.

È del tutto verisimile che la codificazione dell'editto abbia svolto la funzione di spartiacque tra le due parti della testimonianza, riflettendosi sul diverso ruolo del pretore: creativo all'epoca di Quinto Mucio, suppletivo entro i limiti dell'analogia nella lettura di Pomponio. Mentre in età repubblicana il pretore ha la discrezionalità di creare qualunque tipo di azione che possa assicurare una tutela, rimanendo irrilevante la distinzione sul carattere indipendente dell'azione o derivato per estensione analogica; nel principato, il pretore ha un ruolo più limitato perché viene chiamato a colmare le lacune che derivano dalle azioni edittali[251] e, in particolare, dalle azioni di legge, come la legge Aquilia. L'attività del pretore in questo caso ha come termine di riferimento l'azione diretta di cui estende la portata a situazioni affini, seguendo il criterio analogico ispirato all'*utilitas legis*[252].

A ben vedere, però, la testimonianza di Pomponio non solo registra questa importante differenza nella concezione della *iurisdictio* pretoria, ma, portando l'attenzione proprio sulle azioni che discendono dalla legge Aquilia, ci aiuta a ricostruire un'ulteriore tappa nella vicenda che abbiamo sinora tracciato. Le azioni in fatto aquiliane che sino a Pomponio la giurisprudenza ha uniformemente usato nei due noti casi dell'assenza di un nesso causale diretto e della dispersione della *res* altrui, vengono da Pomponio reinterpretate alla luce del criterio analogico fissato da Giuliano e che i giuristi successivi tenderanno ad applicare su larga scala, distinguendo le azioni

[250] Cfr. *supra*, nt. 233.

[251] Così SCIANDRELLO 2023, p. 27 nt. 46. Analogamente GALLO 1994, p. 80 s., rispetto alla logica giustinianea per cui tutte le azioni si consideravano previste dalla legge, dalla compilazione.

[252] Cfr. *supra*, in testo. Si veda SANTORO 1991, p. 115 s. (= 2009, p. 381 s.); GALLO 1995, p. 139 ss.; GRÖSCHLER 2002, p. 287 ss.

in dirette e utili. In questa prospettiva, non c'è dubbio che le *actiones in factum ex lege Aquilia* siano da considerare *utiles*[253].

Come si è però già segnalato, la nuova qualificazione non riesce a scalzare totalmente la vecchia, tant'è che Pomponio[254], riportando un caso di danno causato dalle infiltrazioni d'acqua dovute a condutture altrui che poggiano sull'edificio del danneggiato, ritiene che il rimedio da usare per questo caso sia l'*actio in factum* aquiliana, o in alternativa la *cautio damni infecti*. Ci troviamo di fronte a una classica ipotesi di applicazione dell'azione in fatto aquiliana per sanzionare un danno causato secondo un nesso causale indiretto, non *corpore* ma *corpori*, in linea con la tradizione che per un caso simile risale a Proculo[255].

Un'altra attestazione della conservazione della vecchia terminologia si ha nell'ipotesi in cui qualcuno getti un calice d'argento in mare allo scopo di arrecare un danno e non di appropriarsi del bene: Pomponio suggerisce anche in questo caso l'*actio in factum*[256].

L'incertezza terminologica di Pomponio viene superata nella riflessione di Gaio.

7. *Gaio e l'*actio utilis *aquiliana: una rilettura dell'*actio in factum *ispirata dalla codificazione dell'editto.*

Gaio adotta l'espressione *actio utilis* per indicare il rimedio che la giurisprudenza a lui precedente aveva definito *actio in factum* nelle due ipotesi di nesso causale mediato e di assenza di danno materiale.

Tre sono i passaggi rilevanti ai nostri fini, uno appartenente al commentario all'editto provinciale conservato nel Digesto, e due tratti dalle Istituzioni. Cominciamo dal frammento del Digesto:

---

[253] Così Giachi 2005, p. 410.

[254] Pomp. 10 *ad Sab.* D. 8, 2, 18: *si fistulae, per quas aquam ducas, aedibus meis applicatae damnum mihi dent, in factum actio mihi competit: sed et damni infecti stipulari a te potero.*

[255] Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 10 (= Coll. 12, 7, 7, 8) riportato *supra*, § 4.2.

[256] Ulp. 41 *ad Sab.* D. 19, 5, 14, 2, riportato *supra*, § 3.

> Gai. 13 *ad ed. prov.* D. 47, 2, 51: Nam et si praecipitata sint pecora, utilis actio damni iniuriae quasi ex lege Aquilia dabitur.

L'*incipit* del passo rende evidente un adattamento compilatorio al fine di creare una connessione con il frammento immediatamente precedente di Ulpiano che riporta il pensiero di Labeone, senz'altro utile nella ricostruzione della fattispecie gaiana:

> Ulp. 37 *ad ed.* D. 47, 2, 50, 4: Cum eo, qui pannum rubrum ostendit fugavitque pecus, ut in fures incideret, si quidem dolo malo fecit, furti actio est: sed et si non furti faciendi causa hoc fecit, non debet impunitus esse lusus tam perniciosus: idcirco Labeo scribit in factum dandam actionem.

Abbiamo già analizzato il frammento nell'esame della casistica labeoniana. Qualcuno mostra un panno rosso in modo da mettere in fuga il gregge altrui con due possibili esiti: il furto degli animali, sanzionato con l'*actio furti*, oppure il danno derivante dalla dispersione del bestiame che porta Labeone a ricorrere all'azione in fatto aquiliana.

Nella precisazione gaiana, invece, gli animali muoiono perché precipitano e Gaio ritiene di dover usare l'*actio utilis ex lege Aquilia*. I compilatori raccordano le due prospettive di Labeone e di Gaio secondo la logica classificatoria delle azioni aquiliane che si trova nelle Istituzioni imperiali. Per la dispersione di beni altrui, produttiva di un danno né *corpore*, né *corpori*, l'azione usata è *in factum*, per la distruzione materiale delle cose altrui, in assenza di un nesso causale diretto, un danno *corpori* ma non *corpore*, viene richiamata l'*actio utilis*.

Si potrebbe pensare a un rimaneggiamento compilatorio dei passi, volto a confermare la sistematica giustinianea: in realtà i compilatori si sono limitati a raccordare le due testimonianze senza alterarle, reinterpretando come differenza sostanziale la diversa qualificazione dell'azione nella fase precedente e in quella successiva alla codificazione dell'editto. Mentre Labeone scrive in un momento in cui ogni intervento

integrativo del pretore rispetto ai rimedi aquiliani era un'*actio in factum* decretale a ricomprendere sia casi di danno da dispersione del bene, sia da distruzione mediata dello stesso, Gaio interviene nella riflessione dopo la codificazione adrianea, quando le *actiones in factum* si sono trasformate, in applicazione del criterio analogico giulianeo, in *actiones utiles*, conservando il medesimo contenuto[257].

Conferma una simile ricostruzione una testimonianza di Nerazio[258] che, come abbiamo visto[259], esamina la medesima fattispecie gaiana di uccisione degli animali per essere stati stipati in uno spazio angusto, richiamando l'*actio in factum*. E lo stesso può dirsi per una testimonianza dello stesso Gaio (Gai. 3, 202) in cui il giurista ricorre all'*actio utilis* in una fattispecie di dispersione di beni altrui analoga a quella esaminata da Labeone:

> Gai. 3, 202: Interdum furti tenetur, qui ipse furtum non fecerit, qualis est, cuius ope consilio furtum factum est. in quo numero est, qui nummos tibi excussit, ut eos alius surriperet, vel opstitit tibi, ut alius surriperet, aut oves aut boves tuas fugavit, ut alius eas excideret. et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro

[257] Ciò non toglie che Gaio conservi, come farà la giurisprudenza successiva, le denominazioni *actio utilis* e *actio in factum* secondo l'uso pregiulianeo: rispetto all'azione aquiliana è prevista un'azione fittizia per lo straniero danneggiato (Gai. 4, 37), definita *actio utilis*, così per il *bonorum possessor* (Gai. 3, 81), inoltre in D. 4, 4, 25 pr., D. 4, 7, 3, 5, D. 11, 7, 7, 1 (*utilis actio in factum*), D. 13, 4, 1, D. 36, 1, 65, 10, D. 40, 12, 9, 2, D. 41, 1, 9, 2, con riferimento a casi di finzione o semplicemente di estensione di un'azione edittale al di fuori dei presupposti previsti per la sua concessione. L'espressione *a. in factum*, invece, si trova in D. 11, 7, 2, 2: *si quis mortuum in locum alterius intulerit vel inferre curaverit* che fa riferimento a un'azione *in factum* edittale (cfr. GRÖSCHLER 2002, p. 129 ss.); D. 4, 3, 28 (*actio in factum* nei limiti dell'arricchimento oltre l'anno nei confronti dell'autore del dolo); D. 4, 7, 1 pr. (*actio in factum* edittale *de alienatione iudicii mutandi causa facta*); D. 11, 7, 7 pr. (*actio in factum* edittale, *ibid.*, 131), D. 19, 5, 22 (*iudicium in factum, agere praescriptis verbis*); D. 40, 12, 13 pr. (azione edittale contro il *liber qui bona fides serviens*, *ibid*, 162 s.), D. 50, 13, 6 (azione edittale *iudex qui litem suam fecit*, *ibid.*, 110).

[258] Ner. 1 *membr.* D. 9, 2, 53: *boues alienos in angustum locum coegisti eoque effectum est, ut deicerentur: datur in te ad exemplum legis Aquiliae in factum actio.*

[259] Cfr. *supra*, § 5.1.

> fugavit armentum; sed si quid per lasciviam et non data opera, ut furtum committeretur, factum sit, videbimus, an utilis actio dari debeat, cum per legem Aquiliam, quae de damno lata <est>, etiam culpa puniatur.

Tizio per gioco sventola un panno rosso per mettere in fuga gli animali, provocandone la dispersione, non la morte. Gaio richiama espressamente quanto scritto dai *veteres*, segno della circolazione della fattispecie nella casistica giurisprudenziale a cui evidentemente il giurista antoniniano attinge. Anche l'impostazione della questione è la medesima: si parte dal caso del furto compiuto da chi abbia favorito l'appropriazione del bene altrui da parte di un terzo, declinato in alcuni casi specifici, per poi passare alla condotta di chi invece abbia spaventato il bestiame altrui senza l'intento di appropriarsene o di consentire l'altrui appropriazione, ma semplicemente per gioco.

Tuttavia, ove Labeone aveva usato l'*actio in factum*, Gaio allude alla possibilità di un'*actio utilis*, visto che la legge Aquilia sanziona anche il danneggiamento colposo: *videbimus, an utilis actio dari debeat, cum per legem Aquiliam, quae de damno lata <est>, etiam culpa puniatur*. L'uso del '*videbimus*' segnala il rinvio a una trattazione che il giurista sviluppa nei paragrafi immediatamente successivi a proposito del danneggiamento aquiliano (Gai. 3, 210 - 219). Qui troviamo approfondito sia il profilo soggettivo della colpa, che Gaio richiama a giustificazione della previsione dell'azione utile (Gai. 3, 211)[260], sia il tema dell'azione utile che viene distinta dall'azione diretta solo per l'assenza di un nesso causale immediato tra condotta lesiva e danno (Gai. 3, 219)[261]. Per il rapporto che Gaio in-

---

[260] Gai. 3, 211: *iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit, nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque inpunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit.*

[261] Ragionando sull'idea che l'*actio in factum* fosse riservata alla perdita senza distruzione del bene, mentre l'*actio utilis* presupponesse tale distruzione, Albanese 1950, p. 54, ritiene che Gaio avesse escluso per l'ipotesi in esame l'uso dell'*actio utilis*. Santoro 1991, p. 112 s. (= 2009, p. 378 s.), ipotizza che nella parte relativa al danneggiamento aquiliano sia stato omesso

staura tra la valutazione della colpa nella punizione del danneggiamento aquiliano nel caso che ci occupa e la concessione dell'azione utile, è probabile che Gaio, scrivendo '*videbimus, an utilis actio dari debeat*', intendesse segnalare la possibilità, con una propensione per la soluzione positiva (*an*), di far leva sul profilo soggettivo della colpa per concedere l'azione utile contro il danno subito.

Nell'ultimo frammento gaiano (Gai. 3, 219), come si è anticipato, il giurista affronta il tema delle azioni utili:

> Gai. 3, 219: <Ceterum> placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit; <ideoque> alio modo damno dato utiles actiones dantur, velut si quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necaverit, aut iumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur; item si quis alieno servo persuaserit ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo aut descendendo ceciderit <et> aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus sit; item si quis alienum servum de ponte a ut ripa in flumen proiecerit et is suffocatus fuerit; quamquam hic corpore suo damnum dedisse eo quod proiecerit non difficiliter intellegi potest.

La trattazione è impostata secondo lo schema cui si ispireranno le sistematiche severiane, ovverosia *actio directa*, modellata sul testo normativo e avente a oggetto un danno causato con nesso causale immediato (*ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit*) e *actio utilis*, quando il danno è prodotto *alio modo* (*alio modo damno dato utiles actiones dantur*). Seguono una serie di esempi che rendono il danno causato *alio modo* come un danno prodotto con nesso causale mediato: dalla morte per fame dell'animale o dello schiavo, al ferimento dell'animale condotto violentemente, alla morte o al ferimento dello schiavo indotto a salire su un albero o a scen-

---

nel manoscritto veronese il riferimento alla nostra fattispecie con la concessione non di un'*actio utilis*, ma *in factum*, per via della corrispondenza con il testo delle Istituzioni imperiali.

dere in un pozzo, sino al caso dubbio dello schiavo che sia stato spinto nel fiume e sia morto, risolto come caso da sanzionare con l'azione diretta, ravvisando nella spinta il segno del nesso causale diretto, che trova nell'analogo parere di Celso prima esaminato[262] un significativo precedente.

Considerando unitariamente le testimonianze gaiane in tema di azioni aquiliane, emerge l'alternativa *actio directa~actio utilis*, quest'ultima comprensiva sia del danno realizzato *corpori* ma non *corpore*, sia del danno prodotto né *corpore*, né *corpori*. Gli stessi ambiti di applicazione che prima di Gaio erano tutelati con l'*actio in factum* aquiliana.

Il giurista antoniniano ha sicuramente innovato da un punto di vista definitorio rispetto ai giuristi precedenti, ma si deve aggiungere che la sua scelta è l'effetto della trasformazione del sistema delle azioni prodotta dalla codificazione dell'editto giulianeo. E ancora prima di Gaio, Pomponio ha veicolato il cambiamento, adattando la nuova azione utile, quale strumento dell'estensione analogica, proprio al caso delle azioni aquiliane. Una novità, dunque, che è il frutto del lavoro corale della giurisprudenza più che di un solo giurista.

8. *Cenni alla giurisprudenza successiva a Gaio sull'uso promiscuo di* actio in factum *e* actio utilis.

L'intervento di Gaio autorizza i giuristi successivi a usare in maniera fungibile le due espressioni *actio in factum* e *actio utilis* sia nei due casi tradizionali sia in qualche nuovo caso di estensione della legittimazione attiva all'azione. Nel corso del III secolo d.C., infatti, in conseguenza dell'elaborazione giurisprudenziale del criterio dell'*id quod interest* viene superata l'originaria *aestimatio rei* finalizzata al risarcimento del danno[263]. La valutazione dell'interesse del danneggiato a non subire la perdita patrimoniale favorisce l'estensione della legittimazione attiva a soggetti che, pur non essendo proprietari della *res* danneggiata, possono essere titolari di diritti reali su cosa altrui, o vantare un diritto di credito sulla cosa danneggiata.

[262] Cfr. *supra*, § 5.2.
[263] VALDITARA 1992, *passim*.

Farò solo qualche esempio per dare conto dell'assoluta promiscuità nell'uso delle due espressioni.

Rispetto al danno causato secondo un nesso causale mediato, Paolo parla di *actio utilis* per il caso dello schiavo morto o ferito per essere stato indotto a salire su un tetto o scendere in un pozzo[264], anche se poi lo stesso giurista in termini generali afferma che: *in damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio*[265]. Ulpiano per il danno derivante dall'uccisione delle api altrui tramite il fumo, e non direttamente, richiama l'*actio in factum*[266].

Rispetto al danno meramente patrimoniale, Ulpiano ritiene più utile per eredi e legatari di un testamento distrutto dopo la morte del testatore esperire l'*actio in factum*, in considerazione della natura meramente patrimoniale del loro interesse[267]; Paolo richiama l'*actio utilis* se qualcuno consuma vino o frumento altrui: in questo caso il danno non consiste nella distruzione materiale del bene, visto che per essere usato ogni genere alimentare deve essere consumato, bensì nella mera perdita patrimoniale che deriva dall'usare un bene altrui[268].

Infine, quanto alle nuove ipotesi di estensione della legittimazione attiva ai *non domini*, Paolo usa l'espressione *actio ad exemplum legis Aquiliae* per l'azione concessa all'usufruttuario dello schiavo ferito o ucciso[269], Ulpiano rispetto allo stesso

---

[264] Paul. 19 *ad ed.* D. 11, 3, 4: *sed commodius est utili lege Aquilia eum teneri,* con riferimento a Ulp. 23 *ad ed.* D. 11, 3, 3, 1: *unde quaeritur, si quis servo alieno suaserit in tectum ascendere vel in puteum descendere et ille parens ascenderit vel descenderit et ceciderit crusque vel quid aliud fregerit vel perierit, an teneatur: et si quidem sine dolo malo fecerit, non tenetur, si dolo malo, tenebitur (*l'azione in questione è l'*actio servi corrupti).*

[265] Paul. 2 *ad Plaut.* D. 9, 2, 33, 1.

[266] Ulp. 9 *disp.* D. 9, 2, 49 pr.: *si quis fumo facto apes alienas fugaverit vel etiam necaverit, magis causam mortis praestitisse videtur quam occidisse, et ideo in factum actione tenebitur.*

[267] Ulp. 41 a*d Sab.* D. 9, 2, 41 pr.: … *sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit vel pluribus praesentibus legerit, utilius est in factum et iniuriarum agi, si iniuriae faciendae causa secreta iudiciorum publicavit.*

[268] Paul. 22 *ad ed.* D. 9, 2, 30, 2: *si quis alienum vinum vel frumentum consumpserit, non videtur damnum iniuria dare ideoque utilis danda est actio.*

[269] Paul. 10 *ad Sab.* D. 9, 2, 12: *sed et si proprietatis dominus vulneraverit servum vel occiderit, in quo usus fructus meus est, danda est mihi ad exemplum legis*

caso parla di *actio utilis*[270], ma è *in factum* per il *bonae fidei possessor* o per *qui pignori accepit* (lo schiavo altrui)[271]. Un caso isolato è quello della legittimazione attiva dell'uomo libero per le lesioni dallo stesso subite, in favore del quale Ulpiano[272] prevede un'*actio utilis Aquiliae suo nomine: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur.*

L'epilogo di questa vicenda si ha con Giustiniano[273] che riserva, in discontinuità con la riflessione giurisprudenziale precedente, specifici spazi di tutela all'*actio in factum* e all'*actio utilis*. La distinzione terminologica viene tradotta in una differenza sostanziale: l'*actio utilis* sanziona danni prodotti in assenza di un nesso causale diretto, l'*actio in factum* diventa il rimedio per il danno meramente patrimoniale.

Bibliografia

ALBANESE B. (1950), *Studi sulla legge Aquilia*. I. *Actio utilis e actio in factum ex lege Aquilia*, «AUPA» 21, pp. 5-220.

ALBANESE B. (1953), *La nozione del furtum fino a Nerazio*, «AUPA» 23, pp. 5-212.

ALBANESE B. (1956), *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, «AUPA» 25, pp. 85-301.

ALBANESE B. (2003), *Tre testi celebri sull'interpretazione delle norme (Brevi studi di diritto romano IV)*, «AUPA» 48, pp. 9-82.

ANKUM H. (2002), *Ulpian D.9.3.5.4: the recourse of the habitator against his guest who threw something down onto the street*, «Fundamina» 8, pp. 7-18.

ARANGIO-RUIZ V. (1965), *I passi di Ulpiano, 18 ad edictum, comuni alla Collatio e al Digesto*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano, pp. 3-25.

ARCHI G. G. (1970), *Interpretatio iuris - interpretatio legis - interpretatio legum*, «ZRG RA» 87, pp. 1-49.

Aquiliae actio in eum pro portione usus fructus, ut etiam ea pars anni in aestimationem veniat, qua nondum usus fructus meus fuit.

[270] Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7, 1, 17, 3: *si quis servum occiderit, utilem actionem exemplo Aquiliae fructuario dandam numquam dubitaui.*

[271] Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 17: *si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur.*

[272] Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 13 pr.

[273] Cfr. *supra*, § 1.

Arnò C. (1933), *Actio in factum accomodata legi Aquiliae*, in *Studi per il XIV centenario delle Pandette*, Pavia, pp. 33-94.
Bund E. (1965), *Untersuchungen zur Methode Julians*, Köln-Graz.
Busnelli F. D. (1964), *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano.
Cannata C. A. (1971), *Genesi e vicende della colpa aquiliana*, «Labeo» 17, pp. 64-84.
Capogrossi Colognesi L. (1996), *Ai margini della proprietà fondiaria*^{2}, Roma.
Casavola F. (2011), *Giuristi adrianei*, Roma.
Cerami P. (1985), *La concezione celsina del ius. Presupposti culturali ed implicazioni metodologiche*, «AUPA» 38, pp. 5-250.
Corbino A. (2005), *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano*, Padova.
Corbino A. (2007), *Actio directa, actio utilis e actio in factum nella disciplina giustinianea del danno aquiliano*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, III, Milano, pp. 1-43.
Corbino A. (2008), *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano*^{2}, Padova.
Cursi M. F. (2002), *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano.
Cursi M. F. (2007a), *Actio de recepto e actio furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, III, Milano, pp. 117-147.
Cursi M. F. (2007b), *Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della cosiddetta 'exceptio noxalis'*, in Φιλία. *Scritti per Gennaro Franciosi*, I, Napoli, pp. 657-681.
Cursi M. F. (2008), *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli.
Cursi M. F. (2015), *Modelle objektiver Haftung im Deliktsrecht: Das schwerwiegende Erbe des römischen Rechts*, «ZRG RA» 132, pp. 363-407.
Cursi M. F. (2018), *Gli illeciti privati*, in Ead. (a cura di), *XII Tabulae. Testo e commento*, II, Napoli, pp. 561-646.
D'alessio R. (2018), *Le obbligazioni degli alieno iuri subiecti fra metodologia di Gradenwitz e percorsi dell'analisi esegetica*, «TSDP» 11, pp. 1-33.
De Martino F. (1938), *Lex Rhodia. Note di diritto romano marittimo*, «RDN», pp. 180-214.
Di Maria G. (2012), *Tanta/Δέδωκεν. Quando la retorica assume forma e valore di legge*, in «Mediaeval Sophia. Studi e ricerche sui saperi medievali», 12, pp. 116-140.
Di Porto A. (1988), *La tutela della salubritas fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone*. I. *Acque*, «BIDR» 91, pp. 459-570.

EBRARD Fr. (1919), *Das zeitliche Rangverhältnis der Konstitutionen De confirmatione Digestorum, Tanta und* Δέδωκεν, «ZRG RA» 40, pp. 113-135.

EISELE F. (1897), *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen*, «ZRG RA» 18, pp. 1-43.

ERNST W. (2024), *D. 9.2.27.14 (Ulp 18 ad Ed): Weed in the Digest*, in J. Sampson, S. Tofaris (ed.), *Essays in Law and History for David Ibbetson*, London, pp. 35-45.

FALCONE G. (1997), *D. 1.3.13, Pedio, Ulpiano e la lex contractus*, «Labeo» 43, pp. 240-258.

FERRINI C. (1891), *La legittimazione attiva nell'actio legis Aquiliae*, «RISG», 12, 1891 = *Opere*, V, Milano 1930, pp. 191-219.

FIORI R. (1999), *La definizione della locatio conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli.

FLINIAUX A. (1926), *Une vieille action du droit romain. L'actio de pastu*, in *Mélanges de droit romain dediés a Georges Cornil*, I, Gand-Paris, pp. 247-294.

FRIER B. W. (1980), *Landlords and tenants in imperial Rome*, Princeton.

GALLO F. (1994), *Alle origini dell'analogia*, in *Diritto e processo nella esperienza romana (Atti del seminario torinese 1991, in memoria di Giuseppe Provera)*, Napoli, pp. 39-86.

GALLO F. (1995), *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, II, Torino.

GALLO F. (2001), *Princeps e ius praetorium*, «RDR» 1, pp. 1-19.

GENOVESE M. (2016), *Responsabilità aquiliana nell'occidere tramite medicamentum dare dell'ostetrica e/o di altri: notazioni critico-propositive su D. 9.2.9 pr.-1 (Ulp. 18 ad ed.)*, in I. Piro (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, III, Tricase, pp. 307-364.

GERKENS J.-F. (1997), *«Aeque perituris …». Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique*, Liège

GERKENS J.-F. (2009), *Réflexions sur le damnum. Damnum et dommage, l'histoire de deux faux amis?*, in A. Ruelle, M. Berlingin (éd.), *Le droit romain d'hier à aujourd'hui. Collationes et oblationes*, Bruxelles, pp. 79-99.

GIACHI C. (2005), *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano.

GIACHI C. (2023), *Per una storia dell'editto (I-III secolo). Note preliminari*, «TSDP» 16, pp. 1-34.

GIANGRIECO PESSI M. V. (1995), *Ricerche sull'actio de pauperie. Dalle XII Tavole ad Ulpiano*, Napoli.

GIMÉNEZ-CANDELA T. (1990), *Los llamados cuasidelitos*, Madrid.

GORIA F. (2005), *Traduzione*, in S. Schipani (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, I, Milano, pp. 29-69.

GORIA F. (2010), *Osservazioni sull'uso dell'analogia nei giuristi greci del secolo VI*, in C. Storti (a cura di), *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici (Atti Convegno Como 2006)*, Napoli, pp. 93-131.

GRÖSCHLER P. (2002), *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin.

GRÖSCHLER P. (2011), *Actiones in factum e actiones utiles intorno alla lex Aquilia. Tra metodo interpolazionistico e anti-interpolazionismo*, in M. Miglietta, G. Santucci (a cura di), *Problemi e prospettive della critica testuale (Atti Seminario internazionale di diritto romano, Trento 14-15 dicembre 2007)*, Trento, pp. 29-50.

GUARINO A. (1983), *Le ragioni del giurista. Giurisprudenza e potere imperiale nell'età del principato romano*, Napoli.

GUARINO A. (1990), *L'editto in casa Cupiello*, «Labeo» 36, pp. 50-57 = *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli 1994, pp. 356-363.

HARKE J. D. (2016), *Actio utilis. Anspruchsanalogie im römischen Recht*, Berlin.

ILIFFE J. (1965), *The usufructuary as plaintiff under the lex Aquilia according to the classical juristis*, «RIDA» 12, pp. 325-346.

KASER M. (1950), *Über Verfügungsakte Gewaltunterworfener mit Statuten zur Natur der manumissio vindicta*, «SDHI» 16, pp. 59-85.

KRAMPE Chr. (1970), *Proculi Epistulae. Eine frühklassische Juristenschrift*, Karlsruhe.

KRÜGER P. (1912), *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*[2], München, Leipzig.

KUNKEL W. (1967), *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*[2], Graz-Wien-Köln.

LAMBRINI P. (2021), *L'interpretazione di 'ope consilio' proposta da Labeone*, «SDHI» 87, pp. 199-207.

LENEL O. (1889), *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae.

LENEL O. (1927), *Das Edictum perpetuum*[3], Leipzig.

LEVY E. (1918), *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin.

LÜBTOW U. von (1963), *Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven eingreifende actio*, in *Mélanges Philippe Meylan*, I, Lausanne, pp. 211-223.

LÜBTOW U. von (1971), *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin.

LÜBTOW U. von (1984), *Die Aktionen im Umkreis der lex Aquilia*, «Labeo» 30, pp. 317-328.

MacCormack G. (1973), *Celsus quaerit: D. 9.2.27.14*, «RIDA» 20, pp. 341-348.

MacCormack G. (1975), *Aquilian Studies*, «SDHI» 41, pp. 1-78.

MacCormack G. (1982), *Juristic interpretation of the lex Aquilia*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, I, Milano, pp. 256-283.

MacCormack G. (1986), *Dolus in the Law of the early classical period (Labeo-Celsus)*, «SDHI» 52, p. 236-285.

Macqueron J. (1971), *Les dommages causés par des chiens dans la jurisprudence romaine*, in *Flores legum H. J. Scheltema antecessori Groningano oblati*, Groningen, pp. 133-153.

Manfredini A. D. (1992), *Misericordia ductus*, «RIDA» 39, pp. 203-232.

Manfredini A. D. (2006), *'Chi caccia e chi è cacciato …' Cacciatore e preda nella storia del diritto*, Torino.

Mantello A. (2010), *L'analogia nei giuristi tardo repubblicani e augustei. Implicazioni dialettico-retoriche e impieghi tecnici*, in C. Storti (a cura di), *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici (Atti Convegno Como 2006)*, Napoli, pp. 3-70.

Mantovani D. (1998), *L'editto come codice e da altri punti di vista*, in E. Dovere (a cura di), *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, pp. 129-178.

Marotta V. (2022), *I Fragmenta Augustodunensia e l'insegnamento del diritto nelle Galliae alla fine del IV secolo*, «RDR» 22, pp. 1-26.

Mattioli F. (2010), *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bologna.

Mayer-Maly Th. (2002), *Juristische Reflexionen über ius*, II, «ZRG RA» 119, pp. 1-28.

Meyer P. M., Mommsen Th. (1905), *Leges novellae ad Theodosianum peninentes. Theodosiani Libri XVI*, II, Berlin.

Mommsen Th. (1870), *Digesta Iustiniani Augusti*, Berolini.

Mommsen Th., Krüger P. (1911), *Corpus iuris civilis. Digesta*[11], Berlin.

Nicosia G. (1958), *Exceptio utilis*, «ZRG RA» 75, pp. 251-301.

Nörr D. (1986), *Causa mortis*, München.

Palazzolo N. (1996), *Il princeps, i giuristi, l'editto. Mutamento istituzionale e strumenti di trasformazione del diritto privato da Augusto ad Adriano*, in F. Milazzo (a cura di), *Res publica e princeps. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano (Atti Copanello 1994)*, Napoli, pp. 289-322.

Paricio J. (2023), *Salvio Juliano. Vida del jurista y político*, Madrid.

Pernice A. (1867), *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*, Weimar.

Pernice A. (1895), *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*[2], II.1, Halle.

Piro I. (2004), *Damnum corpore suo dare rem corpore possidere. L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della possessio nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani*, Napoli.

Piro I. (2024), *Logica causale e responsabilità aquiliana. Ancora su D. 9.2.7.7 (Ulp. 18 ad ed.)*, «Iura» 72, pp. 332-355.

Reggi E. (1952), *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano*, «Studi parmensi» 2, pp. 105-159.

Reggi E. (1967), *Recensione* di E. Bund, *Untersuchungen zur Methode Julians* (Köln-Graz 1965), «Iura» 18, pp. 183-194.

Romano G. (2021), *Giuliano e i nova negotia. Sulla tutela dei c.d. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi*, II, Torino.

Romano S. (1933), *Studi sulla derelizione in diritto romano*, Padova = «RDR» 2 (2002), pp. 99-164.

Rotondi G. (1914), *Teorie postclassiche sull'actio legis Aquiliae*, «Annali Perugia» 28, pp. 107-171 = *Scritti giuridici*. II. *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, Pavia 1922, pp. 411-464.

Rotondi G. (1916), *Dalla lex Aquilia all'art. 1151 cod. civ. Ricerche storico-dogmatiche*, «Riv. dir. comm.» 14 p. I, pp. 942-970; 15 p. I (1917), pp. 236-295 = *Scritti giuridici*. II. *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, Pavia 1922, pp. 465-578.

Sanna M. V. (2025), *L'actio de pastu pecoris e il pascolo abusivo*, in M. F. Cursi, M. Giménez-Candela (a cura di), *Animals in Roman Law*, Valencia, pp. 460-484.

Santoro R. (1991), *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 1989)*, Napoli, pp. 83-124 = *Scritti minori*, I, Torino 2009, pp. 349-390.

Scarano Ussani V. (1987), *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano.

Schipani S. (1969), *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*, Torino.

Schütze Th. R. (1863), *Von Eigenthumserwerb am Wildergut*, «Jahrbuch des gem. deut. Rechts» 6, pp. 61-115.

Sciandrello E. (2023), *Exceptiones in factum. Contributo allo studio dell'eccezione nel processo formulare*, Napoli.

Segnalini S. (2008), *Sull'effettivo ruolo dell'analogia e dell'estensione in via decretale nell'editto Carboniano*, «RDR» 8, pp. 1-12.

Seidl E. (1971), *Labeos geistige Profil*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, I, Milano, pp. 63-81.

Selb W. (1973), *Actiones in factum und Formeltechnik (Vorbemerkungen zu einer geplanten Untersuchung)*, in *Festschrift H. Demelius. Erlebtes Recht in Geschichte una Gegenwart*, Wien, pp. 223-236.

Selb W. (1977), *Recensione* di E. Valiño, *Acciones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia* (Pamplona 1973), «ZRG RA» 94, pp. 429-431.

Selb W. (1982), *Formulare Analogien in actiones utiles und actiones in factum am Beispiel Julians*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, III, Milano, pp. 315-350.

Selb W. (1984), *Formulare Analogien in actiones utiles und actiones in factum vor Julian*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, V, Milano, pp. 727-759.

Serangeli S. (1989), *Abstenti, beneficium competentiae e codificazione dell'editto*, Ancona.

Solazzi S. (1899), *Sulla capacità del filius familias di stare in giudizio*, «BIDR» 9, pp. 113-210.

Stolfi E. (2001), *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*. II. *Contesti e pensiero*, Milano.

Talamanca M. (1990), *Istituzioni di diritto romano*, Milano.

M. Talamanca (1996), *Interventi e repliche*, in F. Milazzo (a cura di), *Res publica e princeps. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano (Atti Copanello 1994)*, Napoli, pp. 351-354.

Tellegen-Couperus O. E. (1995), *The Tenant, the Borrower and the lex Aquilia*, «RIDA» 42, pp. 415-436.

Thielmann G. (1982), *Actio utilis und actio in factum zu den Klagen im Umfeld der lex Aquilia*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, II, Milano, pp. 295-318.

Torrent A. (1984), *La ordinatio edicti en la politica juridica de Adriano*, «BIDR», 86-87, pp. 37-63.

Torrent A. (2019), *Previsiones aquilianas*. II. *Actio directa, in factum, utilis, ad exemplum, quasi damni iniuriae legis Aquiliae. Las llamadas acciones mixtas*, «Revista internacional de derecho romano», pp. 327-446.

Vacca L. (1997), *La 'svolta adrianea' e l'interpretazione analogica*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, II, Torino, pp. 441-480.

Vacca L. (2007), *L'interpretazione analogica nella giurisprudenza classica*, in *Fides humanitas ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, VII, Napoli, pp. 5727-5746.

Vacca L. (2010), *L'interpretazione analogica nella giurisprudenza classica*, in C. Storti (a cura di), *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici (Atti Convegno Como 2006)*, Napoli, pp. 71-92.

Valditara G. (1992), *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano.

VALDITARA G. (2004), *Dalla lex Aquilia all'art. 2043 del codice civile*, in F. Milazzo (a cura di), *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea (Atti Copanello 2000)*, Napoli, pp. 173-238.

VALDITARA G. (2005), *Damnum iniuria datum*², Torino.

VALIÑO E. (1973), *Acciones pretorias complementarias de la accion civil de la ley Aquilia*, Pamplona.

VALIÑO E. (1974), *Actiones utiles*, Pamplona.

VAN HOEK J. B. M. (2000), *D. 9, 3, 5, 4: Übersetzungsfragen im Bereich der actio de deiectis vel effusis als Popularklage*, «ZRG RA» 117, pp. 454-472.

VAN WARMELO P. (1982), *Les actions autour de la loi Aquilie*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, III, Milano, pp. 351-361.

VINCI M. (2022), *Rapporto di causalità - Rapporti di causalità: riflessioni frammentarie tra diritto penale moderno e giurisprudenza romana*, in L. Garofalo (a cura di), *Diritto penale romano. Fondamenti e prospettive*. I. *Le discipline generali*, Napoli, pp. 321-356.

WALLINGA T. (1989), *Tanta/*Δέδωκεν*: Two introductory constitutions to Justinian's Digest*, Groningen.

WALLINGA T. (1998), *Das Verhältnis der Konstitutionen Tanta und* Δέδωκεν, «OIR» 4, pp. 228-240.

WATSON A. (1961), *Actio de dolo and actiones in factum*, «ZRG RA» 78, pp. 392-402.

WATSON A. (1962), *Two studies in textual history*, «TR» 30, pp. 209-242.

WESENER G. (1962), *Utiles actiones in factum*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, IV, Milano, pp. 495-505.

ZILIOTTO P. (2000), *L'imputazione del danno aquiliano. Tra iniuria e damnum corpore datum*, Padova.

ZILIOTTO P. (2024), *Ulp. 23 ad ed. D. 9.3.5.4: breve nota sul regresso dell'habitator contro il deiector*, in L. D'Amati, L. Garofalo (a cura di), *Scritti per Francesco Maria Silla*, Napoli, pp. 813-823.

ZWALVE W. J. (1983), *Einige Bemerkungen zur Constitutio Tanta/*Δέδωκεν *§ 18*, «TR» 51, pp. 135-149.

Giovanni Finazzi

Stratigrafia dell'editto pretorio e gestione di affari altrui

1. *Dinamica dell'editto e analisi sostanziale dei materiali edittali.*

La presente ricerca, limitata ai materiali riguardanti la gestione di affari altrui[1], è diretta a dimostrare che, per ricostruire le vicende dell'editto pretorio precedenti alla cd. codificazione giulianea[2], che si assume convenzionalmente, sebbene non sia indiscussa[3] come ipotesi di lavoro[4], non è sufficiente un'indagine topografica basata sul confronto fra l'ordine in cui sono discusse le materie nei commentari edittali successivi alla codificazione giulianea dell'editto del pretore e quello seguito in commentari edittali di epoca precedente, nei limiti in cui esso sia ricostruibile, ma è necessario

---

[1] Delle problematiche relative alla *negotiorum gestio* ebbi modo di occuparmi fra gli ultimi anni '90 del secolo scorso e i primi del millennio in corso. L'oggetto di quegli studi ha trovato spazio in FINAZZI 1999; ID. 2003; ID. 2006.

[2] Si tratta della *compositio* dell'editto ricordata in Vict. *Caesar.* 19, 1; Eutr. *brev.* 8, 17.

[3] Com'è noto, l'assunto della codificazione dell'editto del pretore, da intendere come riordinamento e rimaneggiamento del testo edittale, è stato oggetto di dubbi: cfr. GUARINO 1953a, p. 623 ss.; ID. 1953b, p. 167 ss. = 1994, p. 253 ss., cui si rinvia anche per la menzione delle fonti nelle quali è ricordata la cd. codificazione dell'editto. L'argomento più consistente è il diverso significato in cui *componere* è adoperato a proposito di Servio ed Aulo Ofilio in Pomp. *sing. ench.* D. 1, 2, 2, 44, dove il verbo descrive un'attività di sistemazione e studio del materiale contenuto nel de *iurisdictione … edictum praetoris* contenuta in un'opera letteraria, che potrebbe far pensare a un fraintendimento postclassico delle notizie relative all'opera di sistemazione e studio dell'editto nell'opera letteraria giulianea, reinterpretate come riordinamento del testo edittale.

[4] Contro l'opinione di Guarino, cfr. D'ORGEVAL 1948, p. 301 ss.; ID. 1950, p. 47 s.; DE FRANCISCI 1950, p. 321 nt. 7; FREZZA, 1954, p. 262 nt. 22; BERGER 1953a, p. 603 ss.; KASER 1954, p. 231 s.

anche valorizzare le linee di sviluppo dei singoli istituti sostanziali, dei quali i mezzi processuali contenuti nell'editto erano il riflesso sul piano della tutela giurisdizionale dei diritti.

Poiché all'epoca dell'imperatore Adriano, che avrebbe commissionato a Giuliano la cd. codificazione dell'editto, questo esisteva da secoli, la dinamica edittale non è da cogliere solo nella contrapposizione fra editto giulianeo e redazioni edittali pregiulianee (le 'Vorjulianische Ediktsredaktionen' di Egon Weiß[5]), il cui studio potrebbe mettere in luce solo il contenuto del lavoro di Giuliano, ma anche nella comparsa dei materiali edittali relativi a singole aree tematiche in tempi diversi, a partire dall'età repubblicana, e negli aggiustamenti pregiulianei del testo e dell'ordine edittale, dipendenti, l'una e gli altri, dall'emergere di nuove esigenze di regolamentazione che il pretore si faceva carico di soddisfare, dal contesto socio-economico che le faceva sorgere e dall'influenza della riflessione dei *prudentes* avente per oggetto i contenuti dell'editto sulle scelte del pretore.

Risulta evidente che, essendo ogni ipotesi ricostruttiva circa la natura e lo sviluppo di un istituto sostanziale e delle corrispondenti tutele processuali frutto di una lettura personale delle fonti, anche i risultati relativi alla dinamica edittale non possono che essere influenzati dalle opzioni prescelte da ogni studioso, di modo che i risultati conoscitivi non saranno mai certi, ma solo verisimili o, nella migliore delle ipotesi, probabili, in quanto convenientemente argomentati sulla base delle fonti, di elementi storici e sistematici e del buon senso.

In un'indagine di questo genere, la gestione di affari altrui assume un valore esemplare, atteso che nel definitivo assetto edittale vi erano un editto *de negotiis gestis*[6], una *formula in factum concepta*[7] e una *formula in ius concepta ex fide bona*[8], entrambe utilizzabili per fare valere l'azione diretta e quella

[5] Weiß 1930, p. 249 ss.
[6] Finazzi 1999, p. 3 ss.; 25 ss.
[7] Finazzi 1999, p. 3 ss.; 10 ss.; 36 ss.; 110 ss.; 421 ss.
[8] Finazzi 1999, p. 165 ss.; 425 ss.

contraria[9], essendo inoltre documentata, per la gestione degli affari di una persona defunta, una previsione nell'editto[10], che probabilmente fondava una *formula in factum concepta* specifica[11], ed essendo verisimile, sempre per la gestione degli affari ereditari, l'esistenza di una *formula in ius concepta* specifica[12]. Se si eccettuano l'editto e la *formula in factum concepta*, di sicuro oggetto di una normazione unitaria del pretore, quest'insieme di materiali difficilmente può avere avuto origine in un solo giorno, per cui l'analisi di essi rivela una dinamica edittale ben più complessa ed articolata di quella che sarebbe eventualmente congetturabile alla luce della contrapposizione fra editto adrianeo ed editto pre-adrianeo.

2. *Le opinioni secondo le quali in origine vi sarebbe stata una separazione fra parte normativa dell'editto e appendice contenente le formule.*

Malgrado quanto osservato[13], non ci si può sottrarre al piano della discussione degli argomenti di carattere non sostanziale sui quali si è cercato di fondare l'idea dello spostamento in larga scala di materiali edittali in sede di riordinamento dell'editto in età adrianea. Pertanto, il primo obiettivo perseguito in queste pagine è quello, limitato, ma nel complesso non irrilevante, di mettere a confronto le ipotesi di Wlassak e degli studiosi che ne hanno seguito in tutto o in parte le idee sulla struttura dell'editto pretorio pregiulianeo con le testimonianze relative alla tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive riconducibili alla *negotiorum gestio* precedenti al riordinamento giulianeo dell'editto.

Nel lavoro su *Edict und Klageform*, colui il quale ad oggi rimane il più grande indagatore del processo romano classico avanzò l'ipotesi che, prima della codificazione giulianea dell'editto pretorio, fossero distinte una parte contenente solo

---

[9] Finazzi 1999, p. 95 ss.; 194 ss.; 198 s.; 283 ss.; 296 ss.
[10] Finazzi 1999, p. 3; 79 s.
[11] Finazzi, 2003, p. 483 s.
[12] Finazzi 1999, p. 78 ss.; Id. 2003, p. 484 ss.
[13] Vd. *supra*, § 1.

gli editti normativi (parte normativa dell'editto) ed una parte contenente solo le formule delle azioni civili e pretorie (appendice): Giuliano, nell'adempiere il compito, attribuitogli dal *princeps*, di riordinare l'editto, avrebbe spostato nella parte normativa sia le formule delle azioni civili, collocandole in prossimità degli editti che promettevano azioni pretorie con i quali fosse riscontrabile un'affinità, sia le formule delle azioni pretorie, collocandole sotto l'editto che le proponeva[14]. Nel senso della originaria distinzione fra parte normativa, riguardante il diritto materiale o sostanziale, e parte relativa alle formule, riguardante il diritto processuale, deporrebbe il confronto con le sistematiche dei giuristi in materia di *legis actiones* e con la sistematica delle *Institutiones* gaiane. Sul primo versante, sono state valorizzate le notizie fornite da Pomponio, secondo il quale il *ius Flavianum* conteneva solo le *actiones*[15] e nei *Tripertita* di Sesto Elio la parte dedicata alle *actiones* sarebbe stata distinta da quelle riguardanti, rispettivamente, le *leges* e l'*interpretatio*[16]. Sul secondo versante, si è osservato che Gaio trattava delle azioni nel quarto commentario, dopo avere esaminato nei primi tre gli aspetti di diritto sostanziale[17]. L'operazione sistematica agglutinante di Giuliano sarebbe dimostrata dalla diversa opzione seguita da Ulpiano nei commentari *ad edictum*, dove la trattazione di ogni formula pretoria seguiva quella dell'editto che concedeva la relativa tutela e, se esisteva anche una formula civile, come avveniva quando un rapporto era tutelato sia da un'azione con *formula*

[14] Wlassak 1882, p. 22 ss.

[15] Pomp. *sing. ench.* D. 1, 2, 2, 7: *postea cum Appius Claudius proposuisset et ad formam redegisset has actiones, Gnaeus Flavius scriba eius libertini filius subreptum librum populo tradidit, et adeo gratum fuit id munus populo, ut tribunus plebis fieret et senator et aedilis curulis. Hic liber, qui actiones continet, appellatur ius civile Flavianum, sicut ille ius civile Papirianum: nam nec Gnaeus Flavius de suo quicquam adiecit libro. Augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit, qui appellatur ius Aelianum.*

[16] Pomp. *sing. ench.* D. 1, 2, 2, 38: … *Sextum Aelium etiam Ennius laudavit et exstat illius liber qui inscribitur 'tripertita', qui liber veluti cunabula iuris continet: tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtexitur legis actio* …

[17] Wlassak 1882, p. 27.

in factum contepta, sia da una con *formula in ius concepta* di buona fede, era seguita dalla trattazione della formula *in ius concepta*[18].

A distanza di qualche anno, nell'opera sulle leggi processuali, il maestro moravo precisava che Giuliano, nel ricondurre le formule delle azioni pretorie e civili agli editti che promettevano quelle pretorie affini per materia a quelle civili, avrebbe applicato all'ordine edittale una sistematica già adottata dai *prudentes* nei loro commenti edittali a partire da Ofilio: vi sarebbe stato, dunque, un riordinamento dei materiali edittali ispirato ad una tradizione letteraria che li analizzava in un ordine diverso rispetto a quello adottato nel testo edittale contemporaneo[19].

Gli argomenti sui quali Wlassak basava la sua ricostruzione sono, in relazione all'epoca precedente la codificazione giulianea, tutt'altro che dirimenti.

Ciò sembra evidente per quanto riguarda il *ius Flavianum* e i *Tripertita*, in quanto non vi era in tali opere una dialettica fra le azioni, che erano quelle di legge e, dunque, azioni civili dal punto di vista sostanziale e processuale, e gli editti del pretore. Il *ius Flavianum* era verisimilmente solo un elenco dei formulari delle *legis actiones*, non contenendo né le disposizioni della legge delle XII tavole, né la relativa *interpretatio*, per cui non può essere impostato in relazione a tale opera il problema del rapporto fra parte normativa e azioni processuali. Quanto ai *Tripertita*, invece, si può porre il problema del rapporto fra le norme decemvirali, i formulari delle *legis actiones* e la relativa *interpretatio*. Ma, su quest'ultimo punto, è a tutt'oggi dubbio se la struttura dell'opera fosse quella ipotizzata dallo studioso, in cui le *leges*, l'*interpretatio* e le *actiones* erano collocate in tre diverse suddivisioni dell'opera (prima tutte le norme, a seguire tutta l'*interpretatio*, infine tutte le azioni), oppure se, secondo un modello più razionale e non privo di un punto di riferimento nelle modalità espressive pomponiane, a ciascuna norma seguisse la relativa *interpretatio* e, poi, se vi era una tutela giurisdizionale privatistica, l'*actio*,

[18] Wlassak 1882, p. 27 s.; 29 ss.

[19] Wlassak 1891, p. 7 nt. 12.

derivando il titolo, che allude alla tripartizione, dalla costante ripetizione dell'ordine tripartito nei singoli contesti (*lex* nel senso di norma/*interpretatio*/*actio*)[20].

Le Istituzioni di Gaio, poi, non potrebbero essere più distanti da una prospettiva sistematica edittale, considerato che il criterio ordinatore della materia era quello tripartito, in cui erano distinti *ius quod ad personas pertinet*, *ius quod ad res pertinet*, *ius quod ad actiones pertinet*, e gli editti del pretore venivano in considerazione in riferimento alle singole materie esaminate nelle tre suddivisioni, dove servivano a illustrare gli sviluppi del diritto (il *iuris processus*), non costituendo oggetto di una unitaria trattazione che li raggruppasse contrapponendoli alle formule delle azioni[21].

Malgrado quanto osservato, l'ipotesi di Wlassak ha incontrato il favore di una parte non trascurabile della dottrina[22]. In particolare, Girard ha aderito all'idea che, prima della codificazione edittale giulianea, l'editto contenesse una parte normativa in cui sarebbero state elencate solo le promesse edittali, mentre le formule sia delle azioni civili che di quelle pretorie sarebbero state riportate in una parte separata, così come in parti separate trovavano posto le *stipulationes praetoriae*, gli *interdicta* e le *exceptiones*, nel mentre Giuliano avrebbe fatto seguire a ciascun editto la corrispondente formula dell'azione pretoria e, per attrazione, se esisteva, la formula dell'azione civile relativa alla medesima materia[23]. Lo studioso era convinto del fatto che nei commenti pregiulianei all'editto non fossero mai commentate le formule[24] e credeva di trovare un argomento in tale direzione nelle *Notae iuris* di Va-

[20] Che ad ogni versetto o gruppo di versetti seguisse l'*interpretatio* e, poi, l'*actio* sembrerebbe sotteso all'impiego del verbo *subtexo*, composto da *sub* e *texo*, nell'accezione di 'stendere sotto' o 'inserire' oppure di 'intrecciare', piuttosto che di 'produrre con arte', 'costruire' (soprattutto del falegname), 'aggiungere'. Cfr. WALDE, HOFMANN 1954, p. 678, v. *texo*; ERNOUT, MEILLET [ANDRÉ] 2001, p. 690, v. *texo*.

[21] Da ultimo, per una considerazione esaustiva delle Istituzioni di Gaio, cfr. NELSON 1981.

[22] GIRARD 1907, p. 177 ss.; WEIß 1930, p. 249 ss.; WENGER, 1953, p. 408 nt. 5 e nt. 12; KASER 1951, p. 65 s.

[23] GIRARD 1907, p. 177 ss.; 200 nt. 4.

[24] GIRARD 1907, p. 197 ss. nt. 2.

lerio Probo, grammatico dell'età dei Flavi, e, in particolare, nel confronto fra la parte relativa alle sigle riguardanti l'editto del pretore, che segue l'ordine sistematico[25], dove sarebbero presenti solo sigle relative agli editti e non sigle relative alle varie parti delle formule, e gli *excerpta* del *Cod. Einsidl.* 326[26], dove sarebbero contenute sigle riguardanti le formule, gli interdetti, le eccezioni e le stipulazioni pretorie[27]. Il grammatico avrebbe riprodotto la sistematica dell'editto del suo tempo, in cui le formule delle azioni, sia civili che pretorie, e le formulazioni degli altri mezzi di tutela sarebbero state riportate in una parte diversa da quella in cui erano compresi gli editti.

Anche questo argomento, però, è tutt'altro che probante e non conferma l'assunto della distinzione fra parte normativa dell'editto e parte contenente le formule[28], non tanto perché Probo non elencava le sigle relative a tutti gli editti, le formule e gli altri mezzi di tutela esistenti alla sua epoca, quanto per il fatto che, nella parte relativa alle formule, egli includeva anche sigle riguardanti strutture di discorso che si trovavano, a seconda dei casi, in tutte o in molte formule[29], il che esclude a monte che egli avrebbe potuto seguire nella trattazione l'ordine editto, *formula in factum*, *formula in ius* anche se questo fosse stato seguito dal pretore nell'albo già ai suoi tempi.

Del resto, se si portasse alle estreme conseguenze l'idea di una corrispondenza fra la sistematica probiana e l'editto pregiulianeo, si dovrebbe congetturare che l'editto del pretore, prima del suo riordinamento, non contenesse una elencazione delle formule delle singole azioni, intese come corpi unitari, ma frammenti separati di esse, che nella fase *in iure* sarebbero stati accorpati al bisogno, a seconda della formula da comporre, sulla quale avrebbe avuto luogo la *litis contestatio*. Un'illazione, questa, tanto fantasiosa che neppure lo studioso la prendeva in considerazione.

---

[25] Prob. *iur. not.* 5, 1-24, in KEIL 1864, p. 274 s.
[26] Corrispondenti a Prob. *not. iur.* 6, 1-77.
[27] GIRARD 1907, p. 199 ss.
[28] RICCOBONO 1968, p. 337.
[29] Prob. *not. iur.* 6, 1-13.

Da quanto osservato discende che l'ordine espositivo di Probo dipendeva solo dalla scelta del grammatico, il quale, non essendo un giurista, non era interessato a mantenere la contiguità fra editti e formule, ma a elencare ad uso dei propri lettori le sigle relative ai primi e a singole parti delle seconde.

Inoltre, l'idea che prima del riordinamento giulianeo vi fosse una separazione fra gli editti e le formule delle azioni sarebbe smentita se si seguisse l'opinione secondo la quale Sesto Pedio avrebbe scritto il proprio commentario all'editto prima della codificazione dell'editto[30]. Infatti, al netto di quanto si vedrà a proposito del materiale edittale relativo alla gestione di affari altrui[31], come si ricava da Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 2, 14, 5[32], passo nella sostanza affidabile[33], egli commentava la clausola restitutoria, contenuta nella formula dell'*actio quod metus causa gestum erit*, nel lb. 8 del suo commentario, dove era trattato anche l'editto[34]. L'ipotesi secondo la quale tale clausola sarebbe stata commentata dal giurista più risalente a proposito dell'editto, essendo la formula ubicata altrove, e da Ulpiano in riferimento alla formula, che Giuliano avrebbe per la prima volta collocato subito dopo l'editto[35], è stata giustamente criticata, sul presupposto che di una modificazione

[30] Per le difficoltà di datare il giurista, cfr. KUNKEL 2001, p. 168 s., che registra l'oscillazione dottrinale fra la seconda metà del I secolo d.C. e la metà del secolo successivo.

[31] Vd. *infra*, § 4.

[32] *Aliquando tamen et si metus adhibitus proponatur, arbitrium absolutionem adfert. Quid enim si metum quidem Titius adhibuit me non conscio, res autem ad me pervenit, et haec in rebus humanis non est sine dolo malo meo: nonne iudicis officio absolvar? Aut si servus in fuga est, aeque, si cavero iudicis officio me, si in meam potestatem pervenerit, restituturum, absolvi debebo. Unde quidam putant bona fide emptorem ab eo qui vim intulit comparantem non teneri nec eum qui dono accepit vel cui res legata est. Sed rectissime Viviano videtur etiam hos teneri, ne metus, quem passus sum, mihi captiosus sit. Pedius quoque libro octavo scribit arbitrium iudicis in restituenda re tale esse, ut eum quidem qui vim admisit iubeat restituere, etiamsi ad alium res pervenit, eum autem ad quem pervenit, etiamsi alius metum fecit: nam in alterius praemium verti alienum metum non oportet.*

[33] Sul passo ulpianeo, con riferimento al rapporto fra il *iussum de restituendo* e la natura *in rem scripta* dell'azione, cfr. CALORE 2011, p. 337 ss.

[34] Cfr. FERRINI 1891, p. 560 (= 1929, p. 163 ss.).

[35] GIRARD 1907, p. 201.

dell'ordine edittale in riferimento alla materia in esame non v'è traccia[36]. L'argomento sarebbe aggirabile congetturando che i giuristi, pur avendo sotto gli occhi un testo edittale nel quale gli editti e le formule erano collocati in parti diverse, trattassero degli uni e delle altre in connessione, anticipando, nella sistematica dei loro commentari, il riordinamento giulianeo[37], ma di una tale scissione fra l'ordine del testo edittale e quello dei commentari ad esso mancano le prove[38], tanto che esso si rivela per quello che è, trattandosi solo di un rilievo finalizzato a sostenere un'ipotesi indimostrata circa il contenuto del riordinamento giulianeo dell'editto del pretore.

Fra gli argomenti addotti nel senso della distinzione fra la parte normativa, contenente gli editti, e parte in cui erano riportate le *formulae*, inoltre, Weiß ha osservato che l'espressione *edictum tralaticium* non presuppone una continuità dell'ordine edittale[39]. Il rilievo è corretto, in quanto la 'tralatizietà' dell'editto, come non impediva ai singoli pretori di apportare modifiche ai contenuti dell'albo e, forse, anche all'ordine dei materiali in esso contenuti, non esclude interventi anche innovativi di Giuliano su entrambi i fronti. Tuttavia, esso non è dirimente, non escludendo che il giurista abbia conservato, in buona parte, l'ordine delle materie consolidatosi in precedenza, dovendosi verificare caso per caso se in epoca pregiulianea sia documentato un ordine diverso.

Inoltre, Kaser ha tratto argomento dal fatto che, di solito, dopo la codificazione giulianea, le azioni civili erano poste in dipendenza di editti relativi a materie simili[40]. Anche questo è vero, ma potrebbe, in realtà, dipendere dalle scelte dei pretori pregiulianei, i quali avrebbero seguito l'opzione più razionale di accorpare editti, *formulae in factum conceptae* e *formulae in ius conceptae* quando vi fosse un'affinità per materia.

---

[36] Cfr. Riccobono 1908, p. 106 ss.; Giachi 2011, p. 127 nt. 24.
[37] Si tratta di un'ipotesi di Wlassak 1891, p. 7 nt. 12.
[38] Vd. *supra*, in questo §.
[39] Weiß 1930, p. 249 ss.
[40] Kaser 1951, p. 65 s.

3. *Le ipotesi secondo le quali in origine vi sarebbe stata una separazione fra la parte dell'editto contenente le promesse edittali e le azioni pretorie e una parte contenente le formule delle azioni civili.*

In tempi più recenti, l'ipotesi di una separazione topografica fra la sede degli editti e quella relativa alle formule delle azioni è stata ripresa da Luigi Lombardi in una versione attenuata, nella quale, già prima della codificazione giulianea, la formula di ogni azione pretoria sarebbe stata commentata di seguito all'editto che la introduceva, essendo saldata fin dall'origine al relativo *iudicium dabo*, mentre sarebbero state trattate in una parte separata le formule delle azioni prive di clausola edittale, così come le eccezioni, gli interdetti e le stipulazioni pretorie[41]. Ciò si spiegherebbe in quanto le formule menzionate separatamente, essendo *in ius conceptae*, non erano fondate su un editto, espressione dell'*imperium* del magistrato, ma sul *ius civile*.

Nel senso che tale appendice contenesse le sole formule delle azioni civili lo studioso invocava gli elenchi ciceroniani di rapporti tutelati da azioni di buona fede e da azioni ad esse equiparate, di tali azioni e dei soggetti convenuti con tali azioni, contenuti in Cic. *Caec.* 7[42] (tutela, società, mandato, fiducia), *Rosc. com.* 16[43] (*iudicia fiduciae, tutelae, societatis*), *nat. deor.* 3, 74[44] (*iudicia tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, ex empto aut vendito aut conducto aut locato*), *top.* 42[45] (*tutor, socius, cui*

[41] Lombardi 1961, p. 172 s. nt. 20.

[42] … *Si quis quod spopondit, qua in re verbo se uno obligavit, id non facit, maturo iudicio sine ulla religione iudicis condemnatur; qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciae rationem fraudavit quempiam, in eo quo delictum maius est, eo poena est tardior?*

[43] … *Si qua enim sunt privata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis. Aeque enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere quae continet vitam, et pupillum fraudare qui in tutelam pervenit, et socium fallere qui se in negotio coniunxit.*

[44] … *Inde tot iudicia de fide mala, tutelae mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt …*

[45] *Sunt enim similitudines quae ex pluribus collationibus perveniunt quo volunt hoc modo: Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator …*

mandaris, *qui fiduciam acceperit*, *procurator*) e 66[46] (*socius*, *qui negotia aliena curasset*, *cuius ea negotia fuissent*, *qui mandasset*, *cui mandatum esset*, *vir*, *uxor*), *off.* 3, 70[47] (*in tutelis*, *societatibus*, *fiduciis*, *mandatis*, *rebus emptis*, *venditis*, *conductis*, *locatis*), ed il riferimento all'*actio mandati* in *Rosc. Amer.* 113[48]. Nell'ultima fase dell'epoca repubblicana, alcune delle azioni, delle relazioni e delle persone menzionate sarebbero state avvicinate nel segno di una nozione generale di *infamia* connessa all'*existimatio* menzionata in Cic. *Rosc. com.* 15[49] e più ampia di quella specificamente disciplinata dall'editto[50]. A tali relazioni sarebbero state affiancate quelle che traevano origine dalla compravendita e dalla locazione, in quanto anche le relative formule contenevano il riferimento all'*oportere ex fide bona*. Sull'accorpamento di tali azioni non avrebbe, invece, influito

---

[46] *In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agier oportet, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod eius aequius melius, parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt. Licebit igitur diligenter argumentorum cognitis locis non modo oratoribus et philosophis, sed iuris etiam peritis copiose de consultationibus suis disputare.*

[47] *Nam quanti verba illa:* UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! *quam illa aurea:* UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! *Sed, qui sint 'boni' et quid sit 'bene agi', magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur* EX FIDE BONA, *fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*

[48] *… In minimis privatisque rebus etiam neglegentia in crimen mandati iudiciumque infamiae vocatur, propterea quod, si recte fiat, illum neglegere oporteat qui mandarit non illum qui mandatum receperit …*

[49] *Quid ergo est? Quod et reus is est cui et pecunia levissima et existimatio sanctissima fuit semper, et iudex est is quem nos non minus bene de nobis existimare quam secundum nos iudicare velimus, et advocatio ea est quam propter eximium splendorem ut iudicem unum vereri debeamus, perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus. Illa superior fuit oratio necessaria, haec erit voluntaria, illa ad iudicem, haec ad C. Pisonem, illa pro reo, haec pro Roscio, illa victoriae, haec bonae existimationis causa comparata.*

[50] LOMBARDI 1961, p. 171.

la natura consensuale del rapporto, come si desume dall'appartenenza alla categoria dell'*actio tutelae* e, si deve aggiungere, dell'*actio negotiorum gestorum*.

In seguito, per opera di Giuliano oppure, se non si crede alla codificazione dell'editto, per successivi aggiustamenti, il *iudicium tutelae* sarebbe stato inquadrato nel Tit. XXII insieme alla restante regolamentazione della materia. Inoltre, l'azione di buona fede relativa al deposito sarebbe stata collocata di seguito alla *formula in factum concepta* basata sull'editto relativo al deposito e gli altri *iudicia bonae fidei* avrebbero seguito tale azione di buona fede, in quanto essa, introdotta più di recente, era infamante come molte delle altre azioni di buona fede.

Pertanto, nell'editto giulianeo o, comunque, nell'ordine che l'editto assunse durante il periodo classico, sebbene la maggior parte delle formule delle azioni di buona fede fossero ancora accorpate in un'unica sede, quelle formule di azioni di buona fede che riguardavano materie per le quali vi erano anche un editto e una *formula in factum concepta* sarebbero state riportate nelle stesse sedi in cui erano contenuti tali editti e tali formule *in factum conceptae*.

Che nell'editto giulianeo vi fosse una parte nella quale erano contenute molte formule di azioni di buona fede risulta dalla ricostruzione leneliana, che include nel Tit. XIX (*de bonae fidei iudiciis*) dell'editto del pretore i *iudicia depositi [vel contra]* (§ 106), *fiduciae* (§ 107), *mandati [vel contra]* (§ 108), *pro socio* (§ 109), *empti venditi* (§ 110), *locati conducti* (§ 111), forse [*de aestimato?*] (§ 112) e aggiungerei l'*actio de permutatione* di buona fede, per la quale si dovrebbe pensare a una posizione contigua al *iudicium empti venditi*.

Secondo la ricostruzione leneliana dell'editto giulianeo, però, altre formule di azioni di buona fede erano ubicate ciascuna nella sede dell'editto e della *formula in factum concepta* riguardanti la medesima materia: il *iudicium negotiorum gestorum* (§ 35) era compreso nel Tit. VIII (*de procuratoribus et cognitoribus et defensoribus*), riguardante la rappresentanza processuale, e il *iudicium commodati* (§ 98) era compreso nel Tit. XVII (*de rebus creditis*), dai contenuti abbastanza eterogenei. Inoltre, ove, in riferimento all'epoca di Giuliano o a un mo-

mento successivo, si ammetta, come sembra doversi fare, l'esistenza dell'*actio pigneraticia in personam* di buona fede, essa avrebbe avuto una posizione contigua a quella dell'*actio pigneraticia in personam* con formula *in factum concepta* (§ 99) o l'avrebbe sostituita, essendo comunque contenuta anch'essa nel Tit. XVII (*de rebus creditis*)[51].

Una vicenda ancora diversa, non essendovi alcuna *formula in factum concepta* promessa da un editto, ma esistendo una regolamentazione della tutela, avrebbe riguardato l'*arbitrium tutelae* (§ 124), collocato nel Tit. XXII (*de tutelis*).

Anche a volere ammettere l'eventualità che vi sia stato un momento, anteriore alla codificazione giulianea, in cui tutte le formule delle azioni di buona fede fossero contenute, una di seguito all'altra, nella stessa parte dell'editto, i passi ciceroniani addotti a dimostrazione di ciò non sono sufficienti a provarlo. Infatti, la maggior parte dei rapporti tutelati dalle azioni di buona fede contenute negli elenchi di Cicerone, anzi tutti ad eccezione di quello originato dalla gestione di affari altrui, non erano tutelati anche da azioni con *formula in factum concepta*, per cui il problema del rapporto con la parte normativa dell'editto, secondo tale ipotesi contenente gli editti e le *formulae in factum conceptae*, non può essere neppure impostato.

Per converso, i passi ciceroniani elencati non serbano traccia dei *iudicia bonae fidei* relativi a quelli che è in uso definire contratti reali del *ius gentium*, ossia al deposito[52], al co-

---

[51] Per una datazione della formula *in ius* di buona fede relativa al contratto di pegno alla tarda epoca classica, pur senza scartare l'ipotesi che essa non sia mai esistita, cfr. Grosso 1963, p. 118. Sull'*actio pigneraticia in personam*, cfr. Kaser 1982, p. 79 ss.; 86 ss.

[52] Per il deposito, l'azione di buona fede risale verisimilmente a non prima della fine del I secolo a.C. e, del resto, in precedenza sarà sembrata sufficiente la tutela offerta al depositante da una pletora di mezzi, ossia dall'*actio ex deposito in duplum* prevista nelle XII tavole, che era verisimilmente una variante dell'*actio furti nec manifesti*, dalla *reivindicatio*, dall'*actio furti*, dalla *condictio ex causa furtiva* e dall'azione con *formula in factum concepta*, per le quali, a seconda dei casi, la concorrenza era elettiva o cumulativa, secondo il criterio della funzione (reipersecutoria o penale) delle azioni concorrenti. Il depositario, prima dell'introduzione dell'azione di buona fede, si sarà potuto servire dell'azione contraria con *formula in factum concepta*. Cfr. Talamanca 1990, p. 549.

modato[53] e al pegno[54], istituti per i quali, essendovi anche un editto e una formula *in factum concepta*, avrebbe senso domandarsi se Giuliano abbia apportato modifiche alla precedente sistematica edittale. Il problema della posizione di tali azioni di buona fede nell'editto non si può neppure impostare per l'epoca in cui scriveva Cicerone, in quanto non vi sono tracce nel senso che esse fossero state già introdotte ai suoi tempi.

Quanto al comodato, ci si potrebbe domandare se la formula con *demonstratio* e *intentio incerta* contenente l'*oportere ex fide bona*, prima della codificazione giulianea, figurasse nell'editto nella stessa sede delle altre azioni di buona fede oppure sia stata fin dall'inizio introdotta di seguito a quella *in factum concepta*, nel Titolo *De rebus creditis*. Non è sicuro, invece, che lo stesso problema si possa porre per l'*actio pigneraticia in personam* di buona fede, essendo incerta la sua datazione, che potrebbe non essere anteriore all'epoca severiana, e non essendo possibile escludere che essa abbia del tutto sostituito l'azione con *formula in factum concepta*[55].

Quanto al deposito, invece, la questione si pone in termini diversi, atteso che nell'editto di Giuliano sembrerebbe che la promessa edittale e la *formula in factum concepta* precedessero il *iudicium bonae fidei* nel Tit. XIX, che comprendeva la maggior parte dei *iudicia bonae fidei*.

Per quanto concerne, poi, l'*actio fiduciae*, com'è noto, è molto incerto se esistesse solo una *formula in factum concepta*,

---

[53] Per il comodato, l'azione di buona fede risale verisimilmente alla fine del I secolo a.C. o all'inizio del I secolo d.C. In precedenza, a parte la *reivindicatio*, saranno state utilizzabili dal comodante l'*actio furti*, la *condictio ex causa furtiva*, l'azione con *formula in factum concepta*, secondo le regole della concorrenza, mentre il comodatario sarà stato tutelato dall'azione contraria con *formula in factum concepta*. Cfr. TALAMANCA 1990, p. 547.

[54] Per il pegno, l'azione di buona fede sembrerebbe non essere più antica dell'epoca severiana, essendo prima utilizzabile l'azione con *formula in factum concepta*, come diretta a tutela dell'oppignorante e come contraria a tutela del creditore pignoratizio. Può darsi che, in un primo momento, l'oppignorante potesse avvalersi della *reivindicatio* e, ancora in epoca classica, ove sussistessero i presupposti del furto, dell'*actio furti* e della *condictio ex causa furtiva* o, se non erano integrati tali presupposti, di una *condictio incerti ex iniusta causa*. Cfr. TALAMANCA 1990, p. 552.

[55] Vd. *supra*, in questo §.

accomunata dai *prudentes* alle azioni di buona fede[56], solo un'azione considerata a partire dalla fine dell'epoca repubblicana civile e di buona fede[57] o l'editto del pretore le comprendesse entrambe[58].

Pertanto, gli unici passi rilevanti in questa connessione in riferimento all'età ciceroniana sono i due dei *Topica* (§ 42 e § 66), dove si fa riferimento al *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, in quanto il materiale edittale relativo alla gestione di affari comprendeva, verisimilmente già ai tempi della redazione dell'operetta, anche l'editto *de negotiis gestis* e la relativa formula *in factum concepta*, di modo che è possibile impostare il problema della topografia, unitaria o frazionata, dei due diversi rimedi. Ma si vedrà che, anche in questo caso, l'idea di una separazione topografica dell'azione di buona fede dall'editto e dall'azione con *formula in factum concepta* che esso fondava costituisce solo una mera eventualità[59].

Da ultimo, anche Cristina Giachi ha ipotizzato che, prima della codificazione dell'editto, ad essere collocate in una parte diversa da quella normativa fossero solo le formule delle azioni civili, che in quanto tali non erano promesse in un editto, e che Giuliano le abbia spostate nella parte normativa dell'editto, la quale già avrebbe contenuto le formule delle azioni pretorie, ciascuna preceduta dal relativo editto[60]. Delle fonti ciceroniane menzionate da Lombardi la studiosa ritiene rilevante nella presente connessione solo «la lista presentata da Cicerone in *nat. deor.* 3.70», ma, non essendovi una lista di azioni nel luogo indicato, è evidente che il riferimento è a Cic. *nat. deor.* 3, 74 (se si ritiene corretta l'indicazione dell'opera ed errata la numerazione) o a Cic. *off.* 3, 70 (se si ritiene corretta la numerazione ed errata l'indicazione dell'opera) o ad entrambi i passi ciceroniani (se si ritiene che le due citazioni siano state fuse per errore in una sola). Tale delimitazione si spiega con il fatto che tali elenchi sono i più

[56] Lenel 1927, p. 291 ss.; Kaser 1982, p. 99 ss.
[57] Noordraven 1990, p. 249 s.
[58] Fuenteseca 1994, p. 396 ss.; 402.
[59] Vd. *infra*, § 4.
[60] Giachi 2011, p. 113 ss.

completi, essendovi menzionate anche le azioni sorgenti dalla compravendita e dalla locazione. Ma vale anche rispetto a tale argomentazione il rilievo che, per le azioni menzionate nei due passi, non vi erano editti ai quali esse potessero essere avvicinate, per cui mancano i presupposti del congetturato spostamento da parte del giurista di *Hadrumetum*.

Inoltre, la studiosa, con un approccio non privo di originalità, trae spunto da alcuni confronti fra la numerazione progressiva dei libri del commento edittale di Pedio, per il quale si assume in via congetturale una datazione precedente rispetto al riordinamento giulianeo, e quella dei libri del commento di Ulpiano, tracciando, in riferimento alle materie trattate nell'intervallo da Tit. VIII, § 35 a Tit. XXV, § 147, la proporzione matematica fra le due numerazioni. In particolare, sono confrontate le numerazioni dei singoli libri dei commentari di Pedio e Ulpiano in cui sono esaminate la stesse rubriche edittali, ricavandosi da ciò la proporzione fra l'estensione del commento pediano e quella del commento ulpianeo.

Tale proporzione, che adoperando le iniziali dei nomi dei due giuristi possiamo chiamare P/U, dimostra che, assumendo per convenzione la numerazione leneliana, mentre per gli editti fino a Tit. XVIII, § 104, P/U è da 1/1.35 a 1/3, per quelli da Tit. XIX, § 106, a Tit. XXIV, § 141 essa è pari a 1/1, ma ritorna a 1/1.656 per l'editto commentato in Tit. XXV, § 142.

Una diversa analisi riguarda il confronto fra il numero di libri e le rubriche che vi sarebbero state commentate. Pedio avrebbe commentato in cinque libri, dal lb. 10 al lb. 14, i contenuti delle rubriche edittali da Tit. XI, § 49, a Tit. XVII, § 100, laddove Ulpiano impiegava per commentarle quindici libri, dal lb. 14 al lb. 28, mentre i contenuti delle rubriche da Tit. XVIII, § 101, a Tit. XXIV, § 141, erano commentati da Pedio e da Ulpiano in un numero uguale di libri, rispettivamente dal lb. XV al lb. XXIV e dal lb. XXIX al lb. XXXVIII.

Tali dati indurrebbero a credere che, in un momento intermedio fra la scrittura del commento di Pedio e quella del commento di Ulpiano, che coinciderebbe con la codificazione edittale giulianea, alcuni materiali edittali contenuti in

un primo momento fra il Tit. XVIII e il Tit. XXIV della numerazione leneliana siano stati spostati in qualche luogo fra il Tit. XIV e il Tit. XVIII della medesima numerazione[61]. In particolare, le formule delle azioni civili contenute nel Tit. XV (*De his quae cuiusque in bonis sunt*) dell'editto giulianeo (§ 65: *Si hereditas petatur*; § 66: *Si pars hereditatis petatur*; § 69: *De rei vindicatione*; § 72: *Si usus fructus petatur vel ad alium pertinere negetur*; § 73: *Si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur*; § 74: *De modo agri*; § 77: *Ad legem Aquiliam*; § 79: *Finium regundorum*; § 80: *Familiae erciscundae*; § 81: *Communi dividundo*; § 90: *Ad exhibendum*) avrebbero trovato posto in precedenza in una parte successiva, contigua a quella nella quale erano comprese le formule degli *iudicia bonae fidei*.

In margine, va osservato che, dal punto di vista metodologico, gli argomenti matematici, sebbene dotati di una certa forza suggestiva, non sono privi di insidie, atteso che si traducono in una complessiva sottovalutazione dell'eventualità di un diverso interesse dei singoli giuristi per certe materie piuttosto che per altre e, se riferito a commentari edittali di epoche diverse, come nel caso in esame quelli di Pedio e di Ulpiano, non tengono conto del fatto che alcune problematiche potessero essere più o meno dibattute nei vari periodi, giustificandosi, pertanto, un disequilibrio del numero delle citazioni delle opinioni dei giuristi precedenti. Si aggiunga che, come si è visto, forse l'*actio pigneraticia in personam* di buona fede, nei limiti in cui si ritenga che sia esistita, potrebbe essere stata introdotta piuttosto tardi, trovando posto nel Tit. XVII (*De rebus creditis*), nel § 99 (*De pigneraticia actione*) e che un'estensione del commento al § 100 (*De compensationibus*) del medesimo titolo potrebbe essere stata causata dalle innovazioni dell'imperatore Adriano sulla materia.

Inoltre, i dati rilevati potrebbero essere spiegati anche al di fuori dell'ipotesi di una distinzione fra parte normativa dell'editto, contenente anche le formule delle azioni pretorie, e parte riservata alle formule delle azioni civili, con spostamenti al Tit. XV da sedi successive diversi da quelli ipotizzati, come potrebbe essere stato quello dei mezzi di tutela relativi

[61] Cfr. Giachi 2023, p. 16 ss.

ad alcuni illeciti civili e pretori, questi ultimi con i relativi editti (§§ 61-64, §§ 75-78, § 89), unificati sotto la tutela processuale dell'appartenenza (*De his quae cuiusque in bonis sunt*), ma forse in precedenza contigui rispetto al *furtum* (Tit. XXIII, §§ 128-139), e con lo spostamento al Tit. XVI da una sede contigua ai Titoli XXVIII-XXX delle rubriche relative a *De religiosis et sumptibus funerum* (§§ 91-94)[62].

Questi ultimi rilievi inducono a verificare se l'idea di una iniziale distinzione fra la parte normativa dell'editto, eventualmente contenente anche le formule *in factum conceptae* delle azioni fondate sulla promessa edittale, e la parte nella quale erano contenute le formule delle *actiones in ius conceptae* sia compatibile con le fonti riguardanti i singoli materiali edittali e, in particolare, con ciò che conosciamo circa l'ordine di trattazione nei commentari all'editto precedenti al riordinamento giulianeo.

Tale indagine sarà condotta solo in riferimento ai materiali edittali riguardanti la gestione di affari altrui, sia in quanto, a proposito di essi, è possibile confrontare il commento di Pedio e quello di Ulpiano, sia per il fatto, già segnalato, che si tratta dell'unico caso nel quale vi sono punti di riferimento nelle opere di Cicerone, essendovi dunque uno spunto per discutere delle dinamiche dell'editto pretorio fra il I secolo a.C. e il secolo successivo.

4. *Il materiale edittale relativo alla* negotiorum gestio *nei commentari* ad edictum *di Pedio e in quelli di Ulpiano e la topografia del commento al* iudicium negotiorum gestorum *di buona fede nell'editto pregiulianeo.*

4.1. *Premessa.* – Per rendere più comprensibile la disamina che segue, riguardante la topografia edittale del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede alla vigilia della codificazione edittale giulianea, va anticipata la conclusione cui essa con-

[62] Per quest'ultimo aspetto, uno spunto è costituito forse dal commentario di Gaio, il quale, stranamente, pur seguendo per le rubriche del Tit. XV e del Tit. XVII l'ordine giulianeo, se ne distaccava per la materia funeraria, che trattava nel lb. 19, anziché nei libri 8 o 9.

durrà: le opinioni secondo le quali, alla vigilia del riordinamento di Giuliano, le formule delle azioni o le sole formule *in ius conceptae* avrebbero trovato posto in una sede edittale diversa da quella degli editti che promettevano le tutele pretorie non trovano alcun riscontro nel caso particolare della gestione di affari altrui, per cui esse andrebbero più a fondo rimeditate anche su un piano generale.

Sul versante della gestione di affari altrui, all'inizio del periodo classico esistevano un editto *de negotiis gestis*, documentato in Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3 pr. e dalla *laudatio* contenuta in D. 3, 5, 1[63], cui erano riferiti D. 3, 5, 3, 1-6 e, secondo l'iniziale valutazione di Lenel, anche il § 7[64], cui egli poi aggiunse i §§ 8-9[65], un'azione con *formula in factum concepta* introdotta dall'editto, al cui commento verisimilmente appartenevano D. 3, 5, 3, 7-9[66], e uno *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, documentato in Gai. 4, 62, Gai. 3 *aur.* D. 44, 7, 5 pr., Ulp. 10 *ad ed.* D. 22, 1, 37, Paul. 6 *ad Sab.* D. 17, 2, 38 pr., 9 *ad ed.* D. 3, 5, 6 (7), Tryph. 2 *disp.* D. 3, 5, 37 (38), che, in età severiana, venne commentato in Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3, 10-11; 5 pr.-14 (6, 12); 7 (8) pr.-3; 9 (10) pr.-1; 11 (12) pr.-2; 13 (14); 19 (20); D. 22, 1, 37; D. 27, 5, 5; D. 11, 7, 1; Paul. 9 *ad ed.* D. 3, 5, 6 (7); 12 (13); 14 (15); 17 (18); 20 (21) pr.-3; D. 17, 1, 40; D. 35, 2, 41; D. 50, 17, 114[67]. Esso era, naturalmente, utilizzabile anche nelle province, essendo perciò esaminato in Gai. 3 *ad ed. prov.* D. 3, 5, 2; 21 (22).

La transizione dal commento alla formula *in factum concepta* a quello alla formula del *iudicium bonae fidei* è provata dalla differenza fra i presupposti soggettivi dell'impiego del-

---

[63] FINAZZI 1999, p. 25 ss.

[64] LENEL 1883, p. 83. Invece, i §§ 8-9 sarebbero il risultato di uno spostamento.

[65] LENEL 1889b, col. 455.

[66] FINAZZI 1999, p. 26 ss.; 95 ss.; 113 ss. Anche LENEL 1927, p. 102, infine, pervenne ad ammettere l'appartenenza del § 9 all'azione con formula *in factum concepta*. In realtà, al livello sostanziale, non cambia molto a seconda se si ritenga che D. 3, 5, 3, 7-9 riguardassero l'editto o la formula *in factum concepta*, assumendo tale problema unicamente rilievo nella discussione sul carattere strettamente lemmatico o meno del commentario edittale ulpianeo.

[67] FINAZZI 1999, p. 165 ss.

l'una e dell'altra risultante dal primo passo del commento alla seconda, cioè da Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3, 10[68], dove si precisa che in base a quest'ultima era tenuto non solo chi si era ingerito negli affari altrui spontaneamente e senza la costrizione di alcuna necessità e li aveva geriti, ma anche chi aveva gerito gli affari altrui per una qualche necessità che lo costringeva a farlo o per il sospetto che essa esistesse.

L'editto e le due formule[69] erano oggetto di trattazione in una sede unitaria dei commentari edittali di epoca severiana[70], nel più ampio contesto del commento ai materiali contenuti nel Tit. VIII (*De cognitoribus et procuratoribus et defensoribus*) dell'editto.

Per quanto riguarda l'ordine edittale anteriore al riordinamento di Giuliano, rispetto al quale egli avrebbe innovato, le ipotesi rapidamente passate in rassegna sopra comporterebbero, per l'epoca precedente alla codificazione giulianea dell'editto, le seguenti ricadute:

A. Ove si seguisse l'ipotesi della distinzione pregiulianea fra la parte solo normativa dell'editto pretorio, contenente le promesse edittali, e l'appendice contenente le formule delle azioni sia civili che pretorie (Wlassak, Girard ad altri), si dovrebbe giungere alla conclusione che, prima del riordinamento di Giuliano, l'editto *de negotiis gestis*, ubicato nel Tit. VIII (*De cognitoribus, procuratoribus et defensoribus*), § 35, non fosse seguito immediatamente né dalla formula *in factum con-*

---

[68] *Hac actione tenetur non solum is qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit, verum et is qui aliqua necessitate urguente vel necessitatis suspicione gessit.*

[69] Non è condivisibile e, del resto, è rimasta a mia conoscenza isolata, l'ipotesi di V. Bossowski 1929, p. 133 ss.; 155 ss.; 178 ss.; Id. 1937, p. 50 ss.; 67 ss., secondo il quale le formule relative alla gestione di affari sarebbero state addirittura tre, cioè quella *in factum* relativa alla *defensio* (*actio negotiorum absentis defensorum*) e due di buona fede, riguardanti una la gestione del liberto *procurator* e altre gestioni officiose (*actio negotiorum curatorum*), che sarebbe ricavabile dalla terminologia impiegata in Cic. *top.* 66, e l'altra la gestione del *procurator ingenuus* (*actio negotiorum gestorum*).

[70] I materiali edittali relativi alla gestione di affari erano commentati da Ulpiano nel lb. 10 *ad edictum* e da Paolo nel lb. 9 *ad edictum*. Cfr. Lenel 1889b, col. 455 ss. (Ulp. da fr. 346 a fr. 360); Id. 1889a, p. 981 s. (Paul. da fr. 187 a fr. 194).

cepta su di esso fondata, né da quella *in ius concepta* di buona fede, le quali sarebbero state collocate nell'appendice relativa alle azioni. Per la formula del *iudicium bonae fidei* si dovrebbe congetturare che essa fosse contigua a quelle degli altri *iudicia bonae fidei*, per intendersi in quello che nella numerazione leneliana dell'editto giulianeo sarebbe divenuto il Tit. XIX (*De bonae fidei iudiciis*), essendo magari riportata subito dopo quella del *iudicium mandati* (§ 108), in quanto anche nel mandato si gerivano degli affari altrui, mentre l'ipotetica collocazione della formula *in factum concepta* in un luogo separato dall'editto che la fondava è più difficile da immaginare, essendo in astratto possibile che essa fosse già contigua a quella di buona fede o che fosse collocata insieme alle altre azioni pretorie. In ogni caso, sarebbe stato Giuliano, riordinando l'editto pretorio, a inserire entrambe le formule, quella *in factum concepta* e a seguire quella di buona fede, dopo l'editto *de negotiis gestis*, dunque nel § 35 del Tit. VIII.

B. Ove si seguisse l'ipotesi secondo la quale, prima della codificazione giulianea dell'editto, le *formulae in factum conceptae* sarebbero state già inserite ciascuna subito dopo l'editto che la prometteva e le *formulae in ius conceptae* avrebbero trovato spazio in un'appendice a parte (Lombardi, Giachi), nel Tit. VIII, § 35 (*De negotiis gestis*) sarebbero state comprese sia la clausola edittale *de negotiis gestis* sia la formula *in factum concepta* dell'*actio negotiorum gestorum*, mentre la formula del *iudicium bonae fidei* sarebbe stata collocata insieme agli altri *iudicia bonae fidei*, per intendersi in quello che nella numerazione leneliana dell'editto giulianeo sarebbe divenuto il Tit. XIX (*De bonae fidei iudiciis*), forse dopo il *iudicium mandati* (§ 108). Sarebbe stato, dunque, Giuliano a spostare la formula del *iudicium negotiorum gestorum* appresso a quella dell'*actio negotiorum gestorum in factum concepta*.

L'unico parametro in base al quale verificare se, per quanto riguarda la gestione di affari altrui, Giuliano abbia innovato rispetto a un diverso ordine edittale precedente è costituito dal confronto fra la posizione della trattazione relativa al *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede nei *libri ad edictum* di Sesto Pedio e quella relativa alla medesima formula nei *libri ad edictum* scritti dopo il riordinamento giulianeo ed in

particolare in quelli di Ulpiano, il quale menzionava alcune opinioni del giurista più risalente con indicazione del libro *ad edictum* nel quale erano state formulate.

Si deve, però, chiarire che, dal punto di vista che interessa, tale confronto ha un senso solo se, dando per risolto il problema della datazione di Pedio e del suo commentario edittale[71], si assume come ipotesi di lavoro quella della collocazione cronologica dei *libri ad edictum* pediani in epoca precedente alla codificazione giulianea dell'editto[72], passando per una sottovalutazione di alcune testimonianze che sembrerebbero suggerire, invece, una datazione contemporanea a Giuliano[73].

Inoltre, si dovrebbe ipotizzare che il giurista, nel commentare il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede immediatamente dopo l'*edictum de negotiis gestis* e la *formula in factum concepta* che esso prometteva, abbia seguito l'ordine edittale, non privilegiando rispetto ad esso la connessione per materia, che avrebbe potuto indurlo ad anticipare la trattazione del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede rispetto alla sede edittale[74].

4.2. *Ulp. 10* ad ed. *D. 3, 5, 5, 11 (6, 9)-13 (6, 11).* – Tenendo convenzionalmente fermi i due presupposti segnalati,

---

[71] Sul dibattito dottrinale e sulle fonti che sono state sfruttate nel quadro di esso, cfr. KUNKEL 2001, p. 168 ss.; GIACHI 2005, p. 1 ss.

[72] La sigla *SPM = Sext<i> Pedii Medivani*, che si legge in Prob. *not. iur.* 6, 77 (ultima linea), in BAVIERA 1968, p. 460 (*Codex Einsidlensis* n. 326), se riferita al giurista, farebbe pensare alla seconda metà del I secolo d.C. (presupponendo l'anteriorità o la contemporaneità all'opera di Valerio Probo).

[73] Paul. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 32, 16 e Paul. 12 *ad ed.* D. 41, 3, 8, 1, se ci si affida all'ordine delle citazioni, suggeriscono che i *libri ad edictum* pediani siano successivi ai *Digesta* di Giuliano, sebbene Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 3, 1, 4 deponga per l'anteriorità rispetto al commentario edittale di Pomponio. Tuttavia, non è affatto sicuro che l'ordine delle citazioni dei giuristi segua sempre un ordine cronologico.

[74] Il dubbio che Pedio non abbia seguito nel commento l'ordine delle materie edittali è ingenerato da quanto osservava WLASSAK 1891, p. 7 nt. 12, secondo il quale, nelle opere sull'editto, i *prudentes*, già a partire dall'opera sull'editto di Ofilio, avrebbero seguito un ordine di trattazione diverso da quello in cui le materie si susseguivano nell'editto, anticipando il riordinamento effettuato da Giuliano.

le ipotesi secondo le quali Giuliano avrebbe innovato rispetto alla topografia edittale precedente, spostando il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede dalla sede in cui era collocata la maggior parte degli *iudicia bonae fidei* a quella nella quale erano collocati l'*edictum de negotiis gestis* e la relativa *formula in factum concepta*, sembrerebbero smentite dalla topografia della trattazione di problematiche relative alla gestione di affari sostanziali da parte di Pedio[75], menzionata, con indicazione del libro del commentario edittale, in

> Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 5, 11 (6, 9): Item quaeritur apud Pedium libro septimo, si Titium quasi debitorem tuum extra iudicium admonuero et is mihi solverit, cum debitor non esset, tuque postea cognoveris et ratum habueris: an negotiorum gestorum actione me possis convenire. Et ait dubitari posse, quia nullum negotium tuum gestum est, cum debitor tuus non fuerit. Sed ratihabitio, inquit, fecit tuum negotium: et sicut ei a quo exactum est adversus eum datur repetitio qui ratum habuit, ita et ipsi debebit post ratihabitionem adversus me competere actio. Sic ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum. 12 (6, 10). Idem ait, si Titii debitorem, cui te heredem putabam, cum esset Seius heres, convenero similiter et exegero, mox tu ratum habueris: esse mihi adversus te et tibi mutuam negotiorum gestorum actionem. Adquin alienum negotium gestum est: sed ratihabitio hoc conciliat: quae res efficit, ut tuum negotium gestum videatur et a te hereditas peti possit. 13 (6, 11). Quid ergo, inquit Pedius, si, cum te heredem putarem, insulam fulsero hereditariam tuque ratum habueris, an sit mihi adversus te actio? Sed non fore ait, cum hoc facto meo alter sit locupletatus et alterius re ipsa gestum negotium sit, nec possit, quod alii adquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri.

All'inizio del § 11, Ulpiano segnalava che la trattazione di Pedio, riguardante la *negotiorum gestio*, proveniva dal lb. 7 del

[75] Lenel 1889b, col. 1 s. (Ped. fr. 6).

suo commentario edittale ed è molto probabile (anzi, direi sicuro) che tale indicazione valga anche per le opinioni del giurista menzionate nei §§ 12 e 13, le quali, del resto, riguardavano analoghi problemi.

Nel caso discusso nel § 11[76], Tizio, esortato da *Ego* fuori dal processo (*extra iudicium*) ad adempiere come se fosse debitore di *Tu* (*quasi debitorem tuum*), cioè nell'erronea convinzione che fosse debitore di *Tu*, aveva adempiuto ad *Ego* pur non essendo debitore. *Tu*, venuto a conoscenza dell'adempimento, aveva ratificato l'operato di *Ego* e il problema che si poneva era se *Tu* potesse agire con l'*actio negotiorum gestorum* diretta contro *Ego*, evidentemente per farsi trasferire l'oggetto della *solutio* effettuata da Tizio ad *Ego*.

La *ratio dubitandi*, espressa nella parte successiva del passo, dimostra che la questione riguardava l'appartenenza dell'affare gerito, atteso che l'*actio negotiorum gestorum* contro *Ego* spettava a *Tu* solo se era stato gerito un suo affare: se si fosse ritenuto che l'affare gerito da *Ego* non era di *Tu*, in quanto Tizio non era suo debitore, *Tu* non avrebbe potuto agire contro *Ego* per farsi trasferire l'oggetto dell'adempimento. Ma Pedio sosteneva che la ratifica di *Tu* aveva reso suo l'affare e, pertanto, come Tizio, che aveva pagato l'indebito, poteva esperire la *condictio (indebiti)* contro *Tu* se questo aveva ratificato l'adempimento ad *Ego*, così al ratificante *Tu* doveva competere l'*actio negotiorum gestorum* contro il gestore d'affari *Ego*. Ulpiano ne ricavava la regola che la ratifica rendeva di *Tu* l'affare che all'inizio non era suo, ma che era stato gerito per soddisfare il suo interesse (*tua contemplatione gestum*), cioè per suo conto.

In sostanza, la ratifica di colui per soddisfare l'interesse del quale era stato gerito l'affare rendeva quest'ultimo un suo affare, legittimandolo, in qualità di gerito, ad agire contro il gestore[77].

Nel § 12[78], nel quadro del consueto procedere casistico dei *prudentes*, era riportata un'altra opinione di Pedio, relativa

[76] Per l'esegesi del passo, cfr. Finazzi 2003, p. 396 ss.

[77] Da ultimo, cfr. Deppenkemper 2014a, p. 261; Id. 2014b, p. 344 ss.

[78] Per l'esegesi del passo, cfr. Finazzi 2003, p. 451 ss.

a una variante della fattispecie precedente. *Ego* aveva convocato il debitore di Tizio, defunto, e aveva riscosso il credito, credendo erroneamente che erede di Tizio fosse *Tu*, mentre in realtà erede di Tizio era Seio. Avendo *Tu* ratificato la riscossione, spettava l'*actio negotiorum gestorum* sia ad *Ego* contro *Tu*, per ripetere eventuali spese di esazione, sia reciprocamente a *Tu* contro *Ego*, per farsi trasferire quanto riscosso.

Anche in questo caso la *ratio dubitandi* dimostra che la questione riguardava l'appartenenza dell'affare gerito: se si fosse ritenuto che il *negotium* era *alienum* rispetto a *Tu*, in quanto egli non era erede del creditore Tizio (essendo erroneamente creduto tale da *Ego*), si sarebbe dovuto escludere che a *Tu* contro il gestore *Ego* e a quest'ultimo contro *Tu* spettasse l'azione. Ma anche in questo caso la *ratihabitio* risolveva la questione, inducendo a considerare l'affare gerito appartenente a *Tu*, malgrado all'inizio non lo fosse, e, perciò, radicando pure la legittimazione del vero erede Seio all'*hereditatis petitio* contro *Tu*, che non era erede[79].

Sia nel caso esaminato nel § 11 che in quello esaminato nel § 12, la ratifica aveva una duplice conseguenza, individuando *Tu* come titolare dell'affare gerito da *Ego* ai fini dell'utilizzabilità dell'*actio negotiorum gestorum* e legittimandolo passivamente nella prima fattispecie alla *condictio indebiti* del *solvens* Tizio e nella seconda all'*hereditatis petitio* di Seio, erede di Tizio.

Nel § 13[80] Ulpiano riportava una terza opinione di Pedio, relativa ad una fattispecie nella quale gli elementi differenziali rispetto alla precedente prevalevano rispetto agli elementi comuni. *Ego*, credendo erroneamente che *Tu* fosse erede di una persona defunta, aveva consolidato un'*insula* ereditaria, evidentemente in cattive condizioni statiche e di manutenzione. Avendo *Tu* ratificato la gestione, il problema consisteva nello stabilire se *Ego* potesse intentare l'*actio negotiorum gestorum* contro *Tu* per ottenere la rifusione delle spese sostenute per il consolidamento dell'edificio. Il giurista aveva

[79] Deppenkemper 2014b, p. 360 ss.

[80] Per l'esegesi del passo, cfr. Finazzi 2003, p. 454 s.

escluso tale possibilità, in quanto la gestione di *Ego* aveva arricchito un altro, cioè non *Tu*, che egli credeva erede, ma il vero erede, e anche l'affare era oggettivamente (*re ipsa*) di un altro, cioè del vero erede, non di *Tu*, che erede non era, essendo impossibile considerare appartenente a *Tu* l'affare acquisito ad un altro già a seguito della gestione. La soluzione contraria alla spettanza dell'azione si spiega con il fatto che, nella fattispecie in esame, a differenza che nelle due viste in precedenza, il *negotium* incideva oggettivamente (*re ipsa*) e fin da subito su una cosa di proprietà di una persona diversa dal ratificante, recando un arricchimento al proprietario, cioè al vero erede, non essendo la ratifica sufficiente a far considerare l'affare come proprio del ratificante.

Anche nel § 13, comunque, la questione riguardava l'appartenenza o meno dell'affare gerito al ratificante, la quale, a differenza degli altri due casi, era esclusa perché la gestione aveva inciso su una cosa appartenente a una persona diversa da quella che aveva ratificato[81].

Per valutare quale sia l'apporto dei tre passi, riguardanti la gestione di affari sostanziali, all'indagine relativa alla struttura dell'editto pregiulianeo, va sottolineato che Pedio aveva trattato le tre questioni, tra loro connesse, nel lb. 7 *ad edictum*, ossia in una sede di molto precedente a quella in cui doveva commentare le formule dei *iudicia bonae fidei*.

A questo proposito, rileva il fatto che i materiali relativi al *metus* (§ 39: *Quod metus causa gestum erit*) erano commentati a partire dalla fine del medesimo libro e, poi, nel lb. 8, come si ricava da Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 2, 7 pr.[82], riguardante l'editto sul *metus*, e da Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 2, 14, 5[83], riguardante l'*actio*

[81] Deppenkemper 2014b, p. 365.

[82] *Nec timorem infamiae hoc edicto contineri Pedius dicit libro septimo, neque alicuius vexationis timorem per hoc edictum restitui. Proinde si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit, per hoc edictum non restituitur, quoniam neque vi neque metus causa factum est.*

[83] *Aliquando tamen et si metus adhibitus proponatur, arbitrium absolutionem adfert. Quid enim si metum quidem Titius adhibuit me non conscio, res autem ad me pervenit, et haec in rebus humanis non est sine dolo malo meo: nonne iudicis officio absolvar? Aut si servus in fuga est, aeque, si cavero iudicis officio me, si in meam potestatem pervenerit, restituturum, absolvi debebo. Unde quidam putant bona fide*

quod metus causa gestum erit, in quanto Pedio esaminava l'*arbitrium iudicis in restituenda re*. Non interessa, per la presente disamina la congettura, avanzata in forma dubitativa da Lenel, che la trattazione del *metus* iniziasse non nel lb. 7, ma nel lb. 8[84], perché riferire la trattazione del giurista all'uno o all'altro libro non sposta i termini della questione. Nel lb. 8, verisimilmente a seguire, era commentato anche l'editto sul dolo (§ 40: *De dolo malo*), come risulta da Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 3, 1, 4[85].

Inoltre, al lb. 9 appartenevano opinioni del giurista relative alle rubriche *De alienatione iudicii mutandi causa facta* (§ 46)[86], *Qui arbitrium receperint* (§ 48)[87]. Nel lb. 15, poi, erano trattate l'*actio tributoria* (§ 103)[88] e l'*actio de peculio* (§ 104)[89].

Purtroppo non è noto in quale libro o in quali libri Pedio commentasse i *iudicia bonae fidei* (§§ 106-112), in quanto di quella parte dell'opera è nota solo un'opinione in materia di permuta, tramandata in Paul. 33 *ad ed.* D. 19, 4, 1, 3, senza indicazione del libro di provenienza, ma si deve pensare a una sede immediatamente successiva al lb. 15, di cui si è detto.

E di certo la trattazione di tale materia era contenuta in una parte dell'opera precedente rispetto al lb. 25, dove era

---

emptorem ab eo qui vim intulit comparantem non teneri nec eum qui dono accepit vel cui res legata est. Sed rectissime Viviano videtur etiam hos teneri, ne metus, quem passus sum, mihi captiosus sit. Pedius quoque libro octavo scribit arbitrium iudicis in restituenda re tale esse, ut eum quidem qui vim admisit iubeat restituere, etiamsi ad alium res pervenit, eum autem ad quem pervenit, etiamsi alius metum fecit: nam in alterius praemium verti alienum metum non oportet.

[84] Lenel 1889b, col. 2 nt. 1, il quale argomentava sulla base del riferimento al lb. 8 in Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 2, 14, 5. Non è affatto sicuro, però, che la trattazione di un argomento non potesse essere iniziata in un libro del commentario e continuata nel successivo.

[85] *Ait praetor: 'Si de his rebus alia actio non erit'. Merito praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri: usque adeo, ut et Pedius libro octavo scribit, etiam si interdictum sit quo quis experiri, vel exceptio qua se tueri possit, cessare hoc edictum. Idem et Pomponius libro vicensimo octavo: et adicit, et si stipulatione Tutus sit quis, eum actionem de dolo habere non posse, ut puta si de dolo stipulatum sit.*

[86] Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 7, 4, 2.

[87] Ulp. 13 *ad ed.* D. 4, 8, 7 pr.; 13, 2.

[88] Ulp. 29 *ad ed.* D. 14, 4, 1, 1.

[89] Ulp. 29 *ad ed.* D. 15, 1, 7, 3.

esaminato il contenuto del Tit. XXV (*Si tabulae testamenti extabunt non minus quam VII testium signis signatae*)[90].

Malgrado la scarsità dei punti di riferimento, da quanto sopra osservato discende che la parte del commento pediano alla quale appartenevano i passi in materia di gestione di affari sopra esaminati precedeva quella riguardante la disciplina del *metus* e del dolo, secondo lo stesso ordine che sarebbe stato osservato dopo la codificazione giulianea da Ulpiano e da Paolo, i quali trattavano la gestione di affari rispettivamente nel lb. 10 *ad edictum* e nel lb. 9 *ad edictum* e le tematiche relative al *metus* e al dolo nei rispettivi libri 11 *ad edictum*.

Il dato, in sé considerato, cioè se avulso dalla ricostruzione delle tutele giurisdizionali relative alla gestione di affari altrui e dei loro ambiti d'impiego, potrebbe sembrare poco significativo per l'individuazione della palingenesi pregiulianea del materiale sulla gestione di affari contenuto nell'editto del pretore, che comprendeva da molto tempo la clausola edittale, la *formula in factum concepta* e il *iudicium bonae fidei*[91]. Infatti, non risulta da Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 5, 11-13 (6, 9-11) se Pedio, nel domandarsi a chi appartenesse l'affare gerito, commentasse l'editto *de negotiis gestis*, l'*actio negotiorum gestorum* con formula *in factum concepta*, prendendo spunto nel § 5, 11 (6, 9) dalle parole *negotia A.i A.i*, per poi estendere, nei §§ 5, 12-13 (6, 10-11), la trattazione all'appartenenza dell'affare di una persona defunta (che rilevava per l'individuazione dell'*A.o A.o* o del *N.um N.um condemna* della *condemnatio incerti*), o le espressioni riguardanti l'altruità degli affari geriti contenute nella formula del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede sia in riferimento alla gestione degli affari della persona vivente che a quella degli affari del defunto[92].

Infatti, la prima opzione (secondo la quale Pedio avrebbe commentato l'editto) lascerebbe impregiudicato il problema dell'ubicazione delle formule delle azioni pretorie e civili, essendo compatibile sia con l'idea che, prima della codifica-

[90] Paul. 41 *ad ed.* D. 37.1.6.2.

[91] Finazzi 1999, p. 3 ss.

[92] Finazzi 2003, p. 366; 370; 396 ss.; 451 ss.; 454 s.

zione dell'editto, la parte normativa fosse distinta da quella che avrebbe contenuto le formule, sia con l'idea che ai singoli editti seguissero, se vi erano, le relative *formulae in factum conceptae*, mentre le formule delle azioni civili sarebbero state contenute tutte in una diversa parte dell'editto, ma anche con l'idea che a ciascun editto seguisse, se vi era, la relativa *formula in factum concepta* e poi, sempre se vi era, la formula dell'azione civile. La seconda opzione (secondo la quale Pedio avrebbe commentato la *formula in factum concepta*) escluderebbe l'esistenza di una parte solo normativa non contenente alcuna formula, presupponendo che a seguito di ciascun editto fosse riportata, se vi era, la relativa formula *in factum concepta*, lasciando impregiudicato il problema dell'ubicazione delle formule delle azioni civili, non escludendo la possibilità che queste ultime fossero riportate altrove. La terza opzione (secondo la quale Pedio avrebbe commentato il *iudicium negotiorum gestorum*) implicherebbe che, già prima della codificazione edittale, la formula del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede fosse riportata nella stessa sede in cui erano contenute la clausola edittale e la formula *in factum concepta*.

La soluzione del problema presuppone che siano delineati in maniera precisa, per quanto possibile, gli ambiti di riferimento dell'editto *de negotiis gestis* e della *formula negotiorum gestorum in factum concepta*, da una parte, e del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, dall'altra. Altrimenti, ci si dovrebbe rassegnare a rimanere impelagati nei dubbi, come è successo, se ben intendo, a Cristina Giachi, la quale, nei suoi *Studi su Sesto Pedio*, prima sosteneva che il giurista, nell'esprimere le opinioni tramandate in Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 5, 11-13 (6, 9-11), stesse commentando l'editto e l'azione con *formula in factum concepta*, ravvisando nei passi in esame «casi che sottolineano i punti di frizione delle tutele pretorie nel loro impatto con i concreti assetti di interessi»[93], poi, in una nota, sembrava, diversamente, riferire il commento del giurista alla *demonstratio* dell'*actio negotiorum gestorum*, presente soltanto

[93] GIACHI 2005, p. 473 ss.

nella formula del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, non certo nella formula *in factum concepta*, priva di *demonstratio* e formulata con *si paret* …[94] La ragione della contraddizione è da ricercare proprio nell'incertezza della studiosa circa l'opinione da seguire in merito al rapporto fra l'ambito di applicazione della disciplina pretoria e quello dell'azione di buona fede. Ciò si rifletteva nell'enunciazione di ben tre possibilità alternative: a) Pedio, come poi Ulpiano, avrebbe commentato la *demonstratio* della formula dell'azione di buona fede; b) Pedio avrebbe commentato l'editto che concedeva la formula *in factum concepta* e Ulpiano avrebbe trasferito il discorso nella parte in cui commentava la *demonstratio* della formula *in ius concepta* di buona fede; c) Pedio, come poi Ulpiano, avrebbe commentato l'editto[95]. Infine, in maniera un po' imprecisata e, soprattutto, senza una ferma ed espressa adesione, come se si trattasse di una mera eventualità, veniva offerto il criterio che avrebbe potuto far preferire la prima opzione, basato sulla delimitazione della sfera applicativa dell'editto e dell'azione pretoria all'area della *defensio* del convenuto[96].

4.3. *Estraneità delle opinioni pediane rispetto all'editto* de negotiis gestis e *alla* formula in factum concepta. – La soluzione del problema della topografia dei materiali concernenti la *negotiorum gestio* nell'editto pregiulianeo presuppone, dunque, come passaggio necessario, l'individuazione del concreto punto di riferimento delle opinioni pediane riportate da Ulpiano.

A tale scopo si deve procedere al confronto fra le fattispecie esaminate da Pedio, l'ambito applicativo dell'editto *de negotiis gestis*, che prometteva l'*actio negotiorum gestorum* con for-

---

[94] GIACHI 2005, p. 475 nt. 280.

[95] GIACHI 2005, p. 365 s. nt. 29.

[96] GIACHI 2005, p. 365 s. nt. 29, scriveva «sempre che la *formula in factum* non fosse limitata alle ipotesi di gestione processuale, si veda per questa ipotesi» quanto avevo scritto in FINAZZI 1999, p. 422. A chiarimento di quello che era il mio pensiero, l'ipotesi che formulavo (e della quale sono ancora convinto) era nel senso che l'editto e l'azione pretoria riguardassero solo la gestione finalizzata ad evitare l'*indefensio* del convenuto.

mula *in factum concepta*, e la sfera d'impiego del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede.

L'editto *de negotiis gestis* è riportato in

> Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3 pr.: Ait praetor: 'Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, <sponte>[97] gesserit: iudicium eo nomine dabo'.

In dottrina, sul presupposto della genericità del termine *negotia*, a seconda delle varie opinioni, si è ipotizzato che l'editto abbia introdotto la gestione sostanziale e processuale senza mandato[98], quella del *procurator omnium bonorum*[99], quella spontanea[100].

Ma, malgrado il sostantivo *negotium* abbia astrattamente una portata molto generica, prestandosi a descrivere qualunque affare, di natura giuridica o non giuridica[101], nell'editto *de negotiis gestis* esso descriveva unicamente lo svolgimento di attività riguardanti la rappresentanza processuale del convenuto[102], anche senza che si debba congetturare per forza una originaria menzione della *defensio* nei *verba edicti*[103]. Lo suggerisce, in primo luogo, la *laudatio edicti* ulpianea, che si legge in

> Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 1: Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant.

---

[97] Vd. *infra*, in questo §, in riferimento a Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3, 5, e Finazzi 1999, p. 53 ss.

[98] Partsch 1913, p. 3 ss.

[99] Frese 1926, p. 327 ss.; Id. 1930, p. 399 ss.; Id. 1936, p. 399 ss.

[100] Riccobono 1915, p. 47 ss. (= 1917, p. 209 ss. = 1964, p. 41 ss.); Kreller 1939a, p. 193 ss.; 298 ss.; Id. 1939b, p. 390 ss.; Id. 1940, p. 556; Cenderelli 1997, p. 139 ss.; 147 ss.

[101] Cfr. Facciolati, Forcellini, Furlanetti 1871, p. 356, v. *'Negotium'*; Lewis, Short 1879, p. 1199, v. *'Negotium'*; Berger 1953b, p. 594, v. *'Negotium (negotia)'*. Ulteriore bibliografia in Finazzi, *Ricerche* 2003, p. 49 nt. 1.

[102] Finazzi 1999, p. 3 ss.; 25 ss.; 159 ss.

[103] L'ipotesi era avanzata da Bossowski 1929, p. 133 ss.; Id. 1937, p. 50 ss.

La *magna utilitas* degli *absentes*, la quale giustifica la necessità dell'editto *de negotiis gestis*, consiste nell'evitare che costoro, in quanto *indefensi*: A) subiscano: a) la *missio in bona* e la *bonorum venditio*[104]; b) la *distractio pignoris*; c) l'azione diretta alla comminazione di una pena; B) perdano in contrasto con il diritto sostanziale[105] la propria *res*, da intendere o come una loro cosa o come il loro patrimonio nella sua interezza[106]. Va precisato che le conseguenze *sub* a) e *sub* b) riguardavano le *actiones in personam*, quella *sub* c) le stipulazioni penali che il convenuto era tenuto a prestare per assicurare la sua partecipazione al processo, quella *sub* B) o le conseguenze del processo *extra ordinem* contumaciale o quelle di altre situazioni connesse all'*indefensio* nel processo formulare, come l'inversione della situazione possessoria nel caso di *indefensio* nelle *actiones in rem*, le conseguenze di essa nel procedimento interdittale e forse anche l'usucapione a seguito della *missio in possessionem ex secundo decreto* in caso di *damnum infectum*, sebbene anch'essa discendesse dalla mancata prestazione della *cautio damni infecti*[107].

Il contesto topografico dell'editto rende molto improbabile che Ulpiano riconducesse ad esso adempimenti stragiu-

[104] Su tale conseguenza dell'*indefensio*, in relazione al passo in esame, cfr. D'Amati 2016, p. 96 s.

[105] L'ablativo *iniuria* significa 'ingiustamente', da intendere in questa connessione nel senso di 'contrariamente al diritto sostanziale'. Infatti, in caso di *indefensio*, la perdita patrimoniale era di certo conforme a una norma di diritto processuale (quella che prevedeva le conseguenze dell'*indefensio*), ma era interesse degli assenti non subire gli effetti di tale norma se avevano ragione sul versante del diritto sostanziale. Cfr. Lewis, Short 1879, p. 956, v. *'Iniuria'*.

[106] In Finazzi 1999, p. 26 ss., non scioglievo il dubbio circa l'esistenza o meno di una relazione fra l'*iniuria rem suam amittere* e l'*indefensio*, lasciando aperta l'eventualità che la gestione di affari diretta a evitare al gerito la perdita della cosa riguardasse *absentes* non *indefensi*. Sebbene tale interpretazione rimanga possibile sul versante grammaticale, essa non è molto in armonia con la ripetizione del *vel*, che meglio si concilia con l'ipotesi che anche la parte finale del passo sia riferita agli *indefensi*. Ma, soprattutto, l'ablativo *iniuria* non avrebbe senso al di fuori della dialettica fra la conformità al diritto delle conseguenze pregiudizievoli dell'*indefensio* e l'ingiustizia sostanziale della perdita della *res sua* da parte dell'*indefensus* che avesse dal punto di vista sostanziale ragione.

[107] Finazzi 1999, p. 26 ss.

diziali e gestioni spontanee che non si concretavano nell'evitare le conseguenze dell'*indefensio*, come pur è stato ancora sostenuto dopo la ricerca che avevo dedicato al tema[108]. Infatti, quanto risulta dalla *laudatio edicti* è confermato dal contesto nel quale l'*edictum de negotiis gestis* si trovava con ogni probabilità già all'epoca di Pedio, che è ricostruibile prendendo spunto dalla palingenesi edittale di Lenel, il quale, nel tit. VIII (*de procuratoribus et cognitoribus et defensoribus*), includeva i §§ relativi a *Qui ne dent cognitorem* (§ 25); *Qui ne dentur cognitores* (§ 26); *De cognitore ad litem suspiciendam datum* (§ 27); *De cognitore abdicando vel mutando* (§ 28); *Quibus alieno nomine agere liceat* (§ 29); *Quibus alieno nomine, item per alios agere non liceat* (§ 30); *Quibus municipum nomine agere liceat* (§ 31); *De defendendo eo, cuius nomine quis aget, et de satisdando* (§ 32); *Quod adversus municipes agatur* (§ 33); *Quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur* (§ 34); *De negotiis gestis* (§ 35). Al netto dell'eventualità che all'epoca di Pedio l'ordine degli editti contenuti nel Titolo relativo ai rappresentanti processuali non coincidesse del tutto con quello dell'editto giulianeo e che la materia fosse frazionata in un numero maggiore di editti, è fuor di dubbio che l'editto *de negotiis gestis* si ambientasse nel quadro delle regolamentazioni pretorie relative alla rappresentanza processuale[109].

La portata dell'editto va, però, ulteriormente precisata e circoscritta, in quanto nell'esperienza giuridica romana, da un lato, erano ammesse sia la rappresentanza processuale dell'attore sia quella del convenuto e, dall'altro, erano conosciute varie tipologie di rappresentanza processuale, ossia il *cognitor*, il *procurator*, nelle sue varie declinazioni, lo spontaneo *defensor* del convenuto e il *voluntarius procurator* dell'attore[110].

Sul primo versante, va precisato che, come si ricava dalla *laudatio edicti*, riferita esclusivamente agli *absentes indefensi*, rimaneva estranea all'editto e all'azione con formula *in factum concepta* su di esso basata la rappresentanza processuale dell'attore, che dava origine a un rapporto fra gestore e gerito

[108] Cenderelli 2011, p. 78 ss.
[109] Finazzi 1999, p. 32 ss.
[110] Deppenkemper 2014b, p. 178 ss.

tutelato, in difetto di incarico, dal *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede[111].

Sul secondo versante, si deve osservare che, essendo il rapporto fra parte sostanziale, da un lato, e *cognitor* e *procurator ad litem*, dall'altro, originato da un mandato, che nel primo caso era implicito nel *iussum* esternato nella *datio cognitoris* e nell'accettazione da parte del *cognitor* e nel secondo doveva essere provato al più tardi nella fase *apud iudicem*, l'editto *de negotiis gestis* non concerneva tali figure di rappresentanti, i cui rapporti con la parte in senso sostanziale erano tutelati dal *iudicium mandati*, che era un'azione di buona fede[112], non essendo documentata l'esistenza di una formula *in factum concepta* per il caso di mandato a rappresentare in un processo.

Del resto, neppure sarebbe ipotizzabile una concorrenza elettiva fra *actio mandati* e *actio negotiorum gestorum* con formula *in factum concepta*, atteso che, come si ricava *a contrario* da Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3, 10[113], quest'ultima azione, a differenza dell'*actio negotiorum gestorum* di buona fede, era utilizzabile solo quando l'intromissione negli affari altrui avveniva *sponte et nulla necessitate cogente*, essendo tali presupposti, il primo dei quali era verisimilmente menzionato nell'editto e nella formula[114], incompatibili con il vincolo contrattuale.

Quanto, poi, al *procurator omnium bonorum*, dalle fonti si ricava in generale una transizione del rapporto con il *dominus* dall'area della gestione di affari a quella del mandato, che passò attraverso la fase della concorrenza elettiva delle relative azioni e giunse a compimento solo durante il II secolo d.C.[115]. Prima di quest'ultimo momento, in cui dovette essere ammesso l'impiego della sola *actio mandati*, è dubbio quale azione fosse utilizzabile in caso di *defensio* da parte del *procurator* del *dominus* convenuto, essendo ipotizzabili, in alternativa, diverse soluzioni. Fino a quando il *procurator omnium bonorum* fu considerato solo un gestore di affari, non essendo

---

[111] FINAZZI 1999, p. 89 ss.; spec. 92.
[112] FINAZZI 1999, p. 41 ss.
[113] Vd. *supra*, in questo §.
[114] FINAZZI 1999, p. 53 ss.; 110.
[115] FINAZZI 1999, p. 215 ss.

stata ancora ammessa la rilevanza giuridica del mandato generale, si potrebbe pensare all'impiego del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede o dell'*actio negotiorum gestorum* con *formula in factum concepta* concessa in via utile, data l'officiosità che, stando a D. 3, 5, 3, 10, ne escludeva l'impiego nella forma volgare, allo stesso modo in cui, stando a D. 3, 5, 3, 5[116], avveniva per il *curator furiosi* che assumeva la *defensio* del malato di mente[117]. E, nel I secolo d.C., nel periodo di passaggio, in cui il rapporto fra *dominus* e *procurator omnium bonorum* era inquadrabile sia nella gestione di affari che nel mandato, vi sarebbe stata addirittura, all'inizio, una triplice opzione, essendo possibile utilizzare l'*actio mandati*, il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede o l'*actio negotiorum gestorum* con formula *in factum concepta*, sempre concessa in via utile, essendo, però, verisimile che ragioni di uniformità della regolamentazione abbiano ristretto l'alternativa alle prime due, dato che sarebbe stato illogico ammettere che il *procurator* dovesse *fidem praestare* se convenuto come mandatario e non se convenuto come gestore di affari. Del resto, non è possibile escludere che vi fossero in merito diverse opinioni della giurisprudenza, cancellate dai compilatori giustinianei a seguito della definitiva identificazione del *procurator omnium bonorum* con un mandatario più che alla probabile unificazione tardo antica delle due azioni relative alla gestione di affari.

Pertanto, l'*edictum de negotiis gestis* riguardava solo la gestione processuale di affari, consistente nell'assumere spontaneamente la *defensio* del convenuto *absens*, allo scopo di evitare che si producessero a suo danno gli effetti pregiudizievoli dell'*indefensio*, rimanendo estranee all'ambito della promessa pretoria la rappresentanza del *cognitor*, del *procurator ad litem* e di quello *omnium bonorum* sia dell'attore che del convenuto, la

---

[116] *Et si furiosi negotia gesserim, competit mihi adversus eum negotiorum gestorum actio: curatori autem furiosi vel furiosae adversus eum eamve dandam actionem Labeo ait.*

[117] L'impiego dell'*actio utilis* a tutela del *curator furiosi* è dimostrata dalla terminologia utilizzata: mentre al *defensor* del *furiosus* l'azione *competit*, Labeone aveva affermato che *dandam actionem* al *curator* che ne assumeva la *defensio*.

rappresentanza del *voluntarius procurator* dell'attore e la gestione di affari sostanziale[118].

Lo scopo era, dunque, quello di incentivare o, per lo meno, di non scoraggiare l'assunzione della *defensio* del convenuto *absens*. Esso era perseguito assicurando al gestore la possibilità di ottenere dal rappresentato la rifusione delle spese sostenute e il risarcimento dei pregiudizi subiti per avere assunto la *defensio* altrui, tra i quali soprattutto quelli che, in caso di soccombenza, derivavano dalla *cautio iudicatum solvi* prestata al momento dell'assunzione della *defensio* e dalla condanna subita a seguito della trasposizione di soggetti nella formula dell'azione di cognizione intentata dall'attore contro l'*absens*[119].

Inoltre, come si vedrà in seguito, a partire da un certo momento, da un lato, si ammise che la *formula in factum concepta* potesse essere utilizzata non solo dal *defensor* contro il rappresentato, ma anche da quest'ultimo nei confronti del primo, cioè per proporre azione contraria, allo scopo di farne valere la responsabilità in caso di condotta dolosa[120], e, dall'altro, dapprima forse in un editto diverso e contiguo e poi, come testimonia D. 3, 5, 1, nel medesimo editto, era contemplata la concessione dell'azione con formula *in factum concepta* anche per il caso di assunzione della *defensio* del convenuto defunto dopo essere stato *in ius vocatus* dall'attore, anch'essa utilizzabile in entrambe le direzioni, come azione diretta e contraria[121].

La gestione senza mandato di ogni altro affare altrui, cioè quella gestione, spontanea o officiosa, che non si identificava nell'assunzione spontanea della *defensio* del convenuto, non rientrava nell'area dell'editto *de negotiis gestis* e dell'azione con formula *in factum concepta* su di esso basata. A tutela del gerito

---

[118] Finazzi 1999, p. 53 ss.; 89 ss.

[119] Finazzi 1999, p. 95 ss. Va segnalato in margine che, nella rappresentanza processuale volontaria, al di fuori del caso di condanna del *cognitor*, il pretore non concedeva l'*actio iudicati* contro il convenuto, ma contro il rappresentante processuale, il quale, pertanto, rischiava anche la *bonorum venditio*.

[120] Finazzi 1999, p. 99 ss.

[121] Finazzi 1999, p. 78 ss.; Id. 1998-1999, p. 759 ss.

e del gestore spettava, in questi casi, il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, che, come si ricava dalle notizie fornite da Cicerone, data, con ogni probabilità, all'incirca alla metà del I secolo a.C.[122] Soprattutto a questa azione si riferiscono le fonti tramandate dal Digesto e dal *Codex*, atteso che la spontanea *defensio*, con l'affermarsi della *cognitio* postclassica, nella quale era ammessa la legittima contumacia del convenuto, fu verisimilmente oggetto di una rapida decadenza[123].

Va segnalato che, in tempi lontani, l'esistenza di due *actiones negotiorum gestorum*, una con formula *in factum concepta* e l'altra di buona fede, è stata negata da una parte della dottrina. L'opinione iniziale di Lenel, secondo la quale, essendovi solo l'azione di buona fede, l'editto sarebbe stato introdotto perché essa sarebbe stata impiegata anche a tutela del rapporto fra il *defensor* e il *dominus litis*[124], contrasta con la normale funzione degli editti magistratuali in materia giurisdizionale, che era quella di introdurre mezzi di tutela fondati sul *ius honorarium*. Lo studioso aggirava l'ostacolo osservando che anche l'*edictum de operis libertorum* (Tit. XXIV, § 140) fondava un'azione civile, per cui il caso della gestione di affari non sarebbe stato l'unico in cui un editto fondava un'azione del genere[125], ma in seguito, abbandonata l'idea che l'editto sulle *operae* avesse introdotto l'*actio operarum*, che era civile[126], giunse ad ammettere anche l'esistenza dell'*actio negotiorum gestorum* con formula *in factum concepta*[127]. Altrettanto inverisimili sono le ipotesi secondo le quali l'editto *de negotiis gestis*, sempre senza introdurre una *formula in factum concepta*, avrebbe ampliato la sfera d'impiego dell'azione di buona fede

[122] Finazzi 1999, p. 165 ss.

[123] Finazzi 1999, p. 138 ss.

[124] Lenel 1883, p. 85 s.

[125] Lenel 1883, p. 269 s.

[126] Lenel 1927, p. 338 s., ipotizzava che il pretore intendesse precisare che non erano azionabili le prestazioni al compimento delle quali era subordinata l'affrancazione degli schiavi, essendo anche prevista un'apposita *exceptio* nella rubrica *quarum rerum actio non datur* (Tit. XLIV, § 278), e che, ciò nonostante, al di fuori di tale caso rimaneva utilizzabile dal patrono l'*actio operarum*, che era civile.

[127] Lenel 1907, p. 101 e nt. 3; Id. 1927, p. 102 e nt. 4.

dalla gestione di affari altrui a quella degli affari ereditari[128] o dalla rappresentanza processuale spontanea ad altre tipologie di gestione[129].

Non è possibile in questa sede, né sarebbe proficuo, riesaminare tutti i passi del commento ulpianeo all'editto *de negotiis gestis* e all'azione pretoria per verificarne la coerenza con l'identificazione del *si quis* che *negotia alterius gesserit* con il *defensor*, essendo, a questo proposito, sufficiente soffermarsi sui casi più dubbi.

L'opinione ulpianea espressa in Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3, 1[130], secondo la quale il *si quis* dell'editto doveva essere integrato con *sive quae*, sembrerebbe in contrasto con il fatto che alle donne era vietato non solo di *postulare pro aliis*[131], ma anche di *defendere*[132] e di essere *procuratores*[133]. Ma, come osservavo molti anni or sono[134], anche volendo escludere la paternità compilatoria della precisazione, che sarebbe stata suggerita dalla scomparsa dell'azione pretoria, l'estensione alla fattispecie della donna che aveva assunto la *defensio* sarebbe spiegabile in quanto vi erano alcune eccezioni al divieto, come quella relativa ai *parentes* affetti da un *morbus* o dall'*aetas*, che, pur essendo ricordata in riferimento all'*agere* della donna in Paul. 8 *ad ed.* D. 3, 3, 41[135], doveva essere ammessa a

---

[128] Pernice 1898, p. 168 nt. 1.

[129] Cogliolo 1890, p. 13; 61 ss.

[130] *Haec verba 'Si quis' sic sunt accipienda 'sive quae': nam et mulieres negotiorum gestorum agere posse et conveniri non dubitatur.*

[131] Ulp. 6 *ad ed.* D. 3, 1, 1, 5 i. p.: *secundo loco edictum proponitur in eos, qui pro aliis ne postulent: in quo edicto excepit praetor sexum et casum, item notavit personas in turpitudine notabiles. Sexum: dum feminas prohibet pro aliis postulare. Et ratio quidem prohibendi, ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres: origo vero introducta est a Carfania improbissima femina, quae inverecunde postulans et magistratum inquietans causam dedit edicto …*

[132] Paul. 50 *ad ed.* D. 3, 2, 54 pr.: *neque femina neque miles neque qui rei publicae causa afuturus est aut morbo perpetuo tenetur aut magistratum initurus est aut invitus iudicium pati non potest, idoneus defensor intellegitur.*

[133] Ulp. 1 *ad Sab.* D. 50.17.2 pr.: *feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere.*

[134] Finazzi 1999, p. 128 ss.

[135] *Feminas pro parentibus agere interdum permittetur causa cognita, si forte parentes morbus aut aetas impediat, nec quemquam qui agat habeant.*

maggior ragione per l'assunzione della *defensio*, e quella documentata, in riferimento al *Sc. Vellaeanum*, in Paul. 30 *ad ed.* D. 16, 1, 3[136], dove era escluso che integrasse l'*intercedere pro aliis* l'assunzione, da parte della donna, della *defensio* della persona che, ove condannata, avrebbe potuto agire in regresso contro di lei, come chi le aveva venduto un'eredità ed era stato convenuto dai creditori ereditari e il fideiussore che ne aveva garantito l'obbligazione ed era stato convenuto dal creditore. Si deve aggiungere che, prima dell'introduzione del divieto di *intercedere pro aliis* ad opera del senato, la donna poteva assumere la *defensio* per il marito, il figlio, il padre, sebbene, al più tardi in età severiana, ciò non fosse più ammesso secondo quanto si legge in Ulp. 28 *ad ed.* D. 16, 1, 2, 5[137], di modo che la precisazione, probabilmente tralaticia, relativa al significato del *si quis* dell'editto aveva avuto in precedenza una giustificazione anche maggiore.

Si deve anche segnalare che, secondo quanto si apprende da Ulp. 49 *ad ed.*, D. 26, 7, 10[138], pur relativo alla tutela degli impuberi e, dunque, al versante della rappresentanza necessaria, nel *defendere* rientravano non solo l'assunzione della rappresentanza del convenuto in un processo, ma anche l'effettuazione della *solutio*, alludendosi verisimilmente a quella effettuata *in iure* per evitare l'instaurazione del processo, e la prestazione di una *stipulatio*, con ogni probabilità pretoria. Tra queste condotte, l'adempimento dell'obbligazione gravante sul debitore convenuto, esaurendosi in un atto non processuale, se non per il contesto in cui era posto in essere, probabilmente poteva essere effettuato anche da una donna[139].

---

[136] *Sed si eum defendat, qui damnatus regressum ad eam habeat, veluti cum venditorem hereditatis sibi venditae vel fideiussorem suum defendat, intercedere non videtur.*

[137] *Sed et si mulier defensor alicuius exstiterit, procul dubio intercedit: suscipit enim in se alienam obligationem, quippe cum ex hac re subeat condemnationem. Proinde neque maritum neque filium neque patrem permittitur mulieri defendere.*

[138] *Generaliter quotienscumque non fit nomine pupilli quod quivis pater familias idoneus facit, non videtur defendi: sive igitur solutionem sive iudicium sive stipulationem detrectat, defendi non videtur.*

[139] Finazzi 1999, p. 131 e nt. 53.

Un altro problema si pone per la riconducibilità all'azione con formula *in factum concepta* del contenuto di Ulp 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3, 4[140], riguardante, nella redazione compilatoria, la fattispecie del *pupillus* che aveva gerito gli affari altrui senza assistenza del tutore. Considerato che l'impubere, dovendosi astenere da tutti gli uffici civili[141] e non potendo *postulare pro se* e, dunque, neppure *pro aliis*, in quanto di età minore di diciassette anni[142], non poteva assumere la *defensio*, né propria né altrui[143], e che non sembra siano state ammesse deroghe ai divieti segnalati[144], è senz'altro da escludere che Ulpiano trattasse in tale sede dei rapporti fra un impubere *defensor* e l'adulto convenuto rappresentato nel processo. Ulteriore perplessità desta la menzione della gestione dell'impubere nell'ambito del commento ulpianeo all'*alterius* dell'editto sulla gestione consistente nella *defensio* del convenuto, atteso che la particolarità del caso esaminato nel passo riguardava il gestore e non il gerito, cioè il *quis* dell'editto e non l'*alterius*[145].

Lasciando da parte interpretazioni già a un primo sguardo infondate, peraltro inidonee a spiegare la posizione del passo nella parte del commento relativa alla parola *alterius*[146], se si

---

[140] *Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum divi Pii etiam conveniri potest in id quod factus est locupletior: agendo autem compensationem eius quod gessit patitur.*

[141] Ulp. 1 *ad Sab.* D. 50, 17, 2, 1: *item impubes omnibus officiis civilibus debet abstinere.*

[142] Ulp. 6 *ad ed.* D. 3, 1, 1, 3: *initium autem fecit praetor ab his, qui in totum prohibentur postulare. In quo edicto aut pueritiam aut casum excusavit. Pueritiam: dum minorem annis decem et septem, qui eos non in totum complevit, prohibet postulare, quia moderatam hanc aetatem ratus est ad procedendum in publicum, qua aetate aut Paulo maiore fertur Nerva filius et publice de iure responsitasse …*

[143] Finazzi 1999, p. 131 ss.

[144] Non lo era certamente quella documentata in Imp. Alexander A. Frontino militi C. 2, 12(13), 12, dove ad assumere la *defensio* del padre soldato era stato un minore, con ogni probabilità di venticinque anni, come si ricava dal confronto con Ulp. 60 *ad ed.* D. 3, 3, 51 pr.

[145] Finazzi 1999, p. 133 e nt. 61; 135.

[146] Contro l'ipotesi dell'errore del magistrato circa l'età del *defensor*, quella secondo la quale l'impubere si sarebbe limitato ad adempiere *in iure* l'obbligazione del convenuto e quella secondo la quale l'impubere avrebbe richiesto l'*interdictum de homine libero exhibendo pro cognato vel parente vel adfine*, come ammesso in Ulp. 71 *ad ed.* D. 43, 29, 3, 11, cfr. Finazzi 1999, p. 132 s.

volesse ammettere che in quella sede già si trattasse dell'impubere, si dovrebbe congetturare che, nella redazione originaria, egli non fosse il gestore, come invece in quella compilatoria, ma il gerito, cioè che una persona diversa dal tutore, senza l'*auctoritas* di quest'ultimo, avesse assunto la *defensio* dell'impubere convenuto. A tal fine, si è ipotizzato che la prima parola del passo non fosse il nominativo *pupillus*, ma il genitivo *pupilli* e che, dunque, il testo iniziasse con le parole *Pupilli sane si negotia gesserit*[147]. Tuttavia, si avvertirebbe la mancanza sia dell'indicazione del soggetto di *negotia gessit*, ossia del *defensor*, sia di quella del soggetto, l'impubere, esposto all'azione nei limiti dell'arricchimento. Inoltre, l'*etiam* presupporrebbe che il *defensor* potesse agire anche contro il tutore, essendo la *defensio* stata assunta per sottrarre quest'ultimo a una responsabilità, come in riferimento all'azione di buona fede era ammesso in Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 5, 2[148], ma di una tale eventualità il passo tace.

L'indicazione del soggetto di *negotia gessit* sarebbe stata superflua ove Ulpiano avesse scritto *Pupilli sane si negotia gesserim*, ma sarebbe stato comunque necessario precisare che ad essere convenuto era l'impubere e vi era, comunque, quell'*etiam* che non trova una giustificazione al livello del testo giustinianeo[149]. Sembrerebbe, inoltre, che l'uso della prima persona singolare, la quale identificherebbe con *Ego* il gestore, non sia molto in armonia con la costruzione impersonale *conveniri potest* utilizzata a seguire.

Le difficoltà rilevate sarebbero superabili congetturando che Ulpiano scrivesse *pupill[us]<i> sane <,> si <quis sine mandatu tutoris> negotia gesserit, <tutor conveniri potest. sed> post re-*

---

[147] CUJAS 1722, col. 365 s., sul presupposto che il passo fosse parte del commento ad *alterius*.

[148] *Iulianus libro tertio digestorum scribit, si pupilli tui negotia gessero non mandato tuo, sed ne tutelae iudicio tenearis, negotiorum gestorum te habebo obligatum: sed et pupillum, modo si locupletior fuerit factus.*

[149] DE FRANCISCI 1907, p. 345 s., in base al confronto con il § 5, relativo alla gestione degli affari del *furiosus* da parte di persona diversa dal curatore, proponeva di ricostruire il testo classico come segue: *pupill[us]<i> sane si negotia gesseri[t]<m>, post rescriptum divi Pii <pupillus> etiam conveniri potest in id quod factus est locupletior.*

scriptum divi Pii etiam <pupillus> conveniri potest in id quod factus est locupletior. Il riferimento alla possibilità che fosse convenuto il tutore sarebbe stato eliminato per evitare una ripetizione rispetto a D. 3, 5, 5, 2, in un contesto nel quale ormai l'*actio negotiorum gestorum* era una sola, relativa alla gestione sostanziale e di buona fede, ma dell'originaria menzione del tutore sarebbe rimasta traccia nell'*etiam*, altrimenti inspiegabile. Proprio tale eliminazione avrebbe reso necessaria la trasformazione di *pupilli* in *pupillus*, troppo sbrigativa nella misura in cui, ad onta del contesto riguardante il commento ad *alterius*, aveva trasformato l'impubere in un gestore, che in quanto tale poteva essere convenuto dal gerito.

Meno verisimile è che all'inizio della redazione ulpianea fosse già presente il nominativo *pupillus*. Vero è che Ulpiano potrebbe senz'altro avere scritto *Pupillus sane si <quis eius> negotia gesserit*[150] oppure, come mi era sembrato verisimile in tempi ormai lontani, *Pupillus sane [si negotia gesserit] <cuius sine tutoris auctoritate negotia gesta sunt>*[151]. In una struttura di discorso del genere, però, sarebbe molto meno agevole inserire la menzione dell'azione del *defensor* contro il tutore, evocata dall'*etiam* della parte seguente del passo, perché, essendo *pupillus* sia il titolare dei *negotia*, sia colui il quale poteva essere convenuto nei limiti dell'arricchimento, non si vedrebbe come si potesse descrivere, nel bel mezzo, l'eventualità che fosse convenuto il tutore, al quale il *defensor* avrebbe voluto evitare la responsabilità omissiva.

In ogni caso, rimarrebbe da valutare quale fosse l'arricchimento conseguito dall'impubere a seguito dell'assunzione della *defensio* da parte di chi non era tutore, nei limiti del quale sarebbe stata contenuta la pretesa del *defensor*, fatta valere con l'azione menzionata in Ulp. 1 *ad Sab.* D. 26, 8, 1 pr. e in D. 40 *ad Sab.* D. 26, 8, 5 pr.-1, concessa in base al *rescriptum divi Pii*[152]. Non essendovi alcun incremento del patrimonio dell'impubere, forse la *locupletatio* si sarebbe potuta iden-

[150] THOMASIUS 1769, p. 7.

[151] FINAZZI 1999, p. 132 ss.

[152] Sull'arricchimento dell'impubere, cfr. LABRUNA 1962, p. 1 ss.; TALAMANCA 1964, p. 83 ss.

tificare con il pregiudizio evitato, ricostruibile in base a D. 3, 5, 1[153].

Ma vi sono anche altri problemi, riguardanti la parte finale del passo, nella quale è menzionata la compensazione. Innanzi tutto, l'espressione *compensationem … patitur* non sembra in linea con la *compensatio ope exceptionis* delle *actiones stricti iuris*, della quale è menzione in Inst. 4, 6, 30[154]. Inoltre, sul versante grammaticale, il soggetto che doveva subire la compensazione sembra essere sempre il *pupillus*, per cui l'azione menzionata nell'ultima parte del passo non potrebbe essere quella proposta dal *defensor* contro l'impubere nei limiti dell'arricchimento, di cui si trattava nella prima parte del passo, bensì quella proposta dall'impubere contro il *defensor*, che presupponeva un pregiudizio subito dal rappresentato. Ma, se ad agire era l'impubere e non il *defensor*, non avrebbe avuto senso che egli sopportasse la compensazione di *eius quod gessit*, perché l'impubere non aveva gerito nulla, non essendo il gestore, ma il gerito. Il problema sarebbe risolvibile ipotizzando che Ulpiano scrivesse *agendo autem compensationem eius quod <defensor> gessit patitur*. In alternativa, si dovrebbe ritenere che nell'ultima parte del passo, il soggetto fosse mutato, essendo il *defensor*, il quale agiva contro l'impubere sulla base del *rescriptum divi Pii* nei limiti della *locupletatio*, e che l'impubere gli potesse opporre in compensazione i pregiudizi subiti a seguito della *defensio*. Ma, se vi era stato arricchimento dell'impubere, ciò significava che la lite aveva avuto esito favorevole, non essendo in questo caso agevole individuare un credito che l'impubere potesse opporre in compensazione. Di modo che l'intero tratto *agendo-patitur* potrebbe essere spurio[155].

Infine, l'idea che l'editto *de negotiis gestis* riguardasse solo la *defensio* è stata criticata sulla base di Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3, 6[156],

---

[153] Vd. *supra*, in questo §.

[154] … *Sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur* …

[155] De Francisci 1907, p. 345 s.; Finazzi 1999, p. 137.

[156] *Haec verba: 'Sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit' significant illud tempus, quo quis post mortem alicuius negotia gessit: de quo fuit necessarium edicere, quoniam neque testatoris iam defuncti neque heredis qui nondum adiit negotium gessisse videtur. Sed si quid accessit post mortem, ut puta partus et*

dove è commentata la parte dell'editto relativa ai *negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit*[157]. Ma l'opinione secondo la quale tale previsione sarebbe incompatibile con la gestione prevista dall'editto è infondata[158].

Quanto osservato, comunque, esclude che Pedio, nell'affrontare nel lb. 7 il problema dell'appartenenza dell'affare gerito, commentasse l'editto *de negotiis gestis* o la *formula in factum concepta* che esso prometteva, in quanto la gestione aveva per oggetto affari sostanziali e segnatamente, nei primi due casi esaminati dal giurista, un'esazione stragiudiziale e, nel terzo, un'attività di consolidamento di un edificio, versandosi al di fuori dell'assunzione della *defensio* del convenuto e, dunque, essendo utilizzabile il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede.

Un ulteriore profilo di estraneità della questione affrontata dal giurista nel lb. 7 rispetto all'editto *de negotiis gestis* e all'azione pretoria basata su di esso consiste nel fatto che egli, nei §§ 5, 11(6, 9) e 5, 12 (6, 10), si interrogava (nel primo caso soltanto e nel secondo anche) in merito alla possibilità o meno per il gerito di appropriarsi della gestione di affari di un terzo effettuata nel suo interesse, cioè di rendere propri affari che oggettivamente non lo erano, per mezzo della *ratihabitio*. Tale tema era estraneo all'azione pretoria, in cui l'appartenenza dell'affare al rappresentato dipendeva dal fatto che egli era il convenuto del quale il gestore aveva assunto spontaneamente la *defensio*.

4.4. *Contestualizzazione degli apporti di Pedio e ordine dei materiali edittali.* – Da quanto osservato discende, al di là di ogni ragionevole dubbio, che la trattazione di Pedio, come poi quella di Ulpiano, aveva per oggetto la *demonstratio* del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, prendendo spunto, nel § 5, 11 (6, 9), dalle parole *A.i A.i negotia* dell'azione diretta, sebbene la disamina fosse poi estesa, nei §§ 5, 12-13 (6, 10-11), all'azione spettante al gestore contro il gerito e alla

fetus et fructus, vel si quid servi adquisierint: etsi his verbis non continentur, pro adiecto tamen debent accipi.

[157] Cenderelli 2011, p. 82 ss.

[158] Cfr. Finazzi 1988-1999, p. 759 ss. ed *infra*, § 10.

gestione di affari di una persona defunta, per la quale, come si vedrà, era utilizzata un'altra formula[159].

In conclusione, ammettendosi per ipotesi e fino a prova contraria che il giurista seguisse l'ordine delle materie contenute nell'editto del pretore, l'editto *de negotiis gestis*, le *formulae in factum conceptae* che erano fondate su di esso e il *iudicium negotiorum bonae fidei* dovevano essere, già prima dell'intervento giulianeo, contenute tutte nella stessa sede edittale, della quale Pedio si occupava nel lb. 7 *ad edictum*.

La ragione per la quale, ai tempi di Pedio, la formula del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede era riportata subito dopo quella *in factum concepta* era verisimilmente connessa alla combinazione di due fattori: da un lato, anche l'azione di buona fede era utilizzabile in presenza della *gestio* di *negotia* altrui, sebbene si trattasse di affari di tipo diverso, e, dall'altro, essa era utilizzabile anche a fronte dell'assunzione della rappresentanza processuale e, segnatamente, di quella dell'attore da parte di un *voluntarius procurator* intervenuto spontaneamente o di un gestore officioso, come il *procurator omnium bonorum* prima che fosse considerato un mandatario, il tutore muliebre, il *curator* del *furiosus* e, più tardi, quello del minore di venticinque anni, sebbene questi impieghi in materia processuale non fossero quelli prevalenti[160]. Pertanto, l'azione di buona fede ben si ambientava nel titolo edittale relativo ai rappresentanti processuali.

Più dubbio è se, sulla scelta di inserire il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede nella sede edittale riscontrata, possa avere inciso anche l'astratta possibilità di agire con tale azione in caso di *defensio* del convenuto assunta dal *procurator omnium bonorum*, magari in alternativa con l'azione con *formula in factum concepta* concessa in via utile, prima dell'inquadramento del rapporto fra *dominus* e *procurator omnium bonorum* nel contratto di mandato.

Quest'ultimo problema, riguardante l'assunzione della *defensio* del convenuto da parte di gestori officiosi, si pone anche per la *defensio* della donna convenuta, del *furiosus*, del *prodigus*,

[159] Vd. *infra*, § 10.

[160] Finazzi 2003, p. 51.

del minore di venticinque anni convenuti, assunta, rispettivamente, dal tutore muliebre, dal *curator furiosi*, dal *curator prodigi* e, forse non ancora ai tempi di Pedio, dal *curator minoris*. Tale eventualità non è esclusa da Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3, 5[161], dove la contrapposizione fra le parole *competit … actio*, riferite all'assunzione spontanea della *defensio* di un *furiosus*, e le parole *dandam actionem*, riferite alla *defensio* del *furiosus* assunta dal curatore, ulteriormente sottolineata dall'avversativo *autem*, dimostra che, secondo Labeone, mentre allo spontaneo *defensor* del *furiosus* spettava contro il rappresentato l'*actio negotiorum gestorum* con *formula in factum concepta*, basata sull'editto *de negotiis gestis*, al *curator* che, nell'esercizio del proprio *officium*, aveva assunto la *defensio* del *furiosus* o della *furiosa* era concedessa la medesima azione, probabilmente adattata in via utile, contro il rappresentato, rimanendo dunque tale azione, in quanto decretale, al di fuori della previsione dell'editto[162]. L'originaria menzione della concessione dell'*actio* con formula *in factum concepta* in via utile nel passo ulpianeo, che si spiega con la natura officiosa della *defensio* del curatore, la quale la poneva al di fuori dell'area coperta dall'azione edittale pretoria, riguardante la *defensio* assunta spontaneamente, è comprovata anche dall'equivoco in cui incorreva, leggendo il testo classico, l'autore di *Cod. Bodl. Baroc.* 173, ll. 165-172, il quale riteneva che l'azione spettante al curatore contro il *furiosus* o la *furiosa* fosse sempre, cioè anche al di fuori della rappresentanza processuale del convenuto, l'*actio negotiorum gestorum utilis*, laddove nel periodo classico, nel caso di gestione diversa dall'assunzione della *defensio*, il rapporto fra curatore e *furiosus* era tutelato dal *iudicium bonae fidei* previsto nell'editto[163].

Se ne ricava che, agli inizi del periodo classico, anche negli altri casi di assunzione della *defensio* in ottemperanza a un *officium*, si preferiva verisimilmente la medesima soluzione, cioè quella secondo la quale era utilizzabile l'azione con for-

[161] *Et si furiosi negotia gesserim, competit mihi adversus eum negotiorum gestorum actio: curatori autem furiosi vel furiosae adversus eum eamve dandam <utilem> actionem Labeo ait.*

[162] Finazzi 1999, p. 58 ss.; 73, per il *procurator omnium bonorum.*

[163] Finazzi 1999, p. 58 ss.

mula *in factum concepta* in via utile[164]. Ciò non esclude che, anche quando un gestore officioso assumeva la *defensio* del gerito, potesse essere impiegata, in alternativa, l'azione di buona fede,

Invece, è da escludere che sulla posizione della formula del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede nell'editto abbia potuto dispiegare un ruolo la circostanza che tale azione poteva anche tutelare indirettamente il *defensor* contro il convenuto rappresentato e viceversa. Ciò accadeva perché, nella regolamentazione del *iudicum bonae fidei*, da un lato, il gestore di affari altrui era obbligato ad *a semet ipso exigere*[165], cioè rispondeva anche per le obbligazioni gravanti su di lui a titolo diverso dalla gestione nei confronti del gerito[166], e, dall'altro, il gestore poteva adempiere per conto del gerito a favore di sé stesso e, se non lo poteva fare, agire con l'*actio negotiorum gestorum* di buona fede per ottenerne l'adempimento[167], ricavandosene che il gerito doveva adempiere anche le obbligazioni sorte a suo carico a diverso titolo nei confronti del gestore[168]. In sostanza, le obbligazioni sorgenti a carico del gerito dall'assunzione della *defensio* e la correlativa responsabilità del *defensor* erano assorbite dall'azione di buona fede, utilizzabile quando la gestione comprendeva affari diversi da quelli consistenti nell'assunzione della *defensio* del convenuto. Da tale prospettiva, l'azione di buona fede poteva anche riguardare la *defensio* del convenuto e, pertanto, ne usciva in qualche misura rafforzata la scelta del pretore di inserire la formula del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede appena dopo quella dell'azione promessa dall'editto *de negotiis gestis*. Tuttavia, da un lato, l'assorbimento nell'*actio negotiorum gestorum* di buona fede riguardava tutte le obbligazioni esigi-

---

[164] Finazzi 1999, p. 73.

[165] Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 5, 14 (6, 12); D. 3, 5, 7 (8) pr.; 35 *ad ed.* D. 27, 3, 13; Tryph. 2 *disp.* D. 3, 5, 37 (38); Proc.-Peg. in Paul. 9 *ad ed.* D. 3, 5, 17 (18); 2 *ad Ner.* D. 3, 5, 18 (19); Scaev. 1 *quaest.* D. 3, 5, 34 (35) pr.-2. Limiti di operatività del principio sono documentati in Scaev. 1 *quaest.* D. 3, 5, 34 (35), 3.

[166] Finazzi 2006a, p. 46 ss.

[167] Scaev. 1 *quaest.* D. 3, 5, 34 (35), 1; Paul. 9 *ad ed.* D. 3, 5, 12 (13).

[168] Finazzi 2006a, p. 179 ss.

bili, qualunque fosse la loro fonte, e, dall'altro, essendo tale aspetto della regolamentazione il frutto della riflessione dei *prudentes* a partire dal I secolo d.C., è improbabile che di esso possa avere tenuto conto il pretore nel collocare la formula dell'azione di buona fede nella stessa sede edittale nella quale figuravano l'editto e la formula *in factum concepta*.

5. *Inesistenza di elementi di valutazione circa la topografia del* iudicium negotiorum gestorum *di buona fede nelle opere di commento all'editto precedenti a quella di Pedio.*

Accertato che il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede era esaminato da Pedio nella stessa sede dei suoi *libri ad edictum* in cui erano commentati l'editto *de negotiis gestis* e la *formula in factum concepta*, essendo, dunque, osservato lo stesso ordine che poi avrebbe seguito Ulpiano, la verifica va estesa ai libri edittali dei giuristi più risalenti.

Purtroppo, nessuna delle altre opere *ad edictum* precedenti al riordinamento giulianeo dell'editto fornisce indicazioni che possano confermare o smentire quanto osservato sulla base del commento di Pedio (sul presupposto, in realtà indimostrato, che esso dati a epoca precedente alla codificazione giulianea dell'editto) e, cioè, la presenza, in un contesto topografico unitario, dell'editto *de negotiis gestis*, della *formula in factum concepta* e del *iudicium bonae fidei*, per il semplice fatto che non vi sono dati che consentano di ricostruire precisamente, per ciascun commentario edittale, l'ordine della trattazione relativa alla gestione di affari e, dunque, quello probabile dei materiali commentati nell'editto. Ciò significa che, per quanto riguarda la gestione di affari altrui, il problema dell'ordine dei materiali edittali per l'epoca anteriore a Pedio non è illuminato dai contributi dei giuristi precedenti.

Per i due *libri ad Brutum* di Servio[169] mancano elementi di valutazione[170]. Al di fuori di tale opera, per il tramite di Paul.

[169] Lenel 1889b, col. 322 s. (Serv. fr. 4).

[170] Come si apprende da Pomp. *sing. ench.* D. 1, 2, 2, 44, … *Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit*, per cui, anche se ci fosse pervenuto un passo dell'opera relativo alla gestione di affari

9 *ad ed.* D. 3, 5, 20 (21) pr.[171], dove si attingeva ai *Digesta* di Alfeno, è noto un responso serviano nel quale era ammessa la concessione da parte del pretore di un'azione in una fattispecie molto anomala di gestione di affari sostanziale, un po' a metà fra un mandato e una *negotiorum gestio*. Il responso era riferito dall'allievo di Servio nel lb. 39 *digestorum*, che era il penultimo[172], ma, da un lato, le parole *aequum esse praetorem in eum reddere iudicium* dimostrano che non si trattava di un'azione edittale e, dall'altro, l'opera verisimilmente non seguiva l'ordine edittale, a differenza dell'epitome anonima e di quella paulina[173].

Neppure per il commento all'editto di Ofilio è possibile dire dove fosse esaminato il materiale relativo alla gestione di affari[174] e, in ogni caso, non è chiaro se egli seguisse, nella trattazione del materiale edittale, l'ordine dell'editto, che sarebbe stato poi osservato nell'epitome anonima e in quella di Paolo dei *Digesta* di Alfeno[175]. Inoltre, non fornisce alcuna indicazione sulla topografia del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede nei commentari edittali di Ofilio la sua opinione, comune a Trebazio e condivisa da Labeone, ma confutata da Paolo, che probabilmente l'attingeva dal giurista di età augustea, riferita in Paul. 32 *ad ed.* D. 17, 1, 22, 10[176], secondo la quale, nella fattispecie della vendita effettuata, nella redazione

---

con la numerazione del libro di provenienza, solo se esso fosse appartenuto al lb. 2 se ne sarebbe potuto trarre qualche elemento nel senso di una discontinuità fra l'ordine edittale del I secolo a.C. e quello dell'editto giulianeo.

[171] Vd. *infra*, § 7.

[172] Lo si desume dall'indice delle opere utilizzate dai compilatori, dove sono menzionati i quaranta libri di *digesta* di Alfeno: *Ind. auct.* IV, in Mommsen 1870, p. LII*.

[173] Lenel 1889a, col. 37 nt. 1. Dei tre responsi serviani contenuti nei *Digesta* di Alfeno non epitomati, il primo, proveniente dal lb. 1, riguarda il testamento (Iav. 5 *ex post. Lab.* D. 28, 1, 25), il secondo, proveniente dal lb. 34, l'espressione *purum pulum* contenuto nel trattato fra Roma e Cartagine (Gell. 7, 5, 1) e il terzo, proveniente dal lb. 39, il caso trattato in D. 3, 5, 20 (21) pr.

[174] Lenel 1889a, col. 795 ss. (Ofil. da fr. 2 a fr. 18).

[175] Alludo alla singolare notizia che si legge in Pomp. *sing. ench.* D. 1, 2, 2, 44 (… *de iurisdictione idem edictum praetoris primus diligenter composuit* …).

[176] Per il testo, vd. *infra*, § 7.

giustinianea, dal *curator bonorum*, ma nel testo originario dal *magister bonorum*, nell'interesse dei creditori, quelli presenti potevano agire contro di lui con l'*actio mandati* e quelli assenti con il *iudicium negotiorum gestorum*. Inferire dalla soluzione di un caso concreto che le azioni relative al mandato e alla gestione di affari fossero collocate l'una dopo l'altra nell'editto equivalrebbe a dare libero sfogo alla fantasia, come è confermato dal fatto che Paolo, malgrado alla sua epoca l'*actio mandati* e l'*actio negotiorum gestorum* di buona fede fossero ubicate in sedi edittali lontane fra loro, discuteva il caso nel lb. 32 *ad edictum*, dove commentava la formula dell'*actio mandati*.

Potrebbe sembrare sorprendente che non emerga alcuna indicazione, malgrado il materiale non sia scarso, per i *libri ad edictum* di Labeone, i quali, riguardando sia l'editto del pretore urbano sia quello del pretore peregrino, verisimilmente avevano una numerazione unitaria[177]. In primo luogo, è da escludere che la famosa *definitio* proveniente dal lb. 1 *(ad edictum) praetoris urbani*, avente per oggetto *agere*, *gerere* e *contrahere*, della quale ci informa Ulp. 11 *ad ed.* D. 50, 16, 19[178], appartenesse alla sede edittale riservata all'*edictum de negotiis gestis*, alla relativa azione con *formula in factum concepta* e al *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede o a quella, per ipotesi diversa, in cui sarebbe stata trattata ai tempi di Labeone quest'ultima azione[179].

L'idea di Sargenti, secondo la quale il giurista dell'età augustea avrebbe definito *agere*, *gerere* e *contrahere* a proposito della *negotiorum gestio*, per delimitare la gestione tutelata dalla formula *in factum concepta*, che non dava luogo a una *ultro citroque obligatio*, rispetto a quella tutelata dalla formula *in ius concepta*, da cui sorgevano obbligazioni a carico di entrambe

---

[177] Lenel 1889a, col. 501 ss. (Lab. da fr. 4 a fr. 191).

[178] *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur': et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci* συνάλλαγμα *vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

[179] Finazzi 2016a, p. 301 ss.

le parti del rapporto (gestore e gerito)[180], è poco verisimile[181]. Da un lato, infatti, la limitazione dell'ambito oggettivo della classificazione alla materia delle obbligazioni da atto lecito non contrattuale poco si concilierebbe con la diversa utilizzazione ulpianea, estesa a situazioni di altro genere, in quanto riferita all'editto sul *metus*[182]. Dall'altro, sebbene dalla gestione tutelata dal *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, che poteva avere per oggetto un *agere*, un *gerere* o un *contrahere*, potessero sorgere obbligazioni a carico di entrambe le parti, non v'era fra di esse alcuna corrispettività, in quanto l'obbligazione dell'una non trovava la sua giustificazione in quella dell'altra, né sul versante genetico, né su quello funzionale, evidenziandosi, pertanto, una situazione ben diversa da quella che caratterizzava le fattispecie con cui era esemplificato il *contrahere* labeoniano, che si esauriva nei contratti, probabilmente solo tipici, a prestazioni corrispettive, e, piuttosto, riconducibile alla dialettica fra azione diretta (spettante al gestore contro il gerito) e azione contraria (spettante al gerito contro il gestore), ossia, secondo la dogmatica moderna, alla bilateralità imperfetta[183]. Si deve anche considerare che gli affari processuali, la cui gestione era il presupposto dell'impiego dell'*actio* con *formula in factum concepta*, consistevano, a seconda dei casi, in un *agere* (come una stipulazione pretoria) o in un *gerere* inteso come *res sine verbis facta* (come la comparizione alle udienze) e che anche su tale versante sorgevano sia l'azione spettante al gestore (in tale caso diretta) che quella spettante al gerito (in tale caso contraria).

Né appare più persuasiva la diversa ipotesi avanzata da Carlo Augusto Cannata[184], secondo la quale Labeone, nel

---

[180] La connessione fra la definizione labeoniana contenuta in D. 50, 16, 19, e la *negotiorum gestio*, già tracciata da SARGENTI, 1976, p. 485 s., in un contesto nel quale il *gerere* era definito in maniera molto sfumata, è stata ribadita, poi, in relazione alla gestione tutelata dalla *formula in ius* che avrebbe integrato l'*ultro citroque obligatio*, in ID. 1987, p. 36 s. Adesivamente, cfr. MELILLO 1994, p. 38 s.

[181] In senso critico, cfr. BRETONE 1993, p. 37.

[182] FINAZZI 2016a, p. 301 ss.

[183] Cioè *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *societas*.

[184] CANNATA 1995, p. 63.

commentare il *gerere* del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, intendeva spiegare che, in quella connessione, il verbo comprendeva l'*agere*, il *contrahere* e il *gerere* in senso stretto come *res sine verbis facta*. Contro tale interpretazione depone la provenienza dal lb. 1 *praetoris urbani* di Labeone, che sembra una sede troppo anticipata rispetto a quella in cui sarebbe ragionevole immaginarsi la trattazione della gestione di affari altrui, processuale e sostanziale[185].

In ogni caso, la topografia di tale passo, proveniente dal lb. 1 *(ad edictum) praetoris urbani*, è incomparabile con quella del passo sull'*actio de dolo* proveniente dal lb. 30 *(ad edictum) praetoris peregrini* (Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 3, 9, 4a), anche tenuto conto del fatto che non è noto se la numerazione del commento ai due editti fosse unitaria oppure distinta[186].

Quanto all'opinione labeoniana riferita in Paul 32 *ad ed.* D. 17, 1, 22, 10, caratterizzata dalla consapevolezza della contiguità sostanziale fra la gestione di affari e il mandato, vale ciò che si è osservato a proposito di Ofilio, il quale l'aveva elaborata, e, cioè, che essa non è sufficiente a provare che, alla fine del periodo preclassico e ancora in età augustea, il *iudicium bonae fidei* fosse collocato nell'editto nella sede in cui erano ubicati gli altri *iudicia bonae fidei*[187].

Ma, soprattutto, i materiali labeoniani riguardanti la gestione di affari menzionati nel commentario *ad edictum* di Ulpiano, malgrado probabilmente appartenenti al commentario edittale del giurista di epoca augustea, sono privi di indicazioni circa il numero del libro di provenienza e non è neppure possibile determinare se il giurista severiano li trovasse collocati, nell'opera labeoniana, tutti nello stesso contesto e

[185] Poiché Ulpiano, nei *libri ad edictum*, commenta tale editto e le azioni *negotiorum gestorum* nel lb. 10, cioè a poco meno di un decimo della intera trattazione, si dovrebbe ritenere che anche nei *libri ad edictum praetoris urbani* di Labeone la medesima materia fosse esaminata a poco meno di un decimo della intera trattazione, il che comporterebbe, data la provenienza dal libro primo, che il commento labeoniano constasse di circa otto libri, il che sembra poco probabile.

[186] Cfr. LENEL 1889a, col. 501 s. nt. 1.

[187] Vd. *supra*, in questo §.

nello stesso ordine in cui li utilizzava[188]. Altre opinioni di Labeone relative alla gestione di affari altrui, poi, provengono da opere civilistiche del giurista o sono menzionate in opere civilistiche di altri giuristi senza precisazioni circa la provenienza e, pertanto, non forniscono elementi di valutazione per la problematica in esame[189].

Non vi sono, poi, indicazioni rilevanti per il tema trattato nell'opera *ad edictum* di Masurio Sabino, di cui sappiamo pochissimo[190], e nel commentario edittale di Viviano, ove se ne ipotizzi l'esistenza[191]. Per quanto riguarda Sabino, va anche segnalato che l'unico passo nel quale il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede è messo in relazione con tutti gli altri *iudicia bonae fidei*, riferito in Paul. 6 *ad Sab.* D. 17, 2, 38 pr.[192], faceva parte dei *libri iuris civilis*, per cui sarebbe azzardato trarne conclusioni sul versante della topografia edittale.

6. *Il* fidem praestare *del* procurator ricavato *per* inductio *in Cic.* top. *42: una diversa topografia tardo-repubblicana del* iudicium negotiorum gestorum *di buona fede?*

Poiché la topografia edittale del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede non è determinabile in base alle fonti giuridiche per l'epoca precedente al commento edittale di Pedio, ci si può domandare se la collocazione della formula di tale azione nella stessa sede cui appartenevano l'*edictum de negotiis gestis* e la formula *in factum concepta*, resa verisimile per l'epoca di Pedio da Ulp. *ad ed.* D. 3, 5, 5, 11-13 (6, 9-11), risalga già al momento in cui le due formule iniziarono a coesistere nell'editto del pretore o sia, invece, il frutto di un suc-

---

[188] Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3, 5 e 9; 5, 5 (6, 3); 5, 6 (6, 4), 5, 8 (6, 6); D. 3, 5, 9 (10), 1.

[189] Rispettivamente, cfr. Lab. 6 *post. a Iav. epit.* D. 3, 5, 42 (43); Paul 2 *ad Ner.* D. 3, 5, 18 (19), 2.

[190] LENEL 1889b, col. 187 (Sab. fr. 1).

[191] LENEL 1889b, col. 1225 ss.

[192] *Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. Quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi).*

cessivo spostamento della formula dell'azione di buona fede alla sede in cui erano riportati l'editto e la formula *in factum concepta*, avvenuto prima dell'epoca in cui Pedio scriveva il suo commento.

Uno spunto in quest'ultima direzione, per quanto molto labile ed incerto, si potrebbe forse cogliere in

> Cic. *top.* 42: Sunt enim similitudines quae ex pluribus collationibus perveniunt quo volunt hoc modo: Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator. Haec ex pluribus perveniens quo vult appellatur inductio, quae Graece ἐπαγωγή nominatur, qua plurimum est usus in sermonibus Socrates.

I *Topica* risalgono al 44 a.C. e segnano il *dies post quem* del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede.

Nel passo[193], riguardante la *similitudo* conosciuta come *inductio*, per mezzo della quale dalla comparazione con più concetti noti si perviene a quello ignoto che si vuole ricavare, Cicerone affermava che se il tutore deve *fidem praestare* e così anche il socio, il mandatario e il fiduciario, lo stesso deve il *procurator*[194]. Si trattava della persona libera preposta da un'altra persona, che non poteva attendere personalmente ai propri affari, alla cura di essi, cioè del *procurator omnium bonorum*, ricordato in Cic. *Caec.* 57[195] e identificantesi con *quei eius negotia curabit* di *Tab. Heracl.*[196] l. 1-2[197], in riferimento al caso dell'assenza da Roma del titolare degli affari[198].

---

[193] Finazzi 1999, p. 172 ss.; Id. 2006, p. 203 ss.

[194] Il valore esemplare del passo nell'individuazione delle relazioni fra il pensiero romano della tarda repubblica e la riflessione aristotelica era sottolineato da Mantello 2010, p. 29 ss.

[195] … *Is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum eius qui in Italia non sit absitve rei publicae causa quasi quidam paene dominus, hoc est alieni iuris vicarius* …

[196] Riccobono 1968, p. 140 ss.; Crawford 1996, p. 363 ss., del quale è riportata la lettura.

[197] … *Sei is, quom eum profiterei oportebit, Romae non erit, tum quei eius/ negotia curabit is ea[f]dem omnia, quae eum, quoius negotia curabit* …

[198] Finazzi 1999, p. 176 ss.; 190 s.

Va precisato, a questo proposito, che appena dopo la metà del I secolo a.C. il *procurator* non era ancora considerato un mandatario, non essendo stata enucleata la figura del mandato generale, che sarebbe emersa solo nel I secolo d.C. come qualificazione alternativa alla gestione di affari e, poi, sarebbe rimasta come l'unica qualificazione del *procurator*[199]. Infatti, ove già all'epoca dei *Topica* il *procurator omnium bonorum* fosse stato un mandatario, la separata menzione del primo nel § 42 sarebbe stata superflua, perché egli si sarebbe identificato con *(is) cui mandaris*. Prima che i *prudentes* cominciassero a vedere nell'attribuzione della procura generale un contratto di mandato[200], il *dominus negotii* poteva agire contro il *procurator* con il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede e, pertanto, era tale azione che Cicerone aveva presente[201].

Si è osservato che nel passo l'oratore estendeva il principio della *fides* alla *gestio*, forse prendendo a prestito tale accostamento[202]. E, se ben si intende la natura del prestito, ciò significa che egli avrebbe attinto ad apporti giurisprudenziali. Meno agevole è, però, determinare se tale riflessione, verisimilmente ambientata nel consueto metodo casistico, avesse stimolato l'introduzione del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede nell'editto pretorio oppure se riguardasse un *iudicium* già esistente, essendo diretta ad individuare il contenuto dell'obbligo del gestore e il criterio di commisurazione della sua responsabilità.

Certo è, comunque, che nel 44 a.C. il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede era avvicinato ad altri *iudicia bonae fidei*, in quanto dalla somiglianza fra il *procurator* e il tutore, il socio, il mandatario, il fiduciario era stato ricavato che anche il primo, come gli altri, doveva *fidem praestare*.

Va precisato che, malgrado, come si ricava da Cic. *off.* 1, 23[203], la *fides*, considerata *fundamentum iustitiae*, fosse talora

---

[199] Finazzi 1999, p. 215 ss.

[200] Finazzi 1999, p. 238 ss.

[201] Finazzi 1999, p. 218 ss.

[202] Lombardi 1961, p. 167.

[203] *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuipiam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, creda-*

connessa al rispetto della parola data (… *fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas*), vi erano casi, come quelli della gestione del tutore e del *procurator* di *top.* 42, in cui essa governava relazioni che imponevano anch'esse la fedeltà e la lealtà, ma in cui mancavano dichiarazioni affidanti. Inoltre, mentre in alcuni casi la *fides* assumeva una rilevanza sul versante giuridico, in altri rimaneva nella sfera del pregiuridico, come avveniva, per esempio, stando a *Lael.* 65[204], nel caso delle relazioni di *amicitia*, quando non si inserivano in situazioni per altro verso tutelate. Dal passo del *Laelius*, del resto, risulta anche che la *fides* era la condotta che si doveva tenere *inter bonos*, essendo il *bonus vir* tale, più che per la sola appartenenza sociale alle classi dominanti[205], per le qualità morali[206], ancorché non genericamente intese, ma coincidenti con quelle dei ceti egemoni[207].

Per vero, il significato dell'avvicinamento, tracciato in *top.* 42, del *procurator* al tutore, al socio, al mandatario e al fiduciario non è del tutto evidente, in quanto l'Arpinate potrebbe aver voluto sostenere: A) che il *procurator* condannato incorreva, come gli altri soggetti tenuti a *fidem praestare*, nell'*infa-*

---

musque, quia fiat, quod dictum est appellatam fidem. Sed iniustitiae genera duo sunt, unum eorum, qui inferunt, alterum eorum, qui ab is, quibus infertur, si possunt, non propulsant iniuriam. Nam qui iniuste impetum in quempiam facit aut ira aut aliqua perturbatione incitatus, is quasi manus afferre videtur socio; qui autem non defendit nec obsistit, si potest, iniuriae, tam est in vitio, quam si parentes aut amicos aut patriam deserat.

[204] *Firmamentum autem stabilitatis constantiaeque eius, quam in amicitia quaerimus, fides est; nihil est enim stabile quod infidum est. Simplicem praeterea et communem et consentientem, id est qui rebus isdem moveatur, eligi par est, quae omnia pertinent ad fidelitatem; neque enim fidum potest esse multiplex ingenium et tortuosum, neque vero, qui non isdem rebus movetur naturaque consentit, aut fidus aut stabilis potest esse. Addendum eodem est, ut ne criminibus aut inferendis delectetur aut credat oblatis, quae pertinent omnia ad eam, quam iam dudum tracto, constantiam. Ita fit verum illud, quod initio dixi, amicitiam nisi inter bonos esse non posse. Est enim boni viri, quem eundem sapientem licet dicere, haec duo tenere in amicitia: primum ne quid fictum sit neve simulatum; aperte enim vel odisse magis ingenui est quam fronte occultare sententiam; deinde non solum ab aliquo allatas criminationes repellere, sed ne ipsum quidem esse suspiciosum, semper aliquid existimantem ab amico esse violatum.*

[205] Fiori 2013, p. 19 s.; 24 ss.

[206] Falcone 2013a, p. 39 ss.

[207] Interessanti riflessioni in Cardilli 2013, p. 186 ss.

mia; B) che, dal punto di vista sostanziale, il *procurator* rispondeva nei confronti del *dominus* secondo gli stessi criteri di responsabilità valevoli per le altre figure menzionate; C) che, dal punto di vista processuale, della tecnica formulare, l'azione utilizzabile dal *dominus* contro il *procurator* era, come quelle già da tempo in uso contro il tutore, il socio, il mandatario e il fiduciario, un *iudicium bonae fidei*.

La prima opzione interpretativa, che ricollega il *fidem praestare* all'*infamia* del condannato, è suggerita dal fatto che le azioni rispetto alle quali era impostata la similitudine erano tutte azioni di buona fede (o, come l'*actio fiduciae*, considerate tali malgrado la diversità formulare) infamanti, nelle quali lo stigma pretorio era connesso alla particolare relazione sussistente fra le parti del rapporto, per certi versi simile a quella fra il *procurator* e il *dominus negotii*. Tuttavia, essa solleva dei problemi di coordinamento, in quanto né in *Tab. Heracl.*[208] 108-125[209], che, se si accetta la datazione del 45

[208] RICCOBONO 1968, p. 140 ss.; CRAWFORD 1996, p. 363 ss., la cui lettura è riportata.

[209] *Quae municipia colonia<e> praefectura<e> fora conciliabula c(iuium) R(omanorum) sunt erunt, nei quis in eorum quo municipio/ colonia praefectura <foro> conciliabulo <in> senatu decurionibus conscreipteisque esto, neve quo<i> ibi in eo ordine/ sen{ten}temtiam deicere ferre liceto, quei furtei quod i<ps>e fecit fecerit condemnatus pactusue est erit;/ queive iudicio fiduci<ae>, pro socio, tutelae, mandatei, iniuriarum deue d(olo) m(alo) condemnatus est erit; queive lege/* 112 *{P}Laetoria ob eamve rem, quod adversus eam legem fec<i>t fecerit, condemnatus est erit; queive depugnandei/ caussa auctoratus est erit fuit fuerit; queive in iure <abiuravit> abiuraverit bonamve copiam iuravit iuraverit; quei<ve>/ sponsoribus creditoribusve sueis renuntiavit renuntiaverit se soldum solvere non posse aut cum eis/ pactus est erit se soldum solvere non posse; prove quo datum depensum est erit; quoivsue bona ex edicto/* 116 *eius, qu<ei> i(ure) d(eicundo) praefuit praefuerit, praeterquam sei quoius, quom pupillus esset reive publicae caussa abesset/ neque d(olo) m(alo) fecit fecerit quo magis r(ei) p(ublicae) c(aussa) a(besset), possessa proscriptave sunt erunt; queive iudicio publico Romae/ condemnatus est erit, quocirca eum in Italia esse non liceat, neque in integrum resti<tu>tus est erit; queiue in eo/ municipio colonia praefectura foro conciliabulo, quoius erit, iudicio publico condemnatus est erit; quemve/* 120 *k(alumniae) praeuaricationis caussa accussasse fecisseve qu<i>d iudicatum est erit; quoive aput exercitum ingnominiae/ caussa ordo ademptus est erit; quemue imperator ingnominiae caussa ab exe<r>citu decedere ius<i>t iuserit;/ queive ob caput c(iuis) R(omanei) referundum pecuniam praemium aliudue quid cepit ceperit; queiue corpor<e> quaestum/ fecit fecerit; queiue lanistaturam artemve ludic<r>am fecit fecerit; queiue lenocinium faciet <feceritve>. quei/* 124 *adversus ea in municipio colonia praefectura{ue}*

a.C.[210], risalirebbe all'età di Cesare e dunque sarebbe quasi coeva[211], né in alcuna altra fonte il *iudicium negotiorum gestorum* figura tra le azioni infamanti[212]. La difficoltà sarebbe superabile congetturando che il testo epigrafico fosse più antico di qualche decennio[213] o che, essendo l'*actio negotiorum gestorum* meno risalente delle altre menzionate, non se ne fosse tenuto conto nella legge. Inoltre, nelle fonti del II secolo d.C., il *procurator* era ormai un mandatario generale, per cui la menzione separata dell'*infamia* sarebbe stata superflua. Ma che Cicerone intendesse trarre dalla *similitudo* la conseguenza che il *procurator* condannato, in quanto infedele, incorresse nell'*infamia* è una congettura inverificabile allo stato delle fonti.

La seconda opzione interpretativa, secondo la quale il *fidem praestare* avrebbe indicato un criterio di responsabilità, sembrerebbe suggerita da

> Quint. *inst. orat.* 7, 4, 35: Tutelae praeterea: in quo iudicio solet quaeri an alia de re quam de calculis cognosci oporteat, an fidem praestare debeat tantum, non etiam consilium et eventum. cui simile est male gestae procurationis, quae in foro negotiorum gestorum: nam et mandati actio est.

Quintiliano, circa centotrent'anni dopo i *Topica* di Cicerone, a proposito dei *genera controversiarum* che *in qualitatem cadunt*, dopo avere osservato che, in riferimento al *iudicium tutelae*, si era soliti domandarsi se il tutore rispondesse di qualcosa oltre che *de calculis*, espressione con la quale si intende la correttezza del rendiconto, e se egli dovesse solo *fidem praestare*, non anche *consilium et eventum*, affermava che lo stesso valeva per il *iudicium male gestae procurationis*, denominato in

---

foro conciliabulo <in senatu> decurionibus conscripteisve <f>uerit/ sentemtiamve dixerit, is (sestertium) (quinquaginta milia) p(opulo) d(are) d(amnas) esto, eiusque pecuniae quei volet petitio esto.

[210] Savigny 1850, p. 279-373.

[211] Wolf 2010, p. 506.

[212] Wolf 2010, p. 491 ss.; spec. 501 ss.

[213] Su tali problemi, cfr. la sintesi di Sánchez-Moreno Ellart 2013, p. 6505 ss.

tribunale *negotiorum gestorum*[214]. Probabilmente, il *consilium* era l'intento del *procurator* e l'*eventum* il risultato, per cui il dubbio era fra una responsabilità solo per inosservanza della lealtà che il gestore deve al gerito e una responsabilità riguardante anche la determinazione delle iniziative da prendere o da non prendere e le conseguenze della gestione.

Oggi non sarei più tanto sicuro, come una ventina d'anni fa, che il *consilium* richiamasse la responsabilità per dolo e l'*eventum* quella per caso fortuito[215], in quanto la responsabilità per dolo, come quella per colpa, rientrava nel *fidem praestare*, per cui non avrebbe avuto senso domandarsi se il *procurator* dovesse solo *fidem praestare* o anche *dolum praestare*. Pertanto, sembrerebbe più verisimile che il *consilium* si identificasse con la bontà delle scelte economiche della gestione lasciate alla discrezionalità del *procurator* e l'*eventum* con l'oggettivo risultato della gestione.

Le parole finali *nam et mandati actio est*, connesse al fatto che nel I secolo d.C. si era cominciata ad ammettere la figura del mandato generale, sembrerebbero indicare che la discussione sulla responsabilità del *procurator* nella gestione di affari risentiva delle opinioni relative alla responsabilità del mandatario.

Da tale prospettiva, si è posto l'ulteriore problema del contenuto del *fidem praestare*, per il quale è stato discusso se esso si identifichi con la responsabilità per dolo, come sostenuto in una temperie poco favorevole al criterio della *culpa* come criterio soggettivo di responsabilità[216] o con quella per dolo e colpa, come induce a credere l'affermazione, contenuta il Cic. *Rosc. Amer.* 111-113[217], che la *culpa* del mandatario,

---

[214] Finazzi 2006a, p. 203 ss.

[215] Finazzi 2006a, p. 206 ss.

[216] Serrao 1947, p. 167 ss.

[217] *In privatis rebus si qui rem mandatam non modo malitiosius gessisset sui quaestus aut commodi causa verum etiam neglegentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant* … 112. *Quid recipis mandatum, si aut neglecturus aut ad tuum commodum conversurus es? cur mihi te offers ac meis commodis officio simulato officis et obstas? Recede de medio; per alium transigam. Suscipis onus offici quod te putas sustinere posse; quod maxime videtur grave eis qui minime ipsi leves sunt. Ergo idcirco turpis haec culpa est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam et fidem* …

sussistente in caso di *neglegentia*, viola l'*amicitia* e la *fides*, estensibile, quanto a quest'ultima, alla gestione di affari[218].

In ogni caso, in *top.* 42, a differenza che nell'*institutio oratoria*, il *fidem praestare* non era posto in relazione con altre declinazioni del *praestare*, come quelle relative al *consilium* e all'*eventum*, ma era considerato in sé, di modo che non sembra inevitabile ritenere che Cicerone, come poi avrebbe fatto Quintiliano, si limitasse a precisare il criterio cui era commisurata la responsabilità del *procurator*.

Pertanto, non può essere esclusa la terza opzione interpretativa, secondo la quale il *fidem praestare* avrebbe costituito la ragione della scelta di impiegare un *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, come negli altri casi in cui una persona geriva affari non propri (tutela, mandato) o non solo propri (*societas*) o coinvolgenti una cosa propria con ricadute sulla sfera d'interessi altrui (*fiducia*). Tale interpretazione sembrerebbe suggerita dalla genericità della *similitudo* ciceroniana, da cui non traspare alcun ulteriore approfondimento in merito al contenuto del *praestare*[219].

D'altra parte, può darsi che, in riferimento a un'epoca nella quale, come si vedrà, il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede era stato introdotto non da molto tempo[220], la distinzione fra il problema della natura della formula e quello della responsabilità del gestore non fosse avvertita, in quanto ammettere l'impiego di un *iudicium bonae fidei* significava anche estendere al debitore del rapporto tutelato il regime di responsabilità caratteristico di quel genere di azioni e, inversamente, estendere tale regime di responsabilità al *procurator* significava ammettere l'impiego di un'azione del genere.

A scanso di equivoci, si deve precisare che la vicenda delineata non coincide con quella ipotizzata da Wlassak, secondo il quale la *similitudo* di *top.* 42 dimostrerebbe l'attrazione della

---

113. … *In minimis privatisque rebus etiam neglegentia in crimen mandati iudiciumque infamiae vocatur, propterea quod, si recte fiat, illum neglegere oporteat qui mandarit non illum qui mandatum receperit* …

[218] Finazzi 2006a, p. 204 e nt. 64, con letteratura.

[219] Finazzi 2006a, p. 205 s. e nt. 69, per un paio di suggestioni dottrinali in tal senso.

[220] Vd. *infra*, § 7.

gestione di affari dal diritto pretorio al diritto civile ai tempi di Quinto Mucio[221]. Tale ipotesi, infatti, contrasta con la circostanza che l'*actio negotiorum gestorum* con *formula in factum concepta* ancora in età severiana riguardava solo un certo tipo di gestione processuale e, segnatamente, quella del *defensor*[222], riguardando pertanto le due formule istituti sostanzialmente diversi, sebbe accomunati da una gestione di affari altrui.

Tenendo conto della *similitudo* registrata da Cicerone in *top.* 42, non sarebbe troppo difficile raffigurarsi perché un pretore di epoca post-muciana, nell'inserire nel proprio editto il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, potrebbe avere preferito collocarlo nella stessa sede nella quale figurava la maggior parte degli altri *iudicia bonae fidei* piuttosto che subito dopo l'editto *de negotiis gestis* e la formula *in factum concepta* dell'*actio negotiorum gestorum* relativa alla *defensio.*

Nella stessa direzione vanno evidenziate le differenze fra gli ambiti di impiego dell'azione con formula *in factum concepta* e del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede.

Innanzi tutto, le due azioni riguardavano gestioni diverse per oggetto: mentre l'editto e l'azione con formula *in factum concepta* riguardavano la spontanea *defensio* del convenuto, la gestione del *procurator* riguardava, almeno in assoluta prevalenza, gli affari sostanziali in cui si estrinsecava l'amministrazione del patrimonio del gerito[223]. Vero è che anche il *procurator* poteva assumere la rappresentanza del *dominus* in un processo, ma, quando si trattava dell'assunzione della rappresentanza dell'attore, era di certo utilizzabile a tutela del rapporto fra i due l'azione di buona fede e, quando era assunta la rappresentanza del convenuto, è più verisimile che fossero utilizzabili, in alternativa, l'azione con formula *in factum concepta utilis*, come accadeva anche per il curatore, o quella di buona fede[224].

Un'altra differenza, che potrebbe aver giustificato un'originaria scelta nel senso di collocare la formula del *iudicium ne-*

---

[221] Wlassak 1879, p. 37.
[222] Vd. *supra*, § 4.
[223] Finazzi 1999, p. 215 ss.
[224] Finazzi 1999, p. 67 ss.

gotiorum gestorum di buona fede nella stessa sede edittale in cui era contenuta la maggior parte degli altri *iudicia bonae fidei*, tra i quali soprattutto il *iudicium mandati*, a preferenza che in quella dell'editto *de negotiis gestis* e della formula *in factum concepta*, riguarda le diverse direzioni originarie delle due azioni, rimaste poi prevalenti anche dopo l'introduzione delle rispettive azioni contrarie. L'editto e la formula *in factum concepta* in un primo momento, come prova la *laudatio edicti* contenuta in Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 1, assicuravano la tutela giurisdizionale solo o in assoluta prevalenza al *defensor*, considerato che erano soprattutto la ripetibilità delle spese sostenute e la manleva dall'*obligatio iudicati* a realizzare il fine di dare impulso all'assunzione della *defensio* degli *absentes*, essendo l'azione del rappresentato contro il *defensor* documentata solo a partire da Labeone, ancorché non se ne possa escludere una datazione precedente[225]. Invece, come si ricava da Cic. *top.* 66[226], mentre l'*actio pro socio* e l'*actio mandati* erano di sicuro utilizzabili da tutte le parti del rapporto (dai soci reciprocamente, dal mandante e dal mandatario), per la gestione degli affari di *qui aliena negotia curasset* è menzionata solo l'azione esperibile dal gerito per far valere l'inadempimento delle obbligazioni basate sul dovere di *fidem praestare*, non essendo menzionata l'azione contraria spettante al gestore contro il gerito, poi documentata a partire da Labeone, sebbene anche per essa non sia possibile escludere una datazione precedente[227].

Inoltre, va considerato che, mentre l'editto *de negotiis gestis* e la relativa formula *in factum concepta* riguardavano solo una gestione spontanea[228], il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede in un primo momento era utilizzabile solo o in prevalenza nel caso della gestione officiosa del *procurator*, non essendo sufficiente a provarne l'azionabilità in caso di assun-

[225] Finazzi 1999, p. 95 ss.; Id. 2006, p, 145 ss. e 181 ss.

[226] Sul passo vd. *infra*, § 7.

[227] Finazzi 1999, p. 194 ss. Sulle funzioni dell'azione di buona fede diretta e di quella contraria, cfr. Id. 2006, p. 19 ss., per l'azione contraria, e p. 145 ss. e 197 ss., per l'azione diretta.

[228] Finazzi 1999, p. 53 ss.

zione spontanea della gestione sostanziale di affari altrui il riferimento al *voluntarius procurator* che si legge in Cic. *Brut.* 17[229] ed essendo documentato tale impiego dell'azione per la prima volta con Labeone, cioè qualche decennio dopo[230].

Sempre per valutare l'idea di una migrazione della formula di buona fede nella sede dell'editto *de negotiis gestis* e della formula *in factum concepta*, ci si dovrebbe anche domandare per quale ragione, a un certo punto, prima che Pedio scrivesse i suoi *libri ad edictum*, per opera di un pretore di cui non è possibile individuare l'identità, la formula del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede sarebbe stata spostata dalla sede in cui figuravano le formule degli *iudicia mandati* e *pro socio* per essere collocata subito dopo formula *in factum concepta*, promessa nell'editto *de negotiis gestis*.

Lo spostamento potrebbe essere stato suggerito da alcuni sviluppi, da considerare unitariamente, connessi al fermento interpretativo che verisimilmente seguiva l'introduzione di ogni mezzo processuale e già maturati all'epoca di Labeone.

In primo luogo, in alcuni casi, l'impiego dell'azione di buona fede era ammissibile anche quando la gestione aveva avuto per oggetto l'assunzione della rappresentanza processuale del *dominus negotiorum*. Infatti, da un lato, l'azione di buona fede era di sicuro utilizzabile anche ove la gestione processuale consistesse nell'assunzione della rappresentanza processuale dell'attore, sia se il rappresentante era un gestore spontaneo, sia se si trattava del *procurator omnium bonorum*, del tutore muliebre, di un curatore[231]. Più dubbio è se, al di fuori del fenomeno dell'assorbimento di tutte le obbligazioni esigibili esistenti fra gestore e gerito nell'azione di buona fede, quest'ultima fosse utilizzabile pure quando chi aveva assunto la gestione di affari sostanziali come *procurator omnium bonorum* o spontaneo gestore, assumesse anche la *defensio*, in alter-

[229] *Tum ille: ego vero et exspectabo ea quae polliceris, nec exigam nisi tuo commodo et erunt mihi pergrata, si solveris. Mihi quoque, inquit Brutus, [et] exspectanda sunt ea quae Attico polliceris, etsi fortasse ego a te huius voluntarius procurator petam, quod ipse, cui debes, incommodo exacturum negat.*

[230] Finazzi 1999, p. 176 ss.; 190 ss.; 198 ss.

[231] Finazzi 2003, p. 51.

nativa all'azione con formula *in factum concepta*, nel primo caso utile e nel secondo volgare[232].

Inoltre, già nell'età augustea, era venuta meno la originaria monodirezionalità dell'azione con *formula in factum concepta* e di quella di buona fede. Infatti, sia per la *defensio* del convenuto *absens* che per la gestione sostanziale, oltre all'azione avente per oggetto l'obbligazione che caratterizzava indefettibilmente il rapporto (nella gestione processuale del *defensor*, quella che quest'ultimo poteva proporre contro il convenuto rappresentato per ottenere la rifusione delle spese e la manleva dall'*obligatio iudicati* e, nella gestione sostanziale, quella che il gerito poteva proporre contro il gestore per ottenere il trasferimento del risultato della gestione e per farne valere la responsabilità), che possiamo chiamare in entrambi i casi *actio directa*, era ammesso l'impiego anche dell'azione inversa (nella gestione processuale, quella del convenuto rappresentato contro il *defensor* e, nella gestione sostanziale, quella del gestore contro il gerito), che possiamo chiamare in entrambi i casi *actio contraria*[233]. Segnatamente, l'*actio negotiorum gestorum contraria* con *formula in factum concepta* tutelava il rappresentato nei confronti del *defensor* che ne avesse pregiudicato la posizione con una conduzione dolosa della rappresentanza processuale[234] e il *iudicium negotiorum gestorum contrarium* di buona fede tutelava il gestore di affari sostanziali altrui nei confronti del gerito, dal quale egli poteva ottenere, tra l'altro, la rifusione delle spese sostenute e la manleva per le obbligazioni assunte nel suo interesse[235].

Infine, il *iudicium bonae fidei*, forse introdotto per far valere il *fidem praestare* del *procurator* rispetto al *dominis negotii*, cioè a tutela di una gestione officiosa, si ritenne ben presto utilizzabile anche nei rapporti sorti a seguito della gestione di uno o più affari posta in essere da un gestore spontaneo, cioè non previamente preposto da parte del gerito all'amministra-

---

[232] Oggi sono meno certo che ciò non potesse avvenire, di quanto lo fossi in FINAZZI 2003, p. 49 s.

[233] FINAZZI 1999, p. 95 ss.; ID., 2006, p. 19 ss.; 145 ss.; 195 ss.

[234] FINAZZI 1999, p. 99 ss.; ID., 2006, p. 191 ss.

[235] FINAZZI 2006a, p. 195 ss.

zione dei propri affari[236], allo stesso modo in cui era spontanea la gestione processuale tutelata dall'azione con formula *in factum concepta*.

Pertanto, non sarebbe da escludere che i profili di contiguità fra l'azione con *formula in factum concepta* e il *iudicium bonae fidei* siano stati a un certo punto, abbastanza per tempo, avvertiti come prevalenti sull'originaria estraneità, con la conseguenza dello spostamento del *iudicium bonae fidei* nella sede dell'editto e della *formula in factum concepta* fondata su di esso.

Tuttavia, quella della contiguità topografica dei *iudicia bonae fidei* esistenti all'epoca di Cicerone rimane una congettura, che non raggiunge, allo stato delle fonti, la soglia della verisimiglianza. Infatti, nulla impone di credere che Cicerone ragionasse in un contesto nel quale la formula del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede fosse ubicata nella stessa sede in cui erano contenute le formule degli altri *iudicia bonae fidei*. Certo, una topografia di questo genere sarebbe stata funzionale all'esigenza di sintesi del testo edittale, consentendo di evitare la ripetizione dell'*intentio* e della *condemnatio* di tutte le formule di tali azioni, compresa quella del *iudicium negotiorum gestorum*, nella misura in cui, per quelle formule nelle quali era menzionato l'*oportere ex fide bona*, il pretore si sarebbe potuto limitare a riportare una volta per tutte l'*intentio* e la *condemnatio* comuni e ad elencare le diverse *demonstrationes*. Ma, anche in un contesto nel quale alcune formule di azioni di buona fede fossero ubicate in sedi diverse l'Arpinate avrebbe potuto valorizzare gli aspetti comuni.

Va anche considerato, in margine, sempre limitandosi ai *iudicia bonae fidei* noti a Cicerone[237], che un problema analogo

---

[236] Finazzi 1999, p. 198 ss.

[237] Tra questi non rientravano, a fronte del silenzio di Cicerone, l'*actio commodati* di buona fede, documentata non prima del I secolo d.C., né l'*actio pigneraticia in personam*, se si ammette che, come pare più verisimile, vi sia stata anche una formula di buona fede a tutela del rapporto fra oppignorante e creditore pignoratizio. Nella definitiva struttura dell'editto esse erano contenute (la prima di certo nell'editto giulianeo e la seconda se si ritiene che essa sia esistita almeno dall'età severiana) nel Tit. XVII (*de rebus creditis*), rispettivamente nel § 98 e nel § 99. Anche in questi casi, soprattutto per l'*actio commodati* di buona fede, più risalente dell'*actio pigneraticia* di buona fede, si pone il problema degli eventuali sviluppi della sistematica

a quello esaminato in relazione al *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede si poneva per il *iudicium tutelae*. Sebbene non sia documentata per la tutela l'esistenza di una formula *in factum concepta*, anche in tale materia potrebbe essere impostata una discussione sul rapporto, in epoca ciceroniana e, più in generale, pregiulianea, fra i contenuti dei §§ 121 (*De administratione tutorum*), 122 (*Si quis, cum tutor non esset, in contrahendo auctor factus erit*), 127 (*De magistratibus conveniendis*) dell'editto giulianeo e le formule delle azioni, tra le quali l'*arbitrium tutelae*, contenuto nel § 124. Nell'ordine edittale giulianeo, i materiali relativi alla tutela erano ubicati nel Tit. XXII (*de tutelis*: §§ 121-127) e, dunque, erano separati dai *iudicia bonae fidei*, ubicati nel Tit. XIX (*de bonae fidei iudicis*), essendo interposti il Tit. XX (*de re uxoria*) e il Tit. XXI (*de liberis et de ventre*). Non essendovi traccia, neppure in questo caso, di una diversa collocazione edittale pregressa, questo rilievo aggiunge un ulteriore e significativo margine di incertezza, in quanto, come l'*arbitrium tutelae*, anche il *iudicium negotiorum gestorum* potrebbe avere trovato spazio fin dall'origine nel luogo dove erano ubicati l'editto *de negotiis gestis* e la relativa *formula in factum concepta*.

E, del resto, tali collocazioni, più che far pensare a spostamenti effettuati in occasione del riordinamento dell'editto, potrebbero costituire traccia dei modi della sua graduale formazione nel tempo, in quanto l'inserimento del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede e dell'*arbitrium tutelae* nelle rispettive sedi sarebbe sembrato a un qualsiasi pretore del periodo repubblicano la scelta più semplice e razionale.

7. *La datazione del* iudicium negotiorum gestorum *di buona fede.*

Come si è visto, Cic. *top.* 42 dimostra che nel 44 a.C. il *dominus* poteva agire contro il *procurator* che fosse venuto meno

---

edittale, dovendosi valutare se l'azione fosse in un primo momento contenuta nella sede della maggior parte degli altri *iudicia bonae fidei*, cioè nel Tit. XIX, per essere poi spostata al luogo dove era contenuto l'editto sul comodato con la relativa *formula in factum concepta*, prima dell'epoca giulianea o da Giuliano stesso.

all'obbligo di *fidem praestare* con il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, costruito come i *iudicia tutelae*, *pro socio* e *mandati* e avente lo stesso contenuto sostanziale del *iudicium fiduciae* (la cui formula era redatta con altre parole).

E se si considera che il *fidem praestare* del *procurator* era ricavato *per inductionem* da quello delle altre figure che rispondevano nei *iudicia bonae fidei*, è molto probabile che l'azione fosse stata introdotta più tardi di tutte le altre elencate.

Che il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede fosse stato introdotto già da qualche anno sembra ricavabile da

> Cic. *top.* 66: In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agier oportet, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod eius aequius melius, parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt. Licebit igitur diligenter argumentorum cognitis locis non modo oratoribus et philosophis, sed iuris etiam peritis copiose de consultationibus suis disputare.

Il discorso verteva su alcune di quelle che usiamo oggi chiamare clausole generali, oggetto della discussione degli oratori, dei filosofi e dei giuristi[238]. A questo proposito venivano in considerazione i *iudicia* nei quali erano aggiunte le parole *ex fide bona* o anche *inter bonos bene agier oportet*[239] e, in primo luogo, l'*actio rei uxoriae*, nella cui formula, invece, erano incluse le parole *quod aequius melius*, in relazione ai quali gli oratori dovevano essere preparati[240]. Per quanto concerneva tali azioni, alcuni giuristi avevano insegnato che cosa fosse il *dolus malus*, alcuni che cosa fosse la *fides bona*, alcuni

[238] Finazzi 1999, p. 172 ss.

[239] Le parole *ut inter bonos bene agier oportet* erano comprese nel *iudicium fiduciae*. Cfr. Mantovani 1999, p. 66 s.

[240] Mantovani 1999, p. 60.

che cosa fosse l'*aequum bonum*[241], alcuni che cosa il socio doveva prestare al socio, che cosa colui il quale curava gli affari altrui doveva prestare al gerito, che cosa il mandante e il mandatario dovevano prestarsi l'un l'altro, che cosa il marito alla moglie, che cosa la moglie al marito. Sarebbe stato lecito, dunque, essendo conosciuti diligentemente i luoghi degli argomenti, non solo agli oratori e ai filosofi, ma anche ai giuristi continuare a discettare con eloquenza dei loro pareri.

A curare gli affari altrui era verisimilmente il *procurator* del § 42, ma la modalità espressiva impiegata, ossia *qui negotia aliena curasset*, equivalendo nella sostanza a *qui negotia aliena gessisset*, si prestava in astratto anche a descrivere in generale la gestione occasionale degli affari altrui (ossia da parte di un gestore spontaneo) e gestioni officiose diverse da quella del *procurator*, come quelle del tutore muliebre e del *curator furiosi*, sebbene nulla dimostri che Cicerone intendesse riferirsi anche a questi ultimi casi. Tanto più che, poco prima, nel § 42, egli aveva menzionato solo il *procurator*, che era con ogni probabilità quello *omnium bonorum* preposto dal *dominus negotiorum* e non un gestore occasionale, né una figura diversa di gestore officioso.

In ogni caso, poiché nel 44 a.C. Cicerone alludeva a giuristi i quali avevano insegnato che cosa *qui aliena negotia curasset* doveva prestare *ei cuius negotia fuissent*, tale azione doveva essere già stata introdotta da un tempo sufficiente a consentire il sorgere di una riflessione giurisprudenziale sull'ambito di impiego dell'azione e sul contenuto dell'obbligazione del gestore nei confronti del gerito.

In tale direzione, rileva anche

> Paul. 32 *ad ed.* D. 17, 1, 22, 10: Si curator bonorum venditionem quidem fecerit, pecuniam autem creditoribus non solverit, Trebatius Ofilius Labeo responderunt his qui praesentes fuerunt competere adversus eum mandati actionem, his autem qui absentes fuerunt negotiorum gestorum actionem esse. Atquin si praesentium mandatum exsecutus id egit, negotiorum

[241] Lombardi 1961, p. 201.

> gestorum actio absentibus non est nisi forte adversus eos qui mandaverunt curatori, tamquam si negotia absentium gesserint: quod si, cum soli creditores se esse existimarent, id mandaverint, in factum actio absentibus danda est in eos qui mandaverint.

Stando alla redazione attuale del passo, Ofilio, giurista dell'età cesariana, e Trebazio, già attivo nella stessa epoca, seguiti da Labeone, come riferito da Paolo, in riferimento a una fattispecie nella quale il *curator bonorum* aveva venduto i beni dell'esecutato e non aveva versato il denaro ai creditori, avevano risposto che ai creditori presenti spettava contro di lui l'*actio mandati*, mentre quelli *absentes* avevano contro di lui l'*actio negotiorum gestorum*[242]. Questa prima parte del responso presupponeva l'ammissione dell'esistenza del mandato tacito, che sussisteva quando il mandatario assisteva all'esecuzione del mandato senza opporsi. Inoltre, è dubbio che nella redazione classica del passo fosse già menzionato il *curator bonorum*, in quanto nella *bonorum venditio* egli era incaricato dal magistrato, non dai creditori. Si potrebbe immaginare che il procedimento esecutivo fosse una *bonorum distractio* e che, in tal caso, il *curator* fosse nominato dai creditori, o una *cessio bonorum*, ove si creda che in tale caso i creditori incaricassero della vendita dei beni un *curator*, ma è anche possibile che siano stati i compilatori giustinianei a sostituire il *curator* al *magister bonorum*[243].

Non interessa per la ricostruzione del pensiero dei due giuristi più risalenti, che sarebbe stata poi condivisa da Labeone, la critica di Paolo, secondo il quale i creditori *absentes* non potevano avvalersi dell'*actio negotiorum gestorum* contro il *curator bonorum*[244], ma la potevano proporre solo contro i cre-

---

[242] Finazzi 1999, p. 353 ss.

[243] Deppenkemper 2014a, p. 393 nt. 1993, con letteratura.

[244] Il fondamento dell'opinione paulina che i creditori *absentes* non potessero agire con l'*actio negotiorum gestorum* direttamente contro il *curator bonorum* consiste probabilmente nell'idea che la gestione fosse assorbita nel mandato, non unanimemente condivisa neppure in età severiana, come dimostra Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 5, 6 (6, 4), i. f. Cfr. Finazzi 1999, p. 360. Diversamente, nel senso che Paolo avesse introdotto la variante del mandato

ditori *praesentes*, come se il mandato da questi impartito al *curator* avesse integrato una gestione di affari altrui (cioè degli *absentes*). Quest'ultima soluzione poteva valere solo se i creditori *praesentes* fossero stati consapevoli dell'esistenza di creditori *absentes*, in quanto, ove ne avessero ignorato l'esistenza, il pretore avrebbe dovuto concedere agli *absentes* un'*actio in factum* contro i *praesentes*.

Sebbene non sia possibile datare con precisione il responso di Ofilio e Trebazio, che potrebbe essere stato emesso prima che Cicerone scrivesse i *Topica* oppure poco dopo la pubblicazione dell'opera, è un dato di fatto l'esistenza di una riflessione sull'ambito di impiego dell'azione di buona fede, che sembra confermare una sua apparizione nell'editto già da qualche tempo.

Rimane da vedere, però, se sia possibile stabilire con maggiore precisione il *dies post quem* del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede. A questo proposito, rileva il silenzio in merito a tale azione serbato in

> Cic. *Rosc. com.* 16: Pecuniam petis, Fanni, a Roscio. Quam? dic audacter et aperte. Vtrum <quae> tibi ex societate debeatur, an quae ex liberalitate huius promissa sit et ostentata? Quorum alterum est gravius et odiosius, alterum levius et facilius. Quae ex societate debeatur? Quid ais? Hoc iam neque leviter ferendum est neque neglegenter defendendum. Si qua enim sunt privata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis. Aeque enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere quae continet vitam, et pupillum fraudare qui in tutelam pervenit, et socium fallere qui se in negotio coniunxit.

---

espresso, risolvendola diversamente da quella del mandato tacito, cfr. Deppenkemper 2014a, p. 394, ma non si capisce perché la soluzione sarebbe dovuta mutare a seconda che il mandato fosse espresso o tacito, di modo che l'opinione dello studioso si traduce in una eliminazione del *ius controversum*, il che è conforme al suo orientamento dogmatico, attento alle vicende della gestione di affari nelle esperienze giuridiche contemporanee.

Cic. *Caec.* 7: Quod est gravius, et cuius rei causa maxime iudicia constituta sunt, id iam mala consuetudine dissolutum est. Nam ut quaeque res est turpissima, sic maxime et maturissime vindicanda est, at eadem, quia existimationis periculum est, tardissime iudicatur. Qui igitur convenit, quae causa fuerit ad constituendum iudicium, eandem moram esse ad iudicandum? Si quis quod spopondit, qua in re verbo se uno obligavit, id non facit, maturo iudicio sine ulla religione iudicis condemnatur; qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciae rationem fraudavit quempiam, in eo quo delictum maius est, eo poena est tardior?

Cic. *nat. deor.* 3, 74: Sed exeamus e theatro, veniamus in forum! Sessum ite, precor! Quid ut iudicetur? Qui tabularium incenderit. Quod facinus occultius: at se Q. Sosius, splendidus eques Romanus, ex agro Piceno, fecisse confessus est. Qui transcripserit tabulas publicas; id quoque L. Alenus fecit, cum chirographum sex primorum imitatus est; quid hoc homine sollertius? Cognosce alias quaestiones, auri Tolossani, coniurationis Iugurthinae; repete superiora: Tubuli de pecunia capta ob rem iudicandam; posteriora: de incestu rogatione Peducaea; tum haec cotidiana: sicae, venena, peculatus, testamentorum etiam lege nova quaestiones. Inde illa actio OPE CONSILIOQUE TUO FURTUM AIO FACTUM ESSE; inde tot iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt, inde iudicium publicum rei privatae lege Plaetoria, inde everriculum malitiarum omnium, iudicium de dolo malo, quod C. Aquillius familiaris noster protulit; quem dolum idem Aquillius tum teneri putat, cum aliud sit simulatum, aliud actum.

Cic. *off.* 3, 70: Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAU-

> DATIONE! Sed, qui sint 'boni' et quid sit 'bene agi', magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

Da una complessiva considerazione dei passi riportati risulta, con un grado di probabilità vicino alla certezza, che il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede non esisteva ancora nei primi decenni del I secolo a.C.[245].

Tuttavia, va precisato che i quattro passi ciceroniani hanno valore indiziario diverso.

Quello della *pro Roscio comoedo*, che fu pronunciata all'incirca nel 76 a.C.[246], non è, in sé considerato, decisivo nel senso dell'inesistenza del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede. I tre *iudicia bonae fidei* menzionati come esempi di azioni private incidenti sulla reputazione (*privata iudicia summae existimationis*) del convenuto e, in ultima analisi, sulla sua persona (*et paene … capitis*), essendo la *existimatio* da intendere come la dimensione personale dell'individuo dal punto di vista della valutazione sociale, sono i *iudicia fiduciae*, *tutelae* e *pro socio*[247]. Trattandosi di tre azioni di buona fede infamanti, il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, anche se fosse già esistito, non sarebbe stato citato, dato che non si trattava di un'azione infamante, come è confermato dalla circostanza che tale azione non figura né in Tab. Heracl. 108-125, né in alcuno degli elenchi delle azioni infamanti contenuti nelle leggi e nei passi giuridici del periodo classico[248]. Inoltre, l'elenco delle azioni di buona fede infamanti conte-

[245] FINAZZI 1999, p. 174 s.
[246] Cfr. BELLARDI 1978, p. 28.
[247] FALCONE 2013b, p. 267 nt. 31.
[248] WOLF 2010, p. 498 ss. Vd. *supra*, § 6.

nuto nel passo dell'orazione ciceroniana potrebbe non essere esaustivo, come sembra argomentabile dal silenzio in merito all'*actio mandati*, che era infamante secondo quanto si ricava da Cic. *Rosc. Amer.* 113[249], appartenente a un'orazione pronunciata nell'80 a.C. e, dunque, precedente di qualche anno[250].

Né sembra in sé dirimente nel senso dell'inesistenza del *iudicium negotiorum* di buona fede l'elenco di *iudicia bonae fidei* contenuto nella *pro Caecina*, che risale verisimilmente al 69 o al 68 a.C.[251] Cicerone, nel § 6[252], lamentando la lentezza con la quale era stato condotto il processo che coinvolgeva il suo cliente, biasimava i ritardi riguardanti quei contenziosi instaurati su azioni dirette a punire condotte riprovevoli del convenuto (*maleficia*), nei quali il coinvolgimento della reputazione (*existimatio*) di quest'ultimo causava molteplici indugi nelle corti giudicanti, laddove invece sarebbe stato necessario punirlo con severità e prontezza. Tali contenziosi erano contrapposti a quelli volti semplicemente a dirimere controversie, che spesso si risolvevano per mezzo di arbitrati, senza che fosse neppure necessario instaurare un processo. Come era evidenziato nel § 7, sopra riportato, ne risultavano alcuni profili di illogicità del sistema, per come era attuato nella prassi: da un lato, non aveva senso che lo stesso motivo che aveva suggerito di intentare l'azione volta a sanzionare una con-

---

[249] … *In minimis privatisque rebus etiam neglegentia in crimen mandati iudiciumque infamiae vocatur, propterea quod, si recte fiat, illum neglegere oporteat qui mandarit non illum qui mandatum receperit* …

[250] Per la contestualizzazione storica dell'orazione, che presuppone pubblicate le liste di proscrizione sillane della metà dell'81 a.C., cfr. Bellardi 1978, p. 22.

[251] Bellardi 1981, p. 14 s.

[252] *Quamquam ego mihi sic persuadeo, recuperatores, non vos tam propter iuris obscuram dubiamque rationem bis iam de eadem causa dubitasse quam, quod videtur ad summam illius existimationem hoc iudicium pertinere, moram ad condemnandum quaesisse simul et illi spatium ad sese conligendum dedisse. Quod quoniam iam in consuetudinem venit et id viri boni vestri similes in iudicando faciunt, reprehendendum fortasse minus, querendum vero magis etiam videtur, ideo quod omnia iudicia aut distrahendarum controversiarum aut puniendorum maleficiorum causa reperta sunt, quorum alterum levius est, propterea quod et minus laedit et persaepe disceptatore domestico diiudicatur, alterum est vehementissimum, quod et ad graviores res pertinet et non honorariam operam amici, sed severitatem iudicis ac vim requirit.*

dotta riprovevole causasse la lentezza del processo e, dall'altro, era ben strano che nel caso dell'impegno assunto dal debitore con una sola parola (cioè con la risposta all'*interrogatio* dello stipulante nella *stipulatio*), il giudice pervenisse subito e senza scrupoli alla condanna, mentre, quando una persona perpetrava una frode ai danni di un altro approfittando dei rapporti connessi alla tutela, alla società, al mandato o alla fiducia, pur essendo maggiore la colpa, fosse più tardiva la sanzione.

Il fatto che nella categoria dei contenziosi nei quali era sanzionata la *fraus* fossero annoverati solo il *iudicium tutelae*, il *iudicium pro socio*, il *iudicium mandati* e il *iudicium fiduciae*, l'insistenza dell'oratore sul profilo della reputazione (*existimatio*) del convenuto e la notizia circa i tentennamenti delle corti giudicanti dimostrano che la considerazione delle fattispecie come *maleficia* e la contrapposizione a quei contenziosi nei quali si trattava solo di dirimere una controversia era connessa alla grave conseguenza costituita dell'*infamia* pretoria, che in tali azioni colpiva il condannato[253].

Pertanto, pure in riferimento al passo della *pro Caecina*, si deve osservare che il *iudicium negotiorum gestorum*, anche ove all'epoca fosse esistito, non sarebbe stato menzionato in quanto non era infamante[254].

Di maggiore interesse, per la datazione del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, è il silenzio circa la sua esistenza nell'più ampio elenco contenuto nel passo del *de natura deorum*[255], opera teologica che, pur risalendo al 44 a.C., ha per contenuto un dialogo che si immaginava avvenuto presso la villa di Caio Aurelio Cotta tra il 77 e il 75 a.C.[256].

---

[253] Wolf 2010, p. 491 ss.

[254] Finazzi 1999, p. 174.

[255] Falcone 2013b, p. 267.

[256] La data del finto dialogo è, infatti, compresa tra il ritorno di Cicerone dall'Oriente e la questura in Sicilia. I partecipanti al dialogo sono, oltre a Cicerone stesso: C. Velleio, epicureo, il quale in Cic. *de orat.* 3, 78 è individuato come amico dell'oratore Licinio Crasso; Q. Lucilio Balbo, aderente allo Stoicismo; C. Aurelio Cotta, accademico, oratore e politico, ritenuto responsabile della rivolta degli Italici e perciò esiliato nel 90 a.C., rientrato a Roma nel 82 a.C., console nel 75 a.C. e poi proconsole in Gallia.

Nell'elencare condotte dolose di varia natura, alcune sanzionate sul versante del diritto criminale, altre sul versante del diritto privato, Cicerone menziona tra queste ultime l'*actio furti* e quelli che denomina *iudicia de fide mala*, cioè il *iudicium tutelae*, il *iudicium mandati*, il *iudicium pro socio*, il *iudicium fiduciae* e gli altri (*iudicia*) che sorgono dal comprato (*ex empto*) o dal venduto (*ex vendito*) o dal condotto (*ex conducto*) o dal locato (*ex locato*) contro la *fides* (si vuole dire da condotte del compratore, del venditore, del conduttore o del locatore contrarie alla *fides*), cui seguono il riferimento al *iudicium publicum rei privatae ex lege Plaetoria* e quello al mezzo di contrasto di ogni condotta maliziosa, l'*actio de dolo*, che sanzionava l'*alius simulatum aliud actum*, escogitata da poco dal giurista Aquilio Gallo.

Il silenzio circa il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, a differenza che nei passi della *pro Roscio comoedo* e della *pro Caecina*, non può dipendere dal fatto che tale azione non era infamante, atteso che neppure le azioni sorgenti dalla compravendita e dalla locazione, espressamente menzionate, lo erano. Pertanto, si deve ritenere che tale azione non esistesse ancora all'epoca in cui si immaginava avvenuto il dialogo[257].

Lo conferma il passo del *De officiis*, in quanto, sebbene l'opera sia del 44 a.C., l'elenco degli *arbitria* cui era aggiunto *ex fide bona*, ivi contenuto, risaliva al giurista Quinto Mucio Scevola, il pontefice massimo, morto nell'82 a.C., il quale affermava che il concetto di buona fede aveva una portata amplissima, che si estrinsecava *in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis*, cioè nelle tutele, nelle società, nelle fiducie, nei mandati, nelle cose comprate, vendute, condotte, locate[258]. Anche in tale elenco di fattispecie il *iudicium negotiorum gesttorum* di buona fede non compare.

Pertanto. il confronto fra Cic. *nat. deor.* 3, 74 e *off.* 3, 70 induce a ritenere che il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede ancora non esistesse nei primi vent'anni del I secolo a.C., ossia vivente Quinto Mucio Scevola.

---

[257] Finazzi 1999, p. 174.

[258] Falcone 2013b, p. 262; Cardilli 2013, p. 191 ss.

Il silenzio del grande giurista in merito alla tutela giurisdizionale del rapporto fra *dominus* e *procurator* non deve stupire più di tanto.

A questo proposito, va osservato, da un lato, che, nel quadro della società patriarcale e dell'economia su base schiavistica, era possibile avvalersi dei propri *filiifamilias* e dei propri schiavi per l'amministrazione patrimoniale e, dall'altro, che con ogni probabilità, quando il titolare degli affari si intendeva avvalere per l'amministrazione dei propri affari di persone non soggette alla propria *patria* o *dominica potestas*, il più delle volte il *procurator* sarà stato un liberto, legato al *dominus negotii* da un rapporto di patronato[259], un *cliens*, legato al *patronus* dal rapporto di clientela[260], un *amicus*[261]. Con la conseguenza che, fino a un certo momento, la relazione fra il *procurator* e il *dominus negotiorum* era basata sui solidi principi della morale sociale, non ancora irrimediabilmente intaccati dal declino dei costumi dell'ultima fase dell'età repubblicana. Verisimilmente, fu proprio l'attenuazione dei vincoli della morale sociale nel periodo ultimo della crisi della repubblica a suggerire di trasferire sul piano del diritto privato delle obbligazioni quei doveri del liberto, del *cliens* e dell'*amicus* che in precedenza non si ritenevano necessitare di una sanzione privatistica[262].

Tali rilievi confermano l'estraneità del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede all'orizzonte di Quinto Mucio. Infatti, come è stato osservato su un piano più generale, la visione del mondo dell'autore dei *libri iuris civilis* era orientata verso il passato, ossia verso quel sistema di valori tradizionale, condiviso dall'antica *nobilitas* repubblicana, che proprio all'epoca della vecchiezza del grande giurista si avviava drammaticamente a sgretolarsi[263]. Il nucleo sociale di quel mondo era co-

---

[259] Nicosia 1969, p. 630; Milella 1966-1967, p. 377 ss.; Milazzo, 2012, p. 76.

[260] Sui diversi aspetti della clientela nella società antica, cfr. Wallace-Hadrill 1989.

[261] Finazzi 2010, p. 633 ss.

[262] Sulla posizione giuridica del *cliens*, cfr. Fiori 1996, p. 225 ss., sulla disciplina arcaica; p. 507 ss., per gli sviluppi successivi; Garofalo 2005, p. 22 ss.

[263] Schiavone 1987, p. 48.

stituito da *patresfamilias* titolari del *dominium ex iure Quiritium* su un fondo di esigue dimensioni e sugli altri strumenti di produzione, fra i quali gli schiavi e gli animali, e dei vari poteri personali sui sottoposti (*patria potestas*, *manus*, *mancipium*), ma allo stesso tempo calati in una fitta rete di relazioni che attingeva alla sfera pregiuridica dei *beneficia* e degli *officia*.

Sul versante giuridico, ciò si rifletteva sia nella valorizzazione delle linee di continuità fra gli antichi istituti introdotti dai *mores* e regolamentati dalle XII Tavole e i nuovi istituti emersi nella media repubblica[264], che è provata, per esempio, dalle opinioni muciane in tema di *partes lucri et damni* nella *societas* consensuale, ispirate alla regolamentazione dell'antica società consortile[265], sia forse anche, come è stato ipotizzato, nell'ordine delle materie nei *libri iuris civilis*, articolati intorno a nuclei tematici costituiti dagli antichi istituti già esistenti in epoca arcaica[266].

A tale orizzonte l'idea di una patrimonializzazione dei rapporti gestori sostanziali che fu alla base della comparsa del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede rimaneva estranea.

Malgrado quanto osservato, con una evidente quanto arbitraria sottovalutazione dei silenzi, altrimenti incomprensibili, di Cic. *nat. deor.* 3, 74 e *off.* 3, 70 circa il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, si è sostenuto che Quinto Mucio Scevola lo conoscesse già. In tale direzione sono stati addotti alcuni passi, i quali, però, non forniscono argomenti dirimenti.

Innanzi tutto, non prova l'esistenza del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede nel primo ventennio del I secolo a.C.

> Cic. *Quinct.* 61: Qui locus igitur absentis defendendi procuratori primus datus est? Cum proscribebas. Ergo adfuit, non passus est, libellos deiecit Sex. Alfenus; qui primus erat offici gradus, servatus est a procuratore summa cum diligentia. Videamus quae deinde sint consecuta. Hominem P. Quincti deprehendis in publico, conaris abducere; non patitur Alfenus, vi tibi

[264] TALAMANCA 1981, p. 15 ss.
[265] Gai. 3, 149; Paul. 6 *ad Sab.* D.17, 2, 30.
[266] SCHIAVONE 1987, p. 46 ss.

> adimit, curat ut domum reducatur ad Quinctium. Hic quoque summe constat procuratoris diligentis officium. Debere tibi dicis Quinctium, procurator negat; vadari vis, promittit; in ius vocas, sequitur; iudicium postulas, non recusat.

Sebbene nell'81 a.C., l'anno successivo alla morte di Quinto Mucio, Cicerone avesse insistito sulla *summa diligentia* di Alfeno, *procurator* di Quinzio, nell'assumerne la *defensio* contro Nevio, l'orazione non prova che il *dominus*, ove il *procurator* fosse stato meno zelante, avrebbe potuto agire contro di lui con il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede. Il problema riguardava, infatti, l'essere Quinzio *defensus* o *indefensus* rispetto al contenzioso in corso, cioè il rapporto con Nevio, non la responsabilità di Alfeno verso di lui[267].

Per l'epoca cui appartiene l'orazione, sul versante della regolamentazione giuridica del rapporto fra *procurator* e *dominus*, che rimaneva al di fuori dell'interesse contingente di Cicerone, non vi sono che due alternative: ove fosse stata ritualmente assunta la *defensio*, la condotta del *procurator* verso il *dominus* o rilevava ancora esclusivamente sul versante sociale o poteva essere sindacata nel processo instaurato sull'*actio negotiorum gestorum* con *formula in factum concepta* concessa in via utile al *dominus* contro il *procurator*.

Un passo dal quale si è creduto di ricavare la conoscenza del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede da parte di Quinto Mucio è

> Pomp. 21 *ad Q. Muc.* D. 3, 5, 10 (11): Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo. Nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet.

[267] FINAZZI 2006a, p. 200 ss.

L'attenzione di Quinto Mucio per i problemi relativi alla responsabilità del debitore e la sua propensione ad affidarsi ai criteri del dolo e della colpa hanno indotto ad immaginare che sia sua l'opinione riferita da Pomponio, secondo la quale *Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes*[268]. Che si trattasse della responsabilità del gestore di affari sostanziali si ricava dall'opinione di Proculo, il quale estendeva la responsabilità del gestore al *casum praestare* quando egli geriva affari che l'assente non era solito porre in essere, come la compera di giovani schiavi da rivendere o nuove attività commerciali. In fattispecie di quest'ultimo genere, se ne scaturiva solo un pregiudizio, questo seguiva il gestore e, se ne scaturiva solo un vantaggio, questo seguiva il gerito assente, mentre, se vi erano sia danni che pregiudizi, il gerito doveva compensarli, potendo agire solo per la differenza attiva fra vantaggi e pregiudizi.

Ma l'idea che la frase *si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes* sia un lemma muciano è, in definitiva, una conseguenza dell'*horror vacui*, cioè della relativa carenza di fonti che affligge la dottrina romanistica da quando essa si è orientata a studiare i materiali in chiave storica, tentando di ricostruire il pensiero dei singoli giuristi, per alcuni dei quali (e in ispecie per quelli più risalenti) mancano appigli testuali affidanti. Ne è disceso, tra l'altro, il frequente e generale errore di prospettiva consistente nel volere attribuire, a tutti i costi e al di là di ogni ragionevolezza, ai giuristi commentati le enunciazioni che si leggono nei commentari ad opere di giuristi precedenti, per lo scopo, non dichiarato, di incrementare il materiale utilizzabile onde ricostruirne le opinioni, con il risultato di attribuire loro affermazioni di altri giuristi[269].

Ora, nel passo in esame manca quella contrapposizione fra *Mucius ait* o *scribit* e *Pomponius* che in altri (pochi) casi è docu-

[268] Seiler 1973, p. 201 ss.; Cardilli 1995, p. 216 ss.; da ultimo, Deppenkemper 2014a, p. 220 nt. 1; Id. 2014b, p. 416 s.

[269] Finazzi 1999, p. 169 s., cui si rinvia anche per la letteratura più risalente; Id., 2006, p. 211 ss.

mentata nei libri di Pomponio *ad Quintum Mucium*[270]. Inoltre, considerato il modo assai libero nel quale i compilatori escerpivano i passi dalle opere classiche, il fatto che la regola sulla responsabilità del gestore sia riportata all'inizio del fr. 10 non depone di certo per la paternità muciana, come dimostra in maniera lampante la circostanza che alcuni passi del Digesto tratti dal commentario pomponiano a Quinto Mucio si aprono con la menzione di una costituzione imperiale[271].

Dal punto di vista sostanziale, poi, va osservato che, pur non essendo possibile individuare un comune denominatore di tutti i passi provenienti dal lb. 21 *ad Q. Mucium* di Pomponio[272], riguardanti, oltre ad attività svolte per altri[273], condotte lecite coinvolgenti cose altrui (come il godimento del comodatario e l'istruzione dello schiavo altrui posseduto)[274], il *beneficium competentiae* (nella restituzione della dote e nella *societas*)[275], l'*actio furti* (contro il *falsus procurator* altrui)[276], tre delle problematiche affrontate e, segnatamente, quelle relative alla gestione di affari, al comodato e all'attività del possessore hanno elementi in comune. Poiché da Ulp. 28 *ad ed.* D. 13, 6, 5, 3[277] si apprende che Quinto Mucio aveva delineato la responsabilità del comodatario, affermando che egli doveva anche *culpam praestare et diligentiam* e, in caso di *aestimatio*, *omne*

---

[270] Pomp. 5 *ad Q. Muc.* D. 34, 2, 10 (*ait*); 8 *ad Q. Muc.* D. 33, 1, 7 (*ait*); 9 *ad Q. Muc.* D. 34, 2, 34 (*scribit*); 17 *ad Q. Muc.* D. 9, 2, 39 (*scribit*): Pomp. 31 *ad Q. Muc.* D. 19, 1, 40 (*scribit*).

[271] Pomp. 2 *ad Q. Muc.* D. 32, 85; 5 *ad Q. Muc.* D. 7, 8, 22.

[272] LENEL 1889b, col. 71 nt. 1.

[273] D. 3, 5, 10 (11) (Pomp. fr. 278, riguardante la *negotiorum gestio*), cioè il passo in esame.

[274] D. 13, 6, 23 (Pomp. fr. 279, in materia di utilizzazione della cosa comodata), l'unico in cui LENEL 1889a, col. 764, riscontrava un'opinione muciana (Q. Muc. fr. 30); D. 6, 1, 29 (Pomp. fr. 280, concernente la *retentio* delle spese sostenute dal possessore nella *reivindicatio*).

[275] D. 42, 1, 22 pr.-1 (Pomp. fr. 281, su dote e *societas*).

[276] D. 47, 2, 76 (75) (Pomp. fr. 282, dove è escluso l'impiego dell'*actio furti* contro il falso *procurator* che si era fatto promettere o aveva delegato a promettere qualcosa).

[277] *Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.*

periculum praestare, è verisimile che Pomponio abbia preso spunto da un'opinione muciana relativa alla responsabilità del comodatario, contro il quale all'inizio del I secolo a.C. il comodante si poteva verisimilmente avvalere solo della *formula in factum concepta*, e per comprovarla o rettificarla abbia utilizzato la regola relativa alla responsabilità del gestore di affari. Un'alternativa sarebbe, forse, quella che l'opinione muciana riguardasse la responsabilità del possessore di una cosa altrui, contro il quale il proprietario o l'erede potevano agire, rispettivamente, con la *reivindicatio* e con l'*hereditatis petitio*, ma di un'attenzione del giurista repubblicano per il tema non v'è prova diretta[278].

Va anche considerato che il fr. 10 ha per oggetto la gestione dello spontaneo gestore di affari sostanziali dell'assente (*negotia absentis et ignorantis*) e, dunque, una fattispecie diversa da quella della gestione del *procurator omnium bonorum*, per la quale ebbe probabilmente origine il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, che venne esteso alla gestione spontanea dell'assente inconsapevole solo sul finire dell'epoca repubblicana.

Né l'esistenza del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede all'epoca di Quinto Mucio è desumibile da

> Pomp. 16 *ad Q. Muc.* D. 27, 5, 4: Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret.

Si è ipotizzato che Quinto Mucio abbia sostenuto che fra colui il quale geriva gli affari dell'impubere *pro tutore* e l'impubere medesimo fosse utilizzabile il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede e che tale gestore rispondesse allo stesso modo del tutore, dovendo *eadem fidem et diligentiam praestare*[279]. Ciò avrebbe comportato che, nel caso della *protutela*, la condanna del gestore nel processo instaurato sull'azione di ge-

---

[278] Va segnalata, a questo proposito, l'assenza dell'attribuzione a Quinto Mucio del pensiero espresso in Pomp. 21 *ad Q. Muc.* D. 6, 1, 29: *nisi si venalem eum habeas et plus ex pretio eius consecuturus sis propter artificium.*

[279] CARDILLI 1995, p. 203 ss.

stione di affari avrebbe causato, in caso di violazione della *fides*, la conseguenza dell'*infamia*[280].

Tuttavia, direi che anche in questo caso sia latente il medesimo preconcetto di fondo riscontrato a proposito di D. 3, 5, 10 (11), consistente nel ritenere che in quasi ogni passo del commento di Pomponio si legga un lemma muciano, almeno dove ciò sia strumentale alla dimostrazione degli assunti che si vogliano, di volta in volta, dimostrare. E pure qui non risulta espressamente dal passo la paternità del giurista repubblicano, né essa è ricavabile dalla mancanza di ulteriori osservazioni pomponiane, come se tale silenzio fosse quello di chi acconsente a un'opinione preesistente.

Ma, soprattutto, non è noto se Mucio si fosse già posto il problema della *gestio pro tutore*, essendo più verisimile che Pomponio, ricavando la misura del *fidem et diligentiam praestare* di chi geriva *pro tutore* in base all'analogia con il tutore, che rispondeva con l'*actio tutelae*, sicuramente esistente nel II secolo a.C., abbia espresso l'opinione risultante dal passo ispirandosi a quanto il giurista repubblicano aveva affermato in merito alla responsabilità del tutore atiliano, cogliendo così, attraverso l'impiego della *similitudo*, una implicazione ulteriore del suo pensiero sul versante della responsabilità in un ambito estraneo all'orizzonte della riflessione muciana.

Si aggiunga che la provenienza da Quinto Mucio è resa poco credibile dal fatto che, se il problema della gestione del protutore fosse stato già risolto all'inizio del I secolo a.C. con la concessione del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, in cui in seguito, nel periodo classico, la responsabilità del gestore sarebbe stata commisurata in maniera variabile a seconda dei casi[281], si spiegherebbe difficilmente l'introduzione di una specifica formula relativa alla *protutela*[282], al netto dei problemi, molto discussi, della precisa datazione di essa[283] e

[280] CARDILLI 1995, p. 207 s.

[281] Basti richiamare D. 3, 5, 10 (11). Sulla responsabilità del gestore, cfr. FINAZZI 2006a, 185 ss.

[282] FINAZZI 1999, p. 170 s.

[283] Si è pensato perfino a una innovazione giustinianea, ma con tale ipotesi sono incompatibili la notizia della proposizione dell'azione da parte del

della sua costruzione[284], che comunque consentiva l'applicazione delle regole relative ai *iudicia bonae fidei*[285].

Lo scopo dell'*actio protutelae*, infatti, era di tutelare l'impubere quando fosse incerto se i suoi affari fossero stati geriti *pro tutore* da chi era davvero tutore, sia ove fosse consapevole di esserlo sia ove non lo fosse, oppure da una persona che non era il tutore, a prescindere dal fatto che, in quest'ultimo caso, fosse convinta di esserlo o, essendo consapevole di non esserlo, fingesse di essere tale[286]. Sul versante dell'*actio negotiorum gestorum* di buona fede, in cui, come si legge in Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3, 10, era tenuto *non solum is qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit, verum et is qui aliqua necessitate urguente vel necessitatis suspicione gessit*, le incertezze lamentate da Ulpiano nel lb. 36 *ad edictum* e le questioni connesse alla sfera della consapevolezza del gestore in merito alla sua qualifica di tutore non avrebbero avuto ragione di essere.

Del resto, si è sostenuto che l'espressione *qui pro tutore negotia gerit* non richiama necessariamente la *negotiorum gestio*, essendo il complesso degli obblighi imposti al protutore in relazione con la disciplina della tutela, non con quella della ge-

---

tutore e la *laudatio edicti* contenute in Ulp. 36 *ad ed.* D. 27, 5, 1 pr., le quali avrebbero costituito un artificio eccessivo rispetto allo scopo di introdurre l'azione. Letteratura in CARDILLI 1995, p. 204 s. nt. 37.

[284] Sul dibattito in proposito, nel quale si è congetturato, a seconda delle opinioni, che l'azione avesse natura *ficticia* o *utilis*, cfr. CARDILLI 1995, p. 204 s. nt. 37.

[285] Cfr. quanto osservato circa le *usurae* in Ulp. 36 *ad ed.* D. 27, 5, 1, 8, e il *fidem et diligentiam praestare* in Pomp. 16 *ad Q. Muc.* D. 27, 5, 4. Nella stessa direzione rileva la vicinanza rispetto all'*actio tutelae* e all'*actio negotiorum gestorum* di buona fede, confermata dal fatto che all'*actio protutelae contraria* sembrerebbe riferibile Ulp. 10 *ad ed.* D. 27, 5, 5, escerpito dal commento ai materiali edittali relativi alla gestione di affari.

[286] Ulp. 36 *ad ed.* D. 27, 5, 1 pr. (incertezza fra chi aveva gerito essendo tutore e chi non essendo tale); 1 (utilizzabilità sia se la gestione era stata effettuata da chi, non essendo tutore, riteneva di essere tale, sia se essa era stata effettuata da chi, sempre non essendo tutore, sapeva di non esserlo e fingeva di esserlo); 7 (utilizzabilità se la gestione era stata effettuata da chi, non essendo tutore, riteneva di essere tale per essere stato *compulsus* a gerire dal pretore o dal governatore provinciale).

stione di affari[287], anche se sarebbe meglio dire che il protutore era soggetto alla disciplina della tutela solo nei limiti della compatibilità, applicandosi per il resto i principi in materia di gestione di affari.

Infine, poiché in Cic. *top.* 42 dal *fidem praestare* del tutore (oltre che del socio, del mandatario e del fiduciario) si ricavava il *fidem praestare* del *procurator*, ove il rapporto fra protutore e impubere fosse stato inquadrato da Quinto Mucio nella gestione di affari e tutelato dal *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, l'avvicinamento al tutore (*eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret*) sarebbe stato superfluo.

Da quanto osservato discende, con ogni probabilità, che la nascita del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede si verificò non prima dell'epoca di Servio Sulpicio Rufo. Tuttavia, non è possibile dire se esso avesse fatto la sua apparizione nell'editto del pretore già all'epoca in cui Servio, il cui responso era riferito da Alfeno, si era espresso sul caso, dai tratti molto particolari, descritto in

> Paul. 9 *ad ed.* D. 3, 5, 20 (21) pr.: Nam et Servius respondit, ut est relatum apud Alfenum libro trigensimo nono digestorum: cum a Lusitanis tres capti essent et unus ea condicione missus, uti pecuniam pro tribus adferret, et nisi redisset, ut duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reverti noluisset et ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam solvissent: Servius respondit aequum esse praetorem in eum reddere iudicium.

Nella fattispecie, che probabilmente si ambientava negli anni successivi al trionfo di Pompeo nella guerra sertoriana (79 a.C.)[288] e di recente oggetto di rinnovato interesse[289], essendo tre cittadini romani caduti nelle mani di alcuni ribelli Lusitani, questi ultimi avevano liberato uno di loro a condizione che riportasse il denaro per il riscatto di tutti e tre e che, se non fosse tornato, gli altri due pagassero la stessa

[287] De Robertis 1956, p. 32.
[288] Cenderelli 1997, p. 167.
[289] Barbati 2016, p. 152; Luchetti 2023, p. 61 ss.

somma anche per quello liberato. Il *missus* non era ritornato (non avendo forse avuto mai davvero in animo di ritornare) e gli altri due, come era stato previsto in alternativa, avevano pagato il riscatto ed erano stati liberati. Tornati in patria, i due che avevano pagato volevano che l'altro rifondesse loro un terzo della somma pagata per il riscatto di tutti e tre e, non essendo utilizzabile a tale scopo alcuna azione edittale, Servio, la cui opinione era stata riportata da Alfeno nel lb. 39 *digestorum*, aveva risposto essere equo che il pretore dovesse *reddere iudicium* contro colui che non era tornato.

Sebbene nel passo siano menzionati solo gli accordi fra i sequestratori, da una parte, e i prigionieri, dall'altra, è verisimile che fosse presupposto anche un accordo fra i prigionieri, due dei quali erano interessati a conservare la disponibilità del denaro che avevano con sé.

In ogni caso, le particolarità della fattispecie rendevano problematica l'individuazione del mezzo di tutela utilizzabile dai due prigionieri che avevano dovuto pagare il riscatto anche per il terzo contro quest'ultimo[290]. In primo luogo, era da escludere l'impiego dell'*actio mandati*, considerate le circostanze in cui si era convenuto che il prigioniero liberato tornasse con il denaro per il riscatto: ove i *Lusitani* fossero stati considerati *hostes*, i prigionieri, cadendo in stato di schiavitù, avrebbero perso la capacità giuridica e, in caso contrario, la volontà negoziale sarebbe stata viziata dalla soggezione ai briganti, che, pur venendo incontro all'esigenza dei prigionieri di non perdere la disponibilità del denaro che avevano con sé, ne avevano imposto il contenuto, per cui era da escludere l'integrazione di un contratto di mandato impartito dai due prigionieri rimasti presso i sequestratori e quello che era stato lasciato andare. Inoltre, la previsione dell'eventualità che il prigioniero liberato non facesse ritorno e, dunque, non eseguisse l'incarico, cui era collegata quella del pagamento del riscatto da parte dei due prigionieri rimasti presso i sequestratori, potrebbe avere costituito un'ulteriore ragione dell'esclusione di un valido contratto di mandato.

[290] Per l'esegesi del passo, cfr. FINAZZI 1999, p. 82 ss.

Se, poi, si ipotizzi che già esistesse il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, il primo prigioniero liberato non poteva essere inteso come gestore degli affari degli altri due, in quanto non sussisteva alcuna utilità, né iniziale, né finale, della gestione, non avendo egli gerito. E, all'opposto, considerando gestori i prigionieri rimasti presso i Lusitani, a parte l'inesistenza di una loro valida determinazione di intraprendere la gestione, esclusa o dalla schiavitù o dalla soggezione ai sequestratori, il prigioniero liberato per primo, non essendo ritornato, non aveva alcun interesse al pagamento del riscatto, per cui nel pagamento degli altri due era difficile identificare l'utile gestione di un suo affare. Da quest'ultima angolazione, inoltre, non è detto che all'epoca del responso fosse già in uso il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede contrario, esperibile dal gestore contro il gerito.

Purtroppo, non è possibile stabilire con certezza a quale azione alludesse Servio rispondendo che era equo che il pretore concedesse un *iudicium* contro il sequestrato ritornato in patria prima degli altri due (*Servius respondit aequum esse praetorem in eum reddere iudicium*)[291]. L'espressione *reddere iudicium* è, in sé, ambigua, potendo descrivere la concessione di un'azione decretale o la normale *datio* di una formula edittale[292], ma l'individuazione della giustificazione della concessione dell'azione nell'*aequum esse*, cioè in ragioni di giustizia[293], limita praticamente le alternative alla concessione decretale di

[291] Ch. Lehne-Gstreinthaler 2019, p. 193 s.

[292] A sciogliere il dubbio fine non sarebbe, in sé, sufficiente l'espressione *reddere iudicium*. Sebbene essa alluda alle volte alla concessione di un'*actio in factum*, come per esempio in Proc. 11 *epist.* D. 19, 5, 12 (tutela del patto di retrovendita *sub condicione*), e lo stesso valga per l'espressione *reddere actiones*, come si ricava da Pomp. 39 *ad Q. Muc.* D. 19, 5, 11 (danneggiamento a cose), altre volte è dubbio se con *actionem reddere* si alluda alla concessione di un'azione edittale o decretale, *in factum concepta* o *utilis*: cfr. Pomp. 22 *ad Sab.* D. 16, 3, 12, 2 (*actio sequestraria* contro l'erede del *sequester*). Le parole *iudicium reddere* alludono, poi, a un'azione non specificata in Iul. 5 *ad Minuc.* D. 3, 3, 76 (azione per la quale si è assunta la *defensio*). Infine, di sicuro *reddere iudicium* allude a un'azione edittale in Pomp. 13 *ad Sab.* D. 3, 4, 9 (*iudicium familiae erciscundae*); Pap. 3 *resp.* D. 3, 5, 31 pr. (*actio pigneraticia in personam*).

[293] Proprio come quelle che erano alla base della concessione di un'*exceptio in factum* in Alf. 2 *dig.*D. 44, 1, 14.

un'*actio* con *formula in factum concepta* coniata per l'occasione o di un'*actio utilis*. La prima opzione, che sarebbe stata praticabile a prescindere dall'esistenza o meno del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede edittale, sembra più verisimile, per le seguenti ragioni: a) il responso data verisimilmente ad un'epoca (appena dopo il 79 a.C.) troppo a ridosso della morte di Quinto Mucio (82 a.C.) perché si possa pensare all'esistenza dell'azione di buona fede da concedere in via utile; b) la similitudine che era sempre alla base della concessione di un'*actio utilis* sarebbe stata poco stringente, atteso che l'azione di buona fede venne probabilmente introdotta a tutela del *dominus* nei confronti del *procurator omnium bonorum*, mentre nel caso in esame si dovevano tutelare i gestori occasionali di affari sostanziali contro il gerito; c) la concessione decretale di una *formula in factum concepta* meglio si prestava ad esprimere le molte particolarità della fattispecie.

In ogni caso, è una buona congettura quella secondo la quale il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede sia stato introdotto per influenza della riflessione di Servio Sulpicio Rufo, sebbene forse al solo scopo di tutelare il *dominus* contro il *procurator omnium bonorum*. Il giurista, infatti, ormai guardava alla nuova realtà economica, basata sul capitale, e alle nuove classi sociali intenzionate a far sentire il loro peso, anche politico, nell'ultima fase della storia repubblicana[294]. Con il suo complessivo atteggiamento, così diverso da quello muciano, di fronte ai dirompenti mutamenti della società romana, sembra senz'altro compatibile la riconduzione del rapporto fra *dominus* e *procurator* alla sfera del *ius*. Ma il responso tramandato da Alfeno mostra che, nel contempo, le esigenze di regolamentazione dei rapporti sorgenti da interventi gestori non connessi all'agire del *procurator* potevano essere soddisfatte dal pretore per ragioni di equità, per mezzo della concessione in via decretale di azioni volte a colmare le lacune dell'ordinamento, scorgendosi pertanto già i presupposti per ammettere che il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede fosse utilizzabile anche al di fuori della gestione del *procurator*.

[294] SCHIAVONE 1987, p. 113 ss.

8. *Ipotesi di diverse datazioni dell'editto* de negotiis gestis*, che prometteva l'azione con* formula in factum concepta, *e del* iudicium negotiorum gestorum *di buona fede.*

Sul versante della dinamica edittale pregiulianea, riveste un certo interesse il fatto che, con ogni probabilità, le due formule relative alla gestione di affari, quella *in factum concepta* e il *iudicium bonae fidei*, fecero la loro comparsa nell'editto in tempi diversi, rispondendo ad esigenze oggettivamente diverse, pur essendo accomunate dal fatto che il fondamento della tutela processuale risiedeva in una gestione di affari altrui.

Infatti, mentre la prima, come si è visto, riguardava il rapporto fra lo spontaneo *defensor* e il convenuto rappresentato, essendo la parola *negotia* contenuta nell'editto e nella formula interpretata nella più ristretta accezione che comprendeva solo gli atti in cui si estrinsecava la *defensio*, la seconda, introdotta a tutela del rapporto fra *procurator* e *dominus*, venne ben presto ritenuta esperibile a tutela del rapporto fra gestore e gerito in ogni altro caso di gestione, spontanea o officiosa, generale o relativa a singoli affari[295].

Tale circostanza conferma che, in riferimento all'epoca precedente alla codificazione giulianea, l'editto del pretore non può essere considerato come un testo creato una volta per tutte o nel quale le singole materie siano state regolamentate unitariamente, essendo caratterizzato, nella diacronia, da continui aggiornamenti e aggiustamenti, suggeriti da esigenze di adeguamento dell'ordinamento al contesto sociale di riferimento e alla pratica dell'amministrazione della giustizia.

In merito alla datazione delle due formule, parte della dottrina ipotizza l'anteriorità del *iudicium* di buona fede all'editto e alla formula *in factum concepta*[296].

Ma, mentre il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, come già osservato, con ogni probabilità, risale a non prima

[295] Finazzi 1999, p. 36 ss.; 198 ss.; Id. 2003, p. 49 ss.

[296] Kreller 1939a, p. 193 ss.; 298 ss.; Id. 1939b, p. 390 ss.; Id. 1940, p. 556; Arangio-Ruiz 1949, p. 29 ss.; 42 s.; Nicosia 1969, p. 636 s.; 643; Cenderelli 1997, p. 139 ss.; 147 ss.

dell'epoca di Servio, a prescindere dalle vicende che condussero all'estensione del suo ambito di impiego[297], è verisimile che l'*edictum de negotiis gestis* e l'*actio negotiorum gestorum* con *formula in factum concepta* abbiano fatto la loro comparsa nell'editto in epoca precedente, quando l'albo cominciò a contenere una regolamentazione del processo formulare, nel quale era ammesso che la *defensio* del convenuto fosse assunta anche da persone diverse dal medesimo[298].

Poiché la partecipazione del convenuto era necessaria allo svolgersi del processo formulare e la mancata assunzione della *defensio* era sanzionata in maniera assai grave, è verisimile che l'*editto de negotiis gestis* e la relativa formula siano antiche quanto le previsioni edittali sulla *defensio* altrui e sull'*indefensio*, testimoniate all'epoca della *pro Quinctio* di Cicerone[299], che è dell'81 a.C., o appena poco meno.

Malgrado il silenzio delle fonti circa l'esistenza nel periodo repubblicano della formula *in factum concepta* che si fondava sulla promessa edittale *de negotiis gestis*, tale azione rispondeva a un'esigenza di certo già esistente sul versante del processo formulare quando esso aveva per oggetto soltanto pretese riconosciute sul versante del *ius honorarium*, in quanto, a partire dal II secolo a.C., a fronte dei frequenti spostamenti dei cittadini romani per affari o per ragioni belliche, doveva essere relativamente frequente che il convenuto non fosse a Roma al momento in cui l'attore era intenzionato agire contro di lui. Ovviamente, se la persona che si era allontanata aveva lasciato un *procurator* per l'amministrazione dei suoi affari, il problema non si poneva, in quanto l'amministratore avrebbe dovuto assumere la rappresentanza dal *dominus*[300] e un altro rimedio sarebbe stato incaricare un *procurator ad litem* per la singola causa, se al momento dell'allonta-

---

[297] Vd. *supra*, § 7.

[298] Per il dibattito dottrinale sulla datazione relativa delle due azioni e per le ragioni della probabile anteriorità della formula *in factum concepta* rispetto a quella dell'azione di buona fede, cfr. FINAZZI 1999, p. 16 ss.; 428.

[299] Cic. *Quinct.* 54; 56-57; 60. Sul primo passo, cfr. PUGLIESE 1963, p. 407 s. Su tutti i passi menzionati, cfr. D'AMATI 2016, p. 12 nt. 7; 61 s. e nt. 47.

[300] Un esempio dell'operato del *procurator* è fornito da Cic. *Quinct.* 5-7, 19-22, 24, 26.

namento era già avvenuta la *in ius vocatio*, ma non sempre si provvedeva a nominare un *procurator omnium bonorum* o a incaricare un mandatario, per cui era interesse degli *absentes* che vi fosse qualcuno disposto ad assumere la loro *defensio* nella certezza di potersi fare risarcire le spese e sollevare delle obbligazioni contratte, fra le quali non ultima quella sorgente da un'eventuale condanna. La riscontrata esigenza dovette crescere gradualmente quando si cominciò ad ammettere che, allo scopo di superare alcune rigidità del processo *per legis actiones*, per mezzo del processo formulare potessero in alcuni casi essere fatte valere, con effetti pretori, anche pretese civili normalmente azionate con le *legis actiones* e ancora di più quando, a seguito della *lex Aebutia*, l'impiego del processo formulare a tutela di pretese civili divenne, secondo l'ipotesi più verisimile, alternativo a quello per *legis actiones*, in sostanza aggiungendosi ai tradizionali *modi agendi*[301].

Pertanto, già molti decenni prima che Cicerone, nel 44 a.C., registrasse l'esistenza del *iudicium negotiorum gestorum bonae fidei* a tutela del *dominus negotii* nei confronti del *procurator* o contro *qui aliena negotia curasset*, l'editto *de negotiis gestis* doveva avere trovato spazio nell'editto del pretore, unitamente all'azione con formula *in factum concepta* su di esso fondata.

Del resto, l'anteriorità dell'editto e della *formula in factum concepta* al *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede è confermata dal fatto che, ove l'azione di buona fede avesse preceduto quella con *formula in factum concepta*, non si vedrebbe per quale ragione sarebbe stata avvertita la necessità di introdurre quest'ultima, in quanto l'assunzione della *defensio* altrui integrava senz'altro un *negotia alterius gerere*.

Va, tuttavia, precisato che l'anteriorità dell'editto *de negotiis gestis* e dell'*actio negotiorum gestorum* con *formula in factum concepta* rispetto al *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede non prova l'ipotesi avanzata da Wlassak, secondo la quale, a un certo punto, l'istituto della gestione di affari sarebbe stato attratto nel diritto civile[302], considerato che l'azione promessa

[301] TALAMANCA 1999, p. 63 ss.

[302] WLASSAK 1879, p. 153 ss.; ID. 1891, p. 302 s. nt. 10; ID. 1893, p. 311; ID. 1924, p. 22 n t. 44; ID. 1965, p. 75 s.

dall'editto e quella di buona fede riguardavano fattispecie diverse, a differenza di quanto accadeva nel caso del comodato e del deposito, in cui, allo stesso modo, ancora nel periodo classico coesistevano le formule *in factum conceptae* e quelle di buona fede, di modo che vi erano due formule diverse a tutela dello stesso rapporto[303].

Quanto osservato suggerisce l'idea di una formazione progressiva della disciplina della gestione di affari altrui, essendo stato introdotto dapprima l'editto *de negotiis gestis* con la relativa *actio negotiorum gestorum* con formula *in factum concepta* e, poi, in un secondo momento, il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede.

Va segnalato, in margine, che in tale contesto, a differenza di quanto accadeva per la *obligationes re contractae* del *ius gentium*, le due formule non tutelavano il medesimo rapporto, ma riguardavano rapporti diversi, essendo pertanto due diverse azioni anche in senso sostanziale[304].

9. *Ipotesi di diverse datazioni delle azioni diretta e contraria per l'azione con* formula in factum concepta *e per quella di buona fede.*

Sempre dalla prospettiva di una formazione progressiva della disciplina edittale della gestione di affari altrui, quanto osservato sopra in merito alla direzione dell'azione con *for-*

[303] Sulla duplicità di formule nei contratti reali del *ius gentium*, cfr. FIORI 1998-1999, p. 172 s. Sembra però opportuno precisare, da un lato, che in tali casi, per la ricostruzione del rapporto fra formula *in factum concepta* e azione di buona fede sia sul versante contenutistico che su quello della cronologia relativa, è centrale la delimitazione della formula pretoria al *rem redditam non esse*, che costituiva un limite oggettivo all'*intepretatio*, e, dall'altro, che le figure sostanziali tutelate potevano essere oggetto di valutazione giuridica sia secondo i parametri della formula *in factum concepta* sia secondo quelli dell'azione di buona fede, non essendo del tutto esatto affermare che anche la prima aveva per oggetto una pretesa civilistica.

[304] E, pertanto, sebbene sia, a mio parere, verisimile che anche per il deposito, il comodato e il pegno la *formula in factum concepta* sia più risalente di quella di buona fede, la gestione di affari non offre argomenti significativi per la datazione rispettiva delle due costruzioni formulari documentate per tali contratti, né per la ricostruzione dei loro ambiti di impiego.

mula in factum concepta, diretta a favore del gestore e contraria a favore del gerito, e dell'*actio negotiorum gestorum* di buona fede, diretta a favore del gerito e contraria a favore del gestore[305], suggerisce che le relative formule riportate nell'editto siano state introdotte solo nella forma diretta e che le formule delle rispettive azioni contrarie sia stata introdotta in seguito, separatamente o per aggiustamento di quelle preesistenti.

A questo proposito, innanzi tutto, va ripercorsa in breve la vicenda storica ipotizzata.

L'*actio negotiorum gestorum* con formula *in factum concepta* venne verisimilmente introdotta per tutelare lo spontaneo *defensor* contro il convenuto rappresentato assicurandogli la ripetizione delle spese eventualmente sostenute per l'assunzione della *defensio* e delle somme pagate a seguito della condanna in caso di soccombenza, ma anche per essere tenuto indenne, sempre in caso di soccombenza, dall'*obligatio iudicati*[306]. Lo dimostrano soprattutto la finalità di incentivare l'assunzione della *defensio*, su cui è incentrata la *laudatio edicti* in Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 1, e la marginalità dei casi nei quali le fonti riferiscono l'impiego dell'azione contraria, esperibile, come si ricava dal pensiero di Labeone riferito in Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3, 9[307], dal convenuto rappresentato contro il *defensor*, praticamente limitati, se non solo alla collusione con l'avversario, a condotte dolose del *defensor*[308].

Pertanto, l'esigenza di tutelare il convenuto rappresentato dai danni subiti a causa della condotta processuale del *defensor* si dovette evidenziare solo in un secondo momento, al più tardi in età augustea[309], essendo, tutto sommato, verisimilmente assai raro che quest'ultimo avesse assunto la rappre-

---

[305] Vd. *supra*, § 4 e § 6.

[306] FINAZZI 1999, p. 95 ss.

[307] *[Interdum] <Plerumque> in negotiorum gestorum actione <in factum (concepta)> Labeo scribit dolum solummodo versari: nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis optuleris, aequissimum esse dolum dumtaxat te praestare: quae sententia habet aequitatem.*

[308] FINAZZI 2006a, p. 192 ss. La limitazione al dolo valeva anche per la concessione dell'azione in via utile contro l'*exsecutor*, di cui è menzione in Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3, 8.

[309] Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3, 9.

sentanza del convenuto assente allo scopo di danneggiarlo, magari nel quadro di una collusione con l'attore[310].

Il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, invece, come si evince da Cic. *top.* 42 e 66, doveva spettare in un primo momento solo al *dominus negotii* contro il *procurator*, che geriva gli affari altrui, mentre, soprattutto quando divenne utilizzabile anche in altri casi di gestione, fra i quali soprattutto quella spontanea, si dovette avvertire l'esigenza di estenderne l'impiego anche a tutela del gestore contro il gerito[311], come già risulta ammesso in età augustea[312].

Può darsi che costituisca una traccia, seppur labile, di tale vicenda storica riguardante l'azione di buona fede il modo in cui, in un'epoca nella quale ormai l'esistenza dell'azione contraria era pacifica, la sua spettanza al gestore era argomentata in Gai. 3 *ad ed. prov.* D. 3, 5, 2[313]. Gaio giustificava il fatto che il gestore di affari altrui può agire per le spese e per essere tenuto indenne dalle obbligazioni con l'osservazione che, come è equo che il gestore renda il conto della gestione e sia condannato se non ha gerito come doveva o trattenga per sé qualcosa della gestione, allo stesso modo è giusto che, ove abbia gerito utilmente, gli sia rifuso quanto ha speso e quanto spenderà a tale titolo[314]. Tale ragionamento, malgrado si ambienti in pieno II secolo d.C., potrebbe dipendere dal fatto che, a un certo punto, all'epoca di Labeone, estesa l'utilizzabilità del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede alla ge-

---

[310] Finazzi 1999, p. 99 ss.

[311] Finazzi 1999, p. 194 ss.

[312] Opinioni di Labeone relative all'azione di buona fede contraria sono menzionate in Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.5.9(10).1, su cui cfr. Finazzi 2003, p. 327 ss.; Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 5, 8 (6, 6), su cui cfr. Finazzi 1999, p. 36 ss.; Id. 2003, p. 415 ss. Forse risale in tutto o in parte al medesimo giurista il pensiero espresso in Lab. 6 *post. epit. a Iav.* D. 3, 5, 42 (43), su cui cfr. Finazzi 1999, p. 199 s.; Id. 2003, p. 375 ss.; 556 ss.

[313] *Si quis absentis negotia gesserit licet ignorantis, tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit vel etiam ipse se in rem absentis alicui obligaverit, habet eo nomine actionem: itaque eo casu ultro citroque nascitur actio, quae appellatur negotiorum gestorum. Et sane sicut aequum est ipsum actus sui rationem reddere et eo nomine condemnari, quidquid vel non ut oportuit gessit vel ex his negotiis retinet: ita ex diverso iustum est, si utiliter gessit, praestari ei, quidquid eo nomine vel abest ei vel afuturum est.*

[314] Finazzi 1999, p. 202 ss.

stione spontanea, figurando nell'editto la sola formula del *iudicium* diretto, spettante al gerito contro il gestore, ci si rese conto che era altrettanto giusto ammettere che il gestore potesse tutelare le proprie ragioni nei confronti del gerito con il *iudicium contrarium*.

Sul versante della tecnica formulare, data la scarsità dei dati a nostra disposizione, il problema è più complesso. Se si segue l'ipotesi secondo la quale tutte le formule delle azioni contrarie sarebbero state riportate nell'editto integralmente, di seguito a quelle delle relative azioni dirette, si dovrebbe per forza pensare che l'azione contraria sia stata introdotta per mezzo del successivo inserimento nell'albo di un'apposita formula, verbalmente distinta da quella della preesistente azione diretta e stesa subito dopo quest'ultima[315].

Dalle esemplificazioni gaiane riguardanti le formule e le loro parti sembrerebbe ricavabile che l'attore e il convenuto fossero designati nell'editto come *Aulus Agerius* e *Numerius Negidius*[316]. Ove si ipotizzasse che tali denominazioni fossero impiegate nell'editto già negli ultimi anni dell'età repubblicana, si dovrebbe ragionare come segue.

Per quanto concerne l'azione con formula *in factum concepta*, l'*intentio* dell'azione diretta e quella della contraria erano verisimilmente uguali, variando solo la designazione del gestore come attore, nell'azione diretta, o come convenuto, nell'azione contraria: *Si paret A.um A.um N.i N.i* (e nella contraria *N.um N.um A.i A.i*) *negotia* <*sponte*>[317] *gessisse*.

Va segnalato che l'opinione secondo la quale Gai. 3 *ad ed. prov.* D. 3, 5, 2[318] avrebbe commentato la formula dell'azione con *formula in factum concepta* ha indotto a ipotizzare configu-

---

[315] MANTOVANI 1999, p. 55 s., in riferimento all'azione di buona fede.

[316] MANTOVANI 1999, p. 24 s. e nt. 29. Cfr. Gai. 4, 34; 36; 40; 41; 43; 47; 50-51; 119; 131-131 a; 136-137. Vi sono, per vero, altri casi nei quali, nel medesimo libro, il giurista menziona nelle formule nomi propri (*Lucius Titius*, *Dio Hermaei filius*: Gai. 4, 37; *Titius*: Gai. 4, 64; *Publius Mevius*, *Lucius Titius*: Gai. 4, 86), sostantivi (*patronus*, *libertus*: Gai. 4, 46) o *is* (Gai. 4, 4) o *ille* (Gai. 4, 60), ma ciò sembra dipendere dai contesti argomentativi e non dal tenore della formula edittale. E lo stesso si può osservare per i nomi propri di persona menzionati in passi del Digesto.

[317] FINAZZI 1999, p. 36 ss.; 53 ss.

[318] Vd. *supra*, in questo §.

razioni dell'*intentio* in parte diverse e più articolate, che rimangono prive di ogni appiglio se solo si considera che in tale passo Gaio faceva riferimento alle obbligazioni delle parti nella gestione di affari sostanziali, con i quali la formula *in factum concepta* non aveva nulla a che fare[319]. Ciò vale per l'ipotesi secondo la quale la gestione sarebbe stata specificata dall'avverbio *utiliter*, per quella secondo la quale sarebbe stato precisato, in riferimento al gerito, *cum is aberat* e, nell'azione diretta, in riferimento al gestore, *quidquid eo nomine abfuisse afuturumque esse*[320] e per quella secondo la quale sarebbe stata menzionata l'*absentia* del gerito e, nell'azione diretta (da tale prospettiva l'unica esistente) sarebbe stato specificato *quidquid necessario in rem eius impenderit vel etiam ipse in rem absentis alicui obligaverit*[321]. Per la stessa ragione, è molto improbabile che nell'azione contraria fossero contenute le parole *quidquid vel non ut oportuit gessisse vel ex his negotiis retinuisset*[322]. Per quanto riguarda l'idea che vi fosse un riferimento all'*absentia* del gerito, inoltre, va segnalata la sua incompatibilità con la menzione dei *negotia alterius* nell'editto riportato in Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3, 1 e con il commento ad *alterius* nel § 3[323].

Anche la *condemnatio*, come si ricava dal confronto con la maggior parte delle altre azioni con formula *in factum concepta*, sarà stata espressa in forma molto generica, con le parole *quanti ea res erit tantam pecuniam … iudex N.um N.um A.o A.o condemnato, si non paret absolvito*[324].

---

[319] Segno ne è il fatto che nel passo di Gaio l'azione del gerito è data per scontata e quella del gestore è argomentata sulla base dell'esistenza della prima, essendo pertanto, con ogni probabilità, la prima diretta e la seconda contraria, come avveniva, appunto, nella gestione di affari sostanziali, che dava origine all'*oportere ex fide bona*: cfr. FINAZZI 1999, p. 110 ss.

[320] FINAZZI 1999, p. 110 nt. 43, con letteratura.

[321] FINAZZI 1999, p. 110 nt. 44, con letteratura.

[322] FINAZZI 1999, p. 111, con letteratura.

[323] Vd. *supra*, § 4.

[324] Penso soprattutto alle *actiones commodati*, *depositi*, *pigneraticia in personam*. La stessa formulazione avevano, peraltro, le *actiones de recepto nautarum*, *quod metus causa*, *doli*, *ex interdicto quod vi aut clam*, *adversus eum qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit* e forse anche quella *de pecunia constituta*, nonché il *iudicium secutorium sive Cascellianum*. Cfr. MANTOVANI 1999, p. 66 ss.

Per quanto concerne, invece, l'azione di buona fede, la formula era di certo strutturata con *demonstratio* al *quod negotia gessit*, *intentio incerta* al *quidquid dare facere oportet ex fide bona* e *condemnatio incerta* parametrata a quest'ultimo criterio e ciò vale sia per l'azione diretta che per quella contraria. Sempre sul presupposto che nelle formule l'attore e il convenuto fossero indicati, rispettivamente, con i consueti nomi convenzionali di *Aulus Agerius* e *Numerius Negidius* e che le formule fossero riportate separatamente, l'azione diretta e quella contraria si sarebbero differenziate solo per la *demonstratio*, in quanto nella formula dell'azione diretta il gestore di affari si sarebbe identificato con *Numerius Negidius* e in quella dell'azione contraria con *Aulus Agerius*.

Ove, invece, si ritenga che, quando la formula dell'azione diretta e quella della contraria erano uguali, l'enunciazione edittale fosse unica per entrambe[325], si potrebbe pensare che nella, *formula in factum concepta*, all'originario presupposto, espresso nell'*intentio*, *Si paret A.um A.um N.i N.i negotia <sponte> gessisse*[326], relativo all'azione diretta del gestore contro il gerito, al momento dell'introduzione dell'azione contraria nell'albo, sarebbe stato sufficiente sostituire il presupposto alternativo *Si paret A.um A.um/N.um N.um N.i N.i/A.i A.i negotia <sponte> gessisse*, che comprendeva sia l'azione diretta del gestore contro il gerito che la contraria del gerito contro il gestore. Nel *iudicium bonae fidei*, invece, all'originario presupposto, espresso nella *demonstratio*, *Quod N.us N.us A.i A.i negotia gessit*, relativo all'azione diretta del gerito contro il gestore, sarebbe stato sufficiente sostituire, al momento dell'introduzione della contraria nell'albo, quello alternativo *Quod N.us N.us/A.us A.us A.i A.i/N.i N.i negotia gessit*, che comprendeva sia l'azione diretta del gerito contro il gestore che la contraria del gestore contro il gerito.

Tuttavia, non è sicuro che, già alla fine dell'età repubblicana, nelle formule, l'attore e il convenuto fossero denominati *Aulus Agerius* e *Numerius Negidius*. Per esempio, nelle

[325] Si tratta dell'ipotesi di LENEL 1927, p. 105, in riferimento all'*actio negotiorum gestorum* di buona fede.

[326] FINAZZI 1999, p. 36 ss.

formule menzionate nella *Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, riguardanti il *damnum infectum*, attore e convenuto erano denominati convenzionalmente *Q. Licinius* e *L. Seius*[327]. Sebbene tali formule riguardassero la giurisdizione dei magistrati locali, non può essere escluso che la stessa tecnica fosse seguita nell'editto del pretore.

In questo caso, costituendo il nome del gestore e quello del gerito elementi fissi dello schema formulare, nel senso che uno indicava il gestore e l'altro il gerito, la distinzione fra le formule a seconda della direzione dell'azione presupponeva che la differenziazione fra azione diretta e azione contraria avesse luogo diversamente. Se si ipotizza che le formule dell'azione diretta e della contraria fossero interamente riportate, per quanto concerne l'azione con formula *in factum concepta*, nella *condemnatio* della formula dell'azione diretta sarebbero stati indicati il nome del gestore come soggetto a favore del quale doveva essere pronunciata la condanna e quello del gerito come soggetto da condannare e nella *condemnatio* della formula dell'azione contraria viceversa. Per quanto concerne l'azione con formula di buona fede, invece, nell'*intentio incerta* della formula dell'azione diretta sarebbero stati indicati il nome del gerito come creditore e quello del gestore come debitore e nella *condemnatio* il nome del gerito come soggetto a favore del quale doveva essere pronunciata la condanna e quello del gestore come soggetto da condannare e nell'*intentio* e nella *condemnatio* della formula dell'azione contraria viceversa.

Se, invece, si ipotizza che la formulazione dell'azione diretta e di quella contraria fossero contenute in un unico schema alternativo, senza che fossero riportate tutte integralmente, al momento dell'introduzione dell'azione contraria sarebbe stato sufficiente prevedere l'inversione dei nomi del convenuto dell'attore nella *condemnatio*. Precisamente, nella formula *in factum concepta*, essendo per ipotesi *Q. Licinius* gestore e *L. Seius* gerito, alla formulazione della *condemnatio L. Seius Q. Licinio condemnato*, comprensiva solo dell'azione diretta del gestore contro il gerito, sarà stata sostituita quella *L.*

[327] *Lex Rubria*, cap. XX.

Seium/Q. Licinium Q. Licinio/L. Seio condemnato oppure *L. Seium Q. Licinio/ Q. Licinium L. Seio condemnato*, comprensive sia dell'azione diretta del gestore contro il gerito che dell'azione contraria del gerito contro il gestore. Nella formula del *iudicium bonae fidei*, poi, essendo per ipotesi, nella *demonstratio*, *Q. Licinius* gestore e *L. Seius* gerito, alla formulazione dell'*intentio*, *quidquid … Q. Licinium L. Seio dare facere oportet*, e a quella della *condemnatio*, *Q. Licinium L. Seio condemnato*, riferite alla sola azione diretta del gerito contro il gestore, sarebbero state sostituite quelle dell'*intentio* alternativa, *quidquid … Q. Licinium/L. Seium L. Seio/Q. Licinio dare facere oportet* oppure *quidquid … Q. Licinium L. Seio/L. Seium Q. Licinio dare facere oportet* e della *condemnatio* alternativa, *Q. Licinium/L. Seium L. Seio/Q. Licinio condemnato* oppure *Q., Licinium L. Seio/L. Seium Q. Licinio condemnato*, comprensive sia dell'azione diretta del gerito contro il gestore che dell'azione contraria del gestore contro il gerito.

In ogni caso, quanto osservato rende verisimile che, prima della codificazione giulianea dell'editto, sia sul versante dell'*actio negotiorum gestorum* con formula *in factum concepta*, sia su quello del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, vi sia stata una progressione storica dalla formula costruita a tutela di una delle parti del rapporto (rispettivamente gestore e gerito) a quella a tutela dell'altra parte del rapporto (rispettivamente gerito e gestore). Inoltre, potrebbe essersi verificato anche uno sviluppo nelle modalità formali in cui erano espressi, sul versante della tecnica formulare edittale, gli schemi delle azioni dirette e quelli delle contrarie, sia dal punto di vista della sostituzione dei nomi fittizi delle parti con *Aulus Agerius* e *Numerius Negidius*, sia da quello dell'esistenza di una formula bidirezionale o di due formule separate.

10. *Ipotesi di diverse datazioni delle formule relative alla gestione degli affari di una persona vivente e di quelle relative agli affari appartenenti a una persona al momento della morte.*

Altro aspetto relativo alla dinamica edittale pregiulianea è verisimilmente quello connesso ad una più recente apparizione della previsione edittale e delle formule, *in factum con-*

cepta e di buona fede, relative alla gestione di affari di una persona defunta rispetto a quelle relative alla gestione dei *negotia* di una persona vivente[328].

Da tale prospettiva, l'editto *de negotiis gestis* avrebbe riguardato in origine solo la gestione spontanea degli affari processuali appartenenti al convenuto vivente ancora al momento della *litis contestatio* (*negotia alterius*) e avrebbe fondato solo la relativa azione con formula *in factum concepta*, nella quale i *negotia* erano riferiti a una specifica persona ancora in vita, mentre solo in seguito sarebbero state aggiunte nell'editto *de negotiis gestis* le parole *sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit* e sarebbe stata introdotta nell'editto pretorio la formula *in factum concepta* relativa alla gestione degli affari che erano di una persona al momento della morte.

Compatibile con tale ipotesi è il commento alla parte dell'editto relativa ai *negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit* contenuto in

> Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3, 6: Haec verba: 'Sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit' significant illud tempus, quo quis post mortem alicuius negotia gessit: de quo fuit necessarium edicere, quoniam neque testatoris iam defuncti neque heredis qui nondum adiit negotium gessisse videtur. Sed si quid accessit post mortem, ut puta partus et fetus et fructus, vel si quid servi adquisierint: etsi his verbis non continentur, pro adiecto tamen debent accipi.

Non è necessario riprendere la discussione relativa alla compatibilità della trattazione ulpianea sulla gestione dei *negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint* con la gestione di affari oggetto dell'editto, che, avendo contenuto processuale, si identificava con l'assunzione della *defensio* e con tutti gli atti e gli effetti consequenziali, per la quale ritengo ancora valere le conclusioni in senso affermativo cui pervenni alcuni anni or sono, stimolato dai rilievi critici di Aldo Cenderelli[329], all'esito

---

[328] Finazzi 1998-1999, p. 759 ss.; Id. 1999, p. 78 ss.; Id. 2003, p. 483 ss.
[329] Cenderelli 2011, p. 82 ss.

di un'accurata ricognizione delle fonti[330], confermando le idee di fondo già espresse in precedenza[331].

Ulpiano spiegava che le parole dell'editto *sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit*, letteralmente riferite alla gestione dei *negotia* che erano di una persona al momento della morte, indicavano il tempo cui era riferita la gestione processuale, che era quello successivo alla morte della persona medesima, precisando che la necessità di provvedere dipendeva dal fatto che il gestore sembrava avere gerito affari che non erano né del testatore, già defunto, né dell'erede, il quale non aveva ancora accettato l'eredità. In sostanza, al momento della gestione *post mortem*, i *negotia* non erano *alterius*.

Inoltre, il giurista, nella parte finale del passo, per superare l'eccessiva limitatezza della formulazione edittale, osservava che la previsione era estesa al parto della schiava (*partus*) e dell'animale (*fetus*), ai frutti o all'acquisto di uno schiavo. Quest'ultima precisazione era resa necessaria dal fatto che alcune azioni, pur avendo per oggetto una cosa o l'obbligazione di trasferirla, se questa era uno schiavo o un animale, avevano per oggetto anche i parti; se si trattava di una cosa fruttifera, i frutti della medesima; se la cosa era uno schiavo, gli acquisti servili[332]. Tali accessori non si potevano definire *negotia quae cuiusque cum is moritur fuerit* in quanto si trattava di cose che non esistevano ancora e di acquisti che non si erano ancora verificati al momento della morte del gerito[333].

Ad interessare in questa sede è soprattutto il riferimento alla *necessitas edicendi* riferita agli affari del defunto, il quale, con una specificazione che potrebbe sembrare superflua, viene definito *testator*, forse perché, nella prassi e nel dibattito giurisprudenziale, assumevano maggiore rilevanza quelle fattispecie nelle quali l'incertezza prolungata circa la sorte del-

---

[330] Finazzi 1998-1999, p. 759 ss.

[331] Finazzi 2003, p. 483 ss.

[332] Per esempio, cfr. Lab. 6 *pith. a Paul. epit.* D. 6, 1, 79; Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 6, 1, 20; 29 *ad ed. prov.* D. 6, 1, 44; Pap. 2 *resp.* D. 6, 1, 48; 6 *quaest.* D. 6, 1, 62 pr.-1; Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 2, 12 pr.; 16 *ad ed.* D. 6, 1, 17, 1; D. 6, 2, 11, 2 e 5; 30 *ad ed.* D. 16, 3, 1, 24; 75 *ad ed.* D. 44, 2, 7, 3; Paul. 21 *ad ed.* D. 6, 1, 16 pr.; 33; 35, 1.

[333] Finazzi 1998-1999, p. 760.

l'eredità si protraeva in quanto il defunto aveva istituito un erede sotto condizione sospensiva o il testamento era impugnato, ma non v'è dubbio che il problema potesse sorgere anche in caso di successione legittima.

Poiché non è corretto ragionare come se il pretore fosse un moderno codificatore e, perciò, dovesse prevedere *ex ante* tutte le implicazioni delle promesse che introduceva nell'editto, non è priva di verisimiglianza l'idea che, a un certo punto, dopo l'introduzione dell'editto *de negotiis gestis*, per ipotesi riferito in origine solo alla *gestio* dei *negotia alterius*, cioè alla *defensio* di una persona vivente, a fronte dell'esigenza pratica di assicurare una tutela giurisdizionale a chi aveva gerito gli affari processuali del convenuto dopo la sua morte, si sia cominciato a riflettere sull'ambito oggettivo in cui poteva valere la promessa della concessione dell'azione con *formula in factum concepta* e, essendo escluso che i *negotia* di un defunto rientrassero nei *negotia alterius*, il pretore abbia aggiunto la clausola relativa a *si … quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit*[334].

Sulla base di essa, era ammesso l'impiego di un'apposita formula *in factum concepta*, riferita non alla gestione degli affari altrui, ma a quella degli affari che erano del gerito al momento della morte.

In epoca classica, poi, come si ricava da Iul. 5 *dig.* D. 5, 1, 74, 2[335] e da Paul. 4 *quaest.* D. 17, 1, 58 pr.[336], era discusso quale fosse l'azione utilizzabile dal *defensor* quando egli aveva assunto la *defensio* nell'ignoranza della morte del convenuto

---

[334] FINAZZI 1998-1999, p. 759 s.

[335] *Cum absentem defendere vellem, iudicium mortuo iam eo accepi et condemnatus solvi: quaesitum est an heres liberaretur, item quae actio mihi adversus eum competeret. Respondi iudicium, quod iam mortuo debitore per defensorem eius accipitur, nullum esse et ideo heredem non liberari: defensorem autem, si ex causa iudicati solverit, repetere quidem non posse, negotiorum tamen gestorum ei actionem competere adversus heredem: qui sane exceptione doli mali tueri se possit, si ab actore conveniatur.*

[336] *Si praecedente mandato Titium defenderas quamvis mortuo eo, cum hoc ignorares, ego puto mandati actionem adversus heredem Titii competere, quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur. Quod si sine mandatu defensionem suscepisti, negotium quodammodo defuncti gerere institueras, et quemadmodum, si illum liberasses, competeret tibi negotiorum gestorum actio, ita potest dici et heredem eius eadem actione teneri.*

vocatus in ius e poi, a seguito della condanna a suo carico, adempiuto l'*obligatio iudicati*. Sebbene l'adempimento non fosse liberatorio sul versante del *ius civile* in quanto la *defensio* era stata assunta per conto di una persona non più in vita ed il processo non si considerava, pertanto, validamente instaurato, era ammesso che il *defensor* potesse agire contro l'erede del convenuto per ottenere la rifusione di quanto pagato per adempiere l'*obligatio iudicati*, potendo, da parte sua, l'erede del convenuto, come spiegava Giuliano, opporre l'*exceptio doli* contro l'attore che agisse contro di lui per far valere la stessa pretesa oggetto del processo nullo[337].

Il dubbio verisimilmente riguardava la scelta fra l'azione utilizzabile nel caso della gestione processuale dei *negotia alterius* e quella che poteva essere proposta in caso di gestione processuale dei *negotia quae cuiusque cum is moritur fuerint*. Mentre il modo molto generico in cui si esprimeva Giuliano sembrerebbe presupporre che egli ritenesse esperibile contro l'erede del convenuto defunto quest'ultima azione malgrado la *defensio* fosse stata assunta non per l'*hereditas* ma per il defunto, Paolo, invece, come si ricava dalle parole *et quemadmodum, si illum liberasses, competeret tibi negotiorum gestorum actio, ita potest dici et heredem eius eadem actione teneri*, sembrerebbe avere ammesso l'impiego della stessa azione che il *defensor* avrebbe potuto intentare contro il gerito quando il pagamento era liberatorio (essendo il gerito vivente), cioè dell'azione relativa alla gestione processuale dei *negotia alterius*[338]. La *ratio dubitandi* consisteva, con ogni probabilità, nel fatto che, nel *ius controversum*, non era pacifico se si dovesse guardare alla convinzione sottesa all'intenzione soggettiva del *defensor* di gerire gli affari di una persona creduta erroneamente vivente o alla realtà oggettiva nella quale gli affari processuali, morto il convenuto, non erano *negotia alterius*, ma *negotia quae cuiusque cum is moritur fuerint*, vale a dire *negotia hereditaria*: mentre Giuliano, guardando al dato oggettivo della

[337] Cfr. FINAZZI 1998-1999, p. 761 ss., dove a p. 761, per una distrazione relativa al secondo passo, scrivevo Ulpiano al posto di Paolo.

[338] Cfr. FINAZZI 1998-1999, p. 763 s., dove rettificavo la diversa opinione manifestata in ID. 1999, p. 79, nt. 176.

morte del convenuto e non alla convinzione e all'intenzione del *defensor*, scioglieva il dilemma in quest'ultimo senso, Paolo, valorizzando la convinzione e l'intenzione del *defensor*, optava per la formula relativa alla gestione processuale di affari della persona vivente[339]. Del resto, il giurista severiano sembrerebbe avere attribuito una particolare rilevanza all'intenzione del gestore anche al di fuori della gestione degli affari processuali di un defunto[340].

La discussione relativa all'azione utilizzabile nel caso particolare di assunzione della *defensio* del convenuto *vocatus in ius* nell'ignoranza della sua morte lascia intendere che la *defensio* poteva essere assunta anche nella consapevolezza della morte di quest'ultimo, essendo, però, in questo caso il processo valido ed essendo utilizzabile l'*actio negotiorum gestorum* con *formula in factum concepta* relativa alla gestione dei *negotia quae cuiusque cum is moritur fuerint*.

Quando, poi, la morte del convenuto era successiva all'assunzione della *defensio* da parte dello spontaneo gestore, come si ricava dalla parte finale di Gai. 27 *ad ed. prov.* D. 46, 7, 7[341], l'attore era garantito dalla *satisdatio iudicatum solvi* prestata dal *defensor*, i cui effetti venivano meno solo se il *defensor*, divenuto erede del convenuto defunto, fosse addivenuto come erede alla *litis contestatio*[342]. Se ne ricava che, ove il *defensor* non fosse divenuto erede del defunto, avrebbe potuto ad-

[339] Finazzi 1998-1999, p. 764 s., dove è esaminato anche un passo relativo al *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede che conferma la valorizzazione, da parte di Paolo, dell'intenzione del gestore come criterio di individuazione della formula utilizzabile: Paul. 2 *sent.* D. 27, 2, 24.

[340] Finazzi 2003, p. 222 ss.

[341] *Si ante acceptum iudicium prohibitus fuerit procurator a domino et actor ignorans prohibitum eum esse egerit, an stipulatio committatur? Et nihil aliud dici potest quam committi. Quod si quis sciens prohibitum esse egerit, Iulianus non putat stipulationem committi: nam ut committatur, non sufficere ait cum ea persona acceptum esse iudicium, quae stipulationi comprehensa est, sed oportere etiam causam personae eandem esse, quae stipulationis interponendae tempore fuit. Et ideo si is, qui procurator datus est, heres exstiterit domino atque ita acceperit iudicium sive etiam prohibitus acceperit, non committitur stipulatio: nam et alias responsum esse, si quis absentem defendens satisdederit, deinde, vel procurator ab eo datus vel postquam heres ei extitit, iudicium acceperit, fideiussores non teneri.*

[342] Finazzi 1998-1999, p. 771 s.

divenire alla *litis contestatio* come *defensor*, restando valida la promessa assistita dai garanti.

Un'altra traccia della validità del processo instaurato fra l'attore e il *defensor* del defunto si rinviene nella parte finale di Paul. 57 *ad ed.* D. 42, 5, 4[343], dove era ammesso che l'assunzione della *defensio* del defunto evitasse la *bonorum venditio*[344]. Tutto ciò conferma anche l'utilità dell'azione relativa alla *gestio* dei *negotia quae cuiusque cum is moritur fuerint*. Inoltre, l'assunzione della *defensio* del convenuto morto dopo la *in ius vocatio* evitava all'attore di dovere sollecitare il *ius deliberandi* dei chiamati all'eredità[345]. Infine, la terminologia *defuncti defensor*, sebbene in un'accezione non tecnica, era impiegata ancora in epoca giustinianea in Inst. 3, 11, 2[346], in riferimento al particolare caso della successione dello schiavo manumesso per testamento ammessa da Marco Aurelio, considerata una vera e propria forma a parte di successione[347].

Solo per ragioni di completezza, va osservato che il favore per lo svolgimento del processo dopo la morte del convenuto *in ius vocatus* è argomentabile anche per il diverso caso del *cognitor* dato dal convenuto poi defunto prima della *litis contestatio*[348]. Meno chiaro è, invece, se il processo potesse valida-

[343] *Si servus sub condicione heres institutus sit aut dubium sit, an is heres liberque futurus sit, non est iniquum postulantibus creditoribus ita decerni, ut, si ante certum tempus is heres non extiterit, perinde omnia observentur, ac si is heres ita institutus non esset: quod plerumque accideret, si sub condicione dandae alicui pecuniae heres institutus sit nec dies adpositus sit. sed hoc quantum ad bona ita observandum: ceterum libertas ei quandoque competet et a praetore conservanda est, etiamsi certum sit neque heredem neque bonorum possessorem futurum. Si quis tamen heredem se spondendo vel actiones patiendo defunctum defendat, bona defuncti venire non poterunt.*

[344] Finazzi 1998-1999, p. 774 ss.

[345] Finazzi 1998-1999, p. 767. Sulla previsione edittale relativa al *ius deliberandi*, cfr. Lenel 1927, p. 417; Kaser, Hackl 1996, p. 391.

[346] *Hoc rescripto subventum est et libertatibus et defunctis, ne bona eorum a creditoribus possideantur et veneant. certe si fuerint ex hac causa bona addicta, cessat bonorum venditio; extitit enim defuncti defensor, et quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet.*

[347] Finazzi 1998-1999, p. 778 ss.

[348] Si può argomentare dalla catena Ulp. 8 *ad ed.* D. 3, 3, 8, 3; Gai. 3 *ad ed. prov.* D. 3, 3, 9; Ulp. 8 *ad ed.* D. 3, 3, 10; Paul. 8 *ad ed.* D. 3, 3, 11, e da Ulp. 8 *ad ed.* D. 3, 3, 15 pr., che riguardano il *cognitor* e non il *procurator*, essendo menzionata la prestazione della *cautio iudicatum solvi* da parte del convenuto e non del rappresentante.

mente continuare nel caso in cui la *defensio* del defunto fosse stata assunta da un *procurator*, non essendo possibile dire se, a seguito della morte del mandante, il processo continuasse sul presupposto che il rappresentante aveva prestato la *cautio iudicatum solvi*, come nel caso del *defensor*, o non potesse validamente continuare perché il mandato si estingueva con la morte del mandante[349].

Allo stesso modo, anche il *iudicium bonae fidei* relativo alla gestione sostanziale di affari ereditari potrebbe essere stato introdotto nell'editto del pretore in un momento successivo rispetto a quello in cui vi aveva trovato spazio la formula dell'azione di buona fede relativa agli affari di un gerito vivente. Malgrado Voci abbia ipotizzato che non esistesse un'apposita formula per la gestione degli affari ereditari, essendo sufficienti le teorie dell'eredità giacente[350], non si può fare molto affidamento sul fatto che il pretore si affidasse ad esse, tanto più che, a fronte della contrapposizione fra l'idea della retroattività dell'acquisto dell'erede[351] e quelle secondo le quali l'eredità sostituiva una persona[352] cioè il defunto[353] o l'erede[354], sarebbe stato difficile concretizzare nella formula dell'*actio negotiorum gestorum* la persona del gerito.

Inoltre, le testimonianze contenute in Gai. 3 *ad ed. prov.* D. 3, 5, 21 (22)[355], dove si distinguono *hereditaria negotia* e *ea (ne-*

---

[349] Finazzi 1998-1999, p. 772.

[350] Voci 1968, p. 538, seguito da altri studiosi, menzionati in Finazzi 2003, p. 487 nt. 379.

[351] Lab. 5 *pith.* D. 22, 2, 9; Cels. 38 *dig.* D. 50, 17, 193; Gai. 3 *de verb. obl.* D. 45, 3, 28, 4; Flor. 8 *inst.* D. 29, 2, 54.

[352] Gai. 12 *ad l. Iul. et Pap.* D. 31, 55, 1; Paul. 15 *ad Plaut.* D. 41, 3, 15; Flor. 8 *inst.* D. 46, 1, 22.

[353] Flor. 11 *inst.* D. 30, 116, 3; Ulp. 4 *de cens.* D. 41, 1, 34; 4 *disp.* D. 41, 1, 43, 2; 10 *ad ed.* D. 11, 7, 1; Inst. 2, 14, 2; 3, 17 pr.

[354] Pomp. 5 *ex Plaut.* D. 46, 2, 24.

[355] *Sive hereditaria negotia sive ea, quae alicuius essent, gerens aliquis necessario rem emerit, licet ea interierit, poterit quod impenderit iudicio negotiorum gestorum consequi: veluti si frumentum aut vinum familiae paraverit idque casu quodam interierit, forte incendio ruina. Sed ita scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina vel incendium sive vitio eius acciderit: nam cum propter ipsam ruinam aut incendium damnandus sit, absurdum est eum istarum rerum nomine, quae ita consumptae sunt, quicquam consequi.*

gotia) quae alicuius essent, Paul. 9 *ad ed.* D. 3, 5, 12 (13)[356], in cui è trattato un caso nel quale era stata assunta la *hereditatis curatio* ed erano stati geriti *hereditaria negotia*, e D. 3, 5, 20 (21), 1[357], contenente l'affermazione che chi gerisce *negotia hereditaria quodammodo sibi hereditatem seque ei obligat*, fanno pensare a un'apposita struttura formulare, diversa da quella relativa alla gestione degli affari altrui[358].

Nella stessa direzione orienta Ulp. 15 *ad ed.* D. 5, 3, 16, 3[359], riguardante la legittimazione passiva del debitore ereditario all'*hereditatis petitio*, dove la gestione di *negotia hereditaria* e quella dei *negotia heredis* sono distinte, perché solo nel primo caso il gestore era un debitore ereditario, essendo pertanto legittimato all'azione di petizione ereditaria[360]. Lo stesso vale per Pap. 6 *quaest.* D. 5, 4, 10[361], sebbene in minima parte

---

[356] *Debitor meus, qui mihi quinquaginta debebat, decessit: huius hereditatis curationem suscepi et impendi decem: deinde redacta ex venditione rei hereditariae centum in arca reposui: haec sine culpa mea perierunt. Quaesitum est, an ab herede, qui quandoque extitisset, vel creditam pecuniam quinquaginta petere possim vel decem quae impendi. Iulianus scribit in eo verti quaestionem, ut animadvertamus, an iustam causam habuerim seponendorum centum: nam si debuerim et mihi et ceteris hereditariis creditoribus solvere, periculum non solum sexaginta, sed et reliquorum quadraginta me praestaturum, decem tamen quae impenderim retenturum, id est sola nonaginta restituenda. Si vero iusta causa fuerit, propter quam integra centum custodirentur, veluti si periculum erat, ne praedia in publicum committerentur, ne poena traiecticiae pecuniae augeretur aut ex compromisso committeretur: non solum decem, quae in hereditaria negotia impenderim, sed etiam quinquaginta quae mihi debita sunt ab herede me consequi posse.*

[357] *Qui negotia hereditaria gerit, quodammodo sibi hereditatem seque ei obligat: ideoque nihil refert an etiam pupillus heres existat, quia id aes alienum cum ceteris hereditariis oneribus ad eum transit.*

[358] Finazzi 2003, p. 487.

[359] *Non solum autem a debitore defuncti, sed etiam a debitore hereditario peti hereditas potest: denique ab eo, qui negotia hereditaria gessit, et Celso et Iuliano videtur peti hereditatem posse, sed si heredis negotium gessit, nequaquam: ab heredis enim debitore peti hereditas non potest.*

[360] Finazzi 2003, p. 488 s.

[361] *Cum heredis ex parte instituti filius, qui patrem suum ignorabat vivo testatore decessisse, partem hereditatis nomine patris ut absentis administraverit et pecunias distractis rebus acceperit, hereditas ab eo peti non potest, quia neque pro herede neque pro possessore pretia possidet, sed ut filius patris negotium curavit. Negotiorum autem gestorum actio ceteris coheredibus, ad quos portio defuncti pertinet, dabitur. Illud enim utique non est metuendum, ne etiam patris, a quo forte exheredatus est, teneatur heredibus, quasi negotia hereditaria gesserit, cum id quod administravit non fuerit paternae hereditatis. Nam etsi negotiorum gestorum actio sit ei, cuius nomine*

guasto[362], nel quale il figlio del coerede istituito dal testore, ignorando che il proprio padre era premorto al testatore, aveva gerito gli affari della quota ereditaria credendola del padre assente. Ai coeredi, cui spettava la quota del defunto, era data, forse in via utile, per ragioni di equità, l'*actio negotiorum gestorum* e si precisava che gli affari geriti non erano del padre, né facevano parte della successione paterna, ma erano di un'altra eredità (cioè di quella del testatore). Diversamente, se il gestore dei *negotia hereditaria* diveniva erede del proprio padre, morto dopo il testatore, e aveva luogo il *controversiam movere*, era passivamente legittimato all'*hereditatis petitio* dei coeredi del testatore[363].

Poiché gli affari ereditari non erano propriamente *negotia A.i A.i* o *N.i N.i*, si sarà preferito affiancare alla formula dell'azione di buona fede relativa a tali *negotia* una formula specifica, sempre relativa a un'azione di buona fede.

Essendovi anche in questo caso un'azione diretta ed una contraria, la formula era verisimilmente costruita con una *demonstratio* nella quale era descritto che il convenuto o l'attore aveva gerito i *negotia quae L. Titii cum moreretur fuerint*, se si prende ad esempio la terminologia utilizzata nell'editto per introdurre la corrispondente azione con formula *in factum concepta*[364], oppure i *negotia hereditatis Lucii Titii*[365], seguita da un'*intentio*

[perceptum] <exactum> est[: ei cuius nomine] <hoc tamen quod alieno nomine> perceptum est restitui aequum est. Sed in proposito neque patris negotia fuerunt, qui esse desierat, neque paternae successionis, quae fuerunt alterius hereditatis. Quod si filius iste patri suo heres extitit et movet controversiam, quod pater eius, postquam heres extitit, mortem obierit, ille tractatus incurrit, an ipse sibi causam possessionis mutare videatur. Quoniam tamen qui negotia hereditaria gessit et debitor esse coepit, postea faciens controversiam hereditatis ut iuris possessor convenitur, idem etiam in hoc filio respondendum erit.

[362] FINAZZI 2003, p. 329 ss.

[363] Sul *controversiam movere*, in riferimento al passo in esame, cfr. TALAMANCA 1956, p. 148 ss.

[364] Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 1; 3, 6. In Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 11 (12), è menzionata l'azione data *successori eius cuius fuerunt negotia*, sebbene in questo caso si trattasse del particolare caso della gestione degli affari della persona morta in prigionia. Ma forse il tratto *cuius fuerunt negotia* è spurio: cfr. FINAZZI 2003, p. 491 s.

[365] In questo modo potrebbe essere sciolta l'espressione *negotia hereditaria*, impiegata in Gai. 3 *ad ed. prov.* D. 3, 5, 21 (22); Pap. 6 *quaest.* D. 5, 4, 10;

incerta nella quale si specificava la qualità di erede dell'attore o del convenuto, a carico del quale sussisteva l'*oportere ex fide bona*, e con una *condemnatio incerta* contenente il nome dell'erede come persona a favore della quale emettere l'eventuale condanna o da condannare o da assolvere, a seconda della direzione dell'azione.

Poiché non vi sono testimonianze anteriori alla seconda metà del I secolo d.C., non può essere escluso che, sia sul versante della gestione processuale sia su quello della gestione sostanziale, l'esigenza di provvedere specificamente in merito al caso di gestione di affari successiva alla morte del titolare sia emersa solo dopo che le rispettive azioni relative alla gestione degli affari altrui erano state introdotte nell'ordinamento. Tali innovazioni, per ipotesi indotte dalle esigenze che si palesavano nella prassi, potrebbero essere state rese opportune per sopperire alle incertezze che la riflessione sull'*hereditas iacens* causava sul versante della tecnica formulare, offrendo il vantaggio di sottrarre alle dispute dottrinali sulla natura di essa la tutela processuale del gestore e del gerito.

11. *La mancanza di tracce di una promessa edittale del* iudicium negotiorum gestorum *di buona fede e il problema del suo originario fondamento (pretorio o civile).*

Sull'indagine circa le vicende, nella diacronia, dell'editto del pretore in materia di gestione di affari si riflette la questione dottrinale relativa al primitivo fondamento, civilistico o pretorio, degli *iudicia bonae fidei*, atteso che l'idea di una loro genesi sul versante del *ius praetorium* indurrebbe a interrogarsi in merito all'esistenza o meno di promesse edittali riferite alle azioni rientranti nella categoria, di cui si sarebbe verificata la scomparsa a seguito della recezione nel *ius civile*.

In via preliminare, va segnalato che in dottrina si è profilato un novero piuttosto variegato di ipotesi circa gli sviluppi dell'istituto della gestione di affari altrui e delle relative

---

Ulp. 15 *ad ed.* D. 5, 3, 16, 3; Paul. 9 *ad ed.* D. 3, 5, 12 (13); D. 3, 5, 20 (21), 1. Cfr. Finazzi 2003, p. 486 ss.

azioni, che si riflettono sulla problematica della relazione fra l'editto *de negotiis gestis* e l'azione di buona fede.

Da un lato, nel quadro di una ricostruzione molto complessa ed articolata, riferita anche agli altri casi di coesistenza fra mezzi civili e pretori, si è ipotizzato che l'editto *de negotiis gestis* abbia introdotto l'azione con formula *in factum concepta*, alla quale solo in seguito, sulla base della riflessione dei *prudentes*, sarebbe stata affiancata o sostituita la formula del *iudicium bonae fidei*, in concomitanza con l'attrazione della gestione di affari nel *ius civile*[366]. Portando alle logiche conseguenze tale ipotesi, al di là degli intendimenti del suo autore, ove si optasse per la sostituzione della formula dell'azione di buona fede a quella *in factum concepta*, sarebbe necessario giungere ad una conclusione assai strana: poiché l'editto *de negotiis gestis* era ancora commentato dai giuristi dell'epoca severiana, si dovrebbe ritenere che, avvenuta la sostituzione, l'editto, che in origine prometteva la formula *in factum concepta*, trasformatasi in quella di buona fede, o fosse mantenuto senza alcuna funzione o fosse addirittura visto in connessione con quest'ultima, che però aveva un proprio fondamento civile, consistente nel *Gewohnheitsrecht* giurisprudenziale che aveva condotto all'inclusione nella formula *in factum concepta* del *dare facere oportet ex fide bona*. Tale difficoltà non sussisterebbe, invece, ritenendo che la formula dell'azione di buona fede si fosse affiancata a quella *in factum concepta*, in quanto l'editto avrebbe continuato a fondare quest'ultima. In ogni caso, in tale opzione ricostruttiva, si taceva circa l'esistenza di un editto specifico con il quale il pretore abbia promesso il *iudicium bonae fidei* quando non ancora transitato nell'ambito del *ius civile*.

Da una diversa prospettiva, si è ipotizzato, invece, che con l'*edictum de negotiis gestis* il pretore non avesse promesso una *formula in factum concepta*, della quale infatti nei commentari all'editto sarebbe mancato il commento, ma la concessione dell'azione con formula *in ius concepta*, cioè del *iudicium bonae*

[366] WLASSAK 1879, p. 153 ss.; 159; 163 s.; 197, da cui emerge l'alternativa non sciolta fra la sostituzione della formula *in factum concepta* con quella dell'azione di buona fede e l'aggiunta di quest'ultima alla prima.

fidei, in caso di *indefensio*: l'azione di buona fede, pertanto, sarebbe nata come azione civile e il pretore avrebbe promesso di concederla nel caso particolare ricavabile dal confronto fra Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 1 e D. 3, 5, 3, 1[367]. Va segnalato, però, che qualche decennio dopo, lo stesso studioso che aveva prospettato tale opzione ricostruttiva la rinnegò, ritenendo che l'editto avesse promesso la formula *in factum concepta*, al cui commento apparterrebbe Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3, 9, e che accanto ad essa vi fosse quella civile di buona fede[368].

Una certa confusione circa la funzione delle promesse edittali è alla base anche di altre opinioni che in tempi lontani avevano in vario modo ricollegato alcuni impieghi dell'*actio negotiorum gestorum* di buona fede, come quello relativo agli affari ereditari e quello relativo a tipologie diverse dalla gestione spontanea di affari, alla promessa edittale[369].

Di gran lunga più rilevante sul versante della relazione fra l'editto e l'idea di una origine pretoria dell'azione di buona fede è l'ipotesi, proposta da André Magdelain, secondo la quale il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, avendo fondamento pretorio, sarebbe stato introdotto, come tutte le altre azioni pretorie, da un editto, quello *de negotiis gestis*[370]. Anche le azioni di buona fede a tutela dei contratti consensuali, di quelli reali di deposito, comodato e fiducia e l'*actio Serviana*, avendo in origine natura pretoria, sarebbero state introdotte da un editto, identificato dallo studioso con l'*edictum de pactis*, nel quale il pretore prometteva *pacta conventa … servabo*[371]. Non essendo ravvisabile nella gestione d'affari un *pactum conventum* fra gestore e gerito, sarebbe stato necessario provvedere con un apposito editto. Le uniche azioni di buona fede non introdotte da un editto sarebbero state l'*actio tutelae* e l'*actio rei uxoriae*, in quanto fin dalla loro apparizione nell'albo avevano una funzione civile[372]. Solo quando, nel I se-

[367] Lenel 1883, p. 85 s.
[368] Lenel 1907, p. 101; Id. 1927, p. 102.
[369] Pernice 1898, p. 168 nt. 1; Cogliolo 1890, p. 13; 61 ss.
[370] Magdelain 1958, p. 181 ss. Adesivamente, cfr. Larquet 1975, p. 287.
[371] Magdelain 1958, p. 49 ss.; 93 ss.; 115.
[372] Magdelain 1958, p. 88 ss.; 93 s.

colo d.C., le azioni di buona fede vennero ricondotte all'area del *ius civile*, l'*edictum de pactis* avrebbe assunto la portata più limitata documentata nelle fonti giustinianee, essendo conservato in quanto vi era ricollegata l'*exceptio pacti conventi*, dando luogo alla stranezza di un editto che fondava solo una difesa pretoria[373]. In sostanza, l'editto *de negotiis gestis* sarebbe rimasto come l'unico rudere dell'originario fondamento pretorio delle azioni di buona fede.

Come rilevato in dottrina e osservato già in altra sede[374], l'ipotesi avanzata dallo studioso francese, sebbene di indubbia suggestione, si rivela del tutto infondata per l'assenza di supporti al livello delle fonti, che egli utilizzava in modo assai imprudente[375], per il fatto che l'*edictum de pactis* non era l'unico a fondare solo un'*exceptio*[376] e per la scarsa tenuta sul piano ricostruttivo generale.

In primo luogo, la connotazione civile della funzione delle azioni relative alla tutela e alla restituzione dotale non esclude che, ove si seguisse l'idea della originaria connessione fra le azioni di buona fede e una promessa edittale espressa, anche in tali casi vi sarebbero stati appositi editti, come in quello della gestione di affari, a parte il fatto che a giustificare la promessa edittale non era la funzione, ma il fondamento del mezzo[377]. Quanto all'*arbitrium tutelae*, si può aggiungere che, all'epoca dell'introduzione dell'azione, la tutela Atiliana aveva una funzione diversa da quella della tutela legittima e di quella testamentaria, perché la prima nacque come un *officium* nell'interesse del pupillo o della pupilla, laddove le due tipologie più antiche erano ancora finalizzate alla protezione del gruppo familiare e, come nella tutela legittima, dello stesso tutore, il quale nutriva un'aspettativa a succedere alla

---

[373] MAGDELAIN 1958. p. 121 ss.; 177 ss.

[374] FINAZZI 1999, p. 7 ss., anche per la letteratura.

[375] Cic. *off.* 1, 31; 3, 92; 94-95, riguardano il problema filosofico del rispetto di quanto promesso, mentre in Sen. rhet. *contr.* 9.3 thema, sebbene in un contesto nel quale era menzionato l'*edictum de pactis*, era esaminata una fattispecie di fantasia, che non rientrava in alcuna tipologia del diritto positivo romano. Cfr. TALAMANCA 1960, p. 280 ss.

[376] TALAMANCA 1960, p. 282. Si pensi all'*edictum de operis libertorum*.

[377] FINAZZI 1999, p. 8.

persona incapace di agire. Si deve anche osservare che, se l'*edictum de pactis* avesse fondato tutte le azioni contrattuali di buona fede, non si vedrebbe perché sarebbero stati introdotti i due editti relativi all'*actio depositi* e all'*actio commodati* con formule *in factum conceptae*, in quanto sarebbero stati sufficienti i *iudicia bonae fidei* basati sull'*edictum de pactis*, il quale, comunque, avrebbe potuto fondare anche le relative azioni con formula *in factum concepta*. Né ha pregio il rilievo che gli editti che introducevano le *actiones depositi* e *commodati* con formula *in factum concepta* fossero necessari perché esse non avrebbero avuto natura contrattuale, in quanto, malgrado la struttura reale, il deposito e il comodato erano contratti, dipendendo l'originaria estraneità alla categoria delle *obligationes re contractae* solo dal fatto che la loro realità strutturale non riguardava il trasferimento della proprietà della cosa, ma della detenzione di essa[378]. Infine, ove l'*edictum de pactis* avesse fondato tutte le azioni di buona fede basate sull'accordo delle parti, non sarebbe spiegabile la travagliata vicenda dell'emersione delle convenzioni atipiche[379] e sarebbe assai difficile comprendere la ragione per la quale già nel I secolo d.C. il *genus* dei contratti consensuali era limitato, essendo irragionevole congetturare che da un sistema contrattuale tendenzialmente atipico, ispirato al consensualismo, si fosse passati a un sistema contrattuale governato una stretta tipicità[380]. Rimane dubbio, infine, perché nel commentario di Ulpiano era riportato ed esaminato l'editto *de negotiis gestis*, se all'epoca vi fosse stata solo l'azione di buona fede, ormai fondata sul diritto civile.

Al di fuori di tale infondata ricostruzione, rimane il fatto che, stando alle fonti a nostra conoscenza, le azioni di buona fede, contrattuali e non contrattuali, non erano mai introdotte da editti, essendo gli editti relativi al deposito, al comodato e alla gestione di affari relativi alle rispettive azioni con formula *in factum concepta* e non a quelle di buona fede[381].

---

[378] Talamanca 1960, p. 283 s.; Finazzi 1999, p. 8 s.
[379] Amirante 1960, p. 307.
[380] Burdese 1959, p. 214 s.
[381] Seiler 1968, p. 318; Finazzi 1999, p. 9 s.

Malgrado quanto osservato, il problema relativo all'iniziale esistenza di un editto che introducesse il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede può essere almeno impostato nelle linee generali.

L'esistenza di un editto introduttivo del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede è esclusa in radice nel quadro dell'opinione secondo la quale i *iudicia bonae fidei* sarebbero stati fin dalla loro apparizione azioni civili, in quanto, da un lato, la *fides bona* era una derivazione della *fides* arcaica e, dall'altro, le rispettive formule contenevano il riferimento all'*oportere*, che avrebbe indicato *ab origine* solo l'obbligazione civilistica, fatta valere nel processo formulare per mezzo di una formula *in ius concepta*[382].

Per converso, all'iniziale esistenza di un editto relativo a tale azione si potrebbe pensare ove si aderisca all'ipotesi, variamente articolata al suo interno, secondo la quale le formule delle azioni di buona fede sarebbero state in origine pretorie, per poi essere recepite nel *ius civile*[383]. Ma anche aderendo ad essa, non ne discenderebbe per forza l'esistenza delle relative promesse edittali. Si è, infatti, osservato che sarebbe stata proprio l'inesistenza di editti relativi alle formule delle azioni di buona fede, che non sarebbero state neppure in origine *in factum conceptae*, ma piuttosto *in fidem conceptae*, ad agevolare la recezione nel *ius civile*[384], anche a prescindere dall'idea che la mancanza delle promesse edittali abbia tratto in inganno i *prudentes*, già sviati dall'*oportere*, circa il reale fondamento di tali azioni[385]. Inoltre, a ben vedere, la necessità di una promessa edittale sarebbe stata tanto più superflua quanto

---

[382] Grosso, 1967, p. 64 ss.; Id. 1973, p. 439 (= 2000, p. 935 ss.); Gallo 2003, p. 115 ss.; Paricio 2011, p. 207 ss.; Fiori 1998-1999, p. 165 ss.; Id. 2003, p. 223 ss.; Id. 2007, p. 27 e nt. 1, cui si rinvia per la bibliografia essenziale.

[383] Kunkel 1939, p. 1 ss.; Kaser 1939, p. 52 ss.; 67 ss.; Id. 1941, p. 153 ss. 181 ss.; Id. 1949, p. 289 ss.; Id. 1954, p. 430 ss.; 436 ss.; Id. 1966, p. 109 ss.; Id, 1971, p. 202 s., 207, 485 s.; Id. 1984, p. 30 ss.; 83 ss.; Kaser, Hackl 1996, p. 153 ss.; Magdelain 1954, p. 42 ss.; Wieacker 1963, p. 1 ss.; Id. 1988, p. 458; Fernández de Buján 2003, p. 31 ss.; Talamanca, 2003, p. 43. Da ultimo, cfr. Franchini, 2015, p. 143 ss., per una sintesi.

[384] Kaser 1939, p. 71.

[385] Magdelain 1954, p. 55 ss.

più si accentui la connessione fra le azioni di buona fede e istituti risalenti all'antico diritto civile[386].

Purtroppo, le notizie relative al *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede nel periodo preclassico, contenute in Cic. *top.* 42 e 66, Paul. 9 *ad ed.* 3, 5, 20 (21) pr. e Paul. 32 *ad ed.* D. 17, 1, 22, 10, non forniscono alcuna indicazione circa il fondamento pretorio o civile dell'azione e tanto meno circa l'esistenza o meno di une espressa promessa edittale di essa. Pertanto, ci si può solo limitare a qualche considerazione di carattere generale.

Malgrado di recente, in alcuni pregevoli scritti, meritevoli di una considerazione ben più analitica di quella che è possibile dedicare ad essi in questa sede, sia stato profuso notevole impegno nella critica delle opinioni che riconducono l'origine dei *iudicia bonae fidei* al diritto pretorio[387], personalmente continuo a preferire l'ipotesi in essi confutata.

Va senz'altro ammesso che la *fides* era connaturale a rapporti che imponevano a una delle parti un dovere di fedeltà e lealtà verso l'altra (o li imponevano reciprocamente) e, sebbene la sua rilevanza risalga a tempi remoti, in cui essa aveva una valenza anche religiosa, connessa al culto delle divinità *Dius Fidius*[388] e *Fides*[389], il primo garante dei giuramenti e puni-

---

[386] Traggo spunto per il rilievo formulato nel testo dall'articolata ricostruzione di WIEACKER 1963, p. 1 ss.; 29 ss.; 31 ss.; 37; ID. 1988, p. 458. Va, tuttavia, precisato che lo studioso ravvisava nelle formule *in fidem conceptae* una particolare declinazione di quelle *in factum conceptae*.

[387] FIORI 1988-1999, p. 165 ss.; ID. 2007, p. 25 ss. Si vedano anche ID. 2003, p. 195 ss., per il raccordo con i problemi della tecnica formulare; ID. 2011, p. 97 ss.

[388] Il tempio della divinità, la cui precisa denominazione era *Semo Sancus Dius Fidius* (Ov. *fast.* 6, 213-218) e la cui festa cadeva alle *Nonae* di giugno, sorgeva sul Quirinale, pur essendo incerto se esso fosse stato edificato per iniziativa di Tito Tazio, di Tarquinio Prisco o di Tarquinio il Superbo, cacciato, però, prima della consacrazione, risalendo la dedica, secondo quest'ultima tradizione, a Spurio Postumio, a ciò incaricato dal senato (Dion. Hal. 9, 60, 8). Cfr. SABBATUCCI 1988, p. 196 ss.

[389] Secondo la tradizione (Liv. 1, 21, 4; Dion. Hal. 2, 75, 2; Plut. *Num.* 16; Flor. 1, 2, 3), il culto di *Fides* risale a Numa Pompilio. Il sacrario della divinità, ricondotta alla sfera di *Iuppiter optimus maximus*, erede del Giove Laziare e garante dei patti fra i popoli, era ubicato sul Campidoglio e la sua festa aveva luogo alle Calende di ottobre. Nell'immaginario romano, l'istitu-

tore degli spergiuri[390] e la seconda personificazione della lealtà sia per giuramento e pattizia[391], sia non pattizia[392], non può essere escluso che più di recente essa sia stata presa a partito dal pretore allo scopo di fondare la tutela dei diritti in situazioni nelle quali il processo civile *per legis actiones*, che dopo la legge delle XII tavole era considerato di matrice esclusivamente legislativa[393], non era utilizzabile, non essendovi alcun aggancio nel testo decemvirale, in successive leggi assembleari o nell'*interpretatio* scaturita dall'una o avente per oggetto le altre.

Sebbene sia stato ipotizzato che i *iudicia bonae fidei* abbiano introdotto un modello alternativo di processo con effetti civili, di derivazione giuirisprudenziale[394] e, in effetti, l'*interpretatio prudentium* comprendesse l'individuazione del *ius* nell'ambito delle strutture socio-economiche, l'unico processo idoneo a fare valere pretese civili con effetti civili sembrerebbe essere, prima della *lex Aebutia*, quello *per legis actiones*, nel quale è molto improbabile che abbiano mai trovato spazio pretese fondate sulla *bona fides*[395], tanto che Sesto Elio,

---

zione del culto di *Fides* aveva segnato un significativo momento di sviluppo dell'identità cittadina, con l'elevazione dell'aggregato romano, nella considerazione dei popoli vicini, da un accampamento di soldati a una vera e propria città (Liv. 1, 21, 2). Cfr. SABBATUCCI 1988, p. 317 s.

[390] L'osservanza dei giuramenti era anticamente garantita dalla minaccia della folgorazione per mezzo del fulmine, come confermano alcune dediche dei *bidentales*, competenti ad espiare i fulmini, al *dius Fidius* (CIL 6, 567; 568; 30994), tanto che il tempio di Fidio aveva il tetto perforato e, secondo alcuni, non si poteva giurare in suo nome al coperto (Varr. *l.l.* 5, 66).

[391] Come nel caso di Mezio Fufezio, che aveva violato il patto secondo il quale avrebbe dovuto osservare gli ordini di Tullio Ostilio (Liv. 1, 28, 9).

[392] In tal senso rileva la connessione calendariale con il *Tigillum Sororium*, che richiama la violazione della *fides* verso il *populus Romanus* da parte della sorella dell'Orazio superstite, la quale aveva compianto il fidanzato Curiazio ucciso dal proprio fratello (Liv. 1, 26; Dion. Hal. 3, 22; Fest. v. *Sororium tigillum*, p. 380 Lindsay). Cfr. SABBATUCCI 1988, p. 325 s.

[393] Gai. 4, 11; Pomp. *sing. ench.* D. 1, 2, 2, 6. Uniche eccezioni sono riscontrabili per la *pignoris capio*, la quale, introdotta a seconda dei casi dalla *lex* o dai *mores*, era dubbio se avesse luogo per mezzo di una *legis actio*, sebbene avesse prevalso la soluzione affermativa, forse sulla base del dato esteriore della pronuncia di *certa verba* da parte dell'esecutante: cfr. Gai. 4, 26-29.

[394] Cfr. FIORI 2003, p. 198 ss.; spec. 223 ss.

[395] Diversamente, trasparirebbe dalle fonti una qualche traccia dell'impiego della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* allo scopo di tutelare le

in un caso particolare riguardante la vendita, suggeriva l'impiego di un *arbitrium venditi*[396], terminologia incompatibile con i *modi agendi* del processo *per certa verba*. Che gli *arbitria bonae fidei* facessero valere pretese fondate su *ius civile* e dessero luogo a processi con effetti civili è reso improbabile da Cic. *Rosc. com.* 15[397], dove l'*arbitrium pro socio*, al quale Fannio Cherea, ove si fosse trattato di una persona perbene, si sarebbe dovuto affidare secondo l'Arpinate per consentire l'*existimatio* (positiva) delle qualità di Roscio, era ricondotto agli *arbitria honoraria*, contrapposti ai *iudicia legitima*, cui apparteneva la *condictio* intentata, e agli *officia domestica*, che erano semplici arbitrati convenzionali. Il passo, se letto alla luce dell'intera vicenda, conferma che, nel primo trentennio del I secolo a.C., lo strumento di risoluzione delle controversie in materie nelle quali le obbligazioni delle parti erano fondate sulla *fides bona* e ad essa commisurate era inquadrato nel *ius honorarium*[398], rivelandosi poco coerenti con il contesto dell'argomentazione ciceroniana, che doveva tenere conto delle iniziative già intraprese e di quelle che si sarebbero dovute intraprendere nella specifica vicenda controversa, i tentativi di annoverare gli *arbitria bonae fidei* tra i *iudicia legitima* ed es-

---

obbligazioni sorgenti dai *iudicia bonae fidei* e, del resto, ciò sarebbe incompatibile con il collegamento, verisimilmente non originario e non credibile per l'epoca predecemvirale, ma tracciato senza eccezioni dai *prudentes* con la sola eccezione di alcuni casi di *pignoris capio*, fra le *legis actiones* e la *lex*: cfr. Gai. 4, 11; Pomp. *sing. ench.* D. 1, 2, 2, 6. Va anche segnalato che sarebbe stato ben strano che per colmare lacune in quelle materie che coinvolgevano spesso gli stranieri come parti di un rapporto, quali, per esempio, le *emptiones/venditiones*, si potesse pensare a istituire una tutela *per legis actiones*, da cui sarebbero rimasti esclusi proprio gli stranieri.

[396] Cels. 8 *dig.* D. 19, 1, 38, 1.

[397] *Quid ergo est? Quod et reus is est cui et pecunia levissima et existimatio sanctissima fuit semper, et iudex est is quem nos non minus bene de nobis existimare quam secundum nos iudicare velimus, et advocatio ea est quam propter eximium splendorem ut iudicem unum vereri debeamus, perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus. Illa superior fuit oratio necessaria, haec erit voluntaria, illa ad iudicem, haec ad C. Pisonem, illa pro reo, haec pro Roscio, illa victoriae, haec bonae existimationis causa comparata.*

[398] Finazzi c.s., § 1.5.9, cui si rinvia anche per l'interpretazione di Cic. *Tusc.* 5, 120; *fat.* 39; *Caec.* 6.

sendo molto improbabile l'identificazione degli *arbitria honoraria* con gli arbitrati privati basati sull'*honor* delle parti e dell'*arbiter*, nei quali è piuttosto da individuare l'adempimento di *officia domestica*[399], dove la decisione della controversia era rimessa a un *disceptator domesticus*, appunto un arbitro privato scelto dalle parti che si accordavano sulla risoluzione stragiudiziale della controversia, come si ricava da Cic. *Caec.* 6[400].

Inoltre, la *praescriptio 'ea res agatur extra quam si ita negotium gestum est ut eo stari non oporteat ex fide bona'*, di cui ci informa Cic. *Att.* 6, 1, 15[401], quale che fosse la sua portata[402], secondo l'opinione più verisimile, depone nel senso che il magistrato,

---

[399] Uno dei più argomentati tentativi di questo genere è quello di FIORI 1998-1999, p. 179 ss.; ID. 2003, p. 124 ss., al quale si rinvia per la bibliografia contenuta nell'apparato di note. La scarsa congruenza rispetto al discorso ciceroniano si coglie nella congettura che non vi sia una connessione fra gli *arbitria honoraria* e l'*actio pro socio* che secondo Cicerone avrebbe dovuto essere intentata contro il suo cliente.

[400] *Quamquam ego mihi sic persuadeo, recuperatores, non vos tam propter iuris obscuram dubiamque rationem bis iam de eadem causa dubitasse quam, quod videtur ad summam illius existimationem hoc iudicium pertinere, moram ad condemnandum quaesisse simul et illi spatium ad sese conligendum dedisse. Quod quoniam iam in consuetudinem venit et id viri boni vestri similes in iudicando faciunt, reprehendendum fortasse minus, querendum vero magis etiam videtur, ideo quod omnia iudicia aut distrahendarum controversiarum aut puniendorum maleficiorum causa reperta sunt, quorum alterum levius est, propterea quod et minus laedit et persaepe disceptatore domestico diiudicatur, alterum est vehementissimum, quod et ad graviores res pertinet et non honorariam operam amici, sed severitatem iudicis ac vim requirit.*

[401] *De Bibuli edicto nihil novi praeter illam exceptionem de qua tu ad me scripseras nimis gravi praeiudicio in ordinem nostrum.' ego tamen habeo isodunamousan sed tectiorem ex Q. Muci P. L edicto Asiatico,* EXTRA QUAM SI ITA NEGOTIUM GESTUM EST UT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA*, multaque sum secutus Scaevolae, in iis illud in quo sibi libertatem censent Graeci datam, ut Graeci inter se disceptent suis legibus. breve autem edictum est propter hanc meam diairesin quod duobus generibus edicendum putavi. quorum unum est provinciale in quo est de rationibus civitatum, de aere alieno, de usura, de syngraphis, in eodem omnia de publicanis; alterum, quod sine edicto satis commode transigi non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, vendendis, magistris faciendis, quae ex edicto et postulari et fieri solent. Tertium de reliquo iure dicundo agraphon reliqui. dixi me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accommodaturum. itaque curo et satis facio adhuc omnibus. Graeci vero exsultant quod peregrinis iudicibus utuntur. 'nugatoribus quidem' inquies. quid refert? tamen se autonomian adeptos putant.*

[402] E, cioè, indipendentemente dal fatto che veicolasse il principio della *bona fides* solo in riferimento alla fase formativa del negozio o anche a quella esecutiva.

in questo caso il governatore provinciale (ma lo stesso poteva valere per il pretore a Roma prima della creazione dell'*exceptio doli*, anche se non ve n'è traccia), ben potesse fondare sulla *fides bona* un mezzo di tutela onorario[403]. D'altra parte, anche il diverso rimedio pretorio dell'*exceptio doli*, malgrado non vi sia mai stata una completa coincidenza tra i contenuti del *dolus malus* e della *fides bona*, veicolava spesso gli stessi criteri di correttezza comportamentale che erano il contenuto della seconda[404].

In margine, va anche osservato che una fra le più risalenti azioni di buona fede documentate nell'esperienza giuridica romana, l'*arbitrium tutelae*, faceva valere le obbligazioni sorgenti dalla gestione del patrimonio pupillare da parte del tutore nominato dal pretore sulla base della *lex Atilia*, risalente agli ultimi anni del III a.C., dunque delle obbligazioni pretorie, essendo stata estesa alle tradizionali forme di tutela civilistiche solo in tempi successivi, prima per la tutela testamentaria, poi anche per quella legittima. Del resto, l'originaria estraneità dell'*arbitrium tutelae* alla tutela legittima e a quella testamentaria è connessa anche alla diversa finalità fra le più antiche specie di tutela, dove era protetto l'interesse del

[403] TALAMANCA 2003, p. 153 ss.; FINAZZI 2006b, p. 283 ss.; ID. 2006c, p. 15 ss. Rispetto a tale mezzo difensivo è da segnalare la diversa interpretazione di FIORI 2003, 28 ss.; ID. 2006, p. 49 ss.; ID. 2011, p. 112 ss., secondo la quale l'*exceptio (praescriptio) Muciana* avrebbe riguardato non le azioni di stretto diritto, ma i *iudicia bonae fidei*, sopperendo all'originaria mancanza della clausola assolutoria nella formula. Quest'ultima opinione, che, in FIORI 2006, p. 77, si manifesta in una ricostruzione del significato della clausola che non mi convince, in quanto, nei *verba 'eo stari non oporteat ex fide bona'* della *praescriptio*, il vincolo è riferito al *negotium* e non, come ritiene lo studioso, alla *fides bona*, sottovaluta il fatto che la comparazione fra le difese di Quinto Mucio e di Bibulo doveva riguardare il *genus edicendi* provinciale, in cui rientravano i rapporti patrimoniali delle città, i mutui, gli interessi, le singrafi, tutte le materie che coinvolgevano i *publicani*, e non la parte per la quale Cicerone, nel suo editto provinciale, rinviava ai *decreta* e agli *edicta urbana*, nella quale dovevano rientrare, tra le altre cose, i *iudicia bonae fidei*. Lo dimostrano sia lo spunto costituito dagli interessi del ceto equestre, che riguardavano soprattutto le attività svolte nelle provincie, sia il fatto che l'Arpinate, preferendo la difesa edittale di Quinto Mucio a quella di Bibulo, l'aveva introdotta a sua volta nel proprio editto provinciale.

[404] TALAMANCA 2003, p. 33 ss.; 131 ss., cui si rinvia per le persuasive interpretazioni di Cic. *off.* 3, 58-60; 66; Val. Max. 8, 2, 1.

gruppo familiare e, in quella legittima e forse in origine anche in quella testamentaria, della persona che nutriva l'aspettativa alla successione in caso di morte del pupillo[405], e la più recente, che venne considerata come ufficio nell'interesse dell'impubere[406].

Infine, tutta l'area della tutela processuale della parola data, che è uno degli ambiti nei quali si cominciarono ad impiegare *arbitria bonae fidei*, risulta in origine estranea al *ius civile*, nel quale l'accordo non era sufficiente a integrare una fattispecie produttiva di obbligazioni, sebbene potesse estinguere la responsabilità da atto illecito[407].

Per converso, gli argomenti nel senso dell'originaria natura civile degli *arbitria bonae fidei*, se non ci si ferma alle apparenze, non sembrano dirimenti. Non si vede, infatti, perché il pretore, espressione delle classi dominanti romane e, dunque, partecipe dei relativi valori, al fine di *supplere ius civile*[408], in ambiti nei quali difettava una tutela processuale civile, non possa avere fatto leva, nell'esercitare la sua *iurisdictio*, sulla *fides bona*, derivante dalla tradizionale nozione etica della *fides*, da cui discendevano in epoca arcaica conseguenze giuridiche diverse[409]. Del resto, l'antica *fides* rilevava anche sul versante

---

[405] L'interesse di chi aveva l'aspettativa ereditaria in caso di morte del pupillo, intuitivo nel caso della tutela legittima, potrebbe essere stato realizzato, nel caso della tutela testamentaria, nel quadro di una originaria coincidenza fra erede e tutore testamentario e, poi, per volontà del testatore, per mezzo della sostituzione pupillare. Cfr. FINAZZI 2016b, p. 63 ss.

[406] TALAMANCA 1990, p. 160 ss.

[407] A questo proposito sono fondamentali le pagine di TALAMANCA 2003, p. 38 ss., pur essendo lo studioso ben consapevole della maggiore ampiezza dell'ambito in cui rilevava la *fides bona*, comprensivo anche della *fiducia*, tutelata da un'azione considerata di buona fede malgrado la diversa struttura formulare, della tutela e della gestione di affari (p. 50 nt. 160).

[408] TALAMANCA 2003, p. 42.

[409] Non sarebbe prospettabile la variante dell'azione processualmente pretoria a tutela di una pretesa sostanzialmente civile, dato che le declinazioni documentate di tale tipologia erano caratterizzate della preesistenza di un'azione civile suscettibile di essere fatta valere nel processo *per legis actiones*, come, per esempio, l'*actio furti*. Inoltre, devo precisare che non credo né ad una connessione esclusiva del *ius civile* con la *lex*, giacché vi erano anche *mores* postdecemvirali, ancorché non numerosi, né ad un passaggio dalla *fides* solo etica alla *fides* come concetto giuridico, dovendosi ammettere piuttosto una distinzione fra diverse declinazioni della sua giuridicità, condizio-

del *ius gentium* inteso come diritto internazionale pubblico, dove non avrebbe alcun senso ricondurla all'area del *ius civile*[410]. Né un argomento dirimente nel senso dell'iniziale fondamento civilistico si acquisisce ponendo in relazione, come pur si è fatto non senza un certo acume[411], la distinzione, tracciata in Gai. 4, 10[412] e sviluppata in Gai. 4, 31-33[413], fra le *actiones quae ad legis actionem exprimuntur* e quelle che *sua vi ac potestate constant* con la *summa vis* attribuita agli *arbitria in quibus adderetur 'ex fide bona'* in Cic, *off.* 3, 70[414]. Infatti, l'osservazione gaiana che i *iudicia bonae fidei*, insieme a quelle azioni in cui si chiedeva *pecuniam aut rem nobis dari oportere* e ad *aliae innumerabiles, sua vi ac potestate constant* si ambientava in un'epoca nella quale le azioni di buona fede erano parte (e non da poco) del *ius civile* e riguardava il loro fondamento, non ravvisabile in una *fictio ad legis actionem expressa*[415], nel mentre Cicerone intendeva sottolineare non il fondamento civilistico di esse, ma l'ampiezza degli effetti giuridici della clausola generale e specialmente l'esistenza in molte azioni di buona fede dell'azione contraria.

E nel senso di un fondamento in origine pretorio non va sottovalutato il fatto che, nell'esperienza giuridica romana preclassica e classica, la *fides bona* non aveva una portata nor-

---

nate dai differenti momenti di sviluppo dell'esperienza giuridica romana sul versante sostanziale e su quello processuale. Su tali aspetti, ma con conclusioni nel complesso molto diverse, cfr. FIORI 1998-1999, p. 188 ss.; 191 ss., cui si rinvia per la letteratura.

[410] Basta pensare alla *deditio in fidem*: TALAMANCA 2003, p. 42.

[411] Come ritiene, invece, il collega ed amico PARICIO 2011, p. 211 s.

[412] *Quaedam praeterea sunt actiones, quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant. quod ut manifestum fiat, opus est, ut prius de legis actionibus loquamur.*

[413] *… Per pignoris capionem [. . . . . tota pag. . . . .] apparet.* 32. *Contra in ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur.* 33. *Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur. sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus nec ullam adiungimus condictionis fictionem; itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.*

[414] Il testo è riportato *supra*, § 3.

[415] TALAMANCA 1999, p. 102 ss.; FINAZZI c.s., § 1.5.12.

mativa generale, come sarebbe stato se avesse avuto fin dalle origini fondamento civilistico, rilevando soltanto entro i limiti di una più o meno rigorosa tipicità[416], senza dubbio intesa in senso più stringente a partire dalla fine del periodo preclassico, tanto da stimolare la creazione di correttivi[417], ma di certo non costituente il risultato di un'innovazione risalente a tale epoca.

Né può essere escluso che, in riferimento agli *arbitria bonae fidei* più risalenti, in un'epoca nella quale il lavoro dei *prudentes* non era ancora inquadrato nelle pastoie di una rigida dogmatica, l'*oportere* potesse esprimere anche un'obbligazione cui era attribuita tutela solo sul versante del *ius honorarium*, specialmente tenuto conto della particolare dignità del criterio cui il pretore si affidava per riconoscere l'azionabilità del rapporto, e che la struttura linguistica sia stata ripetuta per l'azione relativa alla gestione di affari, creata in un'epoca più recente, nella quale l'inquadramento nel *ius civile* era imminente. Si aggiunga che il *ius gentium*, inteso in senso normativo o dogmatico, inteso come quella parte del *ius civile* applicabile anche agli stranieri, si potrebbe essere formato progressivamente, datando la riconduzione ad esso degli istituti tutelati da *iudicia bonae fidei* già utilizzabili da e contro gli stranieri solo al momento nel quale ne venne affermata la natura civilistica, nel mentre altre figure, come per esempio la *stipulatio* conclusa con verbo diverso da *spondere*, la *traditio* e la maggior parte dei modi di acquisto della proprietà a titolo originario, vi appartenevano già da epoca remota, anche a prescindere da una lucida concettualizzazione del fenomeno che andasse al di là della constatazione sul piano effettuale e pratico[418].

---

[416] TALAMANCA 2004, p. 43 s. e nt. 143; 47 ss., con particolare riferimento alla materia contrattuale, in cui aveva un ruolo centrale la tutela della parola data. Ma la tipicità caratterizzava anche le azioni di buona fede non contrattuali, come l'*actio tutelae* e l'*actio negotiorum gestorum*, dove i valori veicolati erano ovviamente diversi da quello del rispetto della tutela data (p. 50 nt. 160).

[417] Penso all'*actio civilis in factum* labeoniana, su cui ragionavo in FINAZZI 2016c, pp. 1177 ss.

[418] Da tale prospettiva, ferma la risalente appartenenza al *ius gentium* in senso normativo di istituti forse comuni alle antiche popolazioni laziali ed italiche, come i modi d'acquisto a titolo originario ad eccezione dell'*usuca-*

Comunque, anche optando per un iniziale fondamento pretorio dei *iudicia bonae fidei*, la complessa problematica potrebbe rivelarsi non decisiva per la ricostruzione della dinamica della parte dell'editto del pretore relativa alla gestione di affari, nei limiti in cui si ipotizzi che, malgrado l'originaria appartenenza degli *arbitria bonae fidei* agli *arbitria honoraria*, registrata da Cicerone, la natura arbitrale dei rimedi, la diversità strutturale dalle *formulae in factum conceptae* e la menzione della *fides bona* nell'*intentio* inducessero a ritenere superflua la promessa edittale, la quale, del resto, non avrebbe aggiunto nulla a quanto già ricavabile dalla formula dell'azione, dove il titolo risultava dalla *demonstratio* e il fondamento e il criterio valutativo dall'*intentio*[419].

Va anche considerato che, se vi fosse stata una clausola edittale relativa ai *iudicia bonae fidei*, difficilmente i *prudentes* sarebbero pervenuti, a un certo punto, a inquadrarli fra le *actiones civiles*. Non intendo con ciò aderire all'idea di un errore di valutazione dei giuristi, i quali, proprio a fronte della mancanza di una clausola edittale, avrebbero riconosciuto nelle azioni di buona fede un fondamento civile anziché pretorio, né all'ipotesi di una civilizzazione di esse a più riprese, in quanto, essendo per tutte uguale l'*intentio*, nella sincronia o erano considerate tutte di natura civile o erano tutte di natura onoraria[420]. In realtà, il passaggio dal versante del diritto onorario a quello del diritto civile presuppone una situazione più fluida, nella quale in origine gli effetti dei processi instaurati su *arbitria bonae fidei* avessero una loro disciplina ricavabile dall'*oportere ex fide bona*, perciò non necessariamente del tutto coincidente con quella delle azioni con formula *in factum concepta*, ma che tanto meno poteva essere quella delle *legis actiones*[421]. Sul piano teorico, poi, in epoca pre-Ebuzia,

---

pio, la *traditio*, la *stipulatio* conclusa con verbo diverso da *spondere*, un più tardo inquadramento nella categoria avrebbe riguardato gli istituti tutelati da azioni di buona fede.

[419] Per l'inesistenza di una clausola edittale, cfr. KASER 1939, p. 71; MAGDELAIN 1954, p. 55 ss.

[420] MAGDELAIN 1954, p. 55 ss.

[421] Non è possibile trarre argomenti dirimenti nel senso dell'applicazione dello stesso regime delle azioni pretorie con formula *in factum concepta*

quando l'unica tutela delle pretese civili che avesse effetti civili era il processo *per legis actiones*, essendo verisimilmente solo possibile ricorrere in casi particolari a una tutela formulare di pretese civili già tutelabili nel processo *per certa verba*, ma con effetti processuali integralmente pretori[422], la soluzione di ritenere i *iudicia bonae fidei* estranei al *ius civile* era l'unica praticabile, considerato che l'*oportere ex fide bona* non aveva mai trovato una tutela processuale nelle *legis actiones*. Poi, a un certo punto, verisimilmente in connessione con l'approfondimento della riflessione suscitata dalla *lex Aebutia*, che, secondo l'ipotesi più verisimile, in presenza di determinati requisiti processuali, riconobbe effetti civili ai processi formulari aventi per oggetto pretese civili, per l'inquadramento dei *iudicia bonae fidei* si attribuì decisiva rilevanza all'*oportere* contenuto nelle relative formule, che suggerì di ricondurle al diritto civile.

Ma, va ribadito, potrebbe anche darsi che qualche tempo prima del 44 a.C., cui risalgono le prime notizie circa l'esistenza del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, contenute in Cic. *top.* 42 e 66[423], decenni dopo che la *lex Aebutia* aveva introdotto le sue innovazioni, il transito dei *iudicia bonae fidei* già esistenti dal *ius honorarium* al *ius civile* si fosse già perfezionato, il che consentirebbe di risolvere in senso negativo, a monte, il problema dell'esistenza o meno di una clausola edittale per il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, ritenendo che esso abbia avuto origine come azione civile.

La diversa opinione secondo la quale ancora in tale anno le azioni di buona fede avrebbero avuto natura pretoria è stata sostenuta, sebbene con estrema cautela, sulla base di un passaggio del terzo libro del *de officiis*, l'ultima opera scritta da Cicerone nel 44 a.C. Tuttavia, va segnalato che l'episodio narrato è anteriore alla fine del primo decennio del secolo, in quando M. Porcio Catone, figlio dell'omonimo Saloniano e

---

in materia di preclusione processuale da Cic. *orat.* 1, 168, in quanto sono troppe le incognite che impediscono la completa ricostruzione della fattispecie esaminata: TALAMANCA 1999, p. 169 ss.; FIORI 1998-1999, p. 185 ss.

[422] Per inserire *praescriptiones* o *exceptiones*, per consentire alle parti di avvalersi di un rappresentante processuale: cfr. TALAMANCA 1999, p. 199 ss.

[423] Vd. *supra*, § 7.

padre dell'Uticense, ivi menzionato in qualità di giudice, era morto fra il 95 e il 91 a.C.[424], e ciò potrebbe spiegare meglio alcune tensioni interne alla trattazione dell'Arpinate.

La premessa di tutto il discorso, che si legge in Cic. *off.* 3, 65[425], è che, secondo il diritto civile, nelle compravendite immobiliari, il venditore deve dichiarare i vizi a sua conoscenza, con la precisazione che, mentre le XII tavole prevedevano solo la responsabilità per la veridicità di quanto espressamente dichiarato, stabilendo in caso di difformità da quanto dichiarato la *poena dupli*, i giureconsulti avevano ammesso che il venditore fosse sanzionato anche quando non avesse dichiarato vizi a sua conoscenza. Per esemplificare tale orientamento, Cicerone, nel § 66[426], narrava che, avendo T. Claudio Centumalo venduto a P. Calpurnio Lanario una casa senza rendergli noto un ordine augurale di demolizione dell'edificio, il compratore, ricevuto a sua volta l'ordine di demolizione, aveva agito con l'*arbitrium 'quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona'* contro il venditore e che il giudice, Catone padre, aveva affermato che Claudio, essendo a conoscenza dell'ordine di demolizione al momento della vendita e non avendone fatto parola al compratore, doveva risarcirgli i danni. Pertanto, come è spiegato dal § 67[427], il giudice aveva

---

[424] TALAMANCA 2003, p. 138 s.

[425] *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quidquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.*

[426] *Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit* QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. *M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus) is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere.*

[427] *Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. Quod si recte iudicavit, non recte frumentarius ille, non recte aedium pe-*

ritenuto coerente con la buona fede che al compratore fosse (reso) noto (dal venditore) il vizio che era noto al venditore.

Dalla narrazione risulta evidente l'eccezionalità della *sententia Catonis*, avvalorata dal fatto che essa, qualche decennio dopo, venne ricordata da Valerio Massimo nei *dicta et facta memorabilia*[428]: l'orientamento giurisprudenziale di cui essa era espressione costituiva una innovazione rispetto al diritto fino a quel momento vigente, connessa al parametro della buona fede, e forse tale sviluppo non venne subito recepito dai *prudentes* in tutta la sua potenziale portata.

Nel medesimo §, era precisato che tale principio valeva anche per gli altri casi di reticenza, oggetto di dispute filosofiche, menzionati nel § 50[429] (reticenza del *frumentarius* circa l'imminente arrivo di molte navi cariche di grano durante la carestia, con conseguente mantenimento di un elevato prezzo di vendita, che sarebbe stato abbattuto ove la notizia fosse stata propalata) e nel § 54[430] (reticenza circa i vizi, conosciuti

---

stilentium venditor tacuit. Sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendi non possunt; quae autem possunt diligenter tenentur …

[428] Val. Max. 8, 2, 1: *Claudius Centumalus ab auguribus iussus altitudinem domus suae, quam in Caelio monte habebat, summittere, quia his ex arce augurium capientibus officiebat, vendidit eam Calpurnio Lanario nec indicauit quod imperatum <a> collegio augurumerat. a quibus Calpurnius demoliri domum coactus M. Porcium Catonem inclyti Catonis patrem arbitrum † cum Claudio adduxit formulam, quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. Cato, ut est edoctus de industria Claudium praedictum sacerdotum suppressisse, continuo illum Calpurnio damnauit, summa quidem cum aequitate, quia bonae fidei venditorem nec conmodorum spem augere nec incommodorum cognitionem obscurare oportet.*

[429] *Sed incidunt, ut supra dixi, saepe causae, cum repugnare utilitas honestati videatur, ut animadvertendum sit, repugnetque plane an possit cum honestate coniungi. Eius generis hae sunt quaestiones: Si exempli gratia vir bonus Alexandrea Rhodum magnum frumenti numerum advexerit in Rhodiorum inopia et fame summaque annonae caritate, si idem sciat complures mercatores Alexandrea solvisse navesque in cursu frumento onustas petentes Rhodum viderit, dicturusne sit id Rhodiis an silentio suum quam plurimo venditurus? Sapientem et bonum virum fingimus; de eius deliberatione et consultatione quaerimus, qui celaturus Rhodios non sit, si id turpe iudicet, sed dubitet, an turpe non sit.*

[430] *Vendat aedes vir bonus, propter aliqua vitia, quae ipse norit, ceteri ignorent, pestilentes sint et habeantur salubres, ignoretur in omnibus cubiculis apparere serpentes, sint, male materiatae et ruinosae, sed hoc praeter dominum nemo sciat; quaero, si haec emptoribus venditor non dixerit aedesque vendiderit pluris multo. quam se venditurum putarit, num id iniuste aut improbe fecerit? 'Ille vero' inquit Antipater.*

solo dal venditore, della casa venduta, anch'essa una *res mancipi* immobile come nella fattispecie dell'ordine di demolizione: casa malsana, con serpenti in ogni stanza, costruita con materiali scadenti, soggetta a crolli). Fino a questo punto del § 67 (cioè fino a *venditor tacuit*) sembrerebbe che ormai il *ius civile*, grazie alla riflessione dei *prudentes* che aveva innovato rispetto al più ristretto regime decemvirale, sulla base della *bona fides* ammettesse l'illiceità del silenzio circa i vizi della cosa venduta e che il giudice dovesse attenersi a tale principio per sentenziare *recte*[431].

Ove, tuttavia, si ritenga che, nel § 65, per *ius civile* l'Arpinate avesse inteso il diritto privato romano nel suo complesso, comprensivo dunque anche del diritto onorario, si dovrebbe escludere che l'affermazione ivi contenuta provi l'inquadramento dei *iudicia bonae fidei* nel *ius civile* anziché nel *ius honorarium*[432]. Ma, anche a volere leggere il riferimento al diritto civile nella sua contrapposizione al diritto onorario, dell'idea dell'estraneità di tali azioni al diritto civile ancora è traccia nel prosieguo del § 67, dove Cicerone osservava, sempre riferendosi al tempo presente, che reticenze di tal genere non possono essere comprese nel diritto civile, mentre quelle che vi sono comprese sono sanzionate in maniera puntuale[433]. Quest'ultima osservazione, che, escludendo la rilevanza dei fatti e dei vizi taciuti nella compravendita sul versante del diritto civile, sembra smentire quanto affermato circa l'ammis-

---

'Quid est enim aliud erranti viam non monstrare, quod Athenis execrationibus publicis sanctum est, si hoc non est, emptorem pati ruere et per errorem in maximam fraudem incurrere. Plus etiam est quam viam non monstrare; nam est scientem in errorem alterum inducere'.

[431] E, infatti, in base a tale affermazione ciceroniana è stato argomentato il fondamento civile dei *iudicia bonae fidei*: FIORI 1998-1999, p. 121.

[432] Cfr. FRANCHINI 2025, p. 94 ss,

[433] L'allusione è, verisimilmente, all'*actio auctoritatis*, che veniva in considerazione nell'episodio narrato oltre, nel prosieguo del § 67, nel quale la reticenza del venditore M. Mario Gratidiano circa l'esistenza di una servitù che gravava il fondo venduto non escludeva la validità della vendita solo in quanto il compratore G. Sergio Orata era già conoscenza di essa, perché aveva in precedenza venduto all'attuale venditore lo stesso immobile, già gravato della medesima servitù, tacendo, egli per primo, l'esistenza del peso. Sulla scarsa congruenza logica della complessiva trattazione ciceroniana, cfr. TALAMANCA 2003, p. 145 ss.

sione giurisprudenziale dell'illiceità civilistica della reticenza nel § 65, esemplificata nel § 66, è stata interpretata nel senso che vi sarebbe stata una dialettica fra la *fides bona*, cui si era attenuto Catone nella decisione favorevole al compratore, e il *ius civile*, con la conseguenza che la *fides bona* avrebbe avuto, non solo all'epoca dell'episodio, ma ancora nel 44 a.C., una valenza pretoria[434].

Di modo che il discorso ciceroniano, che, giova comunque ricordarlo, non è quello di un giurista, serberebbe in sé una insanabile contraddizione fra l'idea della rilevanza, ormai acquisita grazie all'*interpretatio prudentium*, delle reticenze del venditore sul versante del *ius civile*, che sembra presupporre il fondamento civilistico dei *iudicia bonae fidei* (§ 65 e § 67 i. p.), e l'idea della rilevanza delle reticenze solo al di fuori del diritto civile, nel quale esse rilevavano solo limitatamente (§ 67 i. m.)[435].

Le tensioni che percorrono la trattazione ciceroniana potrebbero dipendere dal fatto che nel 44 a.C. era ancora irrisolto il problema del fondamento dei *iudicia bonae fidei*, coesistendo due diverse tendenze, una delle quali nel senso di valorizzare la originaria estraneità al diritto civile, connessa all'impossibilità di ricorrere al processo *per certa verba* e fedele a quello che doveva essere lo stato del diritto all'epoca dell'episodio narrato, e l'altra nel senso del fondamento civile, che precorreva il definitivo inquadramento di tali azioni.

Quanto osservato suggerisce che la nascita del *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, non essendo anteriore all'epoca di Servio, sia avvenuta proprio in questo momento di passaggio. E va tenuto presente che la transizione difficilmente si sarebbe potuta verificare se le azioni di buona fede fossero state precedute da apposite promesse edittali, delle quali, del resto, manca ogni traccia. Pertanto, è probabile che il *iudicium negotiorum gestorum* di buona fede, data la sua tarda emersione, risalente a un'epoca nella quale l'inquadramento dei *iudicia bonae fidei* nel diritto pretorio o nel diritto civile era

[434] TALAMANCA 2003, p. 144 e nt. 405.

[435] Va segnalato che la rilevata tensione fra il § 65 e la parte del § 67 *sed huismodi-tenentur* non è oggetto dell'analisi di FIORI 2011, p. 118 ss.

incerto, tanto da giustificare i riscontrati tentennamenti di Cicerone, non sia mai stato preceduto da una clausola edittale, non potendosi pertanto individuare su questo piano alcuno sviluppo del testo dell'albo.

Infine, in margine, non si può non rilevare che la datazione piuttosto tarda dell'azione di buona fede relativa alla gestione di affari e l'assenza di ogni punto di riferimento nelle fonti sconsigliano di avventurarsi sul sentiero, molto sdrucciolevole, delle congetture secondo le quali, in un primo momento, la struttura delle relative formule sarebbe stata diversa, essendo l'*intentio* al *si paret* … oppure essendo precedute da una *praescriptio 'ea res agatur quod …'* in luogo di una *demonstratio*[436] o contenendo le parole *ex aequo et bono*[437] o *melius aequius*, come l'*actio rei uxoriae*, o la struttura di discorso *inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*, documentata nell'*actio fiduciae*[438], in luogo dell'*oportet ex fide bona*.

12. *Alcuni rinvii.*

La storia dell'editto è anche la storia del modo in cui i giuristi commentavano le previsioni edittali, editti e formule pretorie e civili.

In primo luogo, si deve osservare che i *prudentes*, commentando gli editti e le formule pretorie, esaminavano previsioni, nella sostanza normative, che di solito e, cioè, ove non le avessero proposte nell'eventuale qualità di magistrati, non avevano contribuito a formare, sebbene potessero averle suggerite, nel mentre, quando commentavano le formule *in ius conceptae*, si relazionavano con istituti sostanziali che avevano concorso a costruire, essendo tali formule elaborate dal magistrato anche in base all'apporto della giurisprudenza. Nel primo caso, la dipendenza dell'interpretazione dai *verba* della formulazione

[436] Cfr. Betti 1914, p. 43 ss. (estr.); Id. 1915, p. 69 s. Per l'illustrazione e la critica di tale ipotesi, da ultimo, cfr. Fiori 2003, p. 6 ss.

[437] Wlassak 1879, p. 160 s.

[438] Paricio 2011, p. 213 s. Per alcune considerazioni in proposito, cfr. Fercia 2012, p. 232; 243, sulla valenza prototipica della formula dell'*actio fiduciae* rispetto alle formule delle azioni di buona fede.

edittale poteva essere, in qualche misura, più stringente, pur non essendo esclusa l'eventualità di apporti estranei al testo edittale, come per esempio quello riguardante la delimitazione della responsabilità del *defensor* al dolo[439], e di forzature interpretative coerenti con il ruolo centrale della giurisprudenza nell'esperienza giuridica romana, del resto non escluse neppure nell'interpretazione delle leggi. Nel secondo caso, invece, poteva anche darsi che l'interprete si proponesse di correggere in via interpretativa una formulazione verbale che non riteneva del tutto conforme al rapporto tutelato, dando ingresso ad elementi che essa non conteneva. A tale ambito, per esempio, sono riconducibili sia l'individuazione dei presupposti conoscitivi e volitivi della gestione di affari tutelata dal *iudicium bonae fidei*[440], sia l'emersione, nel medesimo contesto, del requisito dell'*utiliter coeptum*[441], che non trovavano riscontro nelle parole della formula. Ed anche per quest'ultima azione, l'individuazione del regime, molto articolato, della responsabilità del gestore era opera della giurisprudenza[442].

Da una prospettiva connessa a quella in breve illustrata, rileva la determinazione dell'ambito di impiego dei singoli mezzi contenuti nell'editto, che incide sul problema della tipicità delle situazioni giuridiche tutelate nell'esperienza giuridica romana. E, come corollario di tale opera di definizione, vi era necessariamente l'individuazione di ciò che rimaneva fuori dalla sfera del mezzo edittale commentato.

Tale operazione ermeneutica, nella quale non si teneva conto solo della lettera dell'editto, poteva sfociare in esiti diversi, nel quadro del *ius controversum*. Se l'interprete ravvisava tutti i presupposti della fattispecie sostanziale tutelata, il mezzo edittale era utilizzabile. Per esempio, sul versante del *iudicium bonae fidei*, se Tizio geriva gli affari di Caio credendoli di Sempronio, fra Tizio e Caio era integrata ugualmente la gestione di affari[443]: ciò dimostra, da un lato, che i giuristi, evidente-

[439] Finazzi 2006a, p. 191 ss.
[440] Finazzi 2003, p. 101 ss.
[441] Finazzi 2003, p. 501 ss.
[442] Finazzi 2006a, p. 197 ss.
[443] Finazzi 2003, p. 369 ss.

mente non guardando solo ai *verba edicti*, si interrogavano circa i limiti di rilevanza della consapevolezza del gestore circa l'identità del gerito e, dall'altro, che risolvevano tale problema nel senso dell'irrilevanza dell'errore circa l'identità del gerito.

Se, invece, i presupposti richiesti, come declinati dalla giurisprudenza, non erano tutti integrati, o la diagnosi era nel senso che non vi era una situazione sostanziale tutelabile o era nel senso dell'impiego di un mezzo diverso, edittale o decretale, essendo in quest'ultimo caso possibile suggerire al magistrato di concedere un'azione decretale, nella forma dell'*actio ficticia* o, più genericamente, dell'*actio utilis*. Si pensi al caso esaminato della *defensio* del *furiosus* assunta da persona diversa dal curatore[444] e a quello della gestione di affari altrui geriti nella erronea convinzione che si trattasse di affari propri, in cui è documentata un'opinione nel senso che *actio danda sit*, espressione dietro la quale si cela il suggerimento al magistrato di concedere un'azione decretale, *ficticia* o *utilis*[445].

Il magistrato, da parte sua, prima dell'età adrianea, avrebbe potuto anche introdurre nell'editto un nuovo mezzo di difesa, come verisimilmente avvenne per le azioni utilizzabili in caso di gestione ereditaria[446]. Ed anche in seguito, su impulso dei *prudentes* avrebbe potuto concedere azioni edittali anche a seguito di una valutazione che ai nostri occhi sembra lontana da una pedissequa interpretazione dei *verba edicti*[447]. Ma quest'ultimo problema esula dal tema, molto circoscritto, esaminato in queste pagine.

Tutto quanto osservato a proposito della gestione di affari conferma che, in generale, la storia dell'editto del pretore può essere, se non ricostruita nei dettagli, almeno intravista solo attraverso un'analisi sostanziale dei singoli istituti, ovviamente influenzata dalle concezioni, dalle preferenze e, al limite, dalle ideologie dei singoli studiosi, senza che si possa fare soverchio affidamento su criteri oggettivi e, per ciò stesso, seducenti, come quelli statistici riferiti alla disposizione degli

[444] Vd. *supra*, § 4.4. Il passo cui si allude è Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 3, 5.
[445] Finazzi 2003, p. 114 ss.
[446] Vd. *supra*, § 4.3.
[447] Alludo all'*actio incerti*, per la quale cfr. Finazzi 2024, p. 245 ss.

argomenti nelle opere di commento all'editto, i quali, in ogni caso, soprattutto se presi isolatamente, non offrono alcuna garanzia di affidabilità.

Bibliografia

Amirante L. (1960), *Recensione* di A. Magdelain, *Le consensualisme dans l'édit du préteur* (Paris 1958), «BIDR» 63, pp. 298-312.

Arangio-Ruiz V. (1949), *Il mandato in diritto romano*, Napoli.

Barbati S. (2016), *La 'redemptio ab hostibus' e lo 'status' del 'redemptus'*, in *Frontiere della romanità nel mondo tardo antico. Appartenenza, contiguità, alterità. Trasformazione e prassi*, Napoli, pp. 133-254.

Baviera J. (ed.) (1968), *Fontes Iuris Romani Anteiustiniani*, II, Florentiae.

Bellardi G. (1978), *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Le orazioni di M.T. Cicerone*, I, Torino, pp. 9-52.

Bellardi G. (1981), *Introduzione*, in Id. (a cura di), *Le orazioni di M.T. Cicerone*, II, Torino, pp. 9-72.

Berger A. (1953a), *Due note su Salvio Giuliano (a proposito di un recente libro)*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, pp. 603-622.

Berger A. (1953b), *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia.

Betti E. (1914), *Su la formula del processo civile romano*, «Il Filangieri» 38, pp. 674-720.

Betti E. (1915), *L'antitesi storica tra 'iudicare' ('pronuntiatio') e 'damnare' ('condemnatio') nello svolgimento del processo romano (con un tentativo di ricostruzione delle formule delle 'actiones ex delicto')*, «RISG» 56, pp. 1-116.

Bossowski von F. (1929), *Ancora sulla 'negotiorum gestio'*, «BIDR» 37, pp. 129-230.

Bossowski von F. (1937), *Die Abgrenzung des 'mandatum' und der 'negotiorum gestio' im klassischen und justinianischen Recht*, Lwów.

Bretone M. (1993), *Labeone e l'editto*, «SCDR» 5, pp. 17-40.

Fernández de Buján A. (2003), *De los 'arbitria bonae fidei' pretorios a los 'iudicia bonae fidei' civiles*, 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 A. Burdese*, II, Padova, pp. 31-58.

Burdese A. (1959), *Recensione* di A. Magdelain, *Le consensualisme dans l'édit du préteur* (Paris 1958), «Iura» 10, pp. 207-216.

Calore E. (2011), *'Actio quod metus causa'. Tutela della vittima e azione 'in rem scripta'*, Milano.

Cannata C. A. (1995), *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in *Collatio iuris romani. Ètudes H. Ankum*, Amsterdam, pp. 59-70.

Cardilli R. (1995), *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II secolo a.C. - II secolo d.C.)*, Milano.

Cardilli R. (2013), *'Vir bonus' e 'bona fides'*, in A. Lovato (a cura di), *'Vir bonus'. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica (Incontro di studio, Trani 28-29 ottobre 2011)*, Bari, pp. 179-207.

Cenderelli A. (1997), *La 'negotiorum gestio'. Corso esegetico di diritto romano*, I, Torino.

Cenderelli A. (2011), *L'intervento del 'defensor' nel processo formulare e la portata dell'editto 'de negotiis gestis'*, in F. Zuccotti (a cura di), *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. Atti del Convegno di Pontignano in memoria di A. Biscardi, 13-15 dicembre 2001*, Milano, pp. 77-86.

Cogliolo P. (1890), *Trattato teorico e pratico della amministrazione degli affari altrui nel diritto civile, commerciale e marittimo*, I, Firenze.

Crawford M. H. (ed.) (1996), *Roman Statutes* I, London.

Cujas J.(1722), *Observationum et emendationum*, in *Opera*, III, Neapoli, pp. 1-786.

D'Amati L. (2016), *L'inattività del convenuto nel processo formulare: 'indefensio', 'absentia' e 'latitatio'*, Napoli.

Deppenkemper G. (2014a), *'Negotiorum gestio' - Geschäftsführung ohne Auftrag. Zu Entstehung, Kontinuität und Wandel eines Gemeineuropäischen Rechtsinstituts*, I, Göttingen.

Deppenkemper G. (2014b), *'Negotiorum gestio' - Geschäftsführung ohne Auftrag. Zu Entstehung, Kontinuität und Wandel eines Gemeineuropäischen Rechtsinstituts*, II, Göttingen.

Ernout A., Meillet A., André J. (2001), *Dictionnaire Étymologique de la langue latin. Histoire des mots*[4], retir. Paris.

Facciolati J., Forcellini Aeg., Furlanetti J. (1871), *Lexicon Totius Latinitatis*, III, Patavii.

Falcone G. (2013a), *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana. Con un'Appendice su 'optimus', 'probus', 'fortis'*, in A. Lovato (a cura di), *'Vir bonus'. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica (Incontro di studio, Trani 28-29 ottobre 2011)*, Bari, pp. 39-90.

Falcone G. (2013b), *Il rapporto 'ius gentium' - 'ius civile' e la 'societas vitae' in Cic., 'off.' 3.69-70*, «AUPA» 56, pp. 259-273.

Fercia R. (2012), *'Fiduciam contrahere' e 'contractus fiduciae'. Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli.

FERRINI C. (1891), *Intorno all'ordinamento dell'editto pretorio prima di Salvio Giuliano*, «RIL» 2ª s. 24, pp. 560-564 = *Opere*, II, *Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano 1929, pp. 163-169.

FINAZZI G. (1998-1999), *Ancora in margine all'editto 'de negotiis gestis'*, «BIDR» 101-102, pp. 755-795.

FINAZZI G. (1999), *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*, I, *Azione pretoria ed azione civile*, Napoli.

FINAZZI G. (2003), *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*, II.1, *Requisiti delle 'actiones negotiorum gestorum'*, Cassino.

FINAZZI G. (2006a), *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*, II.2, *Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito*, Cassino.

FINAZZI G. (2006b), *L'eccezione di dolo generale in ambito successorio*, in L. Garofalo (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, pp. 273-321.

FINAZZI G. (2006c), *L''exceptio doli generalis' nel diritto ereditario romano*, Padova.

FINAZZI G. (2010), *'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*, Pavia, pp. 633-861.

FINAZZI G. (2016a), *Note in margine a Ulp. 11 ad ed. D. 50.16.19: Labeo … definit*, in *Homenaje A. Torrent*, Madrid, pp. 301-324.

FINAZZI G. (2016b), *'Intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela': sul principio d'identità fra eredità e tutela*, in *Scritti per A. Corbino*, III, Tricase, pp. 63-86.

FINAZZI G. (2016c), *Labeone e le colonne d'Ercole della tipicità contrattuale*, in *Scritti in onore di N. Picardi*, II, Pisa, pp. 1177-1190.

FINAZZI G. (c.s.), *'Lex Aebutia' e 'lex Iulia'*, in *'Agere per formulas': forme e dinamiche della giustizia civile in Roma antica, Collegio di diritto romano Cedant 2022*, Pavia.

FINAZZI G. (2024), L'*'actio qua incertum petimus'* fra editto e *'interpretatio prudentium'*: uno snodo centrale della tutela del credito nell'esperienza giuridica romana del periodo classico, «SDHI» 90, pp. 245-350.

FIORI R. (1996), *'Homo sacer'. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli.

FIORI R. (1998-1999), *'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium': il problema della recezione dei 'iudicia bonae fidei'*, «BIDR» 101-102, pp. 165-197.

FIORI R. (2003), *'Ea res agatur'. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano.

FIORI R. (2006), *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, in L. Garofalo (a cura di), *L'eccezione di*

dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica, Padova, pp. 49-89.

Fiori R. (2007), *Storicità del diritto e problemi di metodo. L'esempio della buona fede oggettiva*, in L. Garofalo (a cura di), *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo. Incontro di studio, Padova 25-26 novembre 2005*, Napoli, pp. 25-49.

Fiori R. (2011), *'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, pp. 97-242.

Fiori R. (2013), *Il 'vir bonus' fra filosofia greca e tradizioni romane nel 'de officiis' di Cicerone*, in A. Lovato (a cura di), *'Vir bonus'. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica (Incontro di studio, Trani 28-29 ottobre 2011)*, Bari, pp. 19-38.

Franchini L. (2015), *La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'. Questioni di metodo e di merito*, Napoli.

de Francisci P. (1907), *'Iudicia bonae fidei' e 'formulae in factum'*, «Studi Senesi» 24, pp. 346-411.

de Francisci P. (1950), *Per la storia dell'editto perpetuo nel periodo postclassico*, in *Mélanges F. de Visscher*, III = «RIDA» 4, pp. 319-360.

Frese B. (1926), *Prokuratur und 'negotiorum gestio' im römischen Recht*, in *Melanges G. Cornil*, I, Gand-Paris, pp. 326-384.

Frese B. (1930), *'Defensio', 'solutio', 'expromissio' des unberufenen Dritte*, in *Studi P. Bonfante*, IV, Milano, pp. 397-457.

Frese B. (1936), *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokuratur*, in *Studi S. Riccobono*, IV, Palermo, 1936, pp. 399-449.

Frezza P. (1954), *Corso di storia del diritto romano*, Roma.

Fuenteseca P. (1994), *Lineas generales de la 'fiducia cum creditore'*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje J. L. Murga Jener*, Madrid, pp. 387-438.

Gallo F. (2003), *'Bona fides' e 'ius gentium'*, 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 A. Burdese*, II, Padova, pp. 115-153.

Garofalo L. (2005), *Sulla condizione di 'homo sacer' in età arcaica*, in *Studi sulla sacertà*, Padova, pp. 11-50.

Giachi C. (2005), *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano.

Giachi C. (2011), *Storia dell'editto e struttura del processo in età pre-adrianea. Un'ipotesi di lavoro*, in F. Zuccotti (a cura di), *Atti del Convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico', Siena, Pontignano, 13-15 dicembre 2001*, pp. 113-129.

GIACHI (2023), *Per una storia dell'editto (I-III secolo). Note preliminari*, «TSDP» 16, pp. 1-34.

GIRARD P. (1907), *Un document sur l'Èdit antèrieur a Julien: Valerius Probus de litteris singularibus 5, 1-24*, in *Aus römischem und bürgerlichem Recht E. I. Bekker zum 16. August 1907 übereicht*, Weimar, pp. 23-56.

GROSSO G. (1963), *Il sistema romano dei contratti*[3], Torino.

GROSSO G. (1967), *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*[2], Torino.

GROSSO G. (1973), *Riflessioni su 'ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium' nella dialettica fra tecnicismo-tradizionalismo giuridico e adeguazione allo sviluppo economico-sociale in Roma*, in *Studi in memoria G. Donatuti*, I, Milano, pp. 439-453 = *Scritti storico-giuridici*, I, *Storia diritto società*, Torino, 2000, pp. 935-949.

GUARINO A. (1953a), *L'esaurimento del «ius honorarium» e la pretesa codificazione dell'editto*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, 1, Milano, pp. 623-658.

GUARINO A. (1953b), *La leggenda sulla codificazione dell'editto e la sua genesi*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto. Verona, 27-28 29 settembre 1948*, II, Milano, pp. 167-184 = *Pagine di diritto Romano*, IV, Napoli 1994, pp. 253-266.

KASER M. (1939), *'Mores maiorum' und Gewohnheitsrecht*, «ZRG RA» 59, pp. 52-101.

KASER M. (1941), *Die Anfänge der 'manumissio' und das fiduziarisch gebundene Eigentum*, in «ZRG RA» 61, pp. 153-186.

KASER M. (1949), *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte des Römer*, Gottingen.

KASER M. (1951), *Zum Ediktstil*, in *Festschrift F. Schulz*, II, Weimar, pp. 21-70.

KASER M. (1954), *Recensione* di *Studi in memoria di E. Albertario* (Milano 1953), «Iura» 5, pp. 228-239.

KASER M. (1954), *Recensione* di A. Magdelain, *Les actions civiles* (Paris 1954), «ZRG RA» 71, pp. 430-438.

KASER M. (1966), *Das römische Zivilprozeßrecht*, München.

KASER M. (1971), *Das römische Privatrecht*. I[2]. *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München.

KASER M. (1982), *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napoli.

KASER M. (1984), *'Ius honorarium' und 'ius civile'*, «ZRG RA» 101, pp. 1-114.

KASER M., HACKL K. (1996), *Das römische Zivilprozeßrecht*[2], München.

KEIL H. (rec.) (1864), *Grammatici Latini*, IV, Lipsiae.

KRELLER H. (1939a), *Das Edikt 'de negotiis gestis' in der Geschichte der Geschäftsbersorgung*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, pp. 193-226.

KRELLER H. (1939b), *Das Edikt 'de negotiis gestis' in der Klassischen Praxis*, «ZRG RA» 59, pp. 390-431.

KRELLER H. (1940), *Negotiorum gestio*, in *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, Suppl. VII, Stuttgart, pp. 551-560.

KUNKEL W. (1939), *'Fides' als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, pp. 1-15.

KUNKEL W. (2001), *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Köln-Weimar-Wien.

LABRUNA L. (1962), *'Rescriptum divi Pii'*, Napoli.

LARQUET D. (1975), *Recensione* di H. H. Seiler, *Der Tatbestand der 'negotiorum gestio' im römischen Recht*, «RHDFE» (s. IV) 53, pp. 282-287.

LEHNE-GSTREINTHALER CH. (2019), *'Iurisperiti et oratores': Eine Studie zu den römischen Juristen der Republik*, Köln.

LENEL O. (1883), *Das 'Edictum Perpetuum'. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*[1], Leipzig.

LENEL O. (1889a), *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig.

LENEL O. (1889b), *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig.

LENEL O. (1907), *Das 'Edictum Perpetuum'. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*[2], Leipzig.

LENEL O. (1927), *Das 'Edictum Perpetuum'. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*[3], Leipzig.

LEWIS Ch. T., SHORT Ch. (1879), *A New Latin Dictionary*, Oxford.

LOMBARDI L. (1961), *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Napoli.

LUCHETTI G. (2023), *Servio, il famoso 'casus' dei Lusitani e la sua contestualizzazione nel commentario edittale di Paolo*, in *Antologia del Digesto giustinianeo*, Napoli, pp. 61-72.

MAGDELAIN A. (1954), *Les actions civiles*, Paris.

MAGDELAIN A. (1958), *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris.

MANTELLO A. (2010), *L'analogia nei giuristi tardo repubblicani e augustei. Implicazioni dialettico-retoriche e impieghi tecnici*, in *Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici. Convegno SISD Como 17-18 novembre 2006*, Napoli, pp. 3-70.

MANTOVANI D. (1999), *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*[2], Padova.

MELILLO G. (1994), *'Contrahere', 'pacisci', 'transigere'. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli.

MILAZZO A. (2012), *'Falsus procurator'. Ricerche sull'evoluzione del concetto di falso rappresentante*, Bari.

MILELLA O. (1966-1967), *Il 'libertus procurator'. Le origini della procura in diritto romano*, «Annali Bari» (s. III) 2, pp. 377-398.

MOMMSEN Th. (rec.) (1870), *Digesta Iustiniani Augusti*, I, Berolini.

NELSON H. L. W. (1981), *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden.

NICOSIA G. (1969), *Gestione di affari altrui (premessa storica)*, in *Enciclopedia del diritto*, XVIII, Milano, pp. 628-644.

NOORDRAVEN B. (1990), *Die 'fiducia' im römischen Recht*, «Index» 18, pp. 229-264.

D'ORGEVAL B. (1948), *La carrière de Salvius Iulianus et la codification de l'Edit, à propos d'un livre récent*, «RHD» (s. IV) 26, pp. 301-311.

D'ORGEVAL B. (1950), *L'empereur Hadrien. Oeuvre législative et administrative*, Paris.

PARICIO J. (2011), *Genesi e natura dei 'iudicia bonae fidei'*, in F. Zuccotti (a cura di), *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. Atti del Convegno in memoria di A. Biscardi, Siena, Pontignano, 13-15 dicembre 2001*, Milano, pp. 207-214.

PARTSCH R. (1913), *Studien zur Negotiorum Gestio*, I, Heidelberg.

PERNICE A. (1898), *Parerga*, «ZRG RA» 19, pp. 82-183.

PUGLIESE G. (1963), *Il processo civile romano*, II, *Il processo formulare*, 1, Milano.

RICCOBONO S. (1908), *Recensione* di P.F. GIRARD, *Un document sur l'Èdit antérieur a Julien: Valerius Probus de litteris singularibus 5, 1-24 (in Aus römischem und bürgerlichem Recht, Weimar, 1907, p. 21-56)*, «BIDR» 20, pp. 106-110.

RICCOBONO S. (1915), *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, Palermo = «AUPA» 3/4, 1917, pp. 165-730 = *Scritti di diritto romano*, II, Palermo 1964.

RICCOBONO S. (ed.) (1968), *Fontes iuris romani anteiustiniani*, I, *Leges*, Florentiae.

DE ROBERTIS F.M. (1956), *La protutela nel diritto romano*, Bari.

SABBATUCCI D. (1988), *La religione di Roma antica dal calendario festivo all'ordine cosmico*, Milano.

SÁNCHEZ-MORENO ELLART C. (2013), *Tabula Heracleensis*, in *Encyclopedia of Ancient History*, Chichester, pp. 6505-6507.

SARGENTI M. (1976), *La sistematica pregaiana delle obbligazioni e la nascita dell'idea di contratto*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano»*, Torino, pp. 471-546.

SARGENTI M. (1987), *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, «Iura» 38, pp. 25-71.

SAVIGNY von K. F. (1850), *Der römische Volksbeschluß der Tafel von Herakleia*, in *Vermischte Schriften*, III, Berlin (rist. Aalen, 1968), pp. 279-373.

SCHIAVONE A. (1987), *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Bari.

SEILER H. H. (1968), *Der Tatbestand der 'negotiorum gestio' im römischen Recht*, Köln-Graz.

SEILER H. H. (1973), *Zur Haftung des auftraglosen Geschäftsführers im römischen Recht*, in *Studien im römischen Recht M. Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet*, Berlin, pp. 195-208.

SERRAO F. (1947), *Il procurator*, Milano.

TALAMANCA M. (1956), *Studi sulla legittimazione passiva all'hereditatis petitio'*, Milano.

TALAMANCA M. (1960), *La storia dell'edictum de pactis'*, «Labeo» 6, pp. 278-292.

TALAMANCA M. (1964), *Letture. La responsabilità del pupillo nei limiti dell'arricchimento*, «Labeo» 10, pp. 83-90.

TALAMANCA M. (1981), *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in A. Giardina, A. Schiavone (a cura di), *Società romana e produzione schiavistica, 3. Modelli etici, Diritto e trasformazioni sociali*, Roma, pp. 15-39.

TALAMANCA M. (1990), *Istituzioni di diritto romano*, Milano.

TALAMANCA M. (1999), *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. 'Princeps' e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano (Atti del Congresso internazionale di diritto romano Copanello 5-8 giugno 1996)*, Napoli, pp. 63-260.

TALAMANCA M. (2003), *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 A. Burdese*, IV, Padova, pp. 1-312.

THOMASIUS CH. (1769), *Dissertatio juridica de pseudo-privilegio pupilli conventi contraria actione negotiorum gestorum*, Halae Magdeburgicae.

VOCI P. (1968), *Diritto ereditario* romano, I², Milano.

WALDE A., HOFMANN J. B. (1954), *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*³, II, Heidelberg.

WALLACE-HADRILL A. (ed.) (1989), *Patronage in Ancient Society*, London.

WEIß E. (1930), *Vorjulianische Ediktsredaktionen*, «ZRG RA» 50, pp. 249-271.

WENGER L. (1953), *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien.

WIEACKER F. (1963), *Zum Ursprung der 'bonae fidei iudicia'*, «ZRG RA» 80, pp. 1-41.

WIEACKER F. (1988), *Romische Rechtsgeschichte*, I, München.

WLASSAK M. (1879), *Zur Geschichte der 'negotiorum gestio'*, Jena.

WLASSAK M. (1882), *Edict und Klageform. Eine romanistische Studie*, Jena.

WLASSAK M. (1891), *Römische Processgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, II, Leipzig.

WLASSAK M. (1893), *Actio*, in *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, I.1, Stuttgart, pp. 303-325.

WLASSAK M. (1924), *Die klassische Prozeßformel: mit Beiträgen zur Kenntnis des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, I, Wien-Leipzig.

WLASSAK (1965), *Rechtshistorische Abhandlungen aus seinem Nachlasse herausgegeben und bearbeitet von Ernst Schönbaue*, Wien.

WOLF J. G. (2010), *Lo stigma dell'ignominia*, in A. Corbino, M. Humbert, G. Negri (a cura di), *'Homo', 'caput', 'persona'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia, pp. 491-550.

Roberto Fiori

La formazione del 'sistema romano dei contratti'

1. *Il problema della tipicità.*

Il 'sistema romano dei contratti' – per usare le parole del titolo di un libro di Giuseppe Grosso che è ormai un classico[1] – è tradizionalmente rappresentato sulla base della quadripartizione gaiana delle *obligationes re, verbis, litteris* e *consensu contractae*[2], cui si affianca il gruppo dei contratti atipici, a loro volta classificati schematicamente come *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*[3]. Questo sistema, che corrisponde a quello risultante dalla fase matura del diritto privato romano, tra II e III sec. d.C., è accettato dalla dottrina come un dato di fatto: si è discusso molto – e si continua a discutere – sulla formazione e sul significato della nozione di *contractus*[4], ed è stata studiata la vicenda storica dei singoli rapporti contrattuali, ponendosi il problema di quando questo o quel 'tipo' di contratto sia nato, ma non ci si è chiesti a sufficienza se uno dei caratteri fondamentali del sistema romano dei contratti, ossia la tipicità, sia o meno originario. Non è stato oggetto di discussione nemmeno il fatto macroscopico che il problema dei contratti atipici si sia posto solo tra I e II sec. d.C., a quasi mezzo millennio dall'inizio della tutela formulare, il cui *terminus ante quem* è certamente l'istituzione della pretura peregrina nel 242 a.C.[5]: per quale ragione, se il sistema romano dei contratti è sempre stato basato sulla tipicità, non si è avvertito per secoli il bisogno di ragionare sulla tutela di rap-

---

[1] Grosso 1963.
[2] Gai. 3, 89.
[3] Cfr. Paul. 5 *quaest.* D. 19, 5, 5 pr.
[4] Un quadro riassuntivo in Fiori 2012, p. 311 ss.
[5] Cfr. *infra*, § 9.4.

porti economicamente importanti come ad esempio la *permutatio*?

A mia scienza, il contributo che più si è avvicinato a discutere di questi problemi è un importante e noto articolo di Mario Talamanca del 1990, intitolato *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*[6]. In questo lavoro, lo studioso riconosceva che «il 'Typenzwang' fosse, almeno sino all'inizio del I sec. d.C., meno rigoroso che nella successiva epoca classica, ed i singoli tipi offrissero una cornice, alle volte, molto ampia», ma riteneva che sin dall'inizio «il sistema dei nuovi tipi negoziali protetti nella *iurisdictio peregrina* e *urbana* si venisse connotando – più o meno marcatamente – nel senso della tipicità causale»[7]. Per Talamanca, dunque, la tipicità è stata una caratteristica costante del sistema contrattuale romano, che ha dovuto solo precisarsi nel tempo e in cui il 'tipo' corrispondeva al contenuto negoziale – quel che lo studioso chiama «tipicità causale».

A me sembra invece che la possibilità che il sistema tipico si sia precisato e formato gradualmente ponga un problema grave, non discusso in dottrina, ossia come è possibile che contratti non rigorosamente tipici fossero tutelati processualmente mediante azioni che erano sin dall'inizio tipiche. Se infatti si segue la diffusa idea che – per usare le parole di un altro grande studioso come Filippo Gallo – «la tipicità contrattuale (in genere negoziale) era il riflesso della tipicità del sistema formulare, dei mezzi processuali quali enunciati nell'editto»[8], bisogna necessariamente concludere che un'indistinzione, o relativa distinzione, sul piano della tipicità dei ne-

[6] TALAMANCA 1990a.

[7] TALAMANCA 1990a, p. 48. Più precisamente, Talamanca ha notato come nel II sec. a.C., nei formulari catoniani, mancasse «una rigorosa individuazione del tipo di contratto tutelato», e che ciò «non poteva non trovare riscontro nella tutela giudiziaria offerta dalla *iurisdictio praetoris*» (*ibid.*, p. 67 e nt. 121; cfr. anche p. 169), e che ancora nel I sec. a.C. le soluzioni di Servio Sulpicio Rufo si inserissero «in un contesto generale caratterizzato da una minore rigidità dei limiti che la 'tipicità' dei contratti causali poneva alla libertà delle parti nel determinare il contenuto del negozio» (*ibid.*, p. 78), benché «la chiusura del sistema dei contratti tipici» cominciasse in quest'epoca «ad essere sempre più rigorosa» (*ibid.*, p. 105 s).

[8] GALLO 1995, p. 61.

gozi non poteva che presupporre un'analoga indistinzione sul piano della tipicità delle azioni.

A fronte di questi problemi, lo scopo di questo contributo è di verificare la possibilità che:

a) sino alla fine del II sec. a.C. la tipicità non fosse una caratteristica fondamentale del sistema romano dei contratti (§§ 2-8), e che ciò fosse possibile perché – nei primi due secoli di quella che Feliciano Serrao chiamava la 'seconda formazione economico-sociale'[9] – le azioni contrattuali protette *per formulas* non erano 'tipiche' ma ancora, come le *legis actiones*, 'generali' (§ 9);

b) nel corso del I sec. a.C. il 'sistema tipico' sia giunto a maturazione (§ 10), portando a una differenziazione delle azioni, le quali avrebbero abbandonato la loro sede più antica negli editti dei pretori (§ 13); questa trasformazione avrebbe determinato, in età augustea, la necessità di tutelare doveri nascenti da contratti tipici che non potevano essere protetti mediante le azioni tipiche, per i quali è stato recuperato lo strumento delle azioni 'generali' (§§ 11-12);

c) durante il I-II sec. d.C. la definitiva chiusura del 'sistema tipico' abbia avuto come effetto la nascita del problema dei contratti atipici, risolto anch'esso mediante la riutilizzazione delle azioni 'generali' di età medio-repubblicana (§ 14)[10].

Se tutto ciò fosse plausibile, bisognerebbe concludere che la struttura dell'editto adrianeo riproduce un esito abbastanza recente della materia contrattuale, e che è possibile che gli editti dei pretori repubblicani avessero – almeno sino alla fine del II sec. a.C., ma probabilmente anche nella prima metà del I sec. a.C. – una sistematica alquanto differente.

2. *La terminologia delle XII tavole.*

Il primo dato da tener presente è che la terminologia di alcuni contratti è attestata sin da epoca decemvirale.

---

[9] Serrao 2006, p. 7 ss.

[10] Un abbozzo di questa ricostruzione era già in Fiori 2014a, p. 33 ss.; Id. 2016a, p. 581 ss.

Tra i casi attestati, alcuni sono poco sicuri, perché i termini compaiono nel discorso della fonte che riporta la norma, e dunque potrebbero dipendere da questa. Così, in Gellio si usa *venum ibant* per indicare la vendita *trans Tiberim* degli *addicti*[11]; nelle *Institutiones* di Giustiniano si legge che nelle XII tavole si stabiliva che le *res venditae et traditae* fossero acquistate dall'*emptor* solo se pagava il prezzo al *venditor* o lo garantiva mediante un *expromissor* o un *pignus*[12]; nei *Tituli ex corpore Ulpiani* si ricorda che le XII tavole prescrivevano che lo *statuliber* poteva divenire libero anche se era stato venduto dall'erede, purché pagasse la somma all'*emptor*, mentre Modestino ricorda che le XII tavole permettevano di *venumdare* gli *statuliberi*[13]; infine, Paolo afferma che la legislazione decemvirale attribuiva un'*actio in duplum ex causa depositi*[14].

Maggiormente affidabile potrebbe essere un brano di Gaio in cui si ricorda che le XII tavole attribuivano la *pignoris capio* contro colui che avesse acquistato (*emisset*) un animale sacrificale e non avesse pagato il *pretium*, nonché contro colui cui qualcuno avesse dato in locazione (*locasset*) un *iumentum* senza ricevere una *merces* finalizzata all'impiego sacrificale (*ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, inpenderet*)[15]. In questo caso potrebbe ipotizzarsi una certa fedeltà del giurista al testo decemvirale, considerando che: Gaio conserva il lemma arcaico *daps*[16], che sente il bisogno di spiegare come *sacrificium*; il termine *pecunia* potrebbe avere nel testo un significato risalente, riferendosi non al denaro speso per il sacrificio, ma alla porzione sacrificale acquistata nel sacrificio con la *merces*; per riferirsi alla posizione del conduttore non

[11] Tab. 3, 5 = Gell. 20, 1, 47.

[12] Tab. 7, 11 = Inst. 2, 1, 41.

[13] Mod. 9 *diff.* D. 40, 7, 25, con riferimento a tab. 7, 12 = Tit. Ulp. 2, 4.

[14] Tab. 8, 19 = Paul. 2 *sent.* Coll. 10, 7, 11. Per la maggioranza degli studiosi la norma avrebbe natura penale (cfr. per tutti, da ultimi, WALTER 2023, p. 2463 e nt. 158; LIVA 2024, p. 21 ss.), ma ai nostri fini è sufficiente la possibilità che l'attività economica sottostante sia stata detta *depositum*.

[15] Tab. 12, 1 = Gai. 4, 28: *lege autem introducta est pignoris capio velut lege XII tabularum adversus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet; item adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, inpenderet.*

[16] Cfr. Paul.-Fest. s.v. *daps*, p. 59 Lindsay.

utilizza il verbo *conducere* – come ha fatto con *emere* per il compratore – ma costruisce una complessa frase in cui compare il verbo *locare*, probabilmente perché quest'ultimo figurava nel testo decemvirale[17].

L'unica citazione letterale compare in un passo di Papiniano, conservato nella *Collatio*, in cui si riporta il versetto *si pater ter filium venum duit, filius a patre liber esto*[18]. Qui l'arcaica forma *duit*[19] potrebbe confermare la fedeltà della citazione al testo originale. Anche della presenza di *emptio* nelle XII tavole siamo certi, perché è attestata esplicitamente da un frammento di Aristone[20].

A mio avviso, questi termini non implicano l'esistenza, in età decemvirale, dell'*emptio venditio* o della *locatio conductio* consensuali[21], e nemmeno di fattispecie corrispondenti a rapporti economici riconducibili allo schema classico di compravendita e locazione. Il *venum dare* del *filius* da parte del *pater* non corrisponde infatti neanche economicamente a una 'vendita', come mostra il fatto che – terminato il periodo previsto dal negozio – il *filius* rientra nella *potestas* del *pater*: ragio-

[17] Mi sono occupato di questo passo in più lavori, cui rinvio per maggiori dettagli: Fiori 1999, p. 14 ss.; Id. 2018a, p. 128 ss.; Id. 2025a, p. 168 ss.

[18] Tab. 4, 2 = Pap. *l. s. de adult.* Coll. 4, 8.

[19] Una variante della radice i.e. **d(e)h*$_3$- di *dare*, con estensione *-w-*: cfr. per tutti Rix 2001, p. 107 e Prosdocimi 1995, p. 275 ss. Le forme *duim*, *duis*, *duit*, *duint*, *duas* si trovano in Pacuvio, Plauto, Terenzio e in citazioni di formule antiche (Cic. *Cat.* 1, 22; *Phil.* 10, 13; Liv. 10, 19, 18; 22, 10, 3, 1; Apul. *apol.* 64; Front. *ad M. Caes. et inv.* 4, 4, 2; Tac. *ann.* 4, 38); cfr. anche Paul.-Fest. s.v. *duis*, p. 58 Lindsay; s.v. *parrici<di> quaestores*, p. 247 Lindsay. In Paul.-Fest. s.v. *redivia*, p. 335 Lindsay, compare *duere*, spiegato come *solvere (*cfr. anche Fest. s.v. *redivia*, p. 334 Lindsay, in cui *qui at uere* del manoscritto viene letto dall'editore, nell'apparato critico, come *quia duere)*; l'occorrenza è stata di recente interpretata come una forma creata da Verrio Flacco sulla base della alternanza *d/l* e sul modello del verbo gr. λύω (Zair 2019, p. 234 s. e nt. 26: il lemma *reduvia* dovrebbe essere infatti segmentato *red-uvia*, essendo derivato dal verbo *-uere* che compare in *exuere*, *induere*); mi parrebbe però che possa anche trattarsi dell'infinito del verbo *duit*, considerando il valore di 'dare' nel senso di 'adempiere' (e dunque 'liberare' dal vincolo obbligatorio).

[20] Arist. fr. 67 Lenel = Pomp. 18 *ad Q. Muc.* D. 40, 7, 29, 1: *lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur.*

[21] Come pure è stato autorevolmente proposto: Corbino 2016, p. 9 ss.; Id. 2019, p. 173 ss.

nando in termini di diritto classico, la fattispecie sembrerebbe rientrare piuttosto nello schema della locazione[22]. Rispetto a *emptio*, poi, è lo stesso Aristone a chiarire che la legge delle XII Tavole impiega il sostantivo per indicare *omnis alienatio*[23]. In realtà il verbo *emere* significa propriamente solo 'prendere' e *venum dare* 'dare a titolo oneroso'[24], senza alcun collegamento necessario con la compravendita, così come i verbi *locare* e *conducere* significano rispettivamente 'collocare (in modo vantaggioso)' e 'condurre', anche in questo caso senza un rapporto necessario con il contratto di locazione conduzione[25]. D'altra parte occorre considerare che nel diritto classico, quando i rapporti economici corrispondenti all'*emptio venditio* e alla *locatio conductio* vengono versati in una *stipulatio*, viene conservata la terminologia dell'*emere vendere* e *locare conducere*[26]; e che nei contratti pubblici, realizzati e tutelati in forme diverse da quelle dei contratti consensuali, si utilizza la medesima terminologia[27].

3. *Le commedie di Plauto e Terenzio.*

Il significato generico di *emere* 'prendere', *venum dare* 'dare a titolo oneroso' (da cui *vendere*), *locare* 'collocare in modo vantaggioso' e *conducere* 'condurre' ha come effetto che nelle fonti del III-II sec. a.C. i termini vengano utilizzati con significati diversi da quelli cui siamo abituati dai testi più recenti.

---

[22] È una notazione che risale almeno a JHERING 1894, p. 185; altra letteratura in CRISTALDI 2016, p. 252 ss.

[23] Cfr. *supra*, nt. 20.

[24] Cfr. per tutti DE VAAN 2008, p. 188 e 663; l'a. traduce *vēnum* (acc.) con 'vendita', ma il termine viene da i.e. **wes-no-* 'prezzo': con esso si fa riferimento a una onerosità non necessariamente coincidente con una vendita.

[25] Il che peraltro spiega l'apparente anomalia dell'essere nella cd. *locatio operis* il locatore a pagare la *merces*, invece del conduttore, come avviene negli altri modelli negoziali: cfr. FIORI 1999, p. 302 s.

[26] Cfr. Paul. 12 *ad Sab.* D. 45, 1, 35, 2: *si in locando conducendo, vendendo emendo ad interrogationem quis non responderit, si tamen consentitur in id, quod responsum est, valet quod actum est, quia hi contractus non tam verbis quam consensu confirmantur.*

[27] Fonti in BISCARDI 1960, p. 409 ss. (= 1964, p. 1429 ss.).

In Plauto si parla talora di *locare conducere agnos caedundos*[28], quando è evidente che il rapporto economico posto in essere corrisponde a una dazione a titolo definitivo; e rispetto all'attribuzione di attività lavorative si legge tanto *locare conducere operam*[29] quanto *emere vendere operam*[30]. Una simile promiscuità non è compatibile con l'esistenza di azioni tipiche, ma solo con azioni 'generali', cosicché si è pensato che questi rapporti fossero tutelati da *legis actiones*[31]. In effetti, benché il periodo di attività del commediografo si inserisca pienamente nel periodo di convivenza tra i due *modi agendi*, e vi siano vari passaggi riconducibili con certezza al processo formulare[32], troviamo un testo che parrebbe indirizzare verso un uso delle *legis actiones* per la protezione di un rapporto definibile come locazione.

In un brano dell'*Aulularia*, il vecchio avaro Euclione riprende rudemente i cuochi assunti per un banchetto, ricordando loro che sono pagati per cucinare e non per chiacchierare; e quando il cuoco Congrione minaccia di chiedere una *merces* per le percosse ricevute, proprio perché è stato assunto per cucinare, e non per essere picchiato, Euclione conclude: *lege agito mecum*:

> Plaut. *aul.* 455-458:
> EU. intro abite, opera huc conducta est vostra, non oratio.
> CO. heus, senex, pro vapulando hercle ego aps te mercedem petam.
> coctum ego, non vapulatum, dudum conductus fui.
> EU. lege agito mecum.

---

[28] Plaut. *aul.* 567-568; *capt.* 818-819.

[29] Plaut. *aul.* 455; *rud.* 843-844.

[30] Plaut. *Epid.* 120; *mil.* 1076.

[31] Era questa la mia idea in FIORI 1999, p. 17 ss., d'altronde in linea con la dottrina maggioritaria: cfr. *ibid.*, p. 19 nt. 24.

[32] Cfr. per tutti COSTA 1890, p. 431 e 442, che ritiene preminenti le *legis actiones* (cfr. anche, più di recente, SCAFURO 1997, p. 84 e 143) essenzialmente perché pensa che la materia contrattuale fosse tutelata dalla *iudicis arbitrive postulatio* (cfr. *ibid.*, p. 436), benché non vi siano indizi in tal senso; WATSON 1971, p. 181 s.

In questo testo, lo schema è quello di un negozio di scambio: si parla di *opera conducta* e di *merces* dovuta (ironicamente) *pro vapulando*. È difficile immaginare che potesse concepirsi una simile battuta in un momento storico in cui i rapporti economici di locazione erano versati in una *stipulatio*, perché in virtù di questa potrebbe chiedersi la *merces* che è stata promessa, mentre qui si agirebbe per quella non promessa: se gli autori più risalenti pensavano che nel passo si alludesse a una tutela mediante *legis actio* – più precisamente una *iudicis arbitrive postulatio* –, è perché essi ritenevano che tale azione potesse tutelare il contratto consensuale[33]. Oggi che questa idea non è più seguita, resta il problema dell'uso delle parole *lege agito*.

L'espressione si rinviene in Plauto un'altra volta, nel *Miles gloriosus*. Lo schiavo Sceledro, che appartiene al *miles* Pirgopolinice, incontra, mentre è con l'altro schiavo Palestrione, la cortigiana Filocomasio, la quale era stata rapita da Pirgopolinice e portata da Atene a Efeso. La donna, che sta andando a trovare l'amante, finge di essere la propria sorella gemella e di chiamarsi *Dicea*. Sceledro non le crede e le risponde che è ἄδικος, non δικαία, e che fa *iniuria* al suo padrone[34] – evidentemente perché un simile comportamento è offensivo nei confronti di quest'ultimo[35]. Dopodiché Sceledro afferra Filocomasio e, quando questa insiste per essere liberata, prima gli obietta che il suo delitto è manifesto (v. 444: *manufestaria's*); poi, quando la donna afferma di essere ateniese e di non conoscere né il servo né la casa dove vuole portarla, Sceledro ribatte: *lege agito* (v. 453).

Una scena molto simile compare in un passo del *Phormio* di Terenzio: il *senex* Demifone afferra il parassita Formione per condurlo in giudizio, e quest'ultimo afferma che la presa

---

[33] Cfr. *supra*, nt. 32.

[34] Plaut. *mil.* 436-438: *iniuria es, / falsum nomen possidere, Philocomasium, postulas; /* ἄδικος *es tu, non* δικαία, *et meo ero facis iniuriam.*

[35] Tuttavia, per la maggioranza degli studiosi, nel passo *iniuria* indicherebbe un comportamento genericamente ingiusto, non riconducibile al delitto omonimo: cfr. HUVELIN 1903, p. 88; PUGLIESE 1941, p. 28 e nt. 1; SIMON 1965, p. 181 nt. 224; MANFREDINI 1977, p. 135 (per questi ultimi due autori l'*iniuria* consisterebbe nel portare un nome falso).

giustifica un'azione di *iniuria*, con Demifone che risponde *lege agito*; poi Formione è afferrato anche da Cremete, fratello di Demifone, e sostiene che questa presa giustifica una seconda azione di *iniuria*[36].

Le scene richiamano chiaramente il procedimento della *manus iniectio*, che era direttamente utilizzabile sia per l'*in ius vocatio* sia per i casi di debito o illecito manifesto, e che poteva dar luogo a un successivo processo per *iniuria*[37]. Che il processo per *iniuria* potesse essere intentato già in epoca decemvirale è indirettamente attestato dal versetto decemvirale in cui si richiede all'*in ius vocans* di procurarsi testimoni prima di *capere* il convenuto e compiere, se resiste, la *manus iniectio*[38]. La logica di questa prescrizione è analoga a quella di altri casi in cui si consentiva al privato un'attività violenta, che doveva essere compiuta entro i binari del diritto: a determinare l'*iniuria* – che in quest'epoca è lesione fisica – non è l'assenza dei testimoni[39], posto che in entrambe le scene è presente un terzo che ben avrebbe potuto testimoniare, ma sono gli eventuali atti di violenza che potevano verificarsi nel corso della presa del convenuto o debitore resistente. Con il tempo, trasformatosi il delitto di *iniuria*, l'illecito viene considerato integrato anche quando l'attività dell'attore o del creditore assumono le forme della *contumelia*: la semplice citazione in giudizio realizzata *vexandi causa* può legittimare l'*actio iniuriarum*[40], così

[36] Ter. *Phorm.* 983-984: PH. *una iniuriast / tecum.* DE. *lege agito ergo.* PH. *alterast tecum, Chreme.* Rispetto a questo passo si è osservato che la scena doveva essere presente nel modello greco, perché nel diritto attico la violenta conduzione in giudizio costituiva un illecito (SIMON 1965, p. 184; WITTMANN 1972, p. 15; MANFREDINI 1977, p. 142 e nt. 81); tuttavia, anche pensando a un adattamento da parte di Terenzio e Plauto, la descrizione è comunque coerente con il diritto romano (cfr. *infra*, nt. 40).

[37] Cfr. Porph. *Hor. sat.* 1, 9, 76; [Acr.] *Hor. sat.* 1, 9, 76.

[38] Tab. 1, 1 (*ni <i>t, antestamin<o>*); cfr. tab. 1, 2. Su questi versetti mi sia permesso di rinviare a FIORI 2018a, p. 46 ss.

[39] Come ritengono HUVELIN 1903, p. 458 nt. 4; SIMON 1965, p. 183.

[40] Ulp. 57 *ad ed.* D. 47, 10, 13, 3: *si quis per iniuriam ad tribunal alicuius me interpellaverit vexandi mei causa, potero iniuriarum experiri.* Il valore di *interpello* in questo passo è chiaramente quello specifico di 'citare in giudizio' (cfr. KÜHNEN 1965, col. 2242): non può pertanto essere condivisa la traduzione di THOMAS 1985, p. 290: «if, to annoy me, someone interrupt me in an insulting manner when speaking before some court, I can bring the action for insult».

come qualificare come debitore chi debitore non è[41] o avviare una procedura esecutiva senza fondamento[42], perché si attenta alla reputazione dell'altro.

Nella scena rappresentata da Plauto, come si è detto, l'*iniuria* non può consistere nell'assenza di testimoni, né è possibile ritenere che la *manus inectio*, in sé e per sé, costituisca *iniuria*, visto che è un procedimento previsto dalla legge. Lo stesso può ripetersi per il brano di Terenzio: anche qui c'è un terzo che può testimoniare, e si ha una semplice presa del *vocatus*, senza percosse. Considerando che in altri passi plautini si trovano testimonianze dell'*actio iniuriarum* formulare, al punto che forse vi è riportato addirittura un frammento di *formula*[43], e tenendo conto dell'evidente, voluta antitesi tra l'accusa di *iniuria* che Sceledro ha portato a Filocomasio – *iniuria* che non può essere intesa altrimenti che come offesa morale – e la minaccia di quest'ultima di agire per *iniuria*, si è indotti a ritenere che l'azione minacciata da Filocomasio in Plauto e da Formione in Terenzio non sia una *legis actio sacramenti*, quanto piuttosto un'*actio iniuriarum* formulare, fondata sull'idea che una *manus iniectio* dolosamente ingiustificata costituisca un'offesa morale, e dunque *iniuria*.

Se così fosse, dovremmo pensare che nel linguaggio comune del III-II sec. a.C. le parole *lege agito* fossero divenute un modo di dire corrispondente al nostro generico 'fammi causa'[44], avendo perso la connessione originaria con le *legis actiones*. Un simile dubbio è peraltro rafforzato dal rilievo che gli altri luoghi plautini in cui si è riconosciuta l'espressione *lege agere*[45] non hanno nulla a che vedere con il processo *per legis actiones*: nei *Captivi*, il verso *nunc barbarica lege certumst ius meum omne persequi* fa riferimento a un processo per *multa*, e

[41] Ulp. 77 *ad ed.* D. 47, 10, 15, 33.

[42] Gai. 3, 220.

[43] Cfr. Simon 1965, p. 181; e soprattutto Cursi 2002, p. 248 ss. (in relazione a Plaut. *Poen.* 1336-1337). Per la possibilità che le parole *mala tibi percussero* di Plaut. *asin.* 371 appartengano alla formula, cfr. Lenel 1927, p. 398 nt. 7.

[44] Pensano invece a un uso tecnico dell'espressione Pugliese 1941, p. 28; Simon 1965, p. 184; De Francesco 2005, p. 19.

[45] Cfr. Costa 1890, p. 431 s.

dunque ha natura pubblica[46]; e, nel *Mercator*, il termine *lex* che ricorre nell'espressione *hac lege agemus*[47] si riferisce non a una legge processuale, ma all'immaginaria legge di diritto sostanziale che proibisce ai vecchi di andare con le prostitute, e su cui si fonda l'azione che si vorrebbe esperire.

Tornando al brano dell'*Aulularia*, se le parole *lege agito* possono essere intese come un semplice modo di dire e non come un riferimento preciso al processo *per legis actiones*, possiamo ritenere che il rapporto cui si rinvia è una *locatio conductio* concepita come contratto a prestazioni reciproche, la cui tutela passava probabilmente già per l'azione formulare. Se però ammettiamo che all'epoca di Plauto i rapporti economici denominati *locare* e *conducere* avessero già trovato veste giuridica in un'*obligatio consensu contracta* tutelata da un'azione formulare, si pone il problema di come giustificare l'uso promiscuo dei verbi *locare conducere* ed *emere vendere*, che come si è detto è incompatibile con l'esistenza di azioni contrattuali tipiche.

4. *Sesto Elio Peto Cato e Caio Livio Druso.*

Allo stesso periodo delle commedie di Plauto risale la testimonianza giurisprudenziale più antica in materia di *emptio venditio*: un responso di Sesto Elio Peto Cato (*cos.* 198 a.C.) che parrebbe confermato da C. Livio Druso (fratello maggiore del console del 112 a.C. M. Livio Druso)[48]. I due giuristi del III-II sec. a.C. affermano che, se la mancata *traditio* di uno schiavo dipende dall'*emptor*, il venditore che abbia sopportato spese per l'alimentazione dello schiavo può ricevere un'*in-*

[46] Plaut. *capt.* 492. Cfr. sul passo per tutti Capone 2016, p. 1 ss.

[47] Plaut. *merc.* 1019.

[48] Sui due giuristi ha raccolto ampia bibliografia Cascione 2003, p. 319 ntt. 41-42 (rispetto a Druso la dottrina fa spesso confusione con il padre, *cos.* 147 a.C., ma cfr. Münzer 1926, col. 855 s.). Cfr. *ibid.*, p. 320 ss. anche in relazione alla possibile provenienza della citazione di Celso e della originaria natura di *responsum* della *sententia*. Il recente commento di Bottiglieri 2019, p. 315 s. è molto rapido, con un rinvio per la discussione a Cascione 2003, p. 305 ss.

demnitas mediante un *arbitrium*. La *sententia* è giudicata *iustissima* da Celso figlio, che la riporta nei suoi *Digesta*:

> Sex. Ael. fr. 1 Lenel = Drus. fr. 1 Lenel = Cels. 8 *dig.* D. 19, 1, 38, 1: Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia.

Considerando il quadro giuridico del II sec. d.C., quando Celso ripete la *sententia* dei *prudentes* più antichi, è chiaro che il giurista adrianeo doveva intendere il negozio realizzato tra le parti come *emptio venditio*, nella cui trattazione non a caso si colloca palingeneticamente il passo[49]. È meno certo, ma molto probabile, che Celso interpreti il termine *arbitrium* come una fase del *iudicium* formulare di compravendita: il termine *indemnitas* è usato nelle fonti per indicare una situazione che evita un pregiudizio patrimoniale (*damnum*), e dunque tanto il ristoro delle spese sopportate quanto il mancato guadagno[50], e l'utilizzabilità dell'*actio venditi* nell'ipotesi in cui il venditore richiedesse il rimborso delle spese sostenute per la conservazione della cosa venduta prima della *traditio* è attestata almeno a partire da Trebazio Testa[51]. Molto più difficile

---

[49] Cels. 8 *dig.* fr. 73-81 Lenel.

[50] Cfr. ad es. Paul. 2 *sent.* D. 19, 2, 55, 2: *qui contra legem conductionis fundum ante tempus sine iusta ac probabili causa deseruerit, ad solvenda<s> totius temporis pensiones ex conducto conveniri potest, quatenus locatori in id quod eius interest indemnitas servetur.* Secondo Apathy 1984, p. 196 ss., in Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 13, 22 (cfr. nt. succ.) si parlerebbe solo di «Aufwandersatz» e nel passo in discorso di una più ampia «Schadloshaltung», perché inizialmente l'*indemnitas* sarebbe stata riconosciuta solo nel caso in cui la mancata consegna dipendesse dall'*emptor*, mentre in seguito anche a prescindere da questa imputabilità, a partire dalla conclusione del contratto. Tuttavia, come ha notato Harke 2005, p. 97, se ci fosse stato un simile sviluppo storico, potrebbe apparire sorprendente che Celso approvi la dottrina (ormai superata) del III-II sec. a.C.

[51] Treb. fr. 25 Lenel = Lab. fr. 290 Lenel = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 13, 22. In questo passo parrebbe farsi una distinzione tra spese necessarie (cure dello schiavo) e spese non necessarie (istruzione) che possono essere imputate all'acquirente solo se è verisimile che anche quest'ultimo le avrebbe sostenute. Weyand 1983, p. 251 s. rileva come in D. 19, 1, 38, 1 si parli di spese

è per noi ricostruire gli istituti cui fanno riferimento Sesto Elio e Druso.

Ai nostri fini non è particolarmente rilevante l'uso del termine *emptor*, posto che – come abbiamo visto[52] – esso era utilizzabile anche per rapporti economici che non avevano assunto la forma della compravendita consensuale, e che potevano essere formalizzati in negozi del *ius Quiritium* come la *mancipatio* o la *sponsio*. Alcuni studiosi si sono indirizzati proprio in questo senso, ipotizzando che il negozio avesse assunto la veste di una *stipulatio incerti* in cui era versato «tutto quello che poteva essere contenuto in un contratto di compravendita», e che il contratto così concluso fosse tutelato mediante un'*actio ex stipulatu* con formula al *quidquid dare facere oportet*[53]. Secondo altri studiosi, il negozio consisterebbe in una vendita realizzata mediante *mancipatio* nella quale il bene non era stato ancora consegnato, e che con reciproche *sponsiones* le parti si fossero obbligate l'una a trasferire lo schiavo e l'altra a pagare il prezzo; l'*arbitrium* cui si fa riferimento nel passo alluderebbe alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*[54]. Anche per altri autori l'*arbitrium* dovrebbe essere posto in connessione con una *iudicis arbitrive postulatio*, immaginando però che la questione fosse versata in una *sponsio praeiudicialis* in virtù della quale il giudice poteva condannare il convenuto dopo aver verificato il fatto posto a condizione

---

necessarie; la critica di HARKE 2005, p. 97, secondo il quale nel rimborso dei frutti del bene acquistato non si fa una distinzione tra benefici ordinari e speciali, mi sembra poco convincente, considerando che nel passo si parla di spese e non di frutti della cosa (ma l'a. ritiene che le spese sostenute dopo l'inadempimento dell'acquirente siano trattati al pari di interessi: cfr. *ibid.*, p. 98).

[52] *Supra*, §§ 2-3, ma cfr. anche, con specifico riferimento al passo in discorso, ALBANESE 2002, p. 79 (= 2006, p. 947); CASCIONE 2003, p. 307 nt. 9.

[53] ARANGIO-RUIZ 1954, p. 74. Cfr. già BEKKER 1871, p. 314 s.; GIRARD 1893, p. 22 s. (= 1912, p. 79); PEROZZI 1928, p. 270 nt. 1; LUZZATTO 1950, p. 21.

[54] Cfr. D'IPPOLITO 2000, p. 16 ss., che intende il verbo *servari* come un riferimento alla *manus iniectio pro iudicato*, ciò che non mi sembra giustificato; ALBANESE 2002, p. 77 ss., spec. 84 (= 2006, p. 945 ss., spec. 952), che aggiunge il riferimento (necessario, mi sembrerebbe, tenuto conto di Gai. 4, 17a) alle *sponsiones*.

della *sponsio* (ossia che lo schiavo non era stato consegnato per fatto imputabile al compratore)[55].

La prima di queste ipotesi si inserisce all'interno di una più generale ricostruzione della formazione dei contratti consensuali, secondo la quale questi sarebbero passati per una fase in cui i doveri delle parti erano formalizzati mediante *stipulationes*, ricostruzione che oggi non gode più di credito[56]; peraltro, sul piano esegetico, si deve rilevare che nel testo non si fa mai riferimento a una *obligatio verbis contracta*[57]. Rispetto alla seconda interpretazione, mi sembra difficile intendere il verbo *traderetur* come riferito a una *traditio* successiva alla *mancipatio*[58], perché per i beni mobili è verisimile che quest'ultima prevedesse l'immediata consegna sia del bene che del prezzo[59]. Inoltre, se il *dominium* sul bene fosse stato trasferito mediante *mancipatio*, non sarebbe stata necessaria una *sponsio* per obbligare il venditore a trasferire un bene non più suo, derivando il dovere (di restituzione) dal *dominium* dell'altra parte. Infine, se il prezzo, invece di essere pagato immediatamente, fosse stato promesso con una *sponsio*, ossia con una *obligatio verbis contracta*, verisimilmente la *legis actio* avrebbe consentito di ottenere ciò che era stato promesso, ma non di più: per immaginare che l'*indemnitas* dei *cibaria* potesse essere oggetto di *iudicatio*, si dovrebbe pensare che l'*emptor* avesse

---

[55] Cfr. SCHERILLO 1970, p. 317, il quale immagina una *sponsio* di questo tenore: *si hominem Stichum tibi venditi atque per te steterit quo minus is homo tibi mancipio detur, quidquid pro cibariis impendi, mihi dari spondes? spondeo*. L'ipotesi della *legis actio sacramento* era anche in LÜBTOW 1956, p. 419 ss.

[56] Cfr. per tutti TALAMANCA 1981, p. 317 nt. 51; ID. 1993, p. 306 s. Più di recente, la questione è stata riaffrontata in senso critico da CARBONE 2017, p. 30 ss.

[57] Lo rileva anche BROGGINI 1957, p. 222.

[58] In questo caso non può ipotizzarsi che il verbo *traderetur* sia frutto di una interpolazione per *manciparetur*, come ad es. sospetta SCHERILLO 1970, p. 314: prima dell'affermarsi dell'*emptio venditio*, la proprietà dello schiavo sarebbe rimasta al venditore sino alla *mancipatio* e dunque non vi sarebbe stata alcuna possibile pretesa all'*indemnitas* per i *cibaria*; mentre, dopo il sorgere della compravendita consensuale, il dovere di trasferire lo schiavo sarebbe stato inteso come *tradere possessionem*, senza necessità di alcuna *mancipatio* se non ai fini dell'acquisto del *dominium ex iure Quiritium*.

[59] Così anche CASCIONE 2003, p. 328 s., il quale osserva giustamente che, se si fosse voluto conservare un lasso di tempo tra negozio e consegna, sa-

promesso non una somma determinata, ma genericamente un *pretium dari*, oppure che l'*arbiter* avesse una discrezionalità tale da poter aumentare la somma[60]. Senonché, da un lato, considerando che in età classica si dubitava addirittura della validità della compravendita il cui *pretium* fosse determinato *alieno arbitrio*[61], si comprende che una *sponsio* in cui si fosse promesso di pagare un *pretium* indeterminato non sarebbe stata *incerti*[62], ma *certi* e nulla (diremmo oggi) per indeterminatezza dell'oggetto. Dall'altro, si dovrebbe ritenere che per i giuristi la nozione di *indemnitas* potesse trovare spazio in quella di *pretium*, il che è molto dubbio. Altrettanto difficile è accogliere l'ipotesi alternativa: il problema non è tanto se l'*arbiter* di una *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* potesse determinare una somma diversa, ma se potesse modificare l'entità di una somma promessa in un contratto formale, in cui il debitore non si obbliga al di là dei *verba* pronunciati. Infine, la terza interpretazione non dice nulla sul negozio che sarebbe stato realizzato tra le parti al posto della più tarda *emptio venditio*, e dunque ad essa sono potenzialmente riferibili anche le critiche portate alla seconda interpretazione.

Sembrerebbe pertanto più probabile che la fattispecie alludesse, anche nella rappresentazione di Sesto Elio e poi di Druso, a un'*emptio venditio* consensuale, come ritiene la maggioranza della dottrina[63]. Altra questione è però il significato di *arbitrium*, che questa dottrina intende senz'altro come compreso nel giudizio instaurato mediante l'*actio venditi*[64]. Una si-

---

rebbe stato più semplice fare una *stipulatio* con cui si fissava l'obbligo di compiere la *mancipatio*, con la conseguenza di poter azionare la *verborum obligatio*.

[60] Albanese 2002, p. 84 (= 2006, p. 952).

[61] Cfr. Gai. 3, 140.

[62] Come ritiene Albanese 2002, p. 84 (= 2006, p. 952).

[63] Cfr. per tutti la letteratura citata in Broggini 1957, p. 222 nt. 14; Talamanca 1981, p. 317 nt. 51 e, più di recente, Cascione 2003, p. 245 s., 330 ss.

[64] Cfr. per tutti Talamanca 1993, p. 310. Come rileva Apathy 1984, p. 198, non può seguirsi Broggini 1957, p. 223 (ma cfr. anche, di recente, Harke 2005, p. 98 e, possibilista, Ernst 2023, p. 2171) nel sostenere che il termine *arbitrium* si riferisca all'*actio empti* e che il venditore convenuto abbia solo un diritto di ritenzione, di cui nel testo non si parla: poiché già Trebazio Testa riconosce un rimborso spese nell'ambito dell'*actio venditi* (Treb. fr.

mile soluzione, che potrebbe apparire come la più semplice, comporta in realtà una serie di problemi. Innanzi tutto, se si alludesse alla normale tutela processuale dei *iudicia bonae fidei* – sulla base del fatto che questi erano spesso detti *arbitria bonae fidei* – non si comprenderebbe l'utilità della specificazione *per arbitrium*[65]. In secondo luogo, quando in altre fonti della stessa epoca si parla di *arbitrium*, questo è finalizzato non a giudicare – ciò per cui si ricorre a un *iudicium* –, ma solo a quantificare il danno in cui è incorsa la parte di un contratto consensuale. Nei formulari del *de agri cultura* di Catone[66] compare infatti da un lato un *arbitratus boni viri* cui si ricorreva per i casi in cui l'attività di una parte avesse arrecato danni all'altra[67], dall'altro un *iudicium* per l'ipotesi in cui non vi fosse

---

25 Lenel = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 13, 22; cfr. *supra*, nt. 51), è difficile pensare che se Celso avesse voluto riconoscere al venditore solo un diritto di ritenzione non ne avrebbe fatto menzione.

[65] L'espressione ricorre solo in un altro frammento del Digesto, dove si afferma che il giudice di un procedimento *ad exhibendum*, 'in considerazione' (*per*) dell'*arbitrium* che gli è attribuito, deve tener conto anche delle eccezioni del possessore: Pomp. *ad ed.* fr. 105 Lenel = Ulp. 24 *ad ed.* D. 10, 4, 3, 13 (il passo, e in particolare il riferimento all'*arbitrium*, è stato giudicato interpolato da Marrone 1957, p. 518 ss., ma cfr. più di recente Stolfi 2001, p. 378 s., maggiormente fiducioso sulla genuinità). Qui non solo la preposizione *per* ha valore causale e non strumentale, ma la precisazione si giustifica in considerazione del fatto che deve specificarsi che il giudice di quel procedimento deve garantire la dialettica processuale, pur essendo tenuto a rinviare la questione al giudizio principale se assume caratteri di notevole complessità.

[66] Il collegamento tra il frammento di Sesto Elio e l'*arbitratus boni viri* dei formulari catoniani era già stato intravisto dalla dottrina dei secoli precedenti: cfr. ad es. Bekker 1871, p. 314 (che tuttavia pensa a *obligationes verbis contractae*); Mitteis 1908, p. 48 (cfr. *infra*, nt. 67); de Francisci 1934, p. 218 e nt. 32; Monier 1954, p. 135 (cfr. *infra*, nt. 67); Lübtow 1956, p. 419 (che pensa alla *iudicis arbitrive postulatio*).

[67] Cat. *agr.* 144, 2 [6]; 3 [7]; 149, 2 [5-6] (tra parentesi quadre riporto la numerazione delle clausole così come distinte da Bruns, Gradenwitz 1909, p. 47 ss.). In altri casi non c'è bisogno di ricorrere all'*arbitratus boni viri* perché la somma è predeterminata forfettariamente: così nel caso di sottrazione di beni dal fondo (Cat. *agr.* 144, 3 [9]; 145, 2 [6]). Talora si stabilisce che il danno sia determinabile sulla base di parametri oggettivi: ad es. nel caso di disobbedienza al *iussum domini aut custodis* (Cat. *agr.* 144, 7 [3]) o di rifiuto del giuramento da prestarsi al *dominus* o al *custos* (144, 2 [4]; 144, 4 [13]; 145, 3 [7]) si deduce dal totale la paga del lavoratore; nel caso di *relocatio* dell'*olea facienda* o di *conductio* di altri *operarii* da parte del *dominus* (144,

solo un'operazione di quantificazione tecnica, ma una vera e propria *controversia*[68].

L'ipotesi che mi parrebbe più convincente è dunque che davanti al giudice si andasse per le questioni controverse, e che ci si rivolgesse a un *arbiter* quando il problema fosse solo la determinazione del *quantum* dovuto da una parte all'altra. Nei formulari catoniani questa possibilità è espressamente prevista nel contratto; nell'*emptio* oggetto della *sententia* di Sesto Elio (seguito da Druso) evidentemente una simile previsione mancava (il che induce a escludere ulteriormente che il rapporto fosse stato versato in una *stipulatio*, perché in un contratto formale i *verba* individuano il perimetro dei doveri, e dunque sarebbe stato possibile agire solo per doveri espressi verbalmente), cosicché si chiede al giurista cosa dovesse farsi per i *cibaria*. Sesto Elio risponde che i *cibaria* sono dovuti e possono essere quantificati da un *arbiter*, ma non chiarisce quale sia il fondamento del dovere dell'*emptor*: considerando però che per i giuristi successivi il ricorso a un *arbitrium boni viri* si giustifica particolarmente quando il rapporto è tutelato

---

3 [8]; 145, 1 [5]) si sottrae la relativa *merces*. È molto dubbio che questo *arbitratus* possa essere inteso come giudiziale, perché la precisazione che esso deve essere *boni viri* collega questi passi ad altre testimonianze di *arbitrium boni viri*, e in particolare a Proc. 5 *epist.* D. 17, 2, 76, in cui si afferma che vi sono due generi di *arbitri*: uno è quello *ex compromisso*, alla cui valutazione bisogna obbedire anche se iniqua; l'altro è quello dell'*arbitrium boni viri*, la cui iniquità può essere corretta, aggiunge Paul. 4 *quaest.* D. 17, 2, 79, mediante un *iudicium bonae fidei* (per un esame più accurato di questi testi cfr. Fiori 2011a, p. 207 ss.). L'*arbiter* di questo secondo tipo di *arbitrium* può essere incaricato dalle parti di occuparsi della determinazione delle prestazioni delle parti al momento della costituzione del rapporto, come è nel caso presentato a Proculo (in cui si è entrati in un contratto di società *ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret*), ma può anche avere il ruolo di determinare in un momento successivo altri elementi patrimoniali del rapporto, come il *damnum* nelle *leges* catoniane. Come avverte Proculo, questo ruolo non deve essere confuso con quello dell'*arbiter ex compromisso*, che ha una funzione giudicante: pertanto non può essere seguita quell'interpretazione che vede nell'*arbitrium boni viri* una forma di risoluzione delle controversie antecedente la tutela dei *iudicia bonae fidei* nel processo formulare (cfr. variamente Karlowa 1872, p. 140 s.; Cuq 1928, p. 381 s. [cfr. *ibid.*, p. 850 nt. 3]; Mitteis 1908, p. 46 ss.; Monier 1954, p. 134 s.).

[68] Cat. *agr.* 149, 2 [8]: *si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat.* Cfr. *infra*, § 5.4.

da un *iudicium bonae fidei*[69], e che addirittura quando nel contratto si rimette l'*arbitrium* a una delle parti, questa deve comportarsi come *bonus vir*[70], sembra legittimo concludere che i Sesto Elio e Druso ritenevano che il dovere di compensare i *cibaria* al venditore – quando la mancata consegna dipendesse dal compratore – fosse fondato sulla *bona fides*[71]. D'altronde, è certamente questa l'interpretazione che della *sententia* dà Celso, il quale lo riporta inserito tra il caso in cui il venditore è tenuto a trasferire il *peculium* del *servus* nella sua effettiva entità, anche se ha affermato che valesse dieci, a meno che il contratto non abbia espressamente previsto che era tenuto a dare solo dieci[72]; e il caso in cui nella vendita di una casa debba considerarsi compreso anche il sistema di tubazioni dell'acqua, anche se non espressamente indicato nella vendita: due fattispecie che si giustificano chiaramente in virtù della regola, riportata da Ulpiano nel medesimo titolo, secondo cui in un *iudicium bonae fidei*, in assenza di accordo espresso, si è tenuti a tutti quei doveri che *naturaliter insunt huius iudicii potestate*[73].

In conclusione, il frammento di Sesto Elio (e Druso) depone per l'esistenza dell'*emptio venditio* consensuale nel III-II sec. a.C., e indirettamente per la sua tutela in un *iudicium bonae fidei* nei casi in cui la controversia richiedesse un *iudex*, ma non ci aiuta a comprendere il grado di tipicità del rapporto: non riferendosi espressamente all'*actio empti*, non consente cioè di affermare che quest'ultima fosse chiaramente distinta dagli altri *iudicia bonae fidei*.

---

[69] Proc. 5 *epist.* D. 17, 2, 78.

[70] Paul. 34 *ad ed.* D. 19, 2, 24 pr.; cfr. anche Ulp. 28 *ad Sab.* D. 50, 17, 22, 1, dove si afferma che *generaliter probandum est, ubicumque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius condicio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse.*

[71] Bechmann 1876, p. 637 s. ritiene che l'*arbitrium* di cui si parla sia quello del venditore, e ne desume che esso non ha nulla a che vedere con la *bona fides*; l'a. sembrerebbe seguito da De Martino 1937, p. 106 s. Il rapporto tra *arbitrium* e *bona fides* è invece riconosciuto da Ferrini 1893 (1929), p. 63 s.; cfr. anche Cascione 2003, p. 338.

[72] Cels. 8 *dig.* D. 19, 1, 38 pr.

[73] Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 11, 1: *et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.*

5. *I formulari del* De agri cultura *di Catone.*

5.1. *Premessa.* – Il *De agri cultura* di M. Porcio Catone (*cos.* 195, *ces.* 184) è, secondo la teoria oggi dominante, la parziale rielaborazione di *commentarii* domestici, non portata a termine forse per la morte dell'autore nel 149 a.C. L'opera, per il suo carattere eminentemente pratico, potrebbe aver subìto rimaneggiamenti da parte di successivi lettori, ciò che spiegherebbe le lacune, le ripetizioni, le contraddizioni presenti nel testo[74]. Questa stratificazione compositiva potrebbe riflettersi anche nelle parti relative ai formulari contrattuali, rispetto ai quali tuttavia la situazione potrebbe essere ulteriormente complicata dalla cronologia delle fonti dello stesso Catone, il quale secondo alcuni studiosi potrebbe aver attinto ai libri di Manio Manilio (*cos.* 149 a.C.), ma che forse, per ragioni cronologiche, potrebbe riportare formulari più antichi[75]. Inoltre, nell'esame dei testi occorre tener presente la differenza tra il *summarium* e le rubriche – che potrebbero essere aggiunte successive – e il vero e proprio testo[76].

Tenuto conto di queste premesse, i testi per noi rilevanti possono essere distinti in due gruppi.

Innanzi tutto, in una serie di casi nel *summarium* e nelle rubriche compaiono i termini *locare* e *redemptor*, mentre il testo parla di *calcem coquendam dare*, *politionem dare*, *vineam curandam dare*[77]. Questi testi non sembrano costituire veri e propri formulari negoziali, ma unicamente indicazioni rivolte al *dominus* su come si debba affidare un compito ad un *partiarius*, il che rende ancora più difficile la qualificazione del rapporto come *locatio conductio*. È probabilmente condivisibile l'idea della dottrina che la terminologia del *summarium* e delle rubriche sia il frutto di una rilettura posteriore delle fattispe-

---

[74] Cfr. Mazzarino 1952, p. 11 ss. e spec. 57 ss.; Richter 1978. Cfr. di recente, sul problema e la discussione, Albrecht 2012, p. 334.

[75] Indicazioni bibliografiche nel recente lavoro di Carbone 2017, p. 68 s. nt. 209. L'ipotesi che Catone (e Manilio) attinga(no) a fonti più antiche è in Burdese 2000, p. 269. Sul giurista cfr. di recente Barbati 2022, p. 27 ss.

[76] Per il testo seguo l'edizione di Mazzarino 1982 (cfr. *ibid.*, p. cxv ss. per lo *status quaestionis* sulla paternità di *summarium* e rubriche).

[77] Cat. *agr.* 16; 136-137.

cie, attraverso schemi dogmatici emersi in un momento successivo alla data della composizione dell'opera[78]. Anche altri passi consistono in semplici istruzioni tecniche, ma qui la terminologia del *locare conducere* è presente nel testo: si tratta del *villam aedificandam locare* e del *locare* la costruzione di *maceriae* e *parietes*[79]; il rapporto tra *dominus* e *faber* appare di natura sinallagmatica, ma il testo non consente di trarre deduzioni sulla struttura e sulla tutela del contratto[80]. Altri testi ancora costituiscono veri e propri formulari, e richiedono un esame più attento.

5.2. *I formulari dell'*oleam legendam locare *e dell'*oleam faciundam locare. – Di questi due formulari mi sono già occupato in altra sede[81], e l'analisi allora compiuta mi sembra ancora condivisibile. Mi limiterò pertanto a evidenziare gli aspetti maggiormente rilevanti per il nostro studio[82].

Il primo formulario riguarda il contratto per la raccolta delle olive:

> Cat. *agr.* 144, 1-5 (CLIII: *lex oleae legendae*)[83]: [1] Oleam legendam hoc modo locare oportet: [2] oleam cogito recte omnem arbitratu domini, aut quem custodem fecerit, aut cui olea venierit. [3] oleam ne stringito neve verberato iniussu domini aut custodis: si adversus ea quis fecerit, quod ipse [h]ole<a>e delegerit, pro eo nemo solvet neque debebitur. 2. [4] qui oleam legerint, omnes iuranto ad dominum aut ad custodem sese oleam non subripuisse neque quemquam suo dolo malo ea oleitate ex fundo L. Manli. qui eorum non ita iuraverit, quod is legerit omne, pro eo argentum nemo dabit neque debebitur. [5] oleam cogi recte satis dato arbitratu L. Manli. [6] scalae ita uti da-

[78] Riferimenti in FIORI 1999, p. 26 s. ntt. 40-41.
[79] Cat. *agr.* 14-15.
[80] Per un breve esame cfr. FIORI 1999, p. 28 ss.
[81] FIORI 1999, p. 31 ss.
[82] Tra parentesi quadre riporto i numeri delle clausole così come distinte da BRUNS, GRADENWITZ 1909, p. 47 ss.
[83] Cfr. *summ.* CLIII. *lex oleae legundae.*

tae erunt, ita reddito, nisi quae vetustate fractae erunt: si non erunt †reddet eaeque arbitratu reducetur†. 3. [7] si quid redemptoris opera domino damni datum erit, resolvito: id viri boni arbitratu deducetur. [8] legulos, quot opus erunt, praebeto et s<tr>ictores; si non praebuerit, quanti conductum erit aut locatum erit, deducetur: tanto minus debebitur. [9] de fundo ligna et oleam ne deportato: qui oleam legerit, qui deportarit, in singulas deportationes ~~SS~~.n. II deducentur neque id debebitur. 4. [10] omnem oleam puram metietur modio oleario. [11] adsiduos homines L praebeto: [12] duas partes strictorum praebeto. [13] ne quis concedat, quo olea legunda et facienda carius locetur, extra quam si quem socium in praesentiarum dixerit: si quis adversum ea fecerit, si dominus aut custos volent, iurent omnes socii; 5. si non ita iuraverint, pro ea olea legunda et faciunda nemo dabit neque debebitur ei qui non iuraverit. [14] accessiones: in M̊ ∞ CC accedit oleae salsae M̊V, olei puri P. VIIII; in tota oletate ~~SS~~. V, aceti q. V. quod oleae salsae non acceperint, dum oleam legent, in modios singulos, ~~SS~~. s̄. s. dabuntur.

L'intera operazione deve essere realizzata sotto la direzione (*arbitratus*) del *dominus* o di un suo incaricato (*custos*), o dell'acquirente dell'*olea pendens* (cl. [2]): se si opera *iniussu domini aut custodis* (il riferimento all'acquirente dell'*olea* scompare: forse si tratta di stratificazioni testuali successive, o forse semplicemente di un'omissione comprensibile nella logica dei *concepta verba*) non si riceverà il pagamento (cl. [3]). Altri casi di deduzione dal pagamento sono: se gli operai rifiutino di giurare al *dominus* o al *custos* di non aver sottratto olive e di non aver consentito a nessun altro di farlo (cl. [4]); se il *redemptor* non fornisca gli operai necessari (*leguli*, che raccoglievano le olive cadute, e *strictores*, che le coglievano dagli alberi) e abbia dovuto provvedervi il *dominus* (cl. [8]); se dal fondo siano state sottratte legna e olive (cl. [9]); se il *redemptor* abbandoni l'attività per andare a lavorare in un altro fondo maggiormente conveniente, e non presenti un sostituto in

presenza degli altri soci, e qualcuno dei soci non giuri (cl. [13])[84]. Si prevede inoltre che il *redemptor* fornisca *satisdatio*, secondo le indicazioni del *dominus*, circa il fatto che la raccolta avverrà *recte*, ossia conformemente alle regole contrattuali (cl. [5]). È previsto un *arbitratus boni viri* per la quantificazione dei danni subìti dal *dominus*, il cui valore sarà detratto dal pagamento (cl. [6-7]). Altre regole, maggiormente tecniche, sono che le olive siano pesate pulite in un *modius olearius* (cl. [10]) e che il *redemptor* fornisca cinquanta operai (il numero è verisimilmente modificabile nella logica dei *concepta verba*), due terzi dei quali devono essere *strictores* (cl. [11-12]). Conclude il formulario l'elenco delle *accessiones*, ossia attribuzioni anche in natura che accompagnano il pagamento dell'attività: ogni 1200 *modii* di olive saranno dati al *redemptor* 5 *modii* di olive salate, 9 libbre di olio puro; per l'intera raccolta 5 sesterzi, 5 quadrantali di aceto; per quelli che non avranno ricevuto le olive salate durante la raccolta, lo stesso numero di sesterzi per ciascun *modius* (cl. [14]).

Il secondo formulario riguarda il contratto per la spremitura delle olive:

> Cat. *agr.* 145, 1-3 (CLIV. *lex oleae faciundae*)[85]: [1] Oleam faciundam hac lege oportet locare: [2] facito recte arbitratu domini aut custodis, qui id negotium curabit. si sex iugis vasis opus erit, facito. [3] homines eos dato, qui placebunt aut custodi aut quis eam oleam emerit. [4] †trapeti facito† [5] si operarii conducti erunt aut facienda locata erit, pro eo resolvito, aut deducetur. 2. [6] oleum ne tangito utendi causa neque furandi causa, nisi quod custos dederit aut dominus: si sumpserit, in singulas sumptiones ~~SS~~.n. XL deducentur neque debebitur. [7] factores, qui oleum fecerint, omnes iuranto aut ad dominum aut ad custodem sese de fundo L. Man[i]lii neque alium quem-

[84] L'interpretazione di questa clausola è molto discussa: cfr. un'ampia discussione in LÜBTOW 1956, p. 291 ss.; cfr. anche, più di recente, CARDILLI 1995, p. 72 s. nt. 22. In testo mi limito a riprodurre in italiano, *grosso modo*, il brano latino.

[85] Cfr. *summ.* CLIV. *lex oleae faciundae.*

> quam suo dolo malo oleum neque oleam subripuisse: 3. qui eorum non ita iuraverit, quae eius pars erit, omne deducetur neque debebitur. [8] socium ne quem habeto, nisi quem dominus iusserit aut custos. [9] si quid redemptoris opera domino damni datum erit, viri boni arbitratu deducetur. [10] si virde[m] oleum opus siet, facito. [11] accedet oleum et sale suae usioni, quod satis siet, vasarium vict. II.

Anche in questo caso, l'attività deve essere compiuta sotto la direzione (*arbitratus*) del *dominus* o di un suo incaricato (*custos*) (cl. [2]). Il *redemptor* deve fornire lavoratori di gradimento del *custos* o dell'acquirente dell'*olea pendens* (qui manca il *dominus*: sono *concepta verba*) (cl. [3]). Il *dominus* deve fornire il frantoio (cl. [4])[86]; se dovrà assumere altri operai o concludere altri contratti di spremitura, la somma corrispondente sarà pagata dal *redemptor* o dedotta dal pagamento del *dominus* (cl. [5]). Non è consentito toccare l'olio né per usarlo né per rubarlo, tranne quello concesso dal *custos* o dal *dominus*: per ogni sottrazione si dedurranno 40 sesterzi (cl. [6]); i *factores* dovranno giurare al *dominus* o al *custos* che non prenderanno né olio né olive dal fondo, e che non consentiranno ad altri di farlo: per quanti non giureranno si dedurrà la paga (cl. [7]). È vietato avere soci che non siano stati approvati dal *dominus* o dal *custos* (cl. [8]). Se l'attività del *redemptor* causerà danni al *dominus*, questi saranno quantificati mediante un *arbitratus boni viri* e dedotti dal pagamento (cl. [9]). Se sarà richiesto olio verde, deve essere fatto (cl. [10]). Infine, anche in questo caso si prevede un'attribuzione aggiuntiva (*accessio*), in parte in natura (olio e sale per l'uso personale del *redemptor*) e in parte in denaro (2 *victoriati* per il pagamento dell'equipaggiamento). Si noti che la moneta indicata, il *victoriatus*, secondo Volusio Meciano aveva valore di moneta straniera e pertanto era parificato a un bene com-

[86] Non mi sembra necessario integrare il passo *trapeti* <*pretium*> *facito* come proposto da MAZZARINO 1956, p. 346 (che seguivo in FIORI 1999, p. 42 nt. 122): il testo tràdito copre sia l'ipotesi in cui il *dominus* sia proprietario del frantoio, sia quella dell'eventuale affitto dello stesso, purché a carico del *dominus*.

merciabile (*loco mercis*) il cui valore era legato al metallo, non al suo valore nominale, così come all'epoca del giurista accadeva con le dracme[87]: si tratta dunque di una moneta che non poteva essere utilizzata come *pecunia numerata*, cosicché – se si assume come parametro la futura prospettiva dei Proculeiani (cfr. § 14) – il negozio sarebbe stato qualificabile, anche rispetto al pagamento in denaro, come *permutatio* invece che come *emptio venditio*, ma nel brano non si coglie alcuno spunto al riguardo[88].

In entrambi i formulari, come si vede, si descrive un rapporto riconducibile allo schema della regìa, ossia di un contratto in cui l'*opus* viene realizzato sulla base della direzione del locatore, con l'effetto che l'obbligazione del conduttore è di mezzi, più che di risultato[89]. L'assetto di interessi descritto non differisce da quello a noi noto per la *locatio conductio* negli scritti dei giuristi: il *locator* deve pagare la *merces*, data come corrispettivo per l'attività del *redemptor*[90], il quale a sua volta deve *cogere* e *facere oleam*[91], oltre che prestare le obbligazioni accessorie di *homines*, *strictores*, *leguli praebere* o *dare*[92]. Queste ultime attività si realizzano mediante altri contratti di locazione, realizzati tra il *dominus* del fondo o il *redemptor* e gli *operarii*: il primo deve pagare la *merces* e gli *operarii* devono pre-

[87] Maec. *assis distr.* 45: *victoriatus enim nunc tantundem valet quantum quinarius, olim ut peregrinus nummus loco mercis, ut nunc tetrachmum et drachma, habebatur.*

[88] Sulla presenza del *victoriatus* nel testo di Catone cfr. Crawford 1985, p. 346. Il merito di aver visto il raccordo tra il passo di Volusio Meciano e la *permutatio* è di Cascione 2003, p. 395 s.

[89] Fiori 1999, p. 38 ss. (cfr. anche, rispetto al contratto di regìa e al suo uso nel diritto pubblico, *ibid.*, p. 249 ss.). L'interpretazione qui proposta è avanzata (autonomamente) anche da Humbert 2001, p. 400 ss. Cfr. più di recente, sul problema dell'interpretazione dell'espressione *arbitratu domini*, la letteratura citata in Carbone 2017, p. 72 s. nt. 218 (che tuttavia non conosce la mia interpretazione). Occorre però notare che, a differenza di altri casi, in cui l'obbligazione dell'esecutore nella regìa è pienamente di mezzi, nei formulari catoniani la *merces* viene computata sul quantitativo di *olea lecta* e *facta*, ossia sul risultato, come dimostra il fatto che è sul lavoro compiuto che si compiono le *deductiones* (cfr. Cat. *agr.* 144, 1-2 [3-4]; 145, 3 [7]).

[90] Cat. *agr.* 144, 5 [13].

[91] Cat. *agr.* 144, 1 [2]; 145, 1 [2].

[92] Cat. *agr.* 144, 3 [8]; 4 [11-12]; 145, 1 [3].

stare la propria *opera*[93]. La reciprocità delle prestazioni è evidente, né è ravvisabile una forma specifica per la conclusione del contratto: la *satisdatio* della cl. [5] dell'*olea legenda* sembra essere, più che una *stipulatio* in cui sarebbe stato versato il rapporto[94], una garanzia che il *redemptor* seguirà le istruzioni del *dominus* in un contratto che – come si è detto – prevede la direzione (*arbitratus*) del locatore. È interessante il fatto che nella retribuzione del *redemptor* entrino *accessiones* in natura e in una moneta che non valeva come *pecunia numerata* ma come *merx*, senza che ciò metta in crisi la configurazione del rapporto come *locatio conductio*.

Deve notarsi anche il riferimento, in entrambi i formulari, alla figura del *socius* (rispettivamente cl. [13] e [8]), che non può riferirsi a un caso di *consortium*, e verisimilmente neanche di *societas omnium bonorum*, ma sembra indicare l'esistenza di società di *redemptores* che assumevano collettivamente l'incarico della raccolta e spremitura dell'*olea*, benché dai formulari risulti chiaramente che il *dominus* contrattava solo con un *redemptor*[95]. Dai testi non risulta che simili *societates* fossero basate sullo strumento della *stipulatio*[96], cosicché non vi è motivo di escludere che le relative obbligazioni fossero state assunte *consensu*. Sulle forme di tutela di queste società, tuttavia, non siamo informati, e a complicare il quadro è il fatto che nella rubrica e nel *summarium* di alcuni rapporti parziari (*calcem coquendam dare*, *politionem dare*, *vineam curandam dare*) si parla di *locare* e di *redemptor*, il che pone problemi di distinzione tra locazione e società[97].

---

[93] Fiori 1999, p. 36 ss.

[94] Come riteneva Arangio-Ruiz 1954, p. 75 ss., seguito da Amirante 1959, p. 35 s.

[95] Cfr. per tutti Arangio-Ruiz 1950, p. 26; Lübtow 1956, p. 272; Santucci 1997, p. 33.

[96] Come pensava Arangio-Ruiz 1950, p. 26; cauto al riguardo Talamanca 2012, p. 50.

[97] Cat. *agr.* 16 (XIX. *calcem partiario locandam*): *calcem partiario coquendam qui dant, ita datur: perficit et coquit et ex fornace calcem eximit calcarius et ligna conficit ad furnacem; dominus lapidem, ligna ad fornacem, quod opus siet, praebet* (cfr. *summ.* XIX. *calcem partiario locandam*); 136 (CXLV. *politionem quo pacto dari oporteat*): *<politionem quo pacto dari oporteat.> in agro Casinate et Venafro in loco bono parti octava corbi dividat, satis bono septima, tertio loco sexta; si granum modio*

5.3. *Il formulario dell'*oleam pendentem venire. – Un altro formulario riguarda la vendita (si parla di *emere venire*) dell'*olea pendens*, cui rinviano quelli del *vinum pendens* e del *vinum in doliis*[98]:

> Cat. *agr.* 146, 1-2 (CLV. *lex oleae pendentis*)[99]: [1] Oleam pendentem hac lege venire oportet: [2] olea pendens in fundo Venafro venibit. [3] qui oleam emerit, amplius quam quanti emerit omnis pecuniae centesima accedet (praeconium praesens ~~SS~~ L) et oleum (romanici p. ∞ D, viridis p. CC), oleae (caducae M̊L, strictivae M̊X: modio oleario mensum dato), unguinis p. X. 2. [4*a*] dies argento: ex K. Nov. mensum X. [4*b*] oleae legendae faciendae, quae locata est, et si emptor locarit, Idibus solvito. [5*a*] recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iuserit, promittito satisque dato arbitratu domini. [5*b*] donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunto. ne quid eorum de fundo deportato: si quid deportaverit, domini esto. [6] vasa torcula, funes, scalas, trapetos, si quid et aliut datum erit, salva recte reddito, nisi quae vetustate fracta erunt; si non reddet, aequom solvito. [7] si emptor legulis et factoribus, qui illic opus fecerint, non solverit, cui dari oportebit, si dominus volet, solvat: emptor domino debeto et id satis dato, proque ea re ita uti s. s. e. item pignori sunto.[100]

---

dividet, parti quinta. in Venafro ager optimus nona parti corbi dividat. si communiter pisunt, qua ex parte politori pars est, eam partem in pistrinum politor. hordeum quinta modio, fabam quinta modio dividat. (cfr. *summ.* CXLV. *politionem quo pacto redemptori dare debeas*); 137 (CXLVI. *vineam redemptori partiario ut des*): *vineam curandam partiario. bene curet fundum, arbustum, agrum frumentarium. partiario f[o]enum et pabulum, quod bubus satis siet, qui illic sient: cetera omnia pro indiviso* (cfr. *summ.* CXLVI. *vineam redemptori partiario ut des*). I testi non costituiscono veri e propri formulari negoziali, ma unicamente indicazioni rivolte al *dominus* su come si debba affidare un compito ad un *partiarius*. Cfr. FIORI 1999, p. 26.

[98] Cat. *agr.* 147-148. Per la natura del rinvio, cfr. per tutti BURDESE 200o, p. 271.

[99] Cfr. *summ.* CLV. *lex oleae pendentis*.

[100] Rispetto alla proposta di BRUNS, GRADENWITZ 1909, p. 49, mi è sembrato necessario dividere le clausole [4] e [5] in due parti.

Il formulario può essere distinto in tre sezioni. Nella prima si fissano le prestazioni delle parti. Innanzi tutto si stabilisce l'oggetto della vendita: il venditore venderà all'asta il raccolto di olive ancora sugli alberi (cl. [2]). Poi si indica il prezzo, che sarà in denaro e in natura: (*i*) l'entità della somma pecuniaria da pagare al venditore sarà determinata dalla gara d'asta (a questa somma si deve aggiungere la percentuale sul prezzo e la somma fissa che remunerano il banditore d'asta[101]); (*ii*) il pagamento in natura consiste invece in una quantità di olio e olive predeterminata, e dunque non soggetta a rialzi d'asta; (*iii*) al *pretium* per la vendita devono aggiungersi due *cotylae* di prima spremitura per l'uso di pesi e misure del *dominus*: si tratta di un contratto accessorio che corrisponde a una locazione, con pagamento in natura (cl [3]). Infine si fissano i termini per il pagamento del prezzo, che deve avvenire entro dieci mesi dalle calende di novembre (cl. [4*a*]).

Nella seconda parte del formulario si fissano le regole di coordinamento tra la vendita dell'*olea pendens* e i rapporti di locazione dell'*olea legenda* e *faciunda*. Alle idi di un mese non specificato[102] si dovrà pagare chi ha provveduto alla raccolta e spremitura delle olive, anche qualora la *locatio* sia stata conclusa dall'*emptor* (cl. [4*b*]). L'*emptor* dovrà promettere e dare garanzia, secondo le indicazioni del *dominus*[103], che: (*i*) egli pagherà *leguli* e *factores* per la raccolta e la spremitura dell'olio; (*ii*) che nei rapporti di locazione dell'*olea legenda* e *faciunda* l'attività sarà compiuta *recte* (così come previsto dalle clausole [2] dei relativi formulari[104]); (*iii*) ne sarà fornita *satisdatio* al *dominus* o a chi questi avrà incaricato (secondo quanto previsto dalla clausola [5] del formulario dell'*olea legenda*) (cl. [5*a*])[105].

---

[101] Rispetto all'individuazione del destinatario della somma, seguo l'interpretazione maggioritaria, ma il problema è discusso: cfr. per tutti BURDESE 2000, p. 271 s.; CARBONE 2017, p. 72 nt. 216.

[102] Sulle idi come giorno di paga e sulla discussione circa l'individuazione del mese, cfr. per tutti CARDILLI 1995, p. 80 nt. 42.

[103] Mi sembra che l'*arbitratus domini* debba essere compreso anche in questo caso nella logica della regìa, cui vanno ricondotti i contratti dell'*olea legenda* e *faciunda*; cfr. già GALLO 1964, p. 312 s.

[104] Cat. *agr.* 144, 1 [2]; 145, 1 [2].

[105] Nella mia interpretazione, il *dari* corrisponde al dovere indicato in

Nella terza parte del formulario si fissano una serie di regole accessorie. Finché non sarà pagato il prezzo o sia fornita *satisdatio*, i beni dell'*emptor* che siano stati portati sul fondo diventano oggetto di pegno per il *dominus* e non possono essere tolti; se lo sono, divengono di proprietà del *dominus* (cl. [5*b*]). Gli strumenti forniti dal *dominus* devono essere restituiti intatti, a meno che non si siano rotti perché vecchi; se non sono restituiti, se ne deve pagare il giusto valore (cl. [6]). Infine, se l'*emptor* non paga gli operai ingaggiati per la raccolta e la spremitura delle olive può provvedere il *dominus*, ma l'*emptor* diverrà debitore e dovrà dare garanzie, e a tal fine i suoi beni presenti sul fondo saranno oggetto di pegno (cl. [7]).

Dal formulario possiamo trarre i seguenti dati.

Innanzi tutto, il rapporto non è versato in una *stipulatio*, né rispetto alle prestazioni del venditore né rispetto a quelle del compratore: la cl. [5*a*], spesso invocata come prova del fatto che l'obbligo di pagamento del *pretium* da parte dell'*emptor* sarebbe stato trasfuso in una *verborum obligatio*[106], deve piuttosto essere intesa come riferita ai pagamenti da effettuare nei rapporti di locazione di cui si tratta nei formulari dell'*olea legenda* e *faciunda*. Ai medesimi rapporti si riferiscono la *satisdatio* e il *pignus* sui beni dell'*emptor* di cui alla cl. [7][107]. La previsione per cui l'*emptor* deve *solvere* (o *satisdare*) il prezzo a favore del venditore dell'*olea pendens* è piuttosto contenuta

testo come (*i*); il *fieri* a quello (*ii*); il *satis dari* a quello (*iii*). Sulle difficoltà poste dalla clausola alla dottrina, cfr. FIORI 1999, p. 33 nt. 74.

[106] Cfr., tra gli ultimi, CARDILLI 1995, p. 81; BURDESE 2000, p. 272 s.; CARBONE 2017, p. 72, 79 ss. (con letteratura precedente): tutti gli studiosi più recenti ritengono comunque che il rapporto obbligatorio sia già nato con il semplice consenso.

[107] Il fatto che nel formulario della vendita dell'*olea pendens* manchi una clausola corrispondente a quella, presente nei formulari di locazione dell'*olea legenda* e dell'*olea faciunda*, che prevede le conseguenze per i danni arrecati durante la raccolta e spremitura delle olive non deriva, come propone CARDILLI 1995, p. 83 ss., dal fatto che l'*olea*, una volta acquistata, è «proiettata economicamente nel patrimonio del compratore», né mi sembra possa sostenersi che dai testi risulti «una elaborazione in parte differenziata di clausole» che contengono «elementi che nel tempo renderanno *locare* e *vendere* distinte *causae obligationum*»: la regola è assente nel formulario dell'*olea pendes* perché esso recepisce al suo interno, per la raccolta e spremitura, i formulari di locazione dell'*olea legenda* e dell'*olea faciunda*.

nella cl. [4*a*] (e, indirettamente, in [5*b*]), essendo la prestazione garantita dal *pignus* sui beni dell'*emptor* presenti sul fondo. L'*obligatio* conclusa tra venditore e compratore parrebbe dunque avere un fondamento esclusivamente consensuale, essendo le promesse formali solo con funzione di garanzia.

In secondo luogo, il contratto è qualificato come *venire* benché una parte del prezzo sia in natura (così come è in natura il pagamento per la locazione di pesi e misure del *dominus*): come già rilevato rispetto alla locazione (§ 5.2), nel testo non sembrano porsi problemi di alcun genere nella distinzione tra vendita e permuta.

Non possiamo invece trarre alcun elemento relativo alla tutela del rapporto: tenuto conto di quanto scritto nella cl. [6], ossia che in caso di mancata restituzione degli strumenti forniti dal *dominus* se ne deve pagare il giusto valore (*si non reddet, aequom solvito*), si è sostenuto trattarsi di un richiamo a un *iudicium bonae fidei*[108]; tuttavia l'uso del verbo *solvere* induce a preferire l'ipotesi che il pagamento sia determinato stragiudizialmente, eventualmente mediante un *arbitrium* analogo a quello che previsto nei formulari dell'*oleam legendam* e dell'*oleam faciundam locare* e nel frammento di Sesto Elio che abbiamo già esaminato[109].

5.4. *Il formulario del* pabulum hibernum venire. – Questo formulario riguarda la vendita del pascolo invernale:

> Cat. *agr.* 149, 1-2 (CLVIII. *lex pabulo*)[110]: [1] Qua lege pabulum hibernum venire oporteat. [2] qua vendas finis dicito. pabulum frui occipito ex Kal. Septembribus: prato sicco decedat, ubi pirus florere coeperit; prato inriguo, ubi super inferque vicinus promittet, tum decedito, vel diem certam utrique facito; cetero pabulo Kal. Martiis cedito. 2. [3] bubus domitis binis,

[108] Carbone 2017, p. 93 ss.

[109] Cat. *agr.* 144, 3 [6-7]; 145, 3 [9]; Cels. 8 *dig.* D. 19, 1, 38, 1, su cui cfr. *supra*, § 4. L'ipotesi dell'*arbitrium boni viri* è stata avanzata, tra gli altri, da Lübtow 1956, p. 378 s. nt. 66; Broggini 1957, p. 181.

[110] Cfr. *summ.* CLVIII. *lex pabulo locando.*

> cantherio u[i]ni, cum emptor pascet, domino pascere recipitur; [4] holeris, asparagis, lignis, aqua, itinere, actu domini usioni recipitur. [5] si quid emptor aut pastores aut pecus emptoris domino damni dederit, boni v. a. resolvat; [6] si quid dominus aut familia aut pecus emptori damni dederit, viri boni arbitratu resolvetur. [7] donicum pecuniam <solverit aut> satisfecerit aut delegarit, pecus et familia, quae illic erit, pigneri sunto. [8] si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat.

Si prescrive al *dominus* del fondo di indicare i confini del terreno e i limiti temporali della vendita (cl. [2]). Il *dominus* si riserva il pascolo sul terreno di due buoi aggiogati e di un cavallo castrato (si tratta probabilmente di esempi, nella logica dei *concepta verba*), la raccolta di verdura, asparagi, legna, acqua, e i diritti di passaggio (*iter* e *actus*) (cl. [3-4]). Si indica l'*arbitratus boni viri* come sistema di determinazione dei danni arrecati da una parte all'altra (dette *dominus* ed *emptor*) (cl. [6]). La clausola [7] è la più difficile da interpretare: a partire da un'osservazione di Rudorff, che si basava sul confronto con il formulario della vendita del *fructus ovium* (*donec domino satisfecerit aut solverit, pignori esto*), alcuni editori hanno integrato il testo con le parole *solverit aut*[111], e se ne è dedotto che la clausola riguardasse il pagamento del prezzo[112] e non – come invece ritengono altri studiosi – la somma liquidata dall'*arbiter* per i danni causati dall'uno o dall'altro[113]. Depone a

[111] Cfr. Rudorff 1846, p. 6; Hooper 1934, p. 134; Goujard 1975, p. 97 e 301 s.; l'integrazione non è accolta da Keil 1884, p. 94; Mazzarino 1982, p. 101. Tra i giuristi, sono favorevoli Lübtow 1956, p. 344 e nt. 160; Talamanca 1990a, p. 55.

[112] Lübtow 1956, p. 344; Talamanca 1990a, p. 55. Cfr. anche Carbone 2017, p. 117 s., la quale sembrerebbe ritenere che la clausola [7] preveda una garanzia sia per i pagamenti dovuti a titolo di prezzo, sia per le somme eventualmente dovute sulla base delle clausole [5-6].

[113] Secondo Cardilli 1995, p. 92 nt. 76, la clausola si riferirebbe alla somma liquidata dall'*arbiter*, e il pegno sarebbe costituito sul *pecus* dell'*emptor* e sulla *familia* del *dominus*, perché si fa menzione «della *familia*, che non può essere che del *dominus*», visto che nella clausola [5] si fa riferimento a danni causati da *emptor aut pastores aut pecus emptoris* e nella [6] a danni cau-

favore della prima interpretazione, oltre alla corrispondenza con il formulario della vendita del *fructus ovium*, anche la somiglianza con la clausola [5*b*] del formulario della vendita dell'*olea pendens*[114], nonché il fatto che i verbi siano alla 3a pers. sing. del futuro anteriore, e non all'imperativo futuro, come ci si sarebbe potuti aspettare se la regola si fosse rivolta a entrambe le parti. Infine, il formulario prevede che se sorge una controversia, il giudizio si svolga a Roma (cl. [8]): questa clausola è importante perché è l'unica, tra tutti i formulari catoniani, in cui si fa riferimento a un processo, ma non consente di individuare il tipo di processo e l'azione utilizzata.

La struttura del contratto va ricostruita come l'attribuzione, per un periodo determinato, di un terreno a fini di pascolo, il che pone il problema del perché il negozio sia qualificato come *venire*. A mio avviso non può sostenersi che il contratto consistesse all'epoca di Catone in una vendita perché l'elemento dell'attribuzione a titolo definitivo del frutto del terreno, da identificare con il *pratum*, sarebbe stato percepito come preminente rispetto al *frui* della locazione[115]: innanzi

---

sati da *dominus aut familia aut pecus*. Non mi sembra ci siano però ragioni per cui il pegno dovesse essere costituito sul *pecus* dell'*emptor* e non anche su quello del *dominus*, così come perché dovesse essere costituito sulla *familia* del *dominus* e non anche sui *pastores* dell'*emptor* (che erano certamente almeno in parte, se non tutti, *servi*: cfr. KUHLMANN 1990, col. 638 s.; si noti che lat. *servus* doveva significare in origine 'pastore', e che il più ampio significato di 'schiavo' è successivo, benché precedente la metà del V sec. a.C.: cfr. RIX 1994, p. 81 ss.; il *pastor* è senz'altro schiavo in Varr. *re rust.* 2, 10, 4-5). D'altronde, nel formulario del *fructus ovium venire* (cfr. *infra*, § 5.5) si dice che l'*emptor/conductor* deve fornire un *pastor* e che, finché non avrà pagato o dato garanzie, sarà costituito un pegno (Cat. *agr.* 150, 2 [6-7]) che – considerando che l'*emptor/conductor* non ha altri beni sul fondo – non può che avere ad oggetto il *pastor* (come ammette lo stesso CARDILLI 1995, p. 99). In realtà, se nelle clausole in discussione si parla di *pastores* per l'*emptor* e di *familia* per il *dominus*, non è perché i primi sono liberi e i membri della seconda schiavi, ma perché, tra i membri della *familia* dell'*emptor*, a pascolare gli animali sull'altrui terreno erano solo i *pastores*, mentre sul terreno del *dominus* operavano anche schiavi non *pastores*. Si noti, peraltro, che nel testo della preghiera della *lustratio agri* in Cat. *agr.* 141, 3, la formula *pastores pecuaque* costituisce l'adattamento di una formula indoeuropea **wiHró- peḱu-* che esprime il binomio 'schiavi~bestiame' (cfr. FIORI 2025b, p. 148, con riferimenti).

[114] Cat. *agr.* 146, 2 [5*b*], su cui cfr. *supra*, § 5.3.

[115] Così CARDILLI 1995, p. 89 s.

tutto, ciò che si 'vende' è il *pabulum hibernum*, ossia non l'erba ma il pascolo (ossia la possibilità di pascolare) nel periodo invernale; in secondo luogo, nel brano *pratum* non indica l'erba, ma il terreno stesso (si parla di *pratum siccum* e *inriguum*)[116]; infine, poiché il *dominus* si riserva di far pascolare degli animali nello stesso terreno concesso all'*emptor*, se la *res* venduta fosse identificabile con l'erba, essa non sarebbe determinabile neanche *per relationem* (ossia entro i confini spaziali e temporali fissati dal formulario). Si tratta dunque di un assetto di interessi assai più vicino alla locazione, cui non a caso sarà in seguito ricondotto[117], e forse a questa successiva influenza deve essere attribuito il fatto che nel *summarium*, che potrebbe essere stato aggiunto posteriormente, si legga *lex pabulo locando*[118]. Resta dunque il sospetto che nel formulario i verbi *venire* e *vendere* abbiano il significato risalente di 'dare a titolo oneroso', ed *emptor* quello di 'colui che prende', senza un preciso rinvio al contratto di compravendita.

5.5. *Il formulario del* fructum ovium venire. – Questo sospetto è rafforzato dall'esame del formulario successivo, che riguarda il *fructum ovium venire*:

> Cat. *agr.* 150, 1-2 (CLIX *fructus ovium qua lege veneat*)[119]: [1] Fructum ovium hac lege venire oportet: [2*a*] in singulas casei p. IS (dimidium aridum), lacte, feriis quod mulserit, dimidium, et praeterea lactis urnam unam. [2*b*] hisce legibus, agnus, diem et noctem qui vixerit, in fructum; [3] et Kal. Iun. emptor fructu decedat: si interkalatum erit, K. Mais. 2. [4*a*] agnos XXX ne amplius promittat. [4*b*] oves, quae non pepererint, binae pro singulis in fructu cedent. [4*c*] †die† lanam

[116] Cfr. in questo senso anche KAUFMANN 1964, p. 310 s.

[117] Cfr. Ulp. 20 *ad Sab.* D. 33, 7, 12, 8: *pabulum conducere*.

[118] Nella lezione del codice Marciano così come conservata da un'annotazione del Poliziano: sulla tradizione manoscritta del *De agri cultura*, e in particolare sulla ricostruzione del *Florentinus (Marcianus)* sulla scorta delle annotazioni del Poliziano e del Vettori, cfr. MAZZARINO 1952, p. 90 ss.; ID. 1982, p. L ss.

[119] Cfr. *summ.* CLIX. *de fructibus ovium vendundis*.

> et agnos vendat, menses X ab coactore releget. [5] porcos serarios in oves denas singulos pascat. [6] conductor duos menses pastorem praebeat: [7] donec domino satisfecerit aut solverit, pignori esto.[120]

Si stabilisce che: per ogni pecora si paghi 1,5 libbre di formaggio (circa 490 gr., di cui la metà secco), nei giorni festivi la metà del latte munto e negli altri un'*urna* di latte (circa 13,1 litri) (cl. [2*a*]); ai fini del formulario si calcoli come *fructus* anche l'agnello che sia vissuto per almeno un giorno e una notte (cl. [2*b*]); la durata del contratto è fissata sino all'1 giugno o, negli anni in cui si aggiunge il mese intercalare, l'1 maggio (cl. [3]); non prometta (?) più di trenta agnelli (cl. [4*a*]); le pecore che non hanno partorito siano contate come due per una (cl. [4*b*]); il pagamento dei frutti consistenti in lana e agnelli avvenga entro dieci mesi dal giorno della vendita nelle mani del *coactor* o esattore del prezzo[121] (cl. [4*c*]); l'*emptor* allevi un porcellino da latte ogni dieci pecore (cl. [5]) e fornisca un pastore per due mesi (cl. [6]). Finché l'*emptor* non abbia pagato il *dominus* o prestato *satisfactio*, il pastore sarà oggetto di pegno (cl. [7]).

Il negozio consiste nella cessione di un gregge a titolo oneroso, per un periodo di tempo determinato, al fine di trarne i frutti, consistenti in lana, latte e agnelli. Il corrispettivo della lana e degli agnelli è costituito dal prezzo d'asta, da versare entro dieci mesi al *coactor* (cl. [4*c*]), mentre il latte sembrerebbe essere retribuito solo da una porzione di prodotto (cl. [2*a*]). Il prezzo è calcolato *in singulas oves* (cl. [2*a*]), e per ogni pecora che non ha partorito si paga la metà (cl. [4*b*]). Questo assetto di interessi mostra che il contratto non

---

[120] Anche in questo caso mi sembra da correggere la divisione in clausole di BRUNS, GRADENWITZ 1909, p. 51, e pertanto divido le cl. [2] e [4] in due parti. Si aggiunga che, seguendo la punteggiatura di MAZZARINO 1982, p. 101 (ma cfr. anche HOOPER 1934, p. 134; GOUJARD 1975, p. 98), le parole *in fructum* (cl. [2*b*]) appartengono alla frase precedente e non, come leggono BRUNS, GRADENWITZ 1909, p. 51, alla clausola [3].

[121] Sulla presenza del *coactor* cfr. per tutti BURDESE 2000, p. 272. La parola †*die*† è stata variamente interpretata: cfr. per tutti CARDILLI 1995, p. 96 nt. 85.

consiste in una vendita di cosa futura, bensì in un'attribuzione di godimento. Innanzi tutto, il pagamento è calcolato non sui frutti, ma sul numero di pecore che li daranno, costituendo la cl. [4*b*] solo un parametro di valutazione della capacità dell'*ovis* di fornire il *frui*. In secondo luogo, se la retribuzione del latte è distinta da quella degli altri frutti (cl. [4*c*]) e consiste – come sembra – in un pagamento in natura di formaggio e latte (cl. [2*a*]), considerando che sarebbe assurdo pagare l'acquisto del latte con una porzione dello stesso latte acquistato, deve ritenersi che la prestazione dell'*emptor* non sia solo di pagamento, ma anche di opera: l'*emptor* realizza un'attività produttiva sul gregge e paga il *dominus* con una parte del prodotto, come in un rapporto parziario. D'altronde in questa direzione conducono anche le ultime due clausole, che obbligano l'*emptor* ad allevare un porcellino da latte ogni dieci pecore (cl. [5]) – evidentemente nel solo interesse del *dominus*, posto che non dà frutti[122] – e a fornire al *dominus* un pastore per due mesi (cl. [6])[123]: l'*emptor* non si limita a pagare in denaro, ma condivide una parte dei frutti e fornisce – direttamente o indirettamente, attraverso *pastores* – un'attività.

Considerata questa struttura del negozio, diviene significativa la terminologia utilizzata: nella rubrica e nel *summarium* si parla di *venire*; nel testo troviamo *venire*, *vendere* e *emptor*, ma quest'ultimo è detto anche *conductor* (cl. [6]). Si è ipotizzato che questo termine sia il risultato di una contami-

[122] Come nota D'ORS 1988, p. 454, si tratta chiaramente di porcellini del *dominus*.

[123] Una parte della dottrina ipotizza che il *pastor* sia fornito per due mesi oltre i dieci di durata del contratto, per consentire la copertura dell'intero anno: LÜBTOW 1956, p. 347; D'ORS 1988, p. 450 s.; FLACH 1990, p. 149 e nt. 175; CARDILLI 1995, p. 99; CARBONE 2017, p. 129. Considerando che questi due mesi sono successivi al contratto, e che sul *pastor* è costituito il *pignus* (LÜBTOW 1956, p. 315; CARDILLI 1995, p. 99; manifesta dubbi, ma senza fornire spiegazioni, TALAMANCA 1990a, p. 54 nt. 67), deve ritenersi che lo stesso *pastor* sia stato preposto al gregge per la durata del contratto, altrimenti – posto che sul fondo non sembrano essere presenti altri beni dell'*emptor* – bisognerebbe pensare con D'ORS 1988, p. 457 che il *pignus* avesse ad oggetto l'intero patrimonio dell'*emptor*, il che non risulta dal testo e mi sembra ardito ritenere.

nazione tra formulari[124], oppure – come è possibile sia accaduto per il formulario del *pabulum hibernum* (§ 5.4) – di un inserimento posteriore basato su una diversa concezione del contratto[125]. Tuttavia una terza ipotesi è che l'uso dei termini *venire*, *vendere* ed *emere* rispecchi ancora il significato originario e generico di 'dare a titolo oneroso' e di 'prendere', che non è oppositivo rispetto a *conductor* 'colui che dirige l'operazione', esprimendo semplicemente funzioni diverse riconducibili al medesimo schema negoziale[126]: d'altra parte, che *emere* e *conducere* esprimessero posizioni originariamente non molto distinte, si desume anche dal fatto che il *conductor* è spesso detto – come abbiamo visto nei formulari dell'*olea legenda* e *faciunda* – *redemptor*, termine che mira a sottolineare che l'*emptor* acquista in modo tale da avere il controllo[127]. Con la dottrina maggioritaria, sembra dunque opportuno ritenere che la variazione terminologica sia da imputare a una non ancora completa distinzione tra compravendita e locazione[128]. Meno condivisibile è l'idea, di una parte della dottrina da ultimo ricordata[129], che l'indistinzione sia dovuta al fatto che il rapporto era versato in una *stipulatio*: nel testo non vi è alcun riferimento a una *verborum obligatio*, se non nella cl. [4*a*], la cui interpretazione è discussa[130], ma che certamente riguarda

---

[124] Così TALAMANCA 1990a, *p.* 67 nt. 119.

[125] FERRINI 1893 (1929), p. 71. Per la *locatio* di un gregge, cfr. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 2, 9, 4. Nei papiri si trovano numerosi esempi: cfr. ad es. P.Sakaon 71 = P.Thead. 8 = FIRA III 149 (a. 306 d.C.); P.Amst. 1, 41 = SB XII 11248 (10 a.C.), su cui VAN LITH 1974, p. 145 ss. (con altri riferimenti *ibid.*, p. 156).

[126] Ero stato più cauto in FIORI 1999, p. 28, ma in quella sede non avevo approfondito la struttura del negozio.

[127] Cfr. OLD, p. 1591.

[128] LÜBTOW 1956, p. 238 e nt. 53; p. 349 s. (a differenza di questo a., non mi sembra però possibile distinguere le funzioni nel senso che si 'acquistino' i frutti e si 'usi' il gregge, ossia che si combinino i due contratti consensuali: anche nella *locatio* di un fondo il conduttore diviene proprietario dei frutti, ma non per questo viene detto *emptor*; nel testo di Catone si tratta di un unico contratto al quale è applicabile la terminologia di entrambi); AMIRANTE 1959, p. 36 s.; KAUFMANN 1964, p. 309 ss. (e spec. p. 314 ss.); MAROTTA 1996, p. 107 nt. 226; PARSI MAGDELAIN 1989, p. 346.

[129] AMIRANTE 1959, p. 36 s. Cfr. anche D'ORS 1988, p. 450.

[130] Per la maggioranza degli studiosi, soggetto del *promittere* sarebbe l'*emptor* (pensa al *dominus* solo HOOPER 1934, p. 135), ma non è chiaro quale

una sola clausola del formulario, e non l'intero rapporto; è dunque verisimile che l'obbligazione nascesse *consensu*[131].

6. *Le* leges venditionis *nel* De re rustica *di Varrone.*

Nel *De re rustica* di Varrone[132] troviamo una serie di testimonianze alquanto interessanti circa la prassi negoziale della sua epoca in materia di compravendita di *oves.*

Il testo si inserisce all'interno della trattazione – nel dialogo, da parte dell'interlocutore di Varrone, Gn. Tremellio Scrofa[133] – delle *partes* della *scientia pecoris parandi ac pascendi*[134]. Nel fornire un breve indice della trattazione, Scrofa afferma che la *quarta pars* riguarda il modo in cui si deve acquistare il bestiame secondo il *ius civile.* Affinché si trasferisca la proprietà è infatti necessario realizzare un negozio, e a tal fine non è sempre sufficiente la *stipulatio* o la *solutio* del denaro; inoltre, nell'acquisto, a volte bisogna compiere una *stipulatio* che l'animale è sano, altre volte che proviene da un

---

sia il valore della clausola. Per Lübtow 1956, p. 347; d'Ors 1988, p. 452 s.; Cardilli 1995, p. 96 ss.; Carbone 2017, p. 128 nt. 430 bisognerebbe immaginare un dovere dell'*emptor* di riconsegnare lo stesso numero di capi ricevuti, cui si sarebbe potuto provvedere sostituendo alle pecore morte non più di trenta agnelli: bisogna però notare che quando le pecore sono 'immortali', ossia devono essere sostituite in caso di morte, nei contratti ciò è esplicitato (cfr. ad es. i papiri richiamati *supra*, nt. 125). Per Flach 1990, p. 149 s., il *dominus* avrebbe imposto all'*emptor* di non mettere in vendita più di trenta agnelli, cosicché il gregge non invecchiasse: tuttavia gli agnelli, in quanto *fructus*, sarebbero comunque spettati all'*emptor*, dunque non si comprenderebbe il senso della clausola. Per Parsi Magdelain 1989, p. 347 e Talamanca 1990a, p. 54, la clausola avrebbe previsto un'ulteriore *accessio* del prezzo, ma in questo caso non si comprende perché nel formulario – che è fatto avendo in mente il vantaggio del *dominus* – dovrebbe essere prevista una regola, formulata in modo imperativo (*ne … promittat*), che vincola l'*emptor* nel suo proprio interesse.

[131] Per d'Ors 1988, p. 449 s., l'obbligazione dell'*emptor* nascerebbe solo quando ottiene il *fructus*, ma non mi sembra vi siano nel testo elementi in questo senso; anzi, la presenza della *satisfactio* e del *pignus* si giustifica solo se è nato un impegno a pagare il corrispettivo.

[132] Il testo è riportato nell'edizione Keil 1884, tenendo presente anche quello di Guiraud 1985.

[133] Su cui cfr. Münzer 1937, col. 2287 ss.

[134] Varr. *re rust.* 2, 1, 11.

gregge o da una mandria sana, altre volte né l'una né l'altra cosa:

> Varr. *re rust.* 2, 1, 15: Quarta pars est de iure in parando, quem ad modum quamque pecudem emi oporteat civili iure. quod enim alterius fuit, id ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere. neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem domini. in emptione alias stipulandum sanum esse, alias e sano pecore, alias neutrum.

Più avanti, spetta a T. Pomponio Attico spiegare nel dettaglio come si effettuano gli acquisti delle *oves*:

> Varr. *re rust.* 2, 2, 5-6: In emptionibus iure utimur eo, quo lex praescripsit. in ea enim alii plura, alii pauciora excipiunt: quidam enim pretio facto in singulas oves, ut agni cordi duo pro una ove adnumerentur, et si quoi vetustate dentes absunt, item binae pro singulis ut procedant. de reliquo antiqua fere formula utuntur. cum emptor dixit 'tanti sunt mi emptae?' et ille respondit 'sunt' et expromisit nummos, emptor stipulatur prisca formula sic, 6. 'illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est extra luscam surdam minam, id est ventre glabro, neque de pecore morboso esse habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne?' cum id factum est, tamen grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum. nec non emptor pote ex empto vendito illum damnare, si non tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili iudicio, si non reddit pretium.

Il secondo passo è per noi quello centrale. Deve essere a mio avviso diviso in tre parti.

La prima è una sorta di premessa. Inizialmente Varrone afferma che 'negli acquisti utilizziamo le regole giuridiche (*ius*) prescritte dalla *lex*': la *lex* cui si fa riferimento è naturalmente una *lex venditionis*, ossia un formulario tradizionalmente utilizzato nella prassi per questo tipo di compraven-

dite[135]. Poi continua rilevando che alcuni modificano la *lex* con maggiori o minori variazioni (ad esempio aggiungendo una corrispondenza tra il prezzo delle singole *oves* e degli agnelli nati dopo il tempo[136] o delle *oves* che per vecchiaia hanno perso i denti). Infine, nota che per il resto il contraenti utilizzano per lo più una *antiqua formula*.

La seconda parte contiene la descrizione del procedimento. Innanzi tutto, l'*emptor* chiede '*tanti sunt mi emptae?*' 'le ho acquistate a tanto (= a questo prezzo)?'[137], e il venditore risponde *'sunt'*. A questo punto il compratore *expromisit nummos* e anticipa i *verba* che contengono una *stipulatio* di garanzia per i vizi e per l'evizione, promessa dal venditore. Infine si compie l'*adnumeratio* del gregge[138], che trasferisce il *dominium*.

La terza parte fa riferimento alle azioni utilizzabili da parte dei contraenti, che Varrone descrive per l'acquirente come *ex empto vendito* e per il venditore come *simile iudicium*.

Un punto importante e preliminare per la datazione del procedimento sono le qualificazioni della *formula* come *antiqua* e *prisca*. Si è notato, infatti, che simili aggettivi sono difficilmente riferibili, quando scrive Varrone nel 37 a.C., a formule di un giurista di un secolo prima[139], e che d'altronde gli aggettivi potrebbero essere stati presenti già nell'opera di Manilio[140]; in entrambi i casi, è probabile che la *formula* debba essere datata a un'epoca precedente la metà del II sec. a.C. Altro problema è se la *formula* debba essere identificata con l'intero procedimento[141] oppure con la sola stipulazione di garanzia[142].

---

[135] Cfr. Carbone 2005, p. 389, con letteratura (*adde* Cascione 2003, p. 267).

[136] Sul significato di *agni cordi* cfr. Varr. *re rust.* 2, 1, 19.

[137] Per questa traduzione cfr. *infra*, nt. 145.

[138] Sulla interpretazione minoritaria che la *adnumeratio* si riferisse al *pretium* è sufficiente rinviare alla critica di Carbone 2005, p. 394 ss.; cfr. anche Viaro 2011, p. 27 s. nt. 14.

[139] Talamanca 1990a, p. 64 nt. 107 (seguito da Cardilli 1995, p. 118 s.), che pertanto esclude che in questo caso la fonte sia Manilio.

[140] Come rileva giustamente Cascione 2003, p. 266, seguito da Viaro 2011, p. 24 nt. 6.

[141] Come ritiene la letteratura citata in Carbone 2005, p. 404 nt. 72, cui *adde* Cascione 2003, p. 276 e Viaro 2011, p. 24 ss.

[142] Come pensano Baviera 1899, p. 185 e Carbone 2005, p. 403 ss.

Se, come mi sembra necessario, si distingue tra la parte del testo che abbiamo indicato come 'premessa' (*in emptionibus - utuntur*) e quella che contiene il procedimento (*cum emptor - adnumeratum*), si comprende che nella *lex* sono riportate le condizioni della vendita, e dunque anche il prezzo, cosicché l'*antiqua formula* utilizzata *de reliquo* non può che coincidere con la *prisca formula* della *stipulatio*. Poiché questa *stipulatio* per la vendita delle *oves* è parallela ad altre *stipulationes* riportate in altri punti dell'opera e relative alla vendita di capre, suini e bovini, delle quali alcune sono tratte dall'opera di Manio Manilio[143], deve concludersi che ad essere precedente il II sec. a.C. è solo la formula che contiene la *stipulatio* di garanzia, mentre il resto del procedimento potrebbe riprodurre un regime proprio dell'epoca di Varrone, o al più di quella di Manilio, qualora il primo abbia attinto al secondo anche per questa parte del procedimento. Non a caso, la dottrina ritiene che le *stipulationes* di garanzia siano state elaborate prima della genesi dell'editto degli edili curuli, datato intorno al II sec. a.C.[144].

Analizziamo dunque il procedimento.

Le parole *'tanti sunt mi emptae?'* pronunciate dall'*emptor* e la risposta *'sunt'* del venditore indicano che il consenso è già

[143] Cfr. la formula della *stipulatio* di garanzia per la vendita delle capre, riferita da L. (?) Cossinio (cfr. MÜNZER 1901, col. 1671), il quale afferma di trarla dall'opera del giurista M'. Manilio: *de emptione aliter dico atque fit, quod capras sanas sanus nemo promittit. numquam enim sine febri sunt. itaque stipulantur paucis exceptis verbis, ac Manilius scriptum reliquit sic, 'illasce capras hodie recte esse et bibere posse habereque recte licere, haec spondesne?'* (Varr. *re rust.* 2, 3, 5; KEIL 1884, p. 223, opta per la lezione *Mamilius* dei codici più antichi, ma è da preferire *Manilius* con GUIRAUD 1985, p. 32). Una seconda formula è richiamata nuovamente da Tremellio Scrofa, e riguarda la vendita delle scrofe: *emi solent sic, 'illasce sues sanas esse habereque recte licere noxisque praestari neque de pecore morboso esse spondesne?' quidam adiciunt perfunctas esse a febri et a foria* (2, 4, 5). La terza e la quarta formula riguardano la vendita di bovini, e sono ricordate da Vaccio (su cui MÜNZER 1948, col. 2040): *eos cum emimus domitos, stipulamur sic, 'illosce boves sanos esse noxisque praestari';* 11. *cum emimus indomitos, sic, 'illosce iuvencos sanos recte deque pecore sano esse noxisque praestari spondesne?' paulo verbosius haec, qui Manili actiones secuntur lanii, qui ad cultrum bovem emunt: qui ad altaria, hostiae sanitatem non solent stipulari* (2, 5, 10-11; anche in questo caso è da preferire la lezione *Manili* di GUIRAUD 1985, p. 47 a *Mamili* di KEIL 1884, p. 238). Cfr. anche i rinvii in Varr. *re rust.* 2, 6, 3 (asini); 2, 7, 6 (cavalli); 2, 8, 3 (muli); 2, 9, 7 (cani).

[144] Cfr. VIARO 2011, p. 25 s. nt. 8, con letteratura

stato raggiunto[145], e che lo schema *interrogatio-responsio* serve a fissare in modo chiaro i termini dell'accordo: è verisimile che *tanti* fosse sostituito in concreto con l'ammontare del prezzo previsto *in singulas oves*[146]. Che le parole possano essere intese come la recitazione di una *stipulatio*[147] è pertanto dubbio: non a caso, com'è stato da tempo rilevato, simili schemi di domanda e risposta si trovano attestati anche rispetto a contratti certamente identificabili come compravendite consensuali[148]. Per le stesse ragioni, il fatto che si parli dell'acquisto (già realizzato) di un bene a un certo prezzo, non esprime soltanto l'obbligo del venditore di *tradere possessionem*[149], ma anche quello dell'acquirente di corrispondere il prezzo a cui le *res* sono *emptae*.

Le prestazioni delle parti vengono però rafforzate da alcune *obligationes verborum*. Il compratore, infatti, innanzi tutto *expromisit nummos*, ossia pronuncia una *stipulatio*[150] con cui as-

---

[145] Cfr. Benveniste 1960, p. 204, il quale sottolinea che, con questa formulazione della domanda, «l'acheteur veut faire reconnaître au vendeur que l'opération est conclue». Le traduzioni «they are sold at such a price?» (Hooper 1934, p. 335) e «me la vendi per tanto?» (Traglia 1974, p. 727) non possono dunque essere seguite, perché implicano che gli animali non siano ancora stati acquistati (corretto Guiraud 1985, p. 25: «est-ce que je les ai achetées pour tant?»). Una frase simile è in Plaut. *Epid.* 471: *estne empta mi istis legibus?*; *most.* 820: *pol mihi / eo pretio empti fuerant olim.*

[146] Cfr. per tutti Carbone 2005, p. 19. Il prezzo è previsto non *universaliter uno pretio*, ma *in singula corpora certo pretio* (cfr. Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 18, 1, 35, 6), dunque tanto l'accordo quanto la successiva *expromissio nummorum* (cfr. *infra*) non individuano presuntivamente il prezzo complessivo del gregge che esso dovesse essere «assolutamente vicino … a quello che poi doveva essere l'effettivo pagamento di parte compratrice» come ritiene Cascione 2003, p. 269 ss.

[147] Lo ipotizza Cenderelli 1976 (2011), p. 166.

[148] Cfr. Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18, 1, 7, 1-2: *si quis ita emerit: 'est mihi fundus emptus centum et quanto pluris eum vendidero'*; Paul. 33 *ad ed.* D. 18, 1, 34, 6: *si emptio ita facta fuerit: 'est mihi emptus Stichus aut Pamphilus'*; Iul. 3 *ad Urs. Fer.* D. 18, 1, 41 pr.: *'erit mihi fundus emptus ita, ut eum intra kalendas Iulias liberes'*; cfr. anche Iav. 2 *epist.* D. 18, 1, 64. In dottrina cfr. già Bechmann 1876, p. 463 nt. 2; Pernice 1873, p. 458; più di recente: Benöhr 1965, p. 21; Cascione 2003, p. 281 ss. (cfr. anche Id. 2015, p. 51 ss.); Carbone 2005, p. 410 ss.; Platschek 2022, p. 175 ss. e spec. 198 ss.

[149] Come sostiene Sargenti 1954, p. 231.

[150] Cfr. per tutti Meylan 1949, p. 180 ss.; Sargenti 1954, p. 230; Lübtow 1956, p. 372; Talamanca 1990a, p. 63 nt. 101; Cardilli 1995, p. 117 nt. 29;

sume anche *verbis* l'obbligo di pagare il prezzo concordato[151]: il preverbio *ex-* non ha valore rafforzativo, come forse nel latino tardo[152], ma esprime la circostanza che la seconda *promissio* 'proviene' da una precedente obbligazione, costituendo l'assunzione *verbis* di un vincolo già esistente[153]. È a questa *stipulatio* che allude Varrone quando descrive, per bocca di Scrofa, l'indice della trattazione: *neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum …*[154].

Subito dopo, l'acquirente *praeit verba* di una *stipulatio* di garanzia – l'*antiqua* e *prisca formula* – che nel *De re rustica* è riportata in varie forme, oltre a quella relativa alla vendita di *oves*[155]. Mediante la *stipulatio* il venditore garantisce non solo l'evizione, ma anche l'assenza di vizi, obbligandosi perciò anche *verbis* a *tradere* la *possessio* degli animali. A me pare che qui si ritrovi il meccanismo arcaico in cui rapporti informali vengono formalizzati indirettamente attraverso negozi di garanzia, come avveniva sino al IV sec. a.C. con il *nexum* rispetto al mutuo informale: nel caso dell'*emptio* di Varrone, benché gli obblighi delle parti – come vedremo a breve – derivino dall'*emptio venditio*, si sente il bisogno di affiancare al vincolo nato *consensu* anche un vincolo nato *verbis*, che per l'*emptor* coincide con la *expromissio nummorum* e per il venditore con

---

VIARO 2011, p. 26. L'espressione *pecunia … expromissa* ricorre anche in Alf. 2 *dig.* D. 44, 1, 14, in cui si dice che il venditore *pretium stipulatus est*: non mi pare possa dunque concordarsi con CASCIONE 2003, p. 275 nell'ipotizzare che l'*expromissio nummorum* sia «solo un modo di dilazionare il pagamento, che significativamente non viene espresso nel linguaggio tipicamente stipulatorio», perché in tal modo non si comprenderebbe la natura giuridica dell'atto.

[151] Non ha effetti sostanziali l'emendazione *ei expromisit* proposta da TOMULESCU 1979, p. 290 ss. (su questa e altre proposte di lettura o corruzione del testo, oggi abbandonate, cfr. per tutti VIARO 2011, p. 31 s. nt. 22).

[152] Cfr. HOFMANN, SZANTYR 1972, p. 284. Gli unici due passi indicati in KAPP 1950, col. 1803 (oltre a quello di Varrone e ai testi del Digesto in cui l'*expromissio* è promessa del terzo) sono [Claud. Herm.] *mulom. Chiron.* 570 e 573 (IV sec. d.C., benché i materiali dell'opera siano precedenti).

[153] Cfr. l'esame delle evenienze di *expromissio / expromitto* in CARBONE 2005, p. 417 ss. e (conclusivamente) 446 s.

[154] Varr. *re rust.* 2, 1, 15. Cfr. in questo senso anche LÜBTOW 1956, p. 371 s.

[155] Cfr. *supra*, nt. 145.

una *stipulatio* di garanzia che non riguarda solo l'evizione, ma anche i vizi della cosa.

Nella parte finale del passo si dice che, se il venditore non compie la *traditio*, l'*emptor* potrà agire *ex empto vendito* anche se non ha pagato il prezzo, e che a sua volta il venditore potrà agire *simili iudicio* se l'acquirente non avrà pagato il prezzo. Il fatto che l'azione dell'*emptor* sia chiamata non *ex empto*, ma *ex empto vendito*, è abbastanza anomalo: nell'unico altro caso in cui compare l'espressione nelle fonti, effettivamente con essa si indica l'azione esperita dell'*emptor*, ma in un modo che sembra alludere più al complessivo contratto che alla posizione dell'acquirente[156], in accordo con quanto accade allorché, in altri testi, si parla in generale di *iudicium* o *actio ex empto (et) vendito*, oppure *ex locato (et) conducto*[157]. È probabile

[156] Iul. 25 *dig.* D. 18, 4, 19: *multum interest, sub condicione aliqua obligatio veneat an, cum ipsa obligatio sub condicione sit, pure veneat. priore casu deficiente condicione nullam esse venditionem, posteriore statim venditionem consistere: nam si Titius tibi decem sub condicione debeat et ego abs te nomen eius emam, confestim ex empto vendito agere potero, ut acceptum ei facias.* Nel passo si distingue tra l'ipotesi in cui si vende una obbligazione sotto condizione e quella in cui si vende un'obbligazione condizionata: nel primo caso la vendita è condizionata, cosicché se la condizione non si realizza la vendita diviene inefficace (*nulla*); nel secondo la vendita è pura, cosicché è possibile agire immediatamente (ossia senza attendere il verificarsi della condizione) *ex empto vendito* affinché il venditore rimetta formalmente il debito al debitore. Qui, come si vede, la contrapposizione è tra una *emptio venditio* sospensivamente condizionata e una *emptio venditio* immediatamente efficace: è dunque possibile che il giurista intendesse porre l'accento, più che sulla posizione del compratore (*actio ex empto*), sul fatto che era possibile agire sulla base del rapporto (*ex empto vendito*). Cfr. anche Ulp. 28 *ad ed.* D. 19, 2, 5: *si tibi habitationem locavero, mox pensionem remittam, ex locato et conducto agendum erit*; anche in questo caso si fa riferimento, nella sostanza, alla sola *actio conducti*, ma il passaggio dal modo 'personale' dei verbi (*locavero*, *remittam*) a quello 'impersonale' del gerundivo in funzione predicativa (*agendum erit*) potrebbe indicare che il giurista facesse riferimento, con le parole *ex locato et conducto*, non alla posizione delle parti, ma al rapporto nel suo complesso.

[157] Cfr. Gai. 4, 62 (*sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto …*); Ulp. 32 *ad ed.* D. 18, 2, 16 (*actio empti venditi*); Ulp. 24 *ad ed.* D. 11, 6, 1 pr. (*si ex locato conducto fuerit actum*); Ulp. 28 *ad ed.* D. 13, 6, 5, 12 (*ex locato conducto agendum erit*); Iul. 15 *dig.* D. 18, 5, 5, 2 (*actiones ex empto et vendito*); Ulp. 23 *ad ed.* D. 19, 1, 33 (*ex empto et vendito agi potest*); Ulp. 31 *ad ed.* D. 50, 14, 2 (*nec ex locato conducto erit actio*). In Lab. 1 *pith a Paul. epit.* D. 14, 2, 10, 1, *actio ex conducto locato* potrebbe indicare entrambe le azioni, se-

che lo stesso debba ritenersi in questo brano: verisimilmente Varrone (o la sua fonte) intendono dire che l'*emptor* potrà agire sulla base del contratto di compravendita.

Abbastanza difficile è anche comprendere cosa intenda Varrone allorché chiama l'azione del venditore *simile iudicium*. Alcuni studiosi hanno ipotizzato che – avendo in precedenza parlato di *agere ex empto vendito*, ossia avendo usato un'espressione che, pur parlando di un'azione esperita dall'*emptor*, fa riferimento al negozio nel suo complesso – egli abbia utilizzato *simili iudicio* per alludere all'*actio venditi*[158]. A parere di altri, occorrerebbe chiedersi quale potesse essere il valore della veste verbale assunta dall'obbligo del compratore di pagare il prezzo (*expromissio nummorum*) se ciò non aveva alcun riflesso sul piano dell'azione: si è perciò pensato a un'*actio ex stipulatu*, ipotizzando che l'aggettivo *similis* si spieghi perché entrambe le azioni erano *in personam* o perché in età repubblicana anche l'*actio ex stipulatu* sarebbe stata un *iudicium bonae fidei*[159]; oppure che il venditore avesse a disposizione entrambe le azioni, e che Varrone alluda solo all'*actio ex vendito* perché, avendo appena parlato dell'*actio ex empto* dell'acquirente, vorrebbe sottolineare che l'azione del venditore per il pagamento del prezzo di acquisto è un *simile iudicium*[160].

Per tentare di risolvere il problema, a me pare fondamentale valutare il significato della frase *quamvis non solverit nummos*. La precisazione di Varrone è stata letta come la testimonianza dell'assenza, nel diritto della tarda repubblica, di un sinallagma funzionale tra le prestazioni, che sarebbe nato solo successivamente, in virtù del criterio della *bona fides*[161], oppure

---

paratamente considerate (cfr. Fiori 1999, p. 143 ss.; Id. 2018b, p. 540 s.), ciò che accade senz'altro in Paul. 48 *ad ed.* D. 39, 2, 18, 4 (*invicem ex conducto et locato habent actiones*). Cfr. anche Sen. *ben.* 3, 7, 1 (*actio … ex conducto et locato*).

[158] È questa la posizione di molti studiosi: cfr. per tutti Lübtow 1956, p. 370; Benöhr 1965, p. 22 s.; Tomulescu 1979, p. 292; Talamanca 1990a, p. 64; Cardilli 1995, p. 121; Cascione 2003, p. 275; Carbone 2005, p. 416.

[159] Rispettivamente Meylan 1949, p. 181 ss. (seguito da Watson 1964, p. 252; Sargenti 1954, p. 231 nt. 74) e Magdelain 1995, p. 172.

[160] Lübtow 1956, p. 372.

[161] Cfr. per tutti Benöhr 1965, p. 23.

addirittura in età giustinianea[162]. Tuttavia la frase depone in senso esattamente opposto a queste interpretazioni: se Varrone si premura di puntualizzare – in un testo che, bisogna ricordarlo, non è giurisprudenziale, ma riguarda la gestione della villa agricola, e dunque non ha un'ispirazione scientifica, ma pratica – che il compratore può agire contro il venditore per la mancata *traditio* anche se non ha pagato il prezzo, evidentemente egli mira a chiarire al lettore che in questo caso l'azione è possibile, benché in genere non sia così. La ragione di questa possibilità è da ricercare nella precisazione che il compratore *expromisit nummos*. Come è stato da tempo rilevato[163], infatti, questa *stipulatio* non ha valore novativo dell'obbligo nascente dalla compravendita, bensì la funzione di assicurare al venditore, con un impegno aggiuntivo, che il prezzo sarà pagato anche qualora non si sia ancora verificata la *traditio* della *res*; d'altronde, è questa una prassi che troviamo non solo in Varrone, ma anche in un frammento di Alfeno Varo[164]. La funzione della *stipulatio* era probabilmente di fissare i termini dell'affare e garantire il pagamento: da un lato, il compratore indicava formalmente i limiti del proprio impegno economico; dall'altro, il venditore era tutelato per il caso in cui il compratore – pur essendosi obbligato *consensu* – si fosse ritirato dall'affare dopo che il venditore aveva rinunciato ad altre occasioni di vendita. Un'analoga promessa del venditore di compiere la *traditio* non era necessaria: il compratore non è infatti nella stessa situazione del venditore, il quale potrebbe ritrovarsi con le cose inven-

[162] È la teoria di Ernst 2000, p. 51 ss.

[163] Cfr. Schönbauer 1932, p. 208; Meylan 1949, p. 180; Lübtow 1956, p. 157 ss.; Tomulescu 1979, p. 292; Cascione 2003, p. 275; Carbone 2005, p. 447 ss.; Viaro 2011, p. 33 ss.

[164] Alf 2 *dig.* D. 44, 1, 14 (cfr. *infra*, nt. 166). È possibile che Alfeno ritenesse che si potesse agire con l'*actio ex stipulatu* anche nel caso di Paul. 4 *epit. Alf. dig.* D. 18, 1, 40, 2 (*qui agrum vendebat, dixit fundi iugera decem et octo esse, et quod eius admensum erit, ad singula iugera certum pretium stipulatus erat: viginti inventa sunt. pro viginti deberi pecuniam respondit*) ma, contrariamente a quanto sostiene Viaro 2011, p. 182 ss., io credo che anche l'*actio venditi* – essendo un *iudicium bonae fidei* nel quale il giudice non poteva non tener conto del fatto che si era accertato che l'estensione del fondo era di venti iugeri – avrebbe consentito di dare soddisfazione al venditore.

dute, e d'altronde – prestata la *stipulatio* – pagherà solo dopo la *traditio*; pertanto, se il venditore non consegna la cosa, il compratore agirà semplicemente con l'*actio empti*, non potendosi eccepire un suo inadempimento[165] perché la *solutio* è sostituita dalla *stipulatio pretii*.

In questi casi l'azione del venditore era la *condictio* oppure un'*actio ex stipulatu*: nel richiamato frammento di Alfeno[166], un venditore agisce nei confronti dell'acquirente, che ha compiuto una *expromissio pecuniae*, benché il bene sia stato restituito; il pretore concede all'*emptor* un'*exceptio in factum* con la quale si obietta la restituzione, il che dimostra chiaramente che il *iudicium* è *stricti iuris*, perché in un *iudicium bonae fidei* come quello di compravendita l'inserimento dell'*exceptio* sarebbe stato superfluo[167]. Potrebbe dunque apparire strano che, nella prassi riportata da Varrone, il venditore preferisse

[165] Uso quest'espressione solo a fini di chiarezza, perché naturalmente in un *iudicium bonae fidei* non c'era alcun bisogno di un'eccezione inserita nella formula, rientrando nell'*officium iudicis* la possibilità di assolvere il convenuto qualora si fosse verificato il mancato pagamento o l'assenza di *stipulatio pretii* (mi sembra sia questa la ragione per cui nelle fonti non si fa riferimento a un'eccezione, non il fatto che l'*actio empti* incontrasse una preclusione nel mancato pagamento, «quasi si fosse trattato della mancanza di una condizione dell'azione», come sostiene Viaro 2011, p. 268).

[166] Alf 2 *dig.* D. 44, 1, 14: *filius familias peculiarem servum vendidit, pretium stipulatus est: is homo redhibitus et postea mortuus est. et pater eius pecuniam ab emptore petebat, quam filius stipulatus erat. placuit aequum esse in factum exceptionem eum obicere: 'quod pecunia ob hominem illum expromissa est, qui redhibitus est'.*

[167] Il contesto, oltre che la possibile tecnicità dell'espressione *pecuniam petere* (cfr. Viaro 2011, p. 181 nt. 42), induce a pensare a una *condictio*, perché la somma di denaro individuata come *pretium* parrebbe essere *certa*. La dottrina parla però spesso di *actio ex stipulatu*, non è chiaro se in senso proprio oppure genericamente come 'azione nascente dalla *stipulatio*': cfr. per tutti Talamanca 1978, p. 232 s., per il quale l'*exceptio in factum* sarebbe l'antecedente dell'*exceptio redhibitionis* nei contratti degli *argentarii*; Petrucci 1991, p. 135 ss., per il quale si tratterebbe di un'*exceptio redhibitionis*; Burdese 2006, p. 112 s., per il quale l'*exceptio in factum* corrisponderebbe nella sostanza a una *exceptio doli*, che all'epoca di Alfeno non sarebbe stata ancora edittale; Viaro 2011, p. 166 e nt. 7, la quale sostiene che «la menzione della *pecunia* domandata dall'attore si può armonizzare solo con un *iudicium stricti iuris*: viceversa, essa rimarrebbe incomprensibile di fronte a una richiesta che fosse concepita nel *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*» (l'osservazione potrebbe apparire condivisibile qualora l'azione fosse una *condictio*, ma se si pensa a un'*actio ex stipulatu*, anche questa avrebbe avuto un'*intentio incerta*); Sciandrello 2023, p. 54.

agire con l'*actio venditi*: nelle fonti, l'utilizzo di *similis* riferito a *iudicium* o ad *actio* esprime infatti solo di rado un'identità[168], mentre più spesso allude a una medesima funzione in un contesto topico o a un'analoga struttura formulare[169]; ad es., Paolo descrive l'*actio praescriptis verbis* come *similis*, a seconda dei casi, all'*actio mandati*, *locati*, *empti*[170]. È dunque possibile che con *simili iudicio* Varrone (o Manilio) volesse esprimere una tutela del venditore *ex stipulatu*, mediante un'azione che nel rapporto ha la stessa funzione economica di quella *ex empto vendito*; peraltro, poiché il prezzo è previsto *pro capite* per un gregge di cui bisogna fare l'*adnumeratio*, e dunque l'obbligazione è generica, dovrebbe pensarsi a un'*actio ex stipulatu* piuttosto che a una *condictio*, il che avvicina il *simile iudicium* a quello *ex empto vendito* anche sul piano della struttura formulare, essendo entrambe le formule con *demonstratio*.

7. *Altre testimonianze sul diritto contrattuale del II sec. a.C.*

Le fonti sin qui analizzate si riferiscono essenzialmente ai contratti di compravendita e locazione, e mostrano un uso

[168] Pomp. *ad ed.* fr. 84 Lenel = Ulp. 16 *ad ed.* D. 6, 2, 11, 8 parla di *actio similis* per riferirsi al fatto che l'*actio Publiciana* può essere utilizzata non solo rispetto alle parti di una *res* che derivano da accrescimento, ma anche rispetto a quelle che dalla *res* sono state separate, come le parti recise di una statua; Marc. 19 *dig.* D. 44, 2, 19 discute il caso in cui la stessa cosa sia stata data in pegno per due volte, essendo la prima volta oggetto di *actio pignoraticia* e la seconda di una *similis actio*, interrogandosi sul problema del *bis in idem*.

[169] Gai. 4, 112 parla di *actio similis* all'*actio iniuriarum* per indicare un'azione che come questa non si trasmette all'erede dell'attore (ad es. il *iudicium calumniae*: cfr. Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 3, 6, 4; l'*actio in factum* in Gai. 19 *ad ed. prov.* D. 11, 7, 9; l'azione di cui parla Ulp. 5 *ad ed.* D. 2, 4, 24); Paul. 6 *ad Sab.* D. 17, 2, 56 usa *actio similis* per indicare le azioni penali, 'simili' all'*actio iniuriarum, vi bonorum raptorum, servi corrupti*; Maec. 8 *fideic.* D. 35, 2, 30 pr. parla, in materia di *lex Falcidia*, di *actiones[que] adquisitae, ut furti damni iniuriae similesque*; Paul. 1 *ad ed.* D. 44, 7, 35 pr. scrive che le *actiones honorariae* che non possono essere date oltre l'anno non possono essere date neanche contro l'erede, così come accade *in action<e> doli mali et interdicto unde vi et similibus*; Ulp. 4 *ad ed.* D. 44, 7, 37 pr. scrive che nella nozione di *actio* rientrano anche le *stipulationes praetoriae*, come quelle *damni infecti, legatorum et si quae similes sunt*.

[170] Paul. 5 *quaest.* D. 19, 5, 5, 4.

dei verbi *emere*, *vendere* (*venum dare*, *venum ire*) e *locare* sostanzialmente coerente con le attestazioni più antiche, in cui le espressioni indicavano dazioni a titolo oneroso che potevano o meno essere definitive. In aggiunta, appare diffuso il pagamento in natura, che è frammisto al pagamento in denaro senza che ciò si rifletta in alcun modo sull'unitarietà del contratto o sulla sua qualificazione. Anche nelle fonti giurisprudenziali del II sec. a.C. troviamo solo riferimenti alla compravendita: Celso ricorda che M. Giunio Bruto si sarebbe interessato al problema delle vendite successive con clausola di *in diem addictio*[171], e nello stesso passo si dice che della medesima opinione era *Mucius*, che secondo alcuni studiosi potrebbe essere – ma è molto discusso – P. Mucio Scevola[172].

Come abbiamo visto, i formulari catoniani attestano anche rapporti di *societas* che, dato lo stadio di sviluppo attestato dagli altri contratti consensuali, non vi è motivo di non ritenere tutelati da azioni formulari, benché in alcuni casi – nei rapporti parziarii – sembra possano esservi problemi di distinzione tra *societas* e *locatio conductio*. D'altra parte, com'è noto, abbiamo notizia dell'esistenza di *societates publicanorum* nel 215 a.C.[173], per quanto non siamo informati sulle forme giuridiche assunte da tali società.

---

[171] Brut. fr. 6 Lenel = Cels. 8 *dig.* fr. 76 Lenel = Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18, 2, 13 pr. Frezza 1933, p. 425 s. (= 2000, p. 206 s.) pensava che i compilatori avessero alterato il testo eliminando i riferimenti alla *mancipatio*, ma cfr. le critiche di Arangio-Ruiz 1954, p. 423 nt. 2, il quale nota che la *mancipatio*, in quanto *actus legitimus*, non tollera condizioni (l'ipotesi di un originario riferimento alla *mancipatio* è stata riproposta più di recente da Barbati 2022, p. 108 s., ma senza fornire motivazioni). A me pare che, considerando l'epoca e la continuità di pensiero intravista da Celso, non possano esservi dubbi sul fatto che si faccia riferimento alla compravendita consensuale: cfr. anche Talamanca 1981, p. 21; Bretone 1982, p. 266; Stolfi 2018, p. 312 e nt. 661. Sul passo cfr. di recente Nicosia 2013, p. 63 ss., con letteratura.

[172] Come propongono Guarino 1981, p. 17 e 160 nt. 22 e Bretone 1982, p. 173 nt. 30, argomentando dalla progressione nei nomi dei giuristi (*Mucium Brutum Labeonem*); cfr. anche Diliberto 2018, p. 165 (che segue Bretone) e Barbati 2022, p. 151 e 208 (che non fornisce motivazioni). Le opere palingenetiche lo identificano tuttavia con Q. Mucio (cfr. Q. Muc. *iur. civ.* fr. 36 Lenel; 12 o 13 *iur. civ.* fr. 3 Bremer); cfr. per tutti Talamanca 1981, p. 21 e 318 s. nt. 61 (con critica a Bretone) e più di recente Stolfi 2018, p. 311 s. e ntt. 638-639 (con altre indicazioni bibliografiche).

[173] Liv. 23, 48, 10-23, 49, 4.

Rispetto al *mandatum* sussistono meno difficoltà. Se i numerosi riferimenti all'attività di *mandare* presenti nelle commedie di Plauto non consentono di comprendere le caratteristiche giuridiche di questi rapporti, e tantomeno la loro tutela processuale[174], abbiamo una testimonianza che colloca l'azione a un'epoca precedente il 123 a.C., quando il *praetor urbanus* Sesto Giulio Cesare ne nega l'esperibilità contro l'erede, a differenza del pretore del 115 a.C., M. Livio Druso, che la concede[175]. Se poi si interpretasse, con una parte della dottrina, la testimonianza di Gaio circa il fatto che il secondo *caput* della *lex Aquilia* non sarebbe stato necessario perché era sufficiente (*sufficeret*) l'*actio mandati*[176], si potrebbe addirittura sostenere che l'azione esistesse già all'inizio del III sec. a.C.[177].

Non appare perciò sempre netta la distinzione tra i singoli contratti – in particolare tra compravendita, locazione e società –, ma il fatto che i rapporti siano considerati vincolanti sulla base del semplice consenso mostra che doveva essere percepita la distinzione tra *obligatio consensu contracta* e *obligatio verbis* o *litteris contracta*, nel senso che le forme richieste per le ultime due non erano ritenute necessarie per la prima.

Sulle *obligationes re contractae* non abbiamo molte informazioni. Il mutuo non costituisce ai nostri fini un problema, essendo un rapporto risalente, con una sua fisionomia economica, ed essendo tutelato dalla *condictio*, che è un'azione 'generale' – e lo stesso possiamo ripetere per le *obligationes verbis* (quando avevano ad oggetto un *certum*) e per quelle *litteris*

---

[174] Per i testi, cfr. per tutti RANDAZZO 2005, p. 38 ss.

[175] Rhet. Her. 2, 13, 19: *M. Drusus pr. urbanus, quod cum herede mandati ageretur, iudicium reddidit, Sex. Iulius non reddidit* (sulle cariche cfr. BROUGHTON 1951, p. 513 e 532).

[176] Gai. 3, 216.

[177] Cfr. per tutti WITTMANN 1993, p. 49; CORBINO 2004, p. 9 nt. 39; ID. 2008, p. 55 ss.; RANDAZZO 2005, p. 108 ss.; HEINEMEYER 2023, p. 2359. Occorre tuttavia considerare la possibilità sia di un anacronismo da parte del giurista, sia di una stratificazione del testo della *lex Aquilia*, che potrebbe incidere sulla datazione dell'*actio mandati*: cfr. CURSI 2002, p. 181 s. e nt. 53 (con letteratura) sulla possibilità di un anacronismo e *ibid.*, p. 208 ss., sulla stratificazione del testo.

contractae[178]. Maggiormente complessa è la vicenda di *commodatum* e *depositum*. Per quanto riguarda il primo, appare convincente l'ipotesi che anch'esso fosse inizialmente tutelato mediante *condictio*[179], il che spiegherebbe anche la sua collocazione nella rubrica edittale *De rebus creditis*, anziché in quella *De bonae fidei iudiciis*[180]. Rispetto al deposito, si ritiene che non siano utilizzabili a fini storico-giuridici i pochi dati risultanti dalle commedie plautine[181], e che la prima attestazione risalga a Q. Mucio[182]; la collocazione all'inizio della rubrica edittale *De bonae fidei iudiciis* potrebbe indurre a pensare che sia nata prima la *formula in ius concepta* di quella *in factum*[183], ma la dottrina ritiene piuttosto il contrario, pensando a un originario inserimento nel titolo *De rebus creditis* e a un'attrazione successiva tra i *iudicia bonae fidei*[184].

---

[178] È verisimile che la *stipulatio*, al di là dell'essere di *ius gentium*, non abbia modificato il regime dell'arcaica *sponsio*. Per le *obligationes litteris contractae* si richiama di solito Cic. *off.* 3, 58-60, che riporta un episodio collocabile tra la fine del II e l'inizio del I sec. a.C. (per un esame del testo cfr. FIORI 2011b, p. 310 ss.); naturalmente, anche in questo caso la tutela poteva avvenire mediante *condictio*.

[179] ALBANESE 1971, p. 14 ss. La tesi è stata accolta da SANTORO 1971, p. 359 ss.; ZANNINI 1983, p. 138 ss.; CERAMI 1995, p. 291 ss.; VARVARO 2014, p. 289 nt. 89. Un recente quadro delle ipotesi sulla tutela originaria del *commodatum* in MILAZZO 2018, p. 32 ss. e SCHEIBELREITER 2023, p. 2477 (che concorda con Albanese).

[180] Cfr. in questo senso anche SACCOCCIO 2002, p. 129 s., che pensa all'esistenza di un unico editto *De rebus creditis* prima della nascita delle *formulae in factum* di comodato e pegno, comunque prima dell'emersione delle *formulae in ius conceptae*, che avrebbero potuto attrarre la rubrica nel titolo *De bonae fidei iudiciis*. Questa ricostruzione naturalmente risente della convinzione che la tutela civilistica dei *iudicia bonae fidei* sia stata preceduta da una fase pretoria, nonché della frequente incomprensione, in dottrina, del rapporto tra *actio* e *formula* (cfr. *infra*, nt. 310).

[181] GANDOLFI 1976, p. 39 ss. Cfr. tuttavia PETRUCCI 1991, p. 71 ss.

[182] Cfr. *infra*, § 8.3 e nt. 241.

[183] Cfr. GANDOLFI 1976, p. 72.

[184] Cfr. la letteratura citata in GANDOLFI 1976, p. 73 nt. 10 e 74 nt. 12 (l'ipotesi è ritenuta congetturale, ma verisimile, dall'a.); più di recente, cfr. WALTER 2012, p. 45 ss.; ID. 2023, p. 2463 s. Rilevo, tuttavia, che è difficile pensare che, in un'economia come quella della 'seconda formazione economico-sociale', un istituto come il deposito abbia iniziato a essere protetto come contratto mediante una *formula in factum* solo nella seconda metà del I sec. a.C., e che la *formula in ius* sia nata addirittura un secolo dopo, nella

Le testimonianze sino al II sec. a.C. non ci aiutano dunque a rispondere all'interrogativo posto all'inizio del nostro discorso (§ 1): posto che non è possibile usare azioni tipiche per rapporti che non siano altrettanto tipici, come si può tutelare mediante (ad esempio) un'*actio empti* un rapporto che non sia certamente di compravendita? L'unica soluzione parrebbe essere l'uso di azioni non tipiche, come accadeva per le pretese di *certum* con la *condictio*, che poteva essere impiegata per pretese derivanti da *verborum obligatio*, da mutuo o (forse) da comodato.

8. *Quinto Mucio.*

8.1. *Le categorie dell'*obligatio contracta. – Quando si passa a Q. Mucio Scevola (*cos.* 95 a.C.) troviamo qualche elemento in più. Converrà iniziare la nostra analisi da un passo di Pomponio in cui la dottrina maggioritaria tende oggi a riconoscere un frammento del giurista più antico[185]. Poiché mi sono

---

seconda metà del I sec. d.C. Non saprei dire rispetto alla genesi della *formula in factum*, ma l'esistenza di quella *in ius* potrebbe essere attestata da un passaggio del *De officiis* di Cicerone, che nella struttura dell'opera corrisponde specularmente ai passi in materia di buona fede nella compravendita (3, 65-67) e che riguarda la necessità di declinare i doveri κατὰ περίστασιν, non restituendo al deponente quando le circostanze lo vietino (cfr. FIORI 2011b, p. 255 s.); cfr. Cic. *off.* 3, 95: … *et promissa non facienda nonnumquam neque semper deposita reddenda. Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere. Quid? si is, qui apud te pecuniam deposuerit, bellum inferat patriae, reddasne depositum? Non credo, facies enim contra rem publicam, quae debet esse carissima. Sic multa, quae honesta natura videntur esse, temporibus fiunt non honesta. Facere promissa, stare conventis, reddere deposita commutata utilitate fiunt non honesta.* Questo tipo di discorso, a mio avviso, è concepibile solo avendo in mente un *iudicium bonae fidei*, come mostra anche il confronto con Sab. fr. 74 Lenel = Ulp. 41 *ad Sab.* 16, 3, 11 (su cui FIORI 2011a, p. 182 ss.) e con Tryph. 9 *disp.* D. 16, 3, 31, che potrebbe anche aver avuto presente il passo di Cicerone (cfr. FIORI 2026b, p. 387 ss.).

[185] Cfr. la dottrina e i problemi discussi in FIORI 2007, p. 1958 ss. e, più di recente, in STOLFI 2018, p. 196 ss. (*adde* MARINI 2017, p. 53 ss.). Per una critica delle teorie che ipotizzano interpolazioni cfr. FIORI 2007, p. 1965 ss. Più di recente, SANTORO 2012, p. 605 (che parrebbe seguito da STOLFI 2018, p. 124; cfr. p. 196 ss.), ha attribuito a Q. Mucio solo le parole *prout quidque contractum est, ita et solvi debet … et cum verbis aliquid contraximus, … verbis … solvi debet*; la proposta si fonda su una ricostruzione di fondo della storia del

occupato del testo in altra sede[186], mi limiterò qui ad alcune osservazioni strettamente pertinenti con il nostro tema:

> Pomp. 4 *ad Q. Muc.* D. 46, 3, 80: Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. aeque cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.

La collocazione palingenetica del passo, che nell'opera di Q. Mucio doveva essere in una parte relativa ai legati – cosicché si è ipotizzato che lo spunto fosse offerto dalla *liberatio legata* o dalla remissione di un legato obbligatorio[187] –, dimostra che l'interesse definitorio di Q. Mucio non doveva indirizzarsi tanto verso il *contrahere*, quanto verso il *solvere obligationem*[188]. E poiché il termine *solutio* indica genericamente l'estinzione dell'obbligazione[189], potendo riferirsi sia alla remissione (nelle forme che Gaio chiamerà *imaginariae solutiones*), sia all'adempimento (che è anzi la 'vera' *solutio*), Mucio sceglie di articolare il suo discorso su entrambi i livelli, compiendo una diairesi del *genus* '*solvere obligationem*' in due *species*: da un lato la remissione, che costituisce il *quid definiendum*; dall'altro l'adempimento, che ai fini della diairesi deve essere messo da parte.

Dopo aver affermato il principio generale che nel modo in cui qualunque cosa è stata contratta, nello stesso modo deve essere sciolta[190], Mucio parte dalle *obligationes re contrac-*

---

contratto che non posso condividere, e che ho tentato di criticare in FIORI 2012, p. 311 ss.

[186] FIORI 2007, p. 1955 ss.

[187] Riferimenti in FIORI 2007, p. 1968 ss. *Adde* SANTORO 2012, p. 558 e nt. 5.

[188] Concordi CARDILLI 2016, p. 300 s.; MARINI 2017, p. 61.

[189] Cfr. Gai 3, 169 e 3, 173.

[190] Lat *quidque*, nel passo, significa propriamente 'ogni cosa', avendo un significato collettivo ed esclusivo che nel raccordo con *prout* determina, in

tae, nelle quali al *contrahere re* corrisponde un *solvere re*: l'esempio è l'adempimento nel *mutuum*, ma non è improbabile che il testo originale contenesse un riferimento anche alla forma di remissione propria dei negozi formali di mutuo, la *solutio per aes et libram*. La seconda categoria è quella delle *obligationes verbis contractae*, nelle quali il debito nasce *verbis* e deve essere rimesso *verbis*, mediante *acceptilatio*, ma che possono essere sciolte con l'adempimento, ossia *re*, *cum solvit quod promisit*[191]. La terza categoria è quella delle *obligationes consensu con-*

---

una traduzione italiana letterale, esiti non semplici: in Fiori 2007, p. 1958 avevo reso liberamente «così come qualcosa viene *contractum*», e questa resa è stata criticata da Santoro 2012, p. 569 sulla base del significato proprio di *quisque*; per rendere il testo in modo maggiormente letterale, adotto qui la traduzione di Stolfi 2018, p. 125 che, per quanto non del tutto appagante sul piano della *concinnitas*, è forse il massimo cui si può aspirare. È bene però chiarire che a mio avviso con *quidque* si fa riferimento all'obbligazione contratta, non – come propone lo studioso siciliano – all'atto obbligante: Santoro 2012, p. 571, afferma che «la giurisprudenza repubblicana usava pronomi (*quod; quodcumque*) per riferirsi ad atti, non agli effetti di atti» (*ibid.*, p. 571), e – più in generale – che all'epoca di Q. Mucio non era «stata ancora riconosciuta l'obbligazione», ma solo il contratto, cosicché «lo scioglimento del vincolo non è concepito ancora come scioglimento del rapporto obbligatorio, ma dell'atto e del rapporto contrattuale (*ibid.*, p. 583). Per quanto riguarda il valore di *quidque*, l'affermazione che esso possa riferirsi solo all'atto è non solo insostenibile sul piano linguistico – un pronome è un'entità capace di sostituirsi a qualunque nome, a prescindere dal significato – ma è anche facilmente smentita dallo stesso passo in esame (cfr. *cum solvit quod promisit*, dove il *quod* si riferisce chiaramente al contenuto della *promissio*, non alla *promissio* stessa come atto obbligante) e altri frammenti di Q. Mucio (cfr. ad es. fr. 38 Lenel = Pomp. 31 *ad Q. Muc.* D. 19, 1, 40, dove *quid se facere oporteret* certamente non si riferisce all'atto della compravendita, ma al dovere di comportamento; fr. 54 Lenel = Cic. *off.* 3, 70: … *quid quemque cuique praestare oporteret*, dove *quid* rinvia chiaramente all'*intentio* delle formule con *demonstratio*, e dunque esprime non l'atto, ma 'tutto ciò che è dovuto'). Dell'affermazione che all'epoca di Q. Mucio mancasse la nozione di *obligatio* come rapporto obbligatorio, e che quindi non si contraesse il vincolo ma l'atto, non è possibile naturalmente discutere in questa sede: per l'importanza della nozione di *obligatio* in Q. Mucio, cfr. condivisibilmente Cardilli 2016, p. 273 ss.; per la correlazione atto~rapporto, a me sembra che l'impostazione qui criticata non sia suffragata dalle fonti e risenta della proiezione, sulle fonti romane, della visione moderna del contratto: cfr. Fiori 2012, p. 311 ss. e spec. p. 329 ss.

[191] Non bisogna pensare che la frase sia riferita alle sole *stipulationes in dando*: l'ablativo *re* si riferisce non alla dazione di una cosa, bensì a compor-

tractae – si fanno gli esempi di *emptio vel venditio vel locatio* – per le quali è sufficiente il *nudus consensus* e pertanto possono anche essere estinte (non solo con l'adempimento: un rilievo che nel passo è implicito[192]) mediante dissenso[193]. In altre pa-

---

tamenti non verbali, nel senso in cui Lab. 1 *ad ed.* fr. 5 Lenel = Ulp. 11 *ad ed.* D. 50, 16, 19 descriveva il *gestum* come *res sine verbis facta*, e l'*actum* come comportamento realizzato *sive verbis sive re*. L'ipotesi di SANTORO 2012, p. 559, che nella fattispecie si pensasse a «due atti costitutivi distinti (uno *re*, l'altro *verbis*) e quindi si dovesse ritenere necessario, ai fini dell'estinzione del rapporto, in applicazione del principio di simmetria …, il ricorso a due atti estintivi distinti (la sola *solutio re* non sarebbe stata sufficiente, ma si sarebbe dovuta compiere anche una *acceptilatio verbis*)» mi sembra smentita non solo dai passi che egli riporta *ibid.*, nt. 7 (cfr. in particolare Pomp. 24 *ad Sab.* D. 46, 2, 7: *cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat* …) ma dallo stesso passo in discorso, allorché si chiarisce che la *solutio* (intesa come adempimento) di una *verbis obligatio* non avviene *verbis*, ma *re* (= mediante comportamenti), *veluti cum solvit quod promisit*.

[192] Ha ragione SANTORO 2012, p. 564 s., nel criticare la mia precedente ricostruzione (FIORI 2007, p. 1974), secondo cui *etiam* si contrapporrebbe alla fattispecie implicita dell'adempimento: la congiunzione ha qui il valore di 'allo stesso modo'. Mi sembra però che il rilievo sia corretto rispetto al valore del termine nel testo, ma non valga a escludere un implicito riferimento all'adempimento, che risulta dalla logica complessiva del passo, né sono d'accordo sul ritenere che *etiam* sia una glossa (*ibid.*, p. 611). L'ipotesi che nel discorso di Mucio l'adempimento sia implicito è accolta, di recente, anche da MARINI 2017, p. 67.

[193] GALLO 1992 p. 33 s. (che mi sembra seguito da CARDILLI 2016, p. 240 s. e 296 s., il quale però sottolinea l'importanza dell'individuazione dell'elemento comune del contrarre *nudo consensu*) ha sostenuto che, mentre le *obligationes re* e *verbis contractae* sarebbero espresse nel passo come 'categoria' (*cum re contraxerimus* …; *cum verbis … contraximus* …) ciò non accadrebbe per quelle *consensu contractae*, che sarebbero espresse come singole figure (*cum emptio vel venditio vel locatio contracta est*), e che ciò deriverebbe dal fatto che all'epoca di Q. Mucio «la categoria delle obbligazioni *consensu contractae* non era ancora configurata». Tuttavia, da un lato, se Q. Mucio trovava l'elemento unificante di queste tre figure, nonché il loro elemento distintivo rispetto alle altre, nel potere le obbligazioni essere contratte con il semplice consenso (*quoniam consensu nudo contrahi potest*), non si vede come potesse non considerarle come una categoria unitaria, separata dagli altri modi di contrarre l'obbligazione; dall'altro, se non esistesse la categoria, ci si dovrebbe aspettare un elenco completo di figure, perché non sarebbe sufficiente un'esemplificazione, come è palesemente il rinvio a *emptio*, *venditio* e *locatio* (cfr. *infra*, in testo). Non appare convincente neanche l'altro argomento dell'a., ossia che dalla doverosità della corrispondenza (*debet*) si passa al piano della possibilità (*potest*): il passaggio è puramente apparente, perché per

role, mentre nelle *obligationes re contractae* e in quelle *verbis contractae* la *solutio* 'deve' (*debet*) avvenire *re* (remissione e adempimento), oppure *verbis* (remissione) o *re* (adempimento), nelle *obligationes consensu contractae* 'può' (*potest*) avvenire *dissensu* (remissione) perché 'può' anche avvenire *re* (adempimento).

Come si vede, l'attenzione di Q. Mucio non è sul 'contratto', ma sul problema del *solvere obligationem*, che viene affrontato tenendo conto di come l'*obligatio* è stata *contracta*. Le categorie rilevanti sono quelle delle *obligationes re*, *verbis* e *consensu contractae*[194], all'interno delle quali vengono fatti solo alcuni esempi: sia il mutuo, sia la *promissio*, sono introdotti da un *veluti*, avverbio che manca rispetto a *emptio venditio* e *locatio*, che tuttavia sono palesemente esempi anch'essi, non solo perché Q. Mucio si era occupato anche della *societas*, ma perché – in un elenco che separa *emptio* e *venditio* – manca quantomeno la *conductio* accanto alla *locatio*.

Peraltro, deve notarsi la peculiarità di quest'ultimo modo di presentare i contratti di compravendita e locazione, ossia separando con un *vel* l'*emptio* dalla *venditio*, e tralasciando la *conductio*. Che ciò derivi dall'errore di uno scriba[195] è ipotesi che non può essere né smentita né provata, e dunque è preferibile non farvi ricorso. Forse possiamo ipotizzare che il significato ampio che i verbi *emere* e *vendere* avevano sino alla metà del II sec. a.C. non fosse ancora stato del tutto messo da parte pochi anni dopo, all'epoca di Q. Mucio, e che pertanto tra di essi non vi fosse una correlazione esclusiva, cosicché ad esempio

---

tutte le categorie vale il principio *prout quidque contractum est, ita et solvi debet*; nell'ultima categoria si passa al *potest* perché in questa – a differenza delle altre, che richiedono, oltre al consenso, un'azione realizzata *re* o *verbis* – è sufficiente contrarre *consensu nudo*, cosicché è anche possibile sciogliere il vincolo *dissensu contrario*. Sull'ipotesi di Cascione 2003, p. 412 s., che all'epoca di Q. Mucio non fosse stato ancora introdotto nel latino il termine *consensus*, cfr. Fiori 2007, p. 1964 s.

[194] Si è ipotizzata una soppressione, nel passo, del riferimento alle *obligationes litteris contractae*, derivante dalla sistematica eliminazione giustinianea dei rinvii ai contratti letterali (cfr. Fiori 2007, p. 1958 nt. 7 e, più di recente, Marini 2017, p. 54 nt. 205); è un'eventualità ai nostri fini ininfluente.

[195] Cannata 2008, p. 61 nt. 132; cfr. già Id. 1970a, p. 440 (= 2011, p. 221).

emere poteva assorbire anche il valore di *conducere*, come abbiamo visto accadere nei formulari catoniani con *redemptor*[196].

L'oscillazione terminologica tra alcuni contratti – e in particolare compravendita e locazione – che avevamo riscontrato sino ai formulari catoniani potrebbe dunque essere presente anche in Q. Mucio, il quale al contrario sembra considerare chiaramente distinte le *obligationes* sulla base del modo in cui sono *contractae*.

8.2. *La tutela dei* iudicia bonae fidei. – In un passaggio famoso del *De officiis* di Cicerone si riporta il pensiero di Q. Mucio rispetto agli *arbitria bonae fidei*[197]:

> Q. Muc. fr. 54 Lenel = Cic. *off.* 3, 70: Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis[198] arbitriis in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis societatibus fiduciis mandatis, rebus emptis venditis conductis locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis[199] magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.

Sul brano esiste una letteratura sterminata[200], ma ai nostri fini è sufficiente concentrarci su alcuni aspetti. Il passo si in-

---

[196] Un'altra possibilità interessante è prospettata da CARDILLI 2016, p. 297 s. (seguito da MARINI 2017, p. 70), il quale ipotizza che si parli non del rapporto (*emptio venditio*, *locatio conductio*) ma della posizione della singola parte, perché la prospettiva di Mucio è quella della remissione unilaterale *mortis causa*, e non la risoluzione del contratto. L'ipotesi potrebbe però trovare un ostacolo nella formulazione generale del principio enunciato da Q. Mucio all'inizio del passo, che parrebbe travalicare i confini della materia dei legati che ha originato il *dictum*.

[197] Sulla riferibilità a Mucio cfr. per tutti STOLFI 2018, p. 170, 374 e nt. 963; sul problema della collocazione del testo nell'opera di Q. Mucio cfr. *ibid.*, p. 379, nonché CARDILLI 2014, p. 65 nt. 67 (con letteratura).

[198] TESTARD 1970, p. 107 preferisce la lettura *his*; per *iis*, oltre a WINTERBOTTOM 1994, p. 137, del quale seguo l'edizione nel riprodurre il testo, cfr. anche ATZERT 1963, p. 106 e FEDELI 1965, p. 185.

[199] Cfr. nt. prec.

[200] Ne riportano un elenco CARDILLI 2014, p. 57 ss. nt. 55; CRISTALDI 2020, p. 110 nt. 14.

serisce nella trattazione ciceroniana della *prudentia* – ossia sulla conoscenza che permette di distinguere tra *bona* e *mala* – e deve essere letto in correlazione con il successivo § 71[201], nel quale si afferma che è necessario eliminare le astuzie e la *malitia*, che appare come *prudentia* ma antepone i *mala* ai *bona*[202]. Questa conoscenza caratterizza il *magnus iudex*[203], il quale deve valutare cosa ci si debba reciprocamente *praestare*[204] in relazione agli *arbitria bonae fidei*[205]: di questi, vengono richiamati quelli relativi alla *tutela*, alla *societas*, alla *fiducia*[206], al *mandatum*, e poi all'*emptio venditio* e alla *locatio conductio*[207]. L'elenco è chiaramente distinto in due parti, come mostra non solo la scansione del testo, in cui le parti sono separate

[201] Nella struttura dell'opera, la sezione precedente relativa alla *iustitia* si conclude con il § 69 (cfr. Fiori 2011b, p. 249), che dunque va tenuto distinto dal successivo, come invece la dottrina fa spesso (cfr. anche Id. 2016b, p. 119).

[202] Cic. *off.* 3, 71: *quocirca astutiae tollendae sunt eaque malitia quae vult illa quidem videri se esse prudentiam, sed abest ab ea distatque plurimum; prudentia est enim locata in dilectu bonorum et malorum, malitia, si omnia quae turpia sunt mala sunt, mala bonis ponit ante.*

[203] Per questa interpretazione di *magni*, cfr. Fiori 2011b, p. 336 s. e nt. 205.

[204] Per il significato da attribuire in questo passo a *praestare*, cfr. *infra*, nt. 205.

[205] Poiché gli elenchi si riferiscono ad *arbitria* (cfr. *infra*, nt. 207), non è possibile riferire *iis* a «rapporti … per il quali venivano concessi *arbitria* …», come propone Sciandrello 2017, p. 52 e nt. 10: peraltro, è chiaro che il *magnus iudex* può *statuere* solo in un giudizio, non in un rapporto versato in un *iudicium* (se dovessimo immaginare che *statuere* si riferisse ai rapporti dedotti in giudizio, avremmo forse trovato *in eos*), e l'oggetto dello *statuere*, ossia *quid quemque cuique praestare oporteret*, non si riferisce alle prestazioni delle parti, ma alla «concretizzazione giudiziale del *dare facere* formulare» (Cardilli 2014, p. 68 nt. 73), che si esprime nella condanna.

[206] Sul problema dell'inclusione della *fiducia* nell'elenco dei rapporti tutelati da *iudicia bonae fidei* mi sembra condivisibile la lettura di Cardilli 2014, p. 64 s. (seguito da Stolfi 2018, p. 376).

[207] Falcone 2013, p. 262 nt. 6 (seguito da Sciandrello 2017, p. 52 ss. e nt. 12) enfatizza la circostanza che l'elenco riguardi i rapporti, non gli *arbitria*. A me sembra che il rilievo sia corretto (io stesso, in Fiori 2011b, p. 334 avevo inteso questi riferimenti come «negozi»; cfr. anche Id. 2016b, p. 119), perché la frase *quibus vitae societas contineretur* non può che riferirsi ai rapporti; tuttavia non attribuirei troppo valore alla differenza, perché nel diritto contrattuale romano il momento di emersione della *bona fides* è il processo: non a caso, in Cic. *nat. deor.* 3, 74 le medesime liste sono dette *iudicia*.

da *rebus*[208], ma anche il confronto con un altro brano di Cicerone, anch'esso verisimilmente influenzato dal pensiero di Q. Mucio[209]:

> Cic. *nat. deor.* 3, 74: … inde tot iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, reliqua quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt …[210]

La prima lista è quella dei giudizi infamanti, che Cicerone chiama *de fide mala* perché in essi la condanna attesta che il convenuto è *malus* in quanto privo di credito (*fides*)[211]. La seconda è quella dei giudizi in cui la condanna non incide sull'*existimatio*, benché l'inadempimento sia avvenuto *contra fidem*, e comprende compravendita e locazione conduzione. Nel *De officiis*, Cicerone riproduce le due liste ma senza riferimenti all'*infamia*. Ciò che gli interessa sottolineare è altro, e cioè che in tutti questi *arbitria* è necessario un *magnus iudex*, soprattutto perché in molti[212] (o forse: 'nella maggior parte'[213]) di essi vi sono *iudicia contraria*.

---

[208] Termine che non può essere inteso come riferito alle 'cose' comprate, vendute, condotte e locate (così Cristaldi 2020, p. 116), perché la *bona fides* non è impiegata nei beni, ma nei negozi (peraltro, una *locatio conductio* non prevede necessariamente una *res*): il termine si riferisce agli stessi contratti (cfr. esattamente Cascione 2003, p. 407).

[209] Il raccordo tra questi due testi, con il rilievo che in Cic. *nat. deor.* 3, 74 si tratta di giudizi infamanti, è in Lombardi 1961, p. 165 ss.; cfr. anche, più di recente, Behrends 2002, p. 227 ss.

[210] L'edizione utilizzata è Pease 1955, p. 1164 s. Cfr. anche Cic. *Caec.* 7: *… qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciae rationem fraudavit quempiam …*; *Rosc. com.* 16: *si qua enim sunt privata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis*; *top.* 42: *si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator.*

[211] Sul significato di *fides*, sul valore dell'opposizione *bonus~malus* rispetto alla *fides*, e infine sul valore della *bona fides* come standard di comportamento del *bonus vir*, cfr. Fiori 2008, p. 237 ss.

[212] Avevo tradotto così in Fiori 2011b, p. 334; cfr. anche Cristaldi 2020, p. 109.

[213] Tra le traduzioni dell'opera, rendono così *in plerisque* Miller 1928, p. 341; Ferrero 1974, p. 799. La traduzione di Griffith, Atkins 1991, p. 126 prescinde dalla comprensione del problema giuridico: «particularly when

Sul valore di quest'ultima espressione nel passo si è discusso. Per alcuni studiosi essa avrebbe il significato che avrà in età classica, ossia indicherebbe un *iudicium* contrapposto a un *iudicium rectum*[214]: il *plerisque* si spiegherebbe in quanto riferito solo a *tutela*, *fiducia* e *mandatum*, gli unici *iudicia* propriamente *contraria*[215]. Per altri studiosi, invece, l'espressione non sarebbe usata in senso proprio, perché nel brano essa parrebbe estesa anche ai *iudicia* di un contratto associativo come la *societas* e di contratti a prestazioni corrispettive come compravendita e locazione[216]. Io credo che la soluzione del problema debba muovere dalla frase *quid quemque cuique praestare oporteret*, che è l'oggetto dello *statuere* del *magnus iudex* e il nucleo centrale del discorso di Cicerone: la *prudentia* permette al *iudex* di distinguere il *bonum* dal *malum* e pertanto ad attribuire a ciascuno il suo[217], realizzando la *iustitia*. Per attribuire a ciascuno il suo, il *iudex* deve bilanciare le posizioni delle parti, e lo fa tenendo conto delle reciproche pretese, il che è possibile perché ognuno ha un'azione, sia quando ciascun contraente ha un'azione 'diretta' (nel caso di *emptio, venditio, conductio, locatio, societas*) sia quando una parte ha un'azione 'diretta' e l'altra un'azione 'contraria' (nel caso di *tu-*

---

judgements are generally conflicting as to how far one man ought to accept his responsibility to another».

[214] Per questa espressione cfr. Gai. 9 *ad ed. prov.* D. 13, 6, 18, 4; in Paul. 29 *ad ed.* D. 13, 6, 17, 1 si parla di *principalis actio*, e in Ulp. 10 *ad ed.* D. 3, 5, 19 di *actio directa*: cfr. per tutti Kaser 1971, p. 528 e nt. 3.

[215] Cfr. Wlassak 1879, p. 195; Ferrini 1894, p. 477 (il passaggio è assente in Id. 1929, p. 90); Rotondi 1909, p. 294 nt. 4 (= 1922, p. 87 nt. 2); Partsch 1913, p. 54 s. (la cui prospettiva è comunque peculiare, perché l'a. ipotizza una struttura formulare in cui avrebbe trovato posto le pretese di entrambe le parti con un'*intentio* diretta al *quidquid alterum alteri dare facere oportet*: per una critica cfr. Arangio-Ruiz 1949, p. 95 s.; Provera 1951, p. 35 s. e, più di recente, Sciandrello 2017, p. 7 ss. e spec. p. 14 s.); Stein 1958, p. 117; Cristaldi 2020, p. 105 ss.

[216] Cfr. Pernice 1895, p. 258 nt. 1; Biondi 1920, p. 154 ss.; Provera 1951, p. 35 s.; Schwartz 1954, p. 213 s.; Benöhr 1965, p. 16 s.; Cardilli 2014, p. 68 e nt. 74; Sciandrello 2017, p. 49 ss.; Stolfi 2018, p. 378 s.

[217] Per il rapporto tra *prudentia* e *suum cuique tribuere*, cfr. Cic. *leg.* 1, 19: *itaque arbitrantur prudentiam esse legem, cuius ea vis sit, ut recte facere iubeat, vetet delinquere, eamque rem illi Graeco putant nomine* νόμον *<a> suum cuique tribuendo appellatam, ego nostro a legendo. Nam ut illi aequitatis, sic nos delectus vim in lege ponimus, et proprium tamen utrumque legis est.*

tela, *fiducia* e *mandatum*). Si noti, peraltro, che nei *Topica*, scritti pochi mesi prima del *De officiis*[218], si legge un brano che quasi riproduce quello in esame, ma che è imperniato sulla *prudentia* dei giuristi anziché del giudice, e aggiunge alla lista dei rapporti in cui esistono doveri reciproci anche la *negotiorum gestio* e l'*actio rei uxoriae*[219]:

> Cic. *top.* 66: In omnibus igitur iis iudiciis, in quibus EX FIDE BONA est additum, ubi [vero] etiam UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est QUOD EIUS AEQUIUS MELIUS, parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt.[220]

Nel brano del *De officiis*, pertanto, il riferimento è verisimilmente tecnico, ma rientra nel più ampio concetto di bilateralità espresso da *quid quemque cuique praestare oporteret*: una bilateralità sostanziale, in cui si pone l'accento sulla possibilità di tutelare ciascuna parte individualmente; non è forse un caso che nel testo l'*emptio* sia distinta dalla *venditio* e la *conductio* dalla *locatio*. Questa prospettiva, che guarda individualmente alla posizione del contraente anche nei contratti bilaterali o associativi, non sembra però essere limitata al conte-

---

[218] Sulla cronologia della composizione delle due opere cfr. FIORI 2011b, p. 9 ss.

[219] Non è possibile affrontare in questa sede le ragioni per cui la *negotiorum gestio* e l'*actio rei uxoriae* non sono ricomprese nell'elenco di Cic. *off.* 3, 70. Rispetto alla prima, FINAZZI 1997, p. 165 ss. ritiene che all'epoca di Q. Mucio non fosse ancora nato il *iudicium bonae fidei* della gestione d'affari, la cui creazione dovrebbe essere datata tra il 75 e il 44 a.C. Più complesso è il problema dell'assenza dell'*actio rei uxoriae*; comunque lo si risolva, di sicuro non è possibile ipotizzare con VARVARO 2006, p. 137 che l'assenza dipenda dal fatto che in essa mancavano le parole EX FIDE BONA perché «l'*actio rei uxoriae*, così come l'*actio fiduciae*, era più antica rispetto ai *bonae fidei iudicia* propriamente detti»: se così fosse, nel brano dovrebbe essere assente anche la *fiducia*.

[220] L'edizione utilizzata è WILKINS 1903, p. 257 s.

sto topico del *De officiis*, perché la ritroviamo anche nel passo citato del *De natura deorum*: Cicerone non distingue singolarmente l'*emptio* dalla *venditio* e la *conductio* dalla *locatio* perché ha interesse a sottolineare la tutela di ogni contraente, ma al contrario può sottolineare la tutela di ogni contraente perché si era soliti distinguere singolarmente la compra dalla vendita e la conduzione dalla locazione; peraltro, è possibile che a questa rappresentazione 'isolata' si debba l'inversione dell'ordine usuale tra *locatio* e *conductio*[221]. L'attenzione alla posizione del singolo non è però sintomo di una visione atomistica incentrata sull'azione[222], quanto del fatto che per Mucio era preminente l'unitario *oportere ex fide bona* – che deriva, per ciascun contraente, dall'impegno assunto: *ex empto*, *ex vendito*, *ex conducto*, *ex locato*, ecc. – rispetto ai singoli schemi contrattuali: ancora all'epoca del giurista la tipicità economica del rapporto era secondaria rispetto all'unità della pretesa obbligatoria.

Ciò naturalmente non significa che i *iudicia* celebrati in relazione ai vari rapporti fossero indistinguibili tra loro: come mostra il passo del *De natura deorum* con le sue due liste, già all'epoca di Q. Mucio essi si differenziavano per l'essere alcuni infamanti e altri no. Tuttavia la conseguenza dell'*infamia*

[221] L'inversione dell'ordine usuale dei termini nell'espressione *conductis locatis* potrebbe essere una peculiarità di Q. Mucio, perché si trova quasi esclusivamente in Cicerone: cfr., oltre ai passi richiamati in testo, Cic. *off.* 2, 40: … *atque iis etiam, qui vendunt, emunt, conducunt, locant contrahendisque negotiis implicantur* …; 2, 64: … *conveniet autem cum in dando munificum esse, tum in exigendo non acerbum in omnique re contrahenda, vendundo emendo, conducendo locando* … La sequenza ritorna solo in Sen. *ben.* 3, 7, 1: *si actio sicut certae pecuniae aut ex conducto et locato datur.* Nei passi dei giuristi, troviamo l'inversione in Lab. 1 *pith. Paul. epit.* D. 14, 2, 10, 1: *habes ex conducto locato cum priore nauta actionem* …, in cui l'ordine dei termini potrebbe derivare dalla natura del negozio (cfr. FIORI 1999, p. 143 s.); Ulp. 30 *ad ed.* D. 16, 3, 1, 10: *in conducto et locato* …; Paul. 48 *ad ed.* D. 39, 2, 18, 4: *invicem ex conducto et locato habent actiones* … in entrambi i passi la sequenza si giustifica per gli esempi precedenti, dove si parla prima di *actio ex conducto* e poi di *actio ex locato*.

[222] Come potrebbe pensarsi seguendo GALLO 1992, p. 38, per il quale la separazione dei termini è espressione di un contrasto tra una più antica prospettiva processuale, riconducibile a Q. Mucio, in cui si darebbe preminenza al punto di vista individuale dell'attore, e una più tarda prospettiva sostanziale, in cui si invece si darebbe risalto all'unità del negozio.

dipendeva dalla natura sostanziale del rapporto[223], non da una particolare struttura formulare – posto che la formula utilizzata era sempre la stessa – quindi non possiamo dire se le azioni che tutelavano questi rapporti fossero o meno caratterizzate dalla tipicità che conosciamo per il diritto classico.

Un testo importante è un'altra testimonianza di Cicerone in cui si riporta un'*exceptio* presente nell'editto provinciale di Q. Mucio del 98 o del 94 a.C.[224]:

> Cic. *Att.* 6, 1, 15: De Bibuli edicto, nihil novi praeter illam exceptionem de qua tu ad me scripseras 'nimis gravi praeiudicio in ordinem nostrum'. ego tamen habeo ἰσοδυναμοῦσαν sed tectiorem ex Q. Muci P. f. edicto Asiatico, EXTRA QUAM SI ITA NEGOTIUM GESTUM EST UT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA.[225]

Nel testo che segue il brano appena riportato, Cicerone scrive di essersi ispirato in molte cose all'editto di Q. Mucio, ma che il proprio editto è più breve di quello del giurista, perché Cicerone ha utilizzato una διαίρεσις[226] che distingue due *genera* inseriti nell'editto ed uno esterno. Il primo *genus* viene descritto come *provinciale*, e in esso si dice trovino spazio rapporti che devono essere trattati tenendo conto del peculiare ambiente delle province: le finanze o i bilanci delle città, i

---

[223] Cfr. LOMBARDI 1961, p. 174 ss. (a prescindere dalla ricostruzione del concetto di *fides* proposta da questo a.).

[224] Per un'esegesi maggiormente accurata del testo rinvio a FIORI 2006, p. 49 ss. La questione della data del governo della provincia d'Asia da parte di Q. Mucio – se sia andato nel 98 a.C. *ex praetura* o nel 94 a.C. *ex consulatu* – è discussa: cfr. un recente quadro della dottrina in SILLA 2014, p. 1 s. nt. 2 (che non prende posizione) e MANZO 2016, p. 14 (che propende per il 94 a.C.). Contro la data del 98 a.C. depone la presenza, accanto a Q. Mucio, di P. Rutilio Rufo, che era un legato di rango consolare (*cos.* 105): che un governatore di rango pretorio fosse accompagnato da un legato di rango superiore, è anomalia del tutto eccezionale, e non è sufficiente a superarla l'ipotesi di FERRARY 2018, p. 11, che Rutilio abbia accettato «per amicizia», perché – nonostante i rapporti di Rutilio con P. Mucio Scevola (cfr. Cic. *off.* 2, 47 e Pomp. *l.s. ench.* D. 1, 2, 2, 40) – indimostrabile e dunque non risolutiva.

[225] L'edizione utilizzata è SHACKLETON BAILEY 1987, p. 214.

[226] Ha dedicato un lavoro specifico alla διαίρεσις ciceroniana, anche in relazione alla struttura dell'editto di Q. Mucio e ai procedimenti logici che ne sono alla base, SILLA 2014, p. 1 ss.

loro debiti, i corrispondenti interessi, le *syngraphae* (ossia i documenti contrattuali che in ambito greco attestavano un prestito ed erano considerati fonti di obbligazione), e tutto ciò che riguardava i *publicani*. Nel secondo *genus* rientrano materie trattate negli *edicta urbana*, ma che devono essere riprodotte nell'editto del governatore provinciale per dare fondamento normativo ai relativi provvedimenti, non adottabili mediante *decretum* né mutuabili direttamente dagli editti dei pretori, il cui *imperium* non si estende alle province: *bonorum possessio* ed esecuzione forzata. Infine, al di fuori dell'*edictum* come documento, essendo non scritto (ἄγραφον), è un *tertium genus* che comprende tutta quella materia – evidentemente, la gran parte – che è già contenuta negli editti del pretore urbano e peregrino, e che Cicerone recepisce indirettamente nella propria *iurisdictio*, forse mediante una clausola di rinvio, riservandosi di provvedere mediante *decreta* modellati sugli strumenti edittali. In questo modo – scrive Cicerone – egli assolve il suo compito e non scontenta nessuno; e i Greci esultano di usare giudici *peregrini*, credendo di aver ottenuto l'αὐτονομία[227].

La dottrina, basandosi sulla διαίρεσις di Cicerone, ha escluso che l'*exceptio* potesse trovare spazio tanto nel secondo *genus*, perché il suo tenore non si addice né alla materia della *bonorum possessio* né a quella dell'esecuzione forzata[228], quanto nel terzo, perché ἄγραφον: si dà infatti per scontato che la clausola dovesse essere scritta, e dunque presente nell'editto[229].

---

[227] Cic. *Att.* 6, 1, 15: *multaque sum secutus Scaevolae, in iis illud in quo sibi libertatem censent Graeci datam, ut Graeci inter se disceptent suis legibus. breve autem edictum est propter hanc meam* διαίρεσιν*, quod duobus generibus edicendum putavi; quorum unum est provinciale, in quo inest de rationibus civitatum, de aere alieno, de usura, de syngraphis, in eodem omnia de publicanis; alterum quod sine edicto satis commode transigi non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, magistris faciendis, <bonis> vendendis, quae ex edicto et postulari et fieri solent. tertium de reliquo iure dicundo* ἄγραφον *reliqui. dixi me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accommodaturum, itaque curo, et satis facio adhuc omnibus. Graeci vero exsultant quod peregrinis iudicibus utuntur. 'nugatoribus quidem' inquies. quid refert? ii se* αὐτονομίαν *adeptos putant.*

[228] Cfr. Talamanca 2003, p. 155.

[229] Cfr. ad es. Peppe 1991, p. 35; Talamanca 2003, p. 155; Cardilli 2014, p. 41.

Se ne è pertanto dedotta l'appartenenza della clausola al *genus provinciale*, e si è pensato che la sua principale applicazione riguardasse le *syngraphae*, che sarebbero state utilizzate essenzialmente dai *publicani*[230]. Tuttavia l'*exceptio* è formulata in termini tanto ampi da ricomprendere ogni *negotium gestum*, non solo le *syngraphae*, e non può escludersi che i rapporti negoziali degli *equites* si costruissero secondo schemi diversi da queste ultime: un conto è che, di fatto, l'*exceptio* fosse usata (anche) contro i *publicani*, un altro è che si legasse giuridicamente solo alle esazioni. Inoltre, la lettera appare strutturata secondo schemi retorici che fanno comprendere che vi è una cesura tra la parte in cui Cicerone richiama i suoi modelli e quella in cui si riferisce al suo *ius dicere*, cosicché appare arbitrario interpretare la prima parte alla luce della seconda: quando parla dell'editto di Bibulo, Cicerone non ha ancora introdotto la sezione relativa al contenuto del suo editto[231]. Se dunque deve senz'altro escludersi la riferibilità dell'*exceptio* al secondo *genus*, non sembra vi siano motivi per limitare la portata della clausola al primo. In realtà, l'unico argomento a favore di questa riconduzione è l'idea che nella frase *ego tamen habeo* ἰσοδυναμοῦσαν *sed tectiorem* il verbo indichi che Cicerone ha inserito nel suo editto l'*exceptio* di Q. Mucio, egualmente efficace ma più protettiva, e che pertanto l'*exceptio* stessa non possa rientrare nel *genus* ἄγραφον. Senonché *habeo* con l'accusativo ha anche il senso di 'considero, stimo, giudico'[232]: Cicerone potrebbe aver detto di considerare egualmente efficace e più sicura l'eccezione di Q. Mucio, non di averla inserita nel proprio *edictum*.

---

[230] Cfr., la letteratura indicata in Fiori 2006, p. 55 nt. 16; *adde* Cardilli 2014, p. 41 ss.; Ferrary 2018, p. 14 ss.

[231] Per una più ampia discussione di questi temi cfr. Fiori 2006, p. 55 ss.

[232] Cfr. per tutti Bulhart 1936a, col. 2443 ss.; altri riferimenti in Fiori 2006, p. 60 nt. 31. L'ipotesi è apparsa non convincente a Ferrary 2018, p. 15 nt. 50, senza che però l'a. espliciti le sue ragioni. Maggiormente circostanziata la critica di Goria 2007, p. 116 nt. 6, per il quale «l'ordine delle parole latine e la mancanza di un pronome dimostrativo (ad es. *eam*) di richiamo rende estremamente improbabile la … interpretazione»; a me sembrerebbe del tutto inutile il pronome, posto che segue subito il testo dell'*exceptio*, ma se lo si ritenesse necessario dovrebbe pensarsi lo stesso anche interpretando *habeo* nel senso di 'ho'.

Riconducendo l'*exceptio* al *genus* ἄγραφον, anziché a quello *provinciale*, diviene possibile ipotizzare che essa fosse presente non solo negli editti provinciali dell'età di Cicerone, ma anche in quelli urbani; e poiché non è verisimile che tutte le soluzioni contenute nell'editto di Q. Mucio fossero state create dal giurista, è possibile che l'*exceptio* sia più antica anche di quest'ultimo[233]. Questo dato pone il problema del rapporto tra l'*exceptio* dell'editto di Q. Mucio, quella dell'editto di Bibulo e l'*exceptio doli*, cui le prime due vengono spesso accostate. Al riguardo, occorre in primo luogo rilevare che l'eccezione di Bibulo doveva avere caratteri di originalità sia rispetto al rimedio muciano, perché altrimenti non si spiegherebbe la preferenza espressa da Cicerone; sia rispetto all'*exceptio doli* dell'editto pretorio, che nel 51 a.C., quando viene scritta la lettera ad Attico, doveva già essere presente negli editti urbani, posto che viene menzionata in due frammenti di Ofilio[234]: se così non fosse, potrebbe apparire strano che Cicerone parli dell'eccezione di Bibulo e non accenni minimamente alla ben più nota e rilevante *exceptio doli*[235].

In secondo luogo, occorre considerare gli effetti dell'inserimento dell'eccezione di Mucio in un *iudicium*. Almeno sino all'età dei Severi, prima che l'*exceptio doli* acquisisse le caratteristiche di una *exceptio generalis*, l'inserimento di questa eccezione in un *iudicium stricti iuris* aveva effetti molto più limitati,

---

[233] Goria 2007, p. 115 obietta a questa ipotesi (avanzata in Fiori 2006, p. 60 ss.) che, se l'*exceptio* appartenesse al *genus* ἄγραφον, «dovremmo domandarci come mai l'Arpinate indichi come fonte quello di Q. Mucio, senza nemmeno accennare alla fortuna goduta da essa in Roma».Tuttavia, come avevo scritto (*ibid.*, p. 60), a mio avviso «la frase *multaque sum secutus Scaevolae* mostra che quest'ultimo ha assunto l'editto di Q. Mucio come modello molto autorevole, e da esso ha tratto alcune soluzioni che evidentemente non erano presenti in tutti gli editti (altrimenti non si giustificherebbe la precisazione che le ha tratte da quello muciano) ma che non necessariamente erano presenti solo nell'editto di Scevola».

[234] Ofil. *ad ed. praet. et aed. cur.* fr. 5 Lenel = Paul. 6 *ad ed.* D. 2.10.2; *ex inc. libr.* fr. 55 Lenel = Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.6. Per l'esistenza del rimedio di Aquilio Gallo in questa data, cfr. per tutti Burdese 2006, p. 99 ss.

[235] Cfr. Fiori 2006, p. 64 s. Anche in questo caso, il rilievo è apparso non convincente a Ferrary 2018, p. 15 nt. 52, senza però che l'a. espliciti i suoi argomenti.

rispetto all'*officium iudicis*, di quanto avveniva in un *iudicium bonae fidei*, nel quale il giudice poteva tener conto di una serie di elementi emersi nel processo ma non inseriti nella formula mediante eccezioni. Al contrario, l'inserzione di una *exceptio* come quella di Q. Mucio, nella quale si chiede al giudice di verificare se il negozio è stato *gestum* 'in modo tale che non sia doveroso *ex fide bona* essere ad esso vincolati'[236], avrebbe inevitabilmente ampliato l'*officium iudicis* negli stessi termini di una *intentio* al *quidquid dare facere oportet ex fide bona*[237]. La conseguenza di ciò è che sarebbe stato del tutto inutile inserire l'*exceptio* in un *iudicium bonae fidei*, perché si sarebbe chiesto al giudice di fare due volte la stessa verifica: una volta in virtù dell'*intentio* e un'altra sulla base dell'*exceptio*[238]. D'altronde,

[236] Spero che questa traduzione del testo esprima meglio il mio pensiero della libera resa («a meno che l'affare sia stato condotto in modo tale che non si sia vincolati ad un *oportere ex fide bona*») che avevo proposto in FIORI 2006, p. 77 allo scopo di sottolineare che le parole (*non*) *oporteat ex fide bona* della clausola devono essere collegate all'*oportere ex fide bona* (cfr., più in generale, *ibid.*, p. 74 ss.). Questa interpretazione è stata infatti intesa da GORIA 2007, p. 116 s. come una traduzione letterale, ed è stata criticata perché «sopprime completamente *eo (negotio)* (è questo il referente di *stari*) e perché in qualche modo utilizza due volte *oportere*: una per accentuare in *stari* il senso di 'essere vincolati' e l'altra come referente del medesimo, al posto di *eo*; invece è il *negotium*, non l'*oportere*, quello a cui non si è vincolati in base alla buona fede». In realtà, l'interpretazione dell'a. crea un non altrimenti attestato *stari ex fide bona* che, comunque, giuridicamente non potrebbe avere altro senso che quello di *oportere ex fide bona*, posto che nel diritto romano la *bona fides* cd. oggettiva si esprime solo nelle forme dell'*oportere*.

[237] Ciò è contestato da GORIA 2007, p. 118, secondo il quale «i poteri del giudice di determinare il contenuto e l'estensione degli obblighi di dare o fare previsti nell'*intentio*» avrebbero « una estensione maggiore (non in sé e per sé, ma a causa dell'ampiezza dell'oggetto) di quelli che permettono al giudicante di togliere efficacia al negozio se vi rilevi, su indicazione del convenuto, lesioni della buona fede di sufficiente gravità». Personalmente non riesco a capire – né mi sembra che l'a. spieghi – che differenza vi sia tra il caso in cui il convenuto venga assolto perché il giudice, sulla base di un'eccezione, ha verificato che il negozio non è vincolante *ex fide bona*, oppure venga assolto perché il giudice, valutando l'*intentio* della formula, abbia ritenuto che il convenuto non sia vincolato *ex fide bona*; e ciò soprattutto considerando l'inerenza delle eccezioni ai *iudicia bonae fidei*, ossia considerando che il giudice può assolvere sulla base di un fatto (che poteva essere) eccepito dal convenuto.

[238] È forse necessario chiarire, posto quanto scrive BUZZACCHI 2007, p. 159 («la formula così concepita suona ridondante»), che nella ricostruzione

non sarebbe stato possibile neanche inserire l'eccezione in un *iudicium stricti iuris*, perché essa – ampliando *ope exceptionis* l'*officium iudicis* esattamente come nei giudizi di buona fede avviene in virtù dell'*intentio* – avrebbe reso impossibile ogni preventiva determinazione dei *iudicia bonae fidei*; e ciò benché sia proprio Q. Mucio – come risulta dal passo del *De officiis* che abbiamo esaminato sopra – a presentarne un elenco. In altri termini, l'*exceptio* di Q. Mucio non è compatibile con nessun *iudicium* strutturato nelle forme a noi note del processo formulare. Ci troviamo, a mio avviso, di fronte a uno strumento processuale che è proprio di una fase storica in cui alle formule con *demonstratio* non era stata ancora aggiunta la frase finale SI NON PARET ABSOLVITO, e la funzione di quest'ultima era svolta da eccezioni – più precisamente *praescriptiones pro reo* – analoghe a quella muciana[239].

Se questa ricostruzione fosse condivisibile – se cioè l'*exceptio* di Mucio aveva la funzione del SI NON PARET ABSOLVITO, consistendo in una negazione dell'*intentio* – dovremmo conclu-

---

da me proposta in FIORI 2003a, *passim*, il testo dell'*exceptio* (meglio: della *praescriptio pro reo*) e quello dell'*intentio* sono alternativi, nel senso che il giudice procede nell'analisi della formula solo se trova infondata la *praescriptio pro reo*; altrimenti ferma il processo, considerando non realizzata la *litis contestatio*.

[239] Per questa ricostruzione cfr. FIORI 2003a, p. 28 ss. Naturalmente, a mio giudizio, tutte le formule con *demonstratio* avrebbero dovuto essere precedute da una *praescriptio pro reo* analoga a quella di Q. Mucio, ma non vedo per quale ragione dovrebbe ritenersi che essa dovesse essere «ormai assolutamente standardizzata» all'epoca di Cicerone e forse anche di Q. Mucio, come ritiene GORIA 2007, p. 117: è verisimile che nella pluralità di editti gli strumenti mutassero, come mostra anche l'eccezione di Bibulo, sia che la si ritenga una variante dell'*exceptio doli*, sia che si pensi che contenesse anch'essa un riferimento alla *bona fides* (cfr. FIORI 2006, p. 62 ss.). Rilevo incidentalmente che, a differenza di quanto sostenuto da BUZZACCHI 2007, p. 157 s., la mia ipotesi non «riprende l'idea di Betti di una originaria inserzione, nel *iudicium* adatto al caso concreto, di una *praescriptio*», perché BETTI 1914, p. 674 ss. pensa a una *praescriptio pro actore*, non (come me) a una *praescriptio pro reo*, e interpreta il *quidquid* dell'*intentio* come fosse un *si quid*, sostanzialmente annullando la peculiarità della frase iniziale al *quod* (cfr., per una critica di questa teoria, FIORI 2003a, p. 11 ss.). La critica di VARVARO 2008, p. 24 ss. all'interpretazione della *praescriptio pro reo* di Wlassak, e conseguentemente alla mia che su di essa si fonda, è più complessa, e richiederebbe una discussione che non può trovar spazio in questa sede.

dere che essa non ci dà molte informazioni in più di quanto faccia la struttura formulare dei *iudicia bonae fidei*. E tuttavia, proprio per questo, la clausola è utile per rilevare una peculiarità delle formule con *demonstratio* su cui dovremo tornare, ossia che in esse l'*intentio* è sempre identica (con la sola variazione dell'aggiunta EX FIDE BONA), non dando alcun rilievo ai 'tipi', se non *per relationem* sulla base del rinvio alla *demonstratio* operato dalle parole QUA DE RE AGITUR[240].

8.3. *I singoli contratti in Q. Mucio: l'*emptio venditio. – Q. Mucio si occupa anche di singoli contratti. Alcuni frammenti non sono di grande aiuto per la comprensione del nostro problema – così quelli in materia di *stipulatio*, deposito e forse mandato[241]. In altri casi, possiamo trarre alcuni elementi di

[240] Secondo BUZZACCHI 2007, p. 148 e 150, le parole *quidquid paret dare facere oportet* sarebbero da intendere come *condemnatio*, piuttosto che come *intentio* secondo quanto dice Gaio, cosicché le formule con *demonstratio* sarebbero prive di *intentio*. L'affermazione non è condivisibile non solo perché si scontra con il chiaro discorso del giurista romano – cosicché bisognerebbe chiedersi e spiegare quali fossero le ragioni dell'errore di Gaio – ma non considera che in questa parte della formula è presente l'*oportere*, ossia il fondamento della pretesa dell'attore, che nelle formule al *si paret* si trova appunto nell'*intentio*. Da questo punto di vista, è fuorviante il raccordo, proposto dall'a., tra la *demonstratio* della *formula in ius concepta* e l'*intentio* della *formula in factum concepta* del deposito (*ibid.*, p. 151: «se a *'quod … deposuit'* si sostituisse, come avviene normalmente, la locuzione *'si paret … deposuisse …'*, l'affermazione circa il deposito della mensa argentea risulterebbe al di là di ogni dubbio una *intentio*, come infatti avviene nell'*actio in factum*»), perché nella *formula in factum concepta* manca, ovviamente, il riferimento all'*oportere*; bisognerebbe piuttosto confrontare la formula con *demonstratio* con formule al *si paret* altrettanto *in ius conceptae*, come ad es. quella della *condictio*, la cui *intentio* contiene il riferimento all'*oportere*: *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere …* (LENEL 1927, p. 237). Né vale richiamare i passi in cui si usa il verbo *intendere* con riferimento alla ragione della pretesa descritta nella *demonstratio* o si tratta della *pluris petitio* (BUZZACCHI 2007, p. 151 ss.): è chiaro che – poiché le azioni tutelate con formule con *demonstratio* non sono astratte – occorre indicare la 'causa' della pretesa, ma ciò non significa che la *demonstratio* coincida con l'*intentio*; piuttosto, le due *partes formulae* sono collegate dalla frase *qua de re agitur*.

[241] Per la *stipulatio*, cfr. Q. Muc. *l. s.* ὅρων D. 50, 17, 73, 3-4; a parere di STOLFI 2018 (che nei singoli luoghi richiama la letteratura alla base delle sue scelte), sarebbero da ricondurre a Q. Mucio anche i seguenti frammenti, assenti nella palingenesi di Lenel, in cui si fa riferimento a una *stipulatio*: Pomp. 3 *ad Q. Muc.* D. 45, 1, 109 (fr. 10; cfr. *ibid.*, p. 195); D. 45, 3, 37 (fr. 11;

valutazione. Il primo (probabile) frammento è in materia di compravendita[242]:

> Pomp. 31 *ad Q. Muc.* D. 18, 1, 66, 1: Si cum servitus venditis praediis deberetur nec commemoraverit venditor, sed sciens esse reticuerit et ob id per ignorantiam rei emptor non utendo per statutum tempus eam servitutem amiserit, quidam recte putant venditorem teneri ex empto ob dolum.[243]

Nell'ipotesi in cui il venditore, pur *sciens*, abbia omesso di ricordare l'esistenza di una servitù costituita a favore del fondo venduto, e l'acquirente a causa di questa reticenza abbia perso il diritto per non uso, alcuni (*quidam*) ritengono – secondo Pomponio, correttamente – che il venditore sia responsabile *ex empto*, a causa del dolo.

Il riferimento all'opinione dei *quidam* ha indotto a ritenere che vi fosse una contrapposizione tra il pensiero di questi, condiviso da Pomponio, e quello di Q. Mucio, che Pom-

---

cfr. *ibid.*, p. 195 s.); 4 *ad Q. Muc.* D. 45, 1, 110, 1 (fr. 17; cfr. *ibid.*, p. 208 s.); 5 *ad Q. Muc.* D. 45, 1, 111 (fr. 30; cfr. *ibid.*, p. 237 s.); Cic. *leg.* 2, 53 (fr. 95; cfr. *ibid.*, p. 389 ss.). Per il deposito cfr. Q. Muc. *iur. civ.* fr. 22 Lenel = Pomp. 6 *ad Q. Muc.* D. 46, 3, 81, su cui cfr. per tutti Stolfi 2018, p. 241 ss. Per Evans Jones 1986, p. 106 nt. 3, il passo attesterebbe la conoscenza, da parte di Q. Mucio, della *formula in factum* del deposito; contrario Walter 2012, p. 80, il quale dubita che Q. Mucio abbia conosciuto le formule dell'*actio depositi* (cfr. anche *ibid.*, p. 225; più sfumata la posizione in Id. 2023, p. 2464, dove parla di «unbekannter Formelgestaltung»). Dubita della riconducibilità al mandato di Q. Muc. *iur. civ.* fr. 44 Lenel = Cels. 7 *dig.* D. 17, 1, 48 pr. Nörr 1993, p. 25 e nt. 57, che pensa a un'*actio depensi* o *in factum*; sul testo cfr. per tutti Stolfi 2018, p. 334 ss., cui *adde* Giménez Candela 1993, p. 176 s. e Heinemeyer 2023, p. 2373 e nt. 115 (sul rapporto tra mandato e garanzia).

[242] Altre frammenti in materia sono: Q. Muc. *iur. civ.* fr. 35 Lenel = Cels. 8 *dig.* 18, 1, 59 e Venul. 16 *stip.* D. 21, 2, 75; fr. 37 Lenel = Pomp. 31 *ad Q. Muc.* D. 18, 1, 66 pr. e 2, entrambi in materia di dichiarazioni del venditore e servitù; fr. 36 Lenel = Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18, 2, 11, 1 e 13 pr., relativo all'*in diem addictio*; fr. 38 Lenel = Pomp. *ad Q. Muc.* D. 19, 1, 40, sulla doppia vendita di fondo e alberi a due compratori diversi; fr. 39 Lenel = Paul. 50 *ad ed.* D. 40, 12, 23 pr. sulla vendita dell'usufrutto di un uomo libero; su questi passi cfr. per tutti il commento di Stolfi 2018, p. 304 ss.; l'a. aggiunge (*ibid.*, p. 151) dubitativamente un altro frammento, che trae da Pomp. 31 *ad Q. Muc.* D. 41, 1 54 pr. (fr. 64, su cui cfr. *ibid.*, p. 314 s.).

[243] Per un'esegesi più approfondita del passo cfr. Fiori 2011a, p. 127 ss.

ponio commenta e che è citato nel successivo § 2[244]. Tale contrapposizione, che sembra effettivamente probabile, non è però sufficientemente chiarita nel passo: non possiamo perciò far altro che, procedere per supposizioni. Il frammento, se davvero riconducibile a Q. Mucio, deve essere inserito nelle discussioni che, più o meno negli anni in cui il giurista era console, avevano preso forma rispetto ad alcuni processi famosi, di cui siamo informati da Cicerone nel *De officiis*[245] e che, per la comprensione del nostro testo, devono essere brevemente ricordati.

Il primo processo si è svolto non più tardi del 91 a.C.[246] e riguardava la vendita di una casa. T. Claudio Centumalo aveva ricevuto dagli auguri l'ordine di demolire quelle parti della propria casa la cui altezza impediva ai sacerdoti di trarre gli auspici, e aveva perciò deciso di metterla in vendita, trovando come acquirente P. Calpurnio Lanario. Quest'ultimo però, acquistata la casa, aveva a sua volta ricevuto l'ordine degli auguri e, essendo venuto a sapere che Claudio aveva messo in vendita la casa dopo l'intimazione, aveva instaurato un procedimento per la condanna di Claudio al pagamento di *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. La sentenza fu pronunciata da M. Porcio Catone Saloniano, padre dell'Uticense, il quale decise che si dovesse tenere indenne l'acquirente per il danno subìto[247], 'in quanto nel vendere la cosa il venditore era a conoscenza del suo stato e non ne aveva dato conto': decise cioè, commenta Cicerone, che è conforme alla *bona fides* che l'acquirente sia informato del *vitium* di cui il venditore è a conoscenza[248].

---

[244] Riferimenti in Fiori 2011a, p. 128 nt. 87.

[245] Per un più ampio esame cfr. Fiori 2011a, p. 118 ss. e 122 ss.; Id. 2011b, p. 318 ss. e 323 ss.

[246] Considerando che M. Porcio Catone Saloniano muore non oltre questa data: cfr. Miltner 1953, col. 166.

[247] Rendo così l'espressione *damnum praestari oportere* sulla scorta delle valutazioni di Cardilli 1995, p. 159 ss.

[248] Cic. *off.* 3, 66-67: *ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque T. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. itaque Cal-*

Il processo attesta il superamento di una regola decemvirale che prevedeva – come lo stesso Cicerone ricorda al lettore – che il *mancipio dans* rispondesse per le false dichiarazioni in una *mancipatio*, subendo la pena del *duplum*[249]. Non sappiamo quale fosse il tenore della norma[250], ma è verisimile che essa si rivolgesse a tutte le *mancipationes*, e non solamente a quelle dirette a realizzare, dal punto di vista economico, una 'vendita'. L'*interpretatio* successiva dei giuristi – che ha stabilito doversi punire anche la *reticentia*, ossia che il venditore rispondesse di tutti i *vitia praedii* di cui avesse avuto conoscenza se non li avesse resi noti in modo specifico[251] – si è mossa invece di sicuro avendo in mente il contratto consensuale. Cicerone scrive che l'attore *arbitrum … adegit quicquid sibi dare facere oporteret ex fide bona*, e afferma chiaramente che la nuova regola è basata sui doveri di buona fede (*ergo ad fidem bonam statuit pertinere …*)[252]. Cicerone non parla di *actio empti*, ma la regola è strettamente collegata, sul piano logico, all'attività economica di un'*emptio venditio*, essendo difficilmente adattabile ad altri *iudicia bonae fidei* (se non a una *locatio conductio*). È questo un esempio, mi pare, di come l'abbandono degli strumenti 'generali' del *ius Quiritium* consenta un approfondimento della logica 'specifica' del rapporto econo-

---

purnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit quicquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus) is igitur iudex ita pronuntiavit, 'cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere'. 67. *Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. (…).* Seguo l'edizione Winterbottom 1994, p. 135.

[249] Tab. 6, 2 = Cic. *off.* 3, 65: *ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poena subiret …*

[250] La ricostruzione proposta da Humbert 2018, p. 257 (*si infitias ierit, dupli damnas esto*) è molto congetturale.

[251] Cic. *off.* 3, 65: *… a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicdquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere.*

[252] Una parte della dottrina ne ha dubitato: cfr. Fiori 2011a, p. 121 nt. 68.

mico, che viene valorizzata dai giuristi grazie al criterio della *bona fides* – inteso come parametro di razionalità del negozio e, conseguentemente, di comportamento del *bonus vir* – il che porta inevitabilmente a differenziare il contratto dagli altri (su ciò cfr. § 10).

Il secondo processo si svolge nello stesso torno di tempo del precedente[253]. In questo caso, M. Mario Gratidiano aveva rivenduto a G. Sergio Orata la casa che quest'ultimo gli aveva alienato pochi anni prima. La casa era gravata di una servitù, ma nella *mancipatio* Mario non aveva dichiarato il vincolo, e Orata lo aveva citato in giudizio. I difensori delle parti erano i più grandi oratori del loro tempo: di Gratidiano era *patronus* M. Antonio, mentre Orata era difeso da L. Licinio Crasso. Quest'ultimo, scrive Cicerone, invocava il *ius*, ossia la regola elaborata dai *prudentes* secondo cui si risponde per la *reticentia*; Antonio, invece, invocava l'*aequitas*, sostenendo che, poiché il vincolo non era ignoto a Sergio in quanto precedente proprietario della casa, non era necessaria una espressa dichiarazione del vincolo, non potendosi considerare *deceptus* chi conosce la condizione giuridica del bene acquistato[254].

Anche in questo caso ci si trova senz'altro dinanzi a un contratto consensuale, tutelato nell'ambito del processo formulare[255]. Il principio di diritto fissato nel giudizio è una con-

---

[253] Cfr. per tutti TALAMANCA 2003, p. 146: l'episodio è ricordato anche in Cic. *de orat.* 1, 178, opera che si svolge in forma di dialogo ambientato nel 91 a.C.

[254] Cic. *off.* 3, 67: *M. Marius Gratidianus, propinquus noster, C. Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. eae [Sergio] serviebant, sed hoc in mancipio Marius non dixerat; adducta res in iudicium est. Oratam Crassus, Gratidianum defendebat Antonius. ius Crassus urgebat, 'quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari', aequitatem Antonius, 'quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo iure esset, teneret'. quorsus haec? ut illud intellegas, non placuisse maioribus nostris astutos.*

[255] È l'opinione generalmente accolta: cfr. letteratura in FIORI 2011a, p. 123 nt. 71. La proposta di TALAMANCA 2003, p. 146 ss. (nonché *ibid.*, p. 145 nt. 407) di vedere nell'azione di Orata un'*actio auctoritatis* originata dalla *mancipatio* nella quale Gratidiano non aveva dichiarato le servitù, che sarebbe stata tutelata nel processo *per legis actiones*, pone una serie di difficoltà. Innanzitutto non si comprende come il *ius civile* arcaico potesse veicolare criteri equitativi, oltretutto in un processo *per legis actiones*; inoltre, abbiamo

seguenza del caso precedente. La regola di *ius* invocata da Crasso secondo cui si sanziona la *reticentia* è stata elaborata attraverso l'*interpretatio* dei doveri emergenti dall'*oportere ex fide bona* ed è pertanto entrata nel *ius civile*. Antonio, invocando l'*aequitas*, non chiede al giudice una sentenza contro il *ius civile*, ma piuttosto propone di interpretare il *ius* in accordo con le concrete circostanze: poiché il *vitium* non era ignoto a Orata, che a sua volta aveva venduto la casa a Gratidiano, non può parlarsi di *deceptio* dell'*emptor*, e dunque di responsabilità *ex fide bona* del venditore. L'*aequitas* di Antonio è analoga all'ἐπιείκεια aristotelica, che non è contrapposta al *ius*, ma interna ad esso perché mira a intenderne lo spirito contro la lettera, operando sempre come «categoria tecnica dell'*interpretatio*»[256], e la chiusura del brano (*quorsus haec? ut illud intellegas, non placuisse maioribus nostris astutos*) rende verisimile l'ipotesi che sia stata proprio quest'ultima posizione a prevalere[257]: d'altronde, i testi della giurisprudenza classica ci informano del fatto che in ipotesi simili il venditore non era considerato responsabile[258].

In questi due casi, insomma, i giudici si erano orientati nel senso del superamento della regola della *mancipatio* per

---

elementi per ritenere che l'operazione interpretativa dei *prudentes* che ha condotto alla sanzione della *reticentia* non sia stata condotta sul piano del *ius Quiritium*, ossia della *mancipatio*, ma solo nell'ambito della tutela *ex empto*. Per immaginare un'*actio auctoritatis* dovremmo dunque ritenere che Gratidiano avesse espressamente dichiarato che le *aedes* erano prive di vincoli, e tuttavia non solo ciò non risulta dal testo, ma sia il *non dixerat*, sia il rapporto con l'episodio precedente, inducono a pensare che la fattispecie fosse di *reticentia*.

[256] VACCA 2006, p. 25.

[257] Non mi sembra convincente l'ipotesi di VOIGT 1856, 50 ss. (spec. p. 51 nt. 20) e RODGER 1983, p. 134 ss., spec. p. 140 ss. (cfr. ID. 1994, p. 239, più attenuato), secondo cui il convenuto Gratidiano sarebbe stato in realtà condannato per aver violato la *bona fides* non menzionando l'esistenza della servitù, nonostante Orata ne fosse a conoscenza: in teoria, a questa affermazione si sarebbe potuto rispondere che Orata aveva a sua volta violato la *bona fides* per aver promosso un giudizio in cui si lamentava un inganno che in realtà non aveva avuto luogo (in una funzione che più tardi, nei *iudicia stricti iuris*, sarebbe stata affidata alla *exceptio doli* cd. *generalis*).

[258] Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18, 1, 13: *sed si servo meo vel ei cui mandavero vendas sciens fugitivum illo ignorante, me sciente, non teneri te ex empto verum est*; Ulp. 28 *ad ed.* D. 19, 1, 1, 1: … *haec ita vera sunt, si emptor ignoravit servitutes, quia non videtur esse celatus qui scit neque certiorari debuit qui non ignoravit.*

cui sono sanzionabili solo le dichiarazioni espresse, e avevano ammesso la responsabilità del venditore per la *reticentia*, basandola sul principio di *bona fides*, ma d'altra parte avevano stabilito che la regola non dovesse applicarsi quando l'acquirente era già a conoscenza del vizio della *res*.

Torniamo al frammento di Q. Mucio. Anch'esso riporta un problema di *reticentia*, ma in questo caso il venditore ha taciuto non un *vitium*, bensì un pregio del bene di cui era a conoscenza, e il compratore ha perso il diritto perché, non essendone a conoscenza, non lo ha usato. È chiaro che, se i *quidam* (e Pomponio) ritenevano che il venditore fosse responsabile, evidentemente il loro anonimo contraddittore – come si è detto, forse Q. Mucio – doveva negarlo.

Il passo va distinto in due parti – anzi tre. La prima parte riproduce la questione; la seconda la soluzione dei *quidam*; la terza, assente, doveva contenere nel testo originale l'opinione che i *quidam* contrastavano. Poiché nella prima parte si parla di *scientia* del venditore, e il *dolus* entra in gioco solo nella seconda parte, non dobbiamo pensare che anche Q. Mucio ragionasse in termini di dolo. Tra le due nozioni, naturalmente, vi è una notevole differenza teorica e pratica: come abbiamo visto nel processo di Orata e Gratidiano, la *scientia* non determina responsabilità quando non abbia causato uno squilibrio informativo tra le parti; se però vi è stato squilibrio, affiché si riconosca la responsabilità del convenuto l'attore non ha bisogno di affrontare la complessa prova del dolo, essendo sufficiente provare che il venditore sapeva e non ha informato il compratore, eventualmente anche per semplice negligenza[259]. Senonché, nella fattispecie in esame, la *scientia* del venditore non ha prodotto uno squilibrio tra le prestazioni: l'*emptor* ha ritenuto congruo il prezzo del terreno anche senza sapere dell'esistenza della servitù esistente a suo favore, e la servitù è un di più che avrebbe potuto al limite far aumentare il prezzo. La soluzione di Q. Mucio, che non riteneva responsabile il venditore, si fonda probabilmente su questa assenza di squilibrio: il giurista, che come abbiamo visto (§ 8.2) riteneva che il ruolo precipuo della buona fede fosse quello di con-

[259] Cfr., ancora una volta, i casi discussi *infra*, § 10.

sentire al giudice di determinare *quid quemque cuique praestare oporteret*, non reputa che in questo caso si debba qualcosa *ex fide bona*.

La differente opinione dei *quidam* deve essere probabilmente spiegata tenendo conto del fatto che in un momento successivo vengono introdotte da Aquilio Gallo le *formulae de dolo*, che avrebbero consentito di condannare il venditore – qualora si fosse provato che aveva agito con dolo – per il fatto in sé, a prescindere dall'avere il comportamento prodotto uno squilibrio contrattuale. Ciò può aver determinato nei giuristi successivi l'idea che una tutela *ob dolum* potesse essere ottenuta mediante l'*actio empti*, anziché con l'*actio de dolo* – che, come sappiamo, è un'azione residuale.

Il passo non consente di comprendere quale fosse la posizione di Q. Mucio rispetto a una tutela 'tipica' della compravendita: se l'esame sin qui compiuto fosse condivisibile, dovremmo concludere ancora una volta che l'attenzione del giurista era rivolta, più che alle caratteristiche dei singoli contratti, alla valenza del principio di buona fede.

8.4. *I singoli contratti in Q. Mucio: la* locatio conductio. – Un altro frammento interessante è in materia di *locatio conductio*:

> Q. Muc. 2 *iur. civ.* fr. 6 Lenel = Pomp. 9 *ad Q. Muc.* D. 34, 2, 34 pr.: Scribit Quintus Mucius: si aurum suum omne pater familias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifici faciundum dedisset, aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur.[260]

Scrive Q. Mucio che, se un *paterfamilias* ha realizzato un legato[261] di *omne aurum suum* a favore della moglie, l'oro che abbia dato ad un orefice per la lavorazione, o che sia dovuto

[260] Per una più accurata esegesi del testo cfr. Fiori 1999, p. 50 ss. La mia lettura è condivisa da Bretone 2008, p. 815 e nt. 14, e Stolfi 2018, p. 252 s.

[261] È ormai abbastanza condivisa l'idea che si tratti di un legato *per damnationem*: cfr. Benke 1987, p. 161 ss. (seguito da Gröschler 2005, p. 69 nt. 36); Metro 1995, p. 195 e nt. 19; Fiori 1999, p. 51; Cardilli 2016, p. 77; Stolfi 2018, p. 252 nt. 345. Pensava a un legato *per vindicationem* Mayer-Maly 1956, p. 38.

al *pater*, a meno che non sia stato ripesato dall'orefice non è dovuto alla moglie.

La difficoltà maggiore posta dal passo è nella parte centrale della testimonianza, e precisamente nelle tre proposizioni: *id aurum, quod aurifici faciundum dedisset, aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset*. La prima frase parla di *aurum faciundum dare* e, per il fatto che il verbo usato non è *locare*, si è sostenuto che Mucio non avrebbe ricostruito il rapporto come un unico contratto di locazione, ma avrebbe pensato a una locazione delle *operae* e a un mutuo dell'*aurum*[262], oppure a una *permutatio*[263]: in realtà l'uso di *dare* in simili contesti è del tutto normale, e non preclude la riconduzione dell'intero contratto a *locatio conductio*[264]. La seconda frase parla di *aurum … quod ei deberetur*, e ci si è chiesti che rapporto abbia con l'*aurum faciundum datum*. Secondo alcuni studiosi[265], la prima espressione si riferirebbe a oggetti d'oro dati dal *pater* all'*aurifex* a titolo di pagamento del materiale, mentre la seconda alluderebbe all'oro dato dal *pater* all'*artifex* affinché quest'ultimo ne usasse direttamente per realizzare il manufatto. Al contrario, deve ritenersi che l'espressione *aurum faciundum dare* indichi l'oro da trasformare – non l'oro dato per trasformarne altro (ciò che si sarebbe detto piuttosto *aurum faciendi causa dare* oppure *aurum ad faciendum dare*) – mentre con l'ampia espressione *aurum debitum* si fa riferimento a tutto l'oro dovuto dall'orefice al *pater*. Ciò è confermato dall'ultima frase (*si ab aurifice ei repensum non esset*), che deve riferirsi necessariamente a entrambi i tipi di *aurum*, perché il soggetto logico delle tre frasi è sempre *id aurum*[266]: non solo

---

[262] Amirante 1959, p. 72 s. nt. 17.

[263] Metro 1995, p. 198 s.

[264] Cfr. Pomp. 9 *ad Q. Muc.* D. 34, 2, 34 pr.: … *si aurum dederit ita ut* …; Gai. 3, 147: … *si meum aurum ei dedero* …; 2 *rer. cott.* D. 19, 2, 2.1: … *si ego aurum dedero*… Più in generale, ogni volta che si forniscono dei materiali ad un artefice affinché ne ricavi un alcunché si usa il verbo *dare* al posto di *locare*: cfr. Sab. fr. 82 Lenel = Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18, 1, 20: *dare aream, ubi insulam aedificare*; Ulp. 18 *ad ed.* D. 9, 2, 27, 29: *calicem diatretum faciendum dare*; 32 *ad ed.* D. 19, 2, 13, 5: *gemmam includendam aut insculpendam dare*.

[265] Benke 1987, p. 171 ss.

[266] Non è circostanziata, e non mi sembra condivisibile, l'affermazione di Plisecka 2011, p. 142 che «dal punto di vista puramente grammaticale» la frase *si ab aurifice ei repensum non esset* dovrebbe riferirsi solo all'*aurum debitum*.

l'oro dovuto, ma anche l'oro dato per la realizzazione può essere ripesato – ossia restituito al *pater* – quando ne sia avanzato dalla realizzazione[267]. In ogni caso, sinché non è stato *repensum*, ossia restituito al *pater* rientrando nel suo *dominium*, l'oro non rientra nel legato di *omne aurum suum*, in quanto sia l'*aurum datum* sia l'*aurum debitum* sono nel patrimonio dell'orefice: evidentemente per Q. Mucio è possibile che all'interno di una locazione si realizzi un passaggio di *dominium*[268], ciò che la giurisprudenza successiva – almeno a partire da Sabino – avrebbe escluso, riconducendo il rapporto a compravendita tutte le volte che i materiali vengono forniti dal committente[269].

---

[267] Fiori 1999, p. 56; giunge autonomamente alla medesima conclusione Gröschler 2005, p. 70 nt. 38. Per Longo 2010, p. 307 s. e ntt. 47-48 (= 2019, p. 214 ss. e ntt. 58-59), l'*aurum debitum* sarebbe quello avanzato dalla lavorazione e non utilizzato, prima della pesatura che determina la restituzione: in questa interpretazione non si comprenderebbe però l'utilità, per Q. Mucio, di distinguere tra l'*aurum faciundum datum* e l'*aurum debitum*, posto che il secondo sarebbe già compreso nel primo e dunque sarebbe per ciò stesso escluso dal legato di *omne aurum suum*.

[268] A parere di Longo 2010, p. 314 (= 2019, p. 225 s.), non vi sarebbe alcuna diversità di vedute tra Q. Mucio e Pomponio: entrambi i giuristi avrebbero considerato impossibile che in una *locatio conductio* vi fosse un trasferimento di proprietà, ma entrambi avrebbero ammesso che in questo caso si determinasse il passaggio di *dominium* in considerazione del «dato oggettivo della peculiare natura dell'*aurum*», che provocherebbe il trasferimento a prescindere dal tipo di contratto. Questa spiegazione tuttavia non riesce a chiarire perché Pomponio ammetta il passaggio di proprietà solo per l'oro dato come pagamento, in quanto il manufatto doveva essere realizzato *ex alio (auro)*, e lo neghi per l'oro dato affinché da questo fosse tratto il manufatto (ipotesi in cui, scrive Pomponio, *dominium … non mutavit*). Non sono molto chiare le categorie dogmatiche impiegate da Plisecka 2011, p. 141 ss., la quale si interroga su «l'oggetto del contratto di locazione» e si chiede «se l'oggetto locato fosse la materia, dalla quale veniva forgiato il prodotto, oppure il prodotto stesso», e risponde che per Q. Mucio «la cosa locata» sarebbe consistita «nel materiale consegnato al lavoratore» (*ibid.*, p. 146): al di là del fatto che il diritto romano non conosceva la categoria 'oggetto del contratto' (cfr. Fiori 2003b, p. 171 ss.), seguendo questa impostazione – e usando la nozione di 'oggetto del contratto' in modo conforme al diritto civile contemporaneo – dovremmo concludere che per Q. Mucio il committente avrebbe pagato l'orefice non per ottenere i manufatti, ma per fornirgli il materiale.

[269] Cfr. *infra*, § 14.

Considerando che nella giurisprudenza del I-II sec. d.C. il passaggio di proprietà sarà assunto come 'marcatore' della distinzione tra *locatio conductio* ed *emptio venditio* (§ 14), questo dato è molto significativo: coerentemente con le oscillazioni terminologiche che abbiamo riscontrato sino a Catone, e forse nello stesso Q. Mucio (§ 8.1), il giurista non avverte la necessità di definire i confini tra i due contratti[270].

8.5. *I singoli contratti in Q. Mucio: la* societas. – Una maggiore attenzione alle peculiarità del tipo si trova in un noto frammento di Q. Mucio in materia di *societas* (Q. Muc. 14 *iur. civ.* fr. 8 Lenel)[271]:

---

[270] La complessa discussione sviluppatasi intorno a questo testo – e a quello, connesso, di Alf. 5 *dig. a Paulo epit.* D. 19, 2, 31 – nella dottrina soprattutto italiana non sembra aver catturato l'interesse degli autori di due recenti studi. Secondo GRÖSCHLER 2005, p. 72, la soluzione di Q. Mucio sarebbe dovuta alla circostanza che nella sua epoca non sarebbe ancora esistita una responsabilità per colpa, ma solo per dolo: conseguentemente, Q. Mucio avrebbe risolto il problema trasferendo la proprietà del materiale fornito all'orefice, dando vita a un «Kreditvertrag» (*creditum*). L'idea mi sembra impossibile da accogliere, anche considerando che lo stesso a. ammette che «Ansätze einer *culpa*-Haftung finden sich bei Quintus Mucius … für das *commodatum*» (*ibid.*, p. 72 nt. 48) – ma in effetti in Ulp. 28 *ad ed.* D. 13, 6, 5, 3 non si rinvengono solo 'accenni' alla responsabilità per *culpa*: è il cuore del discorso di Q. Mucio (cfr. *infra*, § 8.6). Altra opinione è quella di FORSCHNER 2011, §§ 62-63, il quale esamina il passo insieme a quello di Alfeno e sostiene che i giuristi repubblicani avrebbero previsto il passaggio di proprietà allo scopo di mettere il conduttore al riparo da responsabilità da delitto (*furtum* o *damnum iniuria datum*), mentre successivamente la nascita del principio per cui *non solet locatio dominium mutare* sarebbe il frutto di un processo di «Eigentumsdogmatisierung». Anche questa ricostruzione mi sembra improbabile: sia perché nessuno di questi problemi si rinviene nel frammento di Q. Mucio; sia perché è difficile pensare che Alfeno (o Servio?), al fine di rigettare l'*actio oneris aversi*, non abbia tenuto conto delle forme giuridiche esistenti, ma le abbia inventate *ad hoc*; sia perché il passaggio di proprietà, se mette al riparo da azioni da delitto, comporta per il conduttore – come rileva giustamente BACKHAUS 2004, p. 255 – l'assunzione dei rischi derivanti dall'essere *dominus*, il che era particolarmente rilevante nei trasporti marittimi (cfr. PURPURA 2014, p. 141); sia infine perché sarebbe opportuno spiegare in cosa consista l'ipotizzata «Eigentumsdogmatisierung» del diritto successivo.

[271] Mi sono occupato di questo frammento in FIORI 2011a, p. 211 ss.

> Paul. 6 *ad Sab.* D. 17, 2, 30: Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat.
>
> Gai. 3, 149: Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. quod Quintus Mucius <contra naturam societatis esse censuit.>[272]
>
> Inst. 3, 25, 2: De illa sane conventione quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam.

Q. Mucio riteneva che, in una *societas*[273], non fosse ammissibile che un socio ricevesse una parte maggiore di utile e sopportasse una parte minore di perdita: le *partes lucri* e *damni* dovevano essere tra loro eguali[274], altrimenti l'accordo sarebbe stato *contra naturam societatis*. Il parere di Mucio viene criticato da Servio Sulpicio Rufo, dando vita a una *magna quaestio*. Per comprendere i termini della discussione[275], occorre a mio avviso considerare che il latino rende con *lucrum* sia i ricavi sia gli utili, e con *damnum* sia i costi sia le perdite. Servio rilevava che, se è vero che in assoluto non può darsi una *societas* in cui gli utili e le perdite sono assegnati in modo diverso tra i soci, tuttavia nel caso in cui un socio avesse conferito la propria *opera*, egli, pur sopportando meno costi patrimoniali (*damnum*), avrebbe dovuto partecipare agli utili

[272] Seguo nell'integrazione l'edizione SECKEL, KÜBLER 1935, p. 167.

[273] Sul fatto che la *societas* in questione sia il contratto consensuale, oggi non si dubita: cfr. per tutti CARDILLI 2008, p. 19.

[274] Naturalmente, si fa riferimento agli utili e alle perdite in alternativa tra loro nel conto finale: non può sostenersi con HORAK 1969, p. 162, che Q. Mucio abbia parlato di una concorrenza di eguali utili 'e' perdite, e che per questo sia stato criticato da Servio; cfr. SANTUCCI 1997, p. 45 nt. 32.

[275] Per una rassegna delle posizioni della dottrina cfr. per tutti SANTUCCI 2014, p. 333 ss.

(*lucrum*) in modo conforme al proprio conferimento, considerando che *saepe opera alicuius pro pecunia valet*[276].

In altre parole, Servio ammetteva una disparità tra utili e costi patrimoniali, non tra utili e perdite[277], e sulla stessa linea si ponevano Cassio e Sabino, i quali avrebbero aggiunto – o forse solo chiarito – che ciò naturalmente implicava che tra il costo sopportato dal socio d'opera (ossia la stessa *opera*) e il costo sopportato dal socio di capitale (*damnum*) vi fosse corrispondenza[278]. Probabilmente, la posizione di Q. Mucio era

[276] Serv. *repr. Scaev.* fr. 5 Lenel = Paul. 6 *ad Sab.* D. 17, 2, 30: *Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur*; Gai. 3, 149: … *<sed Servius Sulpicius, cuius> etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti. nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet*; I. 3, 25, 2: *Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. et adeo contra Quinti Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit, posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit: quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta, solum quod superest intellegatur lucri esse. Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa: in eo quoque quod praetermissum est eandem partem servari.*

[277] Concordo dunque, in linea di massima, con la lettura di WIEACKER 1936, p. 251 ss., spec. p. 361 ss.; ID. 1971, p. 346 s. (seguito da BONA 1973, p. 26 ss.), ma credo che la soluzione serviana passi anche per l'esigenza di chiarire l'ambiguità semantica dei termini *lucrum* e *damnum* (il problema è percepito, rispetto a Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 2, 72, 7, anche da TALAMANCA 1981, p. 336 nt. 129). Come si vede, contrariamente a quanto generalmente ritenuto in dottrina (WATSON 1965, p. 142; BONA 1973, p. 34; SANTUCCI 1997, p. 41), è necessario valorizzare il passo di Paolo, che appare molto più accurato di Gai. 3, 149 e di Inst. 3, 25, 2 nel riportare il contenuto delle opere (oltre che il luogo esatto da cui trae le notizie), il che potrebbe anche derivare dal fatto che egli aveva dinanzi agli occhi i testi dei giuristi repubblicani, mentre Gaio potrebbe aver attinto da Sabino (come ipotizza WATSON 1965, p. 141).

[278] Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 29, 1, su cui cfr. FIORI 2011a, p. 213 s. nt. 352. La necessità di una corrispondenza tra *opera* e costo patrimoniale mi

condivisibile ma troppo generale, e poteva indurre a ritenere che dovesse esservi necessaria corrispondenza tra gli utili e i costi patrimoniali, ossia i conferimenti in beni e denaro; l'intervento di Servio mira a precisare che anche il conferimento in opera ha un valore economico[279].

Ai nostri fini è però importante il riferimento alla *natura societatis* – che compare solo nelle Istituzioni giustinianee, ma che è molto probabilmente una citazione letterale del giurista repubblicano, posta la proposizione oggettiva retta da *existimavit*[280] – che si collega a una serie di altre evenienze in cui si parla di *natura contractus*, *depositi*, *mandati*[281], per indicare la struttura giuridica del rapporto[282]. Evidentemente Q. Mucio si preoccupava di individuare regole conformi a una struttura tipica, almeno dal punto di vista economico-sociale[283]. Ci si

---

sembra esclusa che la soluzione serviana mirasse a favorire il socio d'*opera* (così invece, per vie diverse, HORAK 1969, p. 159 ss. e TALAMANCA 1981, p. 29): l'obiettivo del giurista è di fare in modo che nessuna parte risulti avvantaggiata sull'altra.

[279] Potrebbe apparire che questa soluzione minimizzi la portata della *quaestio*, che Gaio definisce *magna* (cfr. ad es., SANTUCCI 2014, p. 336, il quale ritiene che questa conseguenza si determini seguendo la ricostruzione di TALAMANCA 1981, p. 24 ss.); tuttavia occorre considerare la possibilità che l'espressione gaiana alluda, più che a una discussione 'grande' nel senso di 'accesa' o 'impegnativa', a una discussione (o a un problema) 'di grande rilievo', in considerazione della portata pratica della soluzione. Quest'ultimo significato sarebbe peraltro coerente con il valore che *magna quaestio* ha per lo più nelle fonti: cfr. Cic. *fin.* 2, 34; *Tusc.* 1, 23; *nat. deor.* 2, 52; Plin. *nat. hist.* 11, 186; 29, 93; Plin. jr. *ep.* 10, 65, 1; Ulp. 75 *ad ed.* D. 44, 2, 7, 1. Altre volte il senso sembra essere 'problema discusso perché di incerta soluzione': Cic. *div.* 1, 38; 1, 117; *off.* 3, 70 (ma cfr. *infra*); Plin. *nat. hist.* 7, 205; 15, 69; Tac. *dial.* 1, 2; 16, 1. Il senso di 'grande discussione', ossia di questione che ha dato vita a molto dibattito, mi sembra sia rintracciabile solo in Plin. *nat. hist.* 10, 20; 11, 46; Hyg. grom. *gen. contr.* 88 e 95 Thulin (nel senso di controversie), e forse in Cic. *off.* 3, 70 (in questo senso la intendevo in FIORI 2011b, p. 335 s.).

[280] Pone il problema TALAMANCA 1990a, p. 70 s. e nt. 137, ma lo risolve positivamente, almeno nella sostanza (l'a. si fonda su Gai. 3, 149, dove il riferimento alla *natura societatis* è ricostruito dagli editori, ritenendo sicura l'integrazione: cfr. ID. 1981, p. 329 nt. 93); cfr. anche, più di recente, STOLFI 2018, p. 330 e nt. 746, con bibliografia.

[281] Cfr., rispettivamente: Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 5; Pap. 9 *quaest.* D. 16, 3, 24; Paul. 5 *quaest.* D. 19, 5, 5, 4.

[282] Cfr. MASCHI 1937, p. 98; TALAMANCA 1979, p. 19 nt. 128.

[283] Così TALAMANCA 1990a, p. 71; cfr. anche CARDILLI 2008, p. 23.

potrebbe chiedere se una simile struttura sia identificabile con un modello specifico di *societas*: ad esempio, considerando che Q. Mucio non parla del socio d'opera, si è ipotizzato che egli avesse in mente soprattutto la *societas omnium bonorum*, il cui modello originario sarebbe stato il *consortium ercto non cito*, e che pertanto ritenesse necessario conservare quote uguali; ciò sarebbe peraltro coerente con una scarsa propensione del giurista ad affrontare temi connessi alle realtà dei traffici commerciali[284]. Senonché Mucio si esprime in termini così generali, che appare più probabile che egli ragionasse sull'intero contratto. D'altronde, che anche Q. Mucio si interessasse alle società di lucro è dimostrato da un altro passo, in cui egli afferma che nella *societas universorum quae ex quaestu veniunt* non devono essere ricompresi eredità, legato e donazione[285].

In conclusione, già nel pensiero di Q. Mucio si coglie la preoccupazione di determinare la struttura del contratto, espressa in termini di *natura societatis*. Non sappiamo però se questa tipicità sostanziale si sia già tradotta in una tipicità dell'azione, perché nel frammento non si pongono problemi di distinzione 'esterna' tra tipi.

8.6. *I singoli contratti in Q. Mucio: il* commodatum. – Un altro testo ha per oggetto il comodato:

> Q. Muc. *iur. civ.* fr. 30 Lenel = Ulp. 28 *ad ed.* D. 13, 6, 5, 3: Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit[286].

---

[284] Letteratura in SANTUCCI 2014, p. 337 ss. (che accetta questa prospettiva).

[285] Q. Muc. 14 *iur. civ.* fr. 7 Lenel = Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 11: … *et ita de hereditate legato donatione Quintus Mucius scribit.* Per il raccordo tra i due passi cfr. TALAMANCA 1990a, p. 72 nt. 144.

[286] Sul passo è una notevole letteratura: cfr. per tutti ZANNINI 1983, p. 91 s. nt. 33; CARDILLI 1995, p. 190 ntt. 2-3.

Il frammento si inserisce in un discorso ulpianeo che parte dal commento alla clausola edittale in cui il pretore promette di *dare iudicium* rispetto al fatto che (*quod*) qualcuno avrà detto di aver dato qualcosa in comodato[287]. Sulla base di questa premessa, potrebbe pensarsi che il commento di Ulpiano si concentri sulla *formula in factum concepta* del comodato, ma procedendo nella lettura si trovano riferimenti anche all'azione come *iudicium bonae fidei*[288], e pertanto si comprende che il giurista severiano parla in generale dell'*actio commodati*.

Nel paragrafo precedente il nostro frammento, Ulpiano affronta il problema dei criteri di responsabilità, indicando come parametro l'*utilitas*: se il vantaggio è tutto per una parte, è giusto che l'altra risponda solo per dolo; se il vantaggio è di entrambe, che si risponda anche per colpa[289]; infine se, come nel comodato – e qui veniamo al nostro testo –, l'*utilitas* è solo di una parte, questa risponderà, come affermava Q. Mucio, tanto per *culpa* quanto per *diligentia*, essendo anche tenuta – se per caso sia stata data una cosa di cui era stata fatta la stima e il comodatario si è impegnato a darne il valore – a *praestare omne periculum*.

Come si vede, oggetto della *sententia* di Q. Mucio è ciò che il comodatario deve *praestare* al comodante[290], e gli sforzi interpretativi della dottrina si sono concentrati sul problema della responsabilità contrattuale[291]. Io credo però che sia necessario seguire, rispetto al significato di *praestare*, l'interpretazione che vi vede la coesistenza di categorie che il diritto contemporaneo distingue: l''adempimento', la 'responsabilità', la 'sopportazione del rischio'[292]. Nell'affermazione di Mucio che il co-

[287] Ulp. 28 *ad ed.* D. 13, 6, 1 pr.: *ait praetor:* QUOD QUIS COMMODASSE DICETUR, DE EO IUDICIUM DABO.

[288] Ulp. 28 *ad ed.* D. 13, 6, 3, 2: *in hac actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis …*

[289] Ulp. 28 *ad ed.* D. 13, 6, 5, 2.

[290] La vecchia ipotesi che la *sententia* di Q. Mucio si riferisse alla *fiducia cum amico* è da tempo superata: cfr. ZANNINI 1983, p. 93 s.; MILAZZO 2018, p. 69 s.

[291] Cfr. la letteratura citata in ZANNINI 1983, p. 91 s. nt. 33; CARDILLI 1995, p. 190 s. ntt. 2-3.

[292] Cfr. CANNATA 1992, p. 1 ss.; ID. 1993, p. 1 ss., e soprattutto CARDILLI 1995.

modatario deve *praestare* sia la colpa sia la diligenza (*et culpam praestandam et diligentiam*) vi è naturalmente un uso di *praestare* nel senso di 'responsabilità'[293]; nella frase *qui aestimationem se praestaturum recepit* il significato è nella direzione dell''adempimento'. Resta l'ultima evenienza del verbo, *omne periculum praestandum*. Si è ipotizzato che questa frase si riferisca a una responsabilità per *custodia*[294], in armonia con quanto scrive Ulpiano più avanti nel testo[295]; tuttavia, a ben vedere, l'*omne periculum praestare* deriva dal fatto che il comodatario ha assunto l'obbligazione alternativa di pagare il valore del bene[296]: si tratta non di responsabilità, ma di un (secondo e alternativo) dovere di adempimento che svolge di fatto la funzione di garantire ogni rischio relativo alla *res*, la cui restituzione è però oggetto non della seconda obbligazione, ma solo della prima.

In un simile contesto, viene da chiedersi se la prospettiva di Q. Mucio sia la stessa di Ulpiano: quest'ultimo discute dell'*actio commodati*, mentre Mucio fa rientrare nel comodato un'ipotesi in cui non si restituisce l'*idem* bensì il valore economico della *res*, ossia una fattispecie che per i giuristi successivi non sarebbe stata tutelabile con l'*actio commodati*[297]. Se Mucio ne tratta insieme al normale schema contrattuale, ponendola come alternativa alla restituzione della *res*, è probabilmente perché entrambe le fattispecie erano ancora tutelate mediante la *condictio*[298]: nell'*actio commodati*, infatti, si chiede la condanna pecuniaria del convenuto per non aver restituito

---

[293] Sul problema del rapporto tra *culpa* e *diligentia* nel passo mi limito a rinviare a CARDILLI 1995, p. 191 ss.

[294] Così ad es. ZANNINI 1983, p. 93; CANNATA 1993, p. 65.

[295] Ulp. 28 *ad ed.* D. 13, 6, 5, 5.

[296] Così, esattamente, CARDILLI 1995, p. 196.

[297] Cfr. Pomp. 21 *ad Sab.* D. 19, 5, 26 (dove però non si ha obbligazione alternativa, ma un accordo senz'altro diretto all'*argentum*): *si tibi scyphos dedi, ut eosdem mihi redderes, commodati actio est: si, ut pondus argenti redderes quantum in illis esset, tantidem ponderis petitio est per actionem praescriptis verbis* … La dottrina più risalente riteneva interpolato il riferimento all'*actio praescriptis verbis*, ipotizzando il riferimento alla *condictio*, mentre più di recente ARTNER 2002, p. 166 ne difende la genuinità.

[298] Sulla possibilità che fosse questa la tutela originaria del contratto cfr. *supra*, § 7. Cfr. anche PASTORI 1954, p. 17; SANTORO 1971, p. 361 nt. 8, che tuttavia pensano a una indistinzione tra comodato e mutuo.

la *res*, parametrata sul valore della *res* stessa (nella *formula in factum*), oppure in relazione a tutto ciò che è dovuto *ex fide bona* (nella *formula in ius*); in questo caso, invece, la condanna è chiesta perché il convenuto non ha pagato la somma di denaro dovuta[299]. Probabilmente, perciò, all'epoca di Mucio il contratto di comodato aveva acquisito una tipicità negoziale, ma non ancora una tipicità processuale, essendo tutelato mediante l'azione generale di *certum*.

9. *Tipicità dei negozi e tipicità delle azioni*

9.1 *Il problema.* – Le fonti sino all'inizio del I sec. a.C. attestano dunque una situazione in cui alcuni rapporti appaiono

[299] Altri autori hanno senz'altro pensato all'*actio commodati*, discutendosi solo se la *formula* fosse *in ius* o *in factum concepta*. ZANNINI 1983, p. 99 ss. (seguito da CARDILLI 1995, p. 192 e nt. 8) propende per la *formula in factum*, anche in considerazione del fatto che l'esistenza della *formula in ius* sarebbe esclusa da Treb. fr. 12 Lenel = Paul. 11 *ad ed.* D. 4, 3, 18, 3, nel quale si dà l'*actio de dolo* contro il comodante che abbia dolosamente fornito al comodatario dei pesi contraffatti affinché il venditore pesasse la merce da dare al compratore (*ut venditor emptori merces adpenderet*); ciò dimostrerebbe che all'epoca di Trebazio ancora non esisteva l'*actio commodati contraria* (cfr. PASTORI 1954, p. 388 s.; ZANNINI 1983, p. 105 s.; MILAZZO 2018, p. 219 nt. 152). Tuttavia nel passo non si dice che l'*actio de dolo* è concessa al comodatario, come normalmente si interpreta il frammento, e nemmeno chi sia – tra venditore e acquirente – il comodatario (cfr. ad es. Ulp. 37 *ad ed.* D. 47, 2, 52, 22, in cui i pesi sono stati dati in comodato all'acquirente). È dunque possibile che Trebazio desse l'*actio de dolo* al venditore nei confronti del comodante che avesse prestato i pesi al compratore, oppure al compratore se i pesi fossero stati prestati al venditore: come nota Paolo, il venditore potrà agire contro il compratore con la *condictio* per farsi dare indietro le merci in eccesso, e il compratore con l'*actio empti* contro il compratore per farsi restituire il prezzo in eccesso; tuttavia, non essendovi responsabilità dell'altra parte, non potranno agire per il risarcimento se non contro il comodante. Il frammento, pertanto, non dice nulla sulla storia dell'*actio commodati* (*contraria*). Ritengono che Q. Mucio parli della *formula in factum* gli studiosi richiamati da ZANNINI 1983, p. 99 s. nt. 46, cui *adde* CERAMI 1995, p. 293; STOLFI 2018, p. 287 nt. 531; MILAZZO 2018, p. 77 e 119; COSTA 2021, p. 21, 73. Al contrario, SACCOCCIO 2002, p. 487 nt. 44 sembrerebbe propendere per la *formula in ius* sulla base di Pomp. 38 *ad Q. Muc.* D. 13, 1, 16, ma senza fornire spiegazioni (in realtà è dubbia anche la possibilità di riferire l'intero frammento a Q. Mucio; lo ipotizza ad es. MILAZZO 2018, p. 71 ss.; più prudente STOLFI 2018, p. 158, che si limita dubitativamente alla parte *qui … obstringitur*).

relativamente distinti sul piano negoziale, soprattutto quando le forme di costituzione dell'obbligazione variano o gli assetti economici di riferimento sono diversificati. È chiaro, ad esempio, che tra un'*obligatio verbis contracta* e una *consensu contracta* non può non cogliersi la differenza. Più difficile è la distinzione tra rapporti entrambi costituiti (ad esempio) *consensu* che abbiano una struttura non troppo lontana, come accade per *emptio venditio* e *locatio conductio*, di cui ancora Gaio nel II sec. d.C. coglieva la *familiaritas*[300].

Ora, come detto all'inizio di questo contributo (§ 1), a me sembra che, se si ammette questa relativa indistinzione, occorre porsi il problema di come tutto ciò si riflettesse sul piano processuale. In un sistema quale è quello romano classico, in cui le azioni sono tipiche, non sono infatti ammissibili oscillazioni terminologiche: se Tizio è conduttore dovrà usare l'*actio conducti*, e se esperisce l'*actio empti* perderà il processo, perché il giudice, alla richiesta dell'attore di condannare il convenuto sulla base di una *emptio venditio*, non potrà far altro che assolverlo, posto che tra le parti è stato realizzato un contratto differente. L'interrogativo che bisogna porsi è dunque se questa tipicità, che è al tempo stesso tipicità dei negozi e tipicità delle azioni, sia originaria, e per rispondere è necessario riflettere sulla genesi e sulla storia più antica del processo formulare.

9.2. *L'origine della tipicità nel diritto pretorio.* – Che la struttura del processo formulare a noi nota dalle Istituzioni di Gaio sia nata per tutelare pretese di diritto pretorio a me pare indubbio[301]. Il fatto che il *iudex* fosse un *privatus* non aveva posto problemi nelle *legis actiones*, perché la sua funzione era di 'mostrare il *ius*', cosicché la vincolatività della sua *sententia* derivava dallo stesso *ius*, una volta accertato: non a caso lo stesso esito si otteneva quando il *ius* era accertato per altre vie, come in caso di *confessio in iure*. Allorché il pretore decide di dare tutela anche alle pretese non rientranti nel *ius*, che gli sviluppi dell'economia e della società avevano fatto emergere a

[300] Gai. 3, 145.

[301] Per quanto segue, cfr. FIORI 2003a, spec. p. 178 ss.

partire dal III sec. a.C., la condizione del *iudex privatus* diviene un problema, perché la sua *sententia* è relativa non al *ius*, ma a una situazione di fatto. Anche questa *sententia*, per avere effetti vincolanti, doveva avere un fondamento giuridico: non potendolo rinvenire nella pretesa, il pretore trasforma la *litis contestatio* – da momento in cui si chiede ai presenti di farsi testimoni *apud iudicem* di ciò che è avvenuto *in iure* – nel momento in cui le parti si vincolano dinanzi al pretore ad accettare e a eseguire la sentenza: il convenuto promette di pagare una somma corrispondente al valore della controversia nell'ipotesi in cui abbia ragione l'attore, e pertanto si chiede al giudice di confermare questo impegno (*condemnare*); correlativamente, l'attore accetta che si chieda al giudice di liberare il convenuto dall'impegno assunto (*absolvere*) qualora accerti che la ragione è dalla parte del *reus*. Questa struttura, che è connaturata alle esigenze originarie del processo formulare, non muta neanche quando, secoli dopo, esso viene utilizzato per tutelare fattispecie di *ius civile*.

Se si ammette che il processo formulare sia nato per tutelare rapporti di diritto pretorio, occorre anche ritenere che le azioni siano state sin dall'inizio tipiche. Infatti la tutela del diritto pretorio passa per la promessa di *iudicium dare* contenuta in una clausola edittale che deve descrivere a quale fattispecie si indirizza la tutela pretoria. Si consideri, a titolo di esempio, la clausola edittale del deposito (per quanto rispetto a questo contratto bisognerebbe fare un discorso più complesso) così come riportata da Ulpiano:

> Ulp. 30 *ad ed.* D. 16, 3, 1, 1: Praetor ait: 'QUOD NEQUE TUMULTUS NEQUE INCENDII NEQUE RUINAE NEQUE NAUFRAGII CAUSA DEPOSITUM SIT, IN SIMPLUM, EARUM AUTEM RERUM, QUAE SUPRA COMPREHENSAE SUNT, IN IPSUM IN DUPLUM, IN HEREDEM EIUS, QUOD DOLO MALO EIUS FACTUM ESSE DICETUR QUI MORTUUS SIT, IN SIMPLUM, QUOD IPSIUS, IN DUPLUM IUDICIUM DABO.'

La tipicità della clausola edittale si riflette sulla formula, che nell'*intentio* contiene la descrizione del rapporto per il quale si agisce. Si veda la *formula in factum concepta* del deposito:

> IUDEX ESTO. SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM, IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO.[302]

A differenza della *legis actiones*, che hanno una portata generale – non solo la *legis actio sacramenti*, ma anche la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, se si considera che è utilizzabile per un rapporto altrettanto generale come la *verborum obligatio*, e la *legis actio per condictionem*, valida per tutte le pretese di *certum* – le azioni formulari erano dunque in origine necessariamente tipiche: la portata del diritto pretorio corrispondeva, anno per anno, alla lista dei rapporti che il pretore intendeva tutelare nel periodo di carica.

9.3. *Il problema della genesi del* ius gentium. – Se la tipicità delle azioni pretorie si collega alla clausola edittale e al collegato impegno del pretore di *dare iudicium*, è necessario ritenere che le azioni civili non dovevano necessariamente essere tipiche: infatti, mentre le azioni pretorie *a praetore dantur*, quelle civili *ipso iure competunt*[303], e non a caso per esse non è prevista una clausola edittale[304]. Tuttavia potrebbe ritenersi che la tipicità sia una necessità anche per le azioni a tutela dei rapporti civilistici di *ius gentium*, qualora si seguisse la teoria maggioritaria secondo la quale il *ius gentium* sarebbe derivato dal diritto pretorio. Com'è noto, secondo questa teoria la prima protezione processuale dei rapporti di *ius gentium* sarebbe stata garantita da *formulae in factum conceptae*: lo dimostrerebbe la circostanza che per il deposito e il comodato (nonché forse per altri rapporti)[305], queste formule sopravvivono accanto alle *formulae in ius conceptae*, che dovrebbero es-

[302] Gai. 4, 47 (cfr. LENEL 1927, p. 237).

[303] Gai. 4, 117.

[304] Basti il rinvio a KASER, HACKL 1996, p. 327.

[305] Per le ipotesi avanzate in dottrina di altri casi di duplicità di formule (pegno, fiducia, *negotiorum gestio*, mandato) cfr. per tutti VERONESE 2011, p. 243 s., con letteratura.

sere datate abbastanza tardi, tra I sec. a.C. e I sec. d.C.[306]. Senonché, oltre alla circostanza più volta sottolineata delle oscillazioni terminologiche tra contratti, che in sé depone contro l'idea di una originaria tipicità, la teoria maggioritaria non tiene conto di una serie di problemi – rispetto ai quali mi limiterò a una sintesi, avendo già trattato della questione in varie occasioni[307].

Occorre innanzi tutto considerare che nel processo formulare la natura civile o pretoria delle azioni ha un rilievo sostanzialmente minimo[308]. La sentenza del giudice conferma o meno il vincolo nato nella *litis contestatio*, quindi: ha effetti civili se nella *litis contestatio* è nato un *(condemnari) oportere*, ossia se il *iudicium* è *legitimum*; ha effetti onorari se nella *litis contestatio* è nato un vincolo solo pretorio, ossia se il *iudicium* è *imperio continens*. Ciò è vero dopo la nascita dei *iudicia legitima* – ossia dopo la civilizzazione del processo formulare, sia essa ricondotta alla *lex Aebutia* o alla *lex Iulia*[309] – ma è vero a mag-

[306] Cfr. per tutti TALAMANCA 1990b, p. 547, 549.

[307] Cfr. soprattutto FIORI 2005, p. 165 ss. Più di recente cfr. anche, in critica all'opinione tradizionale, CARBONE 2017, p. 19 ss.

[308] L'unico àmbito in cui rileva la natura dell'azione è quello della preclusione processuale, che può realizzarsi mediante *denegatio actionis*, anziché *ope exceptionis*, quando il *iudicium* è *legitimum*, la *formula in ius concepta* e l'*actio civilis* e *in personam* (Gai. 4, 107). Mi parrebbe però molto ardito ritenere che un fenomeno complesso, e peraltro unico, come la civilizzazione dei negozi di *ius gentium* sia stato realizzato solo al fine di ottenere la *denegatio actionis*: peraltro, ammettendo una simile eventualità, bisognere chiedersi per quale motivo non siano state civilizzate tutte le *actiones in personam*. A questa osservazione (formulata già in FIORI 2005, p. 178) FRANCHINI 2011, p. 226 nt. 325 (= ID. 2015, p. 146 nt. 10), obietta che la possibilità di estendere a questi giudizi la *denegatio actionis* sarebbe stata solo «l'occasione per prendere atto del successo del processo di recezione da tempo in atto, non per avviarlo», ma così facendo l'a. priva l'operazione di recezione anche di quest'unico scopo.

[309] Mi sembra preferibile (cfr. FIORI 2003a, p. 178 ss.) seguire WLASSAK 1888, p. 58 ss.; ID. 1891, p. 353 ss. nel ritenere che la categoria dei *iudicia legitima* creata dalla *lex Aebutia* coincida con il regime classico attestato da Gai. 4, 104, che com'è noto richiede che le parti siano romane, che il processo si svolga a Roma o entro un miglio da Roma e che il *iudex* sia *unus*. Ma le cose ai nostri fini non cambiano se si segue la teoria di KASER 1953, p. 25 ss. (= 1985, p. 441 ss.) secondo cui questo regime sarebbe stato introdotto dalla *lex Iulia*, mentre la *lex Aebutia* avrebbe richiesto l'ulteriore requisito dell'essere

gior ragione prima, quando erano possibili solo *iudicia imperio continentia* a prescindere dalla natura civile o pretoria dell'azione. In altre parole, una 'civilizzazione' dei rapporti tutelati da *iudicia bonae fidei* sarebbe stata inutile ai fini degli effetti della sentenza.

In secondo luogo, la dottrina tende a confondere il piano della *formula* con quello dell'*actio*, deducendo dall'ipotizzata priorità storica della *formula in factum concepta* l'originaria natura pretoria dell'azione. Si tratta però di piani che vanno tenuti distinti. La natura dell'*actio* dipende dall'interesse oggetto di tutela: esso può appartenere al *ius civile*, oppure può essere stato scelto dal pretore sulla base della propria discrezionalità e dunque rientrare nel *ius honorarium*. La *conceptio* della formula, invece, riguarda il modo in cui si presenta al giudice la questione: la formula è *in ius concepta* se vi sono riferimenti al *ius civile*, è *in factum concepta* se i riferimenti non vi sono[310]. Perciò una pretesa di diritto pretorio (ossia un'*actio*

---

l'azione una *condictio*, perché ciò non inciderebbe sulla sorte dei *iudicia bonae fidei*. In effetti, l'unica ricostruzione della civilizzazione del processo formulare che potrebbe attribuire un senso alla trasformazione dei *iudicia bonae fidei* da pretori a civili è quella di TALAMANCA 2000, p. 185 ss., per il quale il requisito ulteriore previsto nella *lex Aebutia* sarebbe stato la natura civile dell'*actio*: seguendo questa ipotesi, potrebbe pensarsi che tra la *lex Aebutia* e la *lex Iulia* la civilizzazione dei *iudicia bonae fidei* mirasse a consentire l'instaurare, su di essi, di *iudicia legitima*; non mi sembra, però che la teoria dell'a. possa essere accolta: cfr. FIORI 2003a, p. 134 ss.

[310] Gai. 4, 45-46. La confusione è aumentata dal fatto che spesso la dottrina usa impropriamente l'espressione *actio in factum* (che indica le azioni decretali) come sinonimo di *formula in factum concepta* e talora si spinge addirittura a parlare di *actio in factum* o *in ius concepta*. L'errore ha radici lontane (cfr. il quadro della letteratura in GRÖSCHLER 2002, p. 18 ss.), cosicché la maggioranza degli autori sembra esserne inconsapevole, benché la distinzione sia stata talora chiarita anche in sede manualistica (cfr. TALAMANCA 1990b, p. 317). Il tema è stato di recente ripreso da WALTER 2012, p. 48 ss. (in critica a GRÖSCHLER 2002, p. 20 ss.), ad avviso del quale *actio in factum* e *formula in factum* sarebbero formulazioni sinonimiche. Ciò sarebbe dimostrato innanzi tutto dal fatto che Gaio, dopo aver parlato delle *formulae in factum*, in 4, 107 scrive *si … in factum actum fuerit*, espressione che sarebbe «die verbale Umschreibung von *actio in factum*» (*ibid.*, p. 51); senonché, se si legge il testo nella sua interezza, ci si avvede del fatto che Gaio sta distinguendo tra il caso in cui si sia agito *in personam* con una *formula in ius concepta* – ciò che in caso di *bis in idem*, se il *iudicium* è *legitimum*, consente la *de-*

honoraria) può essere avanzata anche utilizzando una *formula in ius concepta*, come è ad esempio l'*actio Publiciana*[311], perché si chiede al giudice di fingere che sia decorso il termine dell'usucapione. Allo stesso modo, una pretesa di diritto civile (ossia un'*actio civilis*) può essere avanzata anche impiegando una *formula in factum concepta*, come abbiamo detto accadere per deposito e comodato. Non può dunque sostenersi che «la correlazione fra azioni civili e *formulae in ius conceptae*» sia «biunivoca»[312], né che le *formulae in factum conceptae* «servivano a dedurre in giudizio un rapporto non previsto dal *ius civile*»[313]: mediante la clausola edittale il pretore può promettere la tutela 'pretoria' anche di un'azione civile, attribuendo alle parti una formula che non fa riferimenti al *ius civile* ma solo al fatto controverso. Ne deriva che dall'ipotizzata priorità cronologica delle *formulae in factum conceptae* rispetto alle corrispondenti *formulae in ius conceptae* del *ius gentium* non può dedursi l'originaria natura pretoria dell'azione.

Ma non basta: a ben vedere non può neanche sostenersi che le *formulae in factum conceptae* di deposito e comodato siano più antiche di quelle *in ius conceptae*. Se infatti entrambe le formule erano contemporaneamente presenti nell'editto, essendo addirittura conservate nell'*edictum perpetuum* di Giuliano, ciò significa che il pretore poteva assegnare, a seconda dei casi, le une o le altre, probabilmente perché tra loro vi era

---

negatio actionis – e tutti gli altri casi in cui invece la preclusione processuale si ha *ope exceptionis*, ossia se si sia agito *in rem* oppure *in personam* con una *formula in factum concepta* (*si vero vel in rem vel in factum actum fuerit*): *actum*, perciò, sottintende *in personam*. Un'altra fonte da cui si dedurrebbe l'identità è Ulp. 1 *disp.* D. 44, 7, 13: *in factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere*, che attesterebbe, con riferimento al deposito, la possibilità di attribuire la legittimazione attiva al *filius familias* perché l'azione «bloß auf die Tatsache der Hinterlegung abstellt» (*ibid.*, p. 54; cfr. WALTER 2023, p. 2248 nt. 43); ma il passo allude alla possibilità di un'estensione analogica dell'azione al soggetto *alieni iuris* che prescinde dalla struttura formulare: cfr. ad es. Ulp. 23 *ad ed.* D. 5, 1, 18, 1, dove si parla di *actio utilis*: … *unde ego semper probavi, ut, si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere utili iudicio* … (sul passo cfr. CURSI 2025, p. 235 e nt. 59, con indicazioni bibliografiche).

[311] Cfr. per tutti TALAMANCA 1987, p. 55 nt. 389; KASER, HACKL 1996, p. 327 nt. 6.

[312] TALAMANCA 1987, p. 54 nt. 385. Cfr. anche ID. 1990b, p. 316.

[313] CANNATA 1982, p. 77.

diversità di funzioni[314]: se la *formula in factum* fosse stata sostituita da quella *in ius concepta*, sarebbe stata eliminata dall'editto perché non più attuale – come la dottrina qui criticata ipotizza sia accaduto per le *formulae in factum conceptae* degli altri *iudicia bonae fidei*[315].

A tutto ciò occorre aggiungere che la dottrina non è riuscita a spiegare in quali forme sia potuta avvenire una simile 'recezione'. Né il pretore né i giuristi potevano creare dal nulla il *ius civile*: non a caso, quando si è trattato di 'civilizzare' il vincolo nato nella *litis contestatio*, si è ricorsi alla *lex (Aebutia)*. Di ciò la migliore dottrina è naturalmente consapevole, e pertanto si è ipotizzato che i *prudentes* abbiano confuso l'*oportere* pretorio *ex fide bona* con l'*oportere* civilistico[316]; ma anche questa ipotesi non convince perché, come è stato notato[317], non è

[314] La cui individuazione però è difficile. Cfr., per il deposito, GANDOLFI 1976, p. 79 ss. e WALTER 2012, p. 203 ss.; per il comodato, PASTORI 1954, p. 49 ss., 138 ss. (l'ipotesi della doppia formula è stata estesa anche alla *negotiorum gestio*; cfr. per tutti, sulla funzione delle formule, FINAZZI 1999, *passim*, e spec. p. 138 ss., 428 ss.). Di recente, VERONESE 2011, p. 239 ss. ha sostenuto che le due formule sarebbero tra loro autonome, perché quella *in factum* riguarda la mancata restituzione della *res*, mentre quella *in ius* «consente di tener conto, oltre che della mancata restituzione, di qualsiasi attività dolosa/colposa del debitore» (*ibid.*, p. 277), ma è chiaro che, accettando le conclusioni dell'a., tra le due formule non vi sarebbe autonomia, bensì continenza, e dunque non si spiegherebbe la sopravvivenza delle *formulae in factum*. Vede correttamente una continenza tra le due formule MILAZZO 2018, p. 140 ss., il quale tuttavia tenta di risolvere il problema ipotizzando che la *formula in factum* non fosse più utilizzata nel diritto classico e che Gai. 4, 47 contenga una notizia non di diritto attuale, ma di storia del diritto (*ibid.*, p. 149 ss., 154 ss.); tuttavia occorre considerare, da un lato, che Gaio, parlando delle formule del deposito, usa il presente indicativo (*praetor … proponit*), e lo stesso fa per le formule del comodato (*similes … sunt*); dall'altro, che – posto il parallelismo instaurato da Gaio – una simile ipotesi richiederebbe la prova del superamento anche della *formula in factum* del deposito, la cui clausola edittale è invece riferita ancora da Ulp. 30 *ad ed.* D. 16, 3, 1, 1 (cfr. LENEL 1927, p. 288).

[315] Lo avevo sostenuto in FIORI 2005, p. 172 s. L'affermazione è stata ripetuta, più di recente, da VERONESE 2011, p. 247 s., ma l'a. non ne desume – come invece mi sembra necessario – che se le funzioni sono diverse il dato non può essere assunto per una maggiore antichità della *formula in factum*, e segue su quest'ultimo punto la dottrina maggioritaria.

[316] KASER 1939, p. 67 ss. (cfr. anche ID. 1971, p. 202 s., 207, 485 s.; KASER, HACKL 1996, p. 153 ss.); KUNKEL 1939, p. 1 ss.; MAGDELAIN 1954, p. 42 ss.

[317] Da WIEACKER 1963, p. 38.

pensabile che i giuristi non conoscessero le regole del diritto esistente nella loro epoca e non fossero in grado di riconoscere una distinzione esistente nella pratica come quella tra *actiones civiles* e *honorariae*. L'ipotesi più recente è che i *iudicia bonae fidei*, inizialmente pretori, sarebbero divenuti civili per consuetudine: senonché, non solo non risulta da nessuna fonte che la ripetizione di una tutela onoraria trasformasse l'istituto in civile, ma a ben vedere un simile processo di formazione del *ius civile*, qualora fosse stato possibile, avrebbe portato a una graduale scomparsa dell'intero diritto pretorio[318]. Anche i sostenitori dell'origine pretoria del *ius gentium*, pur restando convinti della teoria, devono riconoscere onestamente che le forme di questa supposta trasformazione «sfuggono all'interprete moderno»[319]; ma è chiaro che, se non siamo in grado di ricostruire come il processo di recezione sia avvenuto, ciò indebolisce di molto l'ipotesi, anche in considerazione del fatto che non si conoscono altri esempi di 'civilizzazione' di istituti del diritto pretorio.

In conclusione, io credo si debba mettere da parte l'ipotesi di una 'recezione' dei *iudicia bonae fidei* nel diritto civile, perché un simile sviluppo appare non solo macchinoso e dubbio, ma anche inutile. A ciò possiamo aggiungere (ma è un rilievo che vale solo per i *iudicia bonae fidei*) che, in considerazione di quella che a me pare la più probabile genesi del concetto di *bona fides* – da parametro dell'affidabilità e del credito personale (*fides*) dell'individuo a standard astratto di *fides* del *bonus vir*, dettata dall'emersione di una economia-mondo[320] –,

[318] Cfr. FRANCHINI 2011, p. 220 ss. (= 2015, p. 144 ss.), il quale, seguendo una distinzione proposta da TALAMANCA 1990a, p. 48 nt. 47, ha sostenuto che sarebbero esistiti due gruppi di *iudicia bonae fidei*. I rapporti del primo gruppo sarebbero nati come *iudicia bonae fidei* pretori in epoca repubblicana, e sarebbero stati poi civilizzati in età imperiale per consuetudine, cosicché il pretore avrebbe semplicemente preso atto della civilizzazione. I rapporti del secondo gruppo sarebbero stati inizialmenti tutelati mediante *formulae in factum*, e in età imperiale si sarebbero affiancate le *formulae in ius conceptae*, create dal pretore sull'esempio dei *iudicia bonae fidei* già civilizzati.

[319] TALAMANCA 1990a, p. 48 nt. 47.

[320] FIORI 2008, p. 237 ss. L'espressione 'economia-mondo', di Fernand Braudel, è stata utilizzata per questa epoca da SERRAO 1987, p. 89 ss. (= 1989, p. 299 ss.).

vi sono motivi per ritenere probabile che il concetto di *bona fides*, e i connessi *iudicia*, si siano formati già nel III sec. a.C., all'inizio del processo formulare. E ciò tanto più se si considerasse persuasiva l'ipotesi secondo la quale già prima della *lex Aebutia* le formule con *demonstratio* erano usate in un processo con effetti 'naturalmente' civilistici[321].

9.4. *Le azioni generali di diritto civile*. – Se il *ius gentium* non deriva dal *ius honorarium*, ma è sempre stato tutelato come *ius civile*, e dunque le relative azioni non erano il risultato della promessa di *dare iudicium* effettuata dal pretore nella clausola edittale, può ipotizzarsi che la tipicità non sia stata una loro caratteristica originaria. In effetti, ancora in epoca classica la *condictio* può essere utilizzata per la protezione di una pluralità di rapporti, accomunati solo dall'essere la pretesa relativa a un *certum*; non a caso le formule di questa azione – nelle due vesti dell'*actio certae creditae pecuniae* e della *condictio certae rei* – non hanno bisogno di descrivere il rapporto su cui si fonda l'*oportere*:

> IUDEX ESTO. SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM DECEM MILIA DARE OPORTERE, IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM DECEM MILIA CONDEMNATO. SI NON PARET ABSOLVITO.[322]

> Iudex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio tritici Africi optimi modios centum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio. Si non paret absolvito.[323]

È chiaro che in questo caso parlare di astrattezza non significa prescindere completamente dal rapporto[324]: nella fase

---

[321] FIORI 2003a, spec. p. 223 ss.

[322] LENEL 1927, p. 237.

[323] LENEL 1927, p. 240 (la formula è ricostruita, e pertanto non in caratteri maiuscoli). Tralascio, in entrambi i casi, il problema della presenza della frase QUA DE RE AGITUR attestata in TPSulp. 31 = TP. 34, su cui cfr. *infra*, nt. 392.

[324] Come mi sembra la intenda VARVARO 2014, p. 265 ss., in critica alla teoria maggioritaria, che si fa risalire a BARON 1881.

in iure le parti discutono liberamente con il pretore ai fini della scelta della formula, e il convenuto potrà predisporre le proprie difese – così come l'attore potrà replicare – solo tenendo conto di quanto è in concreto avvenuto[325]; da parte sua il giudice, assunte le prove, non potrà prescindere dallo stabilire se tra le parti vi sia stata, ad esempio, una *stipulatio* di *certum*, oppure un *mutuum*, o ancora – prima della nascita di una specifica *actio commodati* – un *commodatum*, ecc. L'azione è astratta, piuttosto, perché la pretesa portata in giudizio è relativa solo al *dare oportere* della *res* o della *pecunia*, cosicché l'attore non perderà la lite per aver qualificato il rapporto in modo giudicato erroneo[326]. Appare chiara, in questi casi, la differenza tra tipicità del negozio e dell'azione: quando si va in giudizio sulla base di una *stipulatio certi* si afferma che si agisce *ex stipulatu*, ma l'azione è la *condictio*[327].

Gli altri contratti del 'sistema tipico' sono tutti tutelati da formule con *demonstratio*, con la possibile eccezione della *fiducia*, la cui formula ha com'è noto caratteri eccezionali e di discussa ricostruzione[328], e di casi in cui, come avviene per deposito e comodato (e secondo alcuni per il pegno) vi è una duplicità di formule[329]. Le formule con *demonstratio* a noi note sono, naturalmente, relative ad azioni tipiche. Tuttavia, a ben vedere, anche l'*intentio* delle formule con *demonstratio* è astratta, nel senso che la 'causa' è riportata nella *demonstratio*,

[325] In questi termini è effettivamente criticabile la prospettiva di BARON 1881, p. 11, il quale limitava il rilievo del rapporto alla fase *apud iudicem*.

[326] Cfr. un esempio in Pomp. 22 *ad Q. Muc.* D. 45, 3, 39. È stato da tempo rilevato che la *condictio* ha subìto, in un periodo compreso tra la fine dell'epoca repubblicana e l'inizio del principato, un processo di 'sostanzializzazione', ossia di emersione delle 'cause' dell'azione (SANTORO 1971, p. 387), ma questa emersione non ha determinato mutamenti nella formula, ossia sulle potenzialità di tutela dell'azione. Sulla testimonianza di TPSulp. 31 = TP. 34 (52 d.C.) cfr. *infra*, § 12.

[327] Cfr., in critica alle teorie che ipotizzano un'*actio certi ex stipulatu*, CANNATA 2003, p. 204 s nt. 428, seguito da VARVARO 2014, p. 304 ss. e nt. 163. I passi rilevanti sono Iul. 52 *dig.* D. 45, 3, 1, 2; Iul. 3 *ad Urs. Fer.* D. 19, 1, 28; Iul. 54 dig. D. 44, 7, 18; Ulp. 49 *ad Sab.* D. 45, 1, 3, 1; Pap. 28 *quaest.* D. 46, 3, 95, 1.

[328] Un quadro recente delle discussioni in SCHANBACHER 2023b, p. 2511 ss.

[329] Cfr. per tutti VERONESE 2011, p. 243 s. nt. 7 (con letteratura); SCHANBACHER 2023a, p. 2501 ss.

ed è sempre uguale a prescindere dall'azione, con l'unica variante del riferimento alla *bona fides*. Non solo, ma – almeno se si considera la formula contenuta nell'editto, così come ricostruibile – tutto ciò che cambia, da una formula all'altra, è il verbo che esprime il tipo di contratto. Si confrontino, ad esempio, la formula dell'azione per la vendita e quella per la locazione di un fondo, nelle quali l'unica differenza è tra *vendidit* della prima e *locavit* della seconda:

> IUDEX ESTO. QUOD AULUS AGERIUS NUMERIO NEGIDIO FUNDUM QUO DE AGITUR VENDIDIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIUS IUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO.
>
> Iudex esto. Quod Aulus Agerius Numerio Negidio fundum quo de agitur locavit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret, absolvito.[330]

Ora, a me pare che, se si considera l'ancora non piena distinzione tra figure tipiche che abbiamo riscontrato sino all'inizio del I sec. a.C., e se si tiene conto di questa sostanziale identità tra le formule con *demonstratio*, credo sia legittimo ipotizzare che in quest'epoca il verbo utilizzato nella formula fosse relativamente significativo, nel senso che non avrebbe condizionato il giudizio al punto di condurre – come avverrà più tardi – all'assoluzione del convenuto per il sol fatto di aver usato un verbo oppure un altro. Penso, cioè, che le azioni tutelate con formule con *demonstratio* non avessero ancora raggiunto la tipicità attestata in epoca classica: quando si agiva *ex empto vendito*, come leggiamo in Varrone (§ 6), si intendeva dire non che si esperiva un'*actio empti* o *venditi*, ma che si agiva sulla base dell'*emptio venditio*, allo stesso modo in

[330] Cfr. LENEL 1927, p. 299 s. (ho sostituito *fundum* a *hominem* nella formula dell'*actio venditi*).

cui – lo abbiamo appena ricordato – agire *ex stipulatu* non significa necessariamente utilizzare l'azione propria della *stipulatio incerti*, potendosi anche alludere alla *condictio*; è perciò possibile che quando Varrone scrive che il venditore può agire *simili iudicio*, si riferisca a una *stipulatio incerti*, perché nel II sec. a.C. le due azioni avrebbero impiegato la stessa formula (con la sola differenza dell'*oportere ex fide bona*; ma si ricordi che nella *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, della metà del I sec. a.C.[331], la formula dell'*actio incerti ex stipulatu* riporta un *oportere ex fide bona*[332]).

D'altronde, gli stessi criteri di responsabilità contrattuale sembrerebbero operare sulla base del principio dell'*utilitas*, più che in considerazione del tipo: nella compravendita e nella società si risponde per dolo, per colpa e talora per *custodia*; nella locazione per colpa e *custodia*; nel mandato per dolo, ma a volte anche per *culpa*; nel deposito per dolo, ma ci si chiede se il criterio non si ampliasse quando la formula fosse *in ius*; nel comodato per colpa, per dolo o per *custodia*, e simili variazioni si riscontrano anche nel *pignus*[333].

In conclusione, riterrei vi siano elementi per sostenere che in un periodo compreso tra l'inizio del processo formulare – che doveva essere già diffuso all'inizio del III sec. se non addirittura a partire dalla seconda metà del IV sec. a.C., come dimostra la necessità di creare un *praetor* per la *iurisdictio peregrina* nel 242 a.C., determinata dal fatto che l'unico pretore non era in grado di sostenere tanto la *iurisdictio* tra Romani quanto quella tra e con *peregrini*[334] – e l'inizio del I sec. a.C., i rapporti contrattuali fossero tutelati mediante due azioni generali: la *condictio* per le pretese di *certum* e un'altra azione per le pretese di *incertum*, quest'ultima costruita con una *demonstratio*.

---

[331] Sulla questione della datazione della *lex* cfr. per tutti MAININO 2012, p. 23, con indicazioni di letteratura.

[332] *Lex Rubr.* 20, 27 (CIL I.2[2] 592 = FIRA I 19).

[333] Mi limito a rinviare, per brevità, a KASER 1971, p. 531 (*emptio venditio*); p. 567 (*locatio conductio*); p. 576 (*societas*); p. 579 (*mandatum*); p. 535 (*depositum*); p. 533 (*commodatum*); p. 537 (*pignus*).

[334] Cfr. per tutti SERRAO 1954, p. 48 ss.; PUGLIESE 1963, p. 37 s.; TALAMANCA 1987, p. 26 nt. 179; KASER, HACKL 1996, p. 156 nt. 41.

10. *Servio e la nascita della tipicità delle azioni.*

Quando ci si rivolge a Servio, il quadro appare cambiato. Se Q. Mucio era attento innanzi tutto – benché non esclusivamente – al valore dell'*oportere ex fide bona*, Servio sembra concentrato sulla struttura dei singoli contratti.

Questa attenzione lo colloca talora in linea di continuità con Q. Mucio – nonostante il dissenso su singoli punti – come abbiamo visto in materia di *societas* (§ 8.5). Lo stesso accade allorché tratta della *locatio conductio*, rispetto alla quale anch'egli, come Mucio (§ 8.4), non ravvisa nel passaggio di proprietà l'elemento che la differenzia dall'*emptio venditio*: in un famoso frammento di Alfeno, che per alcuni sarebbe da attribuire al maestro[335], si distinguono *duo genera rerum locatarum*, a seconda che debba restituirsi l'*idem* o il l'*idem genus*, e si precisa che in quest'ultimo caso il *dominus* della *res* ha solo un diritto di credito, perché la proprietà passa all'altro contraente[336]. Peraltro, in questo passo si istituisce un parallelismo con il *depositum*

[335] Cfr., sulla questione, Fiori 1999, p. 66 s. nt. 3. Tra gli studiosi successivi, alcuni lasciano aperto il problema: Roth 1999, p. 23 ss. (in generale, sull'opera di Alfeno); Backhaus 2004, p. 253; Gröschler 2005, p. 73; Candy 2021, p. 314; Id. 2025, p. 81; altri parlano senz'altro di Alfeno: Jakab 2006, p. 87 ss.; altri ancora propendono per Servio: Purpura 2014, p. 139.

[336] Alf. 5 *dig. a Paulo epit.* D. 19, 2, 31, per la cui esegesi rinvio a Fiori 1999, p. 65 ss. Nell'esegesi del testo, rispetto al nostro problema, merita particolare attenzione l'esame compiuto da Jakab 2006, p. 87 ss. La studiosa pone il testo in correlazione con i documenti della prassi e rileva che la clausola in cui il *nauta* si assume ogni rischio si trova solo nei contratti pubblici; conseguentemente, poiché il testo di Alfeno fa riferimento a un contratto privato, difficilmente potrebbe pensarsi a un passaggio di proprietà che avrebbe posto tutto il rischio a carico del *nauta*: si tratterebbe piuttosto di un rapporto governato da una «Navigationsklausel», nella quale il *nauta* si obbliga a eseguire il trasporto sulla base delle indicazioni del mercante. Il grano sarebbe dunque passato 'nel potere di fatto' («in die faktische Gewalt») del *nauta*, che tuttavia non avrebbe potuto disporne liberamente, avendo solo il diritto, al momento dello scarico, di distribuire la quantità ricevuta a ciascun singolo mercante, benché egli rimanesse quasi interamente responsabile della sua restituzione. In realtà, come mostra Lab. 1 *pith. a Paulo epit.* D. 14, 2, 10 pr., il diritto romano conosce contratti privati in cui il *nauta* si assume il rischio del trasporto (cfr. Fiori 2018b, p. 511 ss.), e non vi è motivo di escludere che il *nauta* potesse disporre liberamente del carico, purché all'arrivo restituisse l'*idem genus*, il che implica che egli divenisse *dominus* dei beni. Sulla prospettiva di Longo 2010, p. 314 ss.; Ead. 2019, p.

(cd. irregolare), facendo l'esempio della *pecunia numerata* che non sia né *clusa* né *obsignata*, e che deve essere restituita nel *tantundem*: in questo caso, è necessario pensare che Alfeno (o Servio) avesse in mente un'azione contrattuale di deposito – non sappiamo se con *formula in ius* o *in factum*[337] – perché, se la proprietà del bene è passata al depositario, in caso di mancata restituzione è impossibile parlare di furto.

Alla preoccupazione di individuare la struttura del contratto deve essere riferita l'opinione di Servio rispetto alla possibilità del mandato di credito[338], probabilmente dovuta a «una considerazione unitaria della causa tipica del mandato, identificata con la cura da parte del mandatario di affari altrui»[339]. Un testo molto importante in materia di *locatio conductio* è poi quello in cui si distingue tra *vis cui resisti non potest* e *vitia ex ipsa re*: qui per la prima volta – considerando che Ulpiano cita Servio – si fissa il criterio dell'equilibrio tra le prestazioni delle parti e del conseguente criterio di allocazione del rischio: un criterio che, per come è formulato, è talmente collegato alla natura della *locatio conductio* come contratto di durata a prestazioni corrispettive da non essere riferibile ad altre forme contrattuali[340].

---

226 ss., ad avviso della quale il passaggio di proprietà si verificherebbe per la natura delle *res*, cfr. quanto detto *supra*, nt. 268, rispetto a D. 34, 2, 34 pr. Una serie di lavori recenti hanno affrontato il passo da angolazioni differenti: cfr. ROTH 1999, p. 134 ss., con un'esegesi completa del testo, nel quale tuttavia l'a. intende i *duo genera rerum locatarum* nel senso di due tipi di contratto, e sostiene che Alfeno opererebbe una riduzione a due tra i vari tipi di contratto possibili (ma sul significato di *res locatae* nel passo nel senso di 'beni dati in un contratto di locazione' cfr. FIORI 1999, p. 68 s.); BACKHAUS 2004, p. 233 ss., che lo analizza nell'ambito dell'allocazione del rischio nell'impresa comune; PURPURA 2014, p. 138 ss., che lo studia in relazione alla pratica del χειρέμβολον; CANDY 2021, p. 310 ss.; ID. 2005, p. 79 ss., che si concentra sulla struttura retorica del frammento.

[337] Così, a mio avviso giustamente, ROTH 1999, p. 137 s., con discussione delle ipotesi precedenti.

[338] Serv. fr. 87 Lenel = Gai. 3, 156.

[339] TALAMANCA 1990a, p. 72 (l'a. è seguito da RANDAZZO 2005, p. 220 s.). Ritiene che la posizione di Servio (e il contrasto con Sabino) abbia a che fare con la *forma mandati* anche WOLF 1993, p. 70 nt. 6.

[340] Serv. fr. 27 Lenel = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 2, 15, 2. Su questo passo mi sia permesso di rinviare a FIORI 1999, p. 80 ss. Cfr. anche, più di recente, DU PLESSIS 2012, p. 139 ss.

D'altronde, che Servio distinguesse le azioni tra di loro è attestato da:

> Serv. fr. 26 Lenel = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 13, 30: Si venditor habitationem exceperit, ut inquilino liceat habitare, vel colono ut perfrui liceat ad certum tempus, magis esse Servius putabat ex vendito esse actionem …

In un contratto di compravendita, il compratore si impegna a rispettare per un certo tempo il contratto di locazione concluso dal venditore con un terzo. In caso di controversia, 'Servio riteneva che fosse opinione preferibile che si impiegasse l'*actio ex vendito*'[341].

È chiaro, dal tenore del testo, che Servio giudicava preferibile l'*actio ex vendito* rispetto a un'altra azione, che non poteva essere altro che l'*actio conducti* nei confronti del venditore-locatore[342]: Gaio scrive che è questa l'azione che spetta al conduttore per costringere il locatore, che voglia vendere a terzi, a inserire nel contratto di vendita una clausola che impegna il compratore alla prosecuzione della locazione[343]. Nel

[341] La frase *magis esse Servius putabat ex vendito esse actionem* non «significa letteralmente 'Servio riteneva che nella maggior parte dei casi vi fosse l'azione *ex vendito*'» come vorrebbe CANNATA 1995 (2012), p. 217 nt. 60, il quale ulteriormente ipotizza «che il testo abbia subito un'alterazione, dato che il secondo *'esse'* appare, allo stato attuale, superfluo» e propende «per cancellare *'magis esse'*, considerandolo l'inizio (poi non soppresso per errore) di un'interpolazione non realizzata (ove *magis esse* avrebbe avuto il diverso senso di 'è opinione prevalente'), tendente ad eliminare il riferimento puntuale a Servio». In realtà il passo è pienamente conforme alle regole della grammatica latina: il verbo della proposizione principale è *putabat*, e ad esso seguono una prima proposizione oggettiva con *magis esse* (che significa, particolarmente nel linguaggio giurisprudenziale, 'è preferibile' tra più opinioni: cfr. BULHART 1936b, col. 64, con riferimenti) e una seconda proposizione oggettiva *ex vendito esse actionem*.

[342] Così, giustamente, MAYER-MALY 1956, p. 56; REICHARD 1993, p. 216 s. (il quale *ibid.*, p. 217 nt. 7, ricorda altre ipotesi interpretative); contrario KASER 1956, p. 427, il quale pensa che l'alternativa sia l'assenza di tutela (mi sembra sia questa anche l'idea di TALAMANCA 1990a, p. 81, il quale ritiene che i dubbi di Servio derivassero dalla tutelabilità dell'accordo tra venditore e compratore).

[343] Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19, 2, 25, 1: *qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet ut apud*

nostro caso la clausola era stata prevista, ed è possibile che Servio pensasse a una cessione dell'*actio ex vendito* al conduttore, affinché facesse direttamente valere l'accordo contro il compratore, anziché agire con l'*actio conducti* contro il locatore(-venditore) per indurlo ad agire a sua volta contro il compratore con l'*actio venditi*: è difficile infatti ritenere che in questo caso Servio si sarebbe preoccupato di precisare che si poteva agire con l'*actio ex vendito* se l'attore fosse stato il venditore[344], perché la puntualizzazione sarebbe stata del tutto banale[345].

A me sembra che, se Servio poteva precisare che il conduttore può esperire l'*actio ex vendito* al posto di quella *ex conducto*, evidentemente egli aveva ben chiara in mente la differenza tra le due azioni. D'altronde, questa differenza risulta ancora più palese nella prosecuzione del testo, in cui Ulpiano riporta un parere di Q. Elio Tuberone, che era allievo di Ofilio:

> Tuber. fr. 4 Lenel = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 13, 30: Denique Tubero ait, si iste colonus damnum dederit, emptorem ex empto agentem cogere posse venditorem, ut ex locato cum colono experiatur, ut quidquid fuerit consecutus, emptori reddat.

La soluzione di Tuberone è, come si vede, apparentemente più complicata di quella di Servio, perché il giurista ritiene che, in caso di *damnum* arrecato dal conduttore all'*emptor*, questi debba agire *ex empto* nei confronti del venditore(-locatore) affinché quest'ultimo agisca *ex locato* contro il conduttore e trasferisca al compratore ciò che ha ottenuto[346];

---

emptorem eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.

[344] Come sostengono invece CANNATA 2001b (2012), p. 391; FINKENAUER 2018, p. 255.

[345] Per REICHARD 1993, p. 217, Servio avrebbe sentito la necessità della precisazione perché scopo tipico dell'*actio venditi* sarebbe l'ottenimento del prezzo, ma lo stesso a. ricorda (*ibid.*, nt. 8) che l'azione può avere ad oggetto anche doveri accessori di prestazione.

[346] Questa porzione di testo è stata molto più studiata della precedente: cfr. per tutti WATSON 1965, p. 52 e 123 s.; THOMAS 1973, p. 37 s.; FRIER 1978, p. 254; REICHARD 1993, p. 217 ss.

si è però sostenuto – il che avvicinerebbe molto Tuberone a Servio – che (anche) in questo caso il giurista pensasse a una cessione di azioni: la 'restituzione' del venditore al compratore consisterebbe infatti nella cessione *apud iudicem* dell'azione contro il conduttore[347].

È ai nostri fini interessante anche un altro parere di Servio, conservato da Africano. Il giurista del II sec. d.C. sta discutendo dell'applicabilità, alla locazione di un fondo, di una *distinctio* che Servio aveva formulato rispetto alla locazione di *insulae*[348]. La distinzione si riferiva ai casi in cui sia stato impedito al conduttore l'*uti frui*: quando ciò sia attribuibile a comportamento omissivo o commissivo del *dominus*, si ha solo *remissio mercedis*; quando invece vi è una *culpa* del locatore, questi diviene responsabile per l'*id quod interest*[349]. Poi Africano scrive:

> Serv. fr. 29 Lenel = Afric. 8 *quaest.* D. 19, 2, 35, 1: Cum fundum communem habuimus et inter nos convenit, ut alternis annis certo pretio eum conductum haberemus, tu, cum tuus annus exiturus esset, consulto fructum insequentis anni corrupisti. agam tecum duabus actionibus, una ex conducto, altera ex locato: locati enim iudicio mea pars propria, conducti autem actio<ne> tua dumtaxat propria in iudicium venient. deinde ita notat: nonne quod ad meam partem attinebit, communi dividundo praestabitur a te mihi damnum? recte quidem notat, sed tamen etiam Servi sententiam veram esse puto, cum eo scilicet, ut, cum alterutra actione rem servaverim, altera perematur. (…)

Quando i comproprietari di un fondo si siano accordati per godere ad anni alterni dei frutti del terreno, pagandosi

---

[347] Cannata 1995 (2012), p. 219 nt. 64. Cfr. anche Frier 1978, p. 255.

[348] Alf. 3 *dig. a Paulo epit.* D. 19, 2 30 pr. (su cui cfr. Fiori 1999, p. 103 ss.) e Afr. 8 *quaest.* D. 19, 2, 35 pr.

[349] Afr. 8 *quaest.* D. 19, 2 33: *si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.*

l'un l'altro un *certum pretium*, cosa succede se una delle parti rende infruttifero il fondo per l'anno successivo? Africano sostiene che Servio riteneva si potessero esperire due azioni: *ex locato*, per la parte di fondo in proprietà dell'attore; *ex conducto*, per la porzione restante. Giuliano aggiungeva che, per la parte di cui si era proprietari, si poteva utilizzare l'*actio communi dividundo*. Africano conclude osservando che entrambe le affermazioni sono fondate, perché si può agire tanto con le azioni di locazione quanto con l'*actio communi dividundo*, ma il ricorso all'una impedisce di esperire l'altra. Il testo è interessante da diversi punti di vista, che non è necessario qui indagare[350]. A noi basta sottolineare due dati risultanti dal passo. Il primo è che Servio distingue chiaramente tra la posizione del locatore e quella del conduttore, e tra le rispettive azioni. Il secondo è che il giurista repubblicano fa rientrare nella *locatio conductio* anche lo scambio di *res utendae fruendae*, secondo una prospettiva che sarà conservata dai Sabiniani ma criticata dai Proculeiani nell'àmbito di una discussione parallela a quella del rapporto tra *emptio venditio* e *permutatio*[351].

Restano dunque in Servio alcune peculiarità che contrastano con l'assetto 'classico' dei contratti, e soprattutto della locazione. Da un lato, egli (o Alfeno, che però difficilmente sul punto sarebbe tornato a una prospettiva più antica di quella del maestro) ammette che in una *locatio conductio* possa realizzarsi un passaggio di proprietà. Dall'altro, riconosce lo scambio di *res utendae fruendae* – ossia un contratto in cui non vi è un pagamento in *pecunia* – come *locatio conductio*. Si avverte però, nel pensiero del giurista, una maggiore maturazione del processo di tipizzazione dei negozi e delle azioni. Le ragioni di un simile sviluppo non possono che essere congetturali, ma a mio avviso un ruolo centrale è stato svolto dal principio di buona fede. In diritto romano, la *bona fides* non è infatti identificabile – come spesso, pur autorevolmente, si afferma – con il 'rispetto della parola data'[352]: questa ricostru-

[350] Me ne sono occupato in FIORI 1999, p. 230 ss.

[351] Cfr. *infra*, § 14.

[352] Teoria della quale il miglior tentativo di dimostrazione è in TALAMANCA 2003, p. 1 ss.

zione è frutto della proiezione, sulle fonti romane, della visione che della buona fede aveva la dottrina civilistica dell'Ottocento in Germania e ancora del Novecento in Francia e Italia[353]. Le fonti romane mostrano un'altra funzione della *bona fides*, che è chiarita da un importante passo di Ulpiano dal quale sono derivate le norme in materia di integrazione contrattuale presenti nei codici europei[354]:

> Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 11, 1: Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.

Il giurista spiega che in un *iudicium bonae fidei.* – il discorso parte dal *iudicium empti* – si chiede al giudice di condannare il convenuto a tutto ciò che è dovuto *ex fide bona*, e che la *bona fides* richiede che si adempiano sia le prestazioni espressamente convenute tra le parti, sia quei doveri che, pur se non espressi, sono 'naturalmente' insiti nelle potenzialità del *iudicium bonae fidei*: il giudice, infatti, potrà tener conto nel giudizio di una serie di impegni contrattuali, senza che debbano essere esplicitati nel contratto o nella formula processuale, perché automaticamente ricondotti al rapporto dalla giurisprudenza sulla base dello standard astratto del *bonus vir*.

Questi doveri 'naturali' sono evidentemente doveri tipici, perché non appartengono alla *bona fides* in astratto, né derivano dai singoli accordi delle parti, ma sono desunti dai *prudentes* sulla base di un principio di logica strutturale del rapporto che abbiamo già incontrato nella nozione di *natura contractus*, impiegata da Q. Mucio rispetto alla *natura societatis* (§ 8.5). L'approfondimento delle regole 'interne' ai singoli contratti, che abbiamo visto condurre innanzi tutto da Servio e

---

[353] Fiori 2011a, p. 97 ss.

[354] Cfr. Fiori 2026a, c.s.

che continuerà nei giuristi successivi, non poteva non indurre a una sempre maggiore divaricazione tra i rapporti tutelati da *iudicia bonae fidei*, nonché naturalmente tra questi e quelli – come la *stipulatio incerti* – che erano protetti da formule con *demonstratio* impiegate però in *iudicia stricti iuris*. Siamo a questo punto molto vicini al 'sistema romano dei contratti' a noi noto, ma il percorso non è ancora terminato.

11. *Labeone, l'*actio civilis in factum *e l'*agere praescriptis verbis.

Acquisita anche dai rapporti di *ius gentium* la caratteristica della tipicità, si pongono ai giuristi una serie di problemi, la cui soluzione dobbiamo a Labeone. Avendo discusso questi testi nel dettaglio in altra sede, mi limiterò a ricordarli brevemente[355]. Le fattispecie oggetto di parere del giurista possono essere ricondotte a tre tipologie.

(*a*) La prima questione riguarda la difficoltà di distinguere le posizioni di locatore e conduttore nei contratti marittimi: quando è incerto se il *dominus mercium* sia locatore o conduttore, ossia se si sia conclusa una *locatio mercium vehendarum* o una *conductio navis*, Labeone suggerisce di concedere l'*actio civilis in factum*[356]. Si noti che è impossibile qualificare la fattispecie come contratto atipico: l'alternativa si esaurisce all'interno della *locatio conductio*, discutendosi solo di quale 'modello negoziale' abbiano prescelto le parti tra quelli utilizzati nella prassi del commercio mediterraneo[357].

---

[355] Fiori 2011c, p. 145 ss. (con qualche aggiornamento in Id. 2012, p. 321 ss.). Cfr. anche, rispetto a D. 19, 5, 1, 1, Id. 1999, p. 128 ss. Nelle note che seguono, mi limiterò – con qualche eccezione – a discutere la dottrina successiva all'articolo del 2011.

[356] Lab. *ad ed.* fr. 98 Lenel = Pap. 8 *quaest.* D. 19, 5, 1, 1: *domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit.*

[357] Per un tentativo di ricostruzione dei vari assetti di interessi cfr. Fiori 2018b, p. 507 ss. (non considero più affidabile quanto avevo scritto in Id. 2010, p. 149 ss.). Concorda sul fatto che tutte le ipotesi rientrino nel contratto di locazione anche Cannata 2008-2009, p. 16 (= 2014, p. 29); cfr., più di recente, anche Sciandrello 2014, § 2; Finazzi 2024, p. 1178 s. Resta dell'idea che nel passo si parli di un contratto atipico – ma non aggiungendo argomenti a quelli della dottrina precedente, ricordata in Fiori 2011c, p. 147 nt. 7 - Stolfi 2021, p. 302 e nt. 60.

(*b*) Un secondo problema riguarda l'azione da usare quando un contratto tipico è sottoposto a condizione sospensiva divenuta definitivamente inefficace.

Il primo frammento in materia riguarda l'acquisto di una *bibliotheca* condizionato a un secondo negozio, e cioè alla vendita da parte di un terzo, a favore del medesimo acquirente, dell'area in cui collocare la *bibliotheca*; la condizione è mista, essendo subordinata a una richiesta da parte dell'acquirente, ma quest'ultimo non si attiva, con l'effetto che il contratto diviene definitivamente inefficace. Ulpiano è disposto a dare l'*actio venditi*, perché nella sua epoca è stata elaborata la teoria della finzione di avveramento della condizione[358], mentre Labeone ammette solo una tutela che chiama *agere praescriptis verbis*[359]. La ragione della scelta del giurista augusteo va ricercata nel fatto che in diritto romano, posta la sostanziale coincidenza tra contratto e obbligazione[360], la definitiva inefficacia

[358] Cfr. Ulp. 77 *ad ed.* D. 50, 17, 161.

[359] Lab. *ad ed.* fr. 36 Lenel = Ulp. 11 *ad ed.* D. 18, 1, 50: *Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur.*

[360] È un problema di cui ho discusso spesso: mi limito a rinviare a Fiori 2003b, p. 176 ss.; Id. 2012, p. 316 ss. Di recente, ha manifestato dubbi al riguardo Stolfi 2021, p. 300 ss., il quale rileva che, seguendo la mia ricostruzione – che, su queste basi, nega l'esistenza di una 'teoria labeoniana del contratto' – dovrebbe concludersi che «tutti coloro – e si tratta di molti dei più prestigiosi esponenti della romanistica (soprattutto) italiana, almeno dagli anni '70 del secolo scorso in avanti – che abbiano confidato in questa portata della riflessione labeoniana, assumendola come un momento di svolta nella storia delle dottrine contrattualistiche romane, semplicemente si sarebbero sbagliati». In realtà occorre considerare che la premessa necessaria per immaginare una concezione labeoniana del contratto basata sul consenso è la convinzione che già l'esperienza romana abbia conosciuto un'idea di contratto come accordo non lontana da quella moderna: una convinzione, questa, che è stata criticata prima da autorevoli studiosi come Pernice e Perozzi e poi, più di recente, da maestri del Novecento come Bonfante, Betti, de Francisci, Grosso, Wieacker, Kaser, Talamanca, per citarne solo alcuni (riferimenti bibliografici in Fiori 1999, p. 357 s. e ntt. 216-218; cfr. anche l'ampia analisi di Cascione 2003, p. 194 ss.). Come si vede, qualunque punto di vista si adotti si è costretti a criticare importanti teorie, cosicché diviene difficile impiegare – per chi gli attribuisca valore – l'*argumentum ex auctoritate*.

dell'obbligazione principale travolge l'intero contratto, che non a caso i *prudentes* qualificano come *nullus*[361]: non essendo sorta l'*obligatio* tipica, non è nato neanche un contratto tipico e dunque non sono utilizzabili azioni tipiche, ma poiché l'acquirente ha causato un danno al venditore violando l'*oportere ex fide bona*, Labeone concede l'*agere praescriptis verbis*[362]. Anche in questo caso, come si vede, non si discute di contratti atipici[363].

Nel secondo frammento si tratta il caso di una vendita di perle con riserva di gradimento. Prima della vendita le perle periscono, cosicché si pone il problema di chi debba sopportare il rischio e di quale azione debba essere utilizzata. Labeone adotta quale criterio per l'attribuzione del rischio l'interesse al negozio e la conseguente iniziativa alla realizzazione del contratto, aggiungendo che, se nessuno ha assunto l'iniziativa ma vi è stato un accordo congiunto, il possibile acquirente è tenuto solo a titolo di responsabilità; in ogni caso, deve essere concessa un'*actio praescriptis verbis*[364]. Anche in

---

[361] Cfr. Talamanca 1998-1999, p. 25 ss.

[362] Non mi sembra possa sostenersi con Finazzi 2024, p. 1181 s., che l'azione atipica tuteli «un segmento atipico, non riconducibile al tipo della vendita», perché il dovere violato è un *oportere ex fide bona* non atipico, ma accessorio al contratto di vendita, che sopravvive all'inefficacia dell'obbligazione primaria (d'altronde, ciò è riconosciuto dallo stesso a., il quale rileva che «il rapporto fra l'obbligo inadempiuto e il tipo contrattuale potrebbe non essere stato irrilevante, se si ipotizza che l'azione atipica fosse utilizzabile solo in quanto l'obbligo era ricavato da una condizione apposta alla vendita, contratto tutelato da azione tipica di buona fede»).

[363] Lo riconoscono, di recente, Sciandrello 2014, § 2; Finazzi 2024, p. 1181.

[364] Lab. *ad ed.* fr. 99 Lenel = Ulp. 28 *ad ed.* D. 19, 5, 17, 1: *si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.* In Fiori 2011c, p. 151 ss. propendevo per una vendita con *pactum displicentiae*, ricordando che per una parte della dottrina si sarebbe trattato di un contratto estimatorio, e anche Stolfi 2021, p. 303 nt. 61 riconosce che la seconda ipotesi è problematica. Mi è dunque difficile comprendere perché quest'ultimo a. utilizzi, come argomento a favore dell'identificazione del rapporto descritto in D. 19, 5, 17, 1 come contratto atipico, l'affermazione di Gallo 1992, p. 200 che

questo caso, come si vede, non si esce dall'ambito della vendita, ponendosi un problema di sopportazione del rischio che è complicato dalla previsione che l'acquirente possa restituire le perle[365].

Di una vendita con riserva di gradimento tratta anche un terzo frammento, che riguarda dei cavalli consegnati dal venditore con l'accordo che l'acquirente li acquisti o li restituisca entro tre giorni. L'acquirente, che è un corridore acrobata (*desultor*), dopo averli impiegati per partecipare a delle gare, che peraltro vince, si rifiuta di acquistarli. Labeone si chiede se si possa dare al venditore un'*actio venditi*, evidentemente prendendo in considerazione anche altre possibilità; Ulpiano afferma di ritenere *verius* che possa usarsi l'*agere praescriptis verbis*, verisimilmente dando un nome all'alternativa posta già da Labeone[366].

«al tempo di Labeone non era ancora prevista, nell'editto del pretore, un'apposita azione per l'*aestimatum*», posto che un simile argomento presuppone che si interpreti la fattispecie labeoniana come contratto estimatorio (come in effetti fa Gallo 1992, p. 197 ss.). Si aggiunga che, come rilevavo in Fiori 2011c, p. 151 s. (ma cfr. anche Cannata 2008-2009, p. 21 s. [= 2014, p. 33]), l'inserimento dell'*actio aestimatoria* nell'editto non è il riconoscimento – caso che costituirebbe un *unicum* – della 'tipizzazione' di un contratto atipico, ma discende dal fatto che la giurisprudenza aveva difficoltà a ricondurre la fattispecie a contratti tipici come vendita, locazione conduzione o mandato; peraltro, è probabile che all'epoca di Labeone l'*actio aestimatoria* fosse costruita nelle forme di un *agere praescriptis verbis* (cfr. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 3, 1 pr. e Sciandrello 2011, p. 132 ss.), il che costituirebbe un ulteriore esempio di come questa azione fosse utilizzata (non per un contratto atipico, ma) in caso di dubbio tra contratti tipici.

[365] Sull'affermazione di Finazzi 2024, p. 1188 s., che l'*agere praescriptis verbis* tutelerebbe una «fattispecie atipica», che non coinciderebbe né con un contratto tipico né con uno atipico, ma che sarebbe tutelata «in quanto contigua» a vendita, locazione e mandato, «protetti da azioni tipiche di buona fede», cfr. *supra*, nt. 362. È contrario a vedere nella fattispecie un contratto tipico Sciandrello 2014, § 4, il quale vi ravvisa piuttosto «il passaggio dalla prospettiva della vendita a quella di una *conventio* atipica», ma poi avanza il rilievo che nella fattispecie Labeone potesse vedere il concorso del mandato (*ibid.*, nt. 77), il che sembrerebbe riportare entrambe le alternative nell'ambito delle figure contrattuali tipiche.

[366] Lab. fr. 296 Lenel = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 5, 20 pr.: *apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos*

(*c*) Un terzo problema riguarda il caso in cui al contratto tipico si aggiunge un'attività ulteriore, creando un assetto negoziale complesso. È il caso in cui un mutuante dà al mutuatario una *res* da vendere per usarne il prezzo: se il mutuatario non la vende oppure, avendola venduta, non riceve il denaro a titolo di mutuo, secondo Labeone è più sicuro *agere praescriptis verbis*, come se fra le parti fosse stato realizzato un qualche negozio riferibile a un *proprius contractus*[367]. L'attività aggiuntiva compiuta dal mutuatario potrebbe essere ricondotta a un contratto estimatorio affine al mandato oppure senz'altro a un mandato, ma la complessità del negozio è ulteriormente complicata dal fatto che il mutuo non si è realizzato per un fatto riconducibile al mutuatario, che o non ha venduto la *res* oppure non ne ha preso il prezzo a titolo di mutuo: quale tutela spetta al mutuante? Potrebbe pensarsi a un'*actio mandati* o a una *condictio*, ma Labeone ritiene più prudente (*tutius*), rispetto alle altre azioni, *agere praescriptis verbis*: probabilmente il giurista voleva evitare che il giudice ricostruisse il negozio (o i negozi) in modo diverso da quello proposto dall'attore, con la conseguente perdita della lite. In questa ipotesi siamo ai limiti della tipicità, ma il fatto che Labeone affermi che si deve considerare il negozio come se fosse (*quasi*) un contratto unitario[368], mostra che ai suoi occhi non si è ancora

---

hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares. Pensa a un contratto tipico anche Finazzi 2024, p. 1182. A fini di chiarezza – considerando i rilievi di questo a. (*ibid.*, p. 1183) – preciso che la mia affermazione che in questo caso l'*agere praescriptis verbis* per Labeone mirava a tutelare «la buona fede in sé considerata» non intende sminuire l'importanza del collegamento con il contratto tipico (cfr. Fiori 2011c, p. 154, dove rilevo che Labeone ragionava «sulla natura potestativa della condizione apposta alla vendita», nonché *supra*, nt. 362), ma solo evidenziare che, così come in D. 18, 1, 50, l'azione tipica non era utilizzabile a causa dell'inefficacia del contratto, e pertanto l'*agere praescriptis verbis* era indirizzato all'*oportere ex fide bona* che residuava dal negozio tipico.

[367] Lab. *ad ed.* fr. 100 Lenel = Ulp. 31 *ad ed.* D. 19, 5, 19 pr.: *rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.*

[368] Questa lettura non è apparsa convincente a Finazzi 2024, p. 1185 ss., per il quale l'espressione *proprius contractus* «non può designare altro che un

affacciato il problema dei contratti atipici, e che egli vede il negozio come la combinazione di contratti tipici[369].

Come si vede, in tutti questi casi Labeone non propone di utilizzare l'*actio civilis in factum* e l'*agere praescriptis verbis* per tutelare convenzioni atipiche, benché sia questa l'interpretazione che per lo più ne dà la dottrina. Occorre però anche notare che tra il caso (*a*), in cui Labeone parla di *actio civilis in factum* e gli altri in cui dà l'*agere praescriptis verbis* vi è differenza, perché nel caso (*a*) la ragione per cui il giurista preferisce non usare l'azione tipica non è l'inefficacia del negozio (come in *b*) o la difficoltà di identificarne il tipo (come in *c*), ma solo la pericolosità, per l'attore, di una scelta tra *actio locati* e *conducti*. L'*actio civilis in factum* sembrerebbe dunque essere meno distante dall'azione tipica rispetto all'*agere praescriptis verbis*: viene perciò da chiedersi se davvero le due espressioni possano essere identificate, come in genere ritiene la dottrina[370].

12. *La struttura formulare dell'*agere praescriptis verbis.

Lasciando per ora da parte il problema dell'*actio civilis in factum*, su cui torneremo (§ 14), concentriamoci sulla struttura formulare dell'*agere praescriptis verbis*. La testimonianza più importante è costituita da uno scolio di Stefano:

---

contratto vero e proprio, cioè tipico, non integrato, al quale la fattispecie era accostata»: Labeone avrebbe detto, se intendo bene, che se non si realizza né una compravendita né un mutuo sarebbe più prudente *agere praescriptis verbis*, come se fosse stato stipulato un altro contratto tipico, che tuttavia il giurista non nominerebbe. Utilizzando ancora la categoria «fattispecie atipica» (cfr. *supra*, ntt. 362 e 365), l'a. sostiene che il contratto non sarebbe né tipico né atipico e neanche misto, bensì «una fattispecie atipica simile a un contratto» tipico (*ibid.*, p. 1187). Verrebbe tuttavia da chiedersi per quale ragione, se la fattispecie è simile a un contratto tipico, non si attribuisca l'azione di tale contratto; e se al contrario – in considerazione del *quasi* – la fattispecie non fosse sufficientemente simile a tale anonimo contratto, quale fosse per Labeone l'utilità del riferimento al *proprius contractus*.

[369] Mi sembra che su ciò concordi anche Sciandrello 2014, § 3, benché questo a. tenda a enfatizzare maggiormente la vicinanza con la materia dei contratti innominati.

[370] In verità, ne sono sempre stato convinto anch'io: cfr. Fiori 2011c, p. 145 ss.; cfr., da ultimo, Babusiaux 2023, p. 2354 s. Le due azioni vengono identificate in Afr. 8 *quaest.* D. 19, 5, 24; Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19, 5, 22.

> Sch. μαθῶν ad Bas. 11, 1, 7 (Scheltema, B I, p. 188, 16-19): Διὸ δίδωμι τὴν ἰγκέρταν, τουτέστι τὴν πραεσκρίπτις βέρβις, ἥτις διηγεῖται μὲν ὡς ἐν δεμονστρατίωνι τὸ πρᾶγμα, μετέρχεται δὲ εἰς ἰντετίονα ἰγκέρταν, καὶ καταλέγει λοιπὸν εἰς τὸ κοινὸν τέλος, τουτέστι τὴν συνήθη κονδεμνατίωνα.
> Perciò attribuisco la (*actio*) *incerta*, ossia *praescriptis verbis*, la quale espone prima il fatto come in una *demonstratio*, prosegue poi in una *intentio incerta*, e termina infine nella conclusione comune, ossia nell'ordinaria *condemnatio*.

Come si vede, la formula dell'*actio praescriptis verbis* è analoga a una formula con *demonstratio*[371], con la differenza che al posto di questa *pars formulae* si inserisce un testo che, non essendovene altri prima, si deve necessariamente identificare con la *praescriptio*. La struttura della formula parrebbe dunque essere: (*i*) *praescriptio*; (*ii*) *intentio incerta*; (*iii*) *condemnatio*.

Per comprendere il testo di Stefano è necessario esaminare brevemente la sezione delle Istituzioni di Gaio in cui si parla della *praescriptio*. Il testo inizia con una sorta di rubrica che introduce l'argomento, in cui il giurista scrive che tratterà delle *praescriptiones*, che sono a favore dell'attore:

> Gai. 4, 130: Videamus etiam de praescriptionibus, quae receptae sunt pro actore.

Per spiegare questa affermazione, Gaio scrive che, quando si debba effettuare una prestazione in più frazioni, come ad esempio in una *stipulatio* di *pecunia* che prevede un pagamento rateale, se si chiede l'intera somma il convenuto sarà assolto perché non vi è un dovere di prestazione per la parte non scaduta, ma su quest'ultima si determinerà comunque la preclusione processuale; converrà pertanto agire con la *prae-*

[371] Per CANNATA 1970b (2011), p. 247 e nt. 36, la *praescriptio* coinciderebbe con la *demonstratio*, ma in questo modo non si comprenderebbe la differenza con una normale formula con *demonstratio*.

scriptio EA RES AGATUR, CUIUS REI DIES FUIT[372]. Se poi si agisca in relazione alla compravendita di un fondo e si voglia limitare la pretesa a ottenere il trasferimento tramite *mancipatio*, senza travolgere altre possibili pretese come quella relativa alla *traditio* del possesso, si inserirà una *praescriptio* EA RES AGATUR DE FUNDO MANCIPANDO[373]. Questa funzione della *praescriptio* è stata definita dalla dottrina 'limitativa'[374], perché serve a circoscrivere l'àmbito della cognizione del giudice – e della relativa preclusione processuale – alla questione dedotta in giudizio.

Dopo questa descrizione della *praescriptio pro actore*, Gaio chiarisce che il nome *praescriptio* deriva dal fatto che il relativo testo è scritto prima della formula[375]: questa precisazione sembra intesa ad affermare che la *praescriptio* non si caratterizza per una specifica funzione ma può assumerne varie.

A conferma di ciò, nel seguito della propria trattazione Gaio enumera funzioni della *praescriptio* che non sono solo nell'interesse dell'attore. Innanzi tutto, discute di una *praescriptio* che è *pro reo*, e che è stata sostituita nella sua epoca dall'*exceptio*[376]. Poi – dopo un'ampia lacuna – passa a trattare di

---

[372] Gai. 4, 131: *saepe enim ex una eademque obligatione aliquid iam praestari oportet, aliquid in futura praestatione est, velut cum in singulos annos vel menses certam pecuniam stipulati fuerimus. nam finitis quibusdam annis aut mensibus huius quidem temporis pecuniam praestari oportet, futurorum autem annorum sane quidem obligatio contracta intellegitur, praestatio vero adhuc nulla est; si ergo velimus id quidem, quod praestari oportet, petere et in iudicium deducere, futuram vero obligationis praestationem in integro relinquere, necesse est, ut cum hac praescriptione agamus:* EA RES AGATUR, CUIUS REI DIES FUIT. *alioquin si sine hac praescriptione egerimus, ea scilicet formula, qua incertum petimus, cuius intentio his verbis concepta est:* QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTERE*, totam obligationem, id est etiam futuram, in hoc iudicium deducimus, et quae ante tempus obligati* [—vv. $1^{3}/_{4}$—]. Per un'accurata discussione del passo, anche per profili qui non rilevanti, cfr. per tutti PELLECCHI 2003, p. 65 ss.

[373] Gai. 4, 131a: *item si verbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus hoc modo praescribere:* EA RES AGATUR DE FUNDO MANCIPANDO*, ut postea, si velimus vacuam possessionem nobis tradi,* [—vv. $1^{1}/_{2}$—]*re sumus, totius illius iuris obligatio illa incerta actione:* QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET*, per intentionem consumitur, ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio.*

[374] Cfr. per tutti SANTORO 1983, p. 690 (= 2009, p. 266) e nt. 35.

[375] Gai. 4, 132: *praescriptiones scilicet appellatas esse ab eo, quod ante formulas praescribuntur, plus quam manifestum est.*

[376] Gai. 4, 133.

una seconda funzione della *praescriptio*, che una parte della dottrina ha chiamato 'determinativa'[377]:

> Gai. 4, 134-135: [—] in intentione formulae de iure quaeritur, id est, cui dari oporteat; et sane domino dari oportet, quod servus stipulatur; at in praescriptione de facto quaeritur, quod secundum naturalem significationem verum esse debet. 135. Quaecumque autem diximus de servis, eadem de ceteris quoque personis, quae nostro iuri subiectae sunt, dicta intellegemus.

La funzione della *praescriptio*, in questo caso, è di chiarire che il diritto vantato nell'*intentio* è basato su circostanze di fatto (*factum*) che non coinvolgono il *pater* ma un suo sottoposto[378]: nell'*intentio* della formula ci si interroga sul *ius*, ossia su chi è colui al quale si deve dare (il *pater*), mentre nella *praescriptio* ci si interroga sul *factum*[379], che deve essere verificato[380] ragionando secondo la *naturalis significatio* – riterrei: delle parole usate dalle parti secondo il loro valore comune, non traslato nel linguaggio giuridico[381], un'affermazione che potrebbe essere condizionata dalla dottrina stoica della 'cosa si-

[377] Cfr. la letteratura indicata in PELLECCHI 2003, p. 151 s.; VARVARO 2008, p. 14 s. nt. 31.

[378] Il riferimento di Gai. 4, 134 alla *stipulatio* è a mio avviso puramente esemplificativo; al contrario, secondo PELLECCHI 2003, p. 213 ss. il testo riguarderebbe specificamente questo negozio.

[379] Come ha rilevato PELLECCHI 2003, p. 252 ss., qui l'opposizione *ius~factum* va intesa nel senso in cui essa è espressa in Ulp. 43 *ad Sab.* D. 15, 1, 41 allorché si afferma che, quando si usa il verbo *debere* rispetto ai negozi compiuti dal *servus*, *factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem*.

[380] Sul fatto che *verum esse* esprima «semplicemente la corrispondenza d'una data realtà ai *verba* formulari usati per esprimerla» cfr. esattamente PELLECCHI 2003, p. 234 s.; non mi sembra invece che da ciò possa dedursi che la fattispecie del negozio del *servus* debba essere descritta nella formula «con parole vere secondo questa realtà» (*ibid.*, p. 266; cfr. p. 443): non sono le parole a dover essere 'vere', ma il *factum*, cui in Gai. 4, 134 si riferisce il *quod … debet* (cfr. nt. seg.).

[381] Cfr. *naturalis significatio* in Quint. *inst.* 9, 1, 4, rispetto al *tropos*, definito come *sermo a naturali et principali significatione tralatus ad aliam ornandae orationis gratia*. Cfr. anche *sermo naturalis* in Serv. *Aen.* 2, 132, dove è contrapposto a *figura*, e in Pomp. *comm. art. Don.*, in KEIL 1868, p. 295, 3-14, dove si rileva la difficoltà di inserirlo in un verso poetico.

gnificata' (πράγμα) e del rapporto tra 'significato naturale' e 'significato imposto' dei nomi[382]. Una parte della dottrina ha rilevato che, poiché non sembra aver senso che la descrizione del negozio sia ripetuta due volte – una prima nella *praescriptio*, una seconda nella *demonstratio* – la *praescriptio* doveva sostituirsi alla *demonstratio*[383]; d'altronde, basandoci sugli esempi precedenti, le parole EA RES AGATUR non possono che appartenere alla *praescriptio*[384].

In altri casi la funzione 'limitativa' e quella 'determinativa' si combinano[385]. Che ciò accada in un primo caso, in cui si richiama la formula dell'*actio incerti ex stipulatu*[386], è discusso:

> Gai. 4, 136: Item admonendi sumus, si cum ipso agamus, qui incertum promiserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formulae loco demonstrationis hoc modo: IUDEX ESTO. QUOD AULUS AGERIUS DE NUMERIO NEGIDIO INCERTUM STIPULATUS EST, CUIUS REI DIES FUIT, QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET et reliqua.

Il nodo dell'interpretazione del passo è nelle parole *loco demonstrationis*, che per alcuni dovrebbe essere intesa 'al posto

---

[382] È un problema che non può essere qui affrontato: per una discussione sulla linguistica stoica cfr. per tutti FREDE, INWOOD 2005. La connessione con la nozione di *obligatio naturalis*, suggerita da PELLECCHI 2003, p. 236 sulla base del fatto che in Gai. 4, 134 si parla di un *servus* negoziatore, mi sembra molto ardita.

[383] Cfr. già LENEL 1927, p. 153. Più di recente, cfr. per tutti SANTORO 1983, p. 694 (= 2009, p. 270).

[384] L'ipotesi di PELLECCHI 2003, p. 298 ss. (cfr. anche p. 445), che Gaio chiami questo testo *praescriptio*, senza che funzionasse come tale, solo perché in virtù della clausola CUIUS REI DIES FUIT ne trattava nella sezione del manuale dedicata alle *praescriptiones*, mi sembra costringa a pensare a una debolezza teorica del giurista.

[385] Così anche VARVARO 2008, p. 123.

[386] Sulla base della collocazione nei *libri ad edictum* di Ulpiano e Paolo, LENEL 1927, p. 153 aveva ipotizzato che la formula edittale dell'*actio incerti ex stipulatu* prevedesse la clausola CUIUS REI DIES FUIT. L'ipotesi è seguita da vari autori (tra i più recenti PELLECCHI 2003, p. 271 ss. e VARVARO 2008, p. 125 ss.), benché non manchino dubbi al riguardo (cfr. TALAMANCA 1987, p. 46 nt. 331).

della *demonstratio*', cosicché la *praescriptio* coinciderebbe con l'intero testo da *quod* a *fuit*; per altri 'nel luogo della *demonstratio*', con l'effetto che la *praescriptio* sarebbe stata inserita all'interno della *demonstratio*[387]. Se si accettasse la prima soluzione, dovrebbe pensarsi che la *praescriptio* aveva nella formula valore solo 'limitativo'; propendendo per la seconda, bisognerebbe riconoscerle valore anche 'determinativo'.

La seconda ipotesi riguarda l'azione nei confronti di uno *sponsor* o di un *fideiussor*: se si deve limitare la pretesa alle rate scadute, si dovrà da un lato chiarire che l'azione è verso il garante e non verso il debitore principale che ha contratto il debito, dall'altro limitare la portata dell'effetto preclusivo della *litis contestatio*[388]. Si utilizzeranno perciò *praescriptiones* come le seguenti, cui seguirà la formula:

> Gai. 4, 137: At si cum sponsore aut fideiussore agatur, praescribi solet in persona quidem sponsoris hoc modo: EA RES AGATUR, QUOD AULUS AGERIUS DE LUCIO TITIO INCERTVM STIPULATUS EST, QUO NOMINE NUMERIUS NEGIDIUS SPONSOR EST, CUIUS REI DIES FUIT; in persona vero fideiussoris: EA RES AGATUR, QUOD NUMERIUS NEGIDIUS DE LUCIO TITIO INCERTUM FIDE SUA ESSE IUSSIT, CUIUS REI DIES FUIT; deinde formula subicitur.

Anche in questo caso si è rilevato che la *praescriptio* prendeva verisimilmente il posto della *demonstratio*, posto che non aveva senso ripetere per due volte la descrizione del fondamento della pretesa, l'unica differenza tra le due essendo che la *demonstratio* è all'interno della formula, mentre la *praescriptio* la precede[389].

Occorre però sottolineare, innanzi tutto, che tra *praescriptio* e *demonstratio* non vi è piena fungibilità, perché come ab-

---

[387] Cfr. sul punto l'ampia rassegna di PELLECCHI 2003, p. 295 ss., cui deve aggiungersi almeno VARVARO 2008, p. 124 ss.

[388] Per le motivazioni di questa necessità cfr. per tutti VARVARO 2008, p. 123 s.

[389] SANTORO 1983, p. 696 ss. (= 2009, p. 272 ss.). Tra gli autori recenti, pensano invece a una *praescriptio* non sostitutiva della *demonstratio*, ma ad essa premessa, ARTNER 2002, p. 46 ss.; CANNATA 2008-2009, p. 26 s. (= 2014, p. 37).

biamo detto l'uso della prima al posto della seconda si lega alla necessità non solo di determinare la pretesa, ma anche di limitarla[390]. In secondo luogo, che in questi casi la *praescriptio* è solo relativamente nell'interesse dell'attore: è *pro actore* la clausola con funzione 'limitativa' EA RES AGATUR … CUIUS REI DIES FUIT, perché consente di agire nuovamente per il diritto non dedotto in giudizio; ma il testo QUOD AULUS AGERIUS DE LUCIO TITIO INCERTVM STIPULATUS EST, QUO NOMINE NUMERIUS NEGIDIUS SPONSOR EST, con funzione 'determinativa', non è nell'interesse dell'attore più di quanto lo sia la *demonstratio*: l'affermazione di Gaio che al suo tempo *omnes praescriptiones ab actore proficiscuntur* (4, 133) deve essere intesa in senso lato, così come il giurista scrive che *intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit* (4, 41). In realtà la formula è un discorso di entrambe le parti che veicola nella sostanza le posizioni processuali contrapposte dei contendenti.

Questa caratteristica di alcune *praescriptiones* di essere nell'interesse di entrambe le parti potrebbe essere confermata da TPSulp. 31 = TP. 34 (52 d.C.). La tavoletta contiene, com'è noto, tre formule, delle quali le prime due integre, che riportano – secondo l'interpretazione più diffusa[391] – la seconda un'*actio certae creditae pecuniae* e la prima un'*actio ex sponsione tertiae partis*. All'inizio della prima formula, prima della nomina del giudice, sono state inserite le parole EA RES AGETUR DE SPONSIONE. Si è ipotizzato che una tale *praescriptio* avesse la funzione di far emergere la 'causa' della *condictio*[392], eventual-

[390] Così, giustamente PELLECCHI 2003, p. 180, in critica a Selb; cfr. anche *ibid.*, p. 216.

[391] L'ipotesi è di SANTORO 1985, p. 335 ss. (= 2009, p. 331 ss.); su di essa, e sulla reazione che ha determinato, cfr. PELLECCHI 2003, p. 391 ss.

[392] Cfr., da ultimo VARVARO 2014, p. 265 ss., che non mi sembra porti nuovi argomenti per contrastare le critiche mosse alla teoria (cfr. per tutti STURM 2001, p. 127 ss.; SACCOCCIO 2002, p. 16 ss.; PELLECCHI 2003, p. 353 ss.). Un altro argomento di questa teoria è che le parole Q(UA) D(E) R(E) AGITUR, presenti in entrambe le formule, costituiscano un rinvio, posto all'interno della formula, alla 'causa' indicata nella *praescriptio*. Trovo difficile credere che la generica dichiarazione 'questione per cui si agisce' fosse in grado di esprimere una causa o un comportamento *in iure* delle parti non altrimenti risultanti nella formula: mi sembrerebbe preferibile pensare che, così come

mente al fine di evitare la preclusione processuale per ogni rapporto di *certum* tra le parti[393], ma il fatto che la *praescriptio* sia presente solo nella prima formula mostra che essa aveva piuttosto lo scopo di chiarire al giudice che si trattava del procedimento *ex sponsione* e non di quello principale[394]. Questo chiarimento, che evidenzia la funzione 'determinativa' della *praescriptio*[395], risponde a un'esigenza oggettiva, non riconducibile all'una o all'altra parte.

Nello stesso senso deve forse intendersi la *praescriptio* dell'*agere praescriptis verbis* che – come abbiamo detto – in Stefano si sostituisce senz'altro alla *demonstratio*[396]. Si trattava probabilmente di un testo premesso alla formula vera e propria – che iniziava con la nomina del giudice[397] – nel quale si descriveva

---

nelle formule con *demonstratio* la frase ha la funzione di collegare l'*intentio* alla descrizione contenuta nella *demonstratio*, nelle formule in discorso essa miri a chiarire che la frase precedente (SI PARRET C(AIUM) MARCIUM SATUR[NINUM] C(AIO) SULPICIO CINNAMO HS ↃↃↃ ∞ D[ARE] OPORTERE) esprime l'oggetto del *iudicium*.

[393] È una interpretazione che risale a KUNKEL 1973, p. 206 ss.; cfr., per una discussione di questa ipotesi e delle sue varianti, PELLECCHI 2003, p. 360 ss.

[394] Cfr. per tutti CANNATA 2001a, p. 143; SACCOCCIO 2002, p. 21. Secondo VARVARO 2008, p. 152 s., l'*actio certae creditae pecuniae* sarebbe stata «indirettamente 'causalizzata'» dalla presenza della *sponsio et restipulatio tertiae partis*, perché solo questa forma di *condictio* l'avrebbe richiesta, mentre per l'*actio ex sponsione tertiae partis* sarebbe stato necessario chiarire che essa non trovava la propria fonte in un'operazione di *creditum*, bensì nella *sponsio* prestata *in iure*; a me sembra, però, che – quand'anche la si trovasse persuasiva – una simile spiegazione provi la natura 'determinativa' della *praescriptio*, ma non la sua natura di *praescriptio pro actore*, perché l'identificazione del rapporto è importante anche per le difese del convenuto. Cfr. anche la diversa spiegazione di PELLECCHI 2003, p. 421, per il quale la formula dell'*actio ex sponsione tertiae partis* sarebbe stata costruita in modo tale da evitare che si ritenesse l'azione esperita prima del verificarsi della condizione di un giudizio positivo sull'*actio certae creditae pecunia* (la teoria è criticata da VARVARO 2008, p. 146 ss.).

[395] Cfr. SANTORO 1983, p. 701 s. (= 2009, p. 277 s.), con letteratura in nt. 60.

[396] Non sarei dunque d'accordo con SANTORO 1983, p. 703 (= 2009, p. 279; cfr. anche VARVARO 2008, p. 131 ss.) nel vedervi una *praescriptio pro actore*. Pensa a questa clausola anche PELLECCHI 2003, p. 435, ma nell'ambito di una differente ipotesi complessiva.

[397] Se si segue CANNATA 2009-2009, p. 24 (= 2014, p. 35) nel collocare la *praescriptio* dopo l'indicazione del giudice, non si riesce a spiegare la deno-

il fatto (τὸ πρᾶγμα in Stefano; cfr. *factum* in Gai. 4, 134) che aveva originato la pretesa, evidentemente senza esprimersi in termini di *ius*, ciò che era lasciato alla generica *intentio incerta* al QUIDQUID DARE FACERE OPORTET (EX FIDE BONA). Peraltro, il fatto di essere formalmente 'fuori' dalla formula – benché, è chiaro, sostanzialmente 'dentro', nel senso che era necessaria al giudice per conoscere della questione[398] – contribuiva ulteriormente a non vincolare il giudice nella qualificazione giuridica del rapporto. La funzione della *praescriptio* (nell'*agere praescriptis verbis*) e della *demonstratio* è dunque la stessa, e la loro differenza sembrerebbe consistere nell'essere la prima 'atipica' e la seconda 'tipica'.

13. *La formula dell'azione generale di* incertum *in età repubblicana e la sua posizione negli editti pretorii.*

13.1. *La formula dell'azione generale di* incertum *in età repubblicana.* – Se adesso torniamo all'ipotesi sopra formulata (§ 9.4), secondo cui sino all'inizio del I sec. a.C. la tutela dei contratti sarebbe passata per due azioni generali – la *condictio* per le pretese di *certum* e un'*actio civilis* per quelle di *incertum* – ci accorgiamo che quest'ultima doveva avere una struttura formulare analoga a quella dell'*agere praescriptis verbis*. Per consentire una tutela che prescindesse da una netta distinzione tra figure contrattuali, la *demonstratio* dell'azione di *incertum* repubblicana doveva infatti essere 'atipica' come la *praescriptio* dell'*agere praescriptis verbis* labeoniano: doveva cioè

---

minazione *praescriptis verbis*, che deriva certamente dall'essere scritta, almeno originariamente, prima della formula (cfr. Gai. 4, 132).

[398] La precisazione sembra essere opportuna, perché VARVARO 2014, p. 314 nt. 200 intende il mio pensiero (cfr. FIORI 2011c, p. 145 ss.) nel senso che la *praescriptio* non vincolasse in alcun modo il giudice. Non è questa la mia idea, perché ovviamente, se così fosse, l'apposizione della clausola sarebbe del tutto inutile: a mio parere, la *praescriptio* conteneva una descrizione fattuale priva di qualificazioni dogmatiche, e il giudice era tenuto a conoscere di questo fatto; ma dal punto di vista del *ius*, solo l'*intentio* rilevava, e la posizione formalmente esterna della *praescriptio* rispetto alla formula vera e propria contribuiva a lasciare al giudice una maggiore libertà nel qualificare il rapporto.

descrivere i rapporti economici espressi dai verbi *emere*, *vendere*, *locare*, *conducere*, ecc. come 'fatti', essendo il *ius* richiamato solo dall'*oportere (ex fide bona)*. Nel momento in cui il lavoro di approfondimento dei singoli assetti di interesse operato dai giuristi tardo-repubblicani condurrà a una tipizzazione dei contratti, dire *vendere* ed *emere* non significherà più 'dare' o 'prendere a titolo oneroso', ma concludere un contratto di *emptio venditio*; se perciò prima la sfera semantica di *emere* poteva coprire anche quella di *conducere*, adesso la confusione non è più ammessa. Conseguenza di tutto ciò è che la *demonstratio*, dal descrivere un 'fatto', passa a richiamare dei tipi negoziali, facendo perdere alle relative azioni le loro caratteristiche generali[399].

È interessante notare che una parte significativa della dottrina, pur senza rilevare la relativa indistinzione tra contratti che abbiamo riscontrato sino a Q. Mucio ma fondandosi soprattutto sul rapporto formulare tra *praescriptio* e *demonstratio*, ha ipotizzato che la seconda sia il risultato di una progressiva tipizzazione di formule originariamente con *praescripta verba*[400]. Io non credo si possa concordare del tutto con questa

[399] Lo rileva anche SANTORO 1983, p. 696 (= 2009, p. 272) nt. 49, il quale pensa che formule con *praescriptio* di azioni decretali siano state gradualmente recepite nell'editto trasformandosi in formule con *demonstratio*, in virtù di «un processo di tipicizzazione edittale». Io credo che non sia necessario pensare ad azioni inizialmente decretali – se non nella misura in cui si ritenga che in generale l'editto si sia formato mediante la recezione di strumenti decretali –, essendo maggiormente probabile l'idea di un'unica azione generale di *incertum*.

[400] Al riguardo si richiama spesso BETTI 1914, p. 706 ss., che però pensava a un passaggio dalla *praescriptio* alla *demonstratio* all'interno di uno sviluppo più complesso che partiva dalle formule *in factum* (cfr. FIORI 2003a, p. 6 ss.). Per SELB 1974, 9 ss. nelle formule con *intentio incerta* il ruolo di determinazione della controversia sarebbe svolto da varie componenti, tutte accomunate dall'aver attraversato una fase iniziale in cui erano esterne alla formula propriamente detta (ossia scritte prima della nomina del *iudex*), per poi essere finalmente 'integrate' nella formula: nei *iudicia stricti iuris*, sarebbe questo il compito della *praescriptio*, che potrebbe essere 'pura', o collegata a un «*quod*-Satz» a formare un testo che l'a. chiama *praescriptio-demonstratio* e che una volta integrato nella formula sarebbe coincisa con una *demonstratio*; nei *iudicia bonae fidei*, dovrebbe parlarsi sempre di *demonstratio* (forse inizialmente anch'essa esterna e poi 'integrata'), anch'essa 'pura' oppure legata ad una *praescriptio* allorché si fosse posto il problema di delimi-

prospettiva. Da un lato, perché le formule con *demonstratio* svolgevano anche la funzione di formule confessorie, e dunque – oltre a comparire dopo, anziché prima della nomina del giudice – avevano un valenza ulteriore rispetto a quelle con *praescriptio*. Dall'altro, perché la *praescriptio* – quando non ha funzione solo limitativa o anche limitativa – serve a descrivere il *factum* in una fattispecie particolare, ossia quando il negozio è stato realizzato da un soggetto *alieni iuris* (cfr. Gai. 4, 134-135), oppure ha valore solo informativo, legandosi non a caso a una formula che non ha *demonstratio*, ma un'*intentio* al *si paret* (TPSulp. 31 = TP. 34)[401]. Mi sembra però probabile che, data la necessità di descrivere rapporti non ancora pienamente tipici, sino all'inizio del I sec. a.C. la *demonstratio* avesse originariamente caratteri analoghi a quelli successivamente assunti dalla *praescriptio* 'determinativa', ossia si limitasse a descrivere il *factum*, riportando i termini del rapporto negoziale senza che i verbi utilizzati (*emere*, *vendere*, *locare*, ecc.) fossero vincolanti sul piano tipico, mentre al *ius* faceva riferimento la pretesa contenuta nell'*intentio*.

Poiché la formula doveva essere utilizzata tanto per i *iudicia bonae fidei* quanto per *iudicia stricti iuris* come l'*actio incerti ex stipulatu*, è probabile che l'*intentio* edittale contenesse un OPORTERE semplice, con la possibilità di aggiungere le parole EX FIDE BONA. Un simile meccanismo potrebbe essere attestato, quantomeno per l'epoca di Q. Mucio, dall'uso del verbo *addere* nei passi di Cicerone in cui si parla di *arbitria* o *iudicia*:

> Cic. *top.* 66: … in quibus EX FIDE BONA est additum
> Cic. *off.* 3, 7: … in quibus additur EX FIDE BONA
> Cic. *off.* 3, 70: … in quibus adderetur EX FIDE BONA

Se così fosse, potrebbe spiegarsi per quale ragione in quest'epoca l'elenco dei *iudicia bonae fidei* appaia ancora 'aperto',

---

tare ulteriormente l'oggetto della controversia. Un passaggio dalla *praescriptio* alla *demonstratio* ipotizzano anche SANTORO 1983, p. 696 (= 2009, p. 272) nt. 49; KRANIC 1989, p. 440 s.; BURDESE 1992, p. 211 s.; CANNATA 1997, p. 44 (= 2012, p. 310); VARVARO 2008, p. 112 ss. e 154 ss.

[401] Critico per altri versi anche PELLECCHI 2003, p. 184 ss.

nonostante la presenza delle formule nell'editto: in effetti l'aggiunta delle parole EX FIDE BONA dipenderebbe di volta in volta dalle scelte del pretore, guidato dalla giurisprudenza, e ciò spiegherebbe ulteriormente per quale ragione nella *lex Rubria de Gallia Cisalpina* (metà del I sec. a.C.[402]) si preveda un'*intentio* dell'*actio ex stipulatu* all'*oportere ex f(ide) b(ona)*[403], invece che un semplice *oportere*. Inoltre, lo stesso meccanismo potrebbe essere stato impiegato con la formula dell'*actio fiduciae*, nella quale secondo Cicerone sarebbero state presenti le parole UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE, e in quella dell'*actio rei uxoriae*, che sembrerebbe essere costruita con una *intentio* al QUOD EIUS AEQUIUS MELIUS[404].

13.2. *La posizione dell'azione generale di* incertum *negli editti pretorii.* – Potremmo, a questo punto, interrogarci sulla possibile collocazione della formula di quest'azione negli editti di età repubblicana. Naturalmente non è semplice rispondere, perché un'ipotesi minimamente affidabile dovrebbe passare per un tentativo di ricostruzione complessiva della logica dell'editto adrianeo: mi limito dunque a qualche considerazione, cui non è possibile attribuire altro valore che quello di una congettura.

È noto che il criterio principe utilizzato da Otto Lenel nella collocazione delle rubriche edittali è la corrispondenza tra le sistematiche dei *libri ad edictum* dei giuristi. Basandosi sui libri 22-23 di Ulpiano e 18 di Paolo (nonché dubitativamente sul libro 8 dei *Digesta* di Giuliano), lo studioso tedesco ha inserito nel tit. XIV *De iudiciis* tre rubriche abbastanza pe-

[402] Per la datazione cfr. *supra*, nt. 331.

[403] Lex *Rubr.* 20, 27 (CIL I.2[2] 592 = FIRA I 19).

[404] Cic. *top.* 66: *ubi vero etiam* UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET, *in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est* QUOD EIUS AEQUIUS MELIUS …; *off.* 3, 61: *reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt: in arbitrio rei uxoriae* MELIUS AEQUIUS, *in fiducia* UT INTER BONOS BENE AGIER; 3, 70: *nam quanti verba illa* UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! *Quam illa aurea* UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE …; *fam.* 7, 12, 2: *ubi porro illa erit formula fiduciae,* UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET? Cfr. anche Val. Prob. *not.* 6, 9 e Iav. 6 *ex post. Lab.* D. 24, 3, 66, 7. Sul fatto che l'*intentio* dell'*actio rei uxoriae* fosse *incerta*, mi sembra condivisibile la ricostruzione di VARVARO 2006.

culiari. Il § 55 *Si cum eo agatur, qui incertum promiserit*, è a suo avviso la *sedes materiae* della formula dell'*actio incerti ex stipulatu*. La particolarità di questa formula sarebbe quella di contenere una *praescriptio pro actore*: anziché essere aggiunta di volta in volta, come in genere avviene, la clausola sarebbe stata presente nella formula edittale, essendo tolta quando superflua[405]. Nel § 56 *In bonae fidei iudiciis quando praescribatur (?)* sarebbero invece riportate le formule dei *iudicia bonae fidei* quando vi fosse inserita la *praescriptio pro actore*[406]: in altri termini, non ci si sarebbe limitati ad aggiungere la *praescriptio* alle formule dei *iudicia bonae fidei* riportate nel tit. XIX *De bonae fidei iudiciis*, ma sarebbe esistita un'apposita rubrica. Si noti, peraltro, che i passi dei commenti giurisprudenziali corrispondenti a questi luoghi dell'editto riguardano la compravendita, il mandato, il deposito, la tutela, oltre che il debitore accessorio che agisca in regresso[407]: il che mostra che nel § 56 erano contenuti tutti i giudizi di buona fede unitariamente (a differenza del tit. XIX, in cui ciascuno ha una rubrica), compresi quelli che hanno una rubrica separata dal tit. XIX, come l'*actio tutelae* (§ 124 della ricostruzione di Lenel), intorno al quale si costruisce il tit. XXII *De tutelis*. Accanto a queste due rubriche – considerate la prima certa, la seconda molto probabile[408] –, Lenel aveva inizialmente aggiunto la rubrica § 57 *Si incertum condicatur (?)* sulla base di Iul. 8 *dig.* D. 12, 7, 3 e qui collocata perché lo studioso riteneva che la formula fosse costruita anch'essa con una *praescriptio*[409], ma poi l'aveva respinta nella seconda edizione[410], sia perché riteneva che una simile azione non potrebbe essere astratta come la *condictio certi*, da cui pure sarebbe derivata; sia perché si sarebbe sovrapposta con l'*actio praescriptis verbis*, con cui viene

[405] Cfr. *supra*, nt. 386.

[406] LENEL 1927, p. 155.

[407] Iul. 8 *dig.* D. 18, 5, 4 e Ulp. 23 *ad ed.* D. 19, 1, 33 (*emptio venditio*); Ulp. 23 *ad ed.* D. 17, 1, 43 (*mandatum*); Paul. 18 *ad ed.* D. 16, 3, 20 (*depositum*); Ulp. 23 *ad ed.* D. 26, 7, 8 (*tutela*); Ulp. 23 *ad ed.* D. 46, 1, 31 (debitore accessorio).

[408] LENEL 1927, p. 34 e 155: «sehr wahrscheinlich».

[409] LENEL 1883, p. 121 ss.

[410] LENEL 1907, p. 151 ss.

identificata da Iul. 49 *dig.* D. 49, 26, 19, 2. La *condictio incerti* non sarebbe stata presente nell'editto, ma sarebbe una creazione giurisprudenziale a partire dalla *condictio certae rei.*

A questo punto non può non tornare in mente l'ipotesi sopra ricordata (§ 13.1) di una parte della dottrina secondo cui la *demonstratio* sarebbe il risultato di una progressiva tipizzazione di formule originariamente con *praescripta verba*: se pure, come detto, non la si può accogliere *in toto*, essa evidenzia la stretta correlazione tra *praescriptio* 'determinativa' e *demonstratio.* Questa stessa correlazione potrebbe ricorrere tra *demonstratio* e *praescriptio pro reo*, qualora si accogliesse la ricostruzione della storia delle formule con *demonstratio* proposta da chi scrive in altra sede, secondo la quale la *praescriptio pro reo* avrebbe svolto, nelle formule con *demonstratio* sino al I sec. a.C., la funzione del SI NON PARET ABSOLVITO[411]. Sulla base di questi dati potrebbe ipotizzarsi che sino all'inizio del I sec. a.C. le rubriche relative alle formule edittali dei *iudicia bonae fidei* contenessero, come quella dell'*actio incerti ex stipulatu*, anche le *praescriptiones pro actore* e *pro reo*; per meglio dire, potrebbe pensarsi che vi fosse un'unica formula di *incertum* con *demonstratio* 'atipica' e che nella relativa rubrica figurassero anche le *praescriptiones.* Questo assetto sarebbe mutato nel corso del I sec. a.C. a causa di alcuni importanti mutamenti. Da un lato – sempre se si ammette la mia ricostruzione della storia del processo formulare – la nascita dei *iudicia legitima* creati dalla *lex Aebutia*[412] rende inutile la particolare procedura costruita per le formule con *demonstratio*, inducendo la sostituzione del SI NON PARET ABSOLVITO alla *praescriptio pro reo* (che sparisce o si trasforma in *exceptio*). Dall'altro lato, il processo di tipizzazione della *demonstratio* la differenzia dalla *praescriptio* 'determinativa', con l'effetto che per i *iudicia bonae fidei* tipici l'unica *praescriptio* ammessa è quella *pro actore*, mentre nell'*actio ex stipulatu* continua a ravvisarsi la valenza 'determinativa' della *praescriptio* che l'avvicina a una *demonstratio*[413].

---

[411] FIORI 2003a, spec. p. 237 ss.

[412] Per le ragioni che mi inducono a preferire, sulla nascita dei *iudicia legitima*, la teoria di Wlassak, cfr. FIORI 2003a, p. 124 ss.

[413] Cfr. Gai. 4, 134-137, discusso *supra*, § 12.

L'effetto di questa trasformazione potrebbe essere stato: *a*) la conservazione delle caratteristiche dell'azione generale di *incertum* – con lo stretto rapporto, forse talora anche di sostituzione, tra *praescriptio* e *demonstratio* – nell'*actio incerti ex stipulatu*; *b*) la tipizzazione delle formule dei *iudicia bonae fidei*, che si diversificano tra loro; *c*) la separazione tra le formule dei *iudicia bonae fidei* che non contengono una *praescriptio pro actore* da quelle che la contengono. Sul piano della sistematica dell'editto, ciò potrebbe essersi tradotto: *i*) nell'individuazione di una rubrica per la sola *actio incerti ex stipulatu* (§ 55 Lenel); nel distacco dei *iudicia bonae fidei* con *praescriptio pro actore* (§ 56 Lenel) dal tit. XIX *De bonae fidei iudiciis* (§§ 106-112 Lenel) nonché dal tit. XXII *De tutelis*, che contiene l'*actio tutelae* (§ 124 Lenel) e forse anche dal tit. XX *De re uxoria*, che contiene la formula dell'*actio rei uxoriae* (§ 113 Lenel). Nei limiti in cui la si ritenesse esistente, a questo processo potrebbe aver partecipato anche la formula della *condictio incerti* con *praescriptio pro actore* (§ 57 Lenel). In altre parole, la trattazione della formula dell'originaria azione generale di *incertum* si sarebbe divisa in due parti: nel tit. XIV *De iudiciis* le formule con *praescriptio pro actore*, lì collocate perché quella *praescriptio* ha la funzione di limitare la preclusione processuale; in altri titoli quelle senza *praescriptio pro actore* – mentre la formula dell'*actio incerti ex stipulatu* conserva, essa sola, il regime più antico.

Si può aggiungere che questo quadro – che, lo ripeto, è molto congetturale, ma mi sembra la necessaria conseguenza dell'ancora non chiara distinzione tra contratti riscontrabile sino all'inizio del I sec. a.C. – potrebbe essere confermato dall'esame delle sistematiche delle opere di commento all'editto. Si è infatti notato che tra i *libri ad edictum* di Pedio e quelli di Ulpiano e Paolo vi è sproporzione nella trattazione dei titoli XIV-XVIII e i titoli XIX-XXIV della ricostruzione di Lenel, e si è ipotizzato che, nel tempo che intercorre tra Pedio – che si ritiene scrivesse nella seconda metà del I sec. d.C. – e i giuristi severiani, vi sia stato uno spostamento di rubriche edittali dal secondo al primo blocco[414]. In linea con questa ipotesi, potrebbe pensarsi che la formula dell'azione generale di *in-*

[414] Giachi 2005, p. 294 ss. Per la datazione di Pedio cfr. *ibid.*, p. 42 e 52.

certum si trovasse originariamente dopo il tit. XVII *De rebus creditis* (del quale il successivo tit. XVIII, relativo alle cd. *actiones adiecticiae qualitatis* sarebbe stato per Lenel forse una semplice appendice[415]), in un luogo corrispondente ai titoli XIX-XXIII, che contiene le formule dei *iudicia bonae fidei* (tit. XIX), quelle dell'*actio rei uxoriae* (tit. XX, che come riteneva Lenel potrebbe aver attratto «als Anhang» il tit. XXI *De liberis et de ventre*) e dell'*actio tutelae* (tit. XXII che, sempre secondo Lenel, avrebbe invece attratto, tramite l'*actio rationibus distrahendis*, la materia del tit. XXIII *De furtis*); a questo gruppo seguiva la materia delle *operae libertorum* (tit. XXIV), che divenivano oggetto di obbligazione mediante *stipulatio* e che erano tutelato mediante *condictio certi*.

Forse, sino all'epoca di Pedio, esisteva nell'editto un 'blocco' di azioni derivato dalle due *actiones civiles* generali di *certum* e *incertum*, che comprendeva la *condictio* – che apre il blocco con il tit. XVII e lo chiude con il tit. XXIV –, l'*actio incerti ex stipulatu* e i *iudicia bonae fidei*. Le formule che, tra queste, contenevano una *praescriptio pro actore* potrebbero essere state spostate, dopo il commento del giurista, nei §§ 55-56 (o forse anche § 57) Lenel del tit. XIV.

14. *Le discussioni sui confini dei contratti tra I e II sec. d.C.*

Se il percorso sin qui tracciato fosse condivisibile, si dovrebbe ritenere che l'*agere praescriptis verbis* suggerito da Labeone (§ 11) non sia stato una completa invenzione del giurista, ma piuttosto il recupero dell'azione di *incertum* repubblicana, alla quale il giurista augusteo ha sostituito la *demonstratio* – ormai divenuta 'tipica' nel corso del I sec. a.C. – con una *praescriptio* 'atipica', nel senso che poteva descrivere il 'fatto' su cui si basava l'*oportere (ex fide bona)* dei contratti tipici senza far riferimento al tipo contrattuale. E potremmo anche supporre che l'*actio civilis in factum* labeoniana – se diversa dall'*agere praescriptis verbis* – avesse caratteristiche analoghe, per quanto non sia da escludere che fosse più vicina al

[415] Lenel 1927, p. 36.

modello tipico. Le formule suggerite da Labeone non miravano a tutelare – come abbiamo visto – i cd. contratti innominati, ma avevano tutte le potenzialità per farlo: se il giurista augusteo non le utilizza in questa direzione, è perché il problema dei contratti atipici non si è ancora posto[416]. È infatti solo tra I e II sec. d.C. che si assiste a un'ulteriore fase di approfondimento delle strutture contrattuali, nelle discussioni tra i membri delle due *sectae* di Sabiniani e Proculeiani. L'approfondimento si indirizza da un lato verso una maggiore distinzione tra figure contrattuali tipiche – in particolare tra i due contratti a prestazioni corrispettive, *emptio venditio* e *locatio conductio* –, dall'altro verso l'identificazione del perimetro dei contratti tipici rispetto a *conventiones* non riconducibili ai loro schemi.

Nella prima direzione, il parametro fondamentale per distinguere la compravendita dalla locazione viene ravvisato nella circostanza che il primo contratto, per quanto comporti per il venditore il dovere di *tradere possessionem*, non può non prevedere come fine almeno teorico il passaggio di proprietà. Benché una simile consapevolezza risulti già in Labeone, non siamo in grado di affermare che per questo giurista non fosse più sostenibile la posizione di Q. Mucio e Servio, secondo i quali in una *locatio conductio* poteva esservi un trasferimento di *dominium*[417]. È con Sabino che si afferma più decisamente questo elemento come criterio distintivo tra i due contratti[418], mentre i Proculeiani sembrano consentire con la prospettiva dei giuristi repubblicani[419]. Le discussioni inducono Cassio a

---

[416] Condivido pertanto quanto scrive SCIANDRELLO 2014, § 3, ossia che «le soluzioni individuate da Labeone nella sua attività di ridefinizione dei confini della tutela civilistica incisero (…) anche sulla problematica dei contratti atipici, segnando una strada lungo la quale trovarono protezione altre fattispecie recanti significative deviazioni dai tipi contrattuali». A conclusioni analoghe mi sembra giunga anche FINAZZI 2024, p. 1190.

[417] Cfr. Lab. 5 *post. a Iav. epit.* D. 18, 1, 80, 3: *nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus*; sul passo cfr. FIORI 1999, p. 177 ss.

[418] Sab. fr. 82 Lenel = Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18, 1, 20, per la cui esegesi, che mi sembra ancora valida, cfr. FIORI 1999, p. 190 ss.

[419] Una traccia di questa posizione si ritrova forse in Paul. 34 *ad ed.* D. 19, 2, 22, 2, su cui cfr. FIORI 1999, p. 220 ss.

una *media sententia*, in cui – rispetto al caso dell'oro dato a un orefice – il giurista distingue tra locazione delle *operae* e compravendita della *materia*[420], proposta che però sembra non aver avuto successo[421].

Accanto a queste discussioni si collocano quelle relative alla distinzione tra contratti tipici e atipici. L'esempio più noto riguarda i rapporti tra *emptio venditio* e *permutatio*[422]. Sabino e Cassio sostenevano che la *permutatio* è una forma, la più antica, di vendita, e a tal fine invocavano come prova i poemi omerici[423]. I Proculeiani, in particolare Nerva e Proculo, opponevano che in una permuta è impossibile determinare chi sia il venditore e chi il compratore, i cui doveri di prestazione all'interno del contratto sono differenti: il venditore deve dare il denaro, mentre il venditore deve trasferire il possesso, garantire l'evizione e astenersi da comportamenti dolosi[424]. La posi-

[420] Cass. fr. 139 Lenel = Gai. 3, 147, su cui cfr. Fiori 1999, p. 206 ss. Contro la mia lettura si è pronunciata Longo 2010, p. 291 ss. (cfr. anche Ead. 2019, p. 187 ss.), la quale ritiene che la discussione giurisprudenziale non riguardasse la distinzione tra compravendita e locazione, e in particolare che l'interrogativo posto da Gai. 3, 147 (*utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur)* si riferisca alla posizione del problema da parte dello stesso Gaio e non alle soluzioni degli altri *prudentes*. L'a. non considera però che la frase è retta da *item quaeritur*, che rinvia al *quaeri soleat* di 3, 145 e dunque non può alludere all'opinione del solo Gaio (per una diversa critica all'interpretazione dell'a. cfr. anche Corbino 2017, p. 117 ss.).

[421] Cfr. Gai. 3, 147 e Iav. 11 *epist.* D. 18, 1, 65, su cui Fiori 1999, p. 214 ss.

[422] Cfr. su questa disputa, da ultimo, Ernst 2023, p. 2061 s., con letteratura.

[423] Gai. 3, 141; Paul. 33 *ad ed.* D. 18, 1, 1 pr.-1. Considerando che in quest'ultimo passo si afferma che per Sabino e Cassio la permuta 'era' (*esse*) una compravendita, non mi sembra possa sostenersi con Stolfi 1997, p. 59 nt. 268 che per i due giuristi il rapporto fosse di semplice «omogeneità», laddove invece per Celio Sabino (cf. *infra*, nt. 426) il rapporto sarebbe divenuto «di assoluta identità».

[424] Paul. 32 *ad ed.* D. 19, 4, 1 pr.: *sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius. sed cum debeat et res et pretium esse, 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.*

zione dei Sabiniani viene difesa da Celio Sabino, il quale – verisimilmente rispondendo ai Proculeiani[425] – non disconosce la necessità di distinguere tra venditore e compratore, determinata dai differenti obblighi di ciascuno, ma ritiene che anche nella *permutatio* le parti siano distinguibili sulla base del rapporto tra offerta e accettazione, nel senso che l'offerente può essere identificato con il venditore e l'accettante con il compratore[426].

Lo stesso dibattito, come ci informa Gaio[427], si era sviluppato intorno alla *locatio conductio*[428]. La prospettiva sabiniana si ritrova in un passo di Africano in cui, riportando il pensiero di Giuliano, si fa rientrare nella *locatio conductio* anche il contratto in cui un terreno in comproprietà viene sfruttato per intero ad anni alterni dai due proprietari, compensando con i frutti il canone di locazione[429]. La posizione dei Proculeiani sembrerebbe invece attestata in alcuni passi in cui si scambiano tra loro fondi, *operae fabriles*, nonché le *operae* di uno schiavo presso un mulino contro l'attività di *custodia* dello stesso schiavo da parte del mugnaio[430]: in tutte queste ipotesi, si dubita che sia possibile utilizzare le azioni di locazione[431].

A queste discussioni si accompagna un dibattito sulle caratteristiche del *pretium* e della *merces*[432]. Si richiede, innanzi tutto, che il *pretium* sia *certum* e la *merces certa*[433], mentre non è necessario, ai fini del perfezionamento del contratto, che le

---

[425] Lo ipotizza STOLFI 1997, p. 59, seguito da CASCIONE 2003, p. 387 s. e nt. 128.

[426] Gai 3, 141.

[427] Gai. 3, 144.

[428] Per un esame più accurato dei testi e della letteratura cfr. FIORI 1999, p. 228 ss.

[429] Afric. 8 *quaest.* D. 19, 2, 35, 1, riportato *supra*, § 10.

[430] Cfr. rispettivamente Ulp. 32 *ad ed.* D. 10, 3, 23; Marcian. 3 *reg.* D. 19, 5, 25; Ulp. 30 *ad ed.* D. 16, 3, 1, 9.

[431] Ulp. 32 *ad ed.* D. 10, 3, 23: … *quae enim locatio est, cum merces non intercesserit?*; cfr. anche Ulp. 30 *ad ed.* D. 16, 3, 1, 9: … *quia pecunia non datur* …

[432] Per un esame più accurato dei testi e della letteratura cfr. FIORI 1999, p. 241 ss.

[433] Gai. 3, 140: *pretium autem certum esse debet*; 3, 142: *nisi* … *merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi.*

somme siano pagate o che sia data una garanzia (*arra*)[434]. Si discute poi intorno a una serie di problemi collegati alla determinazione di *pretium* e *merces*. Il primo problema è se sia valido il contratto in cui la determinazione del *pretium* e della *merces* sia rimessa a un terzo. Rispetto alla compravendita, Gaio ricorda che per Labeone e Cassio il contratto non aveva alcuna forza, mentre Ofilio e Proculo ritenevano che fosse valido[435]; è probabile che le medesime posizioni fossero assunte dai giuristi rispetto alla *locatio conductio*[436], ma Gaio distingue tra il caso in cui il terzo non è specificato – il che impedisce di parlare di locazione – e quando è indicato: in questa seconda ipotesi il contratto è condizionato, e diviene efficace quando il prezzo è determinato[437]. Ci si chiede poi se sia riconducibile a compravendita o locazione il contratto in cui il *pretium* (e verisimilmente la *merces*) fosse rimesso a una parte dopo la conclusione del contratto: è probabile che quando il prezzo dovesse essere determinato da una delle parti dopo la conclusione del contratto, i Proculeiani ritenessero valido il contratto grazie al parametro dell'*arbitrium boni viri*[438] – ossia sulla base di uno standard oggettivo[439] –, mentre i Sabiniani lo consideravano *imperfectum*[440]. Infine, ci si domanda se sia possibile per le parti determinare la *merces* (e, verisimilmente, il *pretium*) in un momento successivo alla conclusione del contratto: in questo caso i Sabiniani ritenevano che si dovesse pensare quasi a una convenzione atipica (*quasi de novo negotio*)[441], mentre i Proculeiani probabilmente ammettevano la riconduzione al contratto tipico, forse ancora una volta sulla base del principio dell'*arbitrium boni viri*[442].

---

[434] Gai. 3, 139.

[435] Gai. 3, 140.

[436] Cf. Gai. 3, 143.

[437] Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19. 2. 25 pr. La questione sarà risolta da Giustiniano: cfr. C. 4, 38, 15 pr.-3 (a. 530); Inst. 3, 23, 1.

[438] Pomp. 9 *ad Sab.* D. 17, 2, 6.

[439] Grosso 1966, p. 99 ss.

[440] Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 18, 1, 35, 1.

[441] Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19, 5, 22.

[442] Cf. Gai. 3, 143, in cui si precisa che si discuteva (*quaeritur*) se potesse parlarsi di *locatio conductio*; sulla possibilità che il criterio discretivo fosse l'*arbitrium boni viri* cfr. Fiori 1999, p. 248 nt. 214.

È bene chiarire che queste discussioni non derivano dalla 'scoperta', da parte dei giuristi, dei rapporti riconducibili ai contratti innominati, ma da un lavoro di definizione dei tipi mai compiuto prima. Per prendere l'esempio più noto, quello della *permutatio*, essa sembra emergere solo all'inizio del Principato, ma è chiaro che, come rapporto economico, la permuta era molto più antica. Se si riflette sui negozi dell'età arcaica, ci si avvede del fatto che lo scambio in natura doveva essere particolarmente rilevante in un contesto in cui non circolava ancora la moneta coniata: i pagamenti delle *res pretiosiores* avvenivano in bronzo[443], ma ciò sarebbe stato – oltre che giuridicamente non necessario – del tutto impraticabile per la grande maggioranza degli scambi aventi ad oggetto *res nec mancipi*. La stessa comparsa della moneta coniata nel III sec. a.C.[444] non dovette eliminare dall'economia romana lo scambio in natura, sostituendolo con la vendita a contanti[445]. Come abbiamo già ricordato, Volusio Meciano riferisce che in passato la moneta straniera (specificamente il *victoriatus*, introdotto alla fine del III a.C.) era parificata a un bene commerciabile (*loco mercis*) il cui valore era pari a quello del metallo e non al valore nominale della moneta – così come all'epoca del giurista del II sec. d.C. accadeva con le dracme[446] –, pertanto gli acquisti compiuti con il *victoriatus* non sarebbero stati definibili, nella prospettiva proculeiana, come *emp-*

[443] È verisimile che solo il metallo fosse usato per gli scambi tra privati. Il passaggio di proprietà di un bovino, essendo questo una *res mancipi*, avrebbe infatti richiesto una *mancipatio*, ossia una pesatura di bronzo, a meno di non ricorrere al complesso meccanismo dell'*in iure cessio*; probabilmente non è un caso che nelle fonti si parli di bestiame solo in relazione alle *multae* e forse al *sacramentum* giudiziale, ossia a pagamenti destinati a soggetti pubblici (sulle norme del V sec. a.C. che fissano i termini di equivalenza tra bestiame e bronzo in relazione alle *multae* e forse ai *sacramenta*, individuando in 10 assi – ossia in circa 3,72 kg di bronzo: cfr. per tutti De Martino 1980, p. 50 s. – il valore di un ovino e in 100 assi quello di un bovino, cfr. Fiori 2018a, p. 96 ss.).

[444] Per la datazione, cfr. per tutti Crawford 1985, p. 17 ss.

[445] Sulla coesistenza di pagamenti in denaro e pagamenti in natura – sulle proporzioni dei quali si discute – in età repubblicana e nel principato cfr. per tutti Howgego 1992, p. 1 ss. spec. p. 16 ss.

[446] Maec. *assis distr.* 45 (riportato *supra*, nt. 88).

tio venditio. D'altra parte, essendo la compravendita un negozio di *ius gentium*, essa non poteva certamente essere circoscritta ai casi in cui il *pretium* era in moneta romana, perché – anche in considerazione dell'inizio della monetazione a Roma, sostanzialmente contemporaneo all'epoca in cui verisimilmente nasce il contratto – ciò avrebbe escluso dal perimetro dell'*emptio venditio* una quantità di affari con gli stranieri[447]. La dottrina sabiniana conserva dunque, con ogni probabilità, la soluzione più antica; e in effetti, considerando che Meciano attesta un analogo regime anche ai suoi tempi con riferimento alla dracma, e che in età imperiale è attestato l'impiego non occasionale di monete greche[448], la prospettiva dei Sabiniani doveva essere quella più rispondente alle dinamiche commerciali del Mediterraneo. Una conferma viene anche dal regime della *locatio conductio* in età repubblicana: come abbiamo visto (§ 10), Servio vi fa rientrare lo scambio di *res utendae fruendae*, adottando un'impostazione che sarà ripetuta dai Sabiniani. L'emersione del problema dei contratti atipici non deve dunque essere vista necessariamente come un'apertura verso la tutela contrattuale di nuovi negozi[449]: l'economia romana li conosceva certamente a partire dal III sec. a.C., quando è nata la 'seconda formazione economico-sociale' della storia del diritto privato romano. I *negotia* sono *nova* solo giuridicamente, in conseguenza di un lavoro giurisprudenziale che definisce sempre più in senso tipico i contratti esistenti, con l'effetto di renderli sempre meno 'capienti' e di far emergere spazi negoziali atipici, senza che tutto ciò abbia conseguenze rilevanti sulla vita economica.

---

[447] Mi allontano, in ciò, dall'interpretazione di CASCIONE 2003, p. 396 s., per il quale questi dati dovevano indurre a ricercare l'origine della compravendita consensuale nel contesto romano-italico, piuttosto che nei rapporti con gli stranieri. A me pare che sia ancora valido il rilievo (cfr. per tutti ARANGIO-RUIZ 1954, p. 177 s.) che, se il venditore è obbligato a *tradere possessionem* invece che a trasferire il *dominium ex iure Quiritium*, ciò è dovuto alla necessità di creare un contratto utilizzabile sia da Romani che da stranieri.

[448] Lo rileva MAROTTA 2012, p. 196.

[449] Non direi, quindi, con GALLO 1995, p. 61 s. che, mentre i Proculeiani «tendevano a superare la tipicità con l'elaborazione di categorie e figure nuove», i Sabiniani «riconducevano invece i casi nuovi alle figure negoziali riconosciute», dilatando le fattispecie.

Una conferma di ciò potrebbe essere trovata negli strumenti processuali posti a tutela dei contratti atipici. La materia è complessa, forse anche più di quanto normalmente si ritiene, e non può essere affrontata in questa sede. Ai nostri fini è sufficiente rilevare che dopo Labeone continuano a essere utilizzati gli strumenti processuali utilizzati dal giurista augusteo – *actio civilis in factum* e *agere praescriptis verbis* – spesso nelle medesime applicazioni[450], ma talora anche per i contratti atipici. A queste azioni si aggiunge con Nerazio[451], per una fattispecie di *do ut facias*, una terza azione, l'*actio civilis incerti*[452], che sembrerebbe essere impiegata esclusivamente

[450] Mi limito a ricordare Proc. 11 *epist.* D. 19, 5, 12, che ho analizzato in Fiori 2014b, p. 257 ss.

[451] Sempre che con essa non possa essere identificata l'*actio incerti* che Labeone attribuisce al *dominus* di un *servus* che abbia depositato presso un terzo una somma di denaro controversa, con l'accordo che fosse restituita al *dominus* o alla controparte processuale; Lab. 6 *post. a Iav. epit.* D. 16, 3, 33: *servus tuus pecuniam cum Attio in sequestre deposuit apud maevium ea condicione, ut ea tibi redderetur, si tuam esse probasses, si minus, ut Attio redderetur. posse dixi cum eo, apud quem deposita esset, incerti agere, id est ad exhibendum, et exhibitam vindicare, quia servus in deponendo tuum ius deterius facere non potuisset* (cfr., sul passo, Fiori 2011c, p. 160 s. nt. 63). Anche in questo caso, comunque, Labeone non dà l'azione a tutela di contratti atipici: nella fattispecie, il problema è che il *servus* non può rendere deteriore la condizione del *dominus* e dunque non può usarsi l'*actio sequestrataria*, ma al proprietario bisogna consentire di agire a tutela dei propri interessi: cfr. Talamanca 1990a, p. 95.

[452] Nerat. 1 *resp.* D. 19, 5, 6: *insulam hoc modo, ut aliam insulam reficeres, vendidi. respondit nullam esse venditionem, sed civili intentione incerti agendum est.* Artner 2022, p. 131 (alla cui ricostruzione è vicino Fercia 2014, § 10) ha sostenuto che Nerazio qualificasse il negozio come vendita, e che da ciò possa desumersi che nel contratto si prevedesse che l'*emptor* fosse obbligato non solo a *reficere* l'*insula*, ma anche a pagare un prezzo *in pecunia numerata*. Nerazio si sarebbe pertanto collocato sulla linea adottata da Labeone in D. 18, 1, 50, prevedendo che potesse agirsi *praescriptis verbis* non solo – come il giurista augusteo – per tutelare obblighi accessori in assenza di quello principale, ma addirittura in sostituzione di quest'ultimo. Tuttavia non solo il tenore del passo lascia comprendere che la qualificazione del rapporto come vendita è delle parti ed è rifiutata dal giurista (così giustamente, per tutti, Gallo 1995, p. 58; l'ipotizzata contraddittorietà di Nerazio viene spiegata da Artner 2002, p. 130, con una «Unbekümmertheit» che sarebbe propria dei giuristi romani rispetto alle questioni terminologiche, ma qui il problema non è meramente terminologico, perché si riflette sulla qualificazione del contratto e sulla scelta dell'azione), ma il responso di Nerazio ci è giunto anche attraverso una citazione di Pomponio (che giustamente Lenel 1889, p.

per i contratti innominati[453]: anche in questo caso, come per l'*actio civilis in factum*, potrebbe essere dubbio che essa coincida senz'altro con l'*agere praescriptis verbis*[454], nonostante l'identificazione che talora si trova nelle fonti[455] – ma è una questione che non possiamo approfondire. Per quanto interessa il nostro tema, a me pare possa ipotizzarsi che i giuristi del I e II sec. a.C. abbiano riutilizzato le azioni impiegate da Labeone, aggiungendovi l'*actio civilis incerti* per tutelare rapporti che, a seguito delle discussioni tra Sabiniani e Proculeiani, erano stati estromessi dal sistema tipico elaborato nel corso del I sec. a.C. Queste azioni, se addirittura non coincidevano, dovevano infatti essere tra loro molto vicine, essendo accomunate da una *intentio civilis incerta* probabilmente non differente da quella delle formule con *demonstratio*, e da una parte precedente che poteva essere una *praescriptio* con funzione determinativa (per l'*agere praescriptis verbis*) o una *demonstratio* non tipizzata; che differenza vi fosse tra queste strutture for-

---

777 colloca nello stesso frammento), in cui si contrappone proprio il caso in cui l'*emptor*, oltre a *reficere* l'*insula*, debba pagare anche un prezzo – ciò che per Pomponio consente al venditore di usare l'*actio venditi* – a quello discusso da Nerazio in cui il 'compratore' si obbliga solo alla *refectio*, il che non consente di parlare di *emptio venditio*: Ner. fr. 77 Lenel = Pomp. 9 *ad Sab.* D. 19, 1, 6, 1: *si vendidi tibi insulam certa pecunia et ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito, ut reficias: si autem hoc solum, ut reficeres eam convenisset, non intellegitur emptio et venditio facta, ut et Neratius scripsit.* La fattispecie di cui si occupava Nerazio era dunque un caso di *do ut facias* (non mi sembra sostenibile, con Fercia 2014, § 10, che lo scambio cui pensava Nerazio fosse un *facio ut facias* perché «l'addivenire al contratto nominato, in sé considerato, altro non è se non una prestazione di *facere* – tale è il *contrahere*»: così ragionando, ogni contratto sarebbe un *facio ut facias*).

[453] Cfr. Mauriciano in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 2; 32 *ad ed.* D. 10, 3, 23; 42 *ad Sab.* D. 19, 5, 15; Paul. 5 *quaest.* D. 19, 5, 5, 1-2. L'unico caso che potrebbe essere dubbio è Pomp. 22 *ad Sab.* D. 19, 5, 16 pr.; per Artner 2002, p. 160 sarebbe una *donatio sub modo* corrispondente a un *do ut facias* (cfr. anche Babusiaux 2023, p. 2549); lo esclude Stolfi 2001, p. 233. Attribuiscono l'*actio civilis incerti* e/o l'*actio praescriptis verbis* in casi analoghi anche C. 4, 64, 8 (a. 294): *actio praescriptis verbis*; C. 8, 53, 9 (a. 293): *incertum iudicium (id est praescriptis verbis)*; C. 8, 53, 22, 1 (a. 294): *actio incerta civilis.*

[454] Come normalmente si ritiene: cfr. per tutti Gallo 1995, p. 60; Artner 2002, p. 131; Babusiaux 2023, p. 2540. Per Talamanca 1990a, p. 102, probabilmente aveva un'*intentio* al *quidquid dare facere oportet*, ma non *ex fide bona.*

[455] Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 2; 42 *ad Sab.* D. 19, 5, 15; C. 8, 53, 9 (a. 293).

mulari è per me impossibile dire, almeno in questa fase della ricerca.

15. *Un'ipotesi di sviluppo: dalle azioni generali alle azioni tipiche e ritorno*

Tiriamo le somme del discorso. È chiaro che, in un tema come quello qui affrontato, non può che procedersi per congetture. Da un lato, il periodo compreso tra il III e il I sec. a.C. è un'età fondamentale per la formazione del diritto privato, ma al riguardo non abbiamo a disposizione fonti comparabili con quelle relative alle epoche successive. Dall'altro, ogni ricostruzione non può che basarsi su esegesi di testi che a loro volta sono ipotesi interpretative, e pertanto dipende dalla loro condivisibilità. Mi sembra però che dalle pagine precedenti emergano dati idonei quantomeno a porre in crisi la diffusa idea che la tipicità sia stata una caratteristica del sistema contrattuale romano sin dall'inizio, e che perciò l'impegno degli studiosi nella ricostruzione storica di quel sistema possa consistere esclusivamente nella ricerca del momento in cui questo o quel contratto tipico ha ricevuto per la prima volta protezione.

Un primo elemento da considerare è che la tipicità è coessenziale al diritto onorario – che si è formato sul mutevole elenco di rapporti per i quali, anno dopo anno, i pretori hanno garantito protezione (§ 9.2) – ma che la tutela dei contratti, che sono sin dalle origini un istituto di diritto civile (§ 9.3), non aveva simili esigenze, e potrebbe aver inizialmente continuato le caratteristiche di 'generalità' proprie delle *legis actiones*. Questa possibilità potrebbe essere confermata dalla circostanza che le fonti relative al periodo compreso tra III e (inizio) I sec. a.C. mostrano una relativa definizione dei rapporti economici (§§ 2-8), il che non può non avere riflessi sulla tutela: se *emere* e *vendere* significano 'prendere' e 'dare a titolo oneroso', potendo essere utilizzati anche per rapporti diversi dalla compravendita, è chiaro che la formula dell'azione che tutela il rapporto non può che essere altrettanto indefinita. Per questo lasso di tempo, è perciò a mio avviso pre-

feribile pensare che la tutela contrattuale fosse realizzata mediante un'azione generale di *certum* (*condictio*), che sopravvivrà nel diritto classico, e un'azione generale di *incertum* (§ 9.4). Questa seconda azione era forse caratterizzata da una *demonstratio* non tipica – nel senso che descriveva il rapporto economico-sociale (*emptio, venditio, mandatum*, ecc.) in forme che non vincolavano le parti e il giudice a un preciso 'tipo' contrattuale – e da una pretesa indefinita sul piano causale come quella consentita dall'*intentio incerta* presente ancora in età classica nelle formule con *demonstratio* (§ 13.1). Per quanto gli indizi al riguardo siano molto tenui, potrebbe pensarsi che in quest'epoca l'azione generale di *incertum* fosse collocata, negli editti dei pretori, in una parte corrispondente ai tit. XIX-XXIII dell'editto così come ricostruito da Lenel (§ 13.2).

Tutto ciò dovrebbe indurre, mi sembra, a ripensare il nostro approccio alla storia dei contratti romani. Probabilmente non è la stessa cosa chiedersi quando è iniziata la tutela del deposito o della locazione come fenomeni economici, e quando sono nate le *actiones depositi* e *locati conducti*: tra III e (inizio) I sec. a.C. i rapporti erano definiti economicamente come *depositum*, *locatio conductio*, ecc., ma la loro precisa distinzione giuridica non costituiva ancora per i giuristi un problema pressante, perché l'azione di *incertum* che li tutelava era sempre la stessa. Lo stesso rapporto cronologico tra le formule *in ius* e quelle *in factum* di deposito e comodato dovrebbe essere ripensato tenendo conto della possibilità che le seconde siano nate prima come azioni tipiche, ma che esistesse già una tutela 'generale' mediante formule *in ius* – la *condictio* per il comodato e l'ipotizzata azione generale di *incertum* per il deposito.

Il lavoro dei giuristi del I sec. a.C. porta a una più intensa differenziazione tra i contratti, probabilmente causata dalla valorizzazione del principio di buona fede che, dando rilievo ai doveri impliciti del rapporto, ha spinto i giuristi ad chiarire meglio la logica strutturale di ciascun rapporto. Questo lavoro di definizione interna dei contratti ha forse indotto una trasformazione della *demonstratio* in senso maggiormente tipico. Peraltro, se si accogliesse la ricostruzione della storia del processo formulare repubblicano da me proposta in altra

sede – secondo la quale sino al I sec. a.C. dovrebbe distinguersi tra un processo realizzato su formule con *demonstratio* e un altro relativo alle formule al *si paret* – potrebbe pensarsi che l'incorporazione del primo nel secondo, causata verisimilmente dalla *lex Aebutia*, abbia facilitato l'emersione della tipicità come caratteristica anche dei rapporti di *ius gentium*, perché per la prima volta avrebbe avvicinato le regole delle azioni di diritto civile a quelle di diritto pretorio. In ogni caso, con Servio troviamo per la prima volta una tipicità contrattuale abbastanza definita, benché non definitiva, e ciò ha l'effetto di superare l'azione generale di *incertum* a favore delle azioni tipiche (§ 10). È verisimilmente in quest'epoca che, nella nostra materia, l'editto del pretore assume la forma che sarà fissata in quello adrianeo: la novità principale potrebbe essere stata la frammentazione dei tit. XIX-XXIII dell'editto, dove i *iudicia bonae fidei* appaiono distinti l'uno dall'altro; a questa novità forse seguirà, tra I e II sec. d.C., lo spostamento delle rubriche edittali corrispondenti ai §§ 55-56 (e forse 57) Lenel nel tit. XIV dell'editto (§ 13.2).

La tipicità dei contratti e delle relative azioni crea però problemi nuovi perché, se prima si tutelava l'*oportere ex fide bona* a prescindere dalla 'causa' del dovere, l'emersione della tipicità fa sì che adesso si tuteli l'*oportere (ex fide bona) ex empto vendito, ex locato conducto*, ecc. Perciò, quando ad esempio un contratto tipico è inefficace, non essendo possibile utilizzare le relative azioni, bisogna porsi il problema di come tutelare quei doveri che residuano nonostante l'inefficacia delle obbligazioni principali del contratto. A questo scopo Labeone recupera, con l'*actio civilis in factum* e l'*agere praescriptis verbis*, l'azione generale di *incertum* dell'epoca precedente (§ 11). Non siamo in grado di ricostruire l'aspetto formulare della prima, ma abbiamo indizi rispetto alla seconda: si sostituisce la *demonstratio* 'tipica' con una *praescriptio* 'atipica' con cui si descrive il rapporto, collegandola alla pretesa espressa nell'*intentio* (§ 12).

L'opera di differenziazione tra i contratti non si ferma, ma prosegue nei due secoli successivi, soprattutto nelle discussioni tra Sabiniani e Proculeiani. Queste portano a una seconda e ulteriore chiusura che ha l'effetto di lasciare fuori

dal 'sistema' rapporti che avevano sempre ricevuto tutela, ma che adesso non coincidono con il 'tipo' contrattuale disegnato dalla giurisprudenza. Anche in questo caso bisogna distinguere tra il piano dell'economia e quello del diritto. Se prima del I sec. d.C. non si è mai posto il problema dei contratti atipici, non è perché le relative forme economiche non esistessero, ma solo perché erano comunque tutelate: dapprima mediante l'ipotizzata azione generale di *incertum*, e poi con azioni tipiche che – lo mostrano le soluzioni di Servio – erano ancora abbastanza capienti, cosicché ad esempio la *permutatio* rientrava nell'*emptio venditio* e lo scambio di *res utendae fruendae* nella *locatio conductio*. Quando il 'sistema' di chiude e si pone il problema dei contratti atipici, i giuristi riutilizzano gli strumenti di Labeone e vi aggiungono l'*actio civilis incerti* (sempre che non sia un'altra veste dell'*agere praescriptis verbis*) che sembra essere anch'essa un recupero dell'azione generale di *incertum* repubblicana (§ 14).

È solo a questo punto che il 'sistema dei contratti' e delle relative azioni assume la forma che compare nelle Istituzioni di Gaio: dopo una lunga storia di trasformazioni, e a cinque secoli dalla nascita del processo formulare che ne ha consentito per la prima volta la tutela in giudizio.

Bibliografia

Albanese B. (1971), *Per la storia del creditum*, «AUPA» 32, pp. 5-179.

Albanese B. (2002), *Brevi studi di diritto romano, III. 7. Sulla sententia di Sesto Elio in D. 19, 1, 38, 1*, «AUPA» 47, pp. 77-85 = *Scritti giuridici*, IV, Torino 2006, pp. 945-953.

Albrecht M. von (2012), *Geschichte der römischen Literatur. Von Andronicus bis Boethius und ihr Fortwirken*^{3}, I, Berlin-Boston.

Amirante L. (1959), *Ricerche in tema di locazione*, «BIDR» 62, pp. 9-119.

Apathy P. (1984), *Mora accipiendi und Schadenersatz*, «ZRG RA» 101, pp. 190-205.

Arangio-Ruiz V. (1949), *Il mandato in diritto romano*, Napoli.

Arangio-Ruiz V. (1950), *La società in diritto romano*, Napoli.

Arangio-Ruiz V. (1954), *La compravendita in diritto romano*, I^{2}, Napoli.

Artner M. (2002), *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin.

ATZERT C. (1963), *M. Tulli Ciceronis scripta quae manserunt omnia. De officiis*[4], Leipzig.

BABUSIAUX U. (2023), *Klagen aus Innominatverträgen (actiones praescriptis verbis)*, in U. Babusiaux, Chr. Baldus, W. Ernst, F.S. Meissel, J. Platschek, Th. Rüfner (hrsg.), *Handbuch des römischen Privatrechts*, II, Tübingen, pp. 2529-2567.

BACKHAUS R. (2004), *Die Gefahrtragung bei gemeinsame Unternehmungen und ihre Modifikation durch Parteiabsprachen im klassischen römischen Recht*, «ZRG RA» 121, pp. 233-261.

BARBATI S. (2022), *Manio Manilio, Marco Giunio Bruto, Publio Mucio Scevola, 'qui fundaverunt ius civile'*, Roma.

BARON J. (1881), *Abhandlungen aus dem römischen Civilprozess*. I. *Die Condictionen*, Berlin.

BAVIERA G. (1899), *Note alla dottrina delle res mancipi e nec mancipi*, «RISG» 27, pp. 177-189.

BECHMANN A. (1876), *Der Kauf nach gemeinen Recht*, I, Erlangen.

BEHRENDS O. (2002), *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. Formulae in factum conceptae*, in C. Cascione, C. Masi Doria (a cura di), *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche*, Napoli, pp. 197-323.

BEKKER E. I. (1871), *Die Aktionen des römischen Privatrechts*. I. *Ius civile*, Berlin.

BENKE N. (1987), *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers bei der 'locatio conductio irregularis'*, «ZRG RA» 104, pp. 156-237.

BENVENISTE É. (1960), *'Être' et 'avoir' dans leurs fonctions linguistiques*, «BSL» 55, pp. 113-134 = *Problèmes de linguistique général*, I, Paris 1966, pp. 187-207.

BENÖHR H.-P. (1965), *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg.

BETTI E. (1914), *Su la formula del processo civile romano*, «Il Filangieri» 38, pp. 674-720.

BIONDI B. (1920), *Iudicia bonae fidei*, «AUPA» 7, pp. 1-277.

BISCARDI A. (1960), *Il concetto romano di 'locatio' nelle testimonianze epigrafiche*, «Studi Senesi» 72, pp. 409-447 = *Locatio*, in *Dizionario Epigrafico di Antichità Romane*, IV/45, Roma 1964, pp. 1429-1448.

BONA F. (1973), *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano.

BOTTIGLIERI A. (2019), *Sextus Aelius Petus Catus (cos 198)*, in A. Bottiglieri, A. Manzo, F. Nasti, G. Viarengo, *Antiquissima iuris sapientia (saec. VI-III a.C.)*, Roma, pp. 297-321.

BRETONE M. (1982), *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*[2], Napoli.

Bretone M. (2008), *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, «Atti Accademia dei Lincei (Cl. Sc. mor. stor. fil.)» s. IX, 23, p. 755-881.

Broggini G. (1957), *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln.

Broughton T. R. S. (1951), *The magistrates of the Roman republic*, I, New York.

Bruns C. G., Gradenwitz O. (1909), *Fontes iuris Romani antiqui. Scriptores*[7], Tubingae.

Bulhart V. (1936a), *Habeo*, in *Thesaurus linguae Latinae*, VI/3 (fasc. 13), Lipsiae, coll. 2395-2462.

Bulhart V. (1936b), 2. *Magis*, in *Thesaurus linguae Latinae*, VIII (fasc. 1), Lipsiae, coll. 52-76.

Burdese A. (1992), *Recenti prospettive in tema di contratti*, «Labeo» 38, pp. 200-220.

Burdese A. (2000), *Catone e la vendita di vino*, «SDHI» 66, pp. 269-276.

Burdese A. (2006), *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*, in L. Garofalo (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, pp. 91-122.

Buzzacchi C. (2007), *Demonstratio e protoformule*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, II, Milano, pp. 141-167.

Candy P. (2021), *'Judging beyond the sandal'. Law and rhetoric in D. 19,2,31. (Alf. 5 dig. a Paulo epit.)*, «ZRG RA» 138, pp. 310-337.

Candy P. (2025), *What was the actio oneris aversi?*, «The Cambridge Law Journal» 84, pp. 79-103.

Cannata C. A. (1970a), *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique (Études sur les obligations*, I), in *Sein und Werden im Recht. Festgabe U. von Lübtow*, Berlin, pp. 431-455 = *Scritti scelti di diritto romano*, I, Torino 2011, pp. 213-235.

Cannata C. A. (1970b), *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano e classico (Studi sulle obbligazioni II)*, pp. 51-70 = *Scritti scelti di diritto romano*, I, Torino 2011, pp. 237-251.

Cannata C. A. (1982), *Profilo istituzionale del processo privato romano*. II. *Il processo formulare*, Torino.

Cannata C. A. (1992), *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, «Iura» 43, pp. 1-82.

Cannata C. A. (1993), *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, «Iura» 44, pp. 1-83.

Cannata C. A. (1995), *Le disavventure del capitano J. P. Vos*, «Labeo» 31, pp. 387-432 = *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino 2012, pp. 183-223.

CANNATA C. A. (1995), *Contratto e causa nel diritto romano*, in L. Vacca (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica (II Congresso Internazionale ARISTEC, Palermo 7-8 giugno 1995)*, Torino, pp. 35-61 = *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino 2012, pp. 301-325.

CANNATA C. A. (2001a), *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino.

CANNATA C. A. (2001b), *Profili romanistici*, in L. Vacca (a cura di), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica (IV Congresso Internazionale ARISTEC - Roma, 13-16 settembre 1999)*, Torino, pp. 35-51 = *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino 2012, pp. 385-400.

CANNATA C. A. (2003), *Corso di istituzioni di diritto romano*, II/1, Torino.

CANNATA C. A. (2008), *Materiali per un corso di Fondamenti del diritto europeo*, II, Torino.

CANNATA C. A. (2008-2009), *L'actio in factum civilis*, «Iura» 57, pp. 9-48 = *Scritti scelti di diritto romano*, III, Torino 2014, pp. 23-55.

CAPONE P. (2016), *Una parodia su speculazioni e 'diritto del mercato' in un passo dei Captivi di Plauto*, «TSDP» 9, pp. 1-38.

CARBONE M. (2005), *'Tanti sunt mi emptae? Sunt'. Varr. de re rust. 2.2.5*, «SDHI» 71, pp. 387-456.

CARBONE M. (2017), *L'emersione dell'emptio consensuale e le leges venditionis di Catone*, Milano.

CARDILLI R. (1995), *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Milano.

CARDILLI R. (2008), *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*, IV, Napoli, pp. 1-75.

CARDILLI R. (2014), *'Bona fides' tra storia e sistema*^{3}, Torino.

CARDILLI R. (2016), *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli.

CASCIONE C. (2003), *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli.

CASCIONE C. (2015), *Stipulatio e contratti consensuali. Breve nota su un testo 'enigmatico'*, in *Noctes iurisprudentiae. Scritti in onore di Jan Zabłocki*, Białystok, pp. 51-56.

CENDERELLI A. (1976), *Interesse delle opere di Varrone come fonte di notizie per lo studio storico del diritto romano*, in *Atti del Congresso internazionali di studi varroniani*, II, Rieti, pp. 321-326 = *Scritti romanistici*, Milano 2011, pp. 163-169.

CERAMI P. (1995), *Il comodato nella storia dell'esperienza giuridica: dal diritto classico ai diritti moderni*, «AUPA» pp. 283-322.

Corbino A. (2004), *Il secondo capo della lex Aquilia*, in O. Condorelli (a cura di), *Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo*, II, Roma, pp. 1-22.

Corbino A. (2008), *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano*^{2}, Padova.

Corbino A. (2016), *La risalenza dell'emptio-venditio consensuale e i suoi rapporti con la mancipatio*, «Iura» 64, pp. 9-100.

Corbino A. (2017), *Ritorni su Gai 3.147. La ratio del dissenso giurisprudenziale circa la qualificazione causale dell'accordo di commissione di anelli da confezionare con materiali dell'artefice*, in L. Garofalo, L. Zhang (a cura di), *Diritto romano fra tradizione e modernità (Atti Shanghai 2014)*, Pisa, pp. 117-127.

Corbino A. (2019), *La pignoris capio accordata dalle XII Tavole al venditore di un'hostia (Gai. 4.28)*, in E. Chevreau, C. Masi Doria, J. M. Rainer (éd.), *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Coriat*, Paris, pp. 173-182.

Costa E. (1890), *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, Torino.

Costa P. (2021), *'Rem commodare', realità e contratti reali: prospettive ermeneutiche*, «RDR» 21, pp. 1-87.

Crawford M. H. (1985), *Coinage and money under the Roman republic. Italy and the Mediterranean economy*, Berkeley-Los Angeles.

Cristaldi S. (2016), *Si pater ter filium venum duit … L'alienazione del figlio nella previsione decemvirale*, in I. Piro (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, II, Tricase, pp. 247-303.

Cristaldi S. (2020), *Iudicia contraria in Cic. de off. III. 17.70*, «Revista de derecho UNED» 26, pp. 105-128.

Cuq E. (1928), *Manuel des institutions juridiques des Romains*^{2}, Paris.

Cursi M. F. (2002), *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milano.

Cursi M. F. (2025), *Actio utilis e actio in factum ex lege Aquilia: la svolta di Gaio? Una storia tra officium del pretore e potere normativo imperiale*, «SCDR» 35, pp. 211-260.

D'Alessio R. (2018), *Il denaro e le sue funzioni nel pensiero giuridico romano. La riflessione giurisprudenziale nel Principato*, Lecce.

De Francesco A. (2005), *Autodifesa privata e iniuria nelle Dodici Tavole*, in M. Humbert (a cura di), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia, pp. 415-440.

de Francisci P. (1934), *Storia del diritto romano*, II/1, Roma.

De Martino F. (1937), *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova.

De Martino F. (1980), *Storia economica di Roma antica*, I, Firenze.

DE VAAN M. (2008), *Etymological Dictionary of Latin and the other Italic Languages*, Leiden-Boston.

DILIBERTO O. (2018), *La 'gerarchia' tra quanti 'fundaverunt ius civile'*, in L. Gagliardi (a cura di), *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, II, Milano, pp. 159-169.

D'IPPOLITO F. (2000), *Del fare diritto nel mondo romano*, Torino.

D'ORS A. (1988), *El contrato catoniano sobre el rebaño de ovejas (Cat. agr. 150)*, «BIDR» 91, pp. 447-458.

DU PLESSIS P. (2012), *Letting and hiring in Roman legal thought: 27 BCE-284 CE*, Leiden-Boston.

ERNST W. (2000), *Die Einrede des nichterfüllten Vertrages. Zur historischen Entwicklung des synallagmatischen Vertragsvollzugs im Zivilprozess*, Berlin.

ERNST W. (2023), *Klagen aus Kauf (actio empti, actio venditi)*, in U. Babusiaux, Chr. Baldus, W. Ernst, F.S. Meissel, J. Platschek, Th. Rüfner (hrsg.), *Handbuch des römischen Privatrechts*, II, Tübingen, pp. 2039-2288.

EVANS-JONES R. (1986), *The penal characteristic of the actio depositi in factum*, «SDHI»52, pp. 105-160.

FALCONE G. (2013), *Il rapporto ius gentium - ius civile e la societas vitae in Cic., off. 3.69-70*, «AUPA» 56, pp. 259-273.

FEDELI P. (1965), *M. Tulli Ciceronis de officiis libri tres*, Milano.

FERCIA R. (2014), *Il fieri della fattispecie contrattuale sine nomine e l'evizione dell'ob rem datum*, «Diritto@Storia» 12.

FERRARY J.-L. (2018), *Una vita nel cuore della repubblica. Saggio di biografia politica*, in J.-L. Ferrary, A. Schiavone, E. Stolfi, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, pp. 3-27.

FERRERO L. [ZORZETTI N.] (1974), *Opere politiche e filosofiche di M. Tullio Cicerone*. I. *Lo Stato, le leggi, i doveri*, Torino.

FERRINI C. (1893), *Sull'origine del contratto di vendita in Roma*, «Memorie della R. Accademia di Scienze, Lettere ed Arti di Modena», 9 (ser. II), pp. 179-214 = *Opere*. III. *Studi vari di diritto romano e moderno*, Milano 1929, pp. 49-79.

FERRINI C. (1894), *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*, «AG» 52, pp. 469-499; 53, pp. 41-73, 257-309 = *Opere*. III. *Studi vari di diritto romano e moderno*, Milano 1929, pp. 81-203.

FINAZZI G. (1997), *Ricerche in tema di negotiorum gestio*. I. *Azione pretoria ed azione civile*, Napoli.

FINAZZI G. (2024), *Labeone e le colonne d'Ercole della tipicità contrattuale*, in A. Briguglio, R. Martino, A. Panzarola, B. Sassani (a cura di), *Scritti in onore di Nicola Picardi*, II, Ospedaletto, pp. 1177-1190.

Finkenauer Th. (2018), *Drittwirkende pacta im klassischen Recht*, «ZRG RA» 135, pp. 178-260.

Fiori R. (1999), *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli.

Fiori R. (2003a), *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano.

Fiori R. (2003b), *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli, pp. 171-238.

Fiori R. (2005), *Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della 'recezione' dei iudicia bonae fidei*, «BIDR» 101-102 (1998-1999) [pubbl. 2005], pp. 165-197.

Fiori R. (2006), *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, in L. Garofalo (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, pp. 49-89.

Fiori R. (2007), *'Contrahere' e 'solvere obligationem' in Q. Mucio Scevola*, in *Fides humanitas ius. Studii in onore di L. Labruna*, Napoli, III, pp. 1955-1974.

Fiori R. (2008), *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in R. Fiori (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli, pp. 237-259.

Fiori R. (2010), *Forme e regole dei contratti di trasporto marittimo nel diritto romano*, «RDN» 39, pp. 149-176.

Fiori R. (2011a), *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, pp. 97-242.

Fiori R. (2011b), *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli.

Fiori R. [Cursi M. F.] (2011c), *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, «BIDR» 105, pp. 145-184.

Fiori R. (2012), *Contrahere in Labeone*, in *Carmina iuris. Mélanges M. Humbert*, Paris, pp. 311-331.

Fiori R. (2014a), *Rise and fall of the specificity of contracts*, in B. Sirks (ed.), *Nova Ratione. Change of paradigms in Roman law*, Wiesbaden 2014, pp. 33-49.

Fiori R. (2014b), *Proculo e l'agere praescriptis verbis*, in J. Hallebeek, M. Schermaier, R. Fiori, E. Metzger, J.-P. Coriat (eds.), *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Göttingen, pp. 257-268.

Fiori R. (2016a), *Contracts, Commerce and Roman Society*, in P. J. du Plessis, C. Ando, K. Tuori (eds.), *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford 2016, pp. 581-595.

Fiori R. (2016b), *La nozione di ius gentium nelle fonti di età repubblicana*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, III, Tricase, pp. 109-129.

Fiori R. (2018a), *Il processo privato*, in M. F. Cursi (ed.), *XII Tabulae. Testo e commento*, I, Napoli, pp. 45-149.

Fiori R. (2018b), *L'allocazione del rischio nei contratti relativi al trasporto*, in E. Lo Cascio, D. Mantovani (eds.), *Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero) (Atti Cedant 2013)*, Pavia, pp. 507-567.

Fiori R. (2025a), *Una lex publica presso gli Italici? Il bronzo di Rapino*, in E. Dupraz, A. Viredaz, M. Aberson, L. Silva Reneses (éd.), *Langues et institutions en Italie méridionale. Les aires osques et messapiennes entre Grande-Grèce et Rome*, Basel-Berlin, pp. 155-182.

Fiori R. (2025b), *Il diritto di Gubbio in età preromana. Uno studio sulle Tavole iguvine*, Napoli.

Fiori R. (2026a), *Il problema del fondamento normativo della buona fede integrativa nel diritto civile italiano: un approccio storico*, in *Festschrift für Wolfgang Ernst* (in corso di stampa).

Fiori R. (2026b), *'Iustitia' nei testi dei giuristi romani*, «ZRG RA» 143, pp. 348-397.

Flach D. (1990), *Römische Agrargeschichte*, München.

Forschner B. (2011), *Das Schiff des Saufeius. Anmerkungen zu D.19.2.31*, «Forum historiae et juris», §§ 1-63.

Franchini L. (2011), *Osservazioni in merito alla recezione nel ius civile dei iudicia bonae fidei*, in L. Garofalo (a cura di), *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca*, II, Padova, pp. 113-237.

Franchini L. (2015), *La recezione nel ius civile dei iudicia bonae fidei. Questioni di metodo e di merito*, Napoli.

Frede D., Inwood B. (2005) (ed.), *Language and learning. Philosophy of Language in the Hellenistic Age (Proceedings of the Ninth Symposium Hellenisticum)*, Cambridge.

Frezza P. (1933), *Osservazioni sopra il sistema di Sabino*, «RISG» 8, pp. 412-471 = *Scritti*, I, Romae 2000, pp. 193-252.

Frier B. W. (1978), *Tenant's liability for damage to landlord's property in classical Roman law*, «ZRG RA» 95, pp. 269.

Gallo F. (1964), *In tema di origine della compravendita consensuale*, «SDHI» 30, pp. 299-318.

Gallo F. (1992), *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Torino.

Gallo F. (1995), *Synallagma e conventio nel contratto*, II, Torino.

GANDOLFI G. (1976), *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano.

GIMÉNEZ CANDELA T. (1993), *Mandatum und Bürgenregreß*, in D. Nörr, S. Nishimura (Hrsg.), *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin et al., pp. 169-177.

GIRARD P. F. (1893), *La date de la loi Aebutia*, «ZRG RA» 14 (1893), pp. 1-54 = *Mélanges de droit romain*. I. *Histoire des sources*, Paris 1912, pp. 67-113.

GORIA F. (2007), *Brevi note sul"eccezione' muciana di buona fede*, in *Fides humanitas ius. 9 maggio 2007*, Napoli, pp. 113-121.

GOUJARD R. (1975), *Caton. De l'agriculture*, Paris.

GRIFFITH M. T, ATKINS E. M. (1991), *On duties*, Cambridge.

GRÖSCHLER P. (2002), *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin.

GRÖSCHLER P. (2005), *Die Eigentumszuordnung beim Werkvertrag - ein Vergleich*, in W. Ernst, É. Jakab (hrsg.), *Usus Antiquus Juris Romani. Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung*, Heidelberg, pp. 59-76.

GROSSO G. (1963), *Il sistema romano dei contratti*[3], Torino.

GUARINO A. (1981), *La coerenza di Publio Mucio*, Napoli.

GUIRAUD Ch. (1985), *Varron. Économie rurale*, II, Paris.

HARKE J. D. (2005), *Mora debitoris und mora creditoris im klassischen römischen Recht*, Berlin.

HEINEMEYER S. (2023), *Klage aus Auftrag (actio mandati)*, in U. Babusiaux, Chr. Baldus, W. Ernst, F.S. Meissel, J. Platschek, Th. Rüfner (hrsg.), *Handbuch des römischen Privatrechts*, II, Tübingen, pp. 2357-2378.

HOFMANN J. B., SZANTYR A. (1972), *Lateinische Grammatik*. II. *Lateinische Syntax und Stylistik*, München.

HOOPER W. D. (1934), *Marcius Porcius Cato, On Agriculture. Marcus Terentius Varro, On agriculture*, Cambridge (MA)-London.

HORAK F. (1969), *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, Aalen.

HOWGEGO Chr. (1992), *The supply and use of money in the Roman world 200 B.C. to A.D. 300*, «JRS» 82, pp. 1-31.

HUMBERT M. (2001), *Deux notes en marge de l'arbitrage romain*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, IV, Napoli, pp. 387-411.

HUMBERT M. (2018), *La loi des XII Tables. Édition et commentaire*, Rome.

HUVELIN P. (1903), *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain*, Lyon.

JAKAB É. (2006), *Vertragsformulare im Imperium Romanum*, «ZRG RA» 123, pp. 71-101.

JHERING R. von (1894), *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*[5], II/1, Leipzig.

KAPP I. (1950), *Exprōmitto*, in *Thesaurus linguae Latinae*, V/2 fasc. 12, Lipsiae.

KARLOWA O. (1872), *Das römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin.

KASER M. (1939), *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, «ZRG RA» 59, pp. 52-101.

KASER M. (1953), *Die lex Aebutia*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, I, Milano, pp. 25-59 = *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli 1985, pp. 441-476.

KASER M. (1956), *Recensione* di Th. Mayer-Maly, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht* (Wien-München 1956), «ZRG RA» 73, pp. 424-431.

KASER M. (1971), *Das römische Privatrecht*. I. *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*[2], München.

KASER M., HACKL K. (1996), *Das römische Zivilprozessrecht*[2], München.

KAUFMANN H. (1964), *Die altrömische Miete. Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft und staatlicher Vermögensverwaltung*, Köln-Graz.

KEIL H. (1868), *Grammatici Latini*. V. *Artium scriptores minores*, Lipsiae.

KEIL H. (1884), *M. Porci Catonis de agri cultura liber. M. Terenti Varronis rerum rusticarum libri tres*, I, Lipsiae.

KRANIC J. (1989), *Die actio praescriptis verbis als Formelaufbauproblem*, «ZRG RA» 106, pp. 434-468.

KUHLMANN G. (1990), *Pastor*, in *Thesaurus linguae Latinae*, X/1, Lipsiae, coll. 638-645.

KÜHNEN F. J. (1965), *Interpello*, in *Thesaurus linguae Latinae*, VII/1, Lipsiae, coll. 2240-2243.

KUNKEL W. (1939), *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift Paul Koschaker*, II, Weimar, pp. 1-15.

KUNKEL W. (1973), *Epigraphik und Geschichte des römischen Privatrechts*, in *Akten des VI. Internationalen Kongresses für Griechische und Lateinische Epigraphik (München 1972)*, München, pp. 193-242.

LENEL O. (1883), *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig.

LENEL O. (1889), *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae.

LENEL O. (1907), *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*[2], Leipzig.

Lenel O. (1927), *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*[3], Leipzig.

Liva S. (2024), *Causa depositionis ex necessitate descendens. Per una storia del 'deposito necessario'*, Torino.

Lombardi L. (1961), *Dalla fides alla bona fides*, Milano.

Longo S. (2010), *La conventio cum aurifice di Gai 3.147*, «Index» 38, pp. 291-336.

Longo S. (2019), *Emptio venditio et locatio conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur. Le fattispecie gaiane oggetto di dibattito giurisprudenziale*, Torino.

Lübtow U. von (1956), *Catos leges venditioni et locationi dictae*, «Eos. Commentarii Societati Philologae Polonorum» 48 [*Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae*, III], pp. 227-441.

Luzzatto G. I. (1950), *Procedura civile romana*. III. *La genesi del processo formulare*, Bologna.

Mainino G. (2012), *Studi sul caput XXI della lex Rubria de Gallia Cisalpina*, Milano.

Magdelain A. (1954), *Les actions civiles*, Paris.

Magdelain A. (1995), *De la royauté et du droit de Romulus à Sabinus*, Roma.

Manfredini A. (1977), *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano.

Manzo A. (2016), *Magnus munus de iure respondendi substinebat. Studi su Publio Rutilio Rufo*, Milano.

Marini R. (2017), *Contrarius consensus*, Milano.

Marotta V. (1996), *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, «Ostraka» 5, pp. 63-138.

Marotta V. (2012), *Origine e natura della moneta in un testo di Paolo D. 18.1.1 (33 ad edictum)*, in Chr. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci, E. Stolfi (a cura di), *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen - Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani (Atti Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, Trento, pp. 161-205.

Marrone M. (1957), *Actio ad exhibendum*, «AUPA» 26, pp. 177-693.

Maschi C. A. (1937), *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano.

Mayer-Maly Th. (1956), *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien.

Mazzarino A. (1952), *Introduzione al de agri cultura di Catone*, Roma.

Mazzarino A. (1956), *Lex oleae faciundae*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, IV, Milano, pp. 343-346.

Mazzarino A. (1982), *M. Porci Catonis de agri cultura*[2], Leipzig.

MEYLAN Ph. (1949), *Varron et les conditions du transfert de la proprieté dans la vente romaine*, in *Scritti in onore di C. Ferrini in occasione della sua beatificazione*, IV, Milano, pp. 176-211.

METRO A. (1995), *Locazione e acquisto della proprietà: la cd. locatio-conductio 'irregularis'*, «SCDR» 7, pp. 191-216.

MILAZZO A. (2018), *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna*, Torino.

MILLER W. (1928), *Cicero. De officiis*, London-New York.

MILTNER F. (1953), *Porcius* [Nr. 12], in *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, XLIII, Stuttgart, col. 166.

MITTEIS L. (1908), *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*. I. *Grundbegriffe und Lehre von den juristischen Personen*, Leipzig.

MONIER R. (1954), *Manuel de droit romain. Les obligations*[5], Paris.

MÜNZER Fr. (1901), *Cossinius* [Nr. 3], in *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, VIII, Stuttgart, coll. 1671-1672.

MÜNZER Fr. (1926), *Livius* [Nr. 14-15], in *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, XXV, Stuttgart, coll. 855-856.

MÜNZER Fr. (1937), *Tremelius* [Nr. 5], in *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, LIX, Stuttgart, coll. 2287-2289.

MÜNZER Fr. (1948), *Vaccius* [Nr. 1], in *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, LXI, Stuttgart-Waldsee, col. 2040.

NICOSIA E. (2013), *In diem addictio e lex commissoria*, Catania.

NÖRR D. (1993), *Mandatum, fides, amicitia*, in D. Nörr, S. Nishimura (Hrsg.), *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin et al., pp. 13-37.

OLD (1968) = *Oxford Latin Dictionary*, Oxford.

PARSI MAGDELAIN B. (1989), *Caton et le fructus ovium*, «Labeo» 35, pp. 346-348.

PARTSCH J. (1913), *Studien zur negotiorum gestio*, I, Heidelberg.

PASTORI F. (1954), *Il commodato nel diritto romano*, Milano.

PEASE A. S. (1955), *M. Tulli Ciceronis de natura deorum libri tres*, Cambridge (MA).

PELLECCHI L. (2003), *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova.

PEPPE L. (1991), *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, «Labeo» 37, pp. 13-93.

PERNICE A. (1873), *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, I, Halle.

PERNICE A. (1895), *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*[2], II.1, Halle.

PEROZZI S. (1928), *Istituzioni di diritto romano*[2], II, Roma.

PETRUCCI A. (1991), *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a.C. - metà del III secolo d.C.)*, Napoli.

PLATSCHEK J. (2022), *Frage und Antwort in Recht und Geschäftspraxis der römischen Kaiserzeit: Die Klausel ex interrogatione facta tabellarum signatarum*, «Tyche» 37, pp. 175-201.

PLISECKA A. (2011), *Tabula picta. Aspetti giuridici del lavoro pittorico in Roma antica*, Padova.

PROSDOCIMI A. L. (1995), *Appunti sul verbo latino (e) italico. VII*, «Studi Etruschi» 61, pp. 263-312.

PROVERA G. (1951), *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino.

PUGLIESE G. (1941), *Studi sull'iniuria*, I, Milano.

PUGLIESE G. (1963), *Il processo civile romano*. II/1. *Il processo formulare*, Milano.

PURPURA G. (2014), *Il* χειρέμβολον *e il caso di Saufeio: responsabilità e documentazione nel trasporto marittimo romano*, «AUPA» 57, pp. 127-152.

RANDAZZO S. (2005), *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano.

REICHARD I. (1993), *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Wien-Köln-Weimar.

RICHTER W. (1978), *Gegenständliches Denken, archaisches Ordnen. Untersuchungen zur Anlage von Cato de agri cultura*, Heidelberg.

RIX H. (1994), *Die Termini der Unfreiheit in den Sprachen Alt-Italiens*, Stuttgart.

RIX H. (hrsg.) (2001), *Lexikon der indogermanischen Verben*[2], Wiesbaden.

RODGER A. (1983), *Concealing a Servitude*, in *Studies in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas*, London, pp. 134-150.

RODGER A. (1994), *Concealing a Servitude. II*, «Index» 22, pp. 237-248.

ROTH H.-J. (1999), *Alfeni Digesta. Eine spätrepublikanische Juristenschrift*, Berlin.

ROTONDI G. (1909), *Appunti sulla teoria romana del deposito*, «Il Filangieri» 34, pp. 271-296 = *Scritti giuridici*. II. *Studii sul diritto romano delle obbligazioni*, Pavia 1922, pp. 56-90.

RUDORFF A. (1846), *De venditionum et locationumque legibus a M. Porcio Catone traditis commentatio*, in *Index lectionum quae auspiciis Regis Augustissimi Friderici Guilelmi quarti in Universitate litteraria Friderica Guilelma per semestre aestivum anni MDCCCXXXXVI. a d. XX. m. Aprilis usque ad d. XV. m. Augusti habebuntur*, Berolini, pp. 1-6.

SACCOCCIO A. (2002), *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano.

SANTORO R. (1971), *Studi sulla condictio*, «AUPA» 32, pp. 181-512.

SANTORO R. (1983), *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis e praescriptio*, in *Studi C. Sanfilippo*, IV, Milano, pp. 683-717 = *Scritti minori*, I, Torino 2009, pp. 257-293.

SANTORO R. (1985), *Le due formule della Tabula Pompeiana 34*, «AUPA» 38, pp. 335-350 = *Scritti minori*, I, Torino 2009, pp. 329-346.

SANTORO R. (2012), *Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 ad Quintum Mucium)*, «AUPA» 55, pp. 553-618.

SANTUCCI G. (1997), *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Padova.

SANTUCCI G. (2014), *La 'magna quaestio' in Gai 3.149*, «Index» 42, pp. 331-348.

SARGENTI M. (1954), *Problemi della responsabilità contrattuale*. III. *Obbligazione di consegnare e periculum rei venditae*, «SDHI» 20, pp. 200-258.

SCAFURO A. C. (1997), *The forensic stage. Setting disputes in Graeco-Roman New Comedy*, Cambridge.

SCHANBACHER D. (2023a), *Klage aus Verpfändung (actio pigneraticia)*, in U. Babusiaux, Chr. Baldus, W. Ernst, F.S. Meissel, J. Platschek, Th. Rüfner (hrsg.), *Handbuch des römischen Privatrechts*, II, Tübingen, pp. 2501-2510.

SCHANBACHER D. (2023b), *Klage aus Treuhand (actio fiduciae)*, in U. Babusiaux, Chr. Baldus, W. Ernst, F.S. Meissel, J. Platschek, Th. Rüfner (hrsg.), *Handbuch des römischen Privatrechts*, II, Tübingen, pp. 2511-2515.

SCHEIBELREITER Ph. (2023), *Klagen aus Leihe (actio commodati)*, in U. Babusiaux, Chr. Baldus, W. Ernst, F.S. Meissel, J. Platschek, Th. Rüfner (hrsg.), *Handbuch des römischen Privatrechts*, II, Tübingen, pp. 2471-2500.

SCHERILLO G. (1970), *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem e processo formulare*, in W. G. Becker, L. Schnorr von Carolsfeld (hrsg.), *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, Berlin, pp. 307-319.

SCHÖNBAUER E. (1932), *Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf*, «ZRG RA» 52, pp. 195-250.

SCHWARTZ F. (1954), *Die Konträrklagen*, «ZRG RA» 71, pp. 111-220.

SCIANDRELLO E. (2011), *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento.

SCIANDRELLO E. (2014), *'Nomen contractus' e 'nuovi contratti'. L'agere praescriptis verbis labeoniano tra tipicità e atipicità contrattuale*, «Diritto@Storia» 12.

SCIANDRELLO E. (2017), *Ricerche in tema di iudicia contraria*, Napoli.

Sciandrello E. (2023), *Exceptiones in factum. Contributo allo studio dell'eccezione nel processo formulare*, Napoli.

Seckel E., Kübler B. (1935), *Gai institutiones*, Stutgardiae.

Selb W. (1974), *Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zum Formelaufbau*, I, Wien-Köln-Graz.

Serrao F. (1954), *La 'iurisdictio' del pretore peregrino*, Milano.

Serrao F. (1987), *Dalle XII tavole all'editto del pretore*, in AA.VV., *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova, pp. 51-100 e 237-245 = *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 1989, pp. 263-318.

Serrao F. (2006), *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*. I. *Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*[3], Napoli.

Shackleton Bailey D. R. (1987), *M. Tulli Ciceronis. Epistulae ad Atticum*, I, Stutgardiae.

Silla F. M. (2014), *'Haec mea* διαίρεσις*'. Il 'breve edictum' di Cicerone in Att. 6.1.15*, «RDR» 14, pp. 1-18.

Simon D. V. (1965), *Begriff und Tatbestand der iniuria im altrömischen Recht*, «ZRG RA» 82, pp. 132-187.

Stein P. (1958), *Fault in the formation of contract in Roman law and Scots law*, Edinburgh-London.

Stolfi E. (1997), *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, «SDHI» 63, pp. 1-106.

Stolfi E. (2001), *Studi sui 'Libri ad edictum' di Pomponio*. II. *Contesti e pensiero*, Milano.

Stolfi E. (2018), *Commento ai testi*, in J.-L. Ferrary, A. Schiavone, E. Stolfi, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, pp. 181-415.

Stolfi E. (2021), *Ancora su actio de dolo, agere praescriptis verbis e un synállagma che non c'è*, «AUPA» 64, pp. 295-306.

Sturm F. (2001), *Zur Ausschaltungsbefugnis im Formularprozess*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VIII, Napoli, pp. 127-149.

Talamanca M. (1978), *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani*, in H. Kupizewski, W. Wołodkiewicz (éd.), *Le droit romain et sa reception en Europe*, Varsovie, pp. 195-266.

Talamanca M. (1979), *Obbligazioni (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, Milano, pp. 1-78.

Talamanca M. (1981), *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in A. Giardina, A. Schiavone (a cura di), *Società romana e produzione schiavistica*. III. *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma-Bari, pp. 15-39 e 304-354.

Talamanca M. (1987), *Processo civile (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, Milano, pp. 1-80.

TALAMANCA M. (1990a), *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 Copanello 1988)*, Napoli, pp. 35-108.

TALAMANCA M. (1990b), *Istituzioni di diritto romano*, Milano.

TALAMANCA M. (1993), *Vendita (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, pp. 303-475.

TALAMANCA M. (1998-1999), *Inesistenza, nullità ed efficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, «BIDR» 101-102, pp. 1-39.

TALAMANCA M. (2000), *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in F. Milazzo (a cura di), *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale (Atti Copanello 1996)*, Napoli, 2000, pp. 63-260.

TALAMANCA M. (2003), *La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformel' e valori dell'ordinamento*, in L. Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi A. Burdese*, IV, Padova, pp. 1-312.

TALAMANCA M. (2012), *La società. Corso di lezioni*, Padova.

TESTARD M. (1970), *Cicéron. Les devoirs. Livres II et III*, Paris.

THOMAS J. A. C. (1973), *The sitting tenant*, «TR» 41, pp. 35-44.

THOMAS J. A. C. (1985), *Book Forty-Seven*, in A. Watson (ed.), *The Digest of Justinian*, IV, Philadelphia, pp. 250-308.

TOMULESCU C. St. (1979), *Et expromisit nummos*, «Labeo» 25, pp. 290-293.

TRAGLIA A. (1974), *Opere di Marco Terenzio Varrone*, Torino.

VACCA L. (2006), *L'aequitas nell'interpretatio prudentium dai giuristi 'qui fundaverunt ius civile' a Labeone*, in G. Santucci (a cura di), *Aequitas. Giornate in memoria di Paolo Silli (Atti Trento 2002)*, Padova, pp. 21-42.

VAN LITH S. M. E (1974), *Lease of sheep and goats. Nursing contract with accompanying receipt*, «ZPE» 14, pp. 145-162.

VARVARO M. (2006), *Studi sulla restituzione della dote*. I. *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino.

VARVARO M. (2008), *Ricerche sulla praescriptio*, Torino.

VARVARO M. (2014), *Condictio e causa actionis*, «AUPA» 57, pp. 265-318.

VERONESE B. (2011), *Buona fede e duplicità delle tutele processuali nei contratti di deposito e comodato*, in L. Garofalo (a cura di), *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca*, II, Padova, pp. 239-278.

VIARO S. (2011), *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova.

VOIGT M. (1856), *Das jus naturale aequum et bonum und jus gentium der Römer*, I, Leipzig.

WALTER T. (2012), *Die Funktionen der actio depositi*, Berlin.
WALTER T. (2023), *Klagen aus Verwahrung (actio depositi)*, in U. Babusiaux, Chr. Baldus, W. Ernst, F.S. Meissel, J. Platschek, Th. Rüfner (hrsg.), *Handbuch des römischen Privatrechts*, II, Tübingen, pp. 2441-2469.
WATSON A. (1964), *The origins of consensual sale: a hypothesis*, «TR» 32, pp. 245-254.
WATSON A. (1965), *The law of obligations in the later Roman republic*, Oxford.
WATSON A. (1971), *Roman private law around 200 BC*, Edinburgh.
WEYAND S. (1983), *Kaufverständnis und Verkäuferhaftung im klassischen römischen Recht*, «TR» 51, pp. 225-269.
WIEACKER F. (1936), *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimar.
WIEACKER F. (1963), *Zur Ursprung der bonae fidei iudicia*, «ZRG RA» 80, pp. 1-41.
WIEACKER F. (1971), *Rationes decidendi*, «ZRG RA» 88, pp. 339-355.
WILKINS A. S. (1903), *M. Tulli Ciceronis rhetorica*. II. *Brutus, Orator, De optimo genere oratorum, Partitiones oratoriae, Topica*, Oxonii.
WINTERBOTTOM M. (1994), *M. Tulli Ciceronis de officiis*, Oxford.
WITTMANN R. (1972), *Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht*, München.
WITTMANN R. (1993), *Die Prozeßformeln der actio mandati. Ein Beitrag zur Geschichte des prätorischen Edikts*, in D. Nörr, S. Nishimura (Hrsg.), *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin et al., pp. 39-51.
WLASSAK M. (1879), *Zur Geschichte der negotiorum gestio*, Jena.
WLASSAK M. (1888), *Römische Processgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, I, Leipzig.
WLASSAK M. (1891), *Römische Processgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, II, Leipzig.
WOLF J. G. (1993), *Haftungsübernahme durch Auftrag? Eine Urkunde aus dem Jahre 48 n. Chr.*, in D. Nörr, S. Nishimura (Hrsg.), *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin et al., pp. 69-91.
ZAIR N. (2019), *Reconstructed forms in the Roman writers on language*, «Language & History» 62, pp. 227-246.
ZANNINI P. (1983), *Spunti critici per una storia del commodatum*, Milano.

Cristina Giachi

Tracce di storia dell'editto pregiulianeo nei *Digesta* di Alfeno

1. *L'editto nella letteratura giurisprudenziale.*

Muovendo dalla semplice osservazione che dell'editto del pretore sono giunti fino a noi soltanto i lemmi commentati nei *libri ad edictum*, e, indirettamente, le descrizioni delle disposizioni edittali elaborate nei commenti e nelle altre opere giurisprudenziali che trovavano un riferimento nel programma giurisdizionale del pretore[1], si può facilmente e ampia-

[1] Dai commentari *ad edictum*, nei quali il riferimento è diretto, alle opere di *Digesta*, nelle quali i *responsa* dei giuristi venivano presentati disposti secondo l'ordine dell'editto. Quest'ultimo era stato il motore dell'innovazione giuridica, e nel recupero della letteratura *ad edictum*, si ribadiva il ruolo dei giuristi come custodi e sacerdoti di quei processi innovativi. SCHULZ 1968, p. 166 ss. Ulpiano teorizzava il ruolo dei giuristi sacerdoti del diritto in Ulp. 1 *inst.* D. 1, 1, 1 pr.-2. Cfr. da ultimo SCHIAVONE 2021a, p. 72 ss.; ID. 2021b, p. 187 ss. Si parla a questo proposito di canone edittale, pensando in primo luogo alle opere inserite nella massa edittale secondo Bluhme (BLUHME 1960, p. 50 ss., 235 ss., 368 ss.; cfr. MANTOVANI 1987, *passim*), principalmente commentari all'editto del pretore, degli edili curuli, del governatore provinciale; commenti *ad Plautium* e *ad Vitellium*, raccolte di *responsa* ed *epistulae*, oltre ad opere dedicate a temi monografici, o a singole *leges*. HONORÉ 2010, p. 151 ss., in particolare p. 158 ss. Dopo gli esordi con *l'ad Brutum* di Servio e i misteriosi libri di Ofilio, il genere *ad edictum* fiorisce in età augustea, con l'opera di Labeone in 30 libri – usata anche da Ulpiano (GIACHI 2005, p. 263 ss. 277 ss.; EAD. 2023, p. 8 ss.) – e quella, probabile, di Fabio Mela (BREMER 1898, p. 288; BRETONE 1993, p. 25 ss.; sulla figura di Fabio Mela, FERRINI 1885 [1929], p. 11 ss., 14 ss.); fecero seguito un breve *ad edictum praetoris urbani* di Masurio Sabino, e un'opera dedicata all'editto degli edili curuli di Celio Sabino, mentre qualche citazione presente nei *Digesta*, ma senza indicazione dell'opera, può far pensare che anche Viviano, nel I secolo, abbia scritto sull'editto (BREMER 1898, p. 566; ID. 1901, p. 240 ss., 249 ss.; RUSSO RUGGERI 1997, p. 25 ss.). Un importante commento della seconda metà del I sec. d.C., probabilmente l'ultimo ad essere stato scritto prima dell'intervento giuliano-adrianeo, fu quello di Sesto Pedio: 50 libri circa, non adoperati dai compilatori, ma ben presenti a Paolo e Ulpiano e

mente constatare come, riguardo all'editto pregiulianeo e alla sua struttura, più che al suo contenuto, non disponiamo di una gran copia di testimonianze provenienti da opere che abbiano con il testo normativo una contiguità stringente dal punto di vista sistematico[2]. Tra le opere *ad edictum*, dopo quella di Labeone, c'è di sicuro il commento all'editto edilizio di Celio Sabino, e, soltanto probabili, l'*ad edictum* di Fabio Mela e quello di Masurio Sabino, poi più nulla fino all'opera di Sesto Pedio, e forse del suo più o meno contemporaneo Viviano[3]. E in questo quadro, limitandoci cioè ai commentari, le testimonianze più significative sull'editto pregiulianeo sono senza dubbio quelle provenienti dall'*ad edictum* di Sesto Pe-

---

giunti fino alla Compilazione attraverso le loro citazioni delle quali restano 56 frammenti (GIACHI 2005, *passim* e in particolare p. 107 ss.). Condivise la medesima sorte dell'opera pediana il ben più imponente commento di Pomponio forse lungo oltre 150 libri, di età antonina: cfr. STOLFI 2002a, *passim*; ID. 2002b, *passim*, in particolare p. 29 ss.). Per quanto riguarda l'altro autore di questa epoca dedito a scrivere sull'editto, abbiamo i commenti di Gaio sull'editto del pretore (forse soltanto una serie di commenti a singoli titoli edittali), e, del medesimo autore, il commento all'editto provinciale in 32 libri, due dei quali dedicati all'editto edilizio (SCHIAVONE 1964, p. 445 ss.; SANTALUCIA 1975, *passim*, STOLFI 2002a, p. 8 e nt. 9; PURPURA 2015, p. 315 ss.). Vi sono, poi, per arrivare ai due commenti di età severiana (quelli di Paolo e Ulpiano, cui si deve aggiungere il meno noto commento di Furio Anziano) soltanto tracce di altre opere tarde: il commentario di Quinto Saturnino, solo citato da Ulpiano, e i 6 libri di Callistrato intitolati *Edicti monitorii libri VI*. HERNANDO LERA 1997, p. 237 ss., 237 ss., PULIATTI 2020, p. 65 ss. In generale si vedano, con bibliografia, SCHULZ 1968, p. 166 ss.; PEPPE 1991, p. 14 ss., 63 nt. 170; MANTOVANI 1996, p. 61 ss.; FALCONE 1996, p. 101 ss.; SCHIAVONE 1998, p. 68 ss. e ora in ID. 2017, p. 131 ss., 301 ss.; CERAMI, 1998, p. 83 ss.; STOLFI 2002a, p. 3 ss. nt. 1; GIACHI 2005, p. 42 ss. Sullo sviluppo del *ius honorarium*, tra altri, KELLY 1966, p. 341 ss.; CASAVOLA 1990, p. 515 ss.; BRETONE 1993, p. 25 e 36; PALAZZOLO 1996, p. 310 ss.; GALLO 1997, p. 37; STOLFI 2002b, p. 43 ss. Sul concreto esercizio della *iurisdictio* nell'interazione con l'*interpretatio* giurisprudenziale, GIACHI 2005, p. 263 ss.; SCHIAVONE 2017, p. 301 ss. I pretori, quando non fossero essi stessi giuristi, si valevano di *adsessores* in qualità di consiglieri esperti. Bibliografia in GIACHI 2005, p. 263 ss. e nt. 12 ss. Su Paolo e Ulpiano *adsessores* prefettizi, MAROTTA 2021, p. 3 ss., 12 ss.; da ultimo GIACHI 2023a, p. 50, nt. 48.

[2] Si veda GIACHI 2005, p. 257 ss., 313 ss.

[3] Si veda GIACHI 2005, p. 1 ss. a proposito della datazione della biografia pediana; e, per una panoramica sui *libri ad edictum*, STOLFI 2002a, p. 3 s. nt. 1.

dio[4], ove si acceda, come chi scrive, a una datazione dell'opera al tardo I sec. d.C. Immaginando come un arco la storia della giurisprudenza tra Labeone e Ulpiano – specialmente di quella riferibile all'editto del pretore – quanto emerge dallo studio dei frammenti pediani si colloca al culmine della tensione interpretativa, suggerendo elementi di lettura che contribuiscono a connotare meglio l'intervento sull'editto ordinato da Adriano ed eseguito da Giuliano[5]. All'apporto che tali testimonianze offrono alla ricostruzione della storia dell'editto, almeno dal punto di vista della disposizione delle materie all'interno del programma pretorio, ho dedicato diversi studi[6]. Nel corso di quelle ricerche – dal confronto con il commento labeoniano, fino all'esame dell'opera di Pedio in parallelo con i comenti severiani – ha preso forma un'ipotesi sulla struttura dell'editto pregiulianeo che, a mio avviso, è qualcosa di più di una serie di congetture[7].

2. *Struttura dell'editto e* dispositio *nei commenti* ad edictum.

Una volta esaminati i testi giurisprudenziali più immediatamente riferibili all'editto, dai quali tale ipotesi scaturiva, e allargando il quadro delle fonti e dei dati utili alla sua verifica, una prima ricerca di conferme per quell'idea guarda al contributo proveniente dalle altre opere riferibili all'editto oltre ai commentari: si tratta di quegli scritti, di natura isagogica o problematica come le raccolte di *responsa*, che, sebbene

[4] Naturalmente il ruolo dei frammenti di Sesto Pedio è centrale unicamente a partire da una datazione della sua biografia e della sua opera in epoca antecedente all'intervento giuliano-adrianeo sull'editto. Cfr. GIACHI 1996, p. 69 ss. nt. 6 ss.; EAD. 2005, p. 6 ss. In seguito, analizzando Paul. 72 *ad ed.* D. 45, 1, 83, 5, neppure Dieter Nörr, benché animato dall'intenzione di collocare Pedio in sequenza diacronica rispetto a Celso, è potuto andare oltre un mero riferimento alla 'dottrina dominante' per collocare Sesto Pedio nel II sec.: cfr. NÖRR 2007, p. 524 nt. 141.

[5] Per un'ipotesi sulla portata dell'intervento giuliano-adrianeo anche dal punto di vista delle politiche di Adriano in merito alla *iurisdictio*, con i necessari riferimenti bibliografici, si veda GIACHI 2005, p. 257 ss., 305 ss.; EAD. 2023, p. 9 ss.

[6] GIACHI 2002, p. 113 ss.; EAD. 2005, p. 257 ss.; EAD. 2023a, p. 1 ss.

[7] GIACHI 2005, p. 257 ss.

rispetto ai commenti lemmatici presentino con il testo edittale un legame più labile, tuttavia possono offrire informazioni determinanti sull'editto loro coevo, dal momento che le opinioni contenenti le soluzioni elaborate dai giuristi per i diversi casi, almeno a partire da una certa epoca, venivano disposte in tali opere secondo l'ordine in cui le disposizioni cui esse si riferivano si succedevano nell'editto[8].

Appartengono a questa tipologia i *libri digestorum*, raccolte di *responsa* giurisprudenziali, rilasciati dal giurista-autore nell'esercizio della sua attività respondente, oppure formulati in versioni ipotetiche o come casi di scuola. Sappiamo per certo che seguivano l'ordine dell'editto i *Digesta* di Celso, e quelli di Giuliano, ma si tratta quasi sempre di opere scritte dopo l'intervento giulianeo sull'editto[9]. Soltanto Alfeno e poi Aristone furono autori di *libri digestorum* prima di Celso[10].

Sull'ordine seguito nell'opera del secondo non sappiamo nulla: è stato tramandato un unico frammento con l'indicazione del libro di provenienza, il quinto, poi solo brani *ex libris incertis*. Per quanto riguarda Alfeno, invece, sebbene lo scenario sia reso senz'altro più complesso dal comparire dei suoi frammenti in diverse serie distinte frutto di tre linee di trasmissione, è forse possibile trarre qualche indicazione utile alla nostra riflessione. I *Digesta* di Alfeno, compaiono in tre sequenze facenti capo a tre tradizioni in gran parte separate tra loro. Una, originale, composta di tre soli frammenti, e due frutto di epitomi. Di queste ultime, in un caso si tratta di un'epitome anonima, nella quale i materiali alfeniani sono ordinati secondo la sequenza delle rubriche dell'editto giulia-

[8] Cfr. SCHULZ 1968, p. 337 s., 365 ss., 406 s.; ORESTANO 1987, p. 139 s.; FREZZA 1977, p. 207 ss. (= 2000, p. 355 ss.), per il genere dei *libri digestorum*. ROTH 1999, p. 182 ss. per i *Digesta* di Alfeno. E anche, in generale, GIACHI 2005, p. 313 ss.

[9] Cfr., sui *Digesta* di Celso, FERRINI 1891a (1929), p. 166 ss.; FREZZA 1977, p. 207 ss. (= 2000, p. 355 ss.). Sui *Digesta* di Aristone, si veda MARTINI 1981, p. 793 ss.; e ancora, sul rapporto tra quest'opera e Pomponio, STOLFI 2002a, p. 511 ss.

[10] È solo probabile una redazione di *libri digestorum* attribuibile ad Aufidio Namusa, un altro degli *auditores Servii*. Cfr. BRETONE 1992, p. 201 s., 428; BREMER 1898, p. 273 ss.

neo; nell'altro, invece, di una silloge il cui epitomatore è il severiano Paolo. I frammenti di questa seconda serie non sembrano seguire l'ordine dell'editto come noi lo conosciamo, ma, in qualche punto, una sequenza singolare, che proprio per la sua natura svincolata da altri criteri è stata a ragione ritenuta corrispondente a quella originale dell'opera alfeniana[11].

In tale sequenza, compaiono al primo posto i frammenti riferiti a testamenti e legati, insomma, la materia successoria, che occupa i primi due libri, poi la palingenesi dei *Digesta* presenta, in corrispondenza del libro terzo, un singolare agglomerato di opinioni tutte in materia di azioni presenti nell'editto con la sola formula, cioè quelle facenti capo a situazioni giuridiche protette a prescindere da una statuizione del pretore (e quindi prive di un editto di concessione del rimedio): *petitio hereditatis, rei vindicatio, actio pro socio, emptio venditio, locatio conductio, actiones in factum legis Aquiliae*, dote. Il quarto e il quinto libro, gli unici altri due dei quali si abbiano notizie sicure, conservano, invece, opinioni in tema di servitù prediali, di furto e di *onus aversus*[12].

Anche i diciotto libri dello *ius civile* di Quinto Mucio si aprivano con la trattazione dei legati[13], e così pure, con la ma-

---

[11] Cfr. LENEL 1889a, p. 37 ss. nt. 1; MANTOVANI 1996, p. 66 ss. e nt. 20; NEGRI 1996, p. 135 ss.; SCHULZ 1968, p. 365 ss.; JÖRS 1894, col. 1472 s.; BERGER 1918, col. 723; PETERS 1911, p. 463 ss.; DE SARLO 1940, *passim*; SCHERILLO 1953, p. 455 ss.; BONA 1982, p. 413 e ss., in partic. p. 414 e 416 (intervento in occasione della presentazione di GIARDINA, SCHIAVONE 1981); D'IPPOLITO 1998, p. 32 ss., in particolare 34. Il FERRINI (1891b [1929], p. 169 ss.), invece, riteneva più affidabile l'epitome anonima, e postulava un Paolo 'riscrittore' dell'opera di Alfeno. Non possiamo non ricordare che le analisi del Ferrini muovevano dal presupposto che l'ordine dell'editto non fosse mutato in seguito all'intervento giulianeo. Si veda, da ultimo, nel senso indicato nel testo, anche ROTH 1999, p. 20 ss., 192 ss. secondo il quale l'epitome paolina conserva l'ordine originale, mentre nell'altra epitome, fu imposto ai materiali alfeniani l'ordine dell'editto giulianeo. Secondo questo autore, Alfeno ordinava i suoi *responsa* mescolando sistema muciano-sabiniano e sistema edittale «versetzte».

[12] Forse un ordine paragonabile a quello delle opere di *ius civile*, che diverrà poi la sequenza dei libri *ad Sabinum*.

[13] Cfr. LENEL 1889a, col. 757 ss.

teria testamentaria, iniziavano i libri *ad Sabinum* di Pomponio[14], di Paolo e di Ulpiano[15]. Ma le coincidenze con la tradizione civilistica sembrano finire qui. La disposizione delle materie del terzo libro di Alfeno non ha invece legami forti con la tradizione muciana; e pochi ne avrà con essa l'ordine sabiniano[16].

Ad attirare la nostra attenzione rimane, dunque, il libro terzo dei *Digesta* alfeniani, nella sequenza dell'epitome paolina, nel quale sono raccolte insieme opinioni riguardanti rimedi del *ius civile* o del *ius gentium* presenti nell'editto con la sola formula e dunque privi di un editto di concessione. In particolare, si tratta delle azioni *in rem*, e dei *bonae fidei iudicia*[17], che però nell'editto giulianeo non si presentavano in posizioni contigue.

3. *Variazioni sticometriche …*

Questo coacervo di azioni risulta significativo in quanto tale anche da un'analisi della struttura dell'editto pregiulianeo condotta dal punto di vista dei commenti all'editto, in particolare confrontando il commento di Pedio e i commenti severiani. Ho avuto occasione di occuparmene in passato e ripropongo qui i passaggi principali di quel ragionamento che metteva a confronto la *dispositio* dei commenti di Pedio, Paolo e Ulpiano[18].

---

[14] Cfr. LENEL 1889b, col. 86 ss.

[15] Per Paolo vd. LENEL 1889a, col. 1251 ss. La corrispondente opera ulpianea presenta proporzioni singolari: anch'essa comincia con la trattazione di testamenti e legati, ma essa occupa ben venti libri. Cfr. LENEL 1889b, col. 1019 ss. Sul rapporto tra l'ordine muciano e quello sabiniano vd. ORESTANO 1987, p. 136 nt. 7. In generale sulla questione dell'ordine unico, edittale e civilistico, vd. LAURIA 1963, p. 9 ss.; FREZZA 1972, p. 184 ss. (= 2000, p. 24 ss.).

[16] Per l'ipotesi di un ordine unico, discendente dai *tripertita* eliani, si veda anche LAURIA 1967, p. 203 ss.; ID. 1963, p. 9 ss.; VOIGT 1879, p. 321 ss., 330 ss. Su questo problema si veda anche ORESTANO 1987, p. 135 ss. Per l'influsso delle XII tavole sull'editto, vd. anche MANTOVANI 1996, p. 66 s. e nt. 19, con bibliografia.

[17] Lo notava lo stesso LENEL 1889a, col. 47 nt. 2.

[18] GIACHI 2005, p. 257 ss.

Tab. I. *Corrispondenze tra i commenti di Pedio, Ulpiano, Paolo*

Pedio	Ulpiano	Paolo	Rubriche edittali (Lenel 1927)	Proporzione tra i libri pediani e ulpianei, per ciascuna sezione
VII D. 3, 5, 5, 11 D. 4, 2, 7 pr.	X XI	IX XI	35 De negotiis gestis 39 Quod metus causa	1/1.42 (ca. 2/3)
VIII D. 4,2,14,5 D. 4,3,1,4	XI XI	XI XI	39 Quod metus causa … 40 De dolo malo	1/1.375 (<2/3)
IX D. 4, 7, 4, 2 D. 4, 8, 7 pr. D. 4, 8, 13, 2	XIII XIII	XII XIII	46 De alienatione iudicii mutandi causa facta 48 Qui arbitrium receperint …	1/1.4 (ca. 2/3)
X-XIV (5 libri)	XIV-XXVIII (15 libri)	XIV-XXIX (16 libri)	§§ 49-100 (52)?	Proporzione media nella sezione: 1/3 (5/15)
XV D. 14, 4, 1, 1 D. 15, 1, 7, 3	XXIX	XXX	103 De tributoria actione 104 Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur	1/ 2
XVI-XXIV (9 libri)	XXX-XXXVIII (9 libri)	XXXI-XL (9 libri)	§§ 106-141 (36)?	Proporzione media nella sezione: 1/1 (9/9)
XXV D. 37, 1, 6, 2	(XXXIX)	XLI	A Si tabulae testamenti exstabunt 142 De bonorum possessione contra tabulas	1/1.656 (> 2/3)

Osservando la tabella I, si nota come le frammentarie citazioni pediane per libro si susseguano in un ordine coincidente con quello attestato dai frammenti ulpianei. Le rubriche edittali, per le quali sono testimoniate citazioni pediane con l'indicazione del numero di libro, rispettavano dunque tra loro, al tempo di Pedio, una sequenza identica a quella individuata per l'editto commentato da Ulpiano (che possiamo immaginare pressoché identico – salvo per alcune inversioni all'interno dei titoli XIV e XV – a quello sortito dal *restatement* giulianeo) e, probabilmente, da Paolo. Questo esame coinvolge gli editti seguenti: *De negotiis gestis* e *Quod metus causa*, commentati da Pedio nel libro 7 e 8 e da Ulpiano nel 10 e 11,

l'editto *De dolo malo*, commentato da Pedio nel libro 8, e da Ulpiano nell'11, il *De alienatione iudici mutandi causa facta* e il *Qui arbitrium receperint*, riferibili al libro 9 di Pedio e al 13 di Ulpiano, gli editti *De tributoria actione* e *De peculio*, commentati nel libro 15 di Pedio, e nel 29 di Ulpiano e infine il *Si tabulae testamenti exstabunt*, riportato al libro 25 *ad edictum* di Pedio, e al 41 di Paolo (39 o 40 di Ulpiano). Le due sequenze tra i libri *ad edictum*, quella pediana e quella severiana sarebbero, quindi: 7,8,9,15,25, per Pedio; 10, 11, 13, 29, 39-41, per Ulpiano-Paolo. E anche le proporzioni, come si diceva, rimangono abbastanza costanti, oscillando tra 1/1,3, e 1/2 (cioè tra un minimo in cui a un libro di Pedio corrispondono 1,3 libri ulpianei, a un massimo in cui per ogni libro pediano ne abbiamo 2 di Ulpiano)[19].

A rimanere incognita, anche in seguito a questa analisi, è la successione tra gli editti nelle sezioni intermedie tra le rubriche corrispondenti alle citazioni appena nominate, e per tutta la lunghezza dell'editto da questo punto in poi. Vediamole. Per i libri tra il 9 e il 15 dell'opera pediana si assiste a una contrazione del commento pediano, e si nota una proporzione di 1 a 3 (il commento di Pedio è 1/3 di quello di Ulpiano), tanto che al libro 15 di Pedio (dedicato agli editti *de tributoria actione, de exercitoria actione, de peculio*) corrisponde il libro 29 di Ulpiano, mentre al 9 corrispondeva il 13. A 5 libri pediani, quelli compresi tra il 10 e il 14 incluso, corrispondono 15 libri ulpianei.

[19] Arrestandosi a questo punto, si può ritenere dimostrata l'ipotesi, mutuata dal Lenel, secondo la quale mai Giuliano avrebbe potuto stravolgere l'ordine sistematico di un testo, come l'editto, «da gran tempo in vigore e da molti commentato», caratteri che il Lenel desumeva da uno stringente paragone tra Giuliano e un moderno legislatore, e tra l'editto e il codice. Il sistema dell'editto, immuto nei secoli tra Labeone e Ulpiano, avrebbe contribuito, con la sua continuità, a testimoniare la verisimiglianza di questa caratterizzazione. Non conduceva oltre la sua analisi il Ferrini, aggiungendo a queste sul commento di Pedio, considerazioni analoghe riguardanti l'*ad edictum* labeoniano. Cfr. FERRINI 1891a [1929], p. 163, in cui si rinvia all'affermazione leneliana contenuta in LENEL 1883, p. 12 s.; ID. 1901, p. 17. Sul problema dell'editto come codice, si veda da ultimo, con un ricco e suggestivo squarcio di storia della storiografia, MANTOVANI 1998, *passim*.

Per le materie commentate nei libri tra il 15 e il 25 di Pedio si assiste, invece, a una curiosa dilatazione che eleva la nostra proporzione a 1/1. Al libro 25 di Pedio *(Si tabulae testamenti…)* corrisponde, infatti, il libro 39 o 40 di Ulpiano. E i nove libri tra il 16 e il 24 di Pedio trovano riscontro in 9 libri ulpianei, quelli tra il 30 e il 38. Sembra dunque che le materie edittali comprese tra §§ 103-104 e § 142 (secondo la numerazione dell'*Edictum Perpetuum* di Lenel) abbiano occupato nove libri sia nell'*ad edictum* di Pedio, sia in quello di Ulpiano.

Uno sguardo limitato ai due estremi, ai picchi, non mostra alcuna anomalia nella proporzione tra i commenti, come, invece, rivela l'esame in dettaglio delle sezioni intermedie. Le differenze che si manifestano nei due intervalli tendono, infatti, a compensarsi, e a rimanere assorbite nella media complessiva. È necessario, allora, esaminare – e lo faremo con due ulteriori tabelle – come si presentano le due sezioni a un'osservazione più dettagliata e approfondita.

Tab. II. *Sezione in cui il commento all'editto di Pedio si presenta, rispetto agli ad edictum severiani, particolarmente sintetico*

Pedio	Ulpiano	Paolo	Titoli edittali (Lenel 1927)	Rubriche edittali (Lenel 1927) [Sono contrassegnate da (P) le rubriche per le quali è tramandata almeno una citazione pediana]
10-14 (5 libri)	14-28 (15 libri)	14-29 (16 libri)		
	14	14	XI de receptis	(49 nautae caupones stabularii …) (50 *argentariae mensae …*)
			XII	51 *de satisdando* (P)
	14	15-16	XIII	52 *quibus causis praeiudicium fieri non oportet*
	22-23	17-18	XIV de iudiciis	53 *de interrogationibus in iure faciendis*
	22	17		
	22	18		54 *de iureiurando (P)*
	22	18		55 *si cum eo agatur, qui incertum promiserit*
	23	18		56 *in bonae fidei iudiciis …* (?)
				57 [*si incertum condicatur*] (?)
	23	18		58 *de noxalibus actionibus*
	23			59 *de vacatione. Si iudex …*
	15-24	19-26	XV *de his quae cuiusque in bonis sunt*	60 de Publiciana in rem actione
	16	19		
	23	19		61 de his qui deiecerint vel effuderint

	23			62 ne quis in suggrunda
	23	19		63 de servo corrupto
	23	19		64 de aleatoribus
	15	20		65 si hereditas petatur
	15			66 si pars hereditatis petatur
	15	20		67 *quemadmodum a bonorum possessore vel contra eum agatur*
	16	20		68 *de fideicommissaria hereditatis petitione* …
	16-17	21		69 *de rei vindicatione*
	17	21		70 si ager vectigalis petatur
	17			71 *si praedium stipendiarium vel tributarium petatur*
	17	21		72 si ususfructus petatur vel ad alium …
	17	21		73 si servitus vindicetur vel ad alium …
	18	21		74 *de modo agri*
	18	22		75 si quadrupes pauperiem …
	18			76 *de pastu pecoris*
	18	22		77 ad legem Aquiliam
	18	22		78 *in factum adversus nautas* …
	19	23		79 finium regundorum
	19	23		80 familiae erciscundae
	19	23		81 communi dividundo
	20	24		82 *de utili communi dividundo iudicio*
	20-22	24-25		83-88 *de fideiussore et sponsore*
	24	25		89 si mensor falsum modum dixerit
	24	26		90 ad exhibendum
	25	27	XVI de religiosis et sumptibus funerum	91 *si quis mortuum in locum alterius intulerit vel inferre curaverit*
				92 *si quis mortuum inferre prohibitus* …
				93 de sepulchro violato
				94 de sumptibus funerum
	26-28	28-29	XVII de rebus creditis	95 si certum petetur
	27	28		96 de eo quod certo loco dari oportet
	27	29		97 de pecunia costituta (P)
	28	29		98 commodati [vel contra]
	28	29		99 de pigneraticia actione [vel contra]
	28			100 de compensationibus

La sezione dell'editto esposta nella tabella II, in corrispondenza della quale l'*ad edictum* di Pedio è particolarmente sintetico, mostra che il giurista avrebbe dovuto discutere nei cinque libri indicati nella colonna di sinistra 52 rubriche, la cui trattazione occuperebbe 15 libri del commento ulpianeo e 16 di quello paolino. (Avanzano circa 25 rubriche rispetto alla media delle estensioni attestata fino a prima di questa sezione: normalmente 1 libro = 5 rubriche; qui 1 libro = 10 rubriche). Essa, inoltre, non è nuova ai dubbi palingenetici.

È cosa nota che, riguardo ad alcune rubriche del titolo da lui individuato con il numero XV (*de his quae cuiusque in bonis sunt*), il Lenel avesse incontrato una discordanza, sebbene puntuale, nell'ordine seguito da Paolo e Ulpiano, e avesse poi scelto, come specchio fedele dell'ordine dell'editto, quello seguito nel commento paolino[20]. Non sappiamo le ragioni di questa differenza tra Paolo e Gaio, da un lato, e Ulpiano, Pomponio e il Giuliano dei *Digesta*, dall'altro[21]. Ora scopriamo an-

[20] Nell'introduzione alla ricostruzione dell'editto, Lenel immagina che l'ordine corrispondente alla successione degli editti sia quello del commento di Paolo e di Gaio, mentre quello adottato da Ulpiano, Pomponio e Giuliano sarebbe una elaborazione sistematica dell'ordine originale. Cfr. LENEL 1901, p. 10; ID. 1927, p. 13. Il Rudorff, invece, sceglieva come sequenza più probabile quella ulpianea. Cfr. RUDORFF 1869, p. 269 s.

[21] La spiegazione leneliana del curioso discostarsi di Giuliano dall'ordine dell'editto da lui redatto, secondo la quale non sarebbero le medesime le istanze dell'autore dei *Digesta* e del redattore dell'editto, non è così soddisfacente. Cfr. LENEL 1901, p. 10; ID. 1927, p. 13. Per la datazione dei *Digesta*, pensavano a una collocazione in epoca posteriore alla redazione dell'editto perpetuo sia Girard (in GIRARD 1910, p. 11 ss. [= 1912, p. 219 ss.]), sia Fitting (cfr. FITTING 1908, p. 25 ss.), sia Appleton (cfr. APPLETON 1910, p. 49 ss.). Lo stesso Pomponio, nel commentare l'editto, seguiva in questa sezione un ordine simile a quello ulpianeo. Nell'*ad edictum* pomponiano, infatti, i libri dal 36 al 39 erano dedicati alla *rei vindicatio* (in LENEL 1927, il § 69), mentre il libro 40 era dedicato, tra l'altro, all'*actio publiciana* (§ 60) e alla *petitio ususfructus* (§ 72). È verosimile, allora, che Ulpiano, mutuando l'elaborazione sistematica di Pomponio e non quella di Giuliano, ricapitolasse come lui le clausole del titolo XV a partire dalla *rei vindicatio*. Un'altra inversione è attestata, per il commento pomponiano, tra le rubriche edittali 43 e 44 della numerazione di Lenel: il commento all'editto *ex quibus causis maiores* (§ 43), sembra seguisse anziché precedere quello all'editto *quod falso tutore* (§ 44). Anche l'andamento dell'opera di Pomponio sembrerebbe confermare una certa instabilità nell'ordine delle clausole dei titoli XIV (*de iudiciis*) e XV

che che il commento alle clausole di questa sezione impegnava un numero di libri diverso tra i due severiani (10 per Ulpiano e 8 per Paolo), e che la questione dell'ordine dell'editto, soprattutto in quel tratto, non smette di sollevare dubbi.

Per quanto riguarda il commento agli editti del titolo XIV della numerazione di Lenel, indicato come *De iudiciis*, poi, per Ulpiano si trovava nei libri 22 e 23, prima della trattazione dell'ultima clausola del tit. XV, in coda alle azioni divisorie, e prima delle clausole finali del tit. XV: 89 *si mensor falsum modum dixerit* e 90 *ad exhibendum*. Verrebbe da pensare che, nella prospettiva di Ulpiano, il tit. XIV fosse 'parte' del XV.

Tornando alla nostra analisi della sezione, il fatto che Pedio potesse commentare in soli cinque libri tutte quelle rubriche edittali risulterebbe assai strano, considerando, soprattutto, che alle altre sezioni dell'editto per le quali ci sono state tramandate sue citazioni dedicava uno spazio, sebbene mai paragonabile a quello di Paolo e Ulpiano, comunque, al massimo, dimezzato rispetto a loro. Qui, invece, Pedio avrebbe dovuto trattare le stesse materie impiegando un terzo della scrittura necessaria ai due severiani.

Allo stesso tempo, non si può fare a meno di notare che la scrittura di Pedio, così come si era 'contratta' in corrispondenza dei titoli elencati nella tab. II, si dilata improvvisamente nella sezione successiva del commento all'editto, là dove, per le materie dei titoli dal XIX al XXIV, il rapporto tra le due scritture – di Pedio e dei severiani – sale alla misura di uno a uno. In questa sezione, per rispettare la proporzione altrove riscontrata tra il commento pediano e quello ulpianeo, sembrano 'avanzare' nel primo circa cinque libri. Questa volta Pedio impiega gli stessi 9 libri di Ulpiano per trattare 36 rubriche edittali (1 libro = 4 rubriche di media), addirittura 2 in più di Paolo che ne impegna 7[22], mentre nella sezione prece-

---

(*de his quae cuiusque in bonis sunt*). È probabile che, su questi punti, gli interpreti avvertissero come meno stringente, perché meno stabile, l'ordine relativo tra le clausole edittali. Si veda su questo anche STOLFI 2002a, p. 220 ss. e 240 ss. con bibliografia cui si rinvia.

[22] Colgo l'occasione per correggere quanto indicavo in GIACHI 2005, p. 295 ss. e, in particolare, p. 313, nel presentare per la prima volta questi dati. Lì non avevo articolato il paragone presentato nelle due tabelle distin-

dente ne adoperava solo 5 per coprire il commento a 52 rubriche (1 libro = 10,5 rubriche)[23].

Vediamo questa sezione 'dilatata' in una nuova tabella.

Tab. III. *Sezione in cui il commento all'editto di Pedio si presenta, rispetto agli* ad edictum *severiani, particolarmente dilatato*

Pedio	Ulpiano	Paolo	Rubriche edittali (LENEL 1927)
15	29	30	XVIII *Quod cum magistro navis …* (101 De exercitoria actione) (P) (102 De institoria actione) 103 De tributoria actione (P) 104 Quod cum eo qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur (P) (105 Ad senatus consultum Vellaeanum)
16-24 (9 libri)	30-38 (9 libri)	31-37 (7 libri)	XIX *De bonae fidei iudiciis* 106 Depositi [vel contra] 107 *Fiduciae [vel contra]* 108 Mandati [vel contra] 109 Pro socio 110 Empti venditi (P) 111 Locati conducti 112 *[De aestimato]* XX *De re uxoria* 113 Soluto matrimonio… (P) 114 De alterutro 115 De rebus amotis (P) 116 De moribus XXI *De liberis et de ventre* 117 De agnoscendis liberis 118 De inspiciendo ventre … 119 Si ventris nomine … 120 Si mulier ventris nomine … XXII De tutelis 121 De administratione tutorum

guendo Ulpiano e Paolo che invece offrono due diversi profili quantitativi di confronto.

[23] La corrispondenza libro/rubriche commentate non ha alcuna valenza descrittiva, visto che vi sono rubriche che richiedevano più di un libro di commento, e altre esaurite in poche righe e commentate, quindi, in uno stesso libro.

			122 *Si quis cum tutor non esset …* 123 De suspectis (?) tutoribus 124 Arbitrium tutelae 125 Rationibus distrahendis 126 [De eo qui pro tutore negotia gessit] 127 De magistratibus conveniendis XXIII De furtis 128 *Furti nec manifesti (P)* 129 *Furti concepti* 130 *Furti oblati* 131 De tigno iuncto 132 *Furti manifesti* 133 *Furti prohibiti* 134 *Furti non exhibiti* 135 Si is qui testamento liber esse… 136 Furti adversus nautas caupones stabularios 137 Si familia furtum fecisse dicetur 138 *Quod familia publicanorum …* 139 Arborum furtim caesarum (P) XXIV De iure patronatus 140 De operis libertorum 141 Si ingenuus esse dicetur
25-?	39-…	41-…	XXV De bonorum possessionibus A. Si tabulae testamenti exstabunt … (P) 142 De bonorum possessione contra tabulas 143 De legatis praestandis … 144 De collatione bonorum 145 De dotis collatione 146 De coniungendis cum … 147 De ventre in possesionem mittendo … (P) *[…]*

Se volessimo insistere nel dar conto del fenomeno alla luce del presupposto della stabilità dell'editto, dovremmo duplicare le spiegazioni eventualmente immaginate per la sezione precedente – quella in cui il commento di Pedio si asciuga –, e con effetti opposti: se là Pedio tralasciava, qui era particolarmente prolisso; se là citava poco, qui, invece, si dilungava in riferimenti ad altri autori; e se là non ce n'erano, qui abbondavano invece questioni di *ius controversum* delle

quali a noi non è giunta notizia. Mentre Ulpiano e anche Paolo, con le dovute differenze, si diffondevano in modo costante sulle due sezioni[24], Pedio avrebbe scritto, in questa seconda, tre volte di più rispetto alla precedente.

Queste constatazioni autorizzano a tentare anche una diversa spiegazione, e infatti nel lavoro su Pedio ho provato a ricondurre le discontinuità riscontrate a un cambiamento nella disposizione delle rubriche edittali intervenuto tra il tempo in cui Pedio commenta l'editto, e l'epoca severiana. Tale lettura, però, è possibile soltanto abbandonando il presupposto della stabilità dell'ordine dell'editto, cui finora ci siamo strettamente attenuti. Una prima ipotesi potrebbe riguardare unicamente le due sezioni dell'editto al momento sotto osservazione. Se confrontiamo le notizie forniteci dall'analisi dettagliata di esse, e dei commenti a loro riferiti, verifichiamo infatti che le due variazioni sono, almeno parzialmente, in grado di spiegarsi l'una con l'altra. Vediamo un riflesso di questo dato nell'effetto compensativo che si determina sulla media delle proporzioni tra i due commenti, effetto che ha contribuito a velare l'emergenza delle sproporzioni qui evidenziate.

È chiaro, a questo punto, che si pensa allo spostamento di un certo blocco di rubriche, collocate, al tempo di Pedio, tra i titoli XVIII e XXIV e migrate, forse proprio ad opera di Giuliano – e comunque negli anni tra Pedio e Ulpiano/Paolo –, in qualche luogo tra i titoli XIV e XVIII.

4. … *e loro possibili spiegazioni.*

Osservando le due sezioni dell'editto interessate dalle supposte variazioni, e cercando un criterio comune, che possa spiegarle entrambe – il restringimento in corrispondenza dei titoli tra X e XVIII, e la dilatazione in corrispondenza dei titoli tra XIX e XXIV –, l'attenzione cade inevitabilmente sul fatto che nel titolo XV, *de his quae cuiusque in bo-*

[24] Ulpiano, infatti, impiega 15 libri per coprire una sezione dell'editto corrispondente a circa 52 rubriche, e 9 libri per la successiva, che consta di 36 rubriche. Cfr. tabella I.

nis sunt, è raccolta gran parte delle formule di azioni civili – dalla *rei vindicatio*, ai giudizi divisori – che, pur presenti nell'editto, non avevano tuttavia un'origine pretoria. Ciò significa che per queste azioni esisteva una formula, ma non un editto di concessione del rimedio, così come avveniva nel caso di alcune azioni pretorie (*hereditatis petitio possessoria et fideicommissaria, actio vectigalis, actio damni iniuriae adversus nautas, actio communi dividundo utilis*) delle quali l'albo riportava la sola formula. Allo stesso tempo, nella sezione successiva, quella 'dilatata', compare il nucleo forse più significativo di azioni presenti nell'albo con la sola formula: quello dei *iudicia bonae fidei*, cui sono da aggiungersi le azioni di furto. La mia idea è che proprio le rubriche il cui contenuto era costituito da sole formule fossero, al tempo di Pedio, in un luogo diverso dell'albo edittale, magari in corrispondenza di qualche titolo della sezione successiva, là dove il commento di Pedio appare dilatato[25].

[25] Un tentativo di ricostruzione dell'editto pre-giulianeo, e di identificazione dell'intervento di Giuliano, è stato compiuto da GIRARD 1907 (1929), p. 177 ss. Egli, riprendendo un'ipotesi di Wlassak (per la quale vd. GIACHI 2005, p. 309 e 322), ha immaginato un testo edittale originariamente composto da una parte nella quale si enunciavano gli editti, e da più sezioni separate, alcune in forma di appendici, nelle quali avrebbe trovato posto, oltre alle *stipulationes praetoriae*, agli interdetti, e alle *exceptiones* – ma forse dovrebbe far parte di quest'elenco anche il titolo *de in integrum restitutionibus* – per le quali possediamo attestazioni risalenti all'editto codificato, anche una sezione contenente le formule, sia quelle delle azioni *in factum*, sia quelle delle azioni cui non corrispondeva alcun editto. Il lavoro di Giuliano, allora, sarebbe consistito nell'attribuzione di ciascuna formula all'editto corrispondente, in luoghi che attraessero anche le formule prive di editto. Cfr. GIRARD 1907 (1912), p. 200 nt. 4. Le considerazioni dello studioso francese muovevano dall'identificazione delle *notae iuris* di Valerio Probo come documento sull'editto pregiulianeo, una testimonianza ulteriore e diversa rispetto ai testi dei *Digesta* giustinianei tratti direttamente o indirettamente dai commentari *ad edictum*. P. F. Girard, infatti, svolgeva la sua riflessione a partire dalla raccolta di abbreviazioni del grammatico di età flavia. Probo aveva redatto un elenco di *notae iuris*, del quale ci sono pervenute più serie di *excerpta*, tra le quali anche un insieme di abbreviazioni tratte dall'editto. La tradizione delle *notae* ce le ha tramandate sia secondo un ordine alfabetico imposto loro solo in età successiva, sia in un testo che conserva alcune di quelle abbreviazioni riferibili all'editto disposte in un ordine 'sistematico' (sul manoscritto che contiene le *Notae Iuris* di Valerio Probo si veda, comunque GIACHI 2005, p. 32 ss.). Ebbene, la sequenza sistematica delle note di Probo corri-

In primo luogo, disponiamo di una piccola controprova, per dir così, statistica. Le azioni prive di editto rappresentate nella nostra tab. II corrisponderebbero a circa 21 clausole edittali; se le spostassimo nella sezione dell'editto che per noi è rappresentata nella tab. III – magari in corrispondenza del titolo sui *bonae fidei iudicia* – saremmo in buona sostanza molto vicini a ristabilire le proporzioni, e i due scarti quantitativi sarebbero quasi del tutto rientrati.

Si tratta, allora, di incamminarsi verso un'ipotesi che ripercorra, limitatamente ad alcuni aspetti, la teoria di Wlassak, secondo la quale nell'albo del pretore di età pre-giulianea erano separati gli editti e le formule, la sezione normativa e la sezione formulare dell'editto[26].

---

spondeva verosimilmente all'ordine dell'editto al tempo in cui esse vennero raccolte, e, forse, all'ordine in cui Probo le trovava disposte nel testo che egli usò come riferimento per redigere la sua raccolta. Si trattava, probabilmente, del commento all'editto di Pedio, il più recente di cui il grammatico potesse disporre, e anche, come abbiamo visto, il più esteso e forse approfondito. Ma, tra le sigle che sono state conservate, e che corrispondono alla sezione dell'editto compresa tra i titoli I e XII, nella numerazione del Lenel, non compaiono abbreviazioni riferibili ad alcuna formula, dato che aveva fatto immaginare a Girard che la nostra sezione contenente le formule le comprendesse tutte, anche quelle delle azioni con editto. Cfr. GIRARD 1907 (1912), p. 177 ss. In realtà, stando ai frammenti attribuibili a Pedio, l'ipotesi girardiana non sembra percorribile. Esiste infatti almeno un frammento tratto dal commento pediano all'editto sul *metus* nel quale le parole commentate sembrano provenire dal testo della formula, in contrasto con quanto sostenuto da Girard. Si tratta di D. 4, 2, 14, 5 tratto dal libro XI *ad edictum* di Ulpiano, e in particolare, secondo LENEL 1889b, col. 463 nt. 3, dalla sezione di commento ai *verba formulae 'neque ea res arbitratu tuo restituetur'*. Spiegare questo dato attribuendo la collocazione a Ulpiano, e immaginare che le parole di Pedio si riferissero originariamente all'editto anziché alla formula, come fa GIRARD 1907 (1912), p. 201 s., è forse farraginoso, oltre che poco soddisfacente. La presenza di frammenti come D. 4, 2, 14, 5 non è di ostacolo, invece, all'ipotesi che l'appendice contenesse unicamente le formule di azioni prive di editto, e non, quindi, formule del tipo di quella dell'*actio metus*, di cui si discute nel nostro testo. Alla ricostruzione del Girard aveva obiettato già il Ferrini, ma sulla base di una radicale negazione di ogni mutamento nell'ordine dell'editto pretorio. Cfr. FERRINI 1891a (1929), p. 163 ss. In questo senso vd. anche RICCOBONO 1908, p. 106 ss.

[26] Il Wlassak pensava che Giuliano, trovandosi di fronte un testo edittale in cui editti 'normativi' e formule si trovassero separati, avesse in primo luogo aggiunto le formule delle azioni civili prive di editto alla sezione normativa, giustapponendole agli editti che concedevano azioni pretorie cui

5. *Tracce nei* Digesta *di Alfeno.*

Tenendo insieme le risultanze dello studio del commento all'editto di Pedio con le indicazioni in tema di *dispositio* nelle opere giurisprudenziali di età repubblicana che potrebbero discendere dallo studio del libro 3 dei *Digesta* di Alfeno[27], non si può non notare una singolare consonanza: *actiones in rem* e *iudicia bonae fidei* (e forse azioni di furto, nonché la *condictio*[28]) potevano costituire un blocco, o comunque indurre una trattazione ravvicinata che spiegherebbe sia le differenti proporzioni tra le sezioni dei commenti di Pedio e di Ulpiano, sia l'agglomerato di temi del libro 3 di Alfeno, a partire dalla collocazione nell'editto di queste azioni.

Infatti, se da un lato esiste una sfera di principale rilevanza civilistica delle materie trattate nelle opere di *digesta*[29], come anche in quella di Alfeno, per l'ordine di disposizione delle quali è immediato riferirsi alla *dispositio* tradizionale delle opere di *ius civile*, quando si passa alle opinioni attinenti a materie trattate nell'editto, perché non pensare che l'autore, così come avviene nelle altre opere di Digesta, seguisse la disposizione che esse avevano appunto nel programma giurisdizionale del pretore? Se così fosse, la sequenza tra gli argomenti trattati da Alfeno nel libro 3 conterrebbe tracce di quell'ordine.

---

esse potessero dirsi affini; e che, poi, non gli fosse rimasto che spostare nella sezione normativa anche le formule delle azioni pretorie con editto. Cfr. WLASSAK 1882, p. 25 ss. Successivamente, l'A. ha ricostruito l'opera giulianea immaginando una separazione, nell'ambito delle formule, degli '*iudicia*' dalle restanti formule che avrebbe poi permesso al giurista adrianeo di comporre rimedi *ius civile* e di *ius honorarium* in quella che lui chiama 'la sezione normativa dell'editto'. Nel far questo, poi, Giuliano avrebbe sostanzialmente trasferito nella sistematica dell'albo pretorio l'ordine elaborato dalla scienza giuridica a partire da Ofilio. Cfr. WLASSAK 1888, p. 7 nt. 12. È da notare come il Wlassak lavorasse senza una ricostruzione dell'editto paragonabile a quella del Lenel, potendo contare soltanto sul lavoro di Rudorf, e, soprattutto, senza nulla di paragonabile alla Palingenesi, la cui prima edizione risale al 1889, proprio gli anni nei quali il Wlassak lavorava alle sue ipotesi.

[27] GIACHI 2005, p. 316 ss.

[28] Ma vedi *infra*, § 5.

[29] Si deve connotare – e spiegare – così la trattazione dei legati e testamenti, soprattutto a partire dal tipo di problemi trattati nei *Digesta* in relazione con questi temi.

In questa sezione dell'opera alfeniana, stando a quanto ne è stato conservato nei *Digesta* giustinianei, trovavano infatti posto (almeno) le azioni di rivendica della proprietà e dell'eredità, e le formule dei *iudicia bonae fidei*, come *actio pro socio, de emptione et venditione, de locatione et conductione*[30]. Una contiguità, come si è avuto modo di dire, che potrebbe riflettere la sequenza di trattazione di questi rimedi nell'editto che originariamente li prevedeva.

Se seguiamo questa ipotesi, allora, il fatto che nei frammenti del libro 3 di Alfeno sia attestata la trattazione contigua di azioni presenti nell'editto con la sola formula potrebbe innanzitutto confermare la loro contiguità anche nell'editto del tempo nel quale l'*auditor* di Servio scriveva, e quindi la presenza in forma agglomerata di dette azioni o forse addirittura una sezione da esse costituita; e tale sezione avrebbe contenuto, in primo luogo, le azioni che erano la mera trascrizione formulare delle *legis actiones* cui per stratificazione si sarebbero aggiunte le altre formule prive di editto. Come ho avuto modo di osservare in precedenza, la proposta generale sulla struttura dell'editto qui presentata si muove in una direzione simile a quella cui era giunto Girard sulle scorte di Wlassak immaginando, però, la presenza di un'articolazione – che richiederebbe una prospettiva sistematica più consapevole e schematica – fatta di una parte dell'editto contenente le clausole normative di concessione delle azioni, e più appendici con le formule dei diversi rimedi[31]. Più semplicemente e più probabilmente, invece, siamo in presenza di un agglomerato di formule determinatosi per stratificazioni successive e per attrazione a partire, probabilmente dalle prime traduzioni formulari delle *legis actiones*.

Ammettendo l'esistenza di questo agglomerato più che sezione, per il quale a suo tempo proposi in via congetturale il nome '*de formulis iudiciorum*'[32], rimarrebbe il problema di tro-

[30] Lo stesso Lenel indicava espressamente in una nota, cosa rara, il tema dei frammenti del libro 3 dei *Digesta* di Alfeno. Cfr. LENEL 1889a, col. 47 nt. 2.

[31] Me ne sono occupata in GIACHI 2005, p. 309 nt. 98.

[32] Il nome non sembra mal scelto, vista la testimonianza della *lex Irnitana*. Cfr. SIMSHÄUSER 1989, p. 619 ss., in particolare, 625.

vare per esso una collocazione che si combinasse con l'andamento dell'editto commentato da Pedio, così come è emerso dalla ricostruzione, e cioè con le 'dilatazioni', e i 'restringimenti' dell'*ed edictum* pediano. Così non è in grado di fare la soluzione immaginata da Wlassak (e in parte ripresa da Girard), che avrebbe situato la nostra sezione, insieme a tre delle altre, in coda al testo dell'editto. Questa collocazione non è in grado, infatti, di spiegare la presenza di una dilatazione del commento pediano in corrispondenza dei titoli da XIX a XXIII, visto che vi si trova una delle materie per le quali più ci aspetteremmo di far parte di una sezione ipotetica '*de formulis*': il titolo *de bonae fidei iudiciis*. Se davvero questa sezione fosse stata in fondo all'editto, lì avrebbero dovuto trovarsi anche le formule dei giudizi di buona fede, determinando, così un vuoto di materie da commentare, in una sezione dell'editto che, a giudicare dalla palingenesi pediana, doveva invece essere più densa

Un elemento ulteriore è dato dalla circostanza che tra le azioni trattate nel libro 3 dei *Digesta* alfeniani, così come tra quelle della sezione che potrebbe essere stata oggetto di spostamento con il riordinamento giulianeo dell'editto sono presenti quelle azioni la cui formula si incentrava sulla *demonstratio*, che potrebbero rappresentare, secondo una suggestiva ricostruzione, la traccia di un modello alternativo di processo formulare, destinato a sparire in età repubblicana e basato da principio sulla dinamica interrelata tra *confessio* e *praescriptio pro reo*[33]. A questo punto non possiamo non notare come tra le formule che potevano essere state oggetto di spostamento erano anche quelle del titolo XIV *de iudiciis* nella cui previsione si intercettava il tema delle *praescriptiones*. Sono le clausole §§ 55, 56 e forse 57 dell'*Edictum perpetuum* del Lenel.

6. *Collocazione edittale della* condictio.

Quanto possiamo dedurre dalla struttura del terzo libro dei *Digesta* alfeniani nell'epitome paolina lascia, però, uno

[33] Cfr. Fiori 2003, p. 217 ss.

spazio di indeterminazione per quanto concerne la posizione della *condictio*. Di essa, infatti, qui – cioè nei frammenti alfeniani – non vi è traccia. Nel rinviare per una riflessione su questo punto a quanto consideravo nel lavoro su Pedio[34], mi limito ad osservare come sulla storia formulare della *condictio* dal punto di vista della sua collocazione nell'editto sia necessario più di un approfondimento, soprattutto perché questa azione manifesta nell'editto la sua natura proteiforme, e compare nelle diverse sembianze che ha assunto[35], alcune delle quali hanno dato luogo a dibattiti interminabili in dottrina, come la *condictio incerti* che Lenel annoverava con '?' al § 57 del titolo *de iudiciis* – uno di quelli di cui ci stiamo occupando. Le clausole 56 e 57 – per altro precedute dal § 55 con la clausola relativa all'*actio incerti ex stipulatu* – infatti, con il loro riferimento ai *iudicia bonae fidei* e con la previsione della formula della *condictio incerti* potrebbero essere la traccia di quel collegamento tra i titoli *de iudiciis* e *de bonae fidei iudiciis* che andiamo inseguendo, e che aveva trovato una sua soluzione e un definitivo assestamento con le clausole del Tit. XVII *de rebus creditis* e, probabilmente, con l'isolamento dei riferimenti alla ripetizione dell'*incertum* nel tit. *de iudiciis*. Ma si tratta di una riflessione che davvero supera i limiti di questo breve saggio.

Un editto nel quale questi rimedi fossero accorpati secondo uno schema determinatosi per attrazione secondo stratificazioni successive, che vedeva separate forme di tutela presenti nell'editto con la sola formula e rimedi concessi dal pretore con un apposito editto, schema che si era verosimilmente sovrapposto o combinato con una separazione tra le azioni a seconda che fossero fondate sul *ius civile* o fossero di *ius honorarium*, porterebbe i segni dello stato di elaborazione di una qualche distinzione tra la prospettiva processuale e

[34] GIACHI 2005, p. 208, 214 ss. Numerosi studi si sono succeduti sul tema. Da ultimo SACCOCCIO 2025, 9 ss. E prima, ID. 2002, *passim*.

[35] Per descrivere questo stato di cose, vi sono stati studiosi che hanno parlato di «selva selvaggia dell'argomento delle *condictiones*» (PEROZZI 1903, p. 100, nt. 1). Si è occupato da ultimo del sistema dell'editto in relazione con la struttura del tit. XVII *de rebus creditis*, SACCOCCIO 2025, p. 23 ss.

quella sostanziale, nonché dei loro rapporti di priorità. Si tratterebbe di un tempo nel quale non si è ancora perduta la visibilità dell'origine dei singoli rimedi, e quindi del piano normativo cui essi appartenevano[36], di una fase intermedia rispetto alla definitiva affermazione della 'visione processuale' cristallizzatasi nella redazione giulianea dell'editto. Fino a questo momento le azioni si sarebbero distinte ancora per il loro fondamento, riflesso nel modo in cui erano disposte, a seconda che venissero concesse dal pretore o fossero altrimenti fondate, nel senso che fossero state recepite dal *ius civile* o dal *ius gentium*[37].

7. *La classificazione delle azioni.*

Qualche considerazione ulteriore su questo stato di cose potrebbe essere rintracciabile anche a partire dalla riflessione sui modelli di classificazione delle azioni proposti dai giuristi. Viene da sé di immaginare che le prime partizioni potessero ispirarsi a blocchi già presenti nell'editto, o a *tòpoi* della letteratura giurisprudenziale. Ad esempio, i testi attribuibili a Giuliano come D. 44.2.25.2[38] sembrano i primi ad attestare una qualche esaustività della polarità *actio in rem / actio in personam.*

La classificazione delle azioni in base alla natura della pretesa da esse tutelata potrebbe testimoniare sicuramente un mutamento di prospettiva, e la loro parificazione forse in relazione al piano normativo di appartenenza. Giuliano, nel

---

[36] Mentre era, probabilmente, già superata la duplicità di modello di processo formulare secondo la ricostruzione di FIORI 2003, 217 ss.

[37] E forse in base al modello formulare con il quale si agiva: dal punto di vista della storia del processo, infatti, l'evoluzione del testo edittale qui ricostruita potrebbe anche recare le tracce di un'epoca nella quale convivevano i due modelli del processo formulare ipotizzati da FIORI 2003, 217 ss.: un processo per le formule con *intentio*, e uno diverso per quelle con *demonstratio.*

[38] Iul. 51 *dig.* D. 44, 2, 25, 2: *si te negotiis meis optuleris et fundum nomine meo petieris, deinde ego hanc petitionem tuam ratam non habuero, sed mandavero tibi, ut ex integro eundem fundum peteres, exceptio rei iudicatae non obstabit: alia enim res facta est interveniente mandatu. idem est, si non in rem, sed in personam actum fuerit* (…).

contesto di un impianto concettuale nel quale *ius civile* e *ius honorarium* non comportano più alcuna differenza di statuto delle azioni, aveva riorganizzato l'editto secondo lo schema ricostruito da Lenel, e ciò gli aveva aperto la possibilità di nuove suddivisioni delle azioni in classi alle quali potrebbero corrispondere i titoli edittali che oggi leggiamo nella versione leneliana. All'opposizione tradizionale tra azioni *legitimae* – nel senso di *ex lege* – e azioni edittali, ancora oggetto di riflessione approfondita nelle Istituzioni di Gaio[39], si poteva ora affiancare quella tra i due grandi generi delle azioni reali e personali, che lo stesso Gaio pone in testa alla sua trattazione delle azioni, facendo notare come, fino ad allora, vi fosse stato chi ritenesse di dover suddividere altrimenti le azioni muovendo da quattro generi, con un procedimento diairetico che al maestro antonino sembrava mescolare *genera* e *species*[40]. È difficile risalire alla quadripartizione originaria criticata da Gaio; sappiamo soltanto che si basava sui '*genera sponsionum*', e che, secondo un'interpretazione diffusa, doveva comprendere – oltre alle categorie che avrebbero poi corrisposto alle azioni *in rem* e *in personam* – l'*agere per sponsionem poenalem*, e

[39] Cfr. Gai. 4, 1: *superest, ut de actionibus loquamur. et si quaeramus, quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam. nam qui IIII esse dixerunt ex sponsionum generibus, non animadverterunt quasdam species actionum inter genera se rettulisse*; 4, 10-11: *quaedam praeterea sunt actiones, quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant. quod ut manifestum fiat, opus est, ut prius de legis actionibus loquamur.* 11. *Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo, quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, uel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur.* La prospettiva è quella dell'editto: azioni *quae ad legis actionem exsprimuntur*, e che *sua vi ac potestate constant*. Si veda MAGDELAIN 1954, p. 11 ss., con un elenco di azioni che potrebbe ben rappresentare la sezione formulare dell'editto oggetto della nostra ipotesi.

[40] Rimane incerta l'interpretazione del riferimento ai '*genera sponsionum*' come criterio per la classificazione delle azioni superato dalla distinzione in *actiones in rem* e *in personam*. Ritiene che nei quattro generi ritenuti superati da Gaio dovessero essere compresi anche i due nuovi considerati esaustivi, TALAMANCA 1987, p. 47 e nt. 340. Si veda SILLA 2012, p. 8 nt. 7 per il riferimento della bipartizione alle azioni sia civili che onorarie.

quello *praeiudicialis*[41]. A meno che non aderiamo alla proposta di restituzione del testo gaiano avanzata da ultimo da Platschek. Secondo questo autore, infatti, il testo corretto avrebbe fatto riferimento alla *generum expositio*, e non ai *genera sponsionum*[42].

Pur senza voler attribuire a queste circostanze un valore probante definitivo, rimane tuttavia l'impressione che possano connettersi l'esistenza nella sequenza delle previsioni edittali di un agglomerato (o di una sezione) formulare in epoca precedente al *restatement* giulianeo dell'editto, e la classificazione delle azioni proposta da Gai. 4, 1. Se davvero quelle azioni avessero condiviso l'appartenenza a un gruppo compatto paragonabile a una sezione, allora la rottura di quella compattezza, e soprattutto la correlata fusione di rimedi civili e pretori, possono aver sottratto i puntelli ad altri schemi. La rottura di quell'isolamento, anche percettivo, nel corpo dell'albo edittale tra le azioni recepite dal *ius civile* e dal *ius gentium*, può aver ispirato una partizione che considerasse esaustiva, o comunque fondamentale e prioritaria, la polarità tra azioni *in rem* e *in personam*. A sostegno di questa congettura vi è un rilievo cronologico: quando Gaio scrive le Istituzioni siamo, secondo una datazione tradizionale e indiscussa, attorno al 160 d.C.; giusto pochi anni dopo l'intervento giulianeo sull'editto datato attorno al 130 d.C.

---

[41] Si potrebbe forse indagare un'eventuale connessione tra la classificazione delle azioni considerata come superata da Gaio e l'esistenza di una sezione come quella composta dalle sole formule delle azioni prive di editto corrispondente. Se davvero esisteva, una sezione simile avrà senz'altro condizionato la classificazione delle azioni. Purtroppo, non siamo in grado di dire come e quanto. Per la ricostruzione dei quattro generi presentata nel testo, si veda TALAMANCA 1977, p. 246 ss. In D. 45, 1, 5, un frammento di Pomponio, è attestata, per l'unica volta nel Digesto, l'espressione '*genera sponsionum*'. Secondo KELLER 1863 (1872), p. 323 ss., vi fu un tempo in cui alla *legis actio sacramenti in rem* si contrapponevano, come azioni *in personam*, tutte le altre azioni. Poi, con la comparsa dell'*agere per sponsionem*, il quadro si sarebbe complicato. Una progressiva estensione della distinzione *actio in rem/actio in personam* era ricostruita anche dall'ALBERTARIO 1941, p. 228 ss., ma attribuita all'epoca della legislazione giustinianea. Prima, secondo l'A., essa si sarebbe applicata unicamente allo *ius civile*, poi si sarebbe estesa allo *ius honorarium*. Poi SILLA 2012, p. 67 ss.

[42] PLATSCHEK 2022, p. 76 ss.

Sull'idea di una possibile interrelazione tra ordine dell'editto, partizione giulianea di *agere in rem* e *in personam* e classificazioni gaiane che avevo proposto nello studio su Pedio, ha negli anni lavorato F. M. Silla[43], tratteggiando nessi genealogici a partire dal ruolo giulianeo di *ordinator edicti*: proprio la compagine magmatica e disordinata delle formule e delle azioni presenti nell'editto avrebbe offerto al giurista lo spunto per riordinare quest'ultimo. Al contempo, questa propensione potrebbe aver ispirato e sollecitato una distinzione tra le azioni in termini più ordinanti, accompagnata, si potrebbe dire, da un tasso di astrazione non presente nei riferimenti giulianei all'*agere in personam* contrapposto al *rem vindicare* di Iul. 33 *dig.* D. 30, 84, 13[44]. Un ulteriore nesso, poi, sussisterebbe tra la ricognizione giulianea e la classificazione di Gai. 4, 1: proprio la vicinanza temporale tra le due potrebbe secondo Silla spiegare l'incertezza che accompagna la presentazione da parte di Gaio della divisione in *duo genera actionum*[45].

8. *La* iuris epitomae *di Ermogeniano.*

Il quadro sembra a questo punto ricomporsi: a partire dalle opere riferibili all'editto come il commento di Pedio e i commenti severiani, confrontando tra loro le sequenze, è scaturita l'ipotesi che l'intervento di Giuliano sull'editto possa essere stato un mettere in ordine l'editto ricollocando le azioni e le formule secondo la disposizione che oggi leggiamo nell'*Edictum Perpetuum* ricostruito da Lenel – con l'unica incertezza delle differenze di *dispositio* tra Paolo e Ulpiano –, aprendo la strada a una fusione dei rimedi quanto alla provenienza oramai per tutte edittale; il libro 3 dei *Digesta* di Alfeno

[43] Cfr. Silla 2012, *passim.*

[44] Iul. 33 *dig.* D. 30, 84, 13: *si is cui legatum fuerat antequam constitueret, qua actione uti vellet, decessit duobus heredibus relictis, legatum accipere simul venientes, nisi consenserint, non possunt: quare quamdiu alter rem vindicare vult, alter in personam agere non potest. sed si consenserint, rem communiter habebunt: consentire autem vel sua sponte debent vel iudice imminente.*

[45] Silla 2012, p. 52 ss., 57 s.

parrebbe confermare l'ordine qui individuato per l'epoca precedente a Giuliano-Adriano e recare traccia, forse, di un tempo nel quale vi erano due modelli di processo formulare, uno dei quali fondato sull'articolazione tra *confessio* e *praescriptio*; l'evoluzione degli schemi di classificazione delle azioni proposti da Gaio e da Giuliano, infine, potrebbe riflettere gli effetti che tale articolazione aveva determinato nel tempo[46].

Parrebbe sfuggire alla trama disegnata fin qui una testimonianza proveniente dalla letteratura giurisprudenziale del IV secolo. Una traccia del legame almeno 'topografico' tra *petitiones* e *iudicia bonae fidei* riscontrato nel libro 3 dei *Digesta* di Alfeno nella tradizione paolina è, infatti, conservata anche in un'opera tarda di raccolta di scritti giuridici come la *iuris epitomae* di Ermogeniano. Nel libro 2 dello scritto ermogenianeo, infatti, compare una serie di frammenti riferibili ai contratti di buona fede, alla *petitio hereditatis*, nonché alla rubrica edittale *si certum petetur*[47]. Questa testimonianza potrebbe intaccare l'affidabilità di qualunque inferenza relativa all'ordine edittale a partire dalle materie trattate nel terzo libro dei *Digesta* di Alfeno: se lo stesso singolare agglomerato di formule compare in quanto tale pure in un'opera del tempo di Diocleziano, e partiamo dal presupposto che in entrambe le

[46] Oltre a ristabilire le proporzioni tra gli *ad edictum*, l'ipotesi qui proposta sulla struttura dell'editto pregiulianeo potrebbe dare conto di un'altra singolarità e di una qualche incertezza, segnalate da Lenel con '?': nel tit. XIV ci sono le rubriche 55, 56 e 57, corrispondenti a una sezione sulle *praescriptiones*, che potrebbe essere la traccia di una originaria sezione unica con il titolo XIX dove si trovavano le formule con *demonstratio*; secondo la ricostruzione di Fiori, infatti, esse adottavano originariamente uno schema processuale *confessio/praescriptio*, e, sebbene probabilmente in riferimento alla *praescriptio pro actore*, la rubrica 56 ricostruita da Lenel recava il titolo '*de bonae fidei iudiciis quemadmodum praescribatur*'. LENEL 1927, p. 151 ss.

[47] Questo dato integrerebbe la presenza della *condictio* nel novero delle azioni considerate nelle pagine precedenti come parte delle formule agglomerate perché prive di editto di concessione. Si veda *supra*, § 5 e GIACHI 2005, p. 317 ss. Ma il dato osservato potrebbe dipendere, e lo vedremo in conclusione, unicamente da un numero maggiore di clausole edittali toccate nei materiali che confluirono a comporre il libro 2 dell'*epitomae* ermogenianea.

opere si stesse seguendo, più o meno pedissequamente, l'ordine dell'editto (come Ermogeniano stesso ribadisce in Herm. 1 *iuris ep.* D. 1, 5, 2[48]), ci troviamo di fronte a un problema storiografico che, nella prospettiva di una possibile interrelazione tra sistema edittale e disposizione interna dei temi nelle opere giurisprudenziali collegate all'editto, reclama una soluzione. Se da un lato è possibile che al tempo di Alfeno l'editto seguisse un ordine diverso rispetto a quello attestato nelle sistematiche delle opere di commento all'editto post giulianee, così non dovrebbe essere riguardo all'ordine edittale che poteva avere presente Ermogeniano in piena età dioclezianea – anche se sappiamo bene che differenze puntuali sono riscontrate anche nelle opere severiane, ad esempio tra Paolo e Ulpiano, e proprio in luoghi dei loro commenti e del sistema edittale interessati dalla nostra riflessione[49].

Credo che gli elementi che abbiamo disposto in questo ideale scenario possano essere composti tra loro in un disegno coerente, assumendo alcuni punti fermi inscritti nei dati e nelle occorrenze che siamo chiamati ad osservare.

In primo luogo, se abbiamo motivate ragioni per credere che l'editto possa essere cambiato abbastanza significativamente tra l'epoca di Alfeno e quella post giulianea (in particolare severiana), così non è per quanto riguarda il periodo successivo che ci conduce dalla piena età severiana fino al tempo di Diocleziano. Anzi, possiamo senz'altro affermare che in tale epoca l'editto aveva oramai perduto la sua vitalità.

Se consideriamo, poi, le opere in questione, abbiamo da un lato, riguardo ad Alfeno, i *libri digestorum* che raccoglievano tradizionalmente *responsa* ordinati, quando riferiti a ma-

---

[48] Hermog. 1 *iuris epit.* D. 1, 5, 2: *cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit, primo de personarum statu ac post de ceteris, ordinem edicti perpetui secuti et his proximos atque coniunctos applicantes titulos ut res patitur, dicemus.* 'Poiché dunque ogni diritto è stato costituito per causa degli uomini, parleremo in primo luogo dello stato delle persone e successivamente delle altre cose, seguendo l'ordine dell'editto perpetuo e aggiungendo i titoli vicini e connessi a questi, per quanto la materia lo consenta'. sul frammento si vedano: Liebs 1964, p. 27 s., 115 s.; Cenderelli 1965, p. 233 ss.; Bonini 1966, p. 121 ss., Dovere 1998, p. 399 ss. e nt. 17.

[49] *Supra*, § 2.

terie edittali, secondo l'ordine dell'editto; e, dall'altro, quanto a Ermogeniano, un'opera di *epitomae iuris* che raccoglieva estratti di scritti più antichi[50]. È vero che è tramandato nei *Digesta* un frammento dello stesso Ermogeniano (Herm. 1 *iuris ep.* D. 1, 5, 2) nel quale egli afferma di aver seguito l'ordine dell'editto nella disposizione dei materiali. Ma fino a che punto e a quale riguardo egli seguisse l'ordine edittale non ci è dato sapere. Anzi, a bene vedere, le parole di Ermogeniano potrebbero suonare come manifesto dell'intenzione di alterare quell'ordine, giustapponendo titoli e temi sulla base di connessioni per materia, a partire da un professato rispetto di fondo per la tradizione edittale. Com'è stato giustamente affermato dagli studiosi che si sono occupati della *epitomae iuris*, la riflessione di Ermogeniano era quella di chi, con un certo distacco e neutralità guadagnata grazie al tempo trascorso dall'epoca di vitalità e attualità dell'editto, dispone sul suo tavolo di lavoro tutti gli elementi generativi di ordine, e li compone per disporre i materiali della propria epitome, compresi quelli che probabilmente sfuggivano a tali schemi dispositivi: ordine dell'editto, schema istituzionale, sistemi di *dispositio* del *ius civile*[51].

Nel contesto dei lavori cui Ermogeniano guardò per comporre la sua epitome[52], è emerso chiaramente e condivisibilmente quanto l'opera sia debitrice al pensiero dei giureconsulti di età severiana e antonina, sebbene sia verificabile come egli non abbia mai attinto a quelle opere in misura tale da poter essere ritenuto un plagiario. Ciò nonostante, è cruciale per la riflessione che qui si propone, fissare una misura del suo ispirarsi al lavoro dei predecessori. È, infatti, nelle pieghe di tale tradizione che, probabilmente, può essere trovata, o quantomeno cercata, una spiegazione per l'ordine nella trattazione

[50] SCHULZ 1968, p. 401.

[51] Si vedano CENDERELLI 1965, p. 233 ss.; BONINI 1966, p. 121 ss., DOVERE 1998, p. 399 ss. e nt. 17. Per un esame del testo in rapporto con le vicende della suddivisione in *tituli* dell'editto, e sulla sua affermazione come testo unitario in epoca repubblicana, MANCUSO 1983, p. 354 s. nt. 51 e 380 nt. 18.

[52] È stato ricostruito dal Liebs nella monografia dedicata alla *Iuris Epitomae* del giurista dioclezianeo Cfr. LIEBS 1964, p. 39 ss., ma vedi più di recente DOVERE 1998, p. 395 ss.

delle materie del libro 2 della *Iuris epitome* che si presenta coincidente con quello seguito nel libro 3 dei *Digesta* di Alfeno.

Una chiave di lettura plausibile potrebbe coincidere con la mediazione indubbia esercitata del giurista Paolo nel tramandare questi materiali e nel far varcare loro la soglia delle opere giurisprudenziali severiane per giungere nelle pagine dei maestri del 300 d.C. Paolo potrebbe aver conservato la *dispositio* originaria attestata nei materiali epitomati, non aggiornandola in base all'evoluzione sistematica dell'editto attestata invece nei commenti *ad edictum*. Il suo ossequio per la tradizione e per il lavoro dei *veteres*, infatti, è ampiamente attestato e costituì probabilmente un motivo costante del suo lavoro. Ma questa osservazione, che al momento è solo una congettura, avrebbe bisogno di una ricerca approfondita che esula dagli obbiettivi di queste pagine.

Paolo, inoltre, non è nuovo alle originalità nella disposizione del materiale anche per quanto riguarda il commento all'editto, scorrendo il quale – come abbiamo potuto vedere[53] – ci si imbatte in più differenze nelle sequenze tra le clausole edittali per come sono disposte nel suo commento e in quello di Ulpiano. Com'è noto, Lenel scelse come sequenza di riferimento quella paolina, perché a suo avviso meno giustificata da un intento sistematore rispetto a quella ulpianea; il tratto di originalità, secondo il maestro tedesco, risiedeva nell'essere meno strutturata e quindi verosimilmente più aderente a una stratificazione come quella che sappiamo aver dato origine all'insieme dei materiali edittali confluiti nel programma giurisdizionale del pretore.

Infine, e potrebbe trattarsi di una considerazione che chiude la questione aperta dall'occorrenza ermogenianea, il libro 2 dell'*epitomae iuris*, per come ricostruito da Lenel, vede sì accomunate le formule dei giudizi di buona fede, ed esempi di azioni petitorie, includendo un riferimento al *certum petere*, ma in una sequenza assolutamente rispondente all'ordine dell'editto giulianeo ricostruito da Lenel. Tali rimedi si trovano riuniti in questo libro del giurista del IV secolo proba-

[53] *Supra*, § 2 e Giachi 2005, p. 127 ss., 180 ss.; Ead. 2023b, p. 44 ss.

bilmente a causa di un'ottica allargata, frutto di una sorta di sguardo da lontano, che si estendeva, in uno stesso libro, a coprire 10 titoli edittali (dal XIV al XXIV).

9. *A mo' di conclusione.*

Per concludere, le sezioni dell'editto corrispondenti principalmente ai titoli tra XIV e XX dell'Editto ricostruito da Lenel, il cui esame approfondito abbiamo avviato con le tabelle 2 e 3, e che furono probabilmente interessate dall'intervento di riordinamento dell'editto ordinato da Adriano ed eseguito da Giuliano, sono anche quelle rispetto alle quali sembra esservi stato nel corso del tempo un maggiore tasso di variazione nelle sequenze. Da tali variazioni dipese, probabilmente, la percezione da parte degli autori che le commentarono o che le presero a modello dell'ordine di trattazione degli argomenti nelle loro opere, di una minore stabilità dei vincoli sistematici di disposizione delle materie.

Nella lunga parabola della storia dell'editto, questa precarietà strutturale rifletté sia l'instabilità e la fluttuazione nell'ordine dei singoli editti nel programma del pretore tipica degli esordi e delle prime fasi della storia dell'editto, sia la minore aderenza e importanza delle questioni sistematiche edittali una volta che l'editto ebbe perso la sua funzione di riferimento principale per il diffondersi di altri fattori generatori di ordine, e dei primi tentativi di sistemazione e *restatement* di epoca severiana[54]. In questo quadro non vi è dubbio che il *restatement* giuliano-adrianeo possa aver rappresentato un punto di svolta e al contempo di culmine nella storia del programma pretorio, da allora in poi sottratto alle dinamiche evolutive giurisdizionali, e affidato alle vicende di una lunga tradizione letteraria[55].

[54] Cita GAUDEMET 1987, p. 79 ss. che non li considera tra i tentativi di sistematizzazione del diritto romano. Sui *restatement* severiani, SCHULZ 1968, p. 354, HONORÉ 2002, p. 35 s., 76 ss.; SCHIAVONE 2017, p. 377 ss., con bibliografia p. 539 ss.; GIACHI 2023b, p. 5 ss.

[55] Questa vicenda ci rammenta, una volta di più, come la storia del diritto romano di produzione giurisprudenziale, e della letteratura corrispon-

Bibliografia

ALBANESE B. (1971), *Per la storia del creditum*, «AUPA» 32, pp. 5-180.
ALBERTARIO M. (1941), *Actiones in rem e in personam*, in *Studi di diritto romano*, IV, Milano, pp. 228-260.
APPLETON Ch. (1910), *La date de Digesta de Julien*, «NRHD» 34, pp. 731-793.
BERGER A. (1918), *Iulius Paulus*, in *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, X.1, Stuttgart, coll. 690-752.
BLUHME F. (1820), *Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln*, «ZGR» 4, pp. 257-472 = «Labeo» 6, 1960, pp. 50-96.
BONA F. (1982), *Intervento*, in «Opus» 1, pp. 413-416.
BONINI R. (1966), *La 'Iuris epitomae' di Ermogeniano*, «Labeo» 12, pp. 11-123.
BREMER F. P. (1898), *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, II.1, Leipzig.
BREMER F. P. (1901), *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, II.2, Leipzig.
BRETONE M. (1992), *Storia del diritto romano*[9], Roma-Bari.
BRETONE M. (1993), *Labeone e l'editto*, «SCDR» 5, pp. 17-40.
CASAVOLA F.P. (1990), *La legislazione comiziale e l'editto*, in A. Schiavone (dir.), *Storia di Roma*. II.1. *L'impero mediterraneo*, Torino, pp. 515-534.
CENDERELLI A. (1965), *Ricerche sul 'Codex Hermogenianus'*, Milano.
CERAMI P. (1998), *Il sistema ofiliano*, in E. Dovere (a cura di), *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, pp. 83-119.
D'IPPOLITO F. (1998), *Il diritto e i cavalieri*, in E. Dovere (a cura di), *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, pp. 31-50.
DE SARLO L. (1940), *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano.
DOVERE E. (1998), *Sistema e ragioni culturali nei 'Libri iuris epitomarum' di Ermogeniano*, «Gerion» 16, pp. 395-413.
FALCONE G. (1996), *Ofilio e l'editto*, «Labeo» 42, pp. 101-106.

---

dente, si sia dipanata quasi esclusivamente sulla base di momenti di evoluzione tecnica puntuale: mutamenti giurisdizionali, aggiustamenti delle tecniche processuali, nuovi bisogni di inquadramento e qualificazione giuridica. Mentre, assai di rado, per non dire mai, vi fu spazio, almeno fino alle codificazioni tarde e al pensiero che le vide nascere, per riordinamenti fondati su elementi astratti di puro rilievo sistematico. Tali processi furono accompagnati, come abbiamo visto per l'editto del pretore, dalle dinamiche evolutive della tradizione letteraria corrispondente ai diversi generi. Cfr. sul tema da ultimo MANTOVANI 2018, *passim*; SCHIAVONE 2024, p. VI ss.

FERRINI C. (1885), *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani*, «RIL» (s. II) 18, pp. 865-872, 900-917 = *Opere*. II. *Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano 1929, pp. 11-37.

FERRINI C. (1891a), *Intorno all'ordinamento dell'editto pretorio prima di Salvio Giuliano*, «RIL» (s. II) 24, pp. 560-565 = *Opere*. II. *Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano 1929, pp. 163-168.

FERRINI C. (1891b), *Intorno ai Digesti di Alfeno Varo*, «BIDR» 4, pp. 1-15 = *Opere*. II. *Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano 1929, pp. 169-180.

FIORI R. (2003), *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano.

FITTING H. (1908), *Alter und Folge der Schriften*², Halle.

FREZZA P. (1972), *Storia del processo civile in Roma fino alla età di Augusto*, in H. Temporini (hrsg.), *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, I.2, Berlin-New York, pp. 163-196 = *Scritti*, III, Roma 2000, pp. 3-36.

FREZZA P. (1977), *Responsa e Quaestiones. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, «SDHI» 43, pp. 203-264 = *Scritti*, III, Roma 2000, pp. 351-412.

GALLO F. (1997), *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino.

GAUDEMET J. (1987), *Tentatives de systématisation du droit à Rome*, «Index» 15, pp. 79-96.

GIACHI C. (1996), *Per una biografia di Sesto Pedio*, «SDHI» 62, pp. 69-123.

GIACHI C. (2002), *Storia dell'editto e struttura del processo in età preadrianea. Un'ipotesi di lavoro*, in *Atti del convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico' in memoria di A. Biscardi (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001)*, Milano, pp. 113-129.

GIACHI C. (2005), *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano.

GIACHI C. (2023a), *Per una storia dell'editto (I-III secolo). Note preliminari*, «TSDP» 16, pp. 1-37.

GIACHI C. (2023b), *Cnaeus Domitius Ulpianus. Ad edictum libri I-III*, Roma-Bristol.

GIARDINA A., SCHIAVONE A. (1981) (a cura di), *Società romana e produzione schiavistica*, Roma-Bari.

GIRARD P. F. (1907), *Un document sur l'édit antérieur a Julien Valerius Probus de litteris singularibus 5, 1-24*, in AA.VV., *Aus römischem und bürgerlichem Recht*, Weimar, pp. 21-56 = *Mélanges de droit romain*. I. *Histoire des sources*, Paris 1912, pp. 177-213.

GIRARD P. F. (1910), *La date de l'Edit de Salvius Julianus*, «NRHD» 24, pp. 5-40 = *La date de l'edit de Julien*, in *Mélanges de droit romain*. I. *Histoire des sources*, Paris 1912, pp. 214-248.

HONORÉ A. M. (2002), *Ulpian. Pioner of Human Rights*[2], Oxford.

HONORÉ A. M. (2010), *Justinian's Digest. Character and compilation*, Oxford.

JÖRS P. (1894), *P. Alfenus Varus*, in *Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, I.2, Stuttgart, coll. 1472-1474.

KELLER F. L. (1863), *Der römische Civilprozess und die Actionen in summarischer Darstellung*[3], Leipzig = *Il processo civile romano e le azioni*, Napoli 1872.

KELLY J. M. (1966), *The growth pattern of the praetor's edict*, «The Irish Jurist», 1.2, pp. 341-355.

LAMBERTI L. (1993), *'Tabulae Irnitanae'. Municipalità e 'ius romaorum'*, Napoli.

LAURIA M. (1963), *Ius Romanum*, Napoli.

LAURIA M. (1967), *Ius. Visioni romane e moderne*, Napoli.

LENEL O. (1883), *Das Edictum Perpetuum*[1], Leipzig.

LENEL O. (1889a), *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Leipzig.

LENEL O. (1889b), *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Leipzig.

LENEL O. (1901), *Essai de recostitution de l'Edit perpetuel* (trad. F. Peltier), I, Paris.

LENEL O. (1907), *Das Edictum perpetuum. Ein versuch zu seiner Wiederherstellung*[2], Leipzig.

LENEL O. (1927), *Das Edictum perpetuum. Ein versuch zu seiner Wiederherstellung*[3], Leipzig.

LERA J. H. (1997), *Para la Palingenesia de la obra de Venuleius Saturninus*, «Index» 25, pp. 237-251.

LIEBS D. (1964), *Hermogenians Iuris Epitomae. Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletian*, Göttingen.

MAGDELAIN A. (1954), *Les actions civiles*, Paris.

MANCUSO G. (1983), *Praetoris edicta. Riflessioni terminologiche e spunti per la ricostruzione dell'attività edittale del pretore in età repubblicana*, «AUPA» 37, pp. 307-443.

MANTOVANI D. (1987), *Digesto e masse bluhmiane*, Milano.

MANTOVANI D. (1996), *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio (Atti del seminario di S. Marino, 7-9 gennaio 1993)*, Torino, pp. 61-133.

MANTOVANI D. (1998), *L'editto come codice e da altri punti di vista*, in E. Dovere (a cura di), *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, pp. 129-178.

MANTOVANI D. (2018), *Les juristes écrivains de la Rome antique. Les ouvres des juristes comme littérature*, Paris.

MAROTTA V. (2021), *Ulpiano: la biografia*, in J.-L. Ferrary, V. Marotta, A. Schiavone, *Cnaeus Domitius Ulpianus. Institutiones. De censibus*, Roma, pp. 3-35.

MARTINI R. (1981), *Pomponii Digesta ab Aristone*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, IV, Perugia, pp. 793-806.

MIGLIETTA M. (2010), *«Servius respondit». Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola serviana -Prolegomena I-*, Trento.

NEGRI G. (1996), *Per una stilistica dei Digesti di Alfeno*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio (Atti del seminario di S. Marino, 7-9 gennaio 1993)*, Torino, pp. 135-158.

NICHOLAS B. (1965), *Recensione* di D. Liebs, *Hermogenians Iuris Epitomae. Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletian* (Göttingen 1964), «CR» 15, pp. 346-347.

NÖRR D. (2007), *Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo*, in D. Mantovani, A. Schiavone (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia, pp. 521-562.

ORESTANO R. (1987), *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna.

PALAZZOLO N. (1996), *Il princeps, i giuristi l'editto. Mutamento istituzionale e strumenti di trasformazione del diritto privato da Augusto ad Adriano*, in AA.VV., *Res publica e princeps. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano (Atti del convegno internazionale di diritto romano. Copanello 25-27 maggio 1994)*, Napoli, pp. 289-322.

PELLECCHI L. (2003), *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova.

PEPPE L. (1991), *Note sull'editto di Cicerone in Cilicia*, «Labeo» 37, pp. 13-93.

PEROZZI S., (1903), *Le obbligazioni romane. Prolusione letta il 14 aprile 1902 con note*, Bologna.

PETERS H. (1911), *Recensione* di E. Vernay, *Servius et son École. Contribution à l'histoire des idées juridques à la fin de la République romaine* (Paris 1909), in «ZRG», 32, pp. 463-472.

PLATSCHEK J. (2002), *Die genera actionum in Gai 4.1*, «Iura» 70, pp. 71-80.

PULIATTI S. (2020), *Callistratus. Opera*, Roma.

PURPURA G. (2015), *L'editto provinciale egizio. Spunti critici e considerazioni di metodo*, in *Miscellanea Guido Bastianini*, Firenze, pp. 315-324.

RICCOBONO S. (1908), *Recensione* di P. F. Girard, *Un document sur l'édit antérieur a Julien: Valerius Probus de litteris singularibus 5, 1-24*, in

AA.VV., *Aus römischem und bürgerlichem Recht* (Weimar 1907, pp. 21-56), «BIDR» 20, pp. 106-110.

ROTH H-J. (1999), *Alfeni Digesta. Eine spätrepublikanische Juristenschrift*, Berlin

RUDORFF F. (1869), *De iurisdictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Leipzig.

RUSSO RUGGERI C. (1997), *Viviano giurista minore?*, Milano.

SACCOCCIO A. (2002), *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano.

SACCOCCIO A. (2025), *Il 'sistema' della condictio e la costruzione della pars de rebus del Digesto: il Libro 12*, in T. dalla Massara (a cura di), *Il volere che si fa norma. Quaderno Terzo. Certum dari*, Bologna, pp. 9-52.

SANTALUCIA B. (1975), *L'opera di Gaio 'ad edictum praetoris urbani'*, Milano.

SCHERILLO G. (1953), *Il sistema civilistico*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio Ruiz*, IV, Napoli, pp. 455-467.

SCHIAVONE A. (1964), *Recensione* di A. M. Honoré, *Gaius. A Biography* (Oxford 1962), «Labeo» 10, pp. 445-450.

SCHIAVONE A. (1998), *Forme normative e generi letterari. La cristallizzazione del ius civile e dell'editto fra tarda repubblica e primo principato*, in E. Dovere (a cura di), *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, pp. 51-72.

SCHIAVONE A. (2017), *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*^{2}, Torino.

SCHIAVONE A. (2021a), *Destino dei giuristi e forma dell'impero*, in J.-L. Ferrary, V. Marotta, A. Schiavone, *Cnaeus Domitius Ulpianus. Institutiones. De censibus*, Roma, pp. 53-77.

SCHIAVONE A. (2021b), *Institutionum libri II. Commento*, in J.-L. Ferrary, V. Marotta, A. Schiavone, *Cnaeus Domitius Ulpianus. Institutiones. De censibus*, Roma, pp. 187-214.

SCHIAVONE A. (2024), *I giuristi romani, questi sconosciuti*, in A. Schiavone (a cura di), *Giuristi romani*, Torino, pp. VII-XX

SCHULZ F. (1953), *History of Roman Legal Science*^{2}, Oxford = *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968.

SILLA F.M. (2012), *Genera actionum*, Lecce.

SIMSHÄUSER W. (1989), *La juridiction municipale à la lumière de la lex Irnitana*, «RHD» 67, pp. 619-650.

STOLFI E. (2002a), *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio*. I. *Trasmissione e fonti*, Napoli.

STOLFI E. (2002b), *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio*. II. *Contesti e pensiero*, Milano.

TALAMANCA M. (1977), *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano (Atti del colloquio italo-francese. Roma, 14-17 aprile 1973)*, Roma 1977, pp. 3-319.

TALAMANCA M. (1987), *Processo civile (diritto romano)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVI, Milano, pp. 1-80.

VOIGT M. (1879), *Über das Aelianus und Sabinus-System*, «Abhandlungen der philologisch-historischen Classe der königlich sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften» 17, pp. 321-371.

WLASSAK M. (1882), *Edict und Klageform*, Jena.

WLASSAK M. (1888), *Römische Processgesetze*, II, Leipzig.

Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato

Quaderni

1. L. Capogrossi Colognesi - M. F. Cursi (a cura di), *Forme di responsabilità in età decemvirale*. Atti del convegno di Roma, 7 dicembre 2007, 2008.
2. M. F. Cursi, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, 2008.
3. M. F. Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, 2010.
4. L. Capogrossi Colognesi - M. F. Cursi (a cura di), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare*. Atti del convegno di Roma, 22-23 settembre 2010, 2011.
5. R. Fiori, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, 2011.
6. G. Santucci (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo. Seminari trentini*, 2012.
7. R. Cardilli, *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, 2016.
8. L. Mengoni, *Scritti di diritto tavolare. Schriften zum Grundbuchsrecht* (a cura di / Herausgeber A. Nicolussi - C. Rusconi - G. Santucci; traduzione in lingua tedesca di / Übersetzung in die deutsche Sprache G. Christandl), 2018.
9. M. F. Cursi, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato. Seconda edizione interamente riveduta*, 2021.
10. S. Di Maria - G. Santucci (a cura di), *Ignorantia vel facti vel iuris est. L'errore fra passato e presente*. Atti del convegno di Trento, 16-17 maggio 2022, 2023.
11. R. Fiori (a cura di), *Per una storia dell'editto. La costruzione del diritto privato attraverso l'editto del pretore*, 2026.

Finito di stampare
nel febbraio 2026
Print Sprint - Napoli