

Una riforma giustiniana in tema di «iudicia contraria»

1. Ritorno sul tema dei *iudicia contraria*, da me molto sommariamente trattato in un breve studio apparso sulla rivista «Studia et documenta historiae et iuris»¹ con l'intento di approfondire qualche punto, colà solo *per indicem* accennato, circa il problema del tipo di responsabilità che il suddetto mezzo processuale valeva a sanzionare, con riferimento ad alcuni particolari casi di applicazione del medesimo.

Ritengo assolutamente fondamentale una testimonianza di Paolo in D. 13.7.16.1 (Paul. 29 *ad ed.*):

contrariam pigneraticiam creditori actionem competere certum est: proinde si rem alienam vel alii pignoratam vel in publicum obligatam dedit, tenebitur, quamvis et stellionatus crimen committat. Sed utrum ita demum si scit an et si ignoravit? et quantum ad crimen pertinet, excusatur ignorantia: quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat, ut Marcellus libro sexto digestorum scribit. Sed si sciens creditor accipiat vel alienum vel obligatum vel morbosum, contrarium ei non competit.

Nel passo sopra riportato è scolpito un principio che, a mio avviso, è proprio e caratteristico dei *iudicia contraria* nel diritto classico; il principio cioè secondo il quale il giudice, per arrivare alla condanna della parte contro la quale il *iudicium* era proposto, non doveva compiere alcuna indagine sulla buona o mala fede della parte stessa: sulla base del presupposto di fatto che aveva legittimato la concessione del *iudicium contrarium*, la condanna scaturiva come sanzione di un obbligo di indennizzo nell'interesse della parte che lo aveva intentato.

Gli strali di molti romanisti² si sono appuntati sul passo di Paolo, ma non credo che sia riuscita la dimostrazione dell'estraneità al diritto classico del principio in esso contenuto.

Vedremo in seguito, e del resto è pacifico in dottrina, che i giustinianeî affermarono l'applicabilità del *iudicium contrarium* in alcuni particolari ipotesi in cui era configurabile un atteggiamento malizioso della parte, e per dette ipotesi, nelle quali la responsabilità della stessa era necessariamente limitata al dolo, il principio enunciato da Paolo sarebbe evidentemente errato. Si può osservare ancora come lo stesso Paolo ricordi una precisa testimonianza di Marcello nel libro sesto *digestorum*, notizia questa che i compilatori non possono essersi inventata di sana pianta. Infine, come già ho rilevato nello studio cui ho fatto cenno all'inizio³, la classicità del principio contenuto in D. 13.7.16.1 è indirettamente confermata da quanto Gai., *inst.* 4.178 afferma circa il *iudicium contrarium calumniae*, nel

[«Studi S. Solazzi», Napoli, 1948, p. 345-356]

¹) G. PROVERA, *Linee generali di uno studio sui «iudicia contraria»*, in «SDHI.», VIII, 1942, p. 113 ss.

²) Cfr. autori citati nell'«Index interpolationum». Fra gli altri K. HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, in «Leipziger rechtswissenschaftliche Studien», VII, 1924, p. 33, ritiene interpolato il passo da «*sed utrum?*» a «*non competit?*», in quanto per i classici il debitore pignorante sarebbe stato responsabile solo in caso di dolo, e si riporta alle argomentazioni di F. HAYMANN, in *Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin, 1912, p. 98, secondo il quale la proposizione incriminata esprimerebbe la tendenza giustiniana di estendere alla colpa una responsabilità che per i classici era limitata al dolo.

³) PROVERA, *op. cit.*, p. 132.

quale ‘*omni modo damnatur actor, si causam non tenuerit, licet aliqua opinione inductus crediderit se recte agere*’. Anche Gaio si occupa di un *iudicium contrarium*, così qualificato perché veniva opposto nell’ambito di uno stesso processo, in alcuni casi ben determinati, all’azione principale ed anche per questo mezzo si afferma il concetto che in esso si prescindeva da qualsiasi indagine dell’elemento soggettivo scaturendo la condanna semplicemente dall’accertamento di alcuni presupposti di fatto ai quali la volontà o l’intelligenza della parte ben potevano essere estranei. Secondo Paolo dunque il debitore, se avesse dato in pegno una cosa altrui ‘*vel alii pigneratam vel in publicum obligatam*’, sarebbe stato condannato nel *iudicium contrarium* anche se fosse stato in buona fede, cioè se avesse creduto di dare in pegno una cosa legittimamente pignorabile. La stessa ipotesi della dazione in pegno di cosa altrui è considerata in D. 13.7.9.pr. (Ulp. 28 *ad ed.*): ‘*Si rem alienam mihi debitor pignori dedit aut malitiose in pignore versatus sit, dicendum est locum habere contrarium iudicium*’⁴.

Anche qui Ulpiano afferma l’applicabilità del *iudicium contrarium* contro il debitore che ha dato in pegno una cosa altrui, ma non ci dice affatto che tale applicabilità fosse limitata al caso in cui potesse configurarsi un comportamento malizioso del pignorante.

Ritengo anch’io che la frase ‘*aut malitiose in pignore versatus sit*’ sia stata interpolata dai compilatori. Detta frase pare voglia spiegare il fondamento della responsabilità del debitore pignorante, quasi che l’ipotesi considerata da Ulpiano dovesse sussumersi sotto quell’altra, più vasta, di un atteggiamento del predetto debitore contrario alla buona fede. Dato invece che l’obbligo del pignorante scaturiva dal fatto obbiettivo della dazione in pegno di cosa altrui, non si capisce l’accostamento introdotto dall’ ‘*aut in pignore malitiose versatus sit*’. Esso invece si spiega tenendo presente il nuovo punto di vista dei giustinianeî, che tendono a configurare una responsabilità contrattuale del debitore pignorante, responsabilità che è limitata al dolo.

Anche Marciano, in D. 13.7.32 (4 *reg.*) – ‘*cum debitore qui alienam rem pignori dedit potest creditor contraria pigneraticia agere, etsi solvendo debitor sit*’ –, afferma la stessa regola che già abbiamo visto enunciata da Paolo e da Ulpiano, quantunque il passo non vada esente da dubbi circa la sua genuinità⁵. Credo pertanto si possa concludere che, per il diritto classico, il debitore che avesse dato in pegno una cosa altrui era tenuto nei confronti del creditore e tale suo obbligo veniva sanzionato dal *iudicium contrarium*, indipendentemente da qualsiasi accertamento circa la consapevolezza del predetto debitore dell’alienità della cosa.

2. Ipotesi affine alla precedente è quella del pegno di cosa diversa da quella pattuita: secondo l’esempio delle fonti, di bronzo per oro. Anche in tale caso il creditore poteva agire con il *iudicium contrarium* ed anche in tale caso il giudice non doveva accertare il dolo o la mala fede del pignorante, ma semplicemente il presupposto di fatto che aveva legittimato la concessione del *iudicium*, cioè la dazione di bronzo per oro. Vediamo anzitutto D. 13.7.1.2 (Ulp. 40 *ad Sab.*):

Si quis tamen, cum aes pignori daret, adfirmavit hoc aurum esse et ita pignori dederit, videndum erit, an aes pignori obligaverit et numquid, quia in corpus consensum est, pignori esse videatur: quod magis est, tenebitur tamen pigneraticia contraria actione qui dedit, praeter stellionatum quem fecit⁶.

In questo passo Ulpiano affronta una delicata questione giuridica. Se sussista cioè il contratto di pegno quando debitore e creditore si sono accordati per la dazione in pegno di un oggetto d’oro, mentre il debitore ha dato in realtà un oggetto di bronzo, affermando però che esso era d’oro. Il fatto che venga messa in risalto l’affermazione del debitore non dice che questi fosse a conoscenza della ef-

⁴) HELDRICH, *op. cit.*, p. 34, afferma che il passo in origine avrebbe detto ‘*si rem alienam mihi pignori dedit sciens prudensque dicendum est locum habere de dolo actionem*’. Cfr. anche G. BESELER, *Miscellanea critica*, in «ZSS», XLIII, 1922, p. 429.

⁵) HELDRICH, *loc. ult. cit.*, sostiene che il passo si sarebbe riferito all’*actio del dolo*. Cfr. anche BESELER, *loc. cit.*

⁶) Secondo HELDRICH, *loc. ult. cit.*, la finale del passo è opera dei compilatori. Cfr. altresì HAYMANN, *op. cit.*, p. 120, e BESELER, *loc. cit.*

fettiva natura dell'oggetto e soprattutto che il medesimo volesse ingannare il suo creditore. Ulpiano mette semplicemente in rilievo la circostanza che in '*corpus consensus est*', circostanza che doveva porre a fondamento della sua decisione.

I giustinianeî con il '*quod magis est*' hanno troncato lo sviluppo della discussione, e molto probabilmente è ad essi attribuibile l' accenno al *crimen stellionatus*, col quale vogliono chiaramente significare che l'*actio contraria pigneraticia* sanzionava una responsabilità del debitore fondata sul dolo, e cioè sulla malafede.

Io ritengo che anche nell'ipotesi di dazione in pegno di bronzo per oro, come in quella di dazione in pegno di cosa altrui, il diritto classico prescindesse da un'indagine sulla buona fede del pignorante: non vi sarebbe d'altra parte ragione perché le due ipotesi fossero diversamente considerate. Sempre per il caso di dazione in pegno di bronzo per oro dobbiamo ancora valutare la testimonianza di Ulpiano in D. 13.7.36.pr.-1 (11 *ad ed.*):

Si quis in pignore pro auro aes subiecisset creditori, qualiter teneatur, quaesitum est. in qua specie rectissime Sabinus scribit, si quidem dato auro aes subiecisset, furti teneri: quod si in dando aes subiecisset, turpiter fecisse, non furem esse. sed et hic puto pigneraticium iudicium locum habere, et ita Pomponius scribit. sed et extra ordinem stellionatus nomine plectetur, ut est saepissime rescriptum. Sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit sciens prudensque vel si quis alii obligatam mihi obligavit nec me de hoc certioraverit, eodem crimine plectetur. plane si ea res ampla est et ad modicum aeris fuerit pignerata, dici debet cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pigneraticiam et de dolo actionem, quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit ⁷.

Questo passo appare molto tormentato ed i compilatori devono averlo notevolmente rimaneggiato.

E' però indubbio che all'inizio di detto passo Ulpiano si proponeva la questione dell'applicabilità dell'*actio furti* o dell'*actio contraria* in una particolare ipotesi di sostituzione dell'oggetto di bronzo all'oggetto d'oro. Perché la questione avesse un senso, doveva necessariamente trattarsi di sostituzione dolosa, ed infatti la soluzione del giureconsulto, ispirata a rigoroso criterio giuridico, è che si poteva ascrivere al debitore il delitto di furto quando egli, dopo aver dato in pegno dell'oro, lo avesse sostituito con del bronzo, mentre se tale sostituzione fosse avvenuta all'atto della dazione, si poteva solo dire che avesse agito turpemente, ma non che avesse commesso un furto.

Poi si menziona l'applicabilità di un *iudicium pigneraticium* che non può essere che quello contrario.

Ora, senza voler prendere posizione sulla classicità della menzione suddetta, classicità che appare dubbia anche per l'omissione del termine '*contrarium*' che nelle fonti accompagna costantemente il termine *iudicium* per indicare lo specifico mezzo processuale di cui mi sto occupando, si può affermare che l'applicabilità del medesimo in ipotesi in cui è ravvisabile un atteggiamento doloso del debitore, non contrasta con la tesi che stiamo sostenendo in quanto, se il *iudicium contrarium* valeva a sanzionare un obbligo eventuale di indennizzo (almeno nella sua applicazione più frequente), a maggior ragione poteva servire là dove il suddetto obbligo fosse qualificato dal dolo del debitore. E' da tenere presente che i giureconsulti classici, considerando caso per caso le concrete applicazioni del *iudicium*, erano portati, per questo loro modo di procedere nella trattazione dei problemi giuridici, ad estendere la portata dei mezzi processuali anche oltre i limiti suggeriti dal rigore dei principi. E poi, soprattutto, concedendo il *iudicium* contro il debitore che dolosamente avesse dato in pegno bronzo per oro oppure una cosa altrui, si restava pur sempre nei confini della sfera di applicazione del *iudicium contrarium*, il quale normalmente aveva una portata che andava al di là del dolo e della colpa.

I caratteri ed i limiti di questo lavoro non mi consentono di prendere posizione sulla tesi di

⁷) HELDRICH, *op. cit.*, p. 33, ritiene che il principio del passo si riferisse in origine all'*actio de dolo*, alla quale azione si accenna alla fine del § 1. Consenziente W. KUNKEL, *rec.* a HELDRICH, *Das Verschulden*, cit., in «ZSS.», XLVI, 1926, p. 437.

Heldrich⁸, secondo il quale il diritto classico avrebbe limitato al dolo la responsabilità del debitore-pignorante (come del resto quella del commodante), sanzionandola con l'*actio de dolo*.

L'esistenza del *iudicium contrarium* da un lato e la natura sussidiaria della suddetta *actio*, spettante solo in quelle ipotesi in cui il raggirato non avesse avuto a sua disposizione alcun altro rimedio processuale, fanno apparire poco attendibile la predetta tesi.

E' un fatto che Trebazio, nel caso di comodato dei *pondera iniqua*, quando il commodante fosse consapevole del difetto dei suddetti *pondera*, riteneva applicabile l'*actio doli* (D. 4.3.18.3, Paul. 11 *ad ed.*: 'De eo qui sciens commodasset pondera ut venditor emptori mercem adpenderet, Trebatius de dolo dabat actionem'). Tuttavia si può pensare che il giureconsulto non conoscesse ancora il *iudicium contrarium commodati*.

3. Altro caso per il quale le fonti menzionano l'applicabilità del *iudicium contrarium* è quello del delitto del servo dato in pegno, comodato o fiducia.

Paolo in D. 13.6.22 (22 *ad ed.*) per il comodato afferma:

Si servus, quem tibi commodaverim, furtum fecerit, utrum sufficiat contraria commodati actio (quemadmodum competit si quid in curationem servi impendisti) an furti agendum sit, quaeritur. et furti quidem noxalem habere qui commodatum rogavit procul dubio est. contraria autem commodati tunc eum teneri, cum sciens talem esse servum ignoranti commodavit.

Anche questo passo è stato oggetto di numerose critiche⁹.

Credo non vi possano essere dubbi sulla genuinità della prima parte di esso, là dove Paolo imposta la questione dell'applicabilità dell'*actio contraria* nell'ipotesi di delitto del servo dato in comodato¹⁰.

Ai fini del presente lavoro interessa qui mettere in rilievo il punto di vista che avrebbe potuto anche legittimare la soluzione dell'*actio contraria*, punto di vista tradito dall'inciso 'quemadmodum competit si quid in curationem servi impendisti'.

L'affermazione cioè di un'identità sostanziale fra l'ipotesi di spese fatte sulla cosa dal commodante e quella del delitto del servo, nel senso che in un caso e nell'altro si trattava di una diminuzione patrimoniale subita dalla parte. Non viene quindi in considerazione una responsabilità contrattuale del commodante per aver violato l'obbligo di commodare un servo non dedito al furto, ma più semplicemente l'obbligo secondario ed eventuale del commodante stesso di tenere indenne l'altra parte del danno che questa ha subito in dipendenza dell'esecuzione del contratto. Anche qui, per i classici, non aveva rilevanza la malafede del *dominus*. I giustinianeî per contro, nell'accettare la soluzione dell'*actio contraria*, si sono posti dal punto di vista di una responsabilità contrattuale del commodante per aver violato l'obbligo di comportarsi nella esecuzione del contratto secondo i principi della buona fede. I classici, che non facevano questione di responsabilità, là dove ammettevano il *iudicium contrarium*, lo facevano per sanzionare singoli e concreti obblighi di una delle parti e così si spiega il principio contenuto in D. 13.7.16.1, da cui abbiamo preso le mosse.

E' importante mettere in risalto, e l'ho detto più sopra, come il fatto che la responsabilità del commodante fosse limitata per i giustinianeî ad ipotesi in cui era configurabile un dolo del predetto, renda inaccoglibile la tesi di coloro che vorrebbero attribuire ai compilatori l'enunciazione del suddetto principio.

Sempre per l'ipotesi del delitto del servo sono da ricordare ancora due passi in materia di fiducia entrambi di Africano. D. 13.7.31 (Afr. 8 *quaest.*):

⁸) *Op. cit., passim*. Consenziente KUNKEL, *loc. cit.*

⁹) Cfr. «Index interpolationum» *ad h.l.*

¹⁰) Cfr. PROVERA, *op. cit.*, p. 130 ss.: infondata appare la ricostruzione di HELDRICH, *op. cit.*, p. 37, secondo il quale Paolo, in origine, avrebbe contrapposto l'*actio furti* all'*actio de dolo*. Non decisivi i sospetti di B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, in «AUPA», VII, 1918, p. 102 ss. e 138 ss., secondo il quale l'inciso 'quemadmodum ... - ... impendisti' sarebbe opera dei giustinianeî.

Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditioe relinquere; quod si sciens furem pignori mihi dederit, etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilominus habiturum me pigneraticiam actionem ut indemnem me praestet. eadem servanda esse Iulianus ait etiam cum depositus vel commodatus servus furtum faciat.

D. 47.2.62 (61).1 (Afr. 8 *quaest.*):

His etiam illud consequens esse ait, ut et si is servus, quem mihi pignori dederis, furtum mihi fecerit, agendo contraria pigneraticia consequar, uti similiter aut damnum decidas aut pro noxae deditioe hominem relinquo¹¹.

Non è qui il luogo per prendere posizione sulla tesi del Biondi¹², secondo il quale i classici non avrebbero concesso il *iudicium contrarium* in ipotesi del genere.

A me preme qui mettere in rilievo che la questione doveva essere ampiamente discussa, che, per la fiducia, la concessione di un'*actio noxalis* contro il fiduciante da parte del fiduciario, *dominus* del servo, doveva apparire alquanto ostica; ad ogni modo è certamente giustiniana la soluzione che appare in D. 13.6.22 (Paul. 22 *ad ed.*), quella cioè di ammettere l'esperimento del *iudicium contrarium* solo quando il *dominus* fosse stato consapevole delle attitudini delittuose del servo. E' da osservare come Africano, nel secondo dei passi sopra riportati, ammettendo l'esperibilità dell'*actio contraria*, non menzionava affatto la *scientia* del *dominus* come presupposto necessario per l'ammissibilità della suddetta *actio*¹³. Ed in D. 13.7.31¹⁴ si mette bensì in rilievo la *scientia* del *dominus*, ma allo scopo di escludere la facoltà di liberarsi dall'obbligo di risarcimento con l'abbandono nossale del servo.

Africano nel concedere al fiduciario l'*actio contraria fiduciae*, metteva in rilievo semplicemente il presupposto di fatto e cioè il delitto del servo, presupposto in certa guisa analogo ad altri che legittimavano, in varie ipotesi, la concessione del *iudicium*, e con l'*actio contraria* sanzionava appunto un obbligo eventuale del fiduciante, obbligo che doveva consistere nel risarcimento del danno, molto probabilmente però con la facoltà di liberarsene lasciando lo schiavo presso il fiduciario con una specie di abbandono nossale.

4. In sostanza mi pare sia prospettabile tutta una evoluzione dal diritto classico al diritto giustiniano che ha portato a considerare il *iudicium contrarium* come mezzo sanzionatorio di una responsabilità contrattuale in senso tecnico.

Per diritto classico sia nell'ipotesi di pegno di cosa altrui, sia in quella di delitto del servo dato in comodato, sia ancora nel caso di dazione in pegno di bronzo per oro, non ci si poneva dal punto di vista della responsabilità del pignorante per avere violato un obbligo contrattuale di dare in pegno un oggetto legittimamente pignorabile o di quella del commodante per aver imprestato un servo dedito al delitto, bensì più semplicemente si considerava il sorgere, in dipendenza delle singole situazioni di fatto, di un obbligo secondario ed eventuale di indennizzo che veniva appunto sanzionato con il *iudicium contrarium*.

Dal deposito, dal comodato, dal pegno derivava solo l'obbligo di restituire la cosa; ed a quest'obbligo corrispondeva la *actio principalis*.

Con il *iudicium contrarium* la parte realizzava singole e concrete pretese che trovavano il loro fondamento in alcuni presupposti di fatto: l'erogazione di spese, il delitto del servo comodato, la

¹¹) Sul riferimento dei due passi alla fiducia, cfr. R. DE RUGGIERO, «*Depositum vel commodatum*», in «BIDR.», XIX, 1907, p. 26 nt. 2.

¹²) *Op. cit.*, p. 122 ss.

¹³) HELDRICH, *op. cit.*, p. 31, ritiene che Africano in D. 47.2.62.1 parlasse dell'*actio furti*; così pure BIONDI, *loc. ult. cit.* Cfr. da ultimo W. ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940, p. 117 ss.

¹⁴) HELDRICH, *loc. ult. cit.*, cancella anche qui la menzione dell'*actio contraria*, e sembra voglia accedere alla tesi del Biondi, secondo il quale il diritto classico non avrebbe conosciuto l'esistenza di un *iudicium contrarium fiduciae*.

ricezione in pegno di cosa altrui ecc.

L'affermazione del principio contenuto in D. 13.7.16.2 (Paul. 29 *ad ed.*) appare quindi logica conseguenza delle caratteristiche di applicazione dei *iudicia contraria*: dato che questi sanzionavano singoli e concreti obblighi di indennizzo, non era il caso di accertare l'inadempimento della parte, contro la quale venivano intentati, ad uno degli obblighi alla stessa derivanti dal contratto; quindi se tale inadempimento fosse attribuibile, o meno, a dolo od a malafede, ovvero a semplice colpa.

Per il diritto giustiniano invece il *iudicium contrarium* venne a sanzionare una responsabilità contrattuale del commodante, del debitore pignorante, del deponente. Nel caso di delitto del servo i compilatori, ponendosi dal suddetto punto di vista, affermarono l'applicabilità dell'*actio contraria commodati* quando il commodante fosse stato consapevole delle attitudini delittuose dello schiavo. Ed in questo caso invero ben era configurabile una responsabilità del commodante per essere venuto meno al suo obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede.

Analogamente, nell'ipotesi di pegno di cosa altrui, i giustiniani, con l'*actio contraria*, sanzionarono una responsabilità del pignorante che, nella esecuzione del contratto, aveva tratto in inganno l'altra parte. Messisi da questo punto di vista, misurarono i gradi della responsabilità e per il comodato e per il pegno la limitarono al dolo, nel senso che solo là ove fosse imputabile al commodante od al debitore pignorante un atteggiamento fraudolento, si poteva affermare l'esistenza di un obbligo dei predetti di tenere indenne il commodatario ed il creditore pignoratizio.

Al contrario la buona fede dei medesimi avrebbe impedito il sorgere di una loro qualsiasi responsabilità.

Per il comodato, in specie, la limitazione della responsabilità del commodante al dolo poté essere favorita dalla considerazione del fatto che dal comodato derivano utilità solo per il comodatario¹⁵, ma, per i classici, io sono propenso a ritenere che il commodante dovesse tenere indenne il comodatario, quando questi avesse subito un danno dalla cosa ricevuta in prestito, anche se avesse ignorato i vizi della cosa stessa. E questo non doveva apparire come eccessivo ai giureconsulti i quali, come ho già rilevato, non facevano questione di responsabilità, ma solo consideravano l'obbligo secondario ed eventuale del commodante di indennizzare l'altra parte delle diminuzioni patrimoniali dalla stessa subite.

A mio avviso pertanto il '*sciens*' contenuto in D. 13.6.17.3, ed in D. 13.6.18.3, è stato inserito dai compilatori allo scopo ben preciso di limitare al dolo la responsabilità del commodante.

D. 13.6.17.3 (Paul. 29 *ad ed.*):

idemque est si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut etiam sciens vitiosa commodaveris; adiuvari quippe nos non decipi, beneficio oportet: ex quibus causis etiam contrarium esse dicendum est¹⁶.

Credo, anche senza voler sostenere l'interpolazione di tutta la disgiuntiva da '*aut*' a '*commodaveris*', che il giureconsulto concedesse il *iudicium contrarium* contro il commodante sulla base del semplice presupposto di fatto che il medesimo avesse imprestato dei recipienti idonei all'uso, in quanto il danno subito dal comodatario, che si voleva invece beneficiare, giustificava il sorgere di un obbligo di indennizzo, come negli altri casi che abbiamo via via esaminato.

L'ipotesi del danno subito dal comodatario è espressamente previsto dall'altro passo: '*item qui sciens vitiosa commodaverit si ibi infusum vinum vel oleum corruptum, effusumve est, condemnandus eo nomine est*'¹⁷: ed anche qui Gaio doveva affermare l'esistenza del *iudicium contrarium* per indennizzare il

¹⁵ Per un'analisi della responsabilità nei *iudicia contraria* in base al principio dell'*utilitas*, si veda B. KÜBLER, *Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip*, in «ZSS.», XXXVIII, 1917, p. 73 ss., il quale però riferisce già al diritto classico quella limitazione al dolo che io ritengo essere un portato del pensiero giustiniano.

¹⁶ HELDRICH, *op. cit.*, p. 37, ritiene interpolata la frase '*aut etiam sciens vitiosa commodaveris*'.

¹⁷ HELDRICH, *op. cit.*, p. 98, dal fatto che nel passo sopra riferito non è menzionato il *iudicium contrarium* vorrebbe argomentare per sostenere che il passo stesso non si riferisce all'*actio contraria commodati*. Questa tesi non mi

comodatario delle diminuzioni patrimoniali subite, quale che fosse stato l'atteggiamento soggettivo del comodatante.

5. Terminerò con un accenno ad altri due passi che, per me, valgono anch'essi a confermare la tesi che il principio contenuto nel frammento riportato all'inizio di questo lavoro esprimesse realmente una caratteristica dei *iudicia contraria* nel diritto classico.

Anzitutto D. 16.3.5 (Ulp. 30 *ad ed.*):

Ei apud quem depositum esse dicitur, contrarium iudicium depositi datur: in quo iudicio merito in litem non iuratur: non enim de fine rupta agitur, sed de indemnitate eius qui depositum susceperit.

La sostanziale classicità di questo passo, sul quale i pareri dei romanisti sono discordi¹⁸, risulta a mio parere dal fatto che i giustinianeî, dopo aver ammesso l'esperimento del *iudicium contrarium* contro il *dominus* che avesse dato in comodato un servo, essendo consapevole delle sue attitudini delittuose, non potevano affermare «*non enim de fide rupta agitur*». La responsabilità del comodatante, nell'ipotesi suddetta, derivava proprio dalla violazione di un obbligo di buona fede contrattuale.

Per il diritto classico invece, in cui, come già è stato detto, non si faceva questione di responsabilità, dato che il *iudicium contrarium* sanzionava dei singoli obblighi che nascevano sulla base di concreti presupposti di fatto, il principio contenuto nel passo sopra riportato appare in armonia con le caratteristiche di applicazione dei *iudicia* stessi, ed in armonia anche con l'affermazione di Paolo in D. 13.7.16. l.

La possibilità invero che il *iudicium contrarium* venisse esperito anche in ipotesi in cui era configurabile un'attività fraudolenta della parte, non infirma l'esattezza della proposizione in esame, in quanto anche in quelle ipotesi l'oggetto del *iudicium* non era l'accertamento della malafede del convenuto, ma l'esistenza a suo carico di un obbligo che diremo genericamente di indennizzo (pur rendendoci conto che in alcune ipotesi non si trattava propriamente e solo di indennizzo), perché a questo scopo era diretto il nostro mezzo processuale nell'enorme maggioranza dei casi di sua applicazione.

Infine è da ricordare D. 3.2.6.7 (Ulp. 6 *ad ed.*):

Contrario iudicio damnatus non erit infamis: nec immerito, nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo qui fere iudicio solet dirimi.

La corrispondenza del contenuto di questo passo a quello più sopra riportato è innegabile. Mi rendo conto che la forma è ricca di indizi di interpolazione, che molti romanisti hanno già cercato di mettere in rilievo¹⁹.

Non è da escludere che la giustificazione della regola secondo cui i *iudicia contraria* non producevano l'infamia, sia attribuibile a qualche glossa, il cui contenuto esplicativo è però in armonia con i principi del diritto classico.

Ed invero si insiste sul concetto che nei *iudicia contraria* «*non agitur de perfidia*»; il che vuole dire che in detti giudizi non si perseguiva la malafede della parte, ma la si costringeva ad adempiere ai

pare accoglibile in quanto il brano è stato stralciato dal libro IX *ad edictum provinciale*, nel quale libro Gaio commentava, tra l'altro, la rubrica «*commodati vel contra*». Da questo commento è stato ricavato il frammento 18, §§ 1, 2, 3 e 4, di D. 13.6; la trattazione relativa al *iudicium contrarium commodati* è introdotta con la frase «*possunt iuste causae intervenire ex quibus cum eo qui commodasset agi deberet*». Fra questi casi il giureconsulto annoverava quelli dell'erogazione di spese sulla cosa e del comodato dei *vasa vitiosa*.

¹⁸ Ritengono il passo completamente interpolato F. SCHULZ, *Interpolationenkritische Studien*, in «Festschrift E. Zitelmann», München-Leipzig, 1913, p. 21, e G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, p. 114. Per una critica delle loro argomentazioni, al fine di sostenere la classicità del passo, vedi KUEBLER, *op. cit.*, p. 80 s., la cui interpretazione però non mi convince.

¹⁹ Cfr. «Index interpolationum» *ad h.l.* Per la genuinità si pronuncia invece KUEBLER, *op. cit.*, p. 81, il quale, sulle orme di Joseph Partsch, ricorre alla pretesa distinzione tra *actio contraria* e *iudicium contrarium* per spiegare il preteso contrasto fra D. 3.2.6.7 e D. 16.3.5.pr.

suoi obblighi secondari nei confronti dell'altro contraente, che aveva fatto delle spese sulla cosa, oppure aveva subito dei danni nell'esecuzione del contratto.

Ritengo che l'espressione '*agere de indemnitate*' voglia mettere in rilievo il concetto che nei *iudicia contraria* la parte faceva valere pretese secondarie ed eventuali di indennizzo, concetto che se non è esatto con riferimento a tutti i numerosi e particolari casi di applicazione dei suddetti *iudicia*, scolpisce però il carattere del caso di applicazione più frequente e forse originario dei medesimi: quello del rimborso di spese fatte sulla cosa²⁰, cui dovettero più tardi assimilarsi altri casi, nella progressiva opera di estensione attuata dalla giurisprudenza. E' certo però che, nonostante la suddetta estensione, è rimasto per tutto il diritto classico, come caratteristica del *iudicium contrarium*, il fatto che esso non sanzionava una responsabilità contrattuale della parte e tantomeno una responsabilità della stessa limitata al dolo, ma solo singoli obblighi che nascevano con riferimento a particolari situazioni concrete che le fonti esaminano e discutono, senza però che assuma rilevanza l'elemento soggettivo: esso solo nel diritto giustiniano viene posto a fondamento del sorgere di quegli obblighi, in tutte quelle ipotesi in cui era tecnicamente configurabile una situazione di inadempimento di doveri scaturenti direttamente dal contratto, primo fra tutti quello di comportarsi secondo i principi della buona fede.

²⁰⁾ Contro la tesi del Biondi, secondo il quale nel diritto classico i *iudicia contraria* non sarebbero stati usati in funzione di rimborso spese, cfr. PROVERA, *op. cit.*, p. 128 ss.