

Sulla disponibilità del diritto di agire nell'esperienza giuridica romana

1. Premessa - 2. La *remissio actionis* - 3. La cessione delle azioni - 4. La *defensio* - 5. L'*indemnitatis* e la promessa '*dolum malum abesse afuturumque esse*'.

1. Il processo formulare, la cui traccia permane forte nella voce dei giuristi più tardi, ha lasciato indubitabilmente più di un segno sul tema dell'iniziativa privata in ambito processuale, e specificamente sul tema della disponibilità del diritto all'azione. Ne sono testimonianza sicura i vari episodi connessi alla *remissio*, alla *remissio* in genere (chè il rimettere un debito comporta in pratica il venir meno dell'azionabilità nei confronti del debitore), ma più in particolare alla *remissio actionis*, cioè alla rinuncia formale cui il soggetto si impegna a non agire in giudizio contro altro soggetto per una determinata causa¹; i casi rela-

¹ La «formalità» della remissione si può desumere dal confronto con l'analoga situazione della '*remissio exceptionis*', di cui è espressa parola in D. 34.3.13 (Iul. 81 *dig.*: '*intellegendum erit exceptionem eum remitti creditori voluisse*'), in D. 3.3.57.1 (Ulp. 74 *ad ed.*: '*Si quis remisit exceptionem procuratoriam*'), in D. 30.28.pr. (Ulp. 19 *ad Sab.*: '*utile legatum est, quia remissa exceptio videtur, sicut Aristo ait*'), in D. 43.24.15.5 (Ulp. 71 *ad ed.*: '*causa cognita annuam exceptionem remittendam*'), ed in D. 46.2.12 (Paul. 31 *ad ed.*: '*similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur*'). Se il diritto di agire sussiste autonomamente, a prescindere dal rito, e come tale vi si potrebbe abdicare per benevolenza, anche tacitamente, l'eccezione non ha vita propria, e di eccezione, ovvero di rinuncia all'eccezione, si può parlare soltanto a seguito di sua espressa previsione nella formula. Il '*remittere exceptionem*' può indicare soltanto un atto avente una sua formalità in quanto implica necessariamente una presa di posizione formale per la modifica o correzione della formula, per rinunciare a valersi dell'eccezione pur dopo averla prevista ed inserita nel modulo processuale consegnato al giudice per lo svolgimento della fase avanti a lui. Riprendere a distanza di anni questo tema, il mio primo tema, significa per me riandare a quegli inizi in cui l'insegnamento del Maestro, già dai banchi universitari, in particolare il corso sulle *Istituzioni* di Gaio, lettura e traduzioni in aula, e il corso sulle *Lezioni sul processo romano antico e classico* del Biscardi, e il Suo entusiasmo, e la Sua parola, e il Consiglio, mi portavano ad amare il diritto romano e la famiglia romanistica che in Lui vedeva un discepolo del Biscardi appunto, e di Ugo Enrico Paoli, e che per Lui vive ancor oggi attraverso le generazioni. Erano «gli anni urbinati» del Martini. Ma mai, anche in seguito, per questo

tivi alla *cessio actionum*, che implica il volontario trasferimento ad altro soggetto del proprio diritto di perseguire giudizialmente qualcuno per qualche cosa; quelli in cui si tratta di *'defensio'*, dove si sa che *'defensio'* è vocabolo tecnico nella terminologia processuale che indica l'assunzione di un ruolo di parte nel processo stesso, integrando e rafforzando con ciò la posizione della parte «difesa», o addirittura – il più delle volte – sostituendosi a lei.

Nella piena autonomia e libertà di determinazione che caratterizza la realtà giuridica romana, a queste decisioni, di *'remittere'* (*'remittere actionem'*), di *'actiones cedere'*, di *'defendere'*, si può pervenire liberamente ancora al di fuori di alcun impegno processuale, nella definizione concordata dei reciproci rapporti sostanziali; ovvero, diversamente, vi ci si può essere indotti nel corso di altro processo, persuasi a promettere mediante *cautio* su invito del giudice, al fine di ottenere dal giudice stesso il riconoscimento della propria pretesa se attore o delle proprie posizioni se convenuto.

Ma del resto anche l'*'indemnitas'* che si può essere convinti a garantire stragiudizialmente, ovvero più spesso nel corso di un processo ancora su suggerimento del giudice e al fine, anche in questo caso, di ottenere un giudizio a sé favorevole, significa spesso, all'atto pratico, la promessa di intervenire in giudizio a sostegno della controparte qualora questa si trovasse in futuro a dover agire o rispondere con altri per la questione ora in contesa. E ugualmente è a dire per la *cautio de dolo*, in cui, ancora più genericamente, si fa promessa che la controparte non dovrà subire malizia, né ora né in futuro, né da parte propria né altrui, per fatto connesso o dipendente dalla situazione attualmente in esame.

Il problema che sta alla base di questi interventi – e si tratta in ogni caso di interventi «cauzionali» del giudice nel corso del rito o anche del pretore nella fase di confezione della formula rituale² – sembra essere quello del ri-

come per altri impegni, di studio e di vita accademica, mi è mancata, a me come agli altri discepoli, la Sua sollecitudine, l'esortazione, l'esempio. E per tutto questo non c'è un «Grazie Maestro» sufficientemente capace.

² Benché l'applicazione più significativa del fenomeno si abbia relativamente all'attività di indagine e di decisione del giudice nel processo (e conseguentemente si può sottolineare la cosa parlando appunto, con le fonti, di *'cautiones iudiciales'*: cfr. A.M. GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*» e «*officium iudicis*», Milano, 1982, *passim* e in particolare: p. 175 ss. per la *cautio de remittendo*, p. 211 ss. per la *cautio cedendarum actionum* e p. 131 ss. per la *cautio defensionis*, ma anche p. 165 ss. per la *cautio evictionis*, p. 111 ss. per la *cautio indemnitas* e p. 195 ss. per la *cautio de dolo*), non va trascurato che per certi versi analoga situazione si ha, o potrebbe aversi, relativamente alle (o ad alcune delle) *cautiones* cd. *praetoriae*, come per esempio la *cautio de rato*, o la *cautio fructuaria*, ecc. Sullo specifico la dottrina non è recente: si vedano A. PALERMO, *Il procedimento cauzionale nel diritto romano*, Milano, 1942, A. MOZZILLO, *Contributi allo studio delle «stipulationes praetoriae»*, Napoli, 1960, A.M. GIOMARO, *Ulpiano e le «stipulationes praetoriae»*, in «Studi A. Biscardi», IV, Milano, 1982, p. 423 ss., ma anche EAD., *D. 4.2.14.11: sul valore della clausola restitutoria nell'«actio quod metus causa» e sull'*

schio del *'petere'* o *'peti amplius'*: si vuole evitare che la parte processuale (per lo più l'attore, ma talora anche il convenuto) possa trovarsi esposta al rischio di dover rispondere una seconda volta *de eadem re*, e, avendo già subito un'azione, una condanna, si trovi poi vulnerabile di fronte ad altre pretese³.

2. Si consideri per esempio la *remissio*. Il termine, nella sua forma sostantivale, femminile singolare, risulta poco utilizzato nelle fonti giuridiche. Più ampio è invece l'uso del predicato verbale.

'Remittere' indica un movimento di ritorno relativo a qualcosa, esprime una relazione celatamente biunivoca per cui un soggetto, presa coscienza dell'attenzione della cosa (un oggetto, una situazione, un diritto) in capo ad altri, che sia capitata comunque per ragioni interne di varia natura nella sua sfera d'azione, la rende volontariamente (di sua iniziativa) alla controparte. E' come se quell'azione, e quindi il diritto di agire con quell'azione, fosse da considerarsi rientrante nella sfera dell'interlocutore in quanto originati (azione e conseguente diritto) dal comportamento volontario dello stesso: la remissione ripristina in capo a costui la situazione come non ancora compromessa dalla sua stessa condotta, come se il diritto di agire della controparte non si fosse generato.

Logicamente in questo suo significato *'remittere'* si ricollega al *'mittere'*, *'mandare'*, sottolineando con il prefisso la reciprocità del comportamento, per lo meno nei suoi aspetti ideali.

E' chiaro che la remissione può riguardare innanzi tutto (è la forma che giuridicamente salta più all'occhio) il debito di un soggetto. Sotto questa forma l'ordinamento giuridico ha oggi elaborato, attraverso il lavoro dei secoli, la dottrina della remissione del debito come atto di estinzione dell'obbligazione per mera volontà ed iniziativa del soggetto attivo, creditore⁴. Ed è anche vero che

'officium iudicis', in «Atti del II Seminario Romanistico Gardesano», Milano, 1980, p. 191 ss. Più recentemente le tesi di dottorato di ALBERTO ZINI, *'Apud iudicem'. Giuristi e giudici nell'epilogo del processo formulare*, Padova, XXX ciclo, e STEFANO BALBUSSO, *La solidarietà tra fideiussores*, Padova, XXIV ciclo.

³ E ugualmente si deve dire nel caso di concorso per così dire «soggettivo» di azioni, quando, cioè, contro lo stesso soggetto e per lo stesso evento concorrono azioni di persone diverse: Ulpiano ne riporta un particolare esempio in D. 47.10.17.11-13, relativamente all'azione per *iniuria* subita dal figlio che può essere esperita dal padre e ugualmente dal figlio stesso.

⁴ Gli art. 1236 ss. del codice civile trattano della remissione del debito come negozio giuridico con cui il creditore dichiara di non voler esigere il debito dall'obbligato. Conseguentemente a tale dichiarazione quando viene comunicata al debitore, si determina l'estinzione dell'obbligazione, a meno che il debitore stesso non dichiari di non volerne profittare (art. 1236 ss.). Alla luce dell'esperienza romana la discussione circa la natura del fenomeno, se debba essere considerato alla stregua di un contratto (più precisamente al contratto con ob-

la remissione del debito comporta, da parte del perduto creditore, l'inagibilità futura contro il perduto debitore relativamente a quel rapporto che si è estinto. Ma la remissione in questa forma insiste latamente sul rapporto dal punto di vista sostanziale e quindi fa venir meno non soltanto l'azione relativa (che sarà comunque la conseguenza principale e la più appariscente), bensì tutti gli effetti che il dato sostanziale comportava, ad ogni livello.

Diverso è per la *remissio actionis*, un accorgimento giuridico che il nostro ordinamento non ha conservato dal diritto romano con quella estensione.

Qui, nel diritto romano, la *remissio actionis* ha una sua consistenza e si può collocare all'interno del processo o a margine dello stesso, con precise conseguenze che consentono alle parti vieppiù di volgere l'andamento del processo – fatta salva comunque la sentenza che sarà emanata dal giudice, e dunque la sua libera valutazione – secondo propri calcoli e valutazioni di convenienza.

Praticamente il ricorso alla *remissio actionis* può essere disposto su iniziativa del titolare del diritto anche stragiudizialmente, a seguito di accordo con la controparte: le due parti, valutati i propri rispettivi interessi chiedono, concedono, ottengono che uno dei due rinunci ad agire nei confronti dell'altro, e a ciò si inducono formalmente, presumibilmente mediante promessa verbale.

Di logica a monte di questa rinuncia può esserci, e generalmente ci sarà, un atto liberale, un sentimento che non sia determinato da esigenze di adempimento di obbligazione, un atto che miri semplicemente al beneficio (arricchimento) di una parte senza alcun corrispettivo e senza che l'altra parte vi sia tenuta in alcun modo⁵.

bligazioni a carico del solo proponente, riconoscendo anche al debitore un ruolo di sostanza consistente nel potere di opporsi o accettare – così, pur oggi minoritariamente, Allara, Cariota Ferrara, Messineo, Bigliuzzi Geri, Falzea: ma in tal caso sarebbe in realtà un autonomo contratto risolutivo, che le parti potrebbero compiere tranquillamente in virtù dei poteri di autonomia privata che la legge riconosce loro senza dover parlare di remissione), o come atto unilaterale (la stessa Relazione al Re, nonché la dottrina prevalente, Tilocca, Barbero, Bianca, Di Prisco, Giacobbe e Guida, basandosi anche sulla lettera della legge – e cioè sul fatto che si parli di mera comunicazione alla controparte e non di sua accettazione –, sostengono che la remissione sia un negozio unilaterale; così anche Cass. 12914/2014 deve forse risolversi meglio in una tesi intermedia (così Perlingieri), per cui la remissione può assumere le strutture più diverse in relazione ai casi concreti e all'assetto di interessi delle parti, relativamente al rapporto giuridico da estinguere. Quindi, a seconda della configurazione che le parti le daranno, la remissione si atteggerà come contratto bilaterale, come contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, o come negozio unilaterale.

⁵ Senza voler entrare qui nella disamina circa la diversa configurazione che può assumere tale rinuncia (abdicativa, traslativa, liberatoria, etc.), con le sue diverse conseguenze, basti richiamare per il diritto romano Ulpiano (31 *ad ed.*), D. 17.1.12.pr., '*si vero non remunerandi causa, sed principaliter donando fideiussores remisit actionem, mandati eum non acturum*', o ancora il brocardo '*remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus*' che si legge in D. 21.1.14.9 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*). Si discute infatti sul carattere oneroso o gratuito della remissione, se confi-

Ma assai più interessante è il fenomeno della *remissio actionis* cui si può ricorrere all'interno del processo: la titolarità del diritto, e quindi la sua disponibilità, è sempre riconosciuta al titolare, attore o convenuto che sia, ma la rinuncia alla futura eventuale azione viene valutata nel processo ai fini della decisione finale dal pretore, all'atto di confezionare insieme alle parti la formula processuale, o dal giudice, al momento in cui, raggiunto un suo convincimento, sta per emettere la sua sentenza e considera complessivamente la vicenda alla luce di generali principi di equità nei rapporti fra le parti e di economia processuale⁶.

Allora sarà il pretore, o rispettivamente il giudice, a consigliare, suggerire, richiedere alla parte la pronuncia formale di un impegno a non agire in futuro contro quel soggetto per quella situazione, ovvero a impedire che abbia a soggiacere alle conseguenze dell'azione di altri contro di lui, ricollegando a quell'impegno una certa definizione della formula, ovvero rispettivamente una sentenza, in termini particolarmente favorevoli per la parte che deve promettere⁷.

guri sempre e comunque un atto di liberalità, ancorché si colleghi a proprie motivazioni. Sul punto si possono ripetere le parole di Angelo Luminoso circa le possibili figure: «schema strutturale e schema funzionale variabile, schema strutturale fisso con funzione variabile, schema funzionale fisso con struttura variabile, schema strutturale e schema funzionale fissi. All'interno di ognuna di queste figure si colloca, poi, un'estesa varietà di soluzioni specifiche» (A. LUMINOSO, *Remissione del debito*, in «Enciclopedia Giuridica», XXVI.2, Roma, 1991, p. 4; si veda anche F. VACCARIELLO, *Rinuncia al credito e remissione di debito*, in «Fondazione Paolo Guglielmetti», *tesi premiate*: www.fondazionepaolog.it). Un esempio di remissione non necessariamente liberale (ma nemmeno onerosa, nel senso di produzione di un vantaggio economico immediato) si avrebbe nei casi che Paolo desume da Labeone in D. 2.4.11 (Paul. 4 *ad ed.*) circa la *'moderanda iurisdictio'* che il pretore deve esercitare *causa cognita* nella concessione di azione penale (in particolare: *'veluti si paeniteat libertum et actionem remittat'*): o nei casi (come D. 24.1.31.3: Pomp. 14 *ad Sab.*) in cui si indaga sui motivi della remissione, *'si non sit animus donandi'*, o, infine, in tutti i casi di remissione «giudiziale». Per la prospettiva storico-romanistica del fenomeno si veda M. BIANCHINI, *Remissione del debito (storia)*, in «ED.», XXXIX, Milano, 1988, p. 757 ss.

⁶ Che i due principi possano giocare insieme è in ogni caso palese. Il divieto del *'ne bis in idem'* o dell'*'amplius non petere'* (o *'peti'*) risponde certamente all'esigenza di evitare un ingiustificabile aggravio della posizione del debitore, ma allo stesso tempo offre il consenso a introdurre in seno alla prima azione esperita (fra le due o più offerte a vario titolo alla pretesa dell'attore) anche le risultanze specifiche che si farebbero valere con la seconda (si veda sul problema G. NEGRI, *Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», III, Torino, 1988, p. 250 ss.).

⁷ Diversamente l'ordinamento attuale non contempla ipotesi di remissione giudiziale (e neppure – ma sarebbe un altro caso – di remissione legale), cosicché la stessa può essere concepita solo come atto giuridico di un privato. Invero anche nel processo romano l'intervento del pretore o, più spesso, del giudice, non fa della *remissio* un atto obbligatorio, ma riferisce al soggetto interessato di valutare le conseguenze in rapporto ai suoi propri interessi, e, quindi, di decidere, secondo i suoi criteri, se addivenire alla remissione: è dunque fatta salva in ogni caso la piena paternità e volontarietà dell'atto. La terminologia delle fonti che parla di *'cautiones praetoriae'* e di *'cautiones iudiciales'* ha solo lo scopo di mettere in luce certi impulsi e certe conseguenze (si veda per tutti GIOMARO, *«Cautiones iudiciales»*, cit., p. 245 ss.).

In quanto rinuncia al diritto di agire la *remissio* può trovare spazio in qualsiasi situazione concreta.

Sulla *remissio* a lungo doveva aver disputato Giuliano⁸, le cui opinioni in merito sono riportate da Ulpiano (fra gli altri passi in quello – D. 34.3.7.pr. – che inizia con l'esplicita citazione '*non solum autem quod debetur remitti potest, verum etiam pars eius vel pars obligationis, ut est apud Iulianum tractatum libro trigesimo tertio digestorum*'). Si vedano in particolare i paragrafi 5 e 6:

D. 34.3.7.5-6 (Ulp. 23 *ad Sab.*): Unde quaerit Iulianus, si ab impuberis substituto sit liberatio relicta, deinde impubes exegerit quod debetur, an evanescat legatum. et cum constet pupillum in his, quae a substituto relinquuntur, personam sustinere eius a quo sub conditione legatur, consequens est substitutum actione ex testamento teneri, si pupillus a debitore exegerit. Idemque est et si pupillus non exegerit, sed solummodo litem sit contestatus, teneri eum, ut remittat actionem.

Bernardo Santalucia parla di «arditezza dell'impostazione ulpiana» – che cita Giuliano –, che considera l'impubere come un soggetto '*a quo sub conditione legatur*' per quel che riguarda le prestazioni poste a carico del sostituto: per cui se ha esatto il credito mentre era ancora impubere, il legatario potrà recuperare quanto pagato nei confronti del sostituto con l'*actio ex testamento*; ovvero – e questa è forse la nota tutta di Ulpiano –, se per questo ha subito una *litis contestatio*, si farà luogo alla *remissio*⁹.

Ulpiano considera ancora la *remissio actionis* al margine di un rapporto di società nel concorso eventualmente determinatosi fra un'azione per danneggiamento della cosa comodata e l'azione contrattuale derivante dal comodato stipulato col proprio socio.

D. 13.6.7.pr.-1 (Ulp. 28 *ad ed.*): Unde quaeritur, si alter furti egerit, an ipse solus debeat commodati conveniri. et ait Celsus, si alter conveniatur qui furti non egerit, et paratus sit periculo suo conveniri alterum, qui furti agendo lucrum sensit ex re comodata, debere eum audiri et absolvi. Sed si legis Aquiliae adversus socium eius habuit commodator actionem, videndum erit, ne cedere debeat, si forte damnum dedit alter, quod hic qui convenitur commodati actione

⁸ La risalenza del problema e della particolare soluzione attraverso il ricorso alle *cautiones iudiciales* è del resto attestato anche dalla citazione di Sabino in D. 47.2.54.1 di Paolo (Paul. 39 *ad ed.*): '*Si servus commodatoris rem subripuerit et solvendo sit is cui subreptum est, Sabinus ait posse et commodati agi cum eo et contra dominum furti servi nomine: sed si pecuniam, quam dominus exegit, reddat, evanescere furti actionem: idem et si remittat commodati actionem*'. Ma si considerino anche i molti riferimenti che si leggono nei *libri ad Plantium* di Paolo.

⁹ Ne trattano, ma dal loro punto di vista specifico, B. SANTALUCIA, *I legati ad effetto liberatorio nel diritto romano*, Napoli, 1964, p. 190 s., e G. FINAZZI, *La sostituzione pupillare*, Napoli, 1997, p. 76 s. e poi 372 s.

sarcire compellitur: nam et si adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem: nisi forte quis dixerit agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est: quod videtur habere rationem.

La *remissio* dell'azione *ex lege Aquilia* è giustificata dal fatto che l'ordinamento romano si premura di regolare i rapporti economici fra le parti in modo che il creditore ottenga, o con una sola azione – nel caso l'azione contrattuale del comodato, in ragione dell'obbligo dell'esatta *restitutio* – o con il combinato delle due azioni, di restituzione contrattuale e di danneggiamento, il pieno e completo soddisfacimento delle sue pretese; ma vuole evitare che, collegata l'azione com'è alla sola libera iniziativa della parte, questa possa essere indotta maliziosamente a pretendere lo stesso dall'altro una seconda volta sotto altro titolo.

Di una *remissio actionis* Ulpiano dice anche a proposito della garanzia prestata dal fideiussore, al quale è negata l'*actio mandati* avverso il debitore principale nel caso in cui il creditore fatto la *remissio* al fideiussore in certe forme:

D. 17.1.12.pr. (Ulp. 31 *ad ed.*): Si vero non remunerandi causa, sed principaliter donando fideiussori remisit actionem, mandati eum non acturum.

Il testo si ricollega pressoché dichiaratamente alla frase finale del precedente passo ulpiano, D. 17.1.10, stesso libro, dalla quale è forzatamente separato soltanto dall'introduzione compilatoria del brevissimo frammento pomponiano, 3 *ex Plaut.*: '*Si ei, cui damnatus ex causa fideiussoria fueram, heres postea extitero, habebo mandati actionem*'¹⁰.

A cominciare dal § 11 del frammento 10 Ulpiano si occupava del problema di concorso di azioni relativamente a *fideiussores et mandatores*¹¹.

¹⁰ Per un'analisi specifica della lettura che il giurista romano fa del caso (nonché del passo nella sua completezza), per questo come per tutti i vari passi derivati dai *libri ad Plantium* di Paolo, faccio rinvio allo studio di A.M. GIOMARO, M.L. BICCARI su questa interessante opera paolina, in fase di composizione per la ricerca «SIR». Nei *libri ad Plantium* (177 frammenti del Digesto), vuoi per particolare valutazione di Paolo, vuoi per una singolare percettività di Plautio, il tema delle *cautiones iudiciales* assume un buon spessore. Nel presente studio sono citati dall'opera D. 17.1.45, D. 31.8.3, D. 31.8.4 e D. 46.3.62, ma a Plautio rinviano anche D. 17.1.11 (Pomp. 3 *ex Plaut.*), D. 21.2.59 (Pomp. 2 *ex Plaut.*), D. 31.13.pr.-1 (Pomp. 7 *ex Plaut.*) e D. 34.3.4 (Pomp. 7 *ex Plaut.*).

¹¹ In ragione del suo impegno a garantire la situazione del debitore principale (il suo debito) il fideiussore è equiparato al mandatario cui il mandante abbia affidato l'incarico di dare sicurezza al suo obbligo. La rubrica è infatti '*mandati vel contra*' (per nuovi studi sul mandato e la rappresentanza si veda P.P. ONIDA, *Concretezza giuridica del mandato. Il problema della formazione e articolazione della volontà*, in «Città e diritto. Studi per la partecipazione civica. Un codice per Curitiba» (cur. D. D'Orsogna, G. Lobrano, P.P. Onida), Napoli, 2017, p. 139-206, e ID., «*Agire per altri*» o «*agire per mezzo di altri*». *Appunti romanistici*

Considerato dapprima, su insegnamento di Giuliano, il caso delle eventuali eccezioni omesse dal fideiussore (se il fideiussore ha ommesso un'eccezione personale e se ha ommesso, invece, un'eccezione di cui poteva valersi anche il debitore principale)¹², dice il giurista che «se, a titolo di donazione, dal creditore fu fatta al fideiussore la remissione formale del debito, reputo che, se il creditore abbia inteso fare una donazione remuneratoria al fideiussore, quest'ultimo abbia <ugualmente> l'azione di mandato <contro il debitore principale>; e a maggior ragione se il creditore avesse fatto la remissione formale <a titolo di donazione> a causa di morte o se dispose quella liberazione per legato»¹³. Conseguentemente di seguito la precisazione: «Se, però, il creditore rimise l'azione al fideiussore non per remunerare, ma principalmente per donare, quello non avrà l'azione di mandato».

Circa il rapporto, strettissimo, che si deve considerare fra la remissione sostanziale e la remissione delle azioni è chiaro Ulpiano, in D. 34.3.9, secondo cui nell'ipotesi in cui taluno possa fare richiesta di certi conti di gestione, ma non di altri, suggerisce al testatore (siamo in un rapporto successorio) una formula di prescrizione che alternativamente, ma senza differenza alcuna, fa riferimento espresso al debito che sia stato portato in giudizio, '*quidquid ab eo exegerit illa vel illa actione*', ovvero direttamente alla *remissio actionis*:

D. 34.3.9 (Ulp. 24 *ad Sab.*): Si quis rationes exigere vetetur, ut est saepissime rescriptum, non impeditur reliquas exigere, quas quis se reliquavit, et si quid dolo fecit qui rationes gessit. Quod si quis et haec velit remittere, ita debet legare: 'Damas esto heres meus, quidquid ab eo exegerit illa vel illa actione, id ei restituere' vel 'actionem ei remittere'.

In che consiste in definitiva la *remissio actionis* giudiziale, ovvero come in pratica si viene a realizzare, appare da una riflessione che Ulpiano fa a margine

sulla «rappresentanza», Napoli, 2018). Si potrebbe forse asserire che il *fideiussor* (così come anche il *fidepromissor*) avesse regresso contro il debitore principale tramite l'*actio mandati contraria* o l'*actio negotiorum gestorum contraria*, sussistendone i presupposti (bene sintetizzati in M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 576). Su questo ampiamente F. BRIGUGLIO, '*Fideiussoribus soccurri solet*', Milano, 1999, p. 209 ss., secondo il quale, peraltro, «la *fideiussio* non conosceva un vero e proprio diritto di regresso che potesse essere fatto valere come mero effetto di tale rapporto, indipendentemente da altri contesti causali sottostanti. Tale diritto, pertanto, poteva essere fatto valere, in via indiretta, soltanto facendo ricorso al meccanismo della vendita del credito» (p. 302 nt. 264).

¹² Si veda V. MANNINO, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, Torino, 1992, *passim*, ma anche, con visione generale che abbraccia il fenomeno fino ai tempi moderni, ID., '*Fideiussione e accessorieta'*, in «*Europa e diritto privato*», IV, 2001, p. 907 ss.

¹³ D. 17.1.10.13 (Ulp. 31 *ad ed.*): '*Si fideiussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto, si fideiussorem remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem: multo magis, si mortis causa accepto tulisset creditor vel si eam liberationem legavit*'.

dell'azione di revindica, e in particolare relativamente agli obblighi di restituzione nell'ipotesi in cui l'oggetto della lite sia stato danneggiato e pertanto non possa essere reso nella stessa consistenza di forma e di sostanza che sarebbe necessario. La diminuzione di valore della cosa – ci dice Ulpiano – può ben essere valutata dal giudice della revindica, e dunque *'utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus'*, ma può anche essere oggetto di separato giudizio per il danno. In considerazione di tale possibilità futura, il giudice della *revindicatio* potrà procedere alla stima del danno soltanto dopo che l'attore abbia fatto remissione dell'*actio legis Aquiliae*; e tale remissione, secondo l'insegnamento labeoniano, si effettuerà mediante la promessa da parte dell'attore (una *cautio*: *'Labeo putat cavere petiorem oportere'*) che non darà corso all'azione *ex lege Aquilia*.

D. 6.1.13 (Ulp. 16 *ad ed.*): Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debet: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. Quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae. Et Labeo putat cavere petiorem oportere lege Aquilia non acturum, quae sententia vera est.

La rinuncia dell'attore al suo diritto circa l'*actio legis Aquiliae* è fatta dunque mediante un accordo fra le parti, una promessa cautelativa, una *cautio* appunto. Non si ricorre ad una forma rigorosamente contrattuale quale sarebbe una *stipulatio*, ancorché fra le conseguenze di un eventuale inadempimento (se, cioè, il soggetto che ha promesso di non agire, ritornando sulle sue decisioni, esperisse ugualmente l'azione di danneggiamento) potrebbe esserci eventualmente anche un'azione *ex cautione*: la *cautio* infatti è sufficiente – ritengo – ad imporsi *ipso iure* al giudice del secondo processo anche senza una previsione formulare mediante *exceptio*.

Che poi l'effettuata o non effettuata *remissio*, e le ulteriori vicende e complicazioni dell'*iter* processuale dovessero esigere molto, e vario, dall'*officium iudicis*, è dato su cui non è qui il caso di indugiare¹⁴.

¹⁴ Basti per tutti il richiamo a D. 47.2.9.pr.-1 (Pomp. 6 *ad Sab.*): *'Ei, qui furti actionem habet, adsidua contractatione furis non magis furti actio nasci potest, ne in id quidem, in quod crevisset postea res subrepta. Sed si eam a fure vindicasset, conditio mihi manebit. sed potest dici officio iudicis, qui de proprietate cognoscit, contineri, ut non aliter iubeat restitui, quam si conditionem petitor remitteret: quod si ex conditione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum aut (quod magis placet), si paratus esset petitor aestimationem restituere nec restituetur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor'*. Ancora in ambito di un concorso fra due azioni civili (la *revindicatio* contro il ladro e la *conditio ex causa furtiva*, per la mancata restituzione della cosa comodata a cagione del furto della stessa) il giudice dovrà valutare l'andamento della situazione e: 1) nel giudizio di rivendica dar corso alla *restitutio* a favore

3. Il fatto che un soggetto rinunci formalmente ad agire nei confronti di altro soggetto, quale che sia l'esatta configurazione e natura del fenomeno, rientra nel potere di autoregolamentazione di un soggetto, e, nell'impero dell'autonomia negoziale delle parti, non desta meraviglia: il diritto di agire è un diritto potestativo, che se comporta la subordinazione del soggetto passivo, dall'altra parte non trascura assolutamente la piena libertà del titolare, che vi viene anzi esaltata.

Il tema della disponibilità del diritto di agire acquista un valore più forte quando si consideri invece la cessione delle azioni. Richiamandomi alle fonti che parlano di *'actiones cedere'*, e alle suggestioni create dall'evoluzione storica dell'istituto del regresso attraverso il cd. *beneficium cedendarum actionum*¹⁵, altra volta ho discusso per accenni di una *cautio cedendarum actionum*, per dire che «riterrai che i numerosi passi nei quali si fa parola di un *'praestare actionem'* o *'actiones'* (*'cedere actionem'* o talora anche *'actione'*) nel corso di un giudizio o addirittura espressamente *officio iudicis*, anche se non vi compare il termine *'cautio'*, *'cavere'* o simili, possano essere interpretati tutti come facenti riferimento sottinteso appunto ad una *cautio*: infatti il giudice non avrebbe potuto in altro modo verificare l'esecuzione del suo *iussum* circa la cessione delle azioni, se non facendo sorgere a carico della parte tenuta all'esecuzione un obbligo autonomamente perseguibile in ogni momento»¹⁶.

Pertanto non è frequente nella voce dei giuristi il ricorso alla locuzione che collega le azioni al volontario *'cedere'* di un soggetto nei confronti di altri che siano per varie circostanze in rapporto giuridico con lui.

Di *'cedere actionem'* parla Meciano in D. 36.1.75 a favore di un fedecommissario relativamente alla situazione che vede l'erede aver fatto richiesta di pegno per un debito del defunto *'antequam restitueret hereditatem'*:

D. 36.1.75.pr. (Maec. 13 *fideic.*): pr. Si heres pecuniam hereditariam crediderit et in eam causam pignora acceperit, actiones non competunt ei, cui restituta fuerit hereditas, adversus ipsa pignora. Sed aliqua dubitatio remanebit, si in eum contractum, qui ex defuncto fuerit, interpositus heres, antequam restitueret hereditatem, pignus acceperit. Sed nec sic quidem ipse admitteretur: ex fideicommissio tamen habet adversus heredem actionem, ut ei cedat pro pignoris commodo actionem.

del *dominus* (o nella forma dell'arbitrato *de restituendo* con assoluzione del convenuto o nella forma della condanna diretta dello stesso) solo dopo la remissione della *condictio* da parte del debitore; 2) nel giudizio conditorio valutare le vicende della *litis aestimatio* subita dal ladro, la disponibilità del *dominus* a restituirla, la disponibilità del ladro a rendere la cosa rubata (nel caso *l'homo*, il deferimento del giuramento *in litem*, lo stato del possesso).

¹⁵ Su cui BRIGUGLIO, *Fideiusoribus*, cit., p. 209 ss.

¹⁶ GIOMARO, *«Cautiones iudiciales»*, cit., p. 213.

Di ‘*cedere actiones*’ dice Pomponio in un densissimo quanto breve stralcio dei suoi *libri ex Plautio*. Il testo presuppone una compravendita *a non domino*, o per lo meno una compravendita contestata da chi si assume il vero proprietario della cosa, e un successivo legato della cosa stessa: il legatario – ci dice Pomponio, e forse quel Plauzio che Pomponio commenta¹⁷ – potrà invocare operativamente l’avvenuto acquisto, e conseguentemente la responsabilità del venditore, soltanto se il lascito testamentario comportava anche il diritto di agire per ogni evenienza derivante dalla compravendita:

D. 21.2.59 (Pomp. 2 *ex Plaut.*): Si res quam a Titio emi legata sit a me, non potest legatarius conventus a domino rei venditori meo denunciare, nisi cessae ei fuerint actiones. Vel quodam casu hypothecas habet.

Di ‘*cedere*’ (*‘vindicationem et conditionem cedere’*) si dice anche in Gaio, D. 19.2.25.8: di fronte allo smarrimento delle vesti la soddisfazione del *dominus* può essere conseguita con la cessione delle azioni di restituzione relative, la *vindicatio* e la *condictio* appunto, da parte del *fullo* o del *sarcinator*:

D. 19.2.25.8 (Gai 10 *ad ed. prov.*): Si fullo aut sarcinator vestimenta perdiderit eoque nomine domino satisfecerit, necesse est domino vindicationem eorum et conditionem cedere.

E ancora: richiamandosi all’insegnamento di Papiniano in uno stralcio del suo libro 14 *ad edictum*, Ulpiano puntualizza la situazione del mandatario che paga il debito del mandante verso un terzo. Il pagamento assolve l’obbligo del mandatario nei confronti del mandante, ma per farne confluire le conseguenze nei rapporti di debito e credito fra mandante e terzo è necessario che siano cedute le azioni, cioè a dire il rapporto nella sua pienezza.

D. 17.1.28 (Ulp. 14 *ad ed.*): Papinianus libro tertio quaestionum ait mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere.

E ancora in:

D. 30.44.6 (Ulp. 22 *ad Sab.*): Sed et si nomen legetur, benigne id quod debetur accipiendum est, ut actiones adversus debitorem cedantur.

¹⁷ Penso che a Pomponio si debba ascrivere soltanto l’inciso: ‘*vel quodam casu hypothecas habet*’.

Invece per il trasferimento del diritto di agire è assai frequente – e più significativo – l'uso del verbo *'praestare'*, che richiama le suggestioni di un vero e proprio rapporto obbligatorio¹⁸.

Che il cedere le azioni sia da interpretarsi come un *'actiones praestare'* può vedersi in un passo di Ulpiano del titolo *'de superficiebus'* (D. 43.18.1.1) in cui il giurista di Tiro propone al titolare di un diritto di superficie l'azione contrattuale, nel caso *conducti* o *empti*, se la turbativa al suo diritto proviene dal *dominus soli*, mentre dovrà subentrare nelle azioni del proprietario se la turbativa proviene da altri: *'sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere'*.

D. 43.18.1.1 (Ulp. 70 *ad ed.*): Qui superficiem in alieno solo habet, civili actione subnixus est: nam si conduxit superficiem, ex conducto, si emit, ex empto agere cum domino soli potest. enim si ipse eum prohibeat, quod interest agendo consequetur: sin autem ab alio prohibeatur, praestare ei actiones suas debet dominus et cedere. sed longe utile visum est, quia et incertum erat, an locati existeret, et quia melius est possidere potius quam in personam experiri, hoc interdictum proponere et quasi in rem actionem polliceri¹⁹.

'Praestare actionem' o *'actiones'* è situazione cui deve riconoscersi ampio spazio in via di equità nell'esperienza giuridica romana. Lo si consideri (e con la certezza di aver trascurato anche altri riferimenti, dalle fonti giuridiche e dalle letterarie):

– per bocca di Giavoleno che commenta Labeone. D. 9.2.60.2: *'tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet'*.

– per bocca di Nerva. D. 19.1.31: *'actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo'*.

– per bocca di Giuliano. D. 18.6.14: *'ex empto agendum esse, ut is actiones suas, quas cum aedile habuisset, ei praestaret'*; D. 24.1.39: *'si actiones suas marito praestare paratus est, doli mali exceptione se tuebitur'*; D. 30.82.5: *'necesse habeat alteri actiones suas, alteri litis aestimationem praestare'*; D. 30.105: *'nihil amplius ex hoc legato quam*

¹⁸ Il percorso dottrinale sul significato di *praestare* nelle fonti giuridiche (se ne veda l'illustrazione a completezza in R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995, in particolare il capitolo introduttivo su «Il *praestare* e la «responsabilità» moderna», e ulteriormente, p. 109 ss., «Il *praestare* nel senso di «*stare praes*») e «La comparsa di un uso tecnico-giuridico del verbo *praestare*») lascia ancora qualche spazio di indagine circa i rapporti, che pure si palesano strettissimi, fra le applicazioni tecniche del termine, collegate coi vari criteri di responsabilità, e altri usi, altrettanto frequenti e interessanti, a cominciare dall'impiego intransitivo del verbo, emerso fra il III ed il II secolo a.C., per confluire verso il collegamento con oggetti (complementi oggetto) differenti, *alimenta*, *actionem*, *indemnem*, etc., in cui si punta l'attenzione più sul risultato del comportamento del debitore (il trasferimento dell'azione, l'intervento a evitare il danno altrui, etc.) che sul comportamento stesso e sulle sue modalità.

¹⁹ Ma anche D. 31.13.1 (Pomp. 7 *ex Plaut.*), e D. 46.3.95.10 (Pap. 28 *quaest.*).

actiones suas heres praestare debet; D. 34.3.10: *'pacisci debet, ne a fideiussore petat, et adversus reum actiones suas praestare legatario*'; D. 46.1.13: *'non aliter condemnari debeo, quam si actiones, quas adversus titium habes, mihi praestiteris*'.

– per bocca di Pomponio. D. 10.2.42: *'officio iudicis actiones ei praestari debebunt*'; D. 21.2.30: *'incipit is ex stipulatu actionem habere, quemadmodum si ipse alii praestitisset*'; D. 24.3.18: *'actiones solas, quas eo nomine quasi maritus habet, praestandas mulieri, veluti furti vel damni iniuriae*'; D. 26.7.61: *'dicere poterit actiones dumtaxat, quas haberet cum tutore pupillus, venditori hereditatis praestandas esse, e ancora nihil plus quam actiones, quas eo nomine habet, praestare debeat*'; D. 31.13.pr.-1: *'cum actiones suas heres Maevio praestiterit adversus Titium, e poi oneratur heres duobus satisfacere uni actione cedendo, alteri pecuniam solvendo*'; D. 44.7.7: *'actiones adversus patrem filio praestari non possunt, dum in potestate eius est filius*'.

– per bocca di Africano. D. 16.3.16: *'eum teneri apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi praestet*'; D. 30.108.13: *'petere posse, ut is actiones suas adversus debitorem ei praestet*'.

– per bocca di Gaio. D. 17.1.27.5: *'non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris*'.

– per bocca di Marcello. D. 19.2.47: *'si actiones suas adversus ceteros praestare non recuset*'; D. 31.50.2: *'legatarius agere potest, ut actiones praestentur*'.

– per bocca di Scevola. Ampiamente in D. 15.1.51: *'si paratus sit actiones mandare, absolvetur. Quod enim dicitur, si cum uno ex sociis agatur, universum peculium computandum quia sit cum socio actio, in eodem redibit, si actiones paratus sit praestare: et in omnibus, quos idcirco teneri dicimus quia habent actionem, delegatio pro iusta praestatione est*'; e poi ancora D. 19.1.52: *'respondit venditorem actiones extraordinarias eo nomine quas haberet praestare debere*'; D. 31.88.8: *'actionem praestare debere*'; D. 33.8.23: *'heredes patroni ex causa fideicommissi compellendi sint actiones praestare*'; D. 39.5.35: *'nec actiones praestari iussit*'.

– per bocca di Papiniano. D. 21.2.65: *'per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit praestarentur*'; D. 26.7.38.2: *'quaerendum est, an actiones pupillus ei, qui solus convenitur, in alterum pro parte scilicet praestare debeat*'; D. 26.7.39.14: *'actionem calendarii praestare cogitur*'; D. 27.3.20.1: *'per doli exceptionem curatores consequi poterunt eam actionem praestari sibi*'; D. 28.6.40: *'non aliae quam utiles actiones praestari possunt*'; D. 31.76: *'vice mutua praestabuntur actiones, quae praestari potuerunt*'; D. 31.77.9: *'filiam recte petituram, ut actio stipulationis sibi praestaretur*'; D. 33.8.19: *'libertus, ut et nominum peculii actiones ei praestarentur, ex testamento consequetur*'; D. 34.3.23: *'iure mandati cogetur restituere vel actiones praestare*'; D. 34.4.25: *'non esse praestandas actiones coheredi respondi*'; D. 35.1.73: *'ex stipulatu cautionis interpositae consequi potest, utili actione praestare cogitur*', e ancora *'satis erit actiones praestari*'; D. 46.3.95.10: *'et praestare debet creditor actiones mandatori adversus debitorem, ut ei satisfiat*', e ancora *'dici solet tutelae contraria actione agendum, ut ei pupillus adversus debitores actionibus cedat*'; D. 47.2.81.pr.: *'ad praestandas actiones teneor*'; D. 50.15.5pr.: *'nec*

inutiliter actiones praestantur'.

– per bocca di Ulpiano. D. 5.3.16.8: *'his casibus actiones suas dumtaxat eum praestaturum'*; D. 5.3.20.17: *'ubi habet actionem, sufficet eum actiones praestare'*; D. 6.1.17.1: *'aut pretium hominis aut actiones suas praestare cogetur'*; D. 6.1.41.1: *'in rem actionem mihi praestabit'*; D. 30.39.3: *'heredem cogendum mihi actionem ex empto praestare'*; D. 30.75.2-3-4: *'actiones adversus eum heres meus dumtaxat praestare cogetur'*, e ulteriormente *'tenebitur heres eius, ut praestet legatario actionem'*, nonché *'si Stichum consecutus fuerit, praestabit ei'*; D. 43.18.1.1, *'praestare ei actiones suas debet dominus et cedere'*; D. 43.24.15.1: *'aut aliquam actionem habeat, quam praestet'*; D. 13.6.5.12: *'competere tibi ad hoc dumtaxat commodati, ut tibi actiones adversus eum praestem'*; D. 16.3.1.11: *'tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi praestabis mandati iudicio conventus'*; D. 17.1.14.pr.: *'quia tenetur iudicio ex empto, ut praestet actiones suas, idcircoque competere ex empto actionem, quia potest praestare'*; D. 18.2.4.4: *'sed eam actionem sicut fructus, inquit, quos percepit venditi iudicio praestaturum'*; D. 18.4.2.8: *'praestare debebit hanc ipsam actionem quam nactus est'*; D. 19.1.13.12: *'actio emptori praestanda est, damni forte infecti vel aquae pluviae arcendae vel aquiliae vel interdicti quod vi aut clam'*; D. 19.2.11.pr.: *'utrum praestabit tantum actiones an quasi ob propriam culpam tenebitur'*; D. 21.1.25.4: *'solum actionum praestandarum necessitatem ei iniungi'*; D. 21.2.38: *'habet autem contrariam pigneraticiam actionem. Et magis est ut praestet'*.

– per bocca di Paolo. D. 3.5.20.3: *'teneris non in hoc tantum, ut actiones tuas praestes, sed etiam ...'*; D. 4.2.21.6: *'praetor mihi succurrit aut utiles actiones quasi heredi dando aut actionem metus causa prestando'*; D. 6.1.69: *'actor cavere ei non debet actiones quas eius rei nomine habeat, se ei praestaturum'*; D. 12.1.31.1: *'si tamen actiones, quas adversus eum habeam, praestare domino paratus sim'*; D. 14.1.5: *'ageres mecum, ut actiones, quas eo nomine habui, tibi praestarem'*; D. 16.3.2: *'actiones suas tantummodo praestabit'*; D. 17.1.45.pr.: *'nam et ego tecum agere possum, ut praestes mihi adversus venditorem empti actiones'*, nonché, al § 5, *'sicut mandante aliquo actionem nacti cogimur eam praestare iudicio mandati, ita ex eadem causa obligatos habere mandati actionem, ut liberemur'*; D. 17.1.59: *'posse conveniri, ut actiones suas praestet'*; D. 17.2.3: *'sed actiones invicem praestare debent'*; D. 18.4.14.pr.: *'actiones quoque quas cum patre habet praestare debet'*; D. 18.4.21: *'tibi enim rem debebam, non actionem, e non enim actiones ei, sed rem praestare debeo'*, e ancora *'actiones suas praestare debebit, non rem'*; D. 24.3.44.1: *'necesse habebit maritus aut exactam dotem aut actiones ei praestare, e et mulieri reddere aut actiones ei praestare'*; D. 40.5.33.2: *'compellendus est aut actiones suas ei praestare'*; D. 42.5.14.pr.: *'actiones suas praestabit'*; D. 45.1.73.pr.: *'tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam praestari potest'*.

Il *'praestare actiones'* rappresenta un capitolo interessantissimo nell'esperienza giuridica romana anche per le implicazioni e collegamenti con altri vari fenomeni di fondamentale risalto. Purtroppo questa caratteristica, che è il suo

aspetto più singolarmente rilevante, è anche forse quello che ha determinato una certa negligente dimenticanza relativa da parte di ciascuno dei settori interessati, nella convinzione che meglio altri avrebbe potuto o dovuto trattarne, e più compiutamente. L'appartenenza (parziale) del tema alla disciplina della responsabilità è chiaramente dichiarata dall'uso terminologico del 'praestare': ma in questo ambito un'analisi del fenomeno si doveva arrestare di fronte all'impossibilità di sostenere un esatto parallelo con le locuzioni tecniche del 'praestare', che per le obbligazioni si declina di preferenza con 'dolum', 'culpam', 'custodiam', 'diligentiam'²⁰. La confluenza del tema nell'ambito delle problematiche della rappresentanza, e in particolare della rappresentanza processuale, è sottolineata dai molti passi che riportano la locuzione in rapporto a mandato e simili: ma poi la locuzione stessa impiegata nelle fonti attirava l'attenzione piuttosto sugli aspetti processuali che su quelli del diritto sostanziale, ai quali, fra l'altro, si associavano interessanti raccordi aliunde, in primis con le esigenze di circolazione dei crediti²¹. E ancora, l'interesse del 'praestare actiones' dal punto di vista strettamente processuale appare sicuramente anche in questo caso sul piano terminologico: ma poi le implicazioni con la sua eventualità stragiudiziale, con i problemi della struttura della formula, con il meccanismo di applicazione attraverso *exceptio* ovvero 'officio iudicis', con le possibilità di trasgressione, etc., rischiano di sviare dal problema di centro²².

²⁰ Emblematico, direi, fra i tanti passi che si potrebbero citare D. 26.7.61 (Pomp. 20 ep.), in cui ripetutamente si fa parola del 'praestare actiones' in rapporto ai vari criteri della responsabilità negoziale: 'Apud Aristonem ita scriptum est: quod culpa tutoris pupillus ex hereditate desit possidere, eius aestimatio in petitione hereditatis sine ulla dubitatione fieri debet ita, si pupillo de hereditate cautum sit: cautum autem esse videtur etiam si tutor erit idoneus, a quo servari possit id, quod pupillus ex litis aestimatione subierit. Sed si tutor solvendo non est, videndum erit, utrum calamitas pupilli an detrimentum petitoris esse debeat perindeque haberi debet, ac si res fortuito casu interisset, similiter atque ipse pupillus expers culpa quid ex hereditate deminisset corrupisset perdidisset. De possessore quoque furioso quaeri potest, si quid ne in rerum natura esset, per furorem eius accidisset. Tu quid putas? Pomponius: puto eum vere dicere. Sed quare cunctatus es, si solvendo non sit tutor, cuius damnum esse debeat? Cum alioquin elegantius dicere poterit actiones dumtaxat, quas haberet cum tutore pupillus, venditori hereditatis praestandas esse, sicuti heres vel bonorum possessor si nihil culpa eius factum sit (veluti si fundo hereditario vi deiectus sit aut servus hereditarius vulneratus ab aliquo sit sine culpa possessoris), nihil plus quam actiones, quas eo nomine habet, praestare debeat. Idem dicendum est et si per curatorem furiosi culpa vel dolo quid amissum fuerit, quemadmodum si quid stipulatus tutor vel curator fuisset aut vendidisset rem hereditariam. Impune autem puto admittendum, quod per furorem alicuius accidit, quo modo si casu aliquo sine facto personae id accidisset'. Ma cfr. anche D. 19.2.11 (Ulp. 32 ad ed.) in cui compaiono sia il 'praestare culpam' che il 'praestare actiones', o D. 13.6.5.12 (Ulp. 28 ad ed.), ovvero D. 18.4.21 (Paul. 16 quaest.), etc.

²¹ Se non del richiamo testuale al mandato (che può essere solo di contorno: i tanti D. 46.1.13, D. 17.1.27.5, D. 34.3.23, D. 46.3.95.10, D. 13.6.5.12, D. 16.3.1.11, D. 17.1.14, D. 3.5.20.3, D. 14.1.5, D. 17.1.45, D. 17.1.59) valga la considerazione del meccanismo logico che collega l'azione esperibile da un soggetto alla situazione di altro soggetto. Un rapido accenno anche quando parlo della *defensio* e dell'*indemnitas*.

²² Si vedano per tutti D. 21.2.65 (Pap. 8 quaest.: 'per doli exceptionem actiones ei qui pecu-

Nel presente discorso il *'praestare actiones'* va riguardato dal punto di vista dell'iniziativa, rilevandone nelle fonti le tre prospettive, pretoria, giudiziale e autonoma, con particolare riguardo a quest'ultima.

E indicherei come di chiara iniziativa pretoria i casi in cui il testo di volta in volta in esame fa esplicito riferimento alla formula, in particolare ad una *exceptio* con la quale per esempio si stigmatizzi come doloso un comportamento contrario. Quando *per doli exceptionem* si giunge a dover prestare le azioni, senza nulla togliere all'eventuale suggerimento di un giurista, e senza trascurare la immaginabile imprescindibile esigenza di una delle parti, il pretore viene a prevedere, e quasi anticipare, la soluzione del giudizio nel senso del subingresso della stessa nei diritti e doveri dell'altra riguardo ad una certa situazione: si può dire che il *'praestare actiones'* trova la sua base di giustificazione nella *iusdictio pretoria*.

Quando invece le fonti esplicitamente si riferiscono all'*officium iudicis*, ovvero quando il tenore del testo rimanda chiaramente alle evidenze processuali della fase *apud iudicem*, e in maniera più concreta risalta l'intervento del titolare dell'azione cui è richiesta una *cautio* relativa (si può parlare di *'cautiones iudiciales'*) il «trasferimento della titolarità dell'azione» trae impulso – si può dire – dall'iniziativa del giudice che ne provoca l'attuazione subordinando ad essa una sua pronuncia mirata.

In molti altri casi, però, certamente su consiglio del giurista, le parti potranno essersi accordate, onde evitare il giudizio, per raggiungere lo stesso risultato.

4. La *'defensio'* è definita in dottrina come l'accettazione di un soggetto ad assumere la posizione di parte nell'ambito del processo, con tutto quello che ciò comporta in termini di obbligatorietà di comportamenti e diritti che ne derivano. Ma *defensor* è in generale considerato, in opposizione al *cognitor* ed al *procurator*, colui che spontaneamente e autonomamente, senza averne ricevuto e accettato un incarico contrattuale (mandato), si immette di propria iniziativa in un rapporto processuale, «in nome e per conto» del reale titolare del diritto all'azione, passivo o anche attivo che sia. Si determina in pratica una gestione di affare altrui, in cui l'affare è in questo caso il processo²³.

niam creditori dedit praestarentur), D. 27.3.20.1 (Pap. 2 resp.: *'per doli exceptionem curatores consequi poterunt eam actionem praestari sibi'*), D. 10.2.42 (Pomp. 6 ad Sab.: *'officio iudicis actiones ei praestari debebunt'*), D. 19.2.60.2 (Iav. 5 epit. Labeon.: *'tunc fullonem quidem tibi condemnabit, tuas autem actiones te ei praestare compellet'*) etc. Più ampio sul punto il mio «*Cautiones iudiciales*», cit., p. 211ss.

²³ La dottrina ha trattato il tema sotto i due punti di vista, della *defensio*, in particolare del convenuto, come rispondenza all'iniziativa della *in ius vocatio* attorea e conseguente attivazione per l'adempimento di tutti gli atti e comportamenti che necessitano per l'espletamento dell'iter

La definisce Ulpiano, D. 3.3.35.3 (Ulp. 9 *ad ed.*), con le parole

defendere autem est id facere quod dominus in litem faceret, et cavere idonee: nec debebit durior condicio procuratoris fieri quam est domini, praeterquam in satisdando. Praeter satisfactionem procurator ita defendere videtur, si iudicium accipiat. Unde quaesitum est apud Iulianum, an compellatur, an vero sufficiat ob rem non defensam stipulationem committi. Et Iulianus scribit libro tertio digestorum compellendum accipere iudicium: nisi et agendum causa cognita recusa-verit vel ex iusta causa remotus fuerit. Defendere videtur procurator et si in possessionem venire patiat, cum quis damni infecti satis vel legatorum desideret

«Assumere la difesa, poi, consiste nel fare ciò che farebbe in rapporto alla lite il titolare e nel prestare idonea stipulazione di garanzia; né la condizione del procuratore dovrà essere più gravosa di quella del titolare all'in fuori che nel dare garanti. All'in fuori della dazione di garanti si considera che il procuratore assuma la difesa se accetta il giudizio: onde in Giuliano è stata posta la questione, se sia costretto a ciò, ovvero sia sufficiente che diventi efficace <nei suoi confronti> la stipulazione di garanzia per mancata difesa. E Giuliano scrive nel terzo libro dei digesta che <il procuratore> va costretto ad accettare il giudizio a meno che abbia potuto ricusare di agire, previa cognizione della causa <da parte del pretore>, oppure sia stato rimosso per giusta causa. Si considera che il procuratore assuma la difesa anche se sopporti un provvedimento di immissione nel possesso, nel caso in cui qualcuno ne faccia richiesta a garanzia del danno temuto o della prestazione dei legati»

con l'aggiunta paolina (D. 3.3.35.4: Paul. 8 *ad ed.*)

vel in operis novi nuntiatione. Sed et si servum ex causa noxali patiat, duci, defendere videtur: ita tamen, ut in his omnibus ratam rem dominum habiturum caveat

«o in una denuncia di nuova opera. Ma si considera che assuma la difesa anche se debba sopportare che venga portato via un servo responsabile per causa noxale, sempreché in tutti questi casi presti stipulazione di garanzia che il titolare ratificherà l'esito della lite»²⁴.

processuale (inducendosi, quindi, ad indagare circa le conseguenze di una eventuale *indefensio* per renitenza o ostruzionismo del *reus*: si veda da ultimo N. DONADIO, *Vadimonium e contendere in iure tra «certezza di tutela» e «diritto alla difesa»*, Milano, 2012, in particolare p. 227 ss., ma anche EAD., *Vadimonium deserere: limiti e rapporti tra rimedi a garanzia dell'iniziativa processuale*, in «Legal Roots», VII, 2018, p. 61-117), e della rappresentanza processuale. Sotto questo aspetto sempre fondamentali le pagine di E. BETTI, *Diritto romano, I, Parte generale*, Padova, 1935, p. 378 ss., e, più specificamente, p. 524 e soprattutto 592 ss., che, con riferimento al meccanismo formulare, preferisce parlare di «sostituzione processuale». Il tema non è stato trattato in seguito con la dovuta ampiezza. Si veda ora M. MICELI, *Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano*, I, Milano, 2008, p. 219 ss., la quale, per quanto consideri la rappresentanza prevalentemente sotto l'aspetto sostanziale, tuttavia, nell'esame dei problemi che ruotano attorno alla classicità della figura del *procurator unius rei*, l'autrice viene a dedicare un capitolo al *procurator ad litem* basandosi sulle sicure attestazioni di Gai., *inst.* 4.86).

²⁴ Va letto anche Ulpiano, 12 *ad ed.* (D. 4.6.21.3): *defendi autem non is videtur, cuius se defensor ingerit, sed qui requisitus ab actore non est defensionis defuturus, plenaque defensio accipietur, si*

Ai fini della presente indagine si può assumere come *defensor* «colui che, nel corso del processo formulare, interveniva *in iure*, assicurando al convenuto assente la possibilità, in primo luogo, di ottenere la rituale radicazione del rapporto processuale (evitando le drastiche conseguenze della mancata presentazione o, comunque, della mancata collaborazione al rito della *litis contestatio*)»²⁵.

Ora, le fonti parlano spesso di una '*cautio*' o di un '*cavere*' relativi alla *defensio*, nel senso di una promessa, o comunque un impegno prestato durante l'*iter* processuale generalmente dall'attore (ma talora anche dal convenuto) di intervenire personalmente in un eventuale prossimo futuro in cui l'altra parte possa essere convenuta in giudizio da un terzo per lo stesso rapporto giuridico di cui si discute attualmente (o rapporto connesso).

Non ci si vuole soffermare qui sulle molte fonti che espressamente riferiscono di un '*cavere*' di tal fatta²⁶.

et iudicium non detrectetur et indicatum solvi satisfietur («d'altra parte non si considera essere difeso colui per il quale un difensore si ingerisce, ma <solo> se una persona, richiesta dall'attore, non abbandonerà la difesa, e si considererà piena difesa se non si sottrae al giudizio e se presta la stipulazione di garanzia per l'adempimento del giudicato»), anche se le parole del testo possono suscitare non pochi dubbi sulla definizione, in ordine in particolare alla negazione della *defensio* in rapporto a chi '*se defensor ingerit*' e all'esigenza (e alla sicura valenza di significato) dell'essere '*requisitus ab actore*', quando è per esempio ampiamente documentata la necessità della *defensio* dell'assente che non sempre avrà fatto la *requisitio*. Vi si ricollega necessariamente il problema della duplicità dell'azione a tutela «vuoi del gestore, vuoi dell'interessato», e della riferibilità dell'azione *in factum* (di cui alla clausola editale riportata da Ulpiano in D. 3.53.pr., 3 *ad ed.*) all'intervento spontaneo del *defensor* (su cui G. FINAZZI, *Ricerche in tema di «negotiorum gestio»*, I. *Azione pretoria ed azione civile*, Napoli, 1999, p. 237 s., e A. CENDERELLI, *L'intervento del «defensor» nel processo formulare e la portata dell'editto «de negotiis gestis»* [2001], ora in *Scritti romanistici*, Milano, 2011, p. 497 ss.).

²⁵ È la definizione di CENDERELLI, *op. cit.*, p. 498. «L'assunzione della *defensio* implicava, per chi vi si sobbarcasse, l'inserimento, a tutti gli effetti, nel ruolo di parte del processo: il *defensor* contestava la lite, si sottoponeva agli oneri connessi alla successiva fase *in iudicio* del processo, e sottostava personalmente alle conseguenze della decisione del giudice, così che, ove essa fosse di condanna, era il *defensor* a dover adempiere all'obbligazione *ex indicato* ed a subire, se inadempiente, le relative conseguenze» (lo riporta solo in parte virgolettato F. GIUMETTI, *Per advocatum defenditur. Profili ricostruttivi dello status dell'avvocatura in Roma antica*, Napoli, 2017, in particolare p. 18-22).

²⁶ Si pensi innanzi tutto a D. 5.3.57 (Nerat. 7 *membra*), molto discusso, e al suo '*quia possit et secundum alium indicari, non aliter restituere debeat quam si cautum ei fuerit quod ad versus alium eandem hereditatem defendit*' (su cui in particolare GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*», *cit.*, p. 140 ss., e la recensione di G. PROVERA, in «SDHI», XLIX, 1983, p. 502 s.). Ma si pensi anche (sempre senza la pretesa di un'elencazione completa) a D. 5.3.31.pr. (Ulp. 15 *ad ed.*: '*id imputaturum possessorem, si caverit petitozem se defensum iri*'), D. 9.4.14.pr. (Ulp. 18 *ad ed.*: '*vel omnibus dedi debeat vel cavere debeat defensu iri adversus ceteros*'), D. 17.1.45.2 (Paul. 5 *ad Plant.*: '*cavere tibi debeo defensurum te*'), D. 32.11.21 (Ulp. 2 *fideic.*: '*agendo consequitur ita, ut caveat defensu iri*'), D. 10.2.20.2 (Ulp. 19 *ad ed.*: '*integram igitur dotem praecipiet et cavebit defensum iri coheredes*'), D. 10.2.20.8 (Ulp.

Né si vuole riprendere l'ipotesi per cui la richiesta verrebbe, o comunque potrebbe venire, dal giudice, basandoci sul fatto che le fonti stesse suggeriscono un particolare meccanismo di coazione posto in essere nel corso della fase del processo che si svolge davanti al giudice, il quale in pratica subordina alla pronuncia della *cautio*, «quasi in contraccambio», una sua pronuncia favorevole alla parte stessa. Generalmente la richiesta giudiziale è rivolta all'attore, il quale si attende da parte del giudice una pronuncia di condanna nei confronti del convenuto; ma talora potrebbe trattarsi dello stesso convenuto, a favore del quale il giudice si è convinto a prendere una decisione positiva, ma prima esige sicurezza, per sé e per l'attore, che quest'ultimo sarà «difeso» qualora in futuro sia convenuto in giudizio da un terzo per lo stesso rapporto giuridico di cui le parti discutono attualmente.

Non ci si deve nemmeno soffermare sul meccanismo di operatività della '*cautio defensionis*', che appare precisamente lo stesso documentabile per altre *cautiones* cd. *iudiciales* (la *cautio de restituendo*, la *cautio de fuga servi*, la *cautio de evictione*, la *indemnitas*, la *cautio de remittendo*, etc.): la sua opportunità e la sua obbligatorietà si fanno valere particolarmente davanti al giudice, in quel momento del processo che prelude alla pronuncia del giudice stesso, il quale prima di pensare di ricorrere al sistema delle *cautiones* deve aver già formato il suo convincimento circa la ragione o il torto delle parti in causa e deve aver ponderato la possibilità che in un futuro una di esse possa essere chiamata a rispondere nei confronti di un terzo di una situazione connessa all'attuale, generalmente la stessa per la quale sta per pronunciarsi attualmente: di conseguenza, al fine, equitativo, di evitare questo rischio futuro, per ottenere l'impegno del privato, il giudice ricorre all'unico mezzo di coazione di cui possa disporre, una coazione indiretta consistente nella minaccia di non pronunciarsi a favore della parte che deve promettere.

E' il riconoscimento «estremo» della sua discrezionalità. Il riferimento insistito delle fonti all'*officium* del giudice discopre uno scenario tutto particolare

19 *ad ed.*: '*coheredem esse defendendum ab eo*', D. 31.8.3 (Paul. 9 *ad Plaut.*: '*si ... ambo defendere heredem parati sint, eligere debere heredem, cui solvat, ut ab eo defendatur*'), D. 31.8.4 (Paul. 9 *ad Plaut.*: '*eligere debere heres, cui solvat, ut ab eo defendatur*'), D. 33.4.1.9 (Ulp. 19 *ad Sab.*: '*mulierem agentem ex testamento cavere debere defensu iri*'), D. 33.4.1.10 (Ulp. 19 *ad Sab.*: '*non alias eum legatum consequitur, quam si caverit erede adversus mulierem defensu iri*'), D. 33.4.7 (Pap. 18 *quaest.*: '*quod si ratum non habeat, defendi quidem debet heres a viro, qui se defensurum promisit*'), D. 33.8.18 (Marc. 6 *inst.*: '*non alias heres peculium praestare debet, nisi ei caveatur defensu iri adversus creditores peculiosos*'), D. 34.3.4 (Pomp. 7 *ex Plaut.*: '*non aliter heres condemnari debet, quam si caveatur ei adversus debitorem defensu iri*'), D. 36.1.17.3 (Ulp. 4 *fideic.*: '*restituta sibi ex Trebelliano hereditate debere aut deductionem eum non pati ab herede aut cavere illi heredem defensum iri eum adversus legatarios ceterosque*'), etc. In rilievo particolare si pone qui il problema del concorso delle azioni e dell'esigenza di evitare una doppia imputazione nei confronti del soggetto convenuto.

della fase finale del processo, in ultima analisi concedendo al giudice di capovolgere addirittura gli esiti, quelli, almeno che sarebbe stato logico aspettarsi secondo giustizia, quelli che lui stesso avrebbe accertato sulla base delle sue valutazioni condotte in conformità del diritto e seguendo le direttive della formula. A lui è dato, a questo punto, di valutare con sguardo complessivo e lungimirante i rapporti fra i due contendenti, proiettandosi anche nel futuro, e proporre alle parti (in particolare alla parte che risulterebbe svantaggiata dalla sua decisione) di ottenere ragione nonostante tutto, purché sia disposta, a sua volta, a mutare in un determinato modo la situazione con il proprio avversario²⁷.

Ciò su cui si vuole soffermare qui l'attenzione è appunto quanto viene presupposto da questo meccanismo di operatività: il giudice, com'è tipico del processo formulare romano, non impone, non ordina – non ne ha i poteri – ma si limita a sollecitare la parte da cui si pretende la *cautio*, incontrando su ciò la piena adesione, o piuttosto la sollecitazione dell'altra parte, la quale è logicamente ben disponibile a mettere in gioco la sua posizione di parte processuale per quella paventata eventualità futura.

E', in pratica lo stesso meccanismo, di antichissima prassi, che si docu-

²⁷ In un modo che anticipa in senso positivo situazioni future: promettendo – e mi limito alle *cautiones* qui in esame – che non agirà '*amplius*' per lo stesso rapporto, promettendo che cederà le azioni e quindi i suoi diritti sulla cosa, promettendo che si offrirà alla *defensio* (ma anche che solleva il suo avversario da ogni futuro danno; ovvero che personalmente si asterrà da comportamenti dolosi e comunque sarà pronto a intervenire per scongiurare il dolo altrui; ma ancora che restituirà la cosa e, in particolare, lo schiavo fuggitivo dopo averlo perseguito, etc.). Sulla valorizzazione dell'*officium iudicis*, in particolare in rapporto alle *cautiones iudiciales*, si veda anche PROVERA, *op. cit.*, p. 495-507 (ma anche ID., *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I, Torino, 1987, p. 478 ss.). Critico, seppure parzialmente, R. SANTORO, «*Cautiones iudiciales*» e «*officium iudicis*», in «Labeo», XXX, 1984, p. 340-350. Perseguono la linea della ricerca pur non facile, sui poteri del giudice e i suoi rapporti con le direttive impartitegli dalla formula, nonché sul valore e le esplicazioni del suo *officium*, alcuni lavori più recenti, ancorché settoriali, quali, nella colletanea «Il giudice privato nel processo civile romano» (*cur.* L. Garofalo), Padova, 2012: C. BUZZACCHI, '*Omnia iudicia absolutoria*': il secondo paradosso del processo civile romano, II, p. 1 ss., F. PULITANO, *Profili dell' 'officium iudicis' nei giudizi divisorii*, II, p. 385 ss., S. VIARIO, *Note sul 'insum de restituendo' nelle azioni arbitrarie*, III, p. 65 ss., G. ROSSETTI, *Alcune considerazioni in tema di consunzione giudiziale ed identificazione dell' 'eadem res'*, III, p. 171 ss., M. MILANI, *I poteri del giudice nei 'bonae fidei iudicia' e il patto risolutivo viziato da 'metus': alcune riflessioni a margine di Paul. 11 ad ed. D. 4.2.21.4*, III, p. 213 ss., E. SCIANDRELLO, *Note sull' 'officium iudicis' in materia di rimborso delle spese: confronto tra rivendica e petizione di eredità*, III, p. 451 ss., N. RANDAZZO, *Osservazioni sulle cause di esenzione dall' 'officium iudicis'*, III, p. 489 ss., ed altri in cui si tratta della valutazione del danno subito dalla *res litigiosa*. Manca tuttavia un discorso unitario sull'*officium iudicis*. E restano scoperti comunque molti problemi specifici, che attengono, per esempio, al sistema delle *cautiones*, al rapporto fra le *cautiones* e le *stipulationes* contrattuali, alle conseguenze delle decisioni non conformi da parte del soggetto richiesto di *cavere*, a eventuali responsabilità del giudice, etc.

menta a proposito dell'evizione: talora, in via stragiudiziale o nel corso di un processo, la *cautio evictionis* viene richiesta e prestata nei casi in cui non si può fare ricorso a nessun altro rimedio processuale per evitare una eventuale e futura situazione di pregiudizio nei confronti di una delle parti. L'«assistenza processuale»²⁸, in che si vuol far consistere l'antica *anctoritas*, pur nella nebulosità dei dati, verrebbe a concretizzarsi in un vero e proprio intervento del dante causa nel processo intentato contro l'acquirente dal terzo rivendicante.

Se la *cautio evictionis* è richiesta nel processo se ne deve riconoscere in particolare l'iniziativa al giudice, il quale inviterà la parte al *cavere* e condizionerà alla ottemperanza di quanto richiesto una sua pronuncia favorevole alla parte che si deve impegnare (come è palese da D. 6.1.57: Alf. 6 dig.)²⁹.

Le parole di Ulpiano (32 *ad ed.*), D. 19.1.11.18, '*Idem Neratius ... ait ex empto actionem esse, ut habere licere emptori caveatur*', col rimando a Nerazio e la menzione espressa dell'*habere licere*, ne stigmatizza la risalenza. Le fonti parlano autonomamente di '*cautio evictionis*', di '*cavere de evicione*', di '*satisfare*'³⁰.

²⁸ Così, per esempio, T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in «La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano» (cur. L. Garofalo), Padova, 2015, p. 277-310.

²⁹ Sul passo GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*», cit., p. 167 ss., E. BIANCHI, D. 6.1.57 (Alf. 6 dig.). *Responso a un caso concreto o riflessione teorica? Per una proposta esegetica in tema di «concorso di azioni»*, in «RDR», XIII, 2013, *passim*.

³⁰ Per esempio (ma trattandosi di un fenomeno, l'evizione, di grande portata, e rappresentato, appunto, da *cautiones*, da *stipulationes*, da *satisfactiones*, accordi di vario tipo e valore, molto spesso contrattualmente autonomi e suscettibili di propria specifica tutela processuale, se ne fa qui brevissima e veloce rassegna, limitandocisi a quelli che più palesemente risulterebbero «giudiziali»): per esempio in D. 3.5.18.3 (Paul. *ad Ner.*: '*subicere debet aliquem, qui a te petat meo nomine, ut et mihi rem et tibi stipulationem evictionis committat*'), D. 6.1.35.2 (Paul. 21 *ad ed.*: '*petitor possessori de evicione cavere non cogitur rei nomine, cuius aestimationem accepit: sibi enim possessor imputare debet, qui non restituit rem*'), D. 6.1.57 (Alf. 6 dig.: '*prior index indicaret eum oporteret ita fundum petitori restitui iubere, ut possessori caveret vel satisfaret, si alter fundum evicisset, eum praestare*'), D. 12.2.13.3 (Ulp. 22 *ad ed.*: '*ex empto agere poterit, ut ei cetera praestentur, id est res tradatur et de evicione caveatur*'), D. 9.4.14.1 (Ulp. 18 *ad ed.*: '*officii iudicis hoc quoque erit, ut caveatur ei cui deditur ob evicionem*'), D. 10.2.25.21 (Paul. 23 *ad ed.*: '*curare debet ut de evicione caveatur his quibus adiudicat*'), D. 10.3.10.2 (Paul. 23 *ad ed.*: '*iusto pretio res aestimare debebit index et de evicione quoque cavendum erit*'), D. 17.1.8.10 (Ulp. 31 *ad ed.*: '*et si cautum est de evicione vel potes desiderare, ut tibi caveatur, puto sufficere, si mihi hac actione cedas, ut procuratorem me in rem meam facias, nec amplius praestes quam consecuturus sis*'), D. 18.4.2.pr. (Ulp. 49 *ad Sab.*: '*venditor hereditatis satisfare de evicione non debet, cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus iuris emptor habeat quam apud heredem futurum esset*'), D. 18.6.19.1 (Pap. 3 *resp.*: '*dominii quaestione mota pretium emptor solvere non cogetur, nisi fideiussores idonei a venditore eius evicionis offerantur*'), D. 19.1.35 (Ulp. 70 *ad ed.*: '*ex empto habebit actionem: licet enim stipulatio de evicione non committatur*'), D. 30.71.1 (Ulp. 51 *ad ed.*: '*de evicione an cavere debeat is, qui servum praestat ex causa legati, videamus. Et regulariter dicendum est, quotiens sine iudicio praestita res legata evincitur, posse eam ex testamento peti: ceterum si iudicio petita est, officio iudicis cautio necessaria est, ut sit ex stipulatu actio*'), D. 45.1.131.1 (Scaev. 13 *quaest.*: '*nihilominus petere*

Anche in rapporto all'evizione – e specificamente alla promessa che non ci si negherà in un eventuale futuro a tutti i comportamenti relativi, compresi quelli che richiedono la partecipazione processuale al giudizio eventualmente intentato da chi si assume il vero proprietario, fino alla surrogazione (sostituzione processuale) del convenuto – va sottolineato che in ogni caso l'azione del giudice si limita a sollecitare dalla parte la promessa di futuro, nella sicura consapevolezza delle differenti titolarità: il promittente si impegna a surrogare altri (il titolare) nell'azione di revindica che un terzo intenterebbe contro di lui, e quindi prendendo le sue parti fino a sostituirlo processualmente anche in ordine all'eventuale condanna.

5. Per trarre le fila del discorso fin qui svolto va rilevato innanzi tutto come sia di intuitiva evidenza che innanzi tutto per poter validamente rinunciare ad un diritto si deve essere in grado di disporre, così come per cedere ad altri o trasferire ad altri un diritto è indispensabile che il diritto (o una certa posizione) ci appartenga indiscutibilmente³¹. E ciò vale anche per il diritto di azione.

Il problema di base si rapporta a quell'avverbio, *'amplius'*, che così spesso compare nelle fonti relative, a sottolineare la preoccupazione della giurisprudenza romana verso i rischi di doppie imposizioni o comunque di imposizioni che esorbitino dalle ragioni dell'equità: *'nihil amplius ex hoc legato quam actiones suas heres praestare debet'* (D. 30.105), *'ad officium iudicis nihil amplius pertineat, quam ut partem hereditatis pro indiviso restitui mihi iubeat'* (D. 5.4.7), *'et si uno iudicio res esset iudicata, altero amplius non agendum'* (D. 9.2.27.11; e poi al § 14, *'si colonus eam exercuit, cavere eum debere amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet'*), *'exceptione doli mali opposita compelletur, ut ex utroque iudicio nihil amplius consequatur, quam consequi deberet, si ...'* (D. 9.2.47), etc.³². Si trovano ugualmente

fundum potest, ut sibi de evictione promittatur'), etc.

³¹ Intendo segnalare con l'uso dei due verbi diversi «cedere» e «trasferire», le due diverse posizioni del titolare del diritto di azione nel caso della *cessio* e nel caso della *defensio*: nel *cedere* o *praestare actiones* è il titolare del diritto che si impegna a trasferirne ad altri l'esercizio in un eventuale futuro, e si tratta del diritto di iniziativa processuale attorea; nel caso della *defensio* l'impegno del promittente deve incontrarsi (e naturalmente non si prevedono intoppi) con la cessione da parte dell'interlocutore della propria posizione processuale passiva.

³² E ancora: *'propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendae eius praestari a me emptori oporteat'* (19.1.31.pr.), *'nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis'* (D. 19.2.33), *'opposita doli mali exceptione. Respondit vel expensas consecutorum vel nihil amplius praestaturum'* (D. 19.2.61), *'non aliter hominem venditori restituere iubetur, quam si indemmem eum praestiterit. Quid ergo, inquit Iulianus, si noluerit venditor hominem recipere? Non esse cogendum aut quicquam praestare, nec amplius quam pretio condemnabitur'* (D. 21.1.23.8), *'nihil amplius quam cavere eum oportebit'* (D. 30.47.4), *'nihil amplius ex hoc legato quam actiones suas heres praestare debet'* (D. 30.105), *'nihil amplius heres praestare debet, quam ut eum adversus creditorem defendat'* (D. 34.3.4), *'si forte velit pater ca-*

impiegate espressioni come ‘non aliter condemnari debebo quam si ...’, o ‘non alias cogetur ei heres legatum solvere, quam si caverit’. E assai frequente è anche l’uso dell’*avverbio* ‘*dumtaxat*’ a rimarcare un limite di decisione (se si tratta di processo), ovvero comunque di responsabilità, sul quale ci si deve arrestare.

Ma un minimo discorso conclusivo sul problema dibattuto confluisce ancora – mi sembra – verso altre due «forme» di *cautiones*, che sono la *cautio indemnitas* e la *cautio de dolo*.

Risalta ben frequente nelle fonti l’espressione ‘*indemnem praestare*’, ‘*indemnitas praestari*’, anche indipendentemente dalla configurazione di una *cautio iudicialis*: se in molti casi la situazione in cui si richiede la prestazione della *cautio* è sicuramente processuale, altrettanto sicuri sono passi in cui all’impegno *de indemnitate* si perviene nei rapporti sostanziali fra le parti.

E così è prassi che la penale imposta dal testatore sulla *pecunia promissa* sia, per *legem duodecim tabularum*, suddivisa in regime di solidarietà fra i coeredi, i quali pertanto si garantiscano l’un l’altro ‘*per cautionem, ut de indemnitate caveat per quem factum fuerit, ne omnis pecunia solveretur, aut ut caveat se ei qui solidum solverit partem praestaturum*’ (D. 10.2.25.13: Paul. 23 *ad ed.*); e così nell’ipotesi di cosa mobile data in pegno Pomponio suggerisce, contro Atilicino, che la cosa possa essere riconsegnata per consentirne la vendita e il pagamento del debito col ricavato, ‘*prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda*’ (D. 13.7.6pr.: Pomp. 35 *ad Sab.*); e ancora in ipotesi di vendita di cosa pignorata (i *mancipia*) ci si può garantire circa quanto promesso per l’evizione esigendo un ‘*cavere indemnem ... futurum*’ (D. 13.7.8.1: Pomp. 35 *ad Sab.*); e così la madre promette l’indennità ai tutori del figlio ‘*ne hi praedia eius distraberent*’ (D. 16.1.8.1: Ulp. 29 *ad ed.*), etc.³³.

vere neminem amplius petiturum’ (D. 36.3.2), ‘*namque hic nihil amplius quam idoneum se debitorem adfirmat*’ (D. 47.2.52.15), etc.

³³ Anche in questo caso non si pretende di dare un elenco esaustivo delle proposte, ma di illustrare in qualche modo l’asserita frequenza del fenomeno. Si vedano, dunque, per esempio, D. 3.5.30.1 (Pap. 2 *resp.*: ‘*ignorans Titii negotium gessit: ob eam quoque speciem Sempronio tenebitur, sed ei cautionem indemnitas officio iudicis praeberi necesse est adversus Titium, cui datur actio*’), D. 10.2.20.5 (Ulp. 19 *ad ed.*: ‘*indemnes igitur coheredes suos praestare cavebit*’), D. 10.2.25.13 (Paul. 23 *ad ed.*: ‘*prospiciendum est per cautionem, ut de indemnitate caveat per quem factum fuerit, ne omnis pecunia solveretur, aut ut caveat se ei qui solidum solverit partem praestaturum*’), D. 10.2.29 (Paul. 23 *ad ed.*: ‘*nec cavere debet coheredi indemnem eum fore adversus eum qui pignori dedit*’), D. 11.7.14.1 (Ulp. 25 *ad ed.*: ‘*legatarium tamen legato carere non oportet, si potest indemnitas ab herede praestari*’), D. 12.4.5.pr. (Ulp. 2 *disp.*: ‘*condictio locum habebit, ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur eius quod expendisti*’), D. 12.6.38.pr. (Afr. 9 *quaest.*: ‘*aequum esse, ut ad quantitatem eius indemnitas a coherede praestetur*’, e poi anche ‘*adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse praestandum*’), D. 13.7.6.pr. (Pomp. 35 *ad Sab.*: ‘*prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda*’), D. 13.7.8.1 (Pomp. 35 *ad Sab.*: ‘*ei caveatur, quod evictionis nomine promiserit, indemnem eum futurum*’), D. 13.7.31 (Afr. 8 *quaest.*: ‘*habitatum me pigneraticiam actionem, ut indemnem me praestet*’), D. 16.1.8.1 (Ulp. 29 *ad ed.*: ‘*mulier intervenit apud tutores filii sui, ne hi praedia eius distraberent, et indemnitate eis repromiserit*’), D. 16.1.19.pr. (Afr. 4 *quaest.*:

La indicazione generica di «un qualche danno» e la formulazione impersonale della promessa consentono di potervi ricomprendere ogni possibile ipotesi, in particolare futura, di eventuale nocimento, ivi compresa l'ipotesi di una reiterazione dell'azione o della pretesa, senza escludere altre eventuali doglianze³⁴.

'stipulatusque de ea est indemnem se eo nomine praestari'), D. 16.1.19.2 (Afr. 4 quaest.: *'adversus pupillum et ceteros forte creditores indemnem heredem praestaret'*), D. 16.1.31 (Paul. 1 ad Ner.: *'Paulus: si mulier quod ex intercessione solvit nolit repetere, sed mandati agere et cavere velit de indemnitate reo, audienda est'*), D. 17.1.5.3 (Paul. 32 ad ed.: *'quod deest mandatu meo, praestes et indemnem me per omnia conserves'*, e poi *'dominus potest nec ulla exceptione summoverti, nisi indemnitas ei praestetur'*), D. 17.2.23.pr. (Ulp. 30 ad Sab.: *'nihil ultra sociis praestet, an vero indemnes eos praestare debeat'*), D. 17.2.67.pr. (Paul. 32 ad ed.: *'pretium dividi debet ita, ut ei caveatur indemnem eum futurum'*), D. 21.1.23.8 (Ulp. 1 ad ed. aed. cur.: *'non aliter hominem venditori restituere iubetur, quam si indemnem eum praestiterit'*), D. 21.1.29.3 (Ulp. 1 ad ed. aed. cur.: *'ne alias compellatur hominem venditori restituere, quam si eum indemnem praestet'*), D. 23.3.16 (Ulp. 34 ad Sab.: *'sufficit enim maritum indemnem praestari, non etiam lucrum sentire'*), D. 23.3.29 (Ulp. 36 ad Sab.: *'non alias cogetur ei heres legatum solvere, quam si caverit indemnem hoc nomine heredem futurum adversus maritum ex promissione agentem. Sed si maritus agat, nihil de indemnitate eum cavere oportebit, verum mulier post eum agens exceptione repellitur, quia semel dos praestita est'*), D. 26.7.17 (Pomp. 17 ad Sab.: *'qui iussus est ab eo, qui ius iubendi habet, tutelam gerere, si cessasset, ex quo iussus est indemnem pupillum praestare debebit, non ex quo tutor esse coepit'*), D. 30.70.pr. (Gai. 18 ad ed. prov.: *'non est iniquum talem servum tibi tradi, qualis apud Titium fuit, id est ut me indemnem praestes furti nomine, quod is fecerit apud Titium'*), D. 30.107.pr. (Afr. 2 quaest.: *'itaque eum qui praecipere iussus est cavere debere coheredibus indemnes eos praestari'*), D. 33.4.7.pr. (Pap. 18 quaest.: *'si forte per errorem cautio defensionis omissa sit ex causa fideicommissi filius dotem accepit, ut indebitum fideicommissum non repeteretur: cautiones enim praestandae necessitas solutionem moratur'*, e poi, al § 4, *'non ante solvere legatum cogendus est, quam ei cautum fuerit de indemnitate soluto matrimonio'*), D. 36.1.15.6 (Ulp. 4 fideic.: *'cessat compulsio, tametsi indemnitis cautio offeratur'*), D. 36.1.17.14 (Ulp. 4 fideic.: *'quaerit, si quis paratus sit domino cavere de indemnitate, an possit cogi adire hereditatem, maxime et si pretium servi offeratur. Et recte ait non oportere sub incerto cautionis committere se aditioni hereditatis'*), D. 36.1.61.pr. (Paul. 4 quaest.: *'non putarem compellendum adire, nisi prius de indemnitate esset ei cautum vel soluta pecunia esset'*), D. 44.2.29.pr. (Pap. 11 resp.: *'libertates competere placuit, ita tamen, ut officio iudicis indemnitati victoris futurique manumissoris consulatur'*), e D. 46.3.62 (Paul. 8 ad Plant.: *'illa quaestio est: cum negotium meum gerens a debitoribus meis accepis, deinde ego ratum non habuero et mox agere velim negotiorum gestorum actione, an utiliter agam, si caveam te indemnem futurum'*). La frequenza di un simile impegno di garanzia nella prassi quotidiana è dimostrata anche dai dati archeologici: così una interessante *cautio indemnitis* (o più precisamente *'cautio damni'*) si identifica nella tabella cerata, fra le tante ritrovate qualche anno fa nella City di Londra – «TLond.» 37 –, su cui F. COSTABILE, *'Autocertificazione' per epistulam da Londinium di 'solutio' del garante di una cautio damni (66-80 d.C.)*, in «Diritto e Storia», XI, 2018, relativamente alla quale «non siamo in grado di capire oltre ogni dubbio se la *cautio damni* fosse processuale o piuttosto negoziale: infatti, il testo superstite non menziona né una decisione pretoria, né una sentenza del giudice e manca qualsiasi altro riferimento processuale. Naturalmente, questo si sarà potuto trovare nella parte perduta, o sarà potuto essere dato perfino per scontato dal mittente».

³⁴ Come per esempio nel caso di una fideiussione documenta l'alternativa della formula suggerita da Paolo: *'cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tan-*

Così l'‘*indemnem praestare*’ potrebbe celare l'impegno a non agire in futuro contro lo stesso soggetto, personalmente o tramite altro soggetto, rappresentante processuale. Ne è riprova la riflessione, pro e contro, che si legge sulla fine di un passo tratto dal libro 8 *ad Plautium* di Paolo (‘*si vero non liberantur*’):

D. 46.3.62: Dispensatorem meum testamento liberum esse iussi et peculium ei legavi: is post mortem meam a debitoribus pecunias exegit: an heres meus retinere ex peculio eius quod exegit possit, quaeritur. et si quidem post aditam hereditatem exegerit pecuniam, dubitari non debet, quin de peculio eo nomine retineri nihil debeat, quia liber factus incipit debere, si liberantur solutione debitores. cum vero ante aditam hereditatem pecuniam accepit dispensator, si quidem liberantur debitores ipsa solutione, non est dubium, quin de peculio id retinendum sit, quia incipit debere hic heredi quasi negotiorum gestorum vel mandati actione. si vero non liberantur, illa quaestio est: cum negotium meum gerens a debitoribus meis acceperis, deinde ego ratum non habuero et mox agere velim negotiorum gestorum actione, an utiliter agam, si caveam te indemnem futurum. quod quidem ego non puto: nam sublata est negotiorum gestorum actio eo, quod ratum non habui: et per hoc debitor mihi constituitur.

Plauzio, e conseguentemente Paolo³⁵, si sarebbe preoccupato di salvaguardare i diritti dell'erede di fronte alla riscossione dei crediti del *de cuius* operata dal *dispensator* dopo la morte del *de cuius* stesso, distinguendo l'ipotesi in cui i debitori escussi ‘*liberantur ... ipsa solutione*’, da quella che non comportasse tale liberazione.

E qui si aggiunge – e l'aggiunta si direbbe tutta paolina – una più ampia considerazione sul negozio gestorio: ancorché il dubbio circa la possibilità di agire *utiliter* con l'*actio negotiorum gestorum* sia risolto dal giurista in termini negativi, il testo documenta senza dubbio l'interscambiabilità, all'occorrenza, fra un'omessa *cautio de rato* (per scongiurare il rischio di un'azione futura da parte del *dominus* rappresentato) e la *cautio de indemnitate*, la quale, dunque, per il caso di doppia azione da parte della stessa persona, avrebbe la funzione di una *remissio*.

Così dietro l'‘*indemnem praestare*’ si potrebbe leggere la cessione delle azioni che competerebbero al promittente relativamente a quell'oggetto o quel rapporto attualmente in contestazione: come si può leggere in D. 3.5.30.1³⁶. E

tum fide tua esse iubes? vel ita: 'indemnem me praestabis?' (D. 19.2.54.pr.: Paul. 5 resp.).

³⁵ Si tratta di un altro frammento di origine plauziana.

³⁶ Papiniano (2 *resp.*) traccia la struttura elementare della *negotiorum gestio* e nei complessi rapporti di gestione (gestione degli affari di Sempronio, ma, inconsapevolmente, anche degli affari di Tizio) propone una *cautio indemnitate*. Il testo si può leggere in correlazione con altri in cui più esplicito è il trapasso delle azioni: con D. 17.1.27.5 di Gaio (9 *ad ed. prov.*: ‘*Si mandatu meo Titio credideris et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. Sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris*’), e con D. 46.1.13 di Giuliano (14 *dig.*: ‘*Si mandatu meo Titio decem credideris et mecum mandati egeris, non*

così dietro dietro l'«*indemnem praestare*» si potrebbe celare l'impegno ad intervenire in un eventuale futuro nell'azione che potesse essere intentata contro l'interlocutore (sostanziale o processuale) a difesa. Che è, per esempio, il caso di D. 12.6.38.pr.³⁷.

Lo stesso è a dire della *cautio de dolo*. Innanzi tutto il dolo è un illecito «pretorio» che ha uno spettro di applicazione di grande ampiezza, se non illimitata. Inoltre si è potuto constatare come per attivare il sistema delle *cautiones* all'interno del processo, per ottenere dalle parti alcuni comportamenti precisi che potrebbero determinare la soluzione della lite in un senso o nell'altro orientando la decisione in termini di equità più che di giustizia pura, in alternativa all'*officium iudicis*, e sotto la direzione del magistrato, si può far ricorso all'inserimento nella formula di un'*exceptio doli*: valga per tutti D. 9.4.11 (Ulp. 7 *ad ed.*): '*Bona fide servi possessor eius nomine furti actione tenebitur, dominus non tenetur. Sed noxae dedendo non facit quidem actoris: cum autem coeperit istum servum dominus vindicare, doli exceptione summovebitur vel officio iudicis consequetur, ut indemnus maneat*'. Anche nel caso della promessa *de dolo* la formulazione generica ed impersonale e la possibilità della sua proiezione nel futuro («*dolum malum afuturumque esse*») possono coprire tutti gli episodi di «dolo processuale».

A suo tempo Ernst Levy³⁸ aveva riconosciuto nelle fonti della giurisprudenza romana, ben individuabili pur nella varietà dei mezzi suggeriti secondo i casi, tre diversi «tipi» di interventi volti ad impedire il cumulo di azioni: 1) la *remissio* (o piuttosto la promessa che non si agirà ulteriormente) imposta all'attore come condizione per pronunciarsi in suo favore (cioè con la condanna del convenuto) nel caso di mero concorso attivo di azioni, allorché azioni diverse fossero esperibili fra i medesimi soggetti e a cagione dello stesso rapporto giuridico; 2) la promessa della *defensio* futura (la «*cautio defensionis*», appunto), nel caso di concorso attivo di persone, quando la stessa azione fosse esperibile contro un unico soggetto da parte di più persone; 3) la cessione delle azioni (ovvero l'impegno a trasferire ad altri il proprio diritto di agire contro qualcuno per qualche cosa) nel caso di doppio concorso passivo, quando diverse azioni

liberabitur Titius: sed ego tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. item si cum Titio egeris, ego non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non poteris»).

³⁷ Africano conclude che «se uno dei figli avesse dovuto qualcosa ad un estraneo e questi avesse riscosso da lui dopo la morte del padre, egli potrebbe recuperare dai coeredi con l'azione di divisione dell'eredità», per cui «se si agisce per la divisione dell'eredità quando il pagamento non è stato ancora effettuato, è equo che [...] il fratello debitore venga dal coerede tenuto indenne fino all'ammontare del debitore».

³⁸ E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I e II, Berlin, 1922, rist. Aalen, 1964, *passim*, e ID., *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar 1962, p. 41 ss., nonché G. PUGLIESE, *rec.* a E. LEVY, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, in «Iura» XIV, 1963, p. 257 ss.

fossero esperibili contro diversi soggetti passivi, ma a cagione dello stesso rapporto giuridico. E il discorso aveva in ogni caso il suo fulcro nella piena disponibilità del diritto di azione riconosciuta al suo titolare nel diritto romano.

In una prospettiva diversa, dilatata storicamente, Giovanni Negri³⁹ percorre per tappe l'emergere dei «degli strumenti concettuali e dei mezzi di tutela» elaborati nel corso dei secoli in rapporto al problema delle azioni concorrenti, a partire dall'età tardo repubblicana (principalmente per bocca di Servio e di Labeone) fino a giungere al diritto romano classico, e poi, attraverso l'esperienza dei giuristi severiani, al diritto giustiniano. Particolarmente rilevante si pone in questa prospettiva l'azione dei giuristi⁴⁰ che si interrogano, alla luce delle esigenze equitative valutate caso per caso, sul concetto di 'eadem res', e di volta in volta sullo scopo dell'azione, sul principio 'bis de eadem re ne sit actio' (Quint., *inst.* 7.6.1: 'id est, hoc 'bis' ad actorem an ad actionem'), sulla 'res de qua agitur', sull'identificazione della domanda, sulla soddisfazione dell'attore e sui suoi limiti, e insomma sull'esigenza di tener conto di riflessioni non univoche. E la riflessione si sofferma, sempre con impostazione casistica, su «la *cautio* che il giudice impone per evitare l'esperimento cumulativo altrimenti ineluttabile», considera la *remissio* – la sola *remissio* – e conclude che «in tutti questi casi l'intervento del giudice è verosimilmente ispirato ad un giudizio di opportunità»⁴¹.

Conclusivamente, nessuno può negare che comunque ogni sviluppo del diritto in Roma, anche quando si attui concretamente attraverso le leggi, o il pretore, o il giudice, ha la sua base e sua matrice nello sviluppo del pensiero giuridico giurisprudenziale, e deve la sua ispirazione, più o meno apertamente, alle opinioni dei giuristi e al loro confronto. Peraltro nel concreto della *remissio*, della *defensio*, della cessione delle azioni il meccanismo attuativo cui si fa, o si può fare ricorso trattandosi del diritto di azione non può assolutamente prescindere dal suo titolare e – su accordo delle parti, o su ordine pretorio, o su invito del giudice – il risultato concreto dipende completamente⁴² dalla adesione di volontà del soggetto, e richiede perciò un'esplicita

³⁹ NEGRI, 'Concorso delle azioni', cit., *passim*.

⁴⁰ L'autore considera alla stessa stregua l'azione del pretore (parla dei rimedi, strumenti concettuali e mezzi di tutela, «elaborati dalla giurisprudenza e dai pretori»), intendendo riferirsi non tanto all'inserimento di eccezioni nella formula, per il quale sarebbe sollecitato dalle parti, quanto all'intervento autonomo di *denegatio actionis* cui il pretore potrà ricorrere all'occorrenza (per esempio nel caso di D. 44.7.34.pr., dove Paolo, *l.s. de conc. act.*, suggerisce che 'si ante iniuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. Sed et haec sententia per praetorem inibenda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur').

⁴¹ Sono presi in considerazione da questo punto di vista D. 19.2.43, D. 17.2.50, ma soprattutto D. 19.2.25.5, D. 13.6.7.1, D. 47.2.9.1, D. 6.1.13, D. 44.7.34.pr. (p. 261 s.).

⁴² Qualche suggestione in questo senso, in chiave di ricostruzione storica, in L. FRAN-

sua conferma mediante il suo *'cavere'*⁴³.

CHINI, *Alle origini di negozio e processo: l'autotutela rituale*, in «Il giudice privato», cit., p. 161-271.

⁴³ Scrive anche F. COSTABILE (*op. cit.*, p. 11): «Le *cautiones* si articolavano in molteplici fattispecie in relazione al contenuto, ma la *cautio* in generale era l'obbligazione, assunta da una parte, di *dare* o *facere aliquid* in pro di un'altra, nel caso si fosse verificato un determinato e temuto avvenimento».