

Iole Fagnoli

Cervidio Scevola ed il problema di una «repetitio quasi indebiti soluti» (*)

1. Mi propongo in questa sede di esaminare il significato di una testimonianza di Cervidio Scevola, desunta dai suoi *responsa*¹ e inserita dai compilatori del Digesto nel titolo '*de condictione indebiti*'. Si

*) Riproduco con il corredo delle note il testo essenziale della mia relazione presentata al convegno. Queste pagine – in una chiave interpretativa del tutto autonoma – rappresentano un approfondimento dell'esegesi di D. 12.6.61, di cui avevo incidentalmente già avuto modo di occuparmi in *Alius solvit alius repetit. Studi in tema di indebitum condicere*, Milano, 2001, p. 159 ss., cui si rinvia per un quadro più generale dei problemi.

1) La nota «querelle» sul «Verhältnis zwischen Scaevolae Digesten und Responsen», e quindi, in particolare, su quale delle due opere sia stata pubblicata prima e quale effettivamente da Scevola, ha conosciuto fin dal diciannovesimo secolo posizioni nettamente contrapposte. In un primo momento (cfr., tra gli altri, S. W. ZIMMERN, *Geschichte des Römischen Privatrechts bis Justinian*, I, *Erste Abteilung*, Heidelberg, 1826, p. 361, e C. FERRINI, *Storia delle fonti del diritto romano e della giurisprudenza romana*, Milano, 1885, p. 81) i *digesta* furono considerati «ein Kommentar» ai *responsa*. Fu Th. MOMMSEN (*Die Bedeutung des Wortes digesta*, in «Zeitschrift für Rechtsgeschichte», VII, 1868, p. 484 = «Gesammelte Schriften», II, Berlin, 1905, p. 94, e *Die Kaiserbezeichnung bei den römischen Juristen*, in «Zeitschrift für Rechtsgeschichte», IX, 1870, p. 115 = «Gesammelte Schriften», II, cit., p. 170 s.) ad intuire che Scevola avrebbe pubblicato solo i *responsa*, mentre i *digesta* sarebbero stati un'edizione postuma derivata da quelli; su di un analogo ordine di idee si poneva H. PERNICE, *Miscellanea zu Rechtsgeschichte und Texteskritik*, I, Prag, 1870, in particolare p. 80 s., sostenendo che i *digesta* sarebbero successivi ai *responsa*, ma costituirebbero «eine vollständige systematische Sammlung» dei *responsa*, una sorta di seconda edizione degli stessi, che sarebbero già stati pubblicati in precedenza in cinque o sei piccole raccolte. L'idea di Mommsen fu ripresa e approfondita da R. SAMTER, *Das Verhältnis zwischen Scaevolae Digesten und Responsen*, in «ZSS.», XXVII, 1906, p. 151 ss., e condivisa anche da H. FITTING, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*², Halle, 1908, rist. Osnabrück, 1965, p. 64. D'altra parte vi sono anche molti autori, che hanno sostenuto la tesi opposta, ritenendo che solo i *digesta* sarebbero stati scritti dal giurista, mentre i *responsa* sarebbero stati una rielaborazione, redatta in forma più breve, pubblicata successivamente alla morte del giurista: si vedano in tale senso O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1885, p. 734, P. JÖRS, *Cervidius*, in «RE.», III.2, 1899, rist. 1958, c. 1990, Th. SCHIRMER, *Beiträge zur Interpretation von Scaevolae Quaestiones*, in «ZSS.», XXI, 1900, p. 355 ss., P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*², München-Leipzig, 1912, p. 219, e Th. KIPP, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*⁴, Leipzig-Erlangen, 1919, p. 133. La svolta interpretativa si ha nel 1931 con F. SCHULZ, *Überlieferungsgeschichte der Responsa des Cervidius Scaevola*, in «Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel», Leipzig, 1931, p. 143 ss. (si veda anche Id., *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953, trad. it. – *Storia della giurisprudenza romana* –, Firenze, 1968, p. 418 s.), che arriva a dimostrare come entrambe le raccolte sarebbero epitomi dell'opera originale di Scevola; a parte l'opinione di G. SCIASCIA, *Le annotazioni ai Digesta-Responsa di Q. Cervidio Scevola*, in «AUCA.», XVI, 1942-1944, in particolare p. 157 s., per cui l'autenticità delle note di Trifonino sarebbe incompatibile con l'ipotesi di Schulz, concordano con l'interpretazione di quest'ultimo, per esempio, G. ARCHI, *Una 'nota' di Trifonino a Scevola (Mortis causa capio; mandato; adstipulatio; fedecommesso)*, in «Festschrift E. Rabel», II, Tübingen, 1954, p. 8 nt. 4, F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, p. 285 nt. 31 (ritenendola «wirklich erwiesen»), e W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Graz-Wien-Köln, 1967, rist. Köln-Weimar-Wien, 2001, p. 217 s. In realtà successivamente la questione non è più stata esaminata *funditus*, cosicché in sostanza l'ipotesi di Schulz non risulta essere ancora stata convincentemente confutata: così non mette in discussione tale interpretazione H.T. KLAMI, *Entscheidung und Begründung in den Kommentaren Tryphonins zu Scaevolae Responsen*, Turku, 1975, p. 4, ritenendo però (Id., *Wie schlecht hat ein Klassiker schreiben können?*, in «Studi A. Biscardi», IV, Milano, 1983, in particolare p. 225) che i *digesta* sarebbero successivi ai *responsa*; pone in evidenza che «die Hypothese Schulz' ist bis heute unwiderlegt geblieben» F. HORAK, *rec. a KLAMI, Entscheidung*, cit., in «ZSS.», XCIV, 1977, p. 419; dubita però del carattere postumo dei *digesta* P. FREZZA, *Responsa e quaestiones. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in «SDHI.», XLIII, 1977, p. 214; accenna alla «polémica, iniciada ya hace un

tratta – a mio parere – di un passo particolarmente interessante, in quanto il giurista arriva ad escogitare una nuova soluzione per una fattispecie non immediatamente tutelabile dal *ius civile*, deviando dai consueti schemi di ripetibilità di un pagamento indebitato e ispirandosi a nuovi criteri di equità e ad un principio, che oggi si potrebbe definire di «economia processuale»:

D. 12.6.61 (Scaev. 5 *resp.*): Tutores pupilli quibusdam creditoribus patris ex patrimonio paterno solverunt, sed postea non sufficientibus bonis pupillum abstinerunt: quaeritur, an quod amplius creditoribus per tutores pupilli solutum est vel totum quod acceperunt restituere debeant. respondi, si nihil dolo factum esset, tutori quidem vel pupillo non deberi, creditoribus autem aliis in id, quod amplius sui debiti solutum est, teneri.

Già ad una prima lettura del frammento², è possibile cogliere la sua tipica struttura dicotomica, che consente di riconoscere il *casus* ed il *responsum*.

Il *casus* si potrebbe sintetizzare così: il *pater* è morto e i tutori del pupillo-erede si occupano della ripartizione dell'attivo ereditario al fine del soddisfacimento dei creditori del defunto. Però i beni non sono sufficienti ad accontentare tutti i creditori ('*sed postea non sufficientibus bonis*') e allora il pupillo viene fatto astenersi dall'eredità, per evitare che sia travolto dal passivo ('*pupillum abstinerunt*')³.

siglo» M. SIXTO, *Las Anotaciones de Trifonino a C. Escévola*, I, Santiago de Compostela, 1989, p. 12 nt. 23, ritenendo (EAD., *Las Anotaciones de Trifonino a C. Escévola*, II, Santiago de Compostela, 1991, p. 8) che si tratti di questioni «ciertamente conectadas con las notae, pero, aún así, independientes»; si limita a dare conto del dibattito H. D. SPENGLER, *D.34.3.28.4 und D.34.3.31.2/3. Bemerkungen zu einer doppelt überlieferten Entscheidung des Q. Cervidius Scaevola*, in «ZSS.», CX, 1993, p. 641 nt. 1; condivide il sospetto che Scevola non sia stato il redattore delle due serie di *libri* A. GUARINO, *Storia del diritto romano*¹², Napoli, 1998, p. 502. Da ultimo però, pare riscontrarsi un ritorno alle posizioni di Mommsen, propendendosi per la classicità dei *responsa* e attribuendosi la pubblicazione dei *digesta* ad un anonimo editore: così, per esempio, M. BRETONE, *Storia del diritto romano*³, Bari, 1993, p. 300, e, a favore della tesi della non paternità scevoliana dei *digesta*, anche J. PLATSCHKE, *Bemerkungen zu Scaevola, D.44.4.17.1*, in «ZSS.», CXVI, 1999, p. 201 nt. 7; nel senso che il titolo *digesta* sarebbe di per sé significativo del carattere originario di opera collazionata e pubblicata dalla scuola sotto il nome del suo corifeo, si veda T. MASIELLO, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari, 2000, p. 17 e p. 51 s.; per quest'ultimo aspetto che caratterizzerebbe anche i *digesta* di Alfeno Varo cfr., tra gli altri, G. NEGRI, *Per una stilistica dei Digesta di Alfeno Varo*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio» (cur. D. MANTOVANI), Torino, 1996, p. 148 ss. Peraltro, come è già stato osservato da M. TALAMANCA, in «Lineamenti di storia del diritto romano»² (dir. M. TALAMANCA), Milano, 1989, p. 449, quanto maggiormente importa, in punto di esegesi di un singolo passo, non è tanto il chiarimento definitivo del problema generale della trasmissione e della composizione delle raccolte di Cervidio Scevola, quanto la riferibilità di quel singolo testo al pensiero di Scevola e soprattutto il grado di attendibilità dello stesso da valutarsi di volta in volta a seconda del suo contenuto.

² Tra gli autori che si sono occupati della testimonianza E. SERAFINI, *Della revoca degli atti fraudolenti compiuti dal debitore secondo il diritto romano*, II, Pisa, 1887, p. 134 nt. 1, cita il frammento nell'ambito dell'esegesi di D. 42.8.24; F. LASPENRES, *Ueber Anfechtungen von Zahlungen mit der actio Pauliana*, in «Archiv für die civilistische Praxis», XXI, Heidelberg, 1838, p. 90 ss., considera incidentalmente il passo nell'ambito del suo indagine sul rapporto tra revocabilità dei pagamenti e *solutio per gratificationem*; Th. SCHIRMER, *Beiträge zur Interpretation von Scävola's Responen. VIII*, in «Archiv für die Civilistische Praxis», LXXVI, Freiburg-Leipzig, 1896, p. 260 ss., fa della testimonianza un'accurata esegesi, su cui *infra*; E. LEVY, *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrariae*, in «ZSS.», XXXVI, 1915, p. 37 menziona il testo; G. BESELER, *Einzelne Stellen*, in «ZSS.», XLVII, 1927, p. 365 – immotivatamente – fortemente critico sulla genuinità del passo, crede, per esempio, che originariamente il testo menzionasse il '*curator bonorum*' e altresì evidenzia l'oscurità dell'espressione '*quod amplius*'; S. SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti in diritto romano*³, II, Napoli, 1945, p. 134, sulla cui opinione in relazione al significato del passo si veda *infra*, nt. 9 ss.; ID., *Ancora sull'errore nella conditio indebiti*, in «SDHI.», IX, 1943, p. 55 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1963, p. 405 ss.; G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones*, in «Studi Parmensi», I, Milano, 1951, p. 163 s., sulla cui interpretazione del testo cfr. *infra*, in particolare nt. 7; A. VANDENBOSCHE, *Questions relatives à la tutelle des impubères dans l'œuvre de Cervidius Scaevola*, in «Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux. Série Juridique», VI, Bordeaux, 1955, p. 41 ss., considera il frammento a proposito della vendita dei beni pupillari e delle relative conseguenze per l'incapace, ritenendolo – senza peraltro minimamente dimostrarlo – fortemente rimaneggiato: insiticia sarebbe l'intera frase '*si nihil dolo ... non deberi*' e l' '*autem*'; D. JOHNSTON, *On a Singular Book of Cervidius Scaevola*, Berlin, 1987, p. 52 s., sulla cui interpretazione del passo cfr. *infra* nt. 9 ss.; G. COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio*, II, Milano, 1999, p. 176 s., considera il passo al solo fine di verificare che il pagamento dei debiti ereditari da parte del pupillo non realizza, in questo caso, un comportamento concludente atto ad impedire la concessione del *ius abstinerendi*.

³ Sul *beneficium abstinerendi*, introdotto dal pretore per proteggere l'*heres necessarius* dagli effetti dannosi dell'eredità,

Il giurista si domanda, allora, se i creditori accipienti – che sarebbero il soggetto sottointeso del *restituere debeant* – siano tenuti a restituire la differenza tra quanto da loro percepito e quanto loro dovuto (*'an quod amplius creditoribus per tutores pupilli solutum est'*) oppure tutto ciò che percepirono (*'vel totum quod acceperunt'*).

Scevola risponde, affermando che, se non è configurabile nessuna ipotesi di dolo (*'si nihil dolo factum esset'*)⁴, il *petitum* dell'azione deve essere solo *'quod amplius sui debiti'*.

Il giurista chiarisce inoltre che creditori di questa *pecunia* non sono né i *solventes-tutor*⁵, né il pupillo (*'tutori quidem vel pupillo non debent'*)⁶ e dall'espressione *'creditoribus autem aliis ... teneri'* potrebbe desumersi invece che coloro cui l' *'amplius'* deve essere corrisposto sono i creditori sopravvenuti.

Sebbene nel passo Scevola imposti la questione sul *petitum*, domandandosi quanto i primi creditori debbano restituire, è inevitabile domandarsi quale fosse, nel «Gedankengang» di Scevola, l'azione effettivamente esperibile.

Si possono individuare fondamentalmente due orientamenti interpretativi, entrambi nel senso che i compilatori si sarebbero sbagliati nel collocare il passo nel titolo 12.6 del Digesto. Alcuni autori⁷ hanno infatti osservato che Scevola non si riferirebbe qui alla *condictio indebiti* sulla base di due ordini di ragioni. In primo luogo non c'è nel testo menzione di «indebito», ma di *'creditores'* e di *'solverunt'*: il lemma *'creditores'* fa pensare a dei veri creditori, così come il *'solverunt'* sembra da intendere necessariamente come pagamento di un debito realmente esistente. Allo stesso modo il verbo *'teneri'* fa pensare ad un rimedio pretorio e non al più tipico dei rimedi del *ius civile*, quale è la *condictio*⁸. Dunque, secondo questa interpretazione, si tratterebbe di un rimedio revocatorio e, in particolare, di una *restitutio in integrum ob fraudem*.

cfr., per tutti, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², I, Milano, 1967, p. 578 e nt. 7; S. SERANGELI, *'Abstenti', 'beneficium competentiae' e 'codificazione dell'editto'*, Ancona, 1989, p. 53, colloca tale intervento pretorio nel primo secolo a.C. Per un'altra fattispecie, descritta dallo stesso Scevola in D. 26.8.21 (Scaev. 26 dig), in cui un impubere si astiene dall'eredità paterna, cfr. G. VIARENGO, *Una pronuncia giudiziaria ambigua*, in «Studi F. De Marini Avonzo», Torino, 1999, p. 369 ss.

⁴) Su questo inciso, che è particolarmente importante ai fini dell'interpretazione del passo, si veda *infra*, in particolare § 4.

⁵) Per la precisione è da rilevare che, nel testo, si ritrova *'tutori'*, cioè il dativo al singolare, mentre all'inizio del passo il riferimento era a *'tutores'*, cioè a più tutori. Peraltro il numero del sostantivo assume – per quanto mi consta – un'importanza solo secondaria, minore di quanto possa sembrare a prima vista, giacché l'uso al singolare sarebbe giustificato dal fatto che Scevola si riferisce alla figura del tutore in generale, così come alla figura del pupillo in generale.

⁶) SOLAZZI, *La revoca*, cit., II, p. 135 esclude che la frase sia classica, giacché con o senza il dolo nessun diritto potrebbe mai competere al tutore, né al pupillo che non ha niente da reclamare, perché il pagamento è avvenuto *ex patrimonio paterno*; invero, non sembra, a mio parere, così pacifico che il diritto di domandare la restituzione spetti solo ai creditori insoddisfatti, perlomeno non così pacifica da portare a considerare intervento compilatorio la negazione della legittimazione ad agire del tutore e del pupillo; si veda anche JOHNSTON, *On a Singular Book*, cit., p. 52, per il quale «the words *tutori ... debent* can be deleted without disturbing the structure of the sentence and are probably a gloss»; peraltro l'argomento, per cui se si eliminasse l'inciso suddetto, il senso del testo rimarrebbe il medesimo, non pare sufficientemente persuasivo; sul lavoro di Johnston, in generale, cfr., ad ogni modo, M. TALLAMANCA, *rec.* a JOHNSTON, *On a Singular Book*, cit., in «BIDR.», XXX, 1988, p. 836: «il lavoro si muove, senza ulteriori circostanziazioni, come se fosse stato scritto, una quarantina di anni fa', da un seguace – abbastanza moderato – della metodologia interpolazionista. Il che non può non lasciare un po' perplessi», nonché la critica di fondo di T. GIARO, *Was hat Cervidius Scaevola nicht geschrieben? oder: 'Elimination seems to be the Best Treatment'*, in «RJ.», VIII, 1989, p. 51 ss.; si veda, però, anche la recensione di R. EVANS-JONES, in «T.», LVII, 1989, p. 413 s., che definisce il libro di Johnston «superb», nonché quella di T. HONORÉ, in «ZSS.», CVII, 1990, p. 620 ss.

⁷) Si tratta della tesi esposta da SCHIRMER, *Beiträge*, cit., p. 260 ss. Senza menzionare l'opinione di Schirmer, DONATUTI, *Le causae*, cit., p. 163 s., afferma – forse un po' apoditticamente – che Scevola si riferisce all'*actio in factum* concessa al *curator bonorum* per la revoca degli atti compiuti a danno dei creditori, argomento di cui il giurista si starebbe occupando in questo punto dei suoi *responsa* (cfr. però O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig, 1889, rist. Roma, 2000, II, c. 313 n. 294, che inserisce il frammento sotto la rubrica *'si suus heres erit'* e non sotto la seguente *'quae fraudationis causa gesta erunt'*); la collocazione del passo nel titolo del Digesto *'de condictione indebiti'* sarebbe allora, secondo l'autore, da ascrivere esclusivamente ad un errore dei compilatori. Si limita a riferire la tesi di Schirmer, senza peraltro prendere posizione a favore o contro questa interpretazione, VANDENBOSCHE, *Questions*, cit., p. 42 nt. 116.

⁸) Sull'uso di *'competere'* in relazione alle *actiones civiles* e sulla terminologia adottata, invece, per le *actiones non civiles*, si veda, per tutti, A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris, 1954, p. 5 ss.

Secondo un altro orientamento⁹ invece Scevola non prevederebbe un rimedio revocatorio¹⁰, ma una particolare ipotesi di *restitutio in integrum* generica, concessa dal pretore, che è volta a rescindere tutti gli atti dolosi effettuati dopo l'astensione del pupillo e comporta il sostanziale ripristino della situazione giuridica, quale era prima dell'esercizio da parte del pupillo del *ius abstinendi*. Sarebbero qui presenti le due condizioni, ovvero che l'erede si è astenuto e che il pagamento ai primi creditori è stato effettuato in presenza della mala fede dei tutori.

Vorrei subito evidenziare che entrambe le opinioni si fondano sulla convinzione che, in primo luogo, al posto di '*amplius*', ci fosse, nel testo classico, '*totum quod acceperunt*'¹¹ e che l'inciso '*si nihil dolo factum esset*' sia di natura compilatoria¹².

Arnaldo Biscardi ha dichiarato una volta di aborrire tutti gli «ismi»¹³ e in particolare l'anticonformismo, che nell'ambito della scienza romanistica egli identificava ieri nell'interpolazionismo, oggi – e cito proprio le sue parole – nel «malcelato dispregio del metodo interpolazionistico in nome di non si sa bene quale nuova moda ispirata ad altri apriorismi». Prendendo spunto da questa affermazione, che pone opportunamente in guardia sia dagli eccessi dell'interpolazionismo che da quelli dell'antinterpolazionismo, tralascio di discutere per il momento dei sospetti avanzati sulla genuinità di questo passo, dato che non basta limitarsi a considerare che il testo recepito nella compilazione contrasti o disturbi una certa ricostruzione per poterlo perciò ritenere interpolato.

Al fine di sciogliere il nodo interpretativo relativo al rimedio a cui Scevola pensava, ritengo pertanto di dovere percorrere una via del tutto diversa da quelle finora riscontrabili in letteratura, riservandomi di tornare solo più avanti sulla questione della classicità del testo.

2. Per determinare il significato del passo di Cervidio Scevola, è fondamentale, a mio parere, considerare un altro frammento dello stesso Scevola, che già Lenel richiama a proposito di D. 12.6.61¹⁴. Si tratta di un passo collocato dai compilatori nel titolo '*quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur*':

D. 42.8.24 (Scaev. *l.s. quaest. publ. tract.*): Pupillus patri heres extitit et uni creditorum solvit: mox abstulit hereditate paterna: bona patris veneunt: an id quod accepit creditor revocandum sit, ne melioris conditionis sit quam ceteri creditores? an distinguimus, per gratificationem acceperit an non, ut, si per gratificationem tutorum, revocetur ad eandem portionem, quam ceteri creditores fuerint laturi: sin vero iuste exegerit, ceteri creditores neglexerint exactionem, interea res deterior facta sit, vel mortalitate vel subductis rebus mobilibus vel rebus soli ad irritum perductis, id quod acceperit creditor revocari nullo pacto potest, quoniam alii creditores suae neglegentiae expensum ferre debeant? quid ergo, si, cum in eo essent, ut bona debitoris mei venirent, solverit mihi pecuniam, an actione revocari ea possit a me? an distinguendum est, is optulerit mihi an ego illi extorserim invito et, si extorserim invito, revocetur, si non extorserim, non revocetur? sed vigilavi, meliorem meam condicionem feci, ius civile vigilantibus scriptum est: ideoque non revocatur id quod percepi.

Per gli obiettivi di questa indagine non occorre procedere ad una completa esegesi del lungo passo. Quanto rileva è soprattutto che il giurista sembra – almeno in un primo momento – delineare più o meno la stessa fattispecie del frammento dei *responsa* e, quindi, il caso di un pupillo che diviene erede e

⁹ SOLAZZI, *La revoca*, cit., II, 134, la cui tesi è stata interamente ripresa da JOHNSTON, *On a Singular Book*, cit., p. 52 s.

¹⁰ Al riguardo SOLAZZI, *La revoca*, cit., II, p. 134 osserva opportunamente che i pagamenti compiuti prima della *missio in bona* sono inattuabili dai rimedi revocatori.

¹¹ A favore della non classicità delle parole '*amplius sui debiti*' si schierano sia SOLAZZI, *La revoca*, cit., II, p. 136 nt. 2, che le sostituirebbe con '*totum quod acceperunt*', sia JOHNSTON, *On a Singular Book*, cit., p. 52.

¹² Propendono per il carattere spurio dell'inciso '*si nihil dolo factum esset*', oltre a SOLAZZI, *La revoca*, cit., II, p. 135 e nt. 1 e a JOHNSTON, *On a Singular Book*, cit., p. 53 (affermando: «the exclusion of liability in the case of *dolus* is absurd»), anche P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Milano, 1987, p. 427 nt. 11, e DONATUTI, *Le causae*, cit., p. 164.

¹³ A. BISCARDI, *Conversazioni sul metodo*, in «Labeo», XIX, 1973, p. 47.

¹⁴ LENEL, *Palingenesia*, cit., II, c. 313 nt. 2 n. 294.

che, dopo avere adempiuto ad uno dei creditori del patrimonio ereditario, esercita il *ius abstinendi*.

Però, dopo l'esordio, il passo si distanzia sempre di più dal contenuto del testo dei *responsa*. Innanzitutto la frase '*bona patris veneunt*' chiarisce in modo evidente che qui interviene la *bonorum venditio*, di cui il passo dei *responsa* non sembra fare parola¹⁵. Il prosiegua fa poi esplicitamente riferimento alla revoca dell'atto fraudolento, almeno nell'ipotesi in cui un creditore è stato avvantaggiato a scapito degli altri e quindi sia stata posta in atto una *solutio per gratificationem*¹⁶.

La seconda parte del frammento descrive, invece, un caso completamente differente da quello dei *responsa*, ovvero quello di un debitore qualsiasi che, essendo insolvente, soddisfa solo uno dei suoi creditori. La risposta – che, infine, pone l'accento sull'attenzione che ognuno deve prestare nel tutelare i suoi interessi ('*sed vigilavi, meliorem meam condicionem feci, ius civile vigilantibus scriptum est: ideoque non revocatur id quod percepi*')¹⁷ – è nel senso di negare la revocabilità del pagamento, sia nel caso in cui il debitore abbia pagato spontaneamente il creditore che nel caso in cui il creditore, conscio dello stato di insolvenza del debitore, abbia insistito per essere soddisfatto.

Si è spesso dubitato dell'autenticità di questo passo del *liber singularis quaestionum publice tractatarum*¹⁸. Si sono posti in evidenza non solo la contraddizione che esisterebbe tra lo stile solitamente conciso e laconico di Scevola ed il tenore del passo, ma anche, più in generale, il problema della ricostruzione della tradizione testuale del *liber singularis*.

Senza qui potermi soffermare sulla «querelle» non ancora sopita sull'attribuzione del *liber singularis* a Scevola o ad una mano postclassica¹⁹, è da porre in evidenza che, se anche si ritiene che il

¹⁵ A mio parere, è da ritenersi però che nel passo dei *responsa*, D. 12.6.61, la *bonorum venditio* intervenga, ma presumibilmente in un momento successivo a quello descritto nel testo: che la *bonorum venditio* non sia ancora intervenuta, lo si arguisce non solo dalla mancata menzione dell'istituto nel passo, ma anche dal fatto che, dal momento della vendita dei beni, ogni iniziativa processuale spetta al *bonorum emptor*, personaggio che nel frammento non compare: che la *bonorum venditio* interverrà, lo si desume invece dal riferimento all' '*amplius*' percepito dai primi creditori rispetto a quanto avrebbero ricevuto in concorrenza con gli altri creditori, che fa necessariamente pensare ad una situazione di *par condicio creditorum*.

¹⁶ Sul rapporto tra l'istituto della revoca e la *gratificatio*, per cui il rimedio revocatorio spetta ogni volta che il debitore paga un creditore a preferenza di un altro, nonché sul dubbio se D. 42.8.24 attesti effettivamente il convincimento di Scevola nel senso di ammettere che la *solutio per gratificationem* fosse una *solutio in fraudem creditorum*, tra i molti autori che si sono occupati di questo frammento a proposito dell'ampia discussione che si è sviluppata nel secolo decimonono in Germania sulla cd. teoria della *gratificatio* (se sia una *solutio in fraudem creditorum* o solo una preferenza irrilevante) cfr. LASPENRES, *Ueber Anfechtungen*, cit., p. 79 s., K. A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, III, Marburg-Leipzig, 1863, p. 651 ss., § 697, e SERAFINI, *Della revoca*, cit., II, p. 134 e nt. 1; si veda anche SOLAZZI, *La revoca*, cit., II, p. 131 ss.

¹⁷ Sebbene non manchi chi l'abbia ritenuta insiticia (cfr., per tutti, S. SOLAZZI, *La revoca*, cit., II, p. 133), è questa la frase che, del passo scevoliano, ha maggiormente attirato l'attenzione degli studiosi: si vedano B. KÜBLER, *Die Haftung für Verschulden bei Kontraktähnlichen und deliktähnlichen Schuldverhältnissen*, in «ZSS.», XXXIX, 1918, p. 176 nt. 3, A. BÜRGE, *Vertrag und personale Abhängigkeiten im Rom der späten Republik und der frühen Kaiserzeit*, in «ZSS.», XCVII, 1980, p. 149 nt. 202, ID., *Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht*, in «ZSS.», XCIX, 1982, p. 153 e nt. 97, M. KASER, *Ius honorarium und ius civile*, in «ZSS.», CI, 1984, p. 76 e nt. 350, e H. BLANK, *Was steckt dahinter? Ein romanistisches Feuilleton*, in «ZSS.», CI, 1984, p. 329 e nt. 118. A proposito, invece, del termine '*factum*', che sarebbe utilizzato qui da Scevola in senso atecnico, si veda G. DIOSDI, *Facta nuda servabo? Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema*, in «BIDR.», LXXIV, 1971, p. 99.

¹⁸ Oltre a G. BESELER (*Miscellanea*, in «ZSS.», XLIV, p. 360, *Romanistische Studien*, in «ZSS.», XLVI, p. 129, e *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, VI, in «ZSS.», LXVI, 1948, p. 264), F. PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in «Festschrift O. Lenel», Leipzig, 1921, p. 235, dubita del termine '*distinguere*'; W. KUNKEL, *Diligentia*, in «ZSS.», XLV, 1925, p. 304, considerando, in particolare, il lemma '*negligentia*', ritiene il passo, in generale, «verfälscht»; J. A. ANKUM, *De Geschiedenis der actio Pauliana (L'histoire de l'action paulienne)*, Zwolle, 1962, p. 210, sospetta fortemente dell'autenticità del passo, che sarebbe da attribuire ad un glossatore postclassico; su di un'analoga posizione si colloca anche JOHNSTON, *On a Singular Book*, cit., p. 55 ss. *Contra*, GIARO, *Was hat Cervidius Scaevola*, cit., p. 57, che soprattutto prende posizione – condivisibilmente – a favore della genuinità della frase finale del passo ('*ius civile vigilantibus scriptum est*'). Si limitano a menzionare il frammento SOLAZZI, *La revoca*, cit., II, p. 132, LEVY, *Zur Lehre*, cit., p. 37 nt. 4, VANDENBOSCHE, *Questions*, cit., p. 43 nt. 111, C. WOLLSCHLAGER, *Das eigene Verschulden des Verletztes im römischen Recht*, in «ZSS.», XCIII, 1976, p. 134, e F. BETANCOURT, *La defensa pretoria del missus in possessionem*, in «AHDE.», LII, 1982, p. 394 nt. 53.

¹⁹ Mi limito qui a citare gli orientamenti più recenti: secondo JOHNSTON si tratterebbe di un'opera postclas-

liber singularis costituisca un'opera originale di Scevola, la qualifica '*publice tractatae*' rivela il riferimento alla scuola e quindi ad un'opera che è nata in ambito didattico, con la conseguenza che è quasi inevitabile credere ad un qualche intervento dell'editore epiclassico o postclassico sull'opera, perlomeno sul piano stilistico o formale²⁰.

Pertanto, pur non potendosi negare che, nel passo *de quo*, siano avvertibili modifiche di carattere formale, a me sembra che si possa propendere, almeno per quanto riguarda la prima parte del frammento – la sola che presenti interesse per i fini che questo scritto si propone –, per un gheriglio genuino del pensiero di Scevola.

Ma quali elementi si desumono dal confronto tra il frammento del *liber singularis* e quello dei *responsa*? La fattispecie iniziale descritta nel passo dei *responsa* pare la medesima di quella del passo del *liber singularis*, ovvero il pagamento ai creditori di un patrimonio ereditario, cui segue l'esercizio del *ius abstinendi* del pupillo. Poi le fattispecie si discostano nettamente l'una dall'altra: la differenza qui più importante è che nella testimonianza del *liber singularis* i tutori hanno operato una *gratificatio* e si tratta di un pagamento revocabile, mentre la revoca, nel frammento dei *responsa*, non è affatto menzionata, essendo addirittura esclusa ogni ipotesi di dolo ('*si nihil dolo factum esset*').

Dunque, se le cose stanno così, potrebbe trattarsi – a mio parere – della stessa fattispecie di partenza. Ora, pare che i *responsa* di Cervidio Scevola espongano casi sorti nella pratica e quindi realmente accaduti²¹. Anche ammettendo che il passo del *liber singularis* sia stato poi formalmente rimaneggiato, si può congetturare che il giurista abbia risolto il caso concreto descritto nei *responsa* e poi, prendendo lo stesso come punto di partenza, abbia formulato nuove fattispecie teoriche, aggiungendo le varianti che consentivano di prospettare ed affrontare nuovi problemi giuridici.

3. Prima di trarre delle conclusioni sull'interpretazione del passo dei *responsa*, è da considerare, senza anche qui poterne fare un'analisi approfondita, una testimonianza di Paolo²², inserita dai compilatori nel titolo '*de rebus auctoritate iudicis possidentis seu vendundis*':

D. 42.5.6.2 (Paul. 58 *ad ed.*): Quid ergo, si quibusdam creditoribus solvit, deinde bona venierint? si quaeratur, an repetitio sit, ex causa id statuendum Iulianus ait, ne alterius aut neglegentia aut cupiditas huic, qui diligens fuit, noceat. quod si utroque instante tibi gratificatus tutor solvit, aequum esse aut prius eandem portionem mihi quaeri aut communicandum quod accepisti: et hoc Iulianus ait. apparet autem loqui eum, si ex bonis paternis solutum sit. quid ergo, si aliunde pupillus solverit? reddi ei debebit nec ne? et utrum a creditore an ex hereditate? Scaevola noster ait, si aliquid sit in bonis, deducendum ex hereditate solidum exemplo eius, qui gessit negotia: sed si nihil sit in bonis, non esse iniquum adversus creditorem dandam repetitionem quasi indebiti soluti.

La fattispecie descritta sembra essere ancora la *solutio* del pupillo ai creditori dell'eredità paterna, prima dell'astensione del pupillo²³. Come già nel passo del *liber singularis*, anche qui si fa riferimento

sica ricavata da materiale classico vario, di Scevola e anche di Giuliano; secondo A. BURDESE, *rec.* a JOHNSTON, *On a Singular Book*, cit., in «SDHI.», LIV, 1988, p. 419, l'ipotesi meno improbabile sarebbe invece quella di un'opera originale di Scevola con alterazioni scolastiche, nonché di qualche intervento compilatorio; infine TALAMANCA, *rec. cit.*, p. 843 s. ritiene più verosimile che l'opera – nata da un «corso» o che fu alla base di un corso – costituisca una edizione epitomata o un'epitome postclassica dei '*libri*' delle '*quaestiones*' scevoliane, che trattavano '*de iure hereditario*' e '*de legatis*'.

²⁰ In tale senso TALAMANCA, *rec. cit.*, p. 844.

²¹ Si veda, per tutti, SCHULZ, *Storia della giurisprudenza*, cit., p. 418 e, da ultimo, D. MANTOVANI, *Il diritto da Augusto al Theodosianus*, in E. GABBA, D. FORABOSCHI, D. MANTOVANI, E. LO CASCIO, L. TROIANI, *Introduzione alla storia di Roma*, Milano, 1999, p. 489.

²² Anche questo passo è menzionato in nota da LENEL, *Palingenesia*, cit., II, c. 313 n. 294 a proposito di D. 12.6.61.

²³ Su questo passo si vedano LASPENRES, *Ueber Anfechtungen*, cit., p. 78 s. (con riferimento al problema della *gratificatio* «als Grund der Revocation»), BESELER, *Beiträge*, cit., p. 308 (che considera l'intero testo, ad esclusione della prima frase, «voll von erstaunlichem»), e ID., *Romanistische Studien*, in «T.», X, 1930, p. 187 (che definisce il testo «offenbar stark verbreitet»); si limitano a menzionare il passo VANDENBOSCHE, *Questions*, cit., p. 42 nt. 1, e ANKUM,

alla *gratificatio* di uno dei creditori per mano del tutore (*'quod si utroque instante tibi gratificatus tutor solvit'*), ma, al riguardo, viene citato il pensiero non di Scevola, bensì di Giuliano (*'et hoc Iulianus ait'*)²⁴.

Ma è il finale del testo, quello che qui maggiormente interessa. Infatti Paolo, che – come è noto – fa parte degli *auditores Scaevolae*²⁵, cita Scevola per risolvere il caso in cui il pupillo, all'infuori presumibilmente da ogni ipotesi di dolo, paghi ad uno dei due creditori *'aliunde'* e, quindi, con averi diversi da quelli ereditari. Scevola distinguerebbe a seconda dell'ammontare del patrimonio ereditario: se ci sono beni nell'*hereditas*, il pupillo paga i debitori come se fosse un gestore di affari altrui (*'deducendum ex hereditate solidum exemplo eius, qui gessit negotia'*); se invece i beni ereditari non ci sono – ed è questo il punto che qui interessa –, il minore, non potendo ricostituire altrimenti il suo equilibrio patrimoniale, può chiedere la ripetizione contro il creditore che ha percepito quanto non gli è dovuto (*'non esse iniquum adversus creditorem dandam repetitionem quasi indebiti soluti'*).

Ora, è evidente che, in quest'ultima ipotesi, non si parli di revoca di atti fraudolenti, ma di pagamento indebito. Tuttavia l'espressione usata da Paolo è *'dare repetitionem quasi indebiti soluti'*, da cui si desume che non si possa trattare di applicabilità della *condictio indebiti*, in quanto la terminologia adottata nelle fonti per i rimedi del *ius civile* è piuttosto la forma verbale *'competere'*²⁶.

Ma perché il pupillo del passo di Paolo non può esperire la *condictio*? Per rispondere a questo interrogativo è necessario pensare al tipo di debito che il pupillo ha nei confronti del creditore. È evidente che, secondo il *ius civile*, si tratta di un debito, in quanto l'*accipiens* è effettivamente un creditore del pupillo; pertanto – a mio parere – a determinare la ripetibilità del pagato non è ovviamente l'inesistenza del debito, bensì il fatto che sia intervenuta la *bonorum venditio*, che impone la *par condicio* dei due creditori. Ne deriva che, se è vero che un creditore percepisce quanto è a lui dovuto secondo il *ius civile*, è altrettanto vero che, alla luce della *par condicio creditorum* – che, connessa alla *bonorum venditio*, si deve ricollegare al diritto pretorio –, lo stesso creditore riceve più di quanto è a lui dovuto. Dunque si tratta di un debito per il diritto civile, ma di un indebito per il diritto pretorio.

Che sia possibile concedere un'azione utile per chiedere la restituzione di un pagamento indebito, irripetibile secondo il *ius civile*, sembra – per quanto mi consta – esplicitamente attestato in un passo collocato dai compilatori nel titolo *'de minoribus viginti quinque annis'*:

D. 4.4.25.pr. (Gai. 4 *ad ed. prov.*): Illud nullam habet dubitationem, quin minor si non debitum solverit ex ea causa, ex qua iure civili repetitio non est, danda sit ei utilis actio ad repetendum: cum et maioribus viginti quinque annis iustis ex causis dari solet repetitio.

Gaio sembra attestare l'esistenza di una prassi abbastanza diffusa nel concedere un'azione utile per ripetere l'indebito al minore, che ha conseguito dal pretore la *restituito in integrum ob aetatem*; la soluzione viene poi estesa anche ai maggiori di venticinque anni, ottenendo così una valenza che sembra

De Geschiedenis, cit., p. 93 nt. 2, che ritiene interpolato l'inciso *'ne ... noceat'*; citano il testo anche LEVY, *Zur Lehre*, cit., p. 37 nt. 4, W. KUNKEL, *Diligentia*, in «ZSS.», XLV, 1925, p. 323 e 339 nt. 1 (secondo il quale la parte *'ne alterius ... noceat'* sarebbe interpolata), H. KRELLER, *Das Edikt de negotiis gestis in der klassischen Praxis*, in «ZSS.», LIX, 1939, p. 407 (con riferimento alla pretesa del pupillo quale gestore d'affari), JOHNSTON, *On a Singular Book*, cit., p. 51 s. (che – correttamente – desume dall'uso del *'quasi'* la classicità del passo, ma, interessandosi, nella sua ricerca sul *liber singularis*, dell'interpretazione di D. 42.8.24, non approfondisce ulteriormente l'esegesi di D. 42.5.6.2, che, secondo lui, costituisce un testo con un diverso contenuto), e F. BETANCOURT, *La defensa pretoria del missus in possessionem*, in «AHDE.», LII, 1982, p. 394 nt. 53 e p. 394 nt. 53.

²⁴ Sul contenuto di questa prima parte del passo, in cui Giuliano pone in evidenza la correttezza di comportamento che ciascuno dei creditori deve tenere, si veda SCHIRMER, *Beiträge*, cit., p. 265.

²⁵ Cfr., da ultimo, MASIELLO, *Le Quaestiones*, cit., 57.

²⁶ Sull'uso della forma verbale *'competere'* per un'azione civile, in luogo di *'dare repetitionem'*, espressione che sottintende invece la novità dell'azione, cfr., per esempio, R. SANTORO, *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis e praescriptio*, in «Studi C. Sanfilippo», Milano, 1983, p. 712: a proposito di una particolare *actio utilis* volta ad ottenere la ripetizione di quanto indebitamente pagato a titolo di legato *per damnationem*, si veda il mio *Rescriptis actionem dandam. Sulla ripetibilità del legato per damnationem*, in «Labeo» XLVII, 2001, p. 260 e nt. 31 e p. 273 (= in «Studi in memoria di G. Cattaneo», Milano, 2002, p. 13 nt. 31 e p. 35).

generale²⁷.

Viene allora corroborata l'ipotesi che, anche nel passo di Paolo in D. 42.5.6.2, si tratti di un'azione *utilis ad repetendum*. Quindi si può con una certa verosimiglianza ritenere che la *repetitio quasi indebiti soluti* prevista da Scevola costituisca un rimedio utile volto ad imporre all'accipiente di restituire quanto, sulla base del diritto civile, non è ripetibile.

Ma quali risultanze si potrebbero trarre dal confronto del frammento di Paolo con il frammento dei *responsa*? Paolo considera l'ipotesi in cui il pagamento viene effettuato con beni diversi da quelli dell'eredità e non, invece, come nel frammento dei *responsa*, l'ipotesi di pagamento effettuato *ex patrimonio paterno*. Inoltre qui c'è espressa menzione di *bonorum venditio*, che invece nel frammento dei *responsa* non è menzionata, ma – come già detto²⁸ – è da ritenersi che intervenga successivamente.

Nonostante le innegabili differenze, la fattispecie in questione, descritta da Paolo nella parte finale del passo, pare davvero molto simile a quella del passo dei *responsa*, ovvero quella del pupillo che paga un creditore del patrimonio ereditario. Ma soprattutto più di un dato sembra accomunare i due casi: manca cioè in entrambi la previsione del dolo dell'autore della *solutio* e non c'è alcuna menzione di rimedi revocatori.

Ora, non è dato sapere da quale opera di Scevola Paolo abbia desunto l'opinione del suo predecessore, per cui risulta assai arduo indagare su quale decisione di Scevola Paolo abbia avuto presente in concreto. Tuttavia – ed è quanto qui importa – il frammento paolino sembra attestare inequivocabilmente che, in qualche sua decisione, Scevola sia arrivato a concepire una *repetitio quasi indebiti soluti*.

4. Si tratta a questo punto di cercare di chiudere il cerchio, che si è andato via via tracciando, prendendo posizione sul significato del passo dei *responsa*.

Alla luce del confronto con gli altri due passi, diventa molto improbabile che Scevola, nel frammento dei *responsa*, si riferisca alla *restitutio in integrum*. Là dove nel passo del *liber singularis* si parla di revoca, se ne parla espressamente e inoltre è specificamente prevista la *gratificatio* dei tutori. Invece nel frammento di Paolo non si parla affatto di revoca, ma neanche di *gratificatio*.

A questo punto l'ipotesi che, nel frammento dei *responsa*, l'inciso '*si nihil dolo factum esset*' sia interpolato diventa davvero poco persuasiva, in quanto in esso non si fa menzione né di revoca, né di *gratificatio*. Pur senza volere cadere negli eccessi del metodo antinterpolazionista, mi sembra allora evidente che la natura insitica della frase '*si nihil dolo factum esset*' non solo resti indimostrata, ma non riuscirebbe egualmente a persuadere che, nel passo, il riferimento sia ad una *restitutio in integrum ob fraudem*.

Non solo. La frase '*si nihil dolo factum esset*' ha un suo significato proprio se attribuita a Scevola:

²⁷) G. BESELER, *Textkritische Studien*, in «ZSS.», LIII, 1933, p. 4, sospetta – immotivatamente – della genuinità dell'espressione '*habet dubitationem*'. Non crede alla classicità dell'*actio utilis* A. EHRHARDT, *Iusta causa traditionis und iusta causa usucapionis*, Berlin-Leipzig, 1930, p. 73 s.; in un analogo ordine di idee U. VON LÜBTOW, *Beiträge zur Lehre von der conditio nach römischen und geltenden Recht*, Berlin, 1952, p. 151 s., considera interpolata la frase finale – da '*ad repetendum*' fino a '*repetitio*' – affermando che qui non si tratterebbe di una *conditio utilis*, bensì di una «kondiktische prätorische actio in factum» e cioè di un'*actio praetoria in id quod pervenit*, che avrebbe completato una lacuna del «Konditionensystem»; in generale su questa ipotesi sostenuta sulla base, oltre che di D. 4.4.25.pr., di una serie di testi che menzionerebbero un'*actio in factum*, si veda criticamente A. BURDESE, *In tema di consumptio nummorum*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», LI.1, 1953, p. 286 ss., sostenendo – persuasivamente – che non esisterebbe nessun argomento esegetico positivo a sostegno di questo generico intervento pretorio, concesso in sostituzione della *conditio*. In effetti, con riferimento a D. 4.4.25.pr., mi sembra – contrariamente a quanto sostiene il von Lübtow – che Gaio, prevedendo una forma utile della *conditio*, prenda in considerazione sì un rimedio pretorio, ma concesso su modello della *conditio* e non in sua sostituzione: non si capisce, perciò, perché mai i giustinianeî avrebbero dovuto sentire l'esigenza di modificare il testo, sostituendo un'*actio utilis ad repetendum*, e quindi una *conditio utilis*, a questa ipotetica *actio in factum*. Sul passo *de quo* cfr. anche E. VALIÑO, *Actiones utiles*, Pamplona, 1974, p. 49 s., che parla, al riguardo, di *conditio utilis*, strutturata con la finzione che l'obbligazione pagata sia indebita: si tratta però di un'alternativa interpretativa, a mio parere, meno persuasiva rispetto a quella dell'azione utile *in factum* adattata per l'ipotesi in cui l'indebita sia irripetibile secondo il *ius civile*, in quanto obbliga, in totale assenza di appigli testuali, ad «inventare» in che cosa consista la *fictio*.

²⁸) Cfr. *supra*, nt. 15.

il giurista vuole così escludere ogni ipotesi di dolo e quindi sia il caso in cui intervenga il dolo dei primi creditori, che pertanto ignorano di recare pregiudizio agli altri creditori, sia quello in cui intervenga il dolo dei tutori, che non dolosamente hanno pagato di più ad alcuni creditori²⁹.

Ma se si crede alla genuinità dell'inciso '*si nihil dolo factum esset*', così come alla classicità della risposta di Scevola nel senso della restituzione solo dell' '*amplius*' e non del '*totum quod acceperunt*'³⁰, viene a cadere anche l'ipotesi della *restitutio in integrum* generica.

Respinte entrambe le interpretazioni finora date del passo, rimane, a questo punto, da verificare se il testo di Scevola possa riferirsi ad un pagamento indebito. E' vero che i lemmi '*solverunt*' e '*creditores*' fanno riferimento ad una *solutio debiti*, così come l'espressione '*amplius sui debiti solutum est*'. Questi termini nel passo sono da interpretare nel senso che il pagamento non è dovuto secondo il *ius civile*, ma che ai creditori-accipienti viene pagato di più che agli altri secondo il diritto pretorio, per il mancato rispetto della *par condicio creditorum*³¹. I primi creditori ricevono quanto è loro dovuto, ma il pagamento è lo stesso indebito, giacché si è verificata difformità di trattamento tra i creditori del patrimonio ereditario. Infatti, sulla base del regime pretorio della procedura concorsuale esecutiva, parte di quel denaro doveva essere corrisposto agli *alii creditores*.

Si arriva così al «Pudelkern» della questione. Se si tratta di un indebito per il diritto pretorio, si tratta di un pagamento che è ripetibile. Peraltro è ovvio che non possa spettare la *condictio indebiti*, che è il più tipico dei rimedi del *ius civile*. E ciò oltre che dalla constatazione che l'indebito è pretorio, si desume dall'uso nel passo della forma verbale '*teneri*', che è di regola utilizzato dai giuristi per i rimedi concessi dal pretore. Il rimedio applicabile sarebbe stato allora un'azione *in factum*, ad *exemplum* della *condictio indebiti*, concessa in via utile, analogamente a come accade nel frammento di Paolo, D. 42.5.6.2, dove si parla di '*repetitio quasi indebiti soluti*' e sulla base di quanto risulta dal passo di Gaio, D. 4.4.25.pr., dove il rimedio applicabile è l'*utilis actio ad repetendum*.

A questo punto si pone un ulteriore interrogativo, ovvero a chi sia concessa questa azione pretoria di restituzione. Il rimedio è concesso non ai tutori che hanno effettuato il pagamento, ma agli '*alii creditores*', coloro che, a causa dell'insufficienza del patrimonio paterno, percepiscono meno degli altri. Se fossero stati i tutori a ripetere, essi avrebbero riavuto quanto corrisposto per poi dovere corrispondere lo stesso ai creditori sopravvenuti. Con la soluzione di Scevola invece i creditori sopravvenuti, che hanno sofferto della diminuzione patrimoniale, possono ottenere direttamente la ripetizione dell' '*amplius*'. In effetti la forma utile dell'azione è un *quid novi* rispetto all'azione edittale e, in quanto tale, non è vincolata a rigidi requisiti applicativi. Quindi se la *condictio* viene di regola esperita dal *solvens* contro l'*accipiens*, nel caso descritto da Scevola l'azione utile non è concessa ai *solventes* e cioè ai tutori, ma ai creditori sopravvenuti, che qui vengono riconosciuti quali gli unici titolari dell'interesse a ripetere quanto precedentemente pagato in misura superiore a ciò che sarebbe stato dovuto in base al principio della *par condicio creditorum*.

²⁹ E' ovvio che all'ipotesi di dolo siano estranei gli '*alii creditores*', in quanto l'inciso si riferisce ad un fatto compiuto prima di qualunque loro iniziativa. Parimenti anche il pupillo non avrebbe evidentemente alcuna connessione con la condotta dolosa; infatti, come è noto, l'*impuber* è considerato incapace di comportarsi dolosamente in ragione dell'*infirmitas aetatis* e inoltre, nel caso di specie, impetrandolo il *ius abstinendi*, era già, all'inizio, divenuto estraneo agli affari ereditari.

³⁰ Bisogna pertanto – a mio parere – propendere per la genuinità della testimonianza di Scevola: semmai, per giustificare le difficoltà interpretative della fattispecie descritta e qualche incongruenza testuale (come il già menzionato dativo '*tutori*' al singolare: cfr. *supra*, nt. 5), è forse possibile congetturare che vi sia stata una riduzione del testo ad opera dei commissari giustiniani del Digesto, che non avrebbero però alterato il significato della testimonianza.

³¹ Il concetto di indebito pretorio – su cui si vedano, per esempio, F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im römischen klassischen Recht*, Münster-Köln, 1952, p. 31 ss. e p. 236 ss., che parla di «prätorische Nichtschuld» o di «honorarrechtliche Nichtschuld», e A. D'ORS, *Derecho privado romano*⁹, Pamplona, 1997, p. 462, § 397 – è attestato da D. 12.6.26.3 (Ulp. 26 *ad ed.*): '*Indebitum autem solutum accipimus non solum si omnino non debebatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat: quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit*' (cfr. anche *Vat. fr.* 266) per l'ipotesi di pagamento in adempimento di un'obbligazione paralizzabile con un'eccezione; ma sembra più ampiamente potersi parlare di indebito pretorio per ogni caso di *solutio* dovuta secondo il *ius civile*, ma non dovuta secondo il *ius honorarium*: sul punto cfr. FARGNOLI, *Alius solvit alius repetit*, cit., p. 181 s. e p. 252.

Scevola decide insomma di dovere valutare in modo equo gli interessi dei soggetti coinvolti: di fronte al comportamento non doloso delle parti in questione, il giurista esclude la revocabilità del pagamento, ma, allo stesso tempo, constata l'inapplicabilità della *condictio indebiti* ad un pagamento che, secondo il diritto civile, è dovuto. Escogita quindi un rimedio che sia in grado di imporre la restituzione dell' '*amplius*' e accorda così la ripetibilità in via utile, prevedendo un mezzo processuale *ad exemplum* della *condictio indebiti*.

Quale sia la formula di quest'azione, è un interrogativo di tecnica formulare, a cui, vista la mancanza di concreti agganci ricostruttivi nelle fonti, non risulta facile rispondere³². È noto che, al di là della *fictio* e della trasposizione di soggetti che sono i mezzi tipici di dare in via utile un'azione, in via atipica il magistrato possa configurare una *formula in factum*, «mit Rücksicht auf den konkreten Tatbestand gebildete im Gegensatz zu der *formula vulgaris* des Edikts»³³. In che cosa consista però tale estensione, risulta difficile da dire. Probabilmente la «nachgebildete Klage» presenterebbe una *formula in factum*, configurata su modello della *formula directa*, che viene così estesa³⁴. Ora, pur dovendosi qui rimanere sul piano delle mere congetture, è forse possibile ipotizzare che, nel caso descritto da Scevola, l'adattamento della *formula* sia nell'*intentio*, in cui, oltre a mancare il *dare oportere*, sono indicati, quali titolari della pretesa, anziché gli effettivi *solventes*, i creditori sopravvenuti.

5. In conclusione, se queste considerazioni colgono nel segno, è da ritenersi che Scevola, nel passo dei suoi *responsa*, riportato in D. 12.6.61, di fronte ad un'ipotesi di inapplicabilità della *condictio indebiti*, elabori la originale possibilità di una *repetitio quasi indebiti soluti*. Nel suo stile tipicamente laconico e molto congeniale alla caratteristica *subtilitas* del suo pensiero, il giurista risolve dunque il caso, probabilmente non di scuola, ma realmente accaduto, ritenendo esperibile un'azione volta a consentire, sul piano del *ius honorarium*, la ripetizione di un indebitito, che invece per il *ius civile* è considerato irripetibile.

Si può allora ravvisare in questo passo un emblematico indice del grado di problematicità delle fattispecie risolte da Cervidio Scevola, ma anche di quel virtuosismo interpretativo, che caratterizza i suoi responsi³⁵. Più in generale la decisione sembra riflettere il ben noto modo di procedere dei giuristi romani, che, dopo avere effettuato una diagnosi del caso concreto, riconducendolo entro gli

³² Della «Formeltechnik» nelle azioni *in factum* si è occupato ripetutamente W. SELB (*Actiones in factum und Formeltechnik*, in «Festschrift H. Demelius», Wien, 1973, p. 223 ss., *Formulare Analogien in 'actiones utiles' und 'actiones in factum' am Beispiel Julians*, in «Studi A. Biscardi», III, Milano, 1982, p. 315 ss., e *Formulare Analogien in 'actiones utiles' und 'actiones in factum' vor Julian*, in «Studi C. Sanfilippo», V, Milano, 1984, p. 729 ss.); però per la persuasiva critica all'idea di Selb che le *actiones utiles* debbano avere sempre come punto di partenza un'*actio civilis* e che la loro funzione sia quella di supplire l'assenza di un presupposto dell'azione civile di base cfr., anche per un ampio quadro bibliografico sull'argomento, M. TALAMANCA, *Processo civile (Diritto romano)*, in «ED.», XXXVI, 1987, p. 62 ss. e nt. 446, che precisa come le *actiones utiles* siano invece usate per ampliare il campo di applicazione di un'azione civile, estendendone la *formula*, che può essere sia *in ius* sia *in factum*.

³³ Così, a proposito delle *actiones ad exemplum legis Aquiliae*, O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, Leipzig, 1927, rist. Leipzig, 1985, p. 203.

³⁴ La questione è stata considerata soprattutto a proposito delle azioni *in factum* accordate dal pretore *ad exemplum legis Aquiliae*, dove le espressioni '*actio utilis*', '*actio in factum*' e '*actio ad exemplum*' sono tendenzialmente considerate equivalenti dalla letteratura dominante: sul punto si vedano, tra altri, G. WESENER, *Actiones ad exemplum*, in «ZSS.», LXXV, 1958, p. 220 ss., ID., *Utiles actiones in factum*, in «Studi E. Betti», IV, Milano, 1962, p. 495 ss. e, in particolare, p. 495 nt. 3 per altre indicazioni bibliografiche, U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971, p. 199 ss., E. VALIÑO, *Actiones pretorias complementarias de la acción civil de la ley Aquilia*, Pamplona, 1973, G. THIELMANN, '*Actio utilis*' und '*actio in factum*' zu den Klagen im Umfeld der *lex Aquilia*, in «Studi A. Biscardi», II, Milano, 1982, p. 295 ss., P. VAN WARMEL, *Les actions autour de la loi Aquilie*, in «Studi A. Biscardi», III, cit., p. 351 ss., VON LÜBTOW, *Die Aktionen im Umkreis der 'lex Aquilia': Abwehr gegen Georg Thielmann*, in «Labeo», XXX, 1984, p. 317 ss., e, per una presa di posizione sostanzialmente adesiva alle opinioni della letteratura in materia, TALAMANCA, *Processo*, cit., p. 63 nt. 453. Sulla possibilità che il pretore avrebbe di concedere *actiones in factum*, non solo su modello di un'azione edittale (come mi sembra sia nel passo di Scevola in esame), ma anche «aus freier Hand» e quindi in modo del tutto svincolato dagli schemi edittali, si vedano M. KASER, *Zum 'ius honorarium'*, in «Estudios A. Suárez», Madrid, 1978, p. 241 s., e M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996, p. 238: cfr. *ivi* nt. 45a e anche p. 329 nt. 19 per ampie indicazioni bibliografiche sulle *actiones utiles in factum*.

³⁵ Sul punto si veda, per esempio, MANTOVANI, *Il diritto da Augusto*, cit., 489.

schemi di un sistema razionale tipico, giungono, utilizzando anche in modo creativo lo strumentario di cui dispongono, ad individuare le soluzioni più adatte a conservare la coerenza del sistema stesso.

Sotto altro profilo il responso del giurista sembra innovativamente ispirarsi ad un più razionale impiego dei rimedi processuali: infatti l'azione pretoria non viene da lui accordata agli autori del pagamento (i *tutores*), nei cui confronti avrebbero dovuto poi a loro volta rivalersi i creditori sopravvenuti, ma è concessa direttamente a questi ultimi, in quanto essi sono coloro che hanno effettivamente sofferto della diminuzione patrimoniale.