

Sulla omissione della «rei vindicatio» nell'elenco delle «actiones arbitrariae» di *Iust. inst.* 4.6.31

1. *Iust. inst.* 4.6.31 e il concetto di 'actiones arbitrariae' - 2. L'elenco delle *actiones arbitrariae* di *Iust. inst.* 4.6.31 - 3. Il passo nella Parafrasi di Teofilo - 4. Le spiegazioni addotte in dottrina - 5. Una chiave di lettura. Conclusioni.

1. Il titolo 6 del quarto libro delle Istituzioni giustiniane, denominato 'De actionibus', si apre con la nota definizione dell'*actio* risalente a Celso, prospetta la *summa divisio* tra *actiones in rem* e *actiones in personam* (§ 1) e prosegue esponendo una serie di altre distinzioni e classificazioni di origine prettamente classica¹.

Al § 28 viene enunciata la bipartizione delle *actiones in stricti iuris* e *bonae fidei*², per poi³ enumerare le azioni di buona fede e illustrare i casi, per certi aspetti particolari, della *hereditatis petitio* e dell'*actio rei uxoriae* (§ 29). I *bonae fidei iudicia*, si legge nel § 30, sono caratterizzati dal largo margine di discrezionalità lasciato al giudice nella valutazione di quanto il convenuto soccombente debba restituire all'attore, con possibilità di applicare la compensazione⁴.

¹ Cfr. G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*. I-II, Torino, 1989, p. III, che le ritiene anzi «di sicura origine classica» sulla base del confronto con il manuale gaiano.

² *Iust. inst.* 4.6.28: 'Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris (...)'.
³ M. DE BERNARDI, *L'officium iudicis nell'azione arbitraria di rivendica*. Appunti dalle lezioni, Milano, 1997, p. 17 ss.

⁴ Possibilità riconosciuta peraltro nel corso dello sviluppo storico anche nei giudizi di stretto diritto, prima – con l'inserimento nella formula dell'*exceptio doli mali* – a seguito di un rescritto di Marco Aurelio, poi più ampiamente in virtù di una costituzione giustiniana (precisamente C.I. 4.31.14, del 531). *Iust. inst.* 4.6.30: 'In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat, in quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato in reliquum is cum quo actum est condemnari debeat. sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptio

Il paragrafo 31⁵ fa riferimento invece alle azioni «arbitrarie»:

Inst. inst. 4.6.31: Praeterea quasdam actiones arbitrarias id est ex arbitrio iudicis pendentes appellamus, in quibus nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur actori satisfaciatur, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa serum dedat, condemnari debeat. Sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur. in rem veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur: in personam veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item qua id, quod certo loco promissum est, petitur. ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. in his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei de qua actum est naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

Sono chiamate dunque «arbitrarie», recita il primo periodo, quelle azioni che dipendono dall'arbitrio del giudice, nel senso che in esse il convenuto deve venire condannato, una volta che sia stata riconosciuta fondata la pretesa dell'attore, solo se non dà soddisfazione all'attore secondo l'*arbitrium* del giudice, come se non effettui la *restitutio* della *res* o non la esibisca o non paghi o non consegna uno schiavo per il danno che questi ha cagionato.

Segue un elenco di azioni arbitrarie, alcune *in rem* e altre *in personam*. Quali esempi delle prime sono menzionate solo la *Publiciana*, la *Serviana de rebus coloni* e la *quasi Serviana* o *hypothecaria*; di quelle *in personam* l'*actio quod metus causa*, l'*actio de dolo*, l'*actio de eo quod certo loco dari oportet* e infine l'*actio ad exhibendum*.

Secondo l'ultimo periodo del paragrafo in tali azioni, e in altre simili, al giudice è demandato di valutare *ex bono et aequo* come debba essere soddisfatto l'interesse dell'attore, in considerazione della natura del rapporto oggetto del giudizio⁶: un concetto di *actiones 'arbitrariae'* in quanto improntate alla discrezionalità del giudice che, a ben vedere, oltre a costituire una generalizzazione, non coincide affatto con quello enunciato all'inizio del paragrafo ed appare es-

ne compensatio inducebatur. sed nostra constitutio eas compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis ex actione defraudetur?

⁵ «Infelice testo» lo definisce G. SEGRÈ, *La clausola restitutiva nelle azioni 'de servitutibus' e le formule delle azioni relative alla 'servitus oneris ferendi'*, in «BIDR.», XLI, 1933, p. 21 (= *Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica. Scritti di diritto romano*, a cura di N. Scapini e con prefazione di G. Grosso, Torino, 1974, p. 530).

⁶ Così viene tradotta l'ultima frase del paragrafo in E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, B, *Texti*, 2, rist. Milano, 1986, p. 178: «... si consente al giudice di stimare secondo equità, con riferimento alla natura di ciascun oggetto per cui si sia agito, in che modo si debba sodisfar l'attore».

so si incompatibile con il regime classico delle azioni con clausola arbitraria⁷.

La dottrina⁸ è oggi sostanzialmente concorde nell'individuare invece in età classica, sulla scorta appunto di *Iust. inst.* 4.6.31 e di altre fonti pur piuttosto discusse⁹, la «categoria» di azioni (talora accostata per certi aspetti a quelle *bonae fidei*), qualificabili come *arbitrariae*, caratterizzata dalla presenza nella formula, di seguito all'*intentio*, di «un'ulteriore clausola che subordina la condanna del convenuto – oltre che alla verifica dell'*intentio* stessa – alla mancata restituzione della cosa oggetto della controversia o, più in generale, alla mancata soddisfazione dell'interesse dell'attore»¹⁰. Attraverso tale clausola, comunemente chiamata «arbitraria», si introduceva nel processo formulare un temperamento del principio della condanna pecuniaria. Ottemperando al *iussum* emanato dal giudice sulla base del suo *arbitrium*, il convenuto avrebbe infatti evitato la condanna: ciò che spesso ben gli conveniva, dato che salvo casi particolari la *litis aestimatio*, per sanzionare la *contumacia* del convenuto, sarebbe stata rimessa altrimenti al *iusiurandum in litem* dello stesso attore; il qua-

⁷ Sulle difformità del testo rispetto ai principii classici, nella prima metà del secolo scorso, cfr. S. RICCOBONO, *rec. a O. LENEL, Das Edictum Perpetuum*², Leipzig, 1907, in «BIDR.», XX, 1908, p. 102, che riporta rilievi già esposti dallo stesso Lenel; B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis*, I, Palermo, 1913, p. 18 ss., e poi L. CHIAZZESE, *Iusiurandum in litem*, Milano, 1958, p. 27 ss. e 101 ss., entrambi con gli autori ivi rispettivamente richiamati, nonché E. BETTI, *Diritto romano*, I. *Parte generale*, Padova, 1935, p. 580 nt. 15. BIONDI (*op. cit.*, p. 5 ss. e 31 s.) in realtà andava oltre e, esaminate le non molto numerose fonti classiche e giustiniane in cui compaiono le espressioni '*actio arbitraria*' o '*formula arbitraria*' (e anche D. 22.1.3.1, tratto da Papiniano, in cui si fa riferimento a *iudicia 'quae non sunt arbitraria nec bonae fidei'*), giungeva ad escludere che il diritto classico avesse conosciuto «la categoria delle *actiones arbitrariae*, la cui caratteristica era data dalla clausola restitutoria», ma tale assunto è ormai da tempo pacificamente respinto: cfr. per tutti M. TALAMANCA, '*Processo civile (diritto romano)*', in «ED.», XXXVI, Milano, 1987, p. 65 s. e nt. 467, con i relativi riferimenti bibliografici.

⁸ Richiamo, per un riassunto della letteratura sul tema, M. DE BERNARDI, *L'officium iudicis*, cit., p. 27 ss. e il più recente S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo' nelle formule del processo privato romano*, Napoli, 2012, p. 1 ss. e 18 ss.

⁹ Le ricorda VIARO, *L'arbitratus de restituendo'*, cit., p. 4 nt. 10.

¹⁰ Così M. TALAMANCA, '*Processo civile*', cit., p. 65 s., al quale rimando anche per la sommaria descrizione delle fasi in cui si articola l'*officium iudicis* in quel particolare meccanismo processuale: dalla pronunzia sull'esistenza del diritto dell'attore – la cosiddetta *pronuntiatio*: cfr. M. MARRONE, '*Rivendicazione (diritto romano)*', in «ED.», XLI, Milano, 1989, p. 17 e nt. 91, e ID., *Sulla c.d. pronuntiatio del giudice delle azioni reali nel diritto romano*, in «Audelá des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolokdkiewicz», Varsovie, 2000, p. 497 ss. (= *Scritti giuridici*, II, Palermo, 2003, p. 737 ss.) –, all'emanazione del *iussum* che fissa i termini esatti in cui il convenuto deve soddisfare l'interesse dell'attore, alla vera e propria sentenza, che è di condanna in caso di non ottemperanza del convenuto al *iussum*. Si vedano altresì C.A. CANNATA, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, p. 129 s., e gli ulteriori manuali ricordati in VIARO, *L'arbitratus de restituendo'*, cit., p. 3 nt. 7.

le, «dal canto suo, avrebbe potuto vedere soddisfatto in seno all'azione il proprio interesse concreto alla *restitutio* o alla *exhibitio*, anziché al pagamento di una somma di denaro»¹¹.

Con Giustiniano la categoria delle azioni arbitrarie, che aveva rivestito una funzione importante nel processo formulare classico, viene formalmente mantenuta ed enunciata come distinta – sulla base della diversa estensione dei poteri attribuiti al giudice – da quelle di stretto diritto e da quelle di buona fede, ma conferendo al giudice di esse il potere di giudicare *ex bono et aequo*, con conseguente sostanziale assimilazione delle *actiones arbitrarie* alle azioni *bonae fidei*¹².

Il § 31 di *Inst. inst.* 4.6, che non trova riscontro nel testo a noi pervenuto delle Istituzioni di Gaio¹³, è composto da tre parti ben distinte. La prima potrebbe essere stata ripresa¹⁴ da un passo in cui il giurista antoniniano menziona una formula '*quae appellatur arbitraria*' (Gai., *inst.* 4.163)¹⁵, ma riferendosi al procedimento, alternativo a quello *per sponsionem*, che il destinatario di un interdetto restitutorio o esibitorio poteva promuovere per far accertare che non sussistevano i presupposti per l'emanazione dell'*interdictum* o che egli lo osservava¹⁶: tuttavia esprime una concezione che appare riconducibile al diritto classico, a differenza come detto della terza parte del paragrafo. Non è affatto chiara la provenienza della seconda parte, contenente un elenco delle azioni arbitrarie ampiamente lacunoso, e la cui logica sfugge: di questo mi occuperò nel presente contributo.

¹¹ M. VARVARO, *Gai. 4.163 e la struttura della formula arbitraria nell'agere ex interdicto sine poena*, in «AUPA.», LV, 2012, p. 728 s.

¹² M. MARRONE, *Lineamenti di diritto privato romano*, Torino, 2001, 64 s. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., p. 59 ss., osserva che presumibilmente nell'epoca giustiniana il rinnovato interesse sul piano scientifico per la procedura formulare può aver favorito l'utilizzazione pratica nel processo dei vecchi schemi, liberati dai loro vincoli strutturali ma tali da consentire pur sempre di enunciare una determinata pretesa in termini corretti ed essenziali ai fini della sua identificazione.

¹³ E' invero possibile che trattasse dei rapporti tra *intentio*, clausola restitutoria e *condemnatio* Gai., *inst.* 4.114 (cfr. G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino, 2003, p. 32 ss., e VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., p. 75), paragrafo leggibile solo in parte nel manoscritto veronese, ed anche che in esso fosse riferito il tenore della clausola restitutoria (G. PUGLIESE – con F. SITZIA e L. VACCA –, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, p. 300). Sull'ipotesi che i compilatori avessero recepito quanto si legge in *Inst. inst.* 4.6.31 – di incerta provenienza secondo A. ZOCCO-ROSA, *Imp. Iustiniani Institutionum Palingenesia*, II, Catania, 1911, p. 318 s. – dalle *Res Cottidianae*: C. FERRINI, *Sulle fonti delle «Istituzioni» di Giustiniano*, in «BIDR.», XIII.1, 1901, p. 191 e 194.

¹⁴ BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrarie*, cit., p. 22 s.

¹⁵ Oppure dal corrispondente paragrafo delle *Res cottidianae*.

¹⁶ Sulla ricostruzione della *formula arbitraria* nel procedimento interdittale si veda ora il predetto VARVARO, *Gai. 4.163 e la struttura della formula arbitraria*, cit., p. 705 ss.

2. Certo, nel menzionare alcune azioni sia *in rem*, sia *in personam* qualificabili come *arbitrarie*, *Iust. inst.* 4.6.31 non ha alcuna pretesa di completezza: anzi, l'elencazione viene introdotta dall'avverbio 'veluti' e appare quindi effettuata a titolo solo esemplificativo¹⁷. Stupisce assai però¹⁸ che tra gli esempi addotti di azioni arbitrarie manchi, oltre alla *petitio hereditatis*, alla *vindicatio servitutis* e *ususfructus* – dette talora, l'una e l'altra, anche *actio confessoria* – e alla *negatoria*, perfino la *rei vindicatio*. In verità, ricomprendendo l'*actio de eo quod certo loco* che, pur essendo in effetti spesso qualificata dalle fonti come 'actio arbitraria', nella formula assai probabilmente non conteneva la clausola restitutiva, l'elenco presenta un'altra forte anomalia: che tuttavia, a differenza di quella di cui qui mi occupo, è stata ripetutamente e convincentemente spiegata dagli autori che si sono occupati del tema¹⁹.

La dottrina dominante ritiene oggi che nel diritto classico contenessero l'*arbitratus de restituendo* anzitutto le formule di tutte le azioni *in rem*, sia civili²⁰ quali la *rei vindicatio*, la *hereditatis petitio*, la *vindicatio ususfructus* e *usus*, la *vindicatio servitutis* (sebbene per essa sussista qualche dubbio) e l'*actio negatoria*, sia pretorie²¹ quali l'*actio Publiciana*, l'*actio Serviana* e l'*actio quasi Serviana* (detta anche

¹⁷ Del resto nella parte finale del paragrafo si afferma poi che una possibilità di valutazione *ex bono et aequo* sarebbe conferita al giudice in tali azioni 'et ceteris similibus'.

¹⁸ Secondo BIONDI (*Studi*, cit., p. 19 nt. 1), le stranezze e le lacune di tale enumerazione sarebbero state sempre avvertite, ma mai prima di lui convenientemente spiegate.

¹⁹ Al di là dei dubbi sull'esatta ricostruzione della formula dell'*actio de eo quod certo loco*, appare indubitabile che essa fosse definita 'arbitraria' non già per la presenza di una clausola arbitrale, bensì perché rimetteva al *iudex* la valutazione dell'interesse delle parti all'esecuzione nel luogo stabilito, compito che è proprio di un *arbitrator*: D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, p. 49 nt. 96. È verosimile che, come rilevato da G. MAY, *Observations sur les Actions arbitraires*, in «Mélanges P. Girard», II, Paris, 1912, p. 160 ss., fosse stata la confusione in *Iust. inst.* 4.6.31 tra il concetto classico di azione nella cui formula ricorreva l'*arbitratus de restituendo* e azione improntata alla discrezionalità del giudice a consentire che nell'elenco ivi proposto venisse classificata tra le azioni arbitrarie l'*actio de eo quod certo loco*, priva della clausola restitutiva. Si veda anche F. PULITANO, 'De eo quod certo loco'. *Studi sul luogo convenzionale dell'adempimento nel diritto romano*, Milano, 2009, in particolare sul significato della locuzione 'arbitrio tuo' nella formula di tale azione (p. 169 ss. e 343 ss.) e sulla sistematicità dell'impiego dell'aggettivo 'arbitraria' nei frammenti contenuti nella *sedes materiae* del *certo loco dari* nel Digesto, il titolo 13.4 (p. 3 ss. e *passim*).

²⁰ Cfr. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., p. 37 ss., con rinvii alle ricostruzioni anteriori.

²¹ Anche «date utilmente sulla base della *rei vindicatio* (o delle altre azioni civili *in rem*), come *formulae ficticiae* o con trasposizione di condanna»: TALAMANCA, 'Processo civile', cit., p. 66 nt. 470.

vindicatio pignoris, *actio pigneraticia in rem* e *actio hypothecaria*), l'*actio de fundo vectigali*²². L'*arbitratus de restituendo* era contenuto inoltre nelle formule di alcune azioni *in personam* come l'*actio ad exhibendum* – ove la clausola non si riferiva in realtà al restituere, ma all'*exhibere* –, l'*actio de dolo* e l'*actio quod metus causa*²³, l'*actio aquae pluviae arcendae*, l'*actio redhibitoria*²⁴, l'*actio Fabiana*, verosimilmente l'*actio Calvisiana* e e forse alcune altre²⁵, nonché nella *formula arbitraria* del *iudicium Cascellianum* – detto anche *secutorium* – nel particolare procedimento successivo all'emanazione di un *interdictum*²⁶.

Reputo assai probabile che l'ambito originario di applicazione delle formule con clausola restitutoria fosse stato quello delle *actiones in rem*²⁷, poiché

²² Sulle singole formule *in rem* pretorie cfr. MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 46 s., che riporta tra di esse anche l'*actio Pauliana* (p. 47), ricordata nelle Istituzioni accanto ad azioni reali sebbene per il diritto giustiniano – così G. IMPALLOMENI, *Azione revocatoria (diritto romano)*, in «NNDI», II, Torino, 1958, p. 149 – la sua natura appaia *in personam* (VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., p. 27 s., la annovera tra le azioni personali), in ogni caso certamente arbitraria. Verosimilmente l'*arbitratus de restituendo* sarebbe stato presente inoltre nelle formule delle liti di libertà, modellate appunto come *vindicaciones*: sul punto VIARO, *op. cit.*, p. 26 e nt. 68, con le diverse opinioni dottrinali sulla loro struttura. A tale opera, p. 23 ss. nt. 58 e da 60 a 67, rimando altresì per cenni bibliografici relativi alle singole azioni arbitrarie *in rem*; sulla clausola arbitraria nell'*actio Serviana* si aggiunge, da ultimo, F. DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum. Le origini. L'interdictum Sabianum*, Torino, 2017, p. 147 s. nt. 104, con ulteriori indicazioni bibliografiche.

²³ Sulla compatibilità, più volte oggetto di discussione in dottrina, tra la clausola restitutoria e il carattere penale delle azioni *de dolo* e *quod metus causa* si vedano tra gli altri PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., p. 123 ss. e 154 s. (ove osserva non essere scontato che tali due azioni fossero arbitrarie già in età classica) e S. VIARO, *Azioni penali munite di clausola arbitraria: una contraddizione in termini?*, in «Actio in rem» e «actio in personam». In ricordo di M. Talamanca – a cura di L. Garofalo –, Padova, 2011, p. 639 ss., oltre che la bibliografia riportata in EAD., *L'arbitratus de restituendo*, cit., p. 16 s. nt. 41.

²⁴ Nell'*actio redhibitoria* la clausola arbitraria assume un significato diverso dal consueto e in qualche modo anomalo, dovendo tra l'altro essere l'attore ad effettuare la restituzione: TALAMANCA, *Processo civile*², cit., p. 67 nt. 473.

²⁵ Quali l'azione nossale d'ingiuria e alcune azioni *in factum*: VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., p. 28 s. e nt. 76 e 77; altra dottrina sulle singole azioni personali arbitrarie è citata *ivi*, p. 26 ss. nt. da 69 a 75. Di recente G. D'ANGELO, *Azioni nossali e clausola arbitraria*, in «AUPA», LX, 2017, p. 291 ss., ha riaffermato l'opinione secondo cui le formule delle azioni nossali avrebbero contenuto già in età classica la clausola arbitraria.

²⁶ Per le integrazioni a questa rapida elencazione, e sui dubbi relativi alla presenza della clausola restitutoria in alcune azioni, cfr. oltre a TALAMANCA, *Processo civile*², cit., p. 66 s. e nt. 470, 471, 472, 473, anche M. KASER, K. HACKL, *Das Römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, p. 335 ss.

²⁷ TALAMANCA, *Processo civile*², cit., p. 67, scrive che la connessione «marcatamente attestata» della clausola arbitraria con le *actiones in rem* del *ius civile* potrebbe far pensare che essa fosse stata originata dalla «fusione nella *formula petitoria* di quelli che nella procedura *per sacramentum* e in quella *per sponsionem* erano procedimenti nettamente differenziati, e

le stesse, essendo rivolte ad affermare l'esistenza di un diritto su di una cosa esperibile *erga omnes*, mirano soprattutto a conseguire la *restitutio* di tale cosa²⁸. *Restitutio* che, stante la pecuniarietà della condanna nel processo formulare, sarebbe stata assai problematica senza la clausola restitutiva e lo strumento di coazione psicologica rappresentato dalla possibilità di veder applicato il *iusiurandum in litem*, in caso di inottemperanza da parte del convenuto al *iussum de restituendo* giudiziale.

Eppure, come abbiamo visto, la *rei vindicatio* e le altre azioni reali civili non vengono menzionate nel passo in esame. Pur essendo dichiaratamente non esaustiva l'elencazione delle azioni *arbitrariae* contenuta in *Iust. inst.* 4.6.31, mi pare interessante in particolare provare a capire per quali motivi in essa non figurino proprio la *vindicatio rei* esperita *per formulam petitoriam*, la tipica azione civile *in rem* che può essere considerata la più «importante» delle azioni contenute nell'*arbitratus de restituendo*²⁹ e che è quella cui chi studia il diritto romano normalmente fa riferimento per cogliere e far cogliere la *ratio* e il funzionamento della clausola restitutiva nel processo formulare classico.

Iust. inst. 4.6.31 non nomina nemmeno la *vindicatio usufructus*, la *vindicatio servitutis* e l'*actio negatoria*: ma la loro omissione, in quell'elenco breve e meramente esemplificativo, sarebbe di per sé ben più facilmente comprensibile. Non deve affatto destare stupore, invece, che non venga citata la *hereditatis petitio*³⁰, sebbene anche la sua formula contenesse in età classica l'*arbitratus de restituendo*³¹: infatti proprio nello stesso manuale istituzionale, e precisamente nel già citato *Iust. inst.* 4.6.28, ossia solo tre paragrafi prima, essa è espressa-

cioè l'accertamento del diritto dell'attore e la *litis aestimatio* nel caso di mancata restituzione della cosa da parte del possessore soccombente», ma non considera affatto scontata tale deduzione, osservando che sull'origine della clausola arbitraria «potrebbe pesare il fatto, non decisivo del resto né inequivoco, che la formula arbitraria per eccellenza sembra essere stata quella susseguente agli interdetti esibitori e restitutori» ed escludendo con certezza solo che essa potesse essere emersa nell'ambito delle poche e disparate *actiones in personam* nelle quali risulta applicata.

²⁸ Sul concetto di 'restituere', per tutti: PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., p. 152; MARRONE, 'Rivendicazione (diritto romano)', cit., p. 21 ss.

²⁹ «Tra le *actiones in rem*, lo *iudicium arbitrium* per eccellenza era costituito dalla *rei vindicatio*» (così L. SOLIDORO, *Il processo privato*, in A. LOVATO, S. PULIATTI, L. SOLIDORO, *Diritto Privato Romano*², Torino, 2017, p. 111).

³⁰ Omissione evidenziata ad esempio da BIONDI, *Studi*, cit., p. 19, laddove – prima di giungere più in generale alla conclusione che il diritto classico non avesse affatto conosciuto il concetto tecnico di *actio arbitraria* né la categoria generale delle *actiones arbitrarie* – si chiede: «sebbene l'enumerazione non sia tassativa, perché il giurista menziona la *Publiciana* e non la *reivindicatio* o l'*hereditatis petitio*?».

³¹ Cfr. la ricostruzione della relativa formula e la dottrina citata al riguardo da L. GAGLIARDI, *Decemviri e centumviri. Origini e competenze*, Milano, 2002, p. 244 s. e nt. 345 e 346.

mente annoverata tra le *bonae fidei actiones*, affermando che una costituzione giustiniana³² avrebbe ormai eliminato ogni dubbio in proposito. E' quindi evidente che, essendo considerata dai compilatori azione di buona fede, la *hereditatis petitio* non avrebbe potuto certo comparire nell'elenco delle *actiones arbitrariae* del paragrafo 31.

3. Come noto la Parafrasi greca di Teofilo costituisce sotto molti aspetti, riguardo al testo delle Istituzioni giustiniane, un utilissimo strumento di studio, di analisi e di confronto.

Il passo che ci interessa è riportato dalla Parafrasi in forma un poco più ampia, come spesso accade, e con qualche spiegazione ulteriore: in tali azioni – cito dall'edizione curata dai Bizantinisti dell'Università di Groningen³³ – εἰ μὴ τῆ μεσιτεία καὶ τῆ κελεύσει τοῦ δικαστοῦ ὁ REOS ἀποκαταστήσει ἢ εἰς μέσον παραστήσει ἢ καταβάλλῃ ἢ εἰς NOXAN δῶ τὸν οἰκέτην ἢ τὸ πρᾶγμα τῷ ACTORI, καταδικάζεται πάντως. τοῦτο δὲ ποιήσας καὶ ἀποκαταστήσας ἢ ἔν τι τῶν εἰρημένων πράξας διαφεύγει τὴν καταδίκην, διὰ τὸ ἰδικῶς ἐγκείσθαι ταῦτα ταῖς ἀγωγαῖς. Quindi:

– l'espressione '*nisi arbitrio iudicis*' del testo delle Istituzioni diventa εἰ μὴ τῆ μεσιτεία καὶ τῆ κελεύσει τοῦ δικαστοῦ, cioè «*nisi arbitrio et iussu iudicis*» secondo la traduzione latina esposta nell'edizione della Parafrasi curata da Ferrini³⁴,

– mentre Giustiniano spiega che il convenuto deve essere condannato se dopo la relativa richiesta giudiziale non soddisfa le ragioni dell'attore individuando poi i comportamenti (*veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat*) attraverso i quali potrebbe invece attuarne la *satisfactio*, la Parafrasi enuclea subito i comportamenti che, se non tenuti, danno luogo alla condanna e afferma successivamente che, al contrario, se il convenuto fa quanto richiestogli tenendo uno dei sopra menzionati comportamenti, eviterà la condanna; – infine, prima di enumerare gli esempi di azioni arbitrarie, la Parafrasi sotto-

³² Costituzione che, per l'esattezza, è quella riportata in C.I. 3.31.12.3: cfr. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., p. 132.

³³ J.H.A. LOKIN, R. MEIJERING, B.H. STOLTE, N. VAN DER WAL, *Theophili Antecessoris Paraphrasis Graeca Institutionum Iustiniani, with a translation by A.F. Murison*, Groningen, 2010, p. 828-830.

³⁴ C. FERRINI, *Institutionum graeca Paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa. Pars posterior*, Berlin, 1897 (rist. Aalen, 1967), p. 434. Su questo passo l'edizione del Ferrini della Parafrasi non differisce significativamente da quella curata da W.O. REITZ, *Theophili Antecessoris paraphrasis graeca Institutionum caesararum*, II, Hagae Comitum, 1951, p. 822 s., che peraltro più in generale G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in «AUPA», XLV.1., 1998, p. 223 s., ritiene oltre che estremamente fedele al dato testuale della Parafrasi anche più precisa e fedele al testo greco della traduzione in latino del Ferrini.

linea che è questa la caratteristica di tali azioni: διὰ τὸ ἰδικῶς ἐγκείσθαι ταῦτα ταῖς ἀγωγαῖς³⁵.

Quanto invece alla elencazione esemplificativa delle azioni arbitrarie, nella Parafrasi viene esposta una sintetica definizione di ciascuna di esse, ma quelle *in rem* citate sono esattamente le stesse riportate dalle Istituzioni. Anche le azioni arbitrarie *in personam* menzionate sono le medesime, salva l'*actio de eo quod certo loco*, che non compare nel passo della Parafrasi: e coerentemente detta azione, qualificata come 'arbitraria' in *Iust. inst.* 4.6.33c, non viene invece definita tale neanche nel luogo corrispondente della Parafrasi³⁶.

Neppure Teofilo comunque inserisce nell'elenco le altre azioni la cui formula conteneva l'*arbitratus de restituendo* tralasciate da Giustiniano, e in particolare non vi inserisce la *rei vindicatio*: quindi la Parafrasi non offre indicazioni sufficienti per far luce sulla problematica qui discussa.

4. In dottrina è stata più volte ravvisata la stranezza di un elenco di azioni arbitrarie che non comprende la *rei vindicatio* e altre importanti azioni la cui formula certamente conteneva l'*arbitratus de restituendo*, ma per quanto mi risulta pochi autori si sono cimentati nel tentativo di fornirne una spiegazione.

In particolare tra di essi Segré³⁷, evidenziando che il passo in esame non rispecchia il regime classico anche proprio perché stranamente omette di citare le azioni civili *in rem* la cui formula invece conteneva la clausola restitutoria, come appunto la formula petitoria della *rei vindicatio* ma anche della *hereditatis petitio*, delle *actiones de usufructu* (e *de usu*) e, come da lui – convincentemente – sostenuto, di quelle *de servitutibus*, ipotizzava che nel testo originario quell'elenco riportasse, come per le azioni *in personam*, esempi di azioni civili e che, fortuitamente o per incuria degli amanuensi, o piuttosto per le modificazioni subite in seguito all'introduzione dell'*actio hypothecaria*, tali esempi di azioni civili *in rem* siano venuti meno³⁸.

Buonamici, chiedendosi a sua volta perché non si annoverino in *Iust. inst.* 4.6.31 fra le azioni arbitrarie reali la *rei vindicatio*, la *hereditatis petitio*, la *con-*

³⁵ «Because the alternative is an intrinsic element of these actions», traduce A.F. Murison nell'edizione della Parafrasi sopra citata, p. 831.

³⁶ Cfr. FALCONE, *Il metodo di compilazione*, cit., p. 351.

³⁷ SEGRÉ, *La clausola restitutoria nelle azioni 'de servitutibus'*, cit., p. 17 ss. = p. 527 ss. e in particolare p. 530 s. e 553.

³⁸ Cfr. anche G. SEGRÉ, *La denominazione di 'actio confessoria' in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù*, in «Mélanges P. Girard», II, Paris, 1912, p. 511 ss., specialmente p. 565 ss. (= *Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica. Scritti di diritto romano*, cit., p. 439 ss. e specialmente p. 493 ss.).

fessoria e la *negatoria*, rispondeva che «si danno varie ragioni delle quali pare la più probabile la mutata natura delle citate azioni» in età giustiniana. Precisamente, venute meno le formule e l'obbligo della condanna pecuniaria, sarebbe mancata «la necessità di rimettere all'arbitrio del giudice la condanna se il convenuto non eseguisse, e la sentenza fu diretta senz'altro al vero oggetto del diritto assicurato». Giustiniano non avrebbe invece mutato la natura della *Publiciana*, che «nella sua qualità di azione utile e pretoria doveva mantenere l'antico carattere, e per se stessa non poteva condurre a riconoscere il dominio sulla cosa direttamente, come la *rei vindicatio* dell'ultimo stato del diritto romano», né dell'azione ipotecaria per la quale appariva ancora opportuno concedere al convenuto di consegnare la cosa ipotecata «o in alternativa di soddisfare pagando all'interesse del creditore»³⁹.

Secondo Girard⁴⁰ «cette bizarreries peut tenir à ce qu'il aura copié un texte qui mettait en vedette les actions prétorienne, parce qu'elles étaient toujours arbitraires, tandis que les actions réelles civiles l'étaient seulement quand elles étaient intentées par formule pétitoire». Sulla scia di Girard, anche May⁴¹ ritenne che i compilatori, volendo riportare una lista di azioni arbitrarie, l'avessero copiata da un'opera anteriore nella quale figuravano soltanto azioni pretorie, a suo avviso assai antica, aggiungendovi soltanto l'*actio de eo quod certo loco* (maldestramente) e l'*actio ad exhibendum*.

Provera, non ravvisando altra ragione plausibile per l'omissione della *rei vindicatio* nell'elenco sicuramente interpolato di *Iust. inst.* 4.6.31, pur con ogni probabilità non tassativo, scrive che i compilatori non ne fanno ivi menzione

³⁹ F. BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana*, Pisa, 1886 (rist. anastatica Roma, 1971), p. 147 ss. Peraltro nella ricostruzione di questo autore «le parole le quali stanno a significare l'arbitrio» sarebbero state presenti anche nella formula delle azioni di buona fede, sia pure solo «unitamente alla *condemnatio*» invece che «tra la *intentio* e la *condemnatio*» come nelle azioni civili reali o «dopo la *intentio in factum concepta*» come nelle azioni pretorie: mentre la dottrina ha successivamente appurato che in realtà nelle formule dei giudizi di buona fede non risulta presente alcuna clausola restitutoria, anzi, come osserva MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 51 nt. 114, con riferimento all'ipotesi che la contenesse l'*actio depositi in ius*, una clausola restitutoria sarebbe «praticamente inconciliabile» con il '*quidquid dare facere oportet ex fide bona*' dell'*intentio*. Sull'esclusione dall'ambito delle *actiones arbitrarie* comunemente intese delle azioni che avrebbero sì menzionato nella propria formula la mancata restituzione del bene controverso ma inserendola nell'*intentio* anziché in una clausola restitutoria vera e propria, e in particolare per la mancata restituzione del bene controverso come presupposto per l'esercizio dell'azione, non per la condanna pronunciata dal giudice, nella formula dell'*actio depositi in ius*: VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., p. 13 ss., con la bibliografia citata alle nt. 38 e 39.

⁴⁰ P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸ (ed. rivista ed aggiornata da F. Senn), Paris, 1929, p. 1086 nt. 2.

⁴¹ G.MAY, *Observations sur les Actions arbitraires*, cit., p. 151 ss. e in particolare 163 s.

«forse perché si trattava di azione troppo nota»⁴².

5. Penso che, tenendo conto delle predette opinioni, autorevoli ma secondo me non del tutto convincenti, sia possibile cercare di comprendere per quali motivi i soli esempi di *actiones arbitrariae in rem* citati in *Iust. inst.* 4.6.31 sono quelli della *Publiciana*, della *Serviana de rebus coloni* e della *quasi Serviana*, mentre non vengono affatto menzionate la *rei vindicatio*, ossia la più nota e significativa delle azioni contenenti l'*arbitratus de restituendo*, né altre azioni reali.

Ribadisco anzitutto che non costituisce affatto una stranezza, benché sia stata non di rado considerata tale in dottrina⁴³, la circostanza che non venga ivi nominata la *hereditatis petitio*, dato che con Giustiniano essa era azione di buona fede. Sorprende, ma certo molto meno della mancanza della *rei vindicatio* – e solo relativamente, trattandosi di elenco breve e meramente esemplificativo –, l'omissione della *vindicatio usufructus*, della *vindicatio servitutis* e di altre azioni quali la *negatoria*.

Le peraltro non numerose azioni *arbitrariae* citate a titolo esemplificativo in *Iust. inst.* 4.6.31 sono tutte pretorie, non civili, con due sole eccezioni: l'*actio de eo quod certo loco*, che però non era «arbitraria» in quel senso tecnico, e infatti non compare nell'elenco del passo corrispondente della Parafrasi di Teofilo; e l'*actio ad exhibendum*, aggiunta in fondo all'elenco inserendo la frase '*ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet*'.

Anche questa constatazione induce a mio avviso a ritenere che i compilatori, lungi dal redigere *ex novo* l'elenco di azioni arbitrarie in esame, l'avesero ripreso, come sostenuto da Girard e da May, da un non recente testo che enumerava soltanto azioni pretorie. Non mi convince l'ipotesi di Segré, secondo cui la versione originaria dell'elenco avrebbe ricompreso anche azioni civili *in rem* come per quelle *in personam*, che sarebbero poi forse accidentalmente cadute: soprattutto perché in realtà gli unici esempi di azioni civili personali riportati nel testo sono appunto l'*actio de eo quod certo loco* e l'*actio ad exhibendum*, inserite esse sì dai compilatori, la prima per un errore o comunque perché era *arbitraria* in altro senso, e la seconda con una frase chia-

⁴² PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., p. 156.

⁴³ Mi riferisco non solo al già ricordato BIONDI, *Studi*, cit., p. 19 (cfr. *supra*, nt. 30), ma altresì fra gli altri a BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana*, cit., p. 147, e a MAY, *Observations sur les Actions arbitraires*, cit., p. 163. Anche VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., p. 23 nt. 57, menzionando la posizione dottrinale ricordata da M. DE BERNARDI, *L'officium iudicis*, cit., p. 20, indica tra le azioni che «curiosamente» non vengono menzionate nel passo, oltre alla *rei vindicatio* e alle azioni *confessoria* e *negatoria*, pure la *hereditatis petitio*.

ramente aggiunta in fondo. Inoltre non vi sono affatto elementi idonei a suffragare la congettura che i presunti esempi di azioni civili *in rem* fossero venuti meno per semplice incuria o per errore degli amanuensi, né d'altro canto le modificazioni apportate a seguito dell'introduzione dell'*actio hypothecaria* giustificerebbero la scomparsa della *rei vindicatio* e di altre azioni reali.

Su quale fosse quel testo originario verosimilmente utilizzato dai commissari giustinianeî, naturalmente, non si possono formulare che mere congetture: sarebbe interessante verificare se potesse trattarsi, anziché delle *Res cotidianae* o di un altro manuale istituzionale, di un'opera di commento all'editto del pretore.

I soli tre esempi di azioni reali arbitrarie citati in *Inst. inst.* 4.6.31 vengono enunciati secondo il medesimo ordine in cui esse sono trattate nei precedenti paragrafi del medesimo titolo 6 del quarto libro delle Istituzioni giustiniane, precisamente la *Publiciana* al § 4, la *Serviana* e subito dopo la *quasi Serviana* al § 7; la prima delle azioni personali citate è poi l'*actio quod metus causa*, che è anche l'unica tra quelle *in personam* arbitrarie di cui si parli specificamente prima del § 31, precisamente al 27. Trattando della *Publiciana*, al § 4, si evidenzia che è stata introdotta dal pretore per supplire ad una grave lacuna del *ius civile*; analogamente al § 7 si legge: '*Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris iuris dictione substantiam capit*'. Ebbene, nel § 31 l'*actio Serviana* e l'*actio quasi Serviana* vengono menzionate riprendendo alla lettera buona parte di tale espressione, quasi che, pur non ripetendo che esse traggono origine dalla giurisdizione del pretore, si lasciasse sottintendere che ci si riferisse ad azioni di natura pretoria.

Un elenco, dunque, di azioni pretorie benché, come noto, la distinzione tra azioni civili e azioni pretorie – al pari del resto della '*summa divisio*' delle obbligazioni in '*civiles*' e '*praetoriae*' che troviamo solo nelle Istituzioni giustiniane (3.13) –, avesse in realtà perso significato all'epoca di Giustiniano, nella quale, superato di fatto il binomio tra *ius civile* e *ius honorarium*, il pretore aveva cessato da secoli di concedere azioni nell'esercizio della sua funzione giurisdizionale e tutte le azioni trovavano ormai il proprio fondamento nella legge e quindi nella volontà dell'imperatore⁴⁴.

Lo stesso meccanismo dell'*arbitratus de restituendo* rivestiva una funzione certo ben più importante nel processo classico, in cui poteva avviare ai limiti insiti nella circostanza che la condanna doveva essere necessariamente quantificata in una somma di denaro: ma la «categoria» delle azioni *arbitrariae* viene enunciata proprio nelle Istituzioni giustiniane, sebbene con Giustiniano fos-

⁴⁴ PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, cit., p. 59 s.

se possibile la condanna *in ipsam rem*.

Nel manuale istituzionale, che pure aveva valore anche normativo, l'espone il concetto di *actiones arbitrariae*, assai degno di interesse dal punto di vista storico, aveva scopo principalmente didattico ed è verosimile che i commissari e in particolare colui al quale era stata affidata la redazione del titolo 6 del quarto libro, ossia molto probabilmente Doroteo⁴⁵, temessero che definire *arbitraria* la *rei vindicatio* potesse creare confusione tra i giovani studiosi di diritto, mentre qualificare come arbitrarie azioni d'origine pretoria il cui regime era all'evidenza comunque modificato non poteva lasciare spazio ad equivoci.

Non si dimentichi del resto che, sulla base della riforma degli studi di diritto varata da Giustiniano con la costituzione *Omnem* del 16 dicembre 533, le Istituzioni, il cui testo era stato appena pubblicato con la costituzione *Imperatorium maiestatem* del 21 novembre⁴⁶, sarebbero state oggetto di insegnamento proprio nel primo anno, addirittura nel primo semestre di esso, mentre negli anni successivi con lo studio del Digesto oltre che poi delle costituzioni imperiali ci sarebbero stati tempo e modo per i relativi approfondimenti.

Significativo mi sembra il confronto con l'*actio Publiciana*, che in età giustiniana veniva ancora utilizzata per la tutela dell'acquirente *a non domino* prima del decorso del periodo di tempo necessario per l'*usucapio*⁴⁷ (non per i casi di *res Mancipi* consegnate con semplice *traditio*, essendo venute meno la *mancipatio* e la distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*): a prescindere dalle considerazioni che si potrebbero fare sul citato interessante rilievo di Bonamici, secondo il quale come azione utile, a differenza della *rei vindicatio* dell'ultimo periodo del diritto romano, essa non conduceva a riconoscere il dominio sulla cosa direttamente, indicare come primo esempio di azioni arbitrarie la

⁴⁵ Stando alle conclusioni cui è giunto FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, cit., p. 386 s., che attribuisce anzi a Doroteo l'intero quarto libro, nonché i titoli 1-9 del secondo e, del terzo, proprio i titoli dal citato 13 (*De obligationibus*) in avanti. Più in generale, per la riconducibilità a Triboniano dell'aggiornamento dei materiali estratti dai libri istituzionali classici e degli *excursus* di carattere storico volti a mettere in luce le innovazioni intervenute: M. VARVARO, *Lo stile di Triboniano e la compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in «SDHI», LXVIII, 2002, p. 319 ss. e in particolare p. 325 s. e 389 s.

⁴⁶ Sul tema A.M. GIOMARO, *Sulla presenza delle scuole di diritto e la formazione giuridica nel tardoantico*, Soveria Mannelli, 2011, p. 49 ss., con ampia bibliografia (cfr. soprattutto p. 51 nt. 3 e p. 53 nt. 8).

⁴⁷ Cfr., oltre al titolo 6.2 del Digesto, anche *Iust. inst.* 4.6.4 e la Parafrasi di Teofilo delle Istituzioni su *Iust. inst.* 4.6.31; nell'edizione di quest'ultima curata dai Bizantinisti dell'Università di Groningen che ho citato alla nota 33, l'*actio Publiciana* viene definita dalla traduzione in inglese di A.F. Murison, a p. 831, quella «which I bring if I lose a thing possessed *bona fide* and in process of usucapion».

Publiciana anziché la rivendica dovette apparire più semplice e chiaro⁴⁸.

Ritengo comunque che nel recepire, con qualche adattamento, quell'elenco di azioni arbitrarie i commissari giustinianei non incorsero in una svista o in una trascuratezza, e che non evitarono di menzionare la *rei vindicatio* perché era «troppo nota»⁴⁹: a mio parere si limitarono invece a citare in via esemplificativa azioni che, in un'opera di taglio in primo luogo didattico, non rischiassero di creare confusione nella *cupida legum inventus*.

⁴⁸) Osservo altresì che, non essendo in verità le azioni reali sempre arbitrarie poiché non erano tali (come notò Girard) quelle esperite attraverso l'*agere per sponsionem*, qualificando come tale la *rei vindicatio* sarebbe stato forse opportuno precisare, nel riprendere una nozione di interesse storico e didattico, che ci si riferiva a quella esperita con formula petitoria: cosa che però non avrebbe avuto senso dato che al tempo di Giustiniano l'*agere per sponsionem* era ampiamente superato e non se ne faceva più cenno nella compilazione. Appariva invece certamente corretto, e non creava problemi, definire arbitraria l'*actio Publiciana*.

⁴⁹) Cfr. *supra*, nt. 42.