

V.

PER UNA RICOSTRUZIONE DELLE DOTTRINE CONTRATTUALISTICHE

I. L'analisi del «De pactis et conventionibus» – I.1. La disciplina dei patti aggiunti – I.2. Le convenzioni dotali – II. Segue: i cosiddetti «patti pretorî» – II.1. *Receptum arbitrii* – II.2. *Receptum nautarum* – II.3. I requisiti fondamentali del costituito di debito – II.4. Spunti problematici in tema di *constitutum debiti alieni* – III. L'indagine sui contratti tutelati da «iudicia bonae fidei» – III.1. *L'emptio-venditio* – III.2. La *locatio-conductio* – III.3. Altre tipologie contrattuali – IV. Figure negoziali «di confine» – V. La tutela processuale di fattispecie atipiche: in particolare, «agere» e «actio praescriptis verbis» – V.1. Il superamento dell'impostazione labeoniana – V.2. Estensione e «tipizzazione» – VI. Il ricorso alle «actiones in factum» e alle «actiones utiles» – VI.1. *Actiones ad exemplum* – VI.2. Scarso impiego delle azioni «utili».

I. L'analisi del «De pactis et conventionibus»

I.1. La disciplina dei patti aggiunti

La difficoltà di collocare entro un discorso unitario le varie dottrine pomponiane ricordate da Paolo e Ulpiano, si acuisce confrontandosi coi maggiori temi del *ius civile* (in senso lato). L'«ontologia del frammento» che affiora dai nostri passi ha un significato più profondo delle contingenze della tradizione che li ha restituiti, e tanto più essa è condizionante quanto più ci sforziamo di ricostruire il pensiero di Pomponio¹ attorno a problematiche

¹) Così come di ogni altro giurista, salvo pochi e dibattutissimi testi che gli interpreti sovraccaricano forse di senso, e attorno ai quali condensano le altre testimonianze dello

come quella contrattuale. Già alcuni romanisti² hanno sottolineato come sia arduo ricondurre tale riflessione a poche e significative idee guida, così come porre il nostro giurista in un luogo definito del dibattito che, in parziale aderenza agli antagonismi di scuola, si svolse fra I e II secolo³.

In questo non rileva solo il contributo di Giuliano, che se in certo modo ricompose la polarità fra *sectae*⁴, certo non chiuse la discussione sui contratti e i *nova negotia*⁵, a suo tempo arricchita anche dagli interventi di un Pedio e di un Aristone. Vi incise più probabilmente una certa ritrosia di Pomponio a prendere posizione in simili dibattiti⁶ – quasi un loro programmatico accantonamento, nel momento stesso in cui, su specifici aspetti, se ne tesaurizzava gli esiti più felici (risalenti soprattutto, come vedremo, a Labeone, ma anche ad Aristone). Nella tensione «empirica» e «casistica» di Pomponio il problema dell'essenza giuridica del contratto, la sua struttura e i suoi requisiti, rimarranno – almeno ai nostri occhi – sempre sullo sfondo: immediatamente percepibile è piuttosto la ricerca attorno alla messe di figure «ibride» che offre la prassi negoziale, e lo sforzo di ricondurle entro gli schemi previsti nell'editto, o elaborarne – ove questo non sia possibile – adeguate e articolate forme di tutela. Era, anche questa volontà di concentrarsi sui casi a scapito di

stesso autore. Ne è un buon esempio la lettura di D. 50.16.19 – di cui neppure è pacifico l'originario contesto – in relazione alle dottrine contrattualistiche di Labeone.

²) Penso soprattutto a GALLO, *Synallagma*, II, cit., in particolare p. 241 s.

³) E su cui si è ormai sedimentata una letteratura vastissima. L'idea che i due modelli interpretativi rispecchiasero sostanzialmente gli schieramenti di scuola (con la teorica labeoniana che è mantenuta in Proculo e Nerva, fino a raggiungere Celso, contrapposta alla «serrata» sulle figure tradite che da Sabino e Cassio sfocia in Giuliano e nella «sua» codificazione) era già abbozzata in A. PERNICE, *Parerga. III. Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in «ZSS.», IX, 1888, p. 254 ss., per poi divenire centrale in BETTI, *Sul valore dogmatico*, cit., in particolare p. 27 ss. (ma si vedano anche le problematizzazioni e le cautele riassunte a p. 88), e ancora in G. MELILLO, *Contrahere pacisci transigere. Contributo allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, 1994, p. 207 ss., GALLO, *Synallagma*, II, cit., in particolare p. 30 ss., 41 ss., 61 ss., 210 ss., ID., *Sulle tracce di indirizzi sabiniani e proculiani*, cit., in particolare p. 20 ss. (e almeno in parte presupposta in BURDESE, *Sul riconoscimento civile*, cit., p. 23 ss.). Rinuncia invece espressamente a servirsi della «differenza tra le 'scuole' come valida ad individuare le posizioni reciproche dei singoli giuristi», ma non nega che più volte, in questa materia, «i loro campi teorici sembrano coincidere simmetricamente con quelli fra le loro *sectae*», SCHIAVONE, *Studi*, cit., p. 106 ss. nt. 121 (e, più in generale, 103 ss.).

⁴) Si veda STOLFI, *Il modello delle scuole*, cit., p. 105 e nt. 476 ove bibliografia; ma anche *supra* II.4.II.1 ove bibliografia, III.2.III.1.

⁵) Tanto che anche un giurista non particolarmente in vista come Mauriciano ne avrebbe potuto «correttamente» correggere una soluzione importante come quella riferita in (Ulp. 4 *ad ed.*) D. 2.14.7.2.

⁶) Così come a offrire segni univoci di una sua riconducibilità a una *secta* piuttosto che a un'altra: STOLFI, *Il modello delle scuole*, cit., p. 9 ss. e nt. 32 ss. ove bibliografia.

una costruzione teorica «forte» e immediatamente visibile, un tratto probabilmente non estraneo all'«umanesimo giuridico» fiorito sotto gli Antonini⁷, e per più aspetti coincidente (se non anche mutuato)⁸ dalla lezione giuliana: a distanziarne gli orientamenti di Pomponio è più spesso – come vedremo – la portata tecnica delle soluzioni⁹, non l'approccio d'insieme al fenomeno contrattuale, in cui ugualmente registriamo la rinuncia a ogni concettualizzazione in termini di «sistema» e la massima apertura all'empiria. Un'alternativa fortuna avrebbe atteso quest'orientamento negli anni avvenire: esso costituiva la strada che Ulpiano avrebbe scartato, nella tendenza a una più compiuta sistemazione della materia contrattuale, ma anche l'opzione seguita nelle opere «problematiche» fra Cervidio Scevola e Papiniano, e in certo modo affiorante anche nell'*ad edictum* di Paolo¹⁰.

Né forse è casuale anche la compressione che la memoria di Pomponio conosce in uno dei luoghi più significativi dell'indagine ulpiana sui contratti, ossia il commento all'editto '*De pactis et conventionibus*'. Il tratto di maggiore intensità teorica¹¹ è quello che oggi leggiamo in D. 2.14.1, D. 2.14.5 e D. 2.14.7.pr.-4: le citazioni giurisprudenziali vi disegnano un gioco di presenze ed

7) Parla di «umanesimo giuridico» in riferimento al pensiero del solo Celso, SCHIAVONE, *Il pensiero giuridico*, cit., p. 51 s. (= *Linee*, cit., p. 210 s.); ma è l'intera cultura giuridica del tempo che – con toni ovviamente diversi fra ogni protagonista – si ridefinisce fuori dai rigori di una logica formale o di un severo dogmatismo. L'attenzione ai valori dell'equità non è ad esempio esclusiva di Celso: ne scorge tracce nella riflessione del suo collega nello scolarcato proculiano, J. MAIFELD, *Die aequitas bei L. Neratius Priscus*, Trier, 1991, in particolare p. 25 ss., ma avremo più volte occasione di richiamarla anche seguendo la riflessione di Pomponio e Giuliano, così come è evidente il ruolo che essa svolse nella legislazione (e persino nella produzione numismatica: LEVI, *Adriano Augusto*, cit., p. 47 ss.) di Adriano e di Antonino Pio.

8) Difficile è infatti definire – alla luce di quanto rilevato *supra* II.4.II – anche quanto della riflessione contrattualistica di Giuliano fosse accessibile a Pomponio mentre componeva l'*ad edictum*.

9) Anche su aspetti assolutamente centrali, come il ricorso all'*agere praescriptis verbis* e, addirittura, la sua probabile tipizzazione in *actio*.

10) Ove vanamente cercheremmo costruzioni analoghe a quelle di Ulpiano. Quanto agli apporti di Cervidio Scevola e Papiniano, si tengano presente le caratteristiche della loro produzione cui più volte ci siamo richiamati *supra* III.2, ma anche i contenuti della loro indagine contrattualistica (e per Cervidio Scevola, in particolare, i contributi in tema di *transactio*): SCHIAVONE, *Studi*, cit., p. 168 ss., BURDESE, *Sul riconoscimento civile*, cit., p. 46 ss., GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 245 ss., 258 ss. Un accenno alle diverse prospettive in cui Papiniano e Ulpiano si ponevano dinanzi al fenomeno pattizio e contrattuale, è in P. VOCI, *Le obbligazioni romane (Corso di Pandette)*, I.1, Milano, 1969, p. 105, SCHIAVONE, *Il pensiero giuridico*, cit., p. 74 s. (= *Linee*, cit., p. 235).

11) Che giustamente SCHIAVONE, *Studi*, cit., p. 130, considerava la «vera *summa* delle teorie contrattualistiche del giurista severiano».

assenze che è, per le seconde, non meno voluto e importante che per le prime. Accanto ai nomi di Pedio, Aristone, Celso, Giuliano e Mauriciano, non troviamo così né quello di Labeone (il che è probabilmente spiegabile con le difficoltà «sistematiche» e le faticose differenziazioni che avrebbe comportato)¹² né quello di Pomponio. A quest'ultimo non era quindi attribuibile – come confermato dai frammenti che esamineremo più avanti – niente di simile alla rigorosa, selettiva nozione di *contractus* elaborata da Labeone, ma neppure una riproposizione dello schema di provenienza muciano-sabiniana, più propriamente descrittivo delle figure contrattuali tipiche, in certo modo recepito, dietro l'enfaticizzazione dell'elemento consensualistico, da Pedio e poi chiaramente sotteso alla sistematica gaiana; né infine una esplicita, o decisiva, presa di posizione¹³ in merito alla reciprocità delle prestazioni come implicante, o meno, la sussistenza di una *causa* e quindi la riconoscibilità di un contratto, da tutelare con azione civile¹⁴.

Un richiamo al nostro autore – così come a Marcello e Papiniano – troviamo invece nelle analisi di poco successive, incentrate sulla disciplina dei *pacta adiecta* e il loro rapporto coi negozi tutelati da *iudicia bonae fidei*. Vedremo fra breve¹⁵ come proprio l'attenzione al variegato fenomeno pattizio e ai contratti consensuali costituiscano i due profili preminenti della riflessione pomponiana sugli atti leciti produttivi (o modificativi, o estintivi) di obbligazione: un ruolo di primo piano possiamo comunque fin da ora attribuire alle sue due citazioni, l'una proveniente dall'*ad edictum* e l'altra dai *libri*

¹²) Sul punto, ampiamente, SCHIAVONE, *Il pensiero giuridico*, cit., p. 76 ss., in particolare p. 81 s. (= *Linee*, cit., p. 236 ss., 238 ss.).

¹³) A parte la probabile recezione pomponiana che in altri testi vedremo documentata rispetto alla forma di tutela (*l'actio civilis incerti*) che per certe ipotesi sinallagmatiche prevedeva Aristone.

¹⁴) Devo qui prescindere dal ricchissimo dibattito storiografico che da decenni si svolge attorno a questi temi (con particolare attenzione ai passi ulpiani ricordati nel testo), e del quale ho cercato di sintetizzare i punti salienti e meno controversi. Fra la letteratura più recente, si considerino soprattutto SCHIAVONE, *Studi*, cit., p. 103 ss., in particolare 129 ss., SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., in particolare p. 206 ss. ove bibliografia, 253 ss., BURDESE, *Sul riconoscimento civile*, cit., p. 14 ss., in particolare 20 ss., G. MACCORMACK, *Contractual theory and the innominate contracts*, in «SDHI», LI, 1985, p. 131 ss., in particolare 138 ss., MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., in particolare p. 211 ss., SCHIAVONE, *Il pensiero giuridico*, cit., p. 59 ss. (= *Linee*, cit., in particolare p. 222 ss.), GALLO, *Synallagma*, II, cit., in particolare p. 93 ss., ID., *Sulle tracce*, cit., p. 25 ss. Ulteriore, ampia bibliografia in M. TALAMANCA, *Note su Ulp. 11 'ad ed.' D. 4.3.9.3. Contributo alla storia dei c.d. contratti innominati*, in «Scritti E. Fazzalari», I, Milano, 1993, in particolare p. 196 nt. 1.

¹⁵) *Infra* III.5.in particolare II.1.

lectionum, che rinveniamo in (Ulp. 4 *ad ed.*) D. 2.14.7.6¹⁶:

Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis re non dum secuta posse abiri ab emptione. si igitur in totum potest, cur non et pars eius pactione mutari potest? et haec ita Pomponius libro sexto ad edictum scribit. quod cum est, etiam ex parte agentis pactione locum habet, ut et ad actionem proficiat nondum re secuta, eadem ratione. nam si potest tota res tolli, cur non et reformari? ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur. quod non insuptiliter dici potest. unde illud aequae non reprobato, quod Pomponius libris *lectionum* probat, posse in parte recedi pacto ab emptione, quasi repetita partis emptione. sed cum duo heredes emptori exstiterunt, venditor cum altero pactus est, ut ab emptione recederetur: ait Iulianus valere pactionem et dissolvi pro parte emptionem: quoniam et ex alio contractu paciscendo alter ex heredibus adquirere sibi potuit exceptionem. utrumque itaque recte placet, et quod Iulianus et quod Pomponius.

Una volta temperati i dubbi estremi circa la genuinità del suo contenuto¹⁷,

¹⁶ Fra i molti che leggono questo testo, H. SIBER, *Contrarius consensus*, in «ZSS.», XLII, 1921, p. 90 s., GROSSO, *L'efficacia dei patti nei «bonae fidei iudicia»*, cit., p. 50 (= *Scritti storico giuridici*, III, cit., p. 22), P.E. VIARD, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, Paris, 1929, p. 119, MAGDELAIN, *Le consensualisme*, cit., in particolare p. 42 s., G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, p. 183 s., 200 ss., KNÜTEL, *Die Inbärenz*, cit., p. 133 ss., ID., *Contrarius consensus*, Köln, 1968, in particolare p. 70 ss., p. 81 s., 86 ss., VOCI, *Le obbligazioni romane*, I.1, cit., p. 103 ss., BURDESE, *Sul riconoscimento civile*, cit., p. 26, R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli, 1983, p. 33 ss., ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 758

¹⁷ Che, dopo essere apparso un «wildes Chaos» a SIBER, *op. cit.*, p. 90 (ma di uno sviluppo «tourmenté et chaotique» parlava anche MAGDELAIN, *op. cit.*, p. 42), sarebbe stato, negli ultimi quarant'anni, oggetto di valutazioni discordanti. Soprattutto in merito alla prima parte (che è quella che più interessa, con la dottrina pomponiana proveniente dall'*ad edictum*), le opinioni non sempre si sono succedute secondo una parabola discendente dell'approccio interpolazionista. In effetti, MAGDELAIN, *loc. cit.*, vi individuava mende soprattutto formali (riconoscendo che il tema dell'inerenza del patto al contratto «est certainement classique dans le fond, s'il ne l'est pas toujours dans le forme ... Tout ce mouvement d'idées transparait dans le texte d'Ulpian. Si la langue n'est guère classique, le problème l'est»). KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., in particolare p. 71 s. vi enfatizzava viceversa la presenza di rielaborazioni «post-classiche» (senza che peraltro riesca convincente in tal senso l'indizio che egli trae – *op. cit.*, p. 71 nt. 3 - dal diverso tenore delle due citazioni da Pomponio e di quella da Giuliano: non sembra da escludersi tanto perentoriamente che la diversità fosse già nella scrittura di Ulpiano); GROSSO, *L'efficacia*, cit., p. 50 e VOCI, *op. cit.*, p. 105 ss., quella di modifiche apportate dai giustiniani (cui il secondo attribuisce la soppressione del discorso sugli aspetti processuali dell'*exceptio* – la cosiddetta inerenza – e di una «esemplificazione circostanziata», in luogo della quale sarebbero stati inseriti degli «accenni generalizzanti ai giudizi di buona fede»: ne

questo testo può annoverarsi fra i più significativi per chi intenda ricostruire la nozione e la disciplina del *contrarius consensus*, e la sua operatività in termini di *pactum ex intervallo* o piuttosto di *actus contrarius*¹⁸. Pomponio vi considerava – per quanto attiene alla prima citazione – l’ipotesi di un *pactum ex intervallo* che interviene a modificare o estinguere, ‘*re nondum secuta*’, una *emptio*¹⁹: nel *bonae fidei iudicium* che ne scaturisce l’*exceptio* sorta dal patto opera automaticamente (‘*inest*’)²⁰. L’assetto cui si perviene, con un’eccezione da *pactum ex intervallo* che rileva *ipso iure* e limita così il contenuto del contratto²¹, è tutt’altro che scontato, sino a dilatare in modo assai rilevante la tutela degli accordi aggiunti, anche non *in continenti*, a un contratto consensuale²². Singolare è anche la tecnica

rimarrebbe, in conclusione, nient’altro che «una traccia dell’esposizione originaria»). Ben più conservativa la posizione di QUADRATO, *op. cit.*, p. 33 s., secondo il quale il nostro passo, nonostante le alterazioni subite, «non ha però perduto, almeno nelle grandi linee, l’ossatura dell’originario discorso ulpiano». Non solo, ma possiamo anche individuarvi ben più di una traccia dell’elaborazione pomponiana sul tema, come tende a mostrare lo stesso QUADRATO, *op. cit.*, p. 33 s. e nt. 148, avvalendosi di altri testi del nostro autore, come (9 *ad Sab.*) D. 18.1.6.2. Sulla sostanziale autenticità del pensiero di cui danno conto le citazioni di Pomponio e Giuliano (chiunque le abbia compiute, ma sembra difficile – per i motivi più volte esposti – pensare ad altri che Ulpiano), si pronunciava peraltro già KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., p. 71 s., 87 (laddove scrive: «obgleich dieser Passus überarbeitet worden ist, bietet doch der Gleichklang von Erwägung und Darstellung in den beiden für Pomponius – zudem aus verschiedenen Schriften – überlieferten Sätzen ein sehr starkes Indiz für die Echtheit der Aussage»).

¹⁸) Questa, come noto, l’alternativa ricostruttiva su cui si è mossa gran parte della romanistica: basti vedere – dopo quanti, come Siber e Grosso, stimavano solo giustiniano l’accostamento di *contrarius consensus* e *pactum ex intervallo* - KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., in particolare p. 102 ss. ove bibliografia (secondo cui entrambe le soluzioni sarebbero state note alla giurisprudenza del II e III secolo: la prima soprattutto a Giuliano, la seconda a Paolo, alla luce, per entrambi, soprattutto di D. 18.5.3), A. GUARINO, *Per la storia del «contrarius consensus»*, in «Labeo», XIV, 1968, in particolare p. 273 ss., che interpreta diversamente la posizione di Paolo, ma ritiene senz’altro «classica» (diversamente da GROSSO, *Il sistema*, cit., in particolare p. 178 s., ID., *rec.* a KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., in «SDHI.», XXXIV, 1968, p. 407 ss., in particolare 409) la previsione dell’inerenza dell’*exceptio pacti (ex intervallo)* ai *iudicia bonae fidei*. Rilievi critici circa la lettura di Knütel sono anche in QUADRATO, *op. cit.*, p. 34 ss. La prospettiva pattizia è comunque quella in cui – come vedremo – si muoveva Pomponio, tanto da consentirne, da parte di Ulpiano, un significativo accostamento a Giuliano.

¹⁹) O altro contratto tutelato da un *iudicium bonae fidei*.

²⁰) Così QUADRATO, *op. cit.*, p. 34.

²¹) Come si esprime VOCI, *op. cit.*, p. 103.

²²) Che il *pactum* menzionato nel frammento - sebbene non sia detto espressamente - fosse *adiectum ex intervallo* e non *in continenti*, è imposto da un criterio logico. Altrimenti – e tanto più alla luce del precedente paragrafo di D. 2.14.7 - non comprenderemo infatti la discussione attorno all’automatica operatività delle eccezioni che così ineriscono al contenuto contrattuale, né il requisito della *res nondum secuta*. Su questa natura di *pactum ex*

argomentativa impiegata dal nostro giurista, che muove – sempre che sia fedele la trascrizione ulpiana – proprio dalla possibile conseguenza estrema del *pactum ex intervallo* che, aggiunto *re nondum secuta*, blocca, attraverso l'automatica attivazione della relativa *exceptio*, il contenuto precettivo del contratto e opera su di esso con effetti estintivi²³. Da questo viene desunto – con un passaggio definibile come *a maiore ad minus*²⁴ – che se il patto può modificare ‘*in totum*’ (cioè sino a farlo estinguere) il contratto cui inerisce, a maggior ragione potrà farlo per una sola parte di esso (*‘cur non et pars eius pactione mutari potest?’*)²⁵.

A questa soluzione era strettamente connessa, già nel montaggio ulpiano, quella cui perveniva lo stesso Pomponio nei *libri lectionum*, laddove stimava che un patto potesse consentire di recedere, *in parte*, da una compravendita, come se su tale porzione del suo oggetto fosse stata conclusa un'*emptio repetita* – la cui piena efficacia, quasi che nessun altro contratto l'avesse preceduta, era affermata sempre da Pomponio nel XXIV libro *ad Sabinum*²⁶. Né la situazione

intervallo, già VOICI, *op. cit.*, p. 104, KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., p. 72 ss.; né sembra ostare il rilievo di quest'ultimo (*op. cit.*, p. 88, ma anche 139 s.), secondo cui «*re integra getroffene Nebenabreden, seien sie erweiternder oder abändernder Art, noch als ex continenti vereinbart angesehen wurden*».

²³) Le difficoltà interpretative che suscita questo ragionamento sono state colte – almeno guardando al suo impiego da parte di Ulpiano – da VOICI, *op. cit.*, p. 104, secondo cui è difficile cogliere il significato del passaggio dal riconoscimento dell'operatività *ipso iure* del *pactum ex intervallo* a quello del suo effetto estintivo del contratto: «non si tratta di un argomento logico, che sarebbe *a minori ad maius*; ma di una “gradazione” retorica: il patto può avere efficacia diminutiva, fino alla totale estinzione del contratto». Da qui la conclusione che la stessa figura del *contrarius consensus* si sia «svilupata da quella del *pactum ex intervallo minuendae obligationis gratia*». Diversa, al riguardo, l'opinione di GUARINO, *op. cit.*, p. 276, persuaso che «il principio di scioglimento dei contratti consensuali per *actus contrarius* sia più antico del sistema dei *pacta adiecta ex intervallo*». Circa la qualifica dei patti aggiunti cui si riferisce il nostro testo, ne esclude l'identificazione col *pactum de non petendo* VOICI, *op. cit.*, p. 104 (secondo cui quella di D. 2.14.7.6 è una fattispecie più complessa, né vi è nelle fonti un espresso richiamo al *pactum de non petendo*), KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., p. 139, sostiene a sua volta che la «Herabsetzung von *pretium* oder *merx*» (modello di *pactum ex intervallo minuendae obligationis gratia*) varrà come *pactum de non petendo* nella sola ipotesi in cui esso intervenga ‘*re non integra*’ – cioè proprio nella situazione opposta a quella profilata da Pomponio.

²⁴) Così da comporre, da un punto di vista logico, qualcosa di non molto diverso da un circolo vizioso: dalla «gradazione retorica» cui accennava Voci (*supra* nt. precedente) - che non è, ma nella sostanza si avvicina alquanto a un procedimento *a minore ad maius* – a questa argomentazione *a maiore ad minus*.

²⁵) Proprio questa frase è stata peraltro giudicata severamente da KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., p. 62 nt. 4, che vi individua una «rhetorische Argumentation», confermativa delle rielaborazioni sofferte dal testo.

²⁶) E precisamente in D. 18.5.2 (*‘Si quam rem a te emi, eandem rursus a te pluris minorisve emerò, discussimus a priore emptione (potest, enim, dum res integra est, conventione nostra infecta fieri*

muta troppo ove – come nell'ipotesi prospettata da Giuliano – le «parti» della compera risultino «soggettivate» dalla presenza di due eredi dell'acquirente, uno solo dei quali concluda col venditore il patto in esame.

Questo intreccio di testimonianze attraversa un'importante sezione del corpus pomponiano, dai due commentari più «fortunati» fino alle *lectiones*²⁷: vi affiora la tendenza a rendere effettiva l'operatività del *contrarius consensus*, rafforzando le implicazioni processuali del relativo patto. Questo non avrebbe così rinvenuto il suo fondamento e la sua «copertura» nell'editto che si stava commentando (relativo appunto a *pacta et conventiones*), bensì nel contratto cui ineriva e nel riconoscimento che esso aveva già ottenuto²⁸: anche questa doveva essere una strada per disciplinare quella ricca negozialità «di confine» che si affiancava alle contrattazioni specificamente regolate dal *ius* e che nella volontà dei privati finiva per prevalere su quelle. Ma naturalmente non era una via da percorrersi senza limitazioni e cautele: da qui anche quel tornare insistentemente, nei testi pomponiani, sul mancato adempimento del contratto come requisito indispensabile per l'operatività dei *pacta adiecta* poc'anzi delineata. In effetti, l'espressione che troviamo in D. 2.14.7.6. e che risale all'*ad edictum* ('*nondum re secuta*'), compare²⁹ quasi solo in testi – mai anteriori a Giuliano e Celso, e mai ulpiane³⁰ – in materia di *contrarius consensus* o di *condictio*³¹. Ma analogo è il significato della locuzione '*dum res integra est*', ricorrente nel già

emptio) atque ita consistit posterior emptio, quasi nulla praecesserit. sed non poterimus eadem ratione uti post pretium solutum emptione repetita, cum post pretium solutum infectam emptionem facere non possumus'), ove troviamo ancora, come nella nostra citazione, la «Denkform» pomponiana quasi e il requisito della '*res integra*' (o del '*pretium non solutum*') – equivalente a quello della '*res nondum secuta*' di D. 2.14.7.6 -, entrambi collocati in un punto strategico dell'argomentazione. Un persuasivo esame congiunto dei due passi è in QUADRATO, *op. cit.*, p. 30 ss. ove bibliografia.

²⁷) Su quest'ultima opera e sul suo problematico rapporto con altri lavori pomponiani, *supra* I.1.I nt. 18 ove bibliografia.

²⁸) Il punto era sfiorato da MAGDELAIN, *le consensualisme*, cit., p. 42.

²⁹) Con eventuali, lievi modifiche.

³⁰) A parte il caso - che già KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., p. 23 s. nt. 9, stimava affatto particolare - di (76 *ad ed.*) D. 39.5.19.6. Quest'assenza di testimonianze ulpiane non solo può essere indicativa di certe linee di sviluppo dell'elaborazione dei giuristi severiani (attesa anche la frequenza dei richiami di Paolo all'espressione in esame: *infra* nt. seguente), ma rafforza la sensazione che in D. 2.14.7.6 il nostro sintagma provenga dalla scrittura di Pomponio.

³¹) Attengono alla prima tematica (Iul. 15 *dig.*) D. 18.5.5.1 e (Paul. 33 *ad ed.*) D. 18.5.3; alla seconda (Cels. 3 *dig.*) D. 12.4.16, (Paul. 17 *ad Plaut.*) D. 12.4.9.pr. e 14, (Id. 10 *ad Sab.*) D. 12.5.1.1-2, (Id. 17 *ad Plaut.*) D. 12.6.65.3, (Id. 32 *ad ed.*) D. 19.4.1.4, (Id. 5 *quaest.*) D. 19.5.5.1, (Id. 6 *ad leg. Iul. et Pap.*) D. 39.6.35.3. Sull'insieme di queste testimonianze, KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., p. 23 e nt. 8 s. ove bibliografia.

menzionato D. 18.5.2³², o di quella ‘*si nondum impleta sunt, quae utrimque praestari debuerunt*’, che sorregge, in (Pomp. 9 *ad Sab.*) D. 18.1.6.2³³, una decisione analoga a quella proposta nel commentario all’editto.

Se spingiamo lo sguardo oltre D. 2.14.7.6 e l’assenso che Ulpiano vi presta alle due dottrine di Pomponio (‘... *quod non insuptiliter dici potest. unde illud aequae non reprobo* ...’), scorgiamo così un quadro di testi e di temi più articolato, per cui è forse difficile ipotizzare una netta contrapposizione di due linee interpretative, risalenti essenzialmente a Giuliano e Paolo³⁴. E’ però indubbio che quest’ultimo guardasse, forse in modo più assiduo, anche se meno esplicito di Ulpiano, alle posizioni assunte dal nostro giurista³⁵. A distanziare le due soluzioni sarebbe stata viceversa la maggior cautela affiorante in Pomponio, ancora legato all’operatività del *contrarius consensus* come patto, e quindi in via di eccezione, sia pure automaticamente inerente al *iudicium bonae fidei*.

Il suo ragionamento era tutto sul piano del tradizionale strumentario edittole – patti e relative eccezioni, non mai il *contrarius consensus* come autonomo contratto risolutivo –, ma come espanso e rafforzato, sino a garantire la massima efficacia a quelle manifestazioni di volontà. E anche l’effetto estintivo di queste era registrato da Pomponio secondo un atteggiamento incontrato più volte³⁶, volto a chiarire come un elemento della realtà giuridica non possa essere posto nel nulla dal pretore, ma piuttosto privato dei suoi effetti e perciò, nella sostanza, ‘*quasi nullus*’, così che a valere sarà solo l’accordo negoziale posteriore (ma non propriamente nuovo, come invece per Paolo)³⁷.

³²) Oltre che in altri passi, quasi tutti – tranne (Ner. 3 *membr.*) D. 2.14.58 – di giuristi posteriori a Pomponio (o contemporanei, come Gaio e Giuliano), e relativi – diversamente da quelli in cui ricorre il sintagma *re nondum secuta* – a svariate materie, dalla *condictio* alla *actio familiae erciscundae*, dai patti fra *emptor* e *venditor* alla *solutio*, dalla *custodia* ed *exhibitio reorum* alla *actio pro socio*. Un elenco di questi passi in KNÜTEL, *op. cit.*, p. 23 nt. 5.

³³) ‘*Conditio, quae initio contractus dicta est, postea alia pactione immutari potest, sicuti etiam abiri a tota emptione potest, si nondum impleta sunt, quae utrimque praestari debuerunt*’.

³⁴) Come nella lettura – cui accennavamo – di KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., p. 102 ss.; una condivisibile cautela è in QUADRATO, *op. cit.*, p. 34 ss., che in D. 18.5.3 coglie piuttosto «una differenza di piani, non incompatibili fra loro», in cui si situano le soluzioni di Giuliano e Paolo.

³⁵) Si pensi solo allo stretto rapporto fra passi come D. 18.5.2 e (Paul. *notat apud Papin.* 10 *quaest.*) D. 18.1.72.pr. (‘*si omnibus integris ammentibus de angendo vel deminuendo pretio rursus convenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur*’), su cui QUADRATO, *op. cit.*, p. 36 ss. ove bibliografia.

³⁶) Ad esempio, in D. 13.5.3.1 (su cui *supra* I.2.IV); ma si veda anche un testo fondamentale come (Pomp. 20 *ad Sab.*) D. 45.1.25, su cui QUADRATO, *op. cit.*, p. 7 ss.

³⁷) Condivisibili i rilievi che dal confronto fra D. 18.5.2 e D. 18.1.72.pr. trae QUADRATO, *op. cit.*, p. 37 ss.

Un riconoscimento della forma pattizia come incisivo strumento di modifica del contenuto contrattuale troviamo anche nel § 15 di (Ulp. 4 *ad ed.*) D. 2.14.7³⁸:

Sed et si quis paciscatur, ne depositi agat, secundum Pomponium valet pactum. item si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait pactionem valere nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam.

La problematica che vi è dibattuta è più circoscritta rispetto a quella esaminata nel § 6. Vi affiora tuttavia l'eco di un dibattito³⁹ che dovette indurre Pomponio a ribadire la validità di patti di rinuncia all'azione di deposito o di illimitata assunzione del rischio relativo allo stesso contratto. Si tratterebbe, nel primo caso, ancora di un patto aggiunto *ex intervallo*⁴⁰, che verrebbe così di nuovo a incidere in modo determinante sul rapporto obbligatorio, non però previa inerenza della relativa eccezione al *iudicium bonae fidei*⁴¹, ma con l'opponibilità dell'*exceptio pacti* da parte del depositario convenuto.

L'aspetto più delicato – in relazione al quale doveva essere l'innovazione di Pomponio e la fortuna riscossa presso Ulpiano (e Paolo) – era qui costituito dal nesso fra tale rinuncia e il realizzarsi di un fatto doloso determinante

³⁸) Sul quale, per tutti, G. ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano*, ora in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922, p. 117 s., 121, VIARD, *Les pactes adjoints*, cit., p. 57 s. nt. 3, 109, P. KRÜCKMANN, *Versicherungshaftung im römischen Recht*, in «ZSS.», LXIII, 1943, p. 9 s., C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano, 1955, p. 45 ss., J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, p. 384, GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 181, B. SCHMIDLIN, *Die römische Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln-Wien, 1970, p. 49 ss., C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, p. 317 ss. ove altra bibliografia, S. TAFARO, *Regula e ius antiquum in D. 50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, I, Bari, 1984, in particolare p. 42 ss., 60 ss., 245, A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit: soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, in «ZSS.», CIV, 1987, p. 550 s., F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano. Dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari, 1994, in particolare p. 34, 71 s., 154, 196 198 s., R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A.C.-II sec. D.C.)*, Milano, 1995, p. 470 s., 476; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, p. 203.

³⁹) Che DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 198, colloca fra Giuliano e Pomponio, e senza il quale egli troverebbe inspiegabile il tenore del nostro passo, almeno da *'item si quis'* in avanti. Sulla contestualizzazione del paragrafo nella più vasta trattazione ulpiana attorno ai *pacta*, MASCHI, *op. cit.*, p. 317 ss.

⁴⁰) Secondo MASCHI, *op. cit.*, p. 319 (ove una perspicua difesa della genuinità della soluzione) esso «altrimenti sarebbe illecito, quindi nullo».

⁴¹) Sulla configurabilità, già prima dell'età adrianea, di un'*actio in ius* (e, appunto, *ex fide bona*) a tutela del deponente, da ultimo, CARDILLI, *op. cit.*, in particolare p. 470 s. ove ampia bibliografia.

l'inadempimento, e senza il quale il deponente non potrebbe comunque agire. Ciò comporta che, secondo Pomponio, era ammissibile un impegno a non far valere il dolo: impegno che era tuttavia costruito solo in termini di operatività processuale, senza affatto ricorrere a quelle pattuizioni volte a escludere la responsabilità per dolo che sia Paolo che Ulpiano avrebbero poi respinto come contrarie a *bona fides* e *boni mores*⁴².

Significativa è poi l'ammissione di una dilatazione, tramite *pactum*, dei criteri di responsabilità del debitore, sino a imputargli *omne periculum*, ossia anche l'inadempimento dovuto a caso fortuito. Le interpretazioni che contestavano la genuinità della soluzione, e anzi rovesciavano l'orientamento di Pomponio, appaiono da tempo superate⁴³. Vero è piuttosto che la posizione del nostro giurista è collegata⁴⁴ con quella riferita nel tratto precedente, così da comporre una sorta di simmetria (sia pure imperfetta)⁴⁵ tra pattuizioni giovevoli a una parte e all'altra. Pattuizioni che – come è precisato nel secondo caso, quasi a prevenire possibili obiezioni⁴⁶ – non determinano quell'alterazione della struttura tipica (anche sul piano della tutela processuale) del contratto⁴⁷

⁴² Così leggiamo in (Ulp. 30 *ad ed.*) D. 16.3.1.7. Ma il patto '*ne dolus praestetur*' doveva risultare contrario – secondo la terminologia di D. 2.14.7.15 – anche alla '*forma iuris*'. Che il suo divieto venisse solo aggirato da una pattuizione come quella suggerita da Pomponio, ma che quest'ultima fosse comunque valida, era riconosciuto da Paolo in (3 *ad ed.*) D. 2.14.27.3. Per una più approfondita disamina di queste testimonianze, TAFARO, *Regula*, cit., in particolare p. 42 ss., 57 ss. Circa il problema del rapporto fra rinuncia all'*actio depositi* e conseguente, possibile legittimazione all'*actio de dolo*, si pronunzia per la fruibilità della seconda (sulla base di D. 4.3.7.3, ma dovremmo ricordare soprattutto D. 4.3.1.4) DE ROBERTIS, *La responsabilità*, cit., p. 71 e nt. 58, 196 e nt. 19. La esclude viceversa CANNATA, *Sul problema della responsabilità*, cit., p. 203, sulla base di D. 2.14.27.3 ('... *vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat: quod pactum proderit*'), ma senza soffermarsi sull'incongruenza logica che altrimenti si determinerebbe, con un patto *ne depositi agat* che non gioverebbe al debitore, sottoponendolo comunque al rischio di una condanna infamante.

⁴³ Si veda MASCHI, *op. cit.*, p. 317 ss., e le critiche da lui rivolte soprattutto a Rotondi ed Albertario.

⁴⁴ Già da Ulpiano, di cui si noti l'*'item'* (come interpretato da MASCHI, *op. cit.*, p. 320; meno persuasivo il nesso fra le due soluzioni per come restituito da DE ROBERTIS, *La responsabilità*, cit., p. 109 e nt. 36).

⁴⁵ Soprattutto nel senso che mentre in un caso venivano immediatamente estesi i criteri di responsabilità, nell'altro essi erano indirettamente compresi (anzi, sostanzialmente, vanificati) tramite la rinuncia all'azione.

⁴⁶ O a chiudere un dibattito tra *prudentes* di cui TAFARO, *Regula*, cit., p. 61 e DE ROBERTIS, *La responsabilità*, cit., p. 198, 267 nt. 49, scorgono un'eco nella formulazione della frase '*nec quasi contra iuris formam ... servandam*'.

⁴⁷ Ossia appunto la sua *forma iuris*: sul significato di questa nozione, SCHMIDLIN, *op. cit.*, p. 50 ss., TAFARO, *Regula*, cit., p. 61 ss. ove bibliografia, secondo il quale la posizione dei possibili antagonisti di Pomponio «difficilmente doveva trovare argomenti se l'oggetto

che ne comporterebbe l'invalidità.

Di questi orientamenti è forse possibile ipotizzare⁴⁸ un nesso con la distinzione introdotta da Labeone in tema di pactum *'ne operis novi nuntiationem exsequar'*, di cui egli ammetteva la validità riguardo a interessi privatistici (*'ex re familiari'*), mentre la escludeva *'de re publica'*⁴⁹ (il che appunto non è il caso del contratto di deposito). Ma rilevante è soprattutto come l'estensione della responsabilità del depositario sino al *periculum* non fosse ignota alla giurisprudenza tra I e II secolo⁵⁰, e che mentre l'imputabilità per dolo costituiva una sorta di soglia minima, che poco prima era stata aggirata ma non negata e di cui altrove (e in riferimento a fattispecie più giovevoli a *'qui rem recepit'*) lo stesso Pomponio segnalava l'intangibilità in via pattizia⁵¹, qui ne fosse ammessa, attraverso lo stesso meccanismo, la massima dilatazione.

E' infine da segnalare come in queste soluzioni – e in particolare nella prima – affiori la stessa linea metodica emersa in D. 2.14.7.6, con l'introduzione di importanti innovazioni sostanziali tutta mediata, se non nascosta, dall'operatività dei meccanismi del processo formulare, quasi che solo il loro spregiudicato utilizzo consentisse la massima apertura a un consenso che non si indirizza contro la *'forma iuris'* ma incide sull'effettività dei negozi posti in

della discussione fosse stato l'essenza del contratto» (giacché «l'eventuale assunzione dell'*omne periculum* ... ne avrebbe rafforzati quegli scopi»), mentre si giustificerebbe ove in discussione fosse stata la struttura del *iudicium*. Nell'insieme il rilievo è condivisibile (ed è vero che esso vale a spiegare perché fosse ammessa la rinuncia ad esercitare l'azione, in quanto ciò non incide sui *verba iudicii*, mentre Paolo e Ulpiano escludevano la validità del patto *'ne dolus praestetur'*); ma esso accentua forse una frattura tra profilo sostanziale e processuale non propria delle fonti romane, ed enfatizza sin troppo, come proprio fondamento, l'impiego – in Gai., *Inst.* 4.32 - di *'forma'* (ma non *'forma iuris'*!) nel senso di *'formula'* processuale.

⁴⁸) Come suggerito da MASCHI, *op. cit.*, p. 318 s. (ove però non è menzione dell'esatto passo ulpiano).

⁴⁹) Secondo una differenziazione approvata da Ulpiano: (4 *ad ed.*) D. 2.14.7.14, su cui da ultimo G. SANTUCCI, *Operis novi nuntiatio iuris publici tuendi gratia*, Padova, 2001, in particolare p. 25 ss. ove bibliografia.

⁵⁰) Come apprendiamo da (Ner. 7 *membr.*) D. 17.1.39, particolarmente indicativo anche per l'identità e la posizione dei protagonisti del dibattito (Aristone, Celso padre, Nerazio). Sulla connessione di queste testimonianze, per tutti, MASCHI, *La categoria*, cit., p. 321 s., TAFARO, *Regula*, cit., in particolare p. 247, DE ROBERTIS, *La responsabilità*, cit., in particolare p. 153 s.

⁵¹) Penso a (Ulp. 30 *ad ed.*) D. 16.3.1.10 (*'In conducto et locato et in negotio, et quo diximus praescriptis verbis dandam actionem, et dolum et culpam praestabunt qui servum receperunt: at si cibaria tantum, dolum dumtaxat. sequemur tamen, ut Pomponius ait, et quid habuerunt proscriptum aut quid convenerit, dummodo sciamus et si quid fuit proscriptum, dolum tamen eos praestatueros qui receperunt, qui solus in depositum venit'*), su cui *infra* III.5.IV ove bibliografia.

essere (così, lì, i contratti tutelati da *iudicia bonae fidei* cui inerisce l'*exceptio* sorta da un *pactum adiectum*, qui il deposito la cui azione non sarebbe più proficuamente esperibile).

Che poi il nostro giurista non guardasse all'ambito dei patti come a una realtà indistinta nei contenuti e solo variante nelle forme e nei tempi di conclusione e di eventuale connessione a preesistenti contratti, ma già valorizzasse quella suddivisione fra *pacta in rem* e *pacta in personam* poi «canonizzata» da Ulpiano⁵² – risulta da (Paul. 3 *ad ed.*) D. 2.14.17.5⁵³. Abbiamo già esaminato questo testo⁵⁴, con particolare riguardo alla contestuale menzione che vi è fatta del nostro giurista e di Sabino⁵⁵: qui è sufficiente rilevare come non tanto il riferimento a quella distinzione (evidentemente già nota allo scolarca del I secolo, e forse anche a Pedio)⁵⁶ spicchi nella riflessione di Pomponio, quanto il suo utilizzo per stabilire l'efficacia a favore dell'acquirente dei patti conclusi dal dante causa solo ove fossero *in rem*.

Una posizione che non doveva essere eversiva né del tutto originale, se è vero che Paolo accenna a una '*plurium sententia*', nello stesso senso, che la precedette e che il giurista antoniniano si limitò a riconoscere come comunemente adottata ('*hoc iure nos uti Pomponius scribit*')⁵⁷. Ma anche una posizione che riacquista un suo spessore alla luce del difforme orientamento di Sabino che, pur privo di una percepibile eco anche nella propria secta, era sempre meritevole di menzione agli occhi di Paolo, e alla cui stregua la distinzione fra *pacta in rem* e *in personam* era vanificata, ai nostri fini, da una dilatazione del concetto di successio⁵⁸.

⁵² In (4 *ad ed.*) D. 2.14.7.8.

⁵³ '*Pactum conventum cum venditore factum si in rem constituitur, secundum plurium sententiam et emptori prodest, et hoc iure nos uti Pomponius scribit: secundum Sabini autem sententiam etiam si in personam conceptum est, et in emptorem valet: qui hoc esse existimat et si per donationem successio facta sit?*'.

⁵⁴ *Supra* II.3.I.3 ove bibliografia.

⁵⁵ E che non è affatto pacifico «sciogliere» come una citazione che il primo traeva dal secondo e che più tardi Paolo avrebbe spezzato, ponendo i due autori sullo stesso piano: *supra loc. cit.*

⁵⁶ Come sembra ricavarsi dal già menzionato D. 2.14.7.8. E' stato inoltre rilevato come le tracce di un'esistenza di *pacta in rem* risalgano più indietro, sino all'età di Labeone (per poi emergere anche in Proculo e Atilicino): G. MELILLO, «*Pacta in rem, pacta in personam*»: una «*divisio*» classica?, in «Sodalitas. Studi A. Guarino», III, Napoli, 1984, p. 1463 ss.

⁵⁷ Ove è particolarmente significativo il riferimento a quel *nos* che dissolve la diacronia fra citato e referente, per illustrare la perdurante validità di una soluzione giurisprudenziale fra gli Antonini e i Severi: *supra* I.2.II.

⁵⁸ *Supra* II.3.I.3.

I.2. Le convenzioni dotali

Uno specifico settore in cui si concentra l'attenzione di Pomponio al fenomeno pattizio, è costituito dalle convenzioni dotali. La testimonianza che proviene dall'*ad edictum* chiude, per quanto adesso ci interessa, l'esame del suo contributo attorno al '*De pactis et conventionibus*'⁵⁹, ma non è priva di riscontri in altre opere. Iniziamo da (Ulp. 4 *ad ed.*) D. 23.4.6⁶⁰:

Pomponius ait maritum non posse pacisci, ut dolum solummodo in dotem praestet, videlicet propter utilitatem nubentium: quamvis pacisci possit, ne sit periculo eius nomen debitoris qui ei dotem promisit: nam et ut sit dos periculo mulieris, pacisci eum posse probat, et per contrarium, ut ea dos quae periculo mulieris est sit periculo mariti.

Pomponio è qui richiamato sotto un duplice profilo: in primo luogo per sancire l'inammissibilità di un patto in virtù del quale il marito risponda della mancata restituzione della dote, solo ove questa sia determinata da suo dolo. Più dubbia è la paternità pomponiana della *ratio* di tale previsione ('*propter utilitatem nubentium*'), che rimane comunque da confrontare con l'interesse pubblico alla conservazione della dote cui faceva riferimento lo stesso Pomponio in (15 *ad Sab.*) D. 24.3.1⁶¹. Ancor più ricco di riscontri in altri suoi lavori è il

⁵⁹) Attesa la particolarità della problematica affrontata in (Marc. l. s. *ad form. hypoth.*) D. 20.1.13.2 (su cui *supra* II.4.III.1 ove bibliografia) e la dubbia collocazione palinogenetica di (Ulp. 27 *ad ed.*) D. 13.5.5.4.

⁶⁰) Su questo frammento, M. LAURIA, *Matrimonio-dote. Lezioni di diritto romano*, Roma, 1936, p. 222, E. SEIDL, *Moderne zivilrechtliche Lehren als Erkenntnismittel der Rechtsgeschichte*, in «Festschrift H. Lehmann», Berlin, 1956, p. 104, A. BURDESE, *In tema di convenzioni dotali*, in «BIDR.», LXII, 1959, p. 162 nt. 21, 176 s., MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 344 s. nt. 35, H. HONSELL, *Das periculum nominis in Dotalrecht*, in «ZSS.», LXXXIII, 1966, p. 368, DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 200, 203.

⁶¹) '*Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse feminas ad subolem procreandam replendamque liberis civitatem maxime sit necessarium*'. Un richiamo allo stesso interesse pubblico rinveniamo poi in Paolo (60 *ad ed.*, D. 23.3.2 e forse 60 *ad ed.*, D. 42.5.18); ma si consideri anche il '*cum mulieri prodest*' da cui Giuliano, 17 *dig.*, D. 23.4.21, faceva dipendere l'ammissibilità di una convenzione dotale con cui la moglie assumeva su di sé il rischio del perimento dei *mancia* in cui aveva convertito la *pecunia numerata* della dote. A queste soluzioni, e in particolare a quelle pomponiane, evidentemente non ostava la salvaguardia della '*reverentia, quae maritis exhibenda est*', quale Ulpiano poneva alla base dell'approvazione di un orientamento tratto dal XV libro *ad Sabinum* di Pomponio, in (36 *ad Sab.*) D. 24.3.14.1. Per una lettura congiunta di questa dottrina pomponiana e di quella conservata in D. 23.4.6, BURDESE, *In tema*, cit., p. 177 e nt. 61, che mi sembra però riferire troppo drasticamente il '*propter utilitatem nubentium*' del secondo testo alla «opportunità di salvaguardare l'interesse della donna» (quale peraltro

principio secondo il quale *'in dotalibus rebus non solum dolum, sed et culpam maritus praestet'*, che è sotteso alla soluzione del nostro caso, ed è problematizzato, ma non stravolto, in (16 *ad Sab.*) D. 24.3.18.1⁶² e (20 *epistul.*) D. 24.3.67⁶³. Questa limitazione della validità degli accordi relativi al grado di responsabilità – che finirebbero altrimenti col comprimere eccessivamente quest'ultima e risultare davvero *'contra iuris formam'*⁶⁴ – era solo aggirata in D. 2.14.7.15 e incontreremo, sia pure in altro contesto e diversamente atteggiata, anche in D. 16.3.1.10.

Nel secondo caso il riferimento al giurista antoniniano è svelato solo da un *'probat'* – espressivo, come in altri casi⁶⁵, della predilezione per una soluzione in sé, e non (almeno espressamente) dell'adesione all'autore da cui proveniva. Era fatta salva la possibilità di accordarsi perché non fosse il marito a sopportare il rischio dell'insolvenza del debitore⁶⁶ (evidentemente della moglie, benché ciò non sia obbligatorio, diversamente dall'ipotesi di *dotis dictio*) che gli ha «promesso» la dote, dal momento – e solo qui Ulpiano restituisce la parola a Pomponio – che i coniugi possono trasferire convenzionalmente all'uno il rischio attinente alla dote⁶⁷ che era inizialmente a carico dell'altro. Una soluzione «forte», che riecheggia, come quella contenuta nella parte precedente, certi orientamenti del nostro giurista in tema di patti relativi al contratto di deposito⁶⁸, e che consente la massima apertura al momento convenzionale circa la sopportazione del *periculum*.

non sarebbe applicazione di un presunto «principio generale per cui il patto dotale non dovrebbe essere contrario all'interesse della donna»).

⁶² *'Licet in dotalibus rebus non solum dolum, sed et culpam maritus praestet, cum tamen quaeritur in iudicio de dote an facere possit, dolum dumtaxat comprehenditur, quia in rerum ipsius administratione non erat ab eo culpa exigenda. quamquam eum dumtaxat dolum ei nocere putem, si facere non possit, quem propter uxorem adhibuit, ne ei solidum solveret, non propter quemlibet alium ...'*

⁶³ *'In partem dotis reddendae erit id, quod mulieri ex peculio servi restitui debet: et ideo et dolum et culpam in eo peculio vel adquirendo vel conservando maritus praestare debet et fructus ex eo percepti quomodo cuiuslibet rei dotalis ad maritum pertinebunt'*. Meno significative in proposito sono altre testimonianze pomponiane in tema di convenzioni dotali, come (14 *ad Sab.*) D. 24.1.31.4-5, (15 *ad Sab.*) D. 23.4.7, (26 *ad Sab.*, D. 23.4.10) e (Ulp. 36 *ad Sab.*) D. 24.3.14.1.

⁶⁴ Come è invece escluso per i patti esaminati in D. 2.14.7.15.

⁶⁵ Si veda *supra* in particolare I.2.III.

⁶⁶ Come solitamente avveniva, giacché – come scrive HONSELL, *loc. cit.* - «die Delegation», da parte della moglie, «keiner Forderung wie eine Zahlung wirkt» e «der Mann das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des delegierten Schuldners trägt».

⁶⁷ In questo caso costituito dall'insolvenza del debitore; pensava invece a un «patto diretto a far ricadere sulla donna il rischio del perimento delle cose dotali», BURDESE, *op. cit.*, p. 177.

⁶⁸ Penso a D. 2.14.7.15, esaminato al paragrafo precedente.

II. Segue: i cosiddetti «patti pretorî»

II.1. *Receptum arbitrii*

Criteri espositivi ancor prima che sostanziali suggeriscono di passare adesso al ricco contributo di Pomponio in tema di *recepta* e *constitutum debiti*. Si tratta in effetti di realtà negoziali usualmente definite, a partire dai giuristi medievali, come «patti pretorî», ma in cui l'incontro delle volontà, pure indispensabile nella pratica, rimane sullo sfondo, privo di una diretta rilevanza giuridica, per fare luogo a forme di unilaterale assunzione di obblighi⁶⁹. Ciò non ha impedito di guardare all'ambito dei «patti pretorî», assieme a quello dei contratti tutelati da *iudicia bonae fidei*, come ai settori in cui il «consensualismo» trovò maggior riconoscimento presso il pretore⁷⁰, secondo una interpretazione – certo suggestiva – che richiederebbe peraltro più puntuali verifiche⁷¹.

A noi basti evidenziare come effettivamente il contributo più importante di Pomponio in materia di incontri di volontà produttivi di obbligazione si disponga entro la duplice prospettiva di *recepta* e *constitutum debiti* da un lato, e, dall'altro, dei contratti consensuali (e degli altri protetti da azioni di buona fede), o delle figure negoziali che si collocano in prossimità di questi ultimi, o tra varie tipologie riconosciute⁷². E' una polarità ricca di connessioni e interdipendenze, sia nella specificità delle fattispecie contemplate⁷³, sia nell'insieme dell'elaborazione contrattualistica pomponiana, in cui quelle due linee ricostruttive – strette da un nesso reciproco che pur non crea un'attrazione forte né dà luogo a un impianto «sistematico» – verosimilmente contribuiscono alla regolamentazione di quello che è il problema principe dell'esperienza romana in materia, ossia la disciplina della negozialità «di confine» e il non indiscriminato superamento della tipicità contrattuale.

Di quest'attenzione pomponiana abbiamo la prima dimostrazione con

⁶⁹) Per una giustificazione della terminologia «patti pretorî», efficace la sintesi di MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 510. Circa la sua provenienza medievale, per tutti, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p., 607, MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., p. 235 ss.

⁷⁰) Addirittura, secondo MAGDELAIN, *Le consensualisme*, cit., p. 159 ss., in particolare 166, «dans l'ordre contractuel, le consensualisme se divise en deux ensembles: constitut et *recepta* d'un côté, contrats de bonne foi de l'autre».

⁷¹) Non appaiono infondate le critiche che al Magdelain muoveva GROSSO, *Il sistema*, cit., p. 192 nt. 2.

⁷²) Si veda *infra* III.5.III-V.

⁷³) Abbiamo già verificato la frequenza di fenomeni pattizi di cui Pomponio indaga l'incidenza ove riferiti a contratti (tutelati da azioni) di buona fede.

L'articolata catena di citazioni relative al *receptum arbitrii*, felice esempio – nella previsione di un dovere in capo all'arbitro (sanzionato non tanto con la concessione ai litiganti di un'*actio* contro di lui, quanto con l'esercizio della *coercitio* pretoria sullo stesso) di *dicere sententiam* – di quanto poc'anzi affermato circa i «patti pretori» come forme di unilaterale assunzione di obblighi. Quasi tutte le testimonianze del nostro giurista sono già state esaminate, sia pure in modo discontinuo e dentro contesti interpretativi diversi. Qui è sufficiente ricordare come siano tre i nuclei tematici attorno a cui si condensa la memoria di quel contributo: i requisiti personali dell'arbitro, il *compromissum* e la relativa *poena*, la pronuncia dell'arbitro stesso.

Sotto il primo aspetto, abbiamo osservato come il nostro giurista, muovendo verosimilmente da una distinzione tracciata da Labeone, si orientasse nel senso di ammettere la devoluzione della controversia a qualsiasi uomo libero in funzione di *arbiter*, sia pure ex schiavo o di *fama* non integra, purché non fosse un minore bisognevole di tutela (*pupillus*), un malato di mente, un sordo o un muto – tutte circostanze che non tanto l'avrebbero reso immeritevole della funzione, quanto ne avrebbero precluso il corretto esercizio⁷⁴.

Maggiori problemi abbiamo visto sollevati nella seconda linea di ricerca. Anch'essa mira a individuare i casi in cui può ricorrersi all'intervento del pretore per costringere l'arbitro negligente a emanare la *sententia*: a questo scopo è però richiesta la validità del *compromissum* e l'effettiva sussistenza di una pena pecuniaria che le parti si impegnano a pagare ove non si conformino alla pronuncia arbitrale. E' proprio alla perfetta simmetria della posizione dei due litiganti che il nostro giurista guardava con insistenza, come a un requisito indispensabile perché si potesse invocare la *coercitio* del magistrato nei confronti dell'*arbiter*⁷⁵. Così il ricorso a quest'ultima era a suo avviso da escludere ove una delle parti avesse compiuto l'*acceptilatio* dell'altrui *poena compromissi*⁷⁶; né mancavano i dubbi circa l'applicabilità della stessa soluzione nell'ipotesi di un

⁷⁴ I due frammenti che rilevano in proposito sono (Ulp. 13 *ad ed.*) D. 4.8.7.pr. ('*Pedius libro nono et Pomponius libro trigensimo tertio scribunt parvi referre, ingenuus quis an libertinus sit, integrae fama quis sit arbiter an ignominiosus. in servum Labeo compromitti non posse libro undecimo scribit: et est verum*'), esaminato *supra* II.2.III.7 ove bibliografia, e (Ulp. 13 *ad ed.*) D. 4.8.9.1 ('*Sed neque in pupillum neque in furiosum aut surdum aut mutum compromittetur, ut Pomponius libro trigensimo tertio scribit*'), su cui *supra loc. cit.* ove bibliografia.

⁷⁵ E' lo stesso aspetto che rinveniamo nella lapidaria enunciazione giuliana riferita in (Ulp. 13 *ad ed.*) D. 4.8.11.4: '*Item Iulianus scribit non cogendum arbitrum sententiam dicere, si alter promiserit, alter non*'.

⁷⁶ Si veda (Ulp. 13 *ad ed.*) D. 4.8.13.pr. ('*Pomponius ait, et si alteri accepto lata sit poena compromissi, non debere eum compelli sententiam dicere*'), sul quale *supra* I.2.V ove bibliografia.

compromissum che riguardasse le pretese di una sola parte e in cui questa soltanto avesse concluso la *stipulatio*⁷⁷. Una fattispecie complessa, la cui conoscenza ci è trasmessa in un testo forse non privo di mende, nella quale spicca l'attenzione di Pomponio alla specularità non solo delle stipulazioni, ma anche delle *controversiae* in gioco, secondo una prospettiva che Ulpiano – evidentemente più sensibile alla ritualità del conferimento dell'incarico che alla sostanza dell'assetto degli interessi – avrebbe più tardi abbandonato.

Particolarmente innovativo è poi il contributo del giurista antoniniano nel senso di stimare valido, discostandosi dalla lettera dell'editto, il compromesso (e quindi invocabile la *coercitio* magistratuale) anche nel caso in cui non fosse stata prevista una *poena nummaria*, ma, in luogo di essa, la dazione di una *res*, oppure l'impegno, mediante un reciproco *pactum* (*de non petendo*), a non richiedere una somma di cui si era creditori⁷⁸. Il dovere di emanare il

⁷⁷) E' il caso al centro di D. 4.8.13.1 (*Idem Pomponius scribit, de meis solis controversiis sit compromissum et de poenam sim stipulatus, videndum ne non sit compromissum. sed cui rei moveatur, non video: nam si ideo, quia de unius controversiis solum compromissum est, nulla ratio est: licet enim et de una re compromittere: si vero ideo, quia ex altera dumtaxat parte stipulatio intervenit, est ratio. quamquam si petitor fuit qui stipulatus est, possit dici plenum esse compromissum, quia is qui conventurus est veluti pacti exceptione, is qui convenit, si arbitro non pareatur, habet stipulationem. sed id verum esse non puto: neque enim sufficit exceptionem habere, ut arbiter sententiam dicere cogatur*), esaminato *supra loc. cit.*

⁷⁸) Il testo da considerare è (Ulp. 13 *ad ed.*) D. 4.8.11.2-3 ([2] *Quod ait praetor: 'pecuniam compromissam', accipere nos debere, non si utrimque poena nummaria, sed si et alia res vice poena, si quis arbitri sententia non steterit, promissa sit: et ita Pomponius scribit. quid ergo, si res apud arbitrum depositae sunt eo pacto, ut ei daret qui vicerit, vel ut eam rem daret, si non pareatur sententiae, an cogendus sit sententiam dicere? et puto cogendum. tantundem et si quantitas certa ad hoc apud eum deponatur. proinde et si alter rem, alter pecuniam stipulanti promiserit, plenum compromissum est et cogetur sententiam dicere. [3] Interdum, ut Pomponius scribit, recte nudo pacto fiet compromissum, ut puta si ambo debitores fuerunt et pacti sunt, ne petat quod sibi debetur qui sententiae arbitri non paruit*), sul quale V. ARANGIO-RUIZ, *Studi sulla dottrina romana del sequestro. I. Sequestro volontario e sequestro giudiziale*, ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, p. 65 s. nt. 1 ove bibliografia, F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916, p. 122 s., G. LA PIRA, *'Compromissum' e 'litis contestatio' formulare*, in «Studi S. Riccobono», II, Palermo, 1936, p. 193 ss., F. BONIFACIO, *Appunti sulla natura della litis contestatio nel processo formulare*, in «Studi Albertario», I, cit., p. 89 nt. 2, 91 nt. 3, G. BROGGINI, *Index arbitere. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Wien, 1957, p. 120 nt. 19, M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di «compromissum»*, Milano, 1958, p. 121 ss., FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I, cit., p. 311 s., 336, G. BROGGINI, *Introduction au sequester*, ora in *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, 1966, p. 269 nt. 20, F. GUIZZI, *Intorno alla nozione romana di sequestro*, in in «Mnemeion S. Solazzi», Napoli, 1964, p. 334 s., K.H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München, 1971, in particolare p. 52 ss., 107 s. ove bibliografia, nonché la *rec.* di G. WESENER, in «Jura», XXIII, 1972, p. 213, M. TALAMANCA, *L'arbitrato romano dai veteres a Giustiniano*, in «Labeo», XX, 1974, cit., p. 89 s., 99, R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976, in particolare p. 15, 25 nt. 3, 298

proprio provvedimento e il possibile intervento pretorio sarebbero stati invece dilazionati – secondo una scelta in cui concordava anche Giuliano – ove col compromesso fosse stata sì prevista una poena pecuniaria, ma la sua erogazione fosse sottoposta a condizione: solo una volta verificatosi l'evento in essa dedotto, si sarebbero determinati gli effetti in esame⁷⁹.

Perché fosse possibile il ricorso al pretore era poi necessario che il

s. nt. 33, G. BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbitro ex compromisso*, Madrid, 1990, p. 27 s. ove bibliografia, 183 s., 192 ss., 214, KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 639. Ulpiano sta esaminando, della previsione edittale trascritta in D. 4.8.3.2, l'espressione '*pecunia compromissa*'. Al riguardo egli accoglie l'interpretazione estensiva avanzata, con la consueta libertà rispetto ai *verba praeitoris*, da Pomponio all'altezza del XXXIII libro *ad edictum*. Secondo quest'ultimo la medesima funzione della somma di denaro può essere qui assolta da una *res* di cui sia promessa la consegna (secondo TALAMANCA, *Ricerche*, cit., p. 121 s. e nt. 187, si tratterebbe qui non tanto di estendere la portata del termine *pecunia*, ma di intendere «il requisito della *pecunia compromissa* come equivalente a quello della stipulazione penale»). Anche in tal caso l'arbitro sarà tenuto a *dicere sententiam*: nello stesso modo viene risolta, da Pomponio e da Ulpiano, l'ipotesi che chiude il paragrafo, in cui una delle parti prometta una prestazione in denaro e l'altra un determinato bene. Collegata all'interpretazione iniziale è però anche la problematica sollevata dall'autore severiano nel tratto '*quid ergo ... apud eum deponatur*' (della cui genuinità dubitava LA PIRA, *op. cit.*, p. 193 s., seguito da TALAMANCA, *Ricerche*, cit., p. 125; ma si vedano GUIZZI, *op. cit.*, p. 334 s., K.H. ZIEGLER, *op. cit.*, p. 54 e nt. 38, 108 – che peraltro espungeva la frase '*vel ut eam rem daret*' -, BUIGUES OLIVER, *op. cit.*, in particolare p. 183 s. e, implicitamente, già FREZZA, *op. cit.*, p. 311 s.). E' qui precisato come una funzione equivalente alla *pecunia compromissa* possa essere assolta – al fine di rendere esigibile la pronuncia arbitrale – da due ipotesi di sequestro, quali la consegna della *res* (presumibilmente, *litigiosa*) presso l'*arbitrator*, con l'obbligo di quest'ultimo di riconsegnarla al vincitore, oppure l'affidamento in custodia di una cosa (o *quantitas certa*) «a titolo di pena per l'inadempimento della sentenza»: così ARANGIO-RUIZ, *loc. cit.*, GUIZZI, *op. cit.*, p. 335, ma si vedano anche TALAMANCA, *L'arbitrato*, cit., p. 90, BUIGUES OLIVER, *op. cit.*, p. 27 s. ove bibliografia Legata alla stessa dilatazione del concetto di *pecunia compromissa* (e non – come voleva ZIEGLER, *op. cit.*, p. 53 – a un'ipotesi in cui '*poena non fuisset adiecta compromisso*', come in D. 4.8.27.7) mi sembra la previsione di Pomponio nel § 3. Vi si precisa che il *compromissum* sarà correttamente concluso anche se le parti promettano, in caso di inottemperanza alla decisione arbitrale, non di pagare all'altra una somma di denaro, ma di non esigere la riscossione di reciproci crediti. A questo mira il *nudum pactum* (*de non petendo*) cui accenna il testo, né esso presenta per questo alcuna contraddizione rispetto a quanto affermato dagli stessi giuristi in D. 4.8.13.1, o rispetto alla generale configurazione del *compromissum*, come volevano SCHULZ, *op. cit.*, p. 123 e LA PIRA, *op. cit.*, p. 194 (su cui però, correttamente, TALAMANCA, *Ricerche*, cit., p. 122, BUIGUES OLIVER, *op. cit.*, p. 192). In merito al secondo punto, si veda anche la disparità di opinioni fra ZIEGLER, *op. cit.*, p. 47 ss., in particolare 52 ss. e TALAMANCA, *L'arbitrato*, cit., p. 90.

⁷⁹) Questo è il contenuto del § 5 dello stesso D. 4.8.11 ('*Idem dicit, et si sub condicione fuerit poena compromissa, veluti 'si navis ex Asia venerit, tot milia': non enim prius arbitrum cogendum sententiam dicere, quam condicio exstiterit: ne sit inefficax deficiente condicione. et ita Pomponius libro trigensimo tertio ad edictum scribit*'), su cui *supra* II.4.II.4 ove bibliografia.

compromesso fosse concluso in modo tale da garantire la libera valutazione dell'arbitro circa la soluzione della controversia. Il problema era già noto a Pomponio, che non doveva però averlo risolto in modo preciso. Lo attesta (Ulp. 13 *ad ed.*) D. 4.8.17.3⁸⁰:

Inde Pomponius libro trigensimo tertio quaerit, si ita sit compromissum, ut quod Titio disceptatori placet, id Seius pronuntiet, quis sit cogendus? et puto tale arbitrium non valere, in quo libera facultas arbitri sententiae non est futura.

Il caso è quello di un arbitro che si è impegnato a *sententiam dicere* in conformità al parere di un terzo: a quanto ne sappiamo, era solo Ulpiano a considerare nullo l'*arbitrium*, in quanto vi era precluso l'effettivo apprezzamento della fattispecie litigiosa da parte dell'arbitro⁸¹. Ma non è privo di significato l'interrogativo (*quaerit*) che al riguardo si poneva Pomponio, soprattutto se consideriamo il più generale orientamento che negli stessi anni seguiva Giuliano, volto a prevedere la nullità della devoluzione della controversia all'arbitro ove il contenuto della sua *sententia* dipenda, e sia predeterminato, da un'altrui statuizione (poco importa, nella sostanza, se ancora inespressa – come nel testo ulpiano – al momento del *compromissum*)⁸².

L'alterità fra l'impostazione di Pomponio e quella del suo referente sembra confermata e al contempo ricomposta nel paragrafo seguente di D. 4.8.17⁸³:

Sed si ita sit compromissum arbitrato Titii aut Seii fieri, Pomponius scribit et nos putamus compromissum valere: sed is erit cogendus sententiam dicere, in quem litigatores consenserint.

⁸⁰) Al riguardo si vedano E. DE RUGGIERO, *L'arbitrato pubblico in relazione col privato presso i Romani. Studio di epigrafia giuridica*, Roma, 1893, rist. an. Roma, 1971, p. 208, LA PIRA, 'Compromissum', cit., p. 200, ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., p. 61 s., BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa*, cit., p. 239 s., G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, p. 452 s.

⁸¹) E' proprio la tutela del suo libero apprezzamento che in certo senso limita – come avvertiva LA PIRA, *loc. cit.* – la «necessaria corrispondenza della *sententia* al *compromissum*».

⁸²) Penso a (Paul. 13 *ad ed.*) D. 4.8.19.pr. (*... et ideo si sic fuit in arbitrum compromissum, ut certam sententiam dicat, nullum esse arbitrium, nec cogendum sententiam dicere Iulianus scribit libro quarto digestorum*), sul quale ZIEGLER, *op. cit.*, p. 61 ove bibliografia.

⁸³) Una cui lettura – in parte ancora segnata dai sospetti di cui dà conto l'*Index Interpol. ad h. l.* – è in TALAMANCA, *Ricerche*, cit., p. 138, ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht*, cit., p. 124, BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa*, p. 122 s.

E' qui disegnata la disciplina (sottolineandone il diverso atteggiarsi rispetto all'ipotesi precedente) cui attenersi nel caso in cui il *compromissum* faccia riferimento, alternativamente, alla pronunzia arbitrare di un soggetto oppure di un altro. Stavolta conosciamo la soluzione di Pomponio, che riteneva senz'altro valido – come più tardi Ulpiano – un negozio così concepito⁸⁴. Problematica sarà piuttosto, anche in questa fattispecie, l'identificazione del soggetto tenuto a *sententiam dicere* (ossia, nell'ottica romana, del soggetto su cui era esercitabile la *coercitio* pretoria): il criterio ulpiano – difficile dire se già abbozzato nell'impostazione di Pomponio, che pure sul punto, ammessa la validità del *compromissum*, si sarà dovuto interrogare – è nel senso che la scelta spetti alle parti, niente invece prevedendosi nell'ipotesi di un loro mancato accordo⁸⁵.

Il problema della regolarità e «utilità» della pronunzia arbitrare è al centro anche delle ultime indagini di Pomponio in questa materia. Non si tratta più di verificare la ritualità della devoluzione della controversia, ma l'effettivo assolvimento, da parte dell'*arbiter*, del proprio dovere – pena, di nuovo, l'intervento autoritativo del magistrato. Così l'assoluta genericità di una *sententia* (come quelle ricordate in Ulp. 13 *ad ed.*, D. 4.8.21.3)⁸⁶ ne vanificherà del tutto l'emanazione, giusta la consueta attenzione di Pomponio alla sostanza che è dietro le forme. Ma analogo era, per il nostro giurista⁸⁷, anche il trattamento da riservare a una decisione arbitrare che precluda a una parte di ottenere il versamento della *poena* da quella che non si attiene alla decisione stessa. E' probabile che già la sua posizione, come poi quella di Ulpiano, si fondasse sulla circostanza che la *poena* attiene piuttosto ai rapporti fra i litiganti ed è perciò sottratta alla conoscenza e statuizione dell'arbitro⁸⁸.

⁸⁴) Diversa l'interpretazione di G. BESELER, *Miscellanea*, in «ZSS.», XLV, 1925, p. 223, che aggiungeva un *non* prima di *valere*, invertendo la soluzione dei nostri giuristi – col che doveva cadere anche il prosieguo del testo; qualche cautela nel rifiutare questa congettura è ancora in BUIGUES OLIVER, *op. cit.*, p. 123; maggior convinzione circa la sostanziale genuinità del passo è in TALAMANCA, *Ricerche*, *cit.*, p. 138 nt. 221.

⁸⁵) Più in generale, sulle problematiche suscitate dai casi in cui troviamo una pluralità di arbitri (nella forma o di «kollegiales Schiedsgericht» o, come nel nostro testo, di «solidarische Ernennung»), ZIEGLER, *op. cit.*, p. 123 ss.

⁸⁶) «*Pomponius ait inutiliter arbitrum incertam sententiam dicere, ut puta: 'quantum ei debes redde': 'divisioni vestrae stari placet': 'pro ea parte, quam creditoribus tuis solvisti, accipe'*. Un esame di questo paragrafo di D. 4.8.21, unitamente a quello successivo, è stato svolto *supra* I.2.IV ove bibliografia. Si consideri – in continuità con problemi e soluzioni emersi in D. 4.8.17.3-4 – l'effetto negativo che anche qui produce sulla sentenza la sua dipendenza da una decisione di altri, siano pure una delle parti.

⁸⁷) Che riscuoteva l'aperto assenso («*habet rationem*») di Ulpiano: *supra loc. cit.*

⁸⁸) Il testo cui alludo è D. 4.8.21.4 («*Item si arbiter poenam ex compromisso peti vetuerit, in*

Più complessa la problematica dibattuta negli ultimi testi (D. 4.8.25.pr. e 2)⁸⁹ relativi al *receptum arbitrii*, di cui abbiamo già esaminato l'articolata dialettica fra la memoria di Labeone e il contributo di Pomponio. Qui è sufficiente ricordare come entrambe le ipotesi afferiscano al caso di un arbitrato prorogato con *prolatio diei*, in cui quindi, diversamente dai casi precedenti, non avremo la vuota apparenza di una *sententia*, ma questa non sarà proprio pronunciata (o lo sarà solo in parte, e senza momentaneamente obbligo di attenersi), e pur tuttavia il comportamento dell'arbitro non sarà per questo censurabile. Se peraltro nel *principium* del nostro frammento Pomponio si conformava all'orientamento del giurista augusteo⁹⁰, nuova era invece la sua posizione in merito all'ipotesi in cui la risoluzione della controversia da parte dell'arbitro – cui quella è stata devoluta con la possibilità di *'diem compromissi proferre'* – fosse garantita da *fideiussores*⁹¹. Egli infatti sosteneva che questi non fossero più tenuti dopo la proroga, ma nutrendo seri dubbi circa la previsione labeoniana secondo cui il *sequens compromissum* dovrà conservare le caratteristiche del primo: perplessità legate alla scelta dei garanti, che potrebbero essere nuovi, ma anche gli stessi (sempre che non si rifiutassero di rinnovare la fideiussione). Un impasse che Ulpiano avrebbe superato, ma anche stimato degno di menzione, permanendo il carattere problematico della fattispecie anche dopo la sua affermazione generale per cui la *'clausola 'diem compromissi proferre' nullam dat arbitro facultatem quam diem prorogandi: et ideo condicionem primi compromissi neque minuere neque immutare potest'* (D. 4.8.25.1).

libro trigensimo tertio apud Pomponium scriptum habeo non valere: et habet rationem, quia non de poena compromissum est"), sul quale *supra loc. cit.* ove bibliografia.

⁸⁹) '(pr.) Labeo ait, si arbi ter, cum in compromisso cautum esset, ut eadem die de omnibus sententiam diceret et ut posset diem proferre, de quibusdam rebus dicta sententia, de quibusdam non dicta diem protulit: valere prolationem sententiaequae eius posse impune non pareri. et Pomponius probat Labeonis sententiam, quod et mihi videtur: quia officio in sententia functus non est. (2) Si per fideiussorem fuerit cautum in primo compromisso, et sequens similiter proferendum Labeo dicit. sed Pomponius dubitat, utrum isdem an et aliis tam idoneis: quid enim, inquit, si idem fideiubere noluerint? sed puto, si noluerint fideiubere, tunc alios non absimiles adhibendos'. I due paragrafi sono stati analizzati *supra* II.2.III.7.

⁹⁰) Nel senso di ritenere che – ove, nel *compromissum*, alla clausola in esame si fosse affiancata la previsione che l'arbitro emanasse la propria sentenza entro lo stesso termine riguardo a tutte le controversie a lui devolute, e questi abbia invece prorogato il termine dopo averne risolte solo alcune – varrà nella sua intierezza la *prolatio diei* e le sentenze già pronunziate potranno essere disattese.

⁹¹) Sull'accessione del loro vincolo all'obbligo dell'arbitro di emanare la sentenza, e non a quello delle parti di attenersi, *supra loc. cit.* ove bibliografia.

II.2. *Receptum nautarum*

Cospicue notizie abbiamo anche in merito alla riflessione del nostro giurista riguardo al secondo *receptum* previsto nell'editto, pertinente all'obbligo di restituzione, da parte di *nautae*, *caupones* e *stabularii*, di quanto da loro ricevuto nell'esercizio delle proprie attività. Assolutamente centrale è in proposito il contenuto di (Ulp. 14 *ad ed.*) D. 4.9.3.pr.-1⁹², cui già ci siamo rivolti⁹³ per indagare il rapporto tra il contributo di Labeone – ideatore di un'innovativa eccezione fruibile (almeno) dai *nautae* in caso di perdita dei beni consegnati in seguito a naufragio o assalto di pirati – e la rielaborazione di Pomponio. Comunque sia risolto questo punto (ma è difficile credere che il nostro autore non avesse fatto tesoro, e persino ripensato ed esteso, la '*exceptio Labeoniana*'), il frammento documenta l'indagine del giurista antoniniano attorno ad altri importanti aspetti del *receptum nautarum*. Così è per l'estensione della responsabilità di questi ultimi anche per fatto imputabile ai *vectores*, o per perdita dei beni destinati all'imbarco prima ancora che questo sia stato effettuato. Significativa è soprattutto la riflessione pomponiana circa la *ratio* dell'introduzione del rimedio in parola e i suoi rapporti con le varie azioni civili che, a seconda dei casi, potrebbero essere esperite nei confronti del *nauta*: un'indagine che restituisce nitidamente il senso che Pomponio attribuiva agli interventi del pretore, soprattutto laddove – come qui – esso mira a estendere il criterio di responsabilità dell'obbligato e predisporre così una più efficace repressione di comportamenti improbi.

Specifici profili del regime processuale dell'*actio in factum adversus nautas* troviamo studiati da Pomponio anche in (Ulp. 14 *ad ed.*) D. 4.9.3.4-5⁹⁴:

⁹²) '(pr.) *Et ita de facto vectorum etiam Pomponius libro trigensimo quarto scribit. idem ait, etiamsi nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere.* (1) *Ait praetor: 'nisi restituent, in eos iudicium dabo'. ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervererit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conducit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conducit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innolesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res perit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit'.*

⁹³) *Supra* II.2.III.8 ove bibliografia.

⁹⁴) Su cui F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur actio furti im klassischen römischen Recht*, in «ZSS.», XXXII, 1911, p. 69 ss., E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, II.1, Berlin, 1922, p. 83 ss., G. BESELER, *Miscellanea*, in «ZSS.»,

(4) Haec autem rei persecutionem continet, ut Pomponius ait, et ideo et in heredem et perpetuo dabitur. (5) Novissime videndum, an eiusdem rei nomine et de recepto honoraria actione et furti agendum sit: et Pomponius dubitat: sed magis est, ut vel officio iudicis vel doli exceptione alterutra esse contentus debeat.

Il primo di questi paragrafi non suscita particolari difficoltà, tanto nella rappresentazione dell'azione *ex recepto* come *actio rei persecutoria*, quanto nella trasmissibilità passiva e perpetuità che ne era desunta. Sebbene la sintassi non offra indicazioni univoche⁹⁵, è ipotizzabile che entrambi gli aspetti della nostra *actio*, e il nesso che li legava, fossero già definiti da Pomponio, completando così il quadro del regime e dei vantaggi di tale rimedio abbozzato in D. 4.9.3.1.

Maggiori problemi desta il § 5, ove è dibattuta la tipologia di concorso fra l'azione in esame e l'*actio furti*. Legittimato attivo a quest'ultima (tanto che fosse l'azione «ordinaria», quanto quella speciale prevista in D. 47.5) risulta il *dominus* dei beni consegnati⁹⁶; tale disciplina sembra tuttavia contrastare con quanto affermato da Ulpiano nel XXXVIII libro *ad edictum*⁹⁷ e nel XXIX *ad Sabinum*⁹⁸, fino a spingere autorevoli romanisti tedeschi⁹⁹ a ipotesi di

XLIV, 1924, p. 366, BIONDI, *Le actiones noxales*, cit., p. 143, M. KASER, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München, 1935, p. 46, S. SOLAZZI, *Appunti di diritto romano marittimo*, ora in *Scritti*, III, cit., p. 514, G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I. La responsabilità per custodia*, Milano, 1938, p. 171 s., P. VOCI, *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, 1939, p. 130 ss., F.M. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, Bari, 1952, p. 117 ss. ove altra bibliografia, M. SARGENTI, *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor navis in diritto romano*, in «Studi Albertario», I, cit., p. 567, 574, L. CHIAZZESE, *Iniurandum in litem*, Milano, 1958, p. 238 ss., D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz in römischen Recht: zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrasse*, Göttingen, 1972, p. 108 s., 207 s., M. KASER, *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti*, in «De iustitia et iure. Festgabe U. von Lübtow», Berlin, 1980, p. 294, H. ANKUM, *Actions by which we claim a thing (res) and a penalty (poena) in classical roman law*, in «BIDR.», LXXXV, 1982, p. 23, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 515, KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 307, P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, in «SDHI.», LXIV, 1998, p. 22.

⁹⁵ Con quell'inciso («*ut Pomponius ait*») che sembra riferibile alla sola enunciazione del carattere reipersecutorio dell'*actio adversus nautas*, come se le conseguenze in merito alla trasmissibilità passiva e alla perpetuità fossero ascrivibili unicamente a Ulpiano. Ne conseguirebbe un andamento mutilo e incompiuto dell'indagine pomponiana, che invero mal si adatta al suo modo di lavorare e alla stessa attenzione prestata a questa materia.

⁹⁶ La possibilità di «eine aktive doppelte Konkurrenz der a. de recepto des dominus und der Diebstahlsklage des Rezipienten» era giustamente già scartata da LEVY, *op. cit.*, p. 84 s.

⁹⁷ Penso a D. 47.5.1.4: «*Quod si receperit salvum fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, quia recipiendo periculum custodiae subit*».

⁹⁸ Mi riferisco a D. 47.2.14.17: «*... et erit similis causa eius et cauponis aut magistris navis:*

alterazione. In realtà non avremmo alcuna incongruenza ove si pensi, per il nostro testo, a un furto commesso dal *nauta* stesso (è l'ipotesi che il contesto, e D. 4.9.4.pr., rendono più plausibile)¹⁰⁰, e solo per gli altri due brani ulpiane al furto di un terzo, per il quale lo stesso *nauta* sarebbe legittimato attivo all'azione penale¹⁰¹. Ogni anomalia verrebbe meno anche nell'ipotesi (resa legittima da D. 4.9.4.pr. e D. 47.2.14.17) che il riferimento fosse a un furto realizzato da terzi, ma anche alla preclusione al *nauta*, in quanto insolvente, della relativa azione penale (nel qual caso le fonti lasciano intendere che la legittimazione attiva «tornasse» al *dominus rei subreptae*).

In entrambi le ricostruzioni (di cui rimane forse preferibile la prima), Pomponio doveva aver prospettato la possibilità di una consunzione processuale dell'una azione o dell'altra, pur senza optarvi esplicitamente: un passo che avrebbe compiuto Ulpiano, con una formulazione (*sed magis est ...*) che tende anzi ad accentuare il proprio superamento delle altrui perplessità¹⁰². Non sorprende poi l'indicazione dell'alternativa processuale attraverso cui il *dominus* può dirsi soddisfatto: col riferimento all'*officium iudicis* possiamo intendere¹⁰³ l'imposizione all'attore da parte del giudice della *cautio de remittendo* ove sia per prima esperita l'azione reipersecutoria e arbitraria, mentre l'*exceptio doli* dovrà essere inserita (necessariamente) nella formula di quest'ultima se sia promossa per prima l'*actio furti*¹⁰⁴.

nam his damus furti actionem, si sint solvendo, quoniam periculum rerum ad eos pertinet?

⁹⁹) Da Schulz a Levy a Kaser, nei contributi citati, su cui però LIEBS, *op. cit.*, p. 108 e nt. 122. In particolare, LEVY, *op. cit.*, p. 85 s. - riprendendo uno spunto di SCHULZ, *Die Aktivlegitimation*, cit., p. 70 - così ricostruiva l'originaria problematica: «Pomponius hätte seinen Zweifel damit begründet, daß die a. furti honoraria überhaupt nicht konkurrieren könne und die a. f. civilis dem dominus ja nur dann zustehe, wenn ipse (scil. nauta) subripiat (einfache Aktionenkonkurrenz) ... aut alio subripiente ipse nauta solvendo non sit (passive Personenkonkurrenz): Ulpian wäre ihm darin gefolgt und hätte gegensätzlich auf die a. leg. Aq. Verwiesen, die dem dominus stets neben der Rezeptumsklage zur Verfügung stehe». Di simili interpretazioni già fece giustizia l'aspra ma giustificata critica di VOCI, *Risarcimento* cit., in particolare p. 131, alla cui esegesi possiamo per più aspetti rinviare. Sostanzialmente conservativa era anche la posizione di DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., in particolare p. 118.

¹⁰⁰) Ma si veda LIEBS, *op. cit.*, p. 108.

¹⁰¹) In quanto (più) interessato a che la sottrazione non avvenisse: Gai., *Inst.* 3.203.

¹⁰²) Né è difficile intuirne le ragioni, giacché – come scrive VOCI, *Risarcimento*, cit., p. 131 - «siamo in un'ipotesi, in cui l'azione contrattuale ha esclusivamente lo scopo di sanzionare quell'atto, che l'azione penale punisce per suo conto».

¹⁰³) Con VOCI, *Risarcimento*, cit., p. 131; diversamente LEVY, *op. cit.*, p. 88 e LIEBS, *op. cit.*, p. 207.

¹⁰⁴) Diversa, ma meno nitida, la ricostruzione di SARGENTI, *Osservazioni*, cit., p. 574 s., che non sembra tener conto del contributo del Voci. Egli muove ancora dalla presunta

Quel che spicca nel lavoro di Pomponio è ancora la sua consapevolezza della parziale sovrapposizione che si determinava fra l'*actio in factum adversus nautas* e altre forme di tutela (anche civilistiche) precedentemente introdotte: a giustificarne e regolarne la «convivenza» intervenivano ora (D. 4.9.3.1) finalità di politica del diritto – che meglio venivano assolte dal nuovo rimedio pretorio –, ora (D. 4.9.3.5) le particolarità di certe fattispecie, che conducevano a risolvere il concorso fra azioni nel senso della consunzione processuale.

Per la verità in quest'ultimo caso il giurista antoniniano si limitava a prospettare, fra dubbi, la soluzione che avrebbe più tardi prevalso. Il suo contributo era invece assai più definito in merito a due questioni per certi aspetti preliminari¹⁰⁵, come quelle dibattute in (Ulp. 14 *ad ed.*) D. 4.9.1: nel primo paragrafo di questo frammento che conserva una citazione pomponiana (§ 2)¹⁰⁶ è affrontato, attraverso una puntuale esegesi del dettato pretorio, il problema della legittimazione passiva all'*actio* in esame:

Qui sunt igitur, qui teneantur, videndum est. ait praetor 'nautae'. nautam accipere debemus eum qui navem exercet: quamvis nautae appellantur omnes, qui navis navigandae causa in nave sint: sed de exercitore solummodo praetor sentit. nec enim debet, inquit Pomponius, per remigem aut mesonautam obligari, sed per se vel per navis magistrum: quamquam si ipse alicui e nautis committi iussit, sine dubio debeat obligari.

contraddizione cui accennavamo: di D. 4.9.3.5 non sarebbe stata inventata, o stravolta, l'intera fattispecie, ma vi fu probabilmente «configurato la soluzione del problema attraverso l'*officium iudicis*, accanto alla originaria ipotesi della *exceptio doli*», mentre sarebbe genuino il dubitare di Pomponio.

¹⁰⁵ E che non a caso sono discusse in due paragrafi di un frammento che, sia nel Digesto che nella palingenesi pomponiana (LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 24 s.) precedono D. 4.9.3.

¹⁰⁶ Sul quale, per tutti, DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., in particolare p. 48 ss. ove bibliografia, G. PUGLIESE, *In tema di «actio exercitoria»*, in «Labeo», III, 1957, p. 308 ss., 335, L.R. MÉNAGER, «*Nautum*» et «*receptum rem salvam fore*». *Contribution a l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes, en droit romain*, in «RHD.», XXXVIII, 1960, p. 205, R. RÖHLE, *Zur Frage der sogenannten verdrängendend Verursachung im römischen Recht*, in «SDHI.», XXXI, 1965, p. 310, C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano, 1966, p. 105, 111, MARTINI, *Le definizioni*, cit., p. 301 ove bibliografia, VONGLIS, *La lettre*, cit., p. 168, E. VALIÑO, *Las relaciones básicas de las acciones adyecticias*, in «AHDE.», XXXVIII, 1968, p. 380 s. e nt. 9 ove altra bibliografia; R. MARTINI, *Χειρέμβολον (Noterella in margine al «receptum nautarum»)*, in «Studi E. Volterra», IV, Milano, 1971, p. 197 s., P. VOCI, «*Diligentia*», «*custodia*», «*culpa*»: *i dati fondamentali*, in «SDHI.», LVI, 1990, p. 117, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 517, T. DROSDOWSKI, *Das Verhältnis von actio pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1998, p. 134.

Abbiamo già accennato a questo passo¹⁰⁷ per sottolinearvi la lettura restrittiva dei *verba* edittali, che in astratto consentirebbero, col riferimento al *nauta*, di guardare a una cerchia particolarmente ampia di soggetti tenuti con l'azione in esame. La soluzione più rigorosa, seppure non attribuitagli espressamente, sembra ancora da ricondurre al nostro giurista, notoriamente attento a certe definizioni terminologiche e anche alla diversa portata che di un termine può aversi nel linguaggio comune e in quello tecnico-giuridico. Incontestabilmente suo era del resto il rilievo secondo cui l'obbligazione da *receptum* non poteva essere assunta tramite un rematore o un *mesonauta* (sebbene rientranti fra quanti '*navis navigandae causa in nave sint*', e perciò volgarmente detti *nautae*), ma solo dall'armatore (*exercitor*) in prima persona o attraverso il comandante (*magister*) della nave¹⁰⁸.

Rispetto alla definizione di *nauta* con cui il testo si apre, questa precisazione costituisce al contempo una conferma e un progresso: da un lato, l'uso di *se* lascia infatti intendere come già per Pomponio il pretore avrebbe potuto concedere azione solo contro l'armatore¹⁰⁹, unico che può *obligari*. Dall'altro, si chiarisce come tale obbligazione può eventualmente essere assunta non in prima persona: non tanto nel senso di rispondere anche per fatto di altri (in quanto qui rileverebbe, attesa l'ampiezza della responsabilità da *receptum*¹¹⁰,

¹⁰⁷) *Supra* III.3.II.

¹⁰⁸) Solo ulpiana sembra invece l'aggiunta finale, in cui compare una nuova figura di responsabilità dell'*exercitor* per l'ipotesi in cui egli abbia ordinato che la nave fosse affidata a uno dei *nautae* (ma si veda anche il riferimento ulpiano, nel § 3, alla presenza sulla nave di soggetti '*qui custodiae gratia navibus praeposuntur*': MARTINI, *Χειρέμβολον*, cit., p. 198 ss.). I *nautae* evidentemente tornano qui ad essere intesi (come forse in D. 4.9.3.pr.: '*puto nautas factum non solum nautarum praestare debere*') nell'accezione ampia e comune – forse un segno di certe oscillazioni ulpiane, che rendono ancor più verosimile l'ascendenza pomponiana dell'*incipit* del passo. Del resto la circostanza che Ulpiano in (38 *ad ed.*) D. 47.5.1.1 si esprima nel senso che '*navigandi autem causa accipere debemus eos, qui adhibentur, ut navis naviget, hoc est nautas*' – non mi sembra così facilmente armonizzabile col nostro testo come mostrano di credere MÉNAGER, *loc. cit.* (che parla di «fluctuations du terme *nauta* ... plus apparents que réelles»: assai dubbio però che nel nostro passo Ulpiano si limiti ad attribuire a *nauta* il senso "comune" di «matelot»), MARTINI, *Le definizioni*, cit., p. 301 e nt. 432.

¹⁰⁹) Sull'equivalenza di *nauta* ad *exercitor*, attribuita però essenzialmente a Ulpiano, per tutti, DE ROBERTIS, *op. cit.*, p. 48 s. (ove è ricostruita l'evoluzione del significato di *nauta*, originariamente riferito soprattutto alla navigazione fluviale, quindi espressivo di una situazione «in cui il commerciante è anche proprietario della nave», per poi assumere – nella giurisprudenza repubblicana e proto-imperiale – un significato equivalente a *magister navis*, opzione visibilmente abbandonata da Pomponio), PUGLIESE, *In tema di «actio exercitoria»*, cit., p. 335 ove bibliografia, MARTINI, *Le definizioni*, cit., p. 301, ID., *Χειρέμβολον*, cit., p. 198.

¹¹⁰) Che sussiste nell'ipotesi di qualsiasi perdita del carico, non solo dovuta a dolo o

anche l'operato di rematori e 'mesonautae'¹¹¹), ma in quello di essere tenuti anche per quanto sia stato affidato al (solo) comandante della nave.

Un'interpretazione nettamente estensiva è poi da attribuire a Pomponio in relazione all'elemento oggettivo del *receptum nautarum*, ossia i beni affidati all'armatore o al *magister navis*. La soluzione è conservata nel § 7 dello stesso D. 4.9.1¹¹²:

Item Pomponius libro trigensimo quarto scribit parvi referre, res nostras an alienas intulerimus, si tamen nostra intersit salvas esse: etenim nobis magis, quam quorum sunt, debent solvi¹¹³.

Il momento dell'imbarco della merce, dal quale il nostro giurista poteva prescindere in D. 4.9.3.pr.¹¹⁴, diviene qui essenziale: è chi l'ha richiesto e ottenuto che costituisce l'unico interlocutore negoziale del *nauta*, a prescindere dall'appartenenza delle *res*, e sempre che egli abbia – secondo un tipico motivo pomponiano¹¹⁵ – un effettivo interesse alla loro conservazione. Non si tratta di dilatare o deformare la legittimazione attiva all'azione pretoria: il rapporto

colpa, ma sempre che non si sia verificato un *damnum fatale* (come quello dovuto a naufragio o assalto di pirati). Abbiamo già visto come tale responsabilità, pur avvicinandosi a quella per custodia, se ne mantenga - secondo la maggior parte degli interpreti - dogmaticamente distinta: *supra* II.2.III.8 ove bibliografia.

¹¹¹) Il che è di per sé piuttosto evidente, ma è anche confermato, per Pomponio, dalla sua osservazione (già esaminata in D. 4.9.3.pr.) secondo cui i *nautae* dovranno rispondere del danneggiamento o della perdita del carico imputabile non solo all'equipaggio ma anche ai viaggiatori (*rectores*).

¹¹²) Sul quale E. UDE, *Das receptum nautarum, ein pactum praetorium*, in «ZSS.», XII, 1892, p. 68, V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², rist. Napoli, 1958, p. 108 s., MÉNAGER, «*Naulum*», cit., p. 181, M. LÓPEZ AMOR, «*Receptum argentarii*». «*Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*», in «Derecho romano de obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener», Madrid, 1994, p. 724.

¹¹³) Meno rilevante ai nostri fini è il prosieguo del testo («... *et ideo si pignori merces accepero ob pecuniam nauticam, mihi magis quam debitori nauta tenebitur, si ante eas suscepit*»), con cui Ulpiano offre solo un riscontro casistico e una conferma del principio risalente al nostro giurista, e che infatti LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 25, escludeva *sub* Pomponio. E' soprattutto su questa parte del passo che concentra la sua attenzione (e i suoi dubbi) DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., p. 75 s.

¹¹⁴) Stimando già sorta una responsabilità da *receptum* per i beni destinati all'imbarco ma periti prima ancora di raggiungere la nave: *supra* II.2.III.8 ove bibliografia. Sulla terminologia del nostro testo (*inferre*, e non *recipere*, *res*), ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 108, ma sul rapporto fra *recipere* e *inferre*, già UDE, *Das receptum nautarum*, cit., p. 69.

¹¹⁵) A parte l'assonanza con D. 4.3.7.pr., si vedano i più volte richiamati D. 43.16.4, D. 3.5.5.10, D. 43.16.6, D. 4.2.21.2, D. 4.3.9.3, D. 4.8.11.2-3, D. 8.5.4.5, D. 11.6.3.3, D. 11.6.7.2, D. 37.6.1.11, D. 38.5.1.27.

obbligatorio si costituisce infatti tra chi fa imbarcare beni (anche se non ne è *dominus*) e chi li «recepisce» (ossia sempre l'armatore, anche se la consegna avviene al *magister navis*). Ed è infatti al primo, e non al proprietario, che ci si deve rivolgere per l'adempimento – ossia la restituzione della merce nella sua integrità¹¹⁶ –, così come a lui solo spetterà eventualmente l'*actio adversus nautas*.

I suoi rapporti col titolare dei beni rimangono qui completamente nell'ombra, per trovare giustificazione e disciplina in un'altra fattispecie negoziale: in un'esperienza giuridica che non elabora compiutamente la nozione di rappresentanza diretta¹¹⁷, anche questa poteva essere una strada per regolare quel mondo di traffici in cui certo il proprietario del carico non si sarà sempre occupato in prima persona del suo imbarco, né il grande armatore di accettarne la consegna¹¹⁸. Ed è ben giustificata anche la disparità di posizioni fra questi due soggetti, in cui solo il *nauta-exercitor* è comunque parte nell'obbligazione da *receptum*: non la spiega solo l'esigenza «politica» di reprimerne possibili improbità (quale induceva anche a dilatarne i criteri di responsabilità)¹¹⁹, quanto la sostanza degli interessi in gioco, che coinvolgono, da un lato, unicamente l'armatore, e dall'altro – stando a D. 4.9.1.7 – chi consegna le merci piuttosto che chi ne è proprietario.

La riflessione di Pomponio giunge su questi strumenti processuali quando la realtà economica che con essi si intendeva disciplinare era già affermata da tempo, e certe sue esperienze erano anzi prossime al declino¹²⁰. Non si trattava più di coadiuvare il magistrato nell'approntare nuove forme di tutela, ma di operare, in via di *interpretatio*, su quelle esistenti, e assicurare così – pur con l'inevitabile scarto che corre fra l'imporsi di una prassi economica e la sua «copertura» giuridica – un'adeguata disciplina a un mondo di scambi che sempre meno si identificava con gli elementari idealtipi considerati nella normativa pretoria. Le dottrine conservate in D. 4.9.1.2-7 e D. 4.9.3.pr.

¹¹⁶) Mi sembra perciò rovesciasse il contenuto del passo UDE, *loc. cit.*, laddove sosteneva che «nach l. 1 § 7 Inferent der Sachen und Gläubiger aus dem Receptsvertrag verschiedene Personen sein können».

¹¹⁷) Nonostante certi interventi pretorî che in certo modo ne anticipano gli esiti, come è nel caso delle *actiones adiecticiae qualitatis* (operanti, soprattutto se pensiamo all'*actio exercitoria*, in un ambito non lontano da quello per cui fu introdotta l'azione in esame): A. WACKE, *Die adjektivischen Klagen im Überblick. Erster Teil: Von der Reeder- und der Betriebsleiterklage zur direkten Stellvertretung*, in «ZSS.», CXI, 1994, 280 ss., in particolare p. 285 ss.

¹¹⁸) Delegando piuttosto tale operazione (e ovviamente rispondendone) non solo al comandante della nave, ma anche a qualcuno, con ben precisato *iussum*, dei *nautae* in senso comune (così Ulpiano nel finale di D. 4.9.1.2).

¹¹⁹) Nel più volte richiamato D. 4.9.3.1.

¹²⁰) Su tutto questo *infra* IV.1-2.

forniscono al riguardo uno degli esempi migliori, e costituiscono una sorta di sviluppo¹²¹ rispetto al chiarimento (in D. 4.9.3.1) circa la «necessità» dell'*actio in factum adversus nautas*, quale già delineata nell'editto.

Allo stesso scenario economico – in cui si inserisce, inevitabilmente, una presenza servile – attiene l'ultima testimonianza pomponiana in tema di *nautae* cui conviene accennare, seppure relativa non al *receptum* ma all'*actio damni in factum adversus nautas caupones stabularios*¹²². Mi riferisco a (Paul. 22 ad ed.) D. 4.9.6.2¹²³:

Sed si *damnum in eo*¹²⁴ datum sit ab alio, qui in eadem nave vel caupona est, cuius factum praetor aestimare solet, non putat Pomponius eius nomine hanc actionem utilem futuram.

L'azione in parola costituitiva, come noto, un rimedio pretorio speculare rispetto all'*actio furti in factum* concessa contro gli stessi soggetti, alla quale abbiamo già accennato. Con essa si faceva valere una responsabilità oggettiva dell'armatore, albergatore o stalliere per i danni arrecati da sé o dai propri dipendenti alle *res* consegnate: legittimato attivo e passivo erano quindi, di norma, gli stessi che nell'azione sorgente da *receptum*, mentre diverso era il fatto produttivo di obbligazione, il carattere dell'azione (reipersecutoria o penale), l'ammontare della condanna (che era qui, come per l'*actio furti in factum*, nel *duplum*).

Un altro elemento di distinzione era messo in luce proprio nel nostro testo: Pomponio riteneva infatti che nel caso di danno subito da un schiavo ad opera di altro soggetto trasportato sulla nave o momentaneamente alloggiato nella taverna, non fosse da concedere al *dominus servi* l'*actio damni in factum*¹²⁵.

¹²¹) Nonostante l'inverso ordine (anche) palinogenetico.

¹²²) Sulla cui «classicità» (ma anche sull'assenza di un editto speciale che la prevedesse, rientrando la sua formula fra quelle delle *actiones in factum legis Aquiliae*), per tutti, F. SERRAO, *L'actio damni adversus nautas, caupones, stabularios*, ora in *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, p. 154 ss. ove bibliografia, cui può rinviarsi (*op. cit.*, in particolare p. 99 ss.) per una proficua contestualizzazione della nostra azione nella realtà mercantile e «imprenditoriale» che indusse a prevedere simili forme di responsabilità (anche) per fatto altrui.

¹²³) Leggono questo passo S. SOLAZZI, *Appunti di diritto romano marittimo*, ora in *Scritti*, III, cit., p. 504 s., DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, cit., p. 123, SARGENTI, *Osservazioni sulla responsabilità dell'exercitor*, cit., p. 561 s. ove altra bibliografia, SERRAO, *L'actio damni adversus nautas*, cit., p. 257.

¹²⁴) Ossia, come aggiunge LENEL, *Palinogenesia*, II, cit., c. 28, fr. 91, '*servo meo, quo in nave vel caupona uteris*'.

¹²⁵) Che Pomponio si riferisse a questa azione, e non all'*actio legis Aquiliae*, non mi

La soluzione non potrebbe certo diversificarsi nei confronti del *nauta* e del *caupo*; mentre però in merito a quest'ultimo la decisione pomponiana è confortata e spiegata da quanto aggiunge Paolo al § 3¹²⁶, riguardo all'armatore il giurista antoniniano opta per una disciplina affatto diversa da quella di D. 4.9.3.pr., ove stimava sussistere una responsabilità *ex recepto* anche *de facto vectorum*. Una posizione che non solo non conobbe, per quanto attiene a D. 4.9.6.2, censure da parte di Paolo, ma che soprattutto dovette essere seguita, nel suo insieme, da Ulpiano: dopo aver condiviso l'opinione pomponiana in D. 4.9.3.pr.¹²⁷, egli chiariva infatti in (18 *ad ed.*) D. 4.9.7.pr. come con l'*actio damni in factum* l'armatore sia tenuto (solo) per '*omnium nautarum suorum, sive liberi sint sive servi factum*'¹²⁸.

II.3. I requisiti fondamentali del costituito di debito

Quanto all'altro «patto pretorio» – ossia il costituito di debito –, ci siamo già imbattuti in gran parte delle riflessioni pomponiane al riguardo. Nel loro insieme, esse appaiono concentrarsi sulla determinazione dei casi in cui l'impegno di adempiere il precedente (presunto) debito sia pienamente efficace

sembra da porre seriamente in discussione, anche dopo i rilievi di SARGENTI, *op. cit.*, p. 561 s., che riconosce come certe espressioni del nostro testo (come *cuius factum praetor aestimare solet*) facciano effettivamente pensare a un'azione *in factum*, ma ritiene che, riferito ad essa, «il responso di Pomponio riuscirebbe veramente incomprensibile», e che sull'attuale tenore del passo abbia inciso la collocazione giustiniana nel titolo sui *recepta*. Quanto osserveremo nel testo rende poco persuasive entrambe le osservazioni; né riesce convincente spiegare la soluzione di D. 4.9.6.2 nel senso che «l'*a. de receptis* serve a proteggere solo le merci imbarcate, non le persone». Rimane infatti indimostrato che si tratti davvero di tale azione e non di quella *damni in factum*, così come non vedo perché non dovrebbe essere «protetta» la «persona» in questione che, in quanto schiavo, ben potrebbe ricomprendersi fra le *res* destinate al trasporto marittimo. I dubbi del Sargenti risultano implicitamente, ma nettamente, superati in SERRAO, *loc. cit.*

¹²⁶) '*In factum actione caupo tenetur pro his, qui abitandi causa in caupona sunt: hoc autem non pertinet ad eum, qui hospitio repentino recipitur, veluti viator*'.

¹²⁷) Ove '*etiam Pomponius*' potrebbe esplicitamente alludere proprio alla loro sintonia.

¹²⁸) In cui *nauta* torna quindi nell'accezione «volgare» di '*qui navis navigandae causa in nave sint*', a conferma delle accennate oscillazioni ulpianee. Condivisibile è perciò la conclusione di DE ROBERTIS, *Receptum*, cit., p. 123, secondo cui l'*exercitor* rispondeva del (furto e del) danneggiamento solo se avvenuto *in navi* e ad opera di coloro che vi si trovavano "navigandi causa", con espressa esclusione del *factum* dato "ab aliis" e particolarmente dai *vectores*».

e sia quindi fruibile, scaduto il termine, l'*actio de pecunia constituta*. A tal fine il pretore prevedeva, in primo luogo, che oggetto del *constitutum* fosse una somma di denaro e che essa fosse effettivamente dovuta¹²⁹. Questo rende problematica l'ipotesi – particolarmente significativa per il rapporto che vi emerge fra obbligazione *iure civili* ed effetto paralizzante che su di essa, *iure praetorio*, ha l'*exceptio* – del costituito di un debito esistente, ma che sarebbe vano richiedere processualmente, in quanto il convenuto potrebbe disporre con successo di un'eccezione¹³⁰. L'impedimento rappresentato da quest'ultima è tale che non può dirsi propriamente dovuta, '*iuribus*'¹³¹, la somma di denaro oggetto del *constitutum*, e questo perciò non produttivo di obbligazione (ossia, il che è lo stesso, di azione).

Tanto rigore circa la situazione oggettiva del credito non corrispondeva, da parte di Pomponio, al modo di valutare il lato soggettivo della *pecunia debita*, ossia l'esistenza (almeno giuridica)¹³² del debitore a favore del quale era concluso il *constitutum*¹³³. E' quanto apprendiamo da (Ulp. 27 *ad ed.*) D. 13.5.11.pr.¹³⁴:

¹²⁹) Nella trascrizione ulpianea di D. 13.5.1.1, il magistrato si riferiva infatti a '*qui pecuniam debitam constituit*'.

¹³⁰) Il testo cui alludo è stato studiato fra le citazioni ulpianee che contengono un'aperta approvazione alla dottrina di Pomponio: *supra* I.2.IV ove bibliografia. Si tratta di (Ulp. 27 *ad ed.*) D. 13.5.3.1: '*Si quis autem constituerit quod iure civili debebat, iure praetorio non debebat, id est per exceptionem, an constituendo teneatur, quaeritur: et est verum, ut et Pomponius scribit, eum non teneri, quia debita iuribus non est pecunia quae constituta est*'.

¹³¹) Il plurale che incontriamo nel testo è paradigmatico, anche se è ovvio che a prevalere sarà il *ius praetorium*, nel cui solo ambito si misura la reale effettività di una posizione creditoria. Significativo è anche l'*incipit* del successivo paragrafo del frammento ulpianeo (D. 13.5.3.2: '*Si is, qui et iure civili et praetorio debebat ...*'), che, sebbene costruito sulla riproposizione del pensiero di Labeone e Pedio, sembra muovere proprio dalla polarità di sfere normative, ora senz'altro risolta, prospettata da Pomponio.

¹³²) Nell'ipotesi del debitore '*captus ab hostibus*'.

¹³³) Che è appunto in questo caso un *constitutum debiti alieni*: torneremo nel corso del prossimo paragrafo su altri aspetti di tale figura che attrassero l'attenzione di Pomponio.

¹³⁴) Sul quale G. SCADUTO, *Contributo esegetico allo studio dell'eredità giacente*, in «AUPA.», VIII, 1921, p. 40 s., A. PHILIPPIN, *Le pacte de constitut. Actio de pecunia constituta*, Paris, 1929, p. 87, A. D'AMIA, *L'eredità giacente. Note di diritto romano, comune e odierno*, Milano, 1937, p. 50 s., G. ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito*, I, cit., p. 167, II, cit., p. 12, 48, 65, 155 s. nt. 12 ove altra bibliografia, S. SOLAZZI, *Il concetto del «ius postliminii»*, ora in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1963, p. 581, L. AMIRANTE, *Captivitas e postliminium*, Napoli, 1950, p. 87, J. ROUSSIER, *Le Constitut*, in «Varia. Études de droit romain», III, Paris, 1958, p. 79, FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I, cit., p. 55, 245, L. AMIRANTE, *Pendenza e prigionia di guerra*, in «Labeo», IX, 1963, p. 36, P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*², I, Milano, 1967, in particolare p. 541, A. CENDERELLI, *Le garanzie personali delle obbligazioni per debiti e crediti della eredità giacente (Contributi esegetici)*, in «SDHL.», XXX, 1964, p. 124, 160 ss. ove altra

Hactenus igitur constitutum valebit, si quod constituitur debitum sit, etiamsi nullus apparet qui interim debeat: ut puta si ante aditam hereditatem debitoris vel capto eo ab hostibus constituat quis se soluturum: nam et Pomponius scribit valere constitutum, quoniam debita pecunia constituta est.

La motivazione conclusiva – che potrebbe essere solo ulpiana, ma deve riflettere la *ratio* della soluzione pomponiana – riproduce il tenore dell'editto¹³⁵: integrati i requisiti da questo richiesti (obbligazione pecuniaria e sua effettiva «azionabilità»), non toglieva valore all'impegno, secondo il nostro giurista, che qualcuno promettesse a favore di un debitore che al momento non era identificabile. Così era nel caso che il debitore fosse morto e la sua eredità tuttora giacente, oppure che egli si trovasse nelle mani dei nemici: in entrambi i casi¹³⁶ il debito non cessava di esistere e l'incertezza circa la sua titolarità non era destinata a permanere (ad esempio, a seguito di *aditio hereditatis*, o *iure postliminii*). Niente impediva dunque il ricorso all'*actio de pecunia constituta*.

Più complesso era il caso in cui esistesse sì una *pecunia debita*, ma fosse difforme l'esigibilità di essa e del pagamento oggetto di impegno – ovviamente senza valenza novativa – col *constitutum*. E' l'ipotesi contemplata in (Paul. 29 *ad ed.*) D. 13.5.19.1¹³⁷:

Sed is qui pure debet si sub condicione constituat, inquit Pomponius in hunc

bibliografia, U. VON LÜBTOW, *Betrachtungen zur «hereditas iacens»*, in «Studi Grosso», II, cit., p. 632 s., ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 31. Circa l'affidabilità di questo testo - nonostante certi sospetti avanzati in passato, soprattutto da Beseler e Solazzi – per tutti, ASTUTI, *Studi*, II, cit., in particolare p. 155 s. nt. 12 ove bibliografia, CENDERELLI, *op. cit.*, in particolare p. 160 s. e nt. 84 ove bibliografia.

¹³⁵) Lo sottolineava già VOICI, *loc. cit.* (ma si veda anche VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 632 s.): naturalmente la circostanza di desumere la possibilità del *constitutum* direttamente dall'editto, esclude «la necessità di ricorrere ad alcuna costruzione teorica», ma non toglie spessore, considerata la particolarità della fattispecie, all'*interpretatio* di Pomponio e Ulpiano.

¹³⁶) Sulle analogie nel trattamento di «un patrimonio ereditario giacente» e della «situazione patrimoniale pendente del *captivus*», quale risulta anche da altri testi, ALBANESE, *op. cit.*, p. 31 nt. 59. Sul collegamento con un'altra testimonianza pomponiana (26 *ad Sab.*, D. 36.3.10) in cui è ammessa, sulla scia di Sabino, l'azione del legatario creditore (*sub condicione*, ormai realizzata) contro gli <*sponsores*> [*fideiussores*] dell'erede frattanto deceduto e la cui eredità è giacente – CENDERELLI, *op. cit.*, p. 122 ss. ove bibliografia, in particolare 124 nt. 22. Sulla «Denkform» pomponiana secondo cui '*hereditas personam heredis sustinet*' – quale esplicitamente espressa in (5 *ex Plaut.*) D. 46.2.24, ma che «brauchte sich Pomponius hier also nicht zu bedienen» -, VON LÜBTOW, *op. cit.*, p. 633.

¹³⁷) In merito al quale si vedano ASTUTI, *Studi*, II, cit., p. 63 ss., 74 ss., ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., p. 91, FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I, cit., p. 246 s., 269.

utilem actionem esse.

La citazione tratta da Pomponio segue, nel commentario paolino, l'esame di una fattispecie diversa (da cui il 'sed' che apre il nostro paragrafo) e che non poco ha affaticato gli interpreti, col riferimento al *constitutum* di un debito sottoposto a condizione – la quale eserciterà il suo effetto sospensivo anche sul costituendo impegno di pagamento e che anzi, una volta *deficiens*, precluderebbe il ricorso tanto all'azione sorgente dalla prima obbligazione che all'*actio de pecunia constituta*¹³⁸. Il caso trattato dal nostro giurista è invece quello di un debito già esigibile, in relazione al quale intervenga un *constitutum* sottoposto a condizione: l'operatività di quest'ultimo non potrà essere negata – attesa la preesistenza di un effettivo debito pecuniario, oltretutto «puro»¹³⁹.

Il problema¹⁴⁰ è però comprendere la natura degli effetti dispiegati dal «patto pretorio», anche nei confronti dell'obbligazione originaria, e la tipologia di tutela che Pomponio stimava da concedere al creditore. Nel primo senso è stato ipotizzato che la pendenza della condizione apposta al *constitutum* sospendesse anche l'esigibilità del credito originario, operando così come una sorta di '*pactum de non petendo sub condicione*'¹⁴¹: certo in questo caso il *constitutum debiti* verrebbe meno alla sua funzione rafforzativa dell'obbligazione, e si risolverebbe anzi a svantaggio del creditore che, già incondizionatamente tale, non potrebbe ora fruire, *pendente condicione*, dell'*actio de pecunia constituta*, ma neppure dell'azione sorgente dal primo rapporto obbligatorio. Quest'effetto rispondeva peraltro a un preciso e comune intento delle parti, né è difficile immaginare le motivazioni che, nella prassi¹⁴², vi erano sottese: forse anche in conseguenza di esse, Pomponio si sarebbe espresso nel senso della validità del *constitutum* e della particolare efficacia della condizione con esso prevista.

¹³⁸) Nel *principium* Paolo scrive infatti: '*Id quod sub condicione debetur, sive pure sive certo die constituatur, eadem condicione suspenditur, ut existente condicione teneatur, deficiente utraque actio deperat*'. Una panoramica del rovello esegetico prodotto da questo paragrafo (soprattutto alla luce della già vista esigenza che il *constitutum* attenesse a un debito effettivo), non indenne da sospetti di alterazione, era già in ASTUTI, *op. cit.*, p. 63 ss. (con visibili cautele filologiche a p. 67 ss.). Più fiducioso FREZZA, *op. cit.*, p. 246 s.

¹³⁹) Sull'analogia fra questa soluzione e quella relativa alla prestazione, *sub condicione*, di fideiussione relativa a un'obbligazione «pura», già J. CUIACIUS, *Opera omnia*, V, Neapoli, 1722, p. 412 s.

¹⁴⁰) Noto fin dai tempi della Glossa, i cui risultati sono discussi da ASTUTI, *op. cit.*, p. 75 s.

¹⁴¹) Così FREZZA, *op. cit.*, p. 247, ma si veda anche ASTUTI, *op. cit.*, p. 76 ove altra bibliografia.

¹⁴²) Vi accenna ASTUTI, *op. cit.*, p. 75 e nt. 31.

Rimane però assai difficile comprendere cosa egli intendesse affermando che, nei confronti di chi *constituit, utilem actionem esse*. E' sembrato generalmente da escludere che egli si riferisse qui a un'*actio utilis* in senso proprio¹⁴³, quale rinveniamo al centro di altre sue soluzioni¹⁴⁴. «Utile» sembra così da intendere nel senso di esperibile, di giovevole al creditore: Pomponio potrebbe aver quindi espresso, nella consueta prospettiva processuale, il riconoscimento dell'operatività del costituito condizionato nel senso di ammettere il ricorso, realizzata la condizione, all'*actio de pecunia constituta*. Questa è l'interpretazione più semplice, anche se forse riduttiva; quanto affermato a proposito dei rapporti fra precedente obbligazione e «patto pretorio» acquisterebbe invece un'altra valenza ove il discorso dei due giuristi attenesse non all'*actio de pecunia constituta*, ma a quella sorgente dal rapporto originario, e che rimarrebbe fruibile, non tanto dopo che si è compiuto l'evento dedotto in condizione, ma una volta scaduto il termine del *constitutum*¹⁴⁵. L'imperfetta simmetria che si delinea col caso affrontato nel *principium* spiegherebbe ancor meglio il ricorso di Paolo al contributo di Pomponio: mentre la condizione cui era sottoposta l'obbligazione «principale» determinava un effetto sospensivo tanto sulla prima azione che su quella sorgente dal *constitutum*, ove la condizione fosse apposta a quest'ultimo, il nostro giurista stimava sospesa l'*actio de pecunia*

¹⁴³) Così, per tutti, ASTUTI, *op. cit.*, p. 77 s. e nt. 37 ove bibliografia. Ai motivi di dubbio che egli evidenzia in merito alla configurabilità di un'*actio utilis* (sia che l'«adattamento» riguardi l'azione «principale», ossia relativa all'obbligazione originaria, sia che interessi l'*actio de pecunia constituta*), sembra da aggiungere l'assoluta improbabilità che il carattere «utile» consistesse nell'ammettere la concessione dell'azione «principale» anche *condicione pendente*, onde consentire al creditore di conservare la posizione che con siffatto *constitutum* egli, come accennato, aveva perduto. L'adattamento potrebbe qui consistere proprio nella finzione di avveramento della condizione tuttora pendente. A parte l'indimostrabilità di quest'ultima illazione, l'intera ipotesi appare però poco plausibile, sia perché sarebbero così vanificati gli effetti di un *constitutum* di cui solo esteriormente si ammette l'operatività, sia perché verrebbe completamente disattesa la volontà delle parti, sia infine perché implicherebbe problemi di reintegrazione e riassetto di interessi qualora più tardi la condizione non si avverasse. La difficoltà di riconoscere, nel nostro passo, un richiamo all'*actio utilis* in senso tecnico, sembra implicita anche alla mancata menzione del frammento in R. SOTTY, *Recherches sur les utiles actions. La notion d'action utile en droit romain classique*, Grenoble, 1977, *passim*.

¹⁴⁴) Si veda *infra* III.5.VI.2.

¹⁴⁵) Questo era il nucleo della ricostruzione, non limpidissima, già proposta da ASTUTI, *op. cit.*, p. 77. Che, fino alla scadenza del termine del nuovo impegno, l'azione sorgente dal credito preesistente fosse verosimilmente paralizzabile mediante *exceptio (doli o pacti)* – sembra ormai riconosciuto dalla *communis opinio*: per tutti, TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 608, MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 510 (che non esclude anche la possibilità di una *denegatio actionis*).

constituta, ma non il credito originario – che non veniva certo novato¹⁴⁶ – e la conseguente azione.

II.4. Spunti problematici in tema di *constitutum debiti alieni*

Il contributo di Pomponio attorno al costituito di debito è per noi documentabile, oltre che per quanto attiene ai requisiti dello stesso – e quindi all’effettiva sussistenza di una precedente obbligazione, e ai suoi rapporti col nuovo impegno –, in relazione a una figura inevitabilmente problematica quale il *constitutum debiti alieni*, col quale, come noto, era informalmente promesso l’adempimento di un debito altrui¹⁴⁷. I protagonisti del nuovo impegno sono dunque gli stessi che nel *constitutum debiti proprii*, né invero si usciva dai confini di quest’ultimo nell’ipotesi – già ampiamente discussa – in cui *procuratori constitui*, ossia, secondo l’«interpretazione» che Pomponio forniva di un parere giuliano, qualora ci si impegnasse ad adempiere al procuratore anziché al *dominus*, titolare del preesistente credito¹⁴⁸.

Elemento caratterizzante la nostra figura di *constitutum* è quindi non tanto la compresenza di tre soggetti, o parti, quanto l’impegno, da parte del promittente, di adempiere un’altrui obbligazione. Se non disposta in questi

¹⁴⁶ E non si vede quindi in che modo potesse risentire, sul piano sostanziale, della condizione apposta a un autonomo, anche se collegato, impegno di pagamento.

¹⁴⁷ Diversa è non solo la tematica, ma probabilmente anche l’originaria *sedes materiae* (relativa – come riconosciuto da LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 25 ai più recenti interpreti, con l’eccezione di CANNATA, *Per una storia scienza giuridica europea*, I, cit., p. 315 – al *receptum argentarii* e non al *constitutum debiti*) di (Ulp. 14 *ad ed.*) D. 13.5.27: ‘*Utrum praesente debitore an absente constituat quis, parvi refert. hoc amplius etiam invito constituere eum posse Pomponius libro trigentesimo quarto scribit: unde falsam putat opinionem Labeonis existimantis, si postquam quis constituit pro alio, dominus ei denuntiet ne solvat, in factum exceptionem dandam: nec immerito Pomponius: nam cum semel sit obligatus qui constituit, factum debitoris non debet eum excusare*’. Un esame di questo passo e della congiunta citazione di Labeone e Pomponio che esso tramanda, *supra* II.2.III.9 ove bibliografia. Non mancano peraltro aspetti che consentono di accostare il *receptum argentarii* proprio al *constitutum debiti alieni*: *supra loc. cit.* ove bibliografia. Alquanto specifica e sostanzialmente defilata è anche la problematica dibattuta in (Ulp. 27 *ad ed.*) D. 13.5.18.pr. (*‘Item illa verba praetoris ‘neque per actorem steteris’ eandem recipiunt dubitationem. et Pomponius dubitat, si forte ad diem constituti per actorem non steterit, ante stetit vel postea. et puto et haec ad diem constituti referenda. proinde si valetudine impeditus aut vi aut tempestate petitor non venit, ipsi nocere Pomponius scribit’*), che è viceversa interessante per lo stile dell’*interpretatio* pomponiana attorno ai *verba praetoris*: *supra* III.3.I ove bibliografia.

¹⁴⁸ Il testo cui alludo è (Ulp. 27 *ad ed.*) D. 13.5.5.6 (*‘Iulianus libro undecimo digestorum scribit procuratori constitui posse: quod Pomponius ita interpretatur, ut ipsi procuratori constituas te soluturum, non domino’*), sul quale *supra* II.4.II.6 ove bibliografia.

termini, la sola alterità fra debitore e futuro *solvens* non è espressiva di un costituito di debito altrui correttamente concluso. Il punto era precisato da Pomponio in un luogo non facilmente definibile del suo commentario¹⁴⁹: a informarcene è Ulpiano in (27 *ad ed.*) D. 13.5.5.4¹⁵⁰:

Sed si quis constituerit alium soluturum, non se pro alio, non tenetur: et ita Pomponius libro octavo scribit.

Tramite il *constitutum*, si intenderebbe qui impegnarsi non nel senso di adempiere un debito altrui, ma per «garantire» che sia un terzo a *solvere* una nostra obbligazione. A Pomponio non dovevano essere ignote le esigenze della prassi al cui soddisfacimento mirava la promessa del fatto altrui¹⁵¹: ammettere però che nel caso di specie fosse stato ritualmente concluso un costituito di debito e che nei confronti del promittente fosse esperibile l'*actio de pecunia constituta*, significava snaturare la struttura e la funzione del nostro «patto pretorio»¹⁵². La sua opinione – tanto che provenga dall'esame del '*De pactis*' che da quello del *constitutum debiti* – rimase un punto fermo nella disciplina di tale figura¹⁵³.

Più delicata era l'ipotesi, e diversa – pur coi dubbi testuali che esporremo

¹⁴⁹) Dal momento che la dottrina che stiamo per esaminare è indicata come proveniente dall'VIII libro *ad edictum*, ma il suo contenuto attiene assai più al costituito di debito che al commento del '*De pactis et conventionibus*'. Un'indagine più puntuale di questo problema paligenetico, è *supra* in particolare I.3.I.

¹⁵⁰) In proposito si vedano ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento*, II, cit., p. 194, J. COUDERT, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, Nancy, 1957, p. 191, A. BURDESE, *Promesse del fatto altrui e stipulazioni a favore di terzi*, in «Labeo», III, 1957, p. 382, 384, ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., p. 21 s., 145, S. TONDO, *In tema di «constitutum debiti»*, in «Labeo», IV, 1958, p. 213, P. FREZZA, *Questioni esegetiche e sistematiche in materia di constitutum debiti*, in «Studi G.B. Funaioli», Milano, 1961, p. 716, A. SANGUINETTI, *La promessa del fatto altrui nella riflessione dei giuristi romani*, in «SDHI.», LXV, 1999, p. 190 s.

¹⁵¹) Sul punto, con prospettiva più ampia, BURDESE, *op. cit.*, p. 380 ss.

¹⁵²) Anche se certo questa soluzione – anche alla luce della prossima testimonianza – dovette apparire agli antichi meno scontata ed evidente di quanto riteneva, ad esempio, ROUSSIER, *op. cit.*, p. 21. Circa l'indicazione, che proprio il nostro testo offrirebbe, secondo cui «anche in fattispecie promissorie diverse dalla *stipulatio* valeva il principio dell'invalidità della promessa del fatto altrui», SANGUINETTI, *La promessa*, cit., p. 190.

¹⁵³) Ne costituisce sostanzialmente solo una variante il caso discusso da Ulpiano al paragrafo seguente, e risolto nel senso che non sarà «tenuto» chi prometta ad un soggetto che adempirà (il preesistente debito nei confronti di chi?) ad un altro soggetto: '*Item si mihi constitutas te soluturum, teneberis: quod si mihi constitueris Sempronio te soluturum, non teneberis*'. Si spiega anche alla luce di queste posizioni il tenore dell'*interpretatio* che Pomponio dava all'affermazione giuliana secondo cui *procuratori constitui posse* (D. 13.5.5.6): *supra* in particolare II.4.II.6 ove bibliografia.

– la soluzione, qualora accanto al debitore promittente e al creditore intervenga una terza persona, ma solo in veste di fideiussore, e la previsione della sua prestazione di garanzia sia anzi oggetto del *constitutum*¹⁵⁴. La riflessione di Pomponio è tramandata nella prima parte di un testo complesso e tormentato come (Ulp. 27 *ad ed.*) D. 13.5.14.2¹⁵⁵:

Sed et si quis certam personam fideiussuram pro se constituerit, nihilo minus tenetur, ut Pomponius scribit¹⁵⁶.

Preliminare all'intelligenza di questo passo è il problema della *formula* dell'*actio de pecunia constituta* e dell'ammissibilità di un impegno nel senso di *constituere se satisfactorum*, oltre che *se soluturum*. Solo risolvendo in termini positivi¹⁵⁷ que-

¹⁵⁴) Analogamente al caso - più semplice dal punto di vista soggettivo, e perciò sviluppato probabilmente da Ulpiano come necessaria conseguenza della soluzione pomponiana – in cui oggetto del *constitutum* sia la promessa di una dazione di pegno. Così in D. 13.5.14.1: '*Si quis constituerit se pignus daturum: cum utilitas pignorum inreperit, debet etiam hoc constitutum admitti*'. Il legame col caso discusso nel paragrafo successivo, è reso evidente dal *sed et* con cui questo si apre. Né è mancato chi - come FREZZA, *Questioni esegetiche*, cit., p. 716 – ha esteso anche al § 1 i drastici sospetti di alterazione nutriti per D. 13.5.14.2.

¹⁵⁵) Su questo paragrafo si vedano, con attenzione anche alla sua seconda parte, PHILIPPIN, *Le pacte de constitut*, cit., p. 72, 74, ASTUTI, *Studi*, II, cit., p. 37 s., 190 ss. ove altra bibliografia, COUDERT, *Recherches*, cit., p. 191, ROUSSIER, *Le Constitut*, cit., p. 22 s. ove altra bibliografia, nonché la *rec.* di T. MAYER MARY, in «ZSS.», LXXVI, 1959, p. 617, TONDO, *In tema di «constitutum debiti»*, cit., p. 211 ss., MAGDELAIN, *Le consensualisme*, cit., p. 129 e nt. 278, 138 nt. 302, D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zur römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz, 1962, p. 265, FREZZA, *Questioni esegetiche*, cit., in particolare p. 716, ID., *Le garanzie*, I, cit., p. 256 ss., SANGUINETTI, *La promessa del fatto altrui*, cit., p. 191 ss.

¹⁵⁶) Solo ulpiano è il tratto successivo, ove – decisamente accolta la posizione di Pomponio – ci si interroga sui problemi pratici che questa solleva: '*... quid tamen si ea persona nolit fideiubere? puto teneri eum qui constituit, nisi aliud actum est. quid si ante decessit? si mora interveniente, aequum est teneri eum qui constituit vel in id quod interest vel ut aliam personam non minus idoneam fideiubentem praestet: si nulla mora interveniente, magis puto non teneri*'. E' soprattutto su questa parte del passo che si sono concentrati i sospetti di interpolazione: si vedano, per tutti, PHILIPPIN, *op. cit.*, p. 74 s., ASTUTI, *Studi*, cit., p. 37 s., MAGDELAIN, *loc. cit.* ove bibliografia. A noi basta qui rilevare come la (seconda) soluzione nell'ipotesi di scomparsa del fideiussore *mora interveniente* ricordi, nella *ratio* e nella terminologia ('*personam non minus idoneam fideiubentem praestet ...*'), la «risposta» che Ulpiano forniva ai dubbi di Pomponio nel già esaminato D. 4.8.25.2 ('*... si noluerint fideiubere, tunc alios non absimiles adhibendos*'). L'indizio è certo assai tenue, ma non possiamo escludere che anche in tema di *constitutum* Pomponio, dopo aver enunciato la disciplina di base, accennasse a qualche eventuale problema che quella suscitava, e che Ulpiano provvide a rendere esplicito e risolvere.

¹⁵⁷) Con LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., p. 248 ss.; altra precedente letteratura in tal senso è indicata da ASTUTI, *Studi*, II, cit., p. 188 nt. 2, che nutre invece un'opposta opinione. La tesi di Lenel è implicitamente accolta da MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 68, che non deve ritenere determinanti le critiche che essa ha sollevato, e che passano anche

st'ultimo dubbio, la posizione di Pomponio può essere seguita nell'attuale tenore del passo, senza dover immaginare che questo contenesse originariamente una soluzione opposta, non lontana da quella adottata in D. 13.5.5.4.

Accantonando per il momento questi sospetti, possiamo così ricostruire l'argomentazione di Ulpiano: come al centro del *constitutum* può esservi l'impegno a una futura dazione di pegno¹⁵⁸, così vi si può prevedere – seguendo Pomponio – che il debitore si impegni a procurare un fideiussore¹⁵⁹, e non per questo egli non sarà tenuto (evidentemente, qualora il terzo indicato non accetti di prestare garanzia) da *actio de pecunia constituta*¹⁶⁰. Diversamente da

attraverso i sospetti di alterazione che gravano su testi come il nostro. Per un'esplicita attribuzione al lavoro dei giuristi «spätklassische» (fra cui è però più difficile inserire Pomponio) del riconoscimento del *constitutum se satisfactorum*, MAYER MALY, *loc. cit.* Di recente, ha espresso «da convinzione che non fosse rifiutata dai classici la possibilità di costituere *satisfactionem*», SANGUINETTI, *La promessa*, cit., p. 191. Non è però chiaro se egli pensi a una previsione pretoria o a quell'estensione giurisprudenziale (cui, sulle orme del Karlowa, si richiamava FREZZA, *Questioni esegetiche*, cit., p. 715), secondo cui le parole edittali «*neque fecisse quod constituit*» avrebbero consentito di usare (sebbene il magistrato si riferisse solo a «*qui pecuniam debitam constituit se soluturum*») la formula *in factum* anche per il costituito «*me satisfactorum*».

¹⁵⁸) *Supra* nt. 154, ove abbiamo ricordato i sospetti suscitati anche da D. 13.5.14.1.

¹⁵⁹) Collega – in modo invero non chiarissimo - il nostro testo a quella prassi che sarebbe passata «dalla promessa “*se satisfactorum*”, concomitante ad una intesa col creditore sulla persona del garante che sarebbe stato presentato dal debitore alla data convenuta, ad una promessa in cui il nome del terzo *candidate alla garanzia* figurasse già nel testo del *constitutum* di *satisfactio*». In questi termini, FREZZA, *Le garanzie*, I, cit., p. 257, ma si veda già ID., *Questioni esegetiche*, cit., p. 716: proprio da questa prassi egli riteneva forse influenzato «il tardo e poco dotto rifacitore» cui si deve l'attuale tenore di D. 13.5.14.2, il quale non avrebbe previsto quella che «è, nella varietà della promessa di *satisfactio*, promessa del fatto del terzo», come tale nulla alla stregua di D. 13.5.5.4. Di tutt'altro avviso TONDO, *In tema di «constitutum debiti»*, cit., p. 213.

¹⁶⁰) Restituirei così, un po' liberamente, l'espressione «*nihilominus tenetur*» che tanto ha dato adito a dubbi, soprattutto da parte di PHILIPPIN, *op. cit.*, p. 74, ASTUTI, *Studi*, II, cit., p. 190 s. ove bibliografia (*in primis*, l'immancabile Beseler, seguendo il quale si correggeva «*nihilominus*» con «*nihilomagis*» o più semplicemente con *non*, rovesciando così l'opinione di Pomponio), ROUSSIER, *loc. cit.* Per una difesa della sostanziale genuinità del tratto in esame, TONDO, *In tema di «constitutum debiti»*, cit., p. 211 s., SANGUINETTI, *La promessa*, cit., p. 191 s. La ricostruzione, estremamente letterale, che del pensiero di Pomponio e Ulpiano sto cercando di offrire, implica il rifiuto dell'impostazione di FREZZA, *Questioni esegetiche*, cit., p. 715 s., il quale dapprima evidenzia come col costituito *se satisfactorum* «il debitore era tenuto a presentare al creditore, al termine stabilito, dei garanti idonei», ma poi esclude la validità di una promessa come quella contenuta nel nostro frammento. E' invece alquanto verosimile la lettura che ne offre SANGUINETTI, *La promessa*, cit., p. 192 s. ove bibliografia, secondo cui Ulpiano (e già prima, aggiungerei, Pomponio) non avrebbe considerato la fattispecie in esame come ipotesi di promessa del *factum alienum*, non avrebbe riportato esattamente - atteso il carattere non formale dell'atto - le parole del *constitutum* (che

D. 13.5.5.4, al centro del problema non è tanto la promessa del fatto altrui ma l'obbligo di procurare un fideiussore, nè propriamente l'assunzione dell'impegno – non in via principale e non immediatamente scaturente dal costituito – da parte di quest'ultimo solleva il problema della riconducibilità al *constitutum debiti alieni*. In effetti abbiamo qui, senza dubbio, un'ipotesi di costituito di debito proprio: la presenza di una garanzia personale non muta tanto i rapporti fra promittente e creditore, quanto la «qualità» dell'obbligazione, a tutto vantaggio del secondo¹⁶¹. La distinzione era sottile ma importante¹⁶²: essa si sarebbe imposta in un filone giurisprudenziale che andava da Pomponio a Ulpiano (ma non a Paolo), e avrebbe consentito di tutelare forme negoziali di un certo rilievo pratico, non confliggenti con la normativa pretoria.

Piuttosto è proprio il tenore di questo dibattito – in cui non mancano le divergenze, forse riecheggiate dallo stesso Pomponio¹⁶³ – a riporre in

dovevano essere del tipo '*constituo me Titium fideiussorem pro me tibi daturum*') e avrebbe comunque visto «il rapporto ... in termini di obbligo del costituente di procurare un fideiussore». Qualche perplessità suscita soltanto l'ipotesi di una variazione nella terminologia impiegata: variazione che Pomponio (del cui apporto spiace l'assoluta sottovalutazione da parte del Sanguinetti) e Ulpiano non avevano motivo di introdurre, se non perché posti di fronte a un caso, reale o fittizio, in cui proprio il tenore dei *verba* impiegati poteva indurre a travisare il senso del negozio, e individuarvi quella promessa del fatto altrui che molti interpreti moderni hanno voluto riconoscervi.

¹⁶¹) Questo aspetto non risulterà invece decisivo agli occhi di Paolo, il cui pensiero, conservato in (29 *ad ed.*) D. 13.5.21.2 ('*Constituto satis non facit, qui soluturum se constituit, si offerat satisfactionem. si quis autem constituat se satisdaturum, fideiussorem vel pignora det, non tenetur, quia nihil intersit, quemadmodum satisfaciat*'), non è peraltro andato esente da dubbi (si veda PHILIPPIN, *op. cit.*, p. 73 ss.), ed è comunque difficilmente utilizzabile per dimostrare la non «classicità» della posizione di Pomponio e Ulpiano. Né infatti mancano elementi di differenziazione (in parte già colti da ROUSSIER, *op. cit.*, p. 22) fra il caso che egli indagava e quello al centro di D. 13.5.14.2, né questa sarebbe certo la prima testimonianza di un'elaborazione pomponiana che, condivisa da Ulpiano, sarebbe stata disattesa da Paolo. Assai più plausibile sarebbe quindi immaginare una qualche, articolata *dissensio prudentium*, piuttosto che ipotizzare un intervento dei giustiniani, che avrebbero stravolto il contenuto di un frammento, ponendolo così in contraddizione con un altro presente nella compilazione (pressochè in questi termini anche SANGUINETTI, *La promessa*, cit., p. 191 s.). Il dato – come osserveremo anche nel testo – è reso più problematico dalla presunta esistenza di una previsione pretoria che parrebbe lasciare poco spazio a un dibattito circa la validità di un *constitutum se satisfactorum*.

¹⁶²) Non la riconoscevano, o ne contestavano la fondatezza, ASTUTI, *Studi*, I, cit., p. 194, COUDERT, *loc. cit.*, ROUSSIER, *op. cit.*, p. 22, FREZZA, *Questioni esegetiche*, cit., p. 716, che consideravano inconciliabile il contenuto di D. 13.5.5.4 e D. 13.5.14.2. Sospetta l'origine «nachklassisch» del «Satisfaktionskonstitut», anche MEDICUS, *op. cit.*, p. 265. Diversamente, come visto, SANGUINETTI, *La promessa*, cit., p. 192 s.

¹⁶³) Forse troppo radicale, ma non infondato, il rilievo di ASTUTI, *Studi*, II, cit., p.

discussione il dato da cui muovevamo, ossia il riconoscimento, già nell'editto, di un *constitutum* che prevedesse una *satisfactio* (nel nostro caso, l'«offerta» di un fideiussore). Alla sua luce il parere del nostro giurista contrasterebbe «legittimamente» con quanto in genere previsto per la promessa del fatto del terzo, ma assumerebbe anche un valore limitato, quasi solo ricognitivo del dettato editto¹⁶⁴. La citazione di Ulpiano troverebbe la sua *ratio* quasi esclusivamente nell'analisi che questi stava compiendo attorno alle modalità in cui era possibile *constituere se satisfacturum*, e fra le quali l'ipotesi della fideiussione ben poteva figurare accanto a quella del pegno.

Ancor più problematico sarebbe invece il caso risolto da Pomponio e più rilevante e innovativa la sua soluzione, qualora davvero inclinassimo per la ricostruzione che vuole il *constitutum se satisfacturum* frutto di un'elaborazione giurisprudenziale¹⁶⁵, la quale proprio in fattispecie come la nostra doveva trovare uno snodo decisivo e controverso.

III. L'indagine sui contratti tutelati da «iudicia bonae fidei»

III.1. L'*emptio-venditio*

Il fenomeno pattizio apre, nell'eterogeneità delle sue forme e delle sue «coperture» processuali, lo scenario in cui deve più puntualmente collocarsi la riflessione di Pomponio attorno a quegli incontri di volontà propriamente considerati contratti. Come accennato, per il nostro giurista non disponiamo – diversamente da Ulpiano¹⁶⁶ – di una teoria generale dei *pacta* e del ruolo ad

190, secondo cui sarebbe «incomprensibile il *'nihilominus'*, ove la facoltà di offrire un fideiussore fosse stata garantita nell'albo». Quell'espressione sembra piuttosto restituire la traccia di controversie giurisprudenziali, che neppure Pomponio risolse definitivamente.

¹⁶⁴) Che però potrebbe mostrare aspetti maggiormente problematici, e perciò bisognevoli di *interpretatio*, ove seguissimo ASTUTI, *Studi*, II, cit., p. 194 ss., in particolare 203 s., nel ritenere che – anche ammessa la congettura leneliana circa l'esistenza della formula *'se soluturum eove nomine satisfacturum'* – essa sarebbe da intendere nel senso della «concessione di un'alternativa rispetto all'effettiva *solutio*, unico e normale oggetto del costituito». Maggior spessore mi sembra attribuibile alla soluzione pomponiana anche alla luce della possibilità, adombrata *supra* nt. 160, che il giurista si trovasse dinanzi a un *constitutum* concluso in termini tali da porne in dubbio, in quanto leggibile come promessa del fatto altrui, la stessa validità.

¹⁶⁵) Si veda *supra* nt. 157 ove bibliografia.

¹⁶⁶) Si vedano i dibattutissimi D. 2.14.1 e D. 2.14.7.pr.-4.

essi assegnato rispetto a *conventiones* e contratti: lo stesso rilievo attribuito ai patti aggiunti (anche *ex intervallo*, purché *'re nondum secuta'*), come modificativi o estintivi di un contratto tutelato da *iudicium bonae fidei*¹⁶⁷, consente solo di evidenziare come la loro tutela, sia pure in via di *exceptio*, potesse intervenire automaticamente, e come nella prassi si dessero casi in cui le volontà formalizzate in figure pattizie o contrattuali potevano sovrapporsi e intrecciarsi.

Verificheremo del resto come uno dei profili più interessanti della riflessione contrattualistica di Pomponio sia costituito proprio dall'indagine di fattispecie negoziali «di confine», in cui il momento del *pactum* interviene in modo determinante, o che si collocano a metà strada fra varie tipologie contrattuali, o non sono riconducibili ad alcuna, e tuttavia meritevoli di tutela. Prima di dedicarci a quest'indagine, è però opportuno guardare all'analisi che il giurista antoniniano dedicava a singole figure di *contractus*, e in particolare a quelle tutelate da *iudicia bonae fidei*. Che fossero queste ad attrarre maggiormente la sua attenzione non può essere una casualità della nostra faticosa tradizione di conoscenze: proprio i quattro contratti consensuali si ponevano storicamente – al di là dell'*oportere* (*ex fide bona*) che ne scaturiva – fra le più importanti innovazioni del pretore, così come il loro impiego nella prassi doveva essere tale da far sì che il «pragmatico» Pomponio non ne ripercorresse la disciplina solo nel commentare il '*De iudiciis bonae fidei*'¹⁶⁸. Il loro esame è poi reso più significativo dalla circostanza che proprio all'ambito dei contratti tutelati da azioni di buona fede il nostro autore guardava insistentemente, sia nello studio dei patti aggiunti che in quello delle convenzioni atipiche e delle fattispecie contrattuali «ibride»¹⁶⁹.

Possiamo quindi iniziare, con una piccola alterazione dell'ordine edit-

¹⁶⁷) Penso soprattutto a D. 2.14.7.6, ma anche a D. 2.14.7.15, sui quali *supra* III.5.1.1 ove bibliografia.

¹⁶⁸) Particolarmente indicativo è in questo senso (Ulp. 11 *ad ed.*) D. 19.1.32, che risale all'indagine di Pomponio e Ulpiano sull'*actio de dolo*, ma che riguarda un'ipotesi di compravendita conclusa mediante pesatura. Un'esegesi del passo è *supra* I.2.IV ove bibliografia.

¹⁶⁹) Rilevano nel primo senso D. 2.14.7.6, D. 2.14.7.15 e D. 16.3.1.10; nel secondo soprattutto D. 4.3.9.3, D. 16.3.1.9-14, D. 17.1.40 e D. 11.6.3.2. Degno di nota, in proposito, che fra i contratti tutelati da *iudicia bonae fidei* siano preminenti le figure sinallagmatiche, e che all'ambito di queste ultime siano sostanzialmente da limitare – nell'esperienza romana come nell'attuale – le fattispecie atipiche: F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in «Roma e America. Diritto romano comune», VII, 1999, p. 53.

tale¹⁷⁰, dalle dottrine di Pomponio relative al contratto principe nella circolazione dei beni, ossia la compravendita. Centrale è in proposito l'importanza attribuita all'elemento psicologico – consapevolezza, *ignorantia*, dolo – dei protagonisti: con esso può combinarsi il problema della particolare natura (*furtiva*) della *res* compravenduta, così come la complessa persistenza di un rapporto sinallagmatico. E' quanto verificiamo nell'unica testimonianza proveniente dalla *sedes materiae*, conservata in (Paul. 33 *ad ed.*) D. 18.1.34.3¹⁷¹:

Item si et emptor et venditor scit furtivum esse quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur: si emptor solus scit, non obligabitur venditor nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet: quod si venditor scit, emptor ignoravit, utrinque obligatio contrahitur, et ita Pomponius quoque scribit.

Paolo – dopo aver trattato, nel § 2, della compravendita di un uomo che entrambi i contraenti sapevano essere libero (da cui l'assoluta invalidità del negozio) – passa ad esaminare un'altra *emptio-venditio* che ha ad oggetto una *res* non validamente acquistabile, come quella *furtiva*¹⁷². Tre sono le ipotesi in cui viene scandita la disciplina di questa compravendita, a seconda della conoscenza di cui le parti disponevano circa la natura del bene: la sintassi non offre certezze circa la risalenza di tutte e tre alla diagnosi di Pomponio, che è richiamato solo in merito all'ultima. Tuttavia l'intera *ratio* della distinzione si lascia agevolmente ricondurre al suo metodo di lavoro¹⁷³, così come sarebbe

¹⁷⁰) Secondo il quale, nel '*De iudiciis bonae fidei*', troveremmo deposito, *fiducia*, mandato e *societas* prima dell'*emptio-venditio*.

¹⁷¹) Su cui si vedano, fra gli interpreti più recenti, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*², Napoli, 1954, p. 223 s. ove bibliografia, S. TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano, 1959, p. 43 ss. ove bibliografia, H.P. BENÖHR, *Das sogennante Synallagma in den KonsensualKontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg, 1965, p. 68 ss. ove bibliografia, nonché la *rec.* di A. BURDESE, in «*Iura*», XVII, 1966, p. 363, VOGLI, *Le obbligazioni romane*, I.1, cit., p. 178 ss., J.L. MURGA, *Nulidad o ilicitud en la enajenación de la res sacrae*, in «*AHDE*», XLI, 1971, p. 628, G. KLINGENBERG, *Das Edictum divi Marci de rebus alienis a fisco distractis*, in «*RIDA*», XXXIV, 1987, p. 199, D. SCHANBACHER, *Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1987, p. 99, 103, M. TALAMANCA, *Vendita (diritto romano)*, in «*ED*», XLVI, Milano, 1993, p. 338. Esemplari rimangono – come vedremo - i rilievi esegetici di CUIACIUS, *Opera omnia*, V, cit., p. 507.

¹⁷²) Il nesso tra le due fattispecie – cui già accenna l' '*item*' che apre il nostro paragrafo - era enfatizzato da ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 223 e nt. 2 (ma si veda anche BENÖHR, *Das sogennante Synallagma*, cit., p. 68 nt. 47). Quanto verificheremo per le obbligazioni del venditore, tende peraltro a problematizzare l'idea di un'assoluta «corrispondenza del caso in discorso con quello dell'*homo liber*, trattato nel § 2».

¹⁷³) E in particolare, alla sua pronunciata sensibilità agli elementi psicologici (soprat-

assai meno congrua l'ultima soluzione, se non correlata alle due precedenti¹⁷⁴.

Il momento distintivo è dunque quello della *scientia* circa la natura furtiva del bene compravenduto: la disciplina che ne è desunta non solo rileva come testimonianza pomponiana, ma – e preliminarmente – sembra ormai esente da gravi sospetti di alterazione¹⁷⁵. Con tutta probabilità era così già il nostro giurista ad affermare che, laddove entrambe le parti sapessero che la *res* era *furtiva*, nessuna delle due contrarrebbe propriamente un'obbligazione (e perciò non sarebbero invocabili né l'*actio empti* né quella *venditi*); che, ove ne fosse a conoscenza il solo compratore, il venditore non sarebbe in alcun modo tenuto né disporrebbe – a parte l'ipotesi che vedremo – dell'*actio venditi*; e che invece l'obbligazione sorgerebbe effettivamente a carico di entrambi i soggetti, qualora *sciens* fosse unicamente il venditore.

Nulla quaestio, invero, per la prima soluzione; la seconda è viceversa complicata dal riconoscimento che il venditore, contro cui non è esperibile l'*actio empti*, possa agire per ottenere il prezzo ove fosse in grado di adempiere all'obbligazione che, in astratto, sorgerebbe a suo carico, ossia garantire il pacifico godimento della cosa venduta. L'eventualità non è affatto assurda, né espressiva di interventi posteriori che hanno tradito la visione «classica» dei rapporti fra contraenti¹⁷⁶: basti pensare, con Cuiacio, al caso in cui il venditore

tutto *scientia* e *ignorantia*) come criteri distintivi su cui poggia – come riscontrato nella sua analisi di certe disposizioni processuali - il diversificarsi della disciplina.

¹⁷⁴) Né può stupire, alla luce di quanto osservato *supra* I.2.II, il ruolo defilato che è riservato alla citazione nel discorso di Paolo.

¹⁷⁵) Quali ancora gravavano l'interpretazione che – sulla scia di Partsch – ne forniva ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 223 s. A parte quanto osserveremo circa il fondamento della seconda e terza soluzione, può condividersi quanto in generale affermava sul nostro testo BENÖHR, *Das sogennante Synallagma*, cit., p. 68 nt. 47 («die Formulierung des Paragraphen läßt nicht das mindeste für eine nachklassische Veränderung erkennen») e 70 («Wir ... sehen auch in ihrer wohlbegründeten Verschiedenheiten ein starkes Echtheitsindiz»). Cautamente conservativo appare anche l'approccio di MURGA, *Nulidad*, cit., p. 628, KLINGENBERG, *op. cit.*, p. 199, TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 338 e nt. 336.

¹⁷⁶) Come invece stimato da ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 224, secondo il quale avremmo qui «la soluzione data da qualcuno che, non volendo rinunciare all'interdipendenza delle obbligazioni delle parti, le tiene insieme al solo scopo di mostrare come sia praticamente inammissibile anche l'obbligazione del compratore». Ben diversa l'opinione di BENÖHR, *Das sogennante Synallagma*, cit., p. 69 e nt. 57 ove bibliografia, ma anche di VOGLI, *op. cit.*, p. 179, secondo cui il venditore, per ottenere il prezzo, dovrà prima consegnare il bene, ma «senza essere tenuto per l'evizione» (dal che il regime di un «contratto claudicante»). Conservativa era anche la lettura di TONDO, *op. cit.*, p. 47, che vedeva nel passo – in termini di dogmatica odierna - «una sorta di conversione del normale sinallagma in sinallagma di tipo condizionale, nel quale la *traditio* della cosa da parte del venditore si configura non sotto specie di obbligo ma sotto specie di onere o condizione».

potesse «*praestare*» «*rem ... forte redemptam a domino*», il che ovviamente ne «cancellerebbe» il carattere furtivo¹⁷⁷. Quanto all'ultima ipotesi – unica che la sintassi lasci certamente attribuire a Pomponio –, il suo tenore rimane effettivamente problematico, giacché se è ben comprensibile che un'obbligazione sorga a carico del venditore *sciens*¹⁷⁸, lo è meno il nascere della corrispettiva obbligazione che gravi sul compratore. Prima di ricorrere all'*extrema ratio* della congettura di interpolazione¹⁷⁹, potremmo comunque supporre – seguendo ancora Cuiacio – che, mentre nell'ipotesi di compravendita di *res sacra, publica* o di un uomo libero (tutti beni «definitivamente» *extra commercium*), *obligatio claudet*, qui essa sorge nei confronti di entrambi i soggetti «*quia rei furtivae vitium facile purgari, atque ita commercium ejus esse poterit*»¹⁸⁰.

Assai acuti – pur nel visibile sovraccarico dogmatico «bettiano» - i rilievi dedicati dallo stesso A. (*op. cit.*, p. 43 ss.) alle ragioni sottese a tutta la problematica, in cui la furtività della *res* opera – diversamente dalla sua alienità – come preclusiva dell'usucapione, ma non viene di per sé costruita «quale causa di nullità della compravendita» (che sotto il profilo obbligatorio sarebbe stata da valutarsi «sotto specie di impossibilità giuridica meramente soggettiva»). Ritiene che il furto non costituisca «un impedimento oggettivo alla validità della vendita», anche VOICI, *op. cit.*, p. 178, per il quale unica strada per evitare una valida circolazione della *res furtiva* sarà quella di guardare al profilo dell'illiceità della prestazione, quale però implica – come appunto nel nostro passo – la *scientia* della furtività stessa. Inutile sottolineare come tutti questi aspetti rendano ancor più significativa l'ottica in cui per primo si muove Pomponio: non tanto tutela «ideologica» della buona fede, ma operatività di meccanismi tecnici che, valorizzando l'elemento della *scientia*, preservassero – essi soli – dagli inconvenienti di un'unica indistinta disciplina per tutte le compravendite di beni furtivi.

¹⁷⁷) Si veda CUIACIUS, *op. cit.*, p. 507, che - come verificheremo - giustamente sottolinea la differenza fra il nostro caso e quello di una compravendita di *res sacra, publica* o di un uomo libero. Più di recente, TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 338, ritiene che si abbia «una sorta di pendenza ... rispetto alla nullità, nel caso di *scientia* da parte del solo compratore».

¹⁷⁸) In questo senso che opportunamente si riconosce che il compratore eserciti contro di lui l'*actio empti* per indennizzo ed evizione della cosa: ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 224, BENÖHR, *Das sogennante Synallagma*, cit., p. 69 s.

¹⁷⁹) Per cui optava ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, p. 224, secondo il quale «non si arriva a concepire» la *ratio* della soluzione di Pomponio e Paolo.

¹⁸⁰) Così CUIACIUS, *op. cit.*, p. 507. In verità non si può escludere che anche l'uomo libero, in seguito a particolari circostanze (ad esempio, perché si lascia vendere come schiavo *pretii participandi causa*), divenga servo e perciò commerciabile: qui rileva però la soluzione negativa che, attraverso un richiamo al *fas*, dava Paolo in merito alla clausola '*cum servus erit*' apposta a *stipulatio o emptio-venditio* (D. 18.1.34.2). Quanto a modalità e misura del pagamento cui sarebbe tenuto il compratore, BENÖHR, *Das sogennante Synallagma*, cit., p. 70. La *ratio* della soluzione di Pomponio e Paolo era invece identificata da TONDO, *op. cit.*, p. 47, nell'individuazione, da parte loro, di una «sufficiente compensazione alla inusucapibilità della cosa nel connesso impegno per il venditore di prestare garanzia per l'evizione».

Pomponio sarebbe tornato a insistere, nel nono libro *ad Sabinum*, sull'elemento della *scientia* – soprattutto del compratore – come profilo determinante, prima ancora della natura dei beni, per disciplinare particolari ipotesi di compravendita. Egli muove così dall'affermazione generale secondo cui *'nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi'*¹⁸¹, per tuttavia precisare¹⁸² che nel caso di compera di un uomo libero, di un luogo «sacro» o «religioso», qualora l'acquirente ignori la natura dei beni, *'emptio intellegitur'*, verosimilmente nel senso che egli disporrà dell'*actio empti* nei confronti del venditore¹⁸³. E' quindi proprio la *scientia* del compratore che – secondo Pomponio, in tacita adesione a Celso figlio – preclude all'*emptor* di un bene *extra commercium* di ricorrere all'azione contrattuale, in quanto non è validamente sorta alcuna obbligazione¹⁸⁴. Una fondamentale eccezione a tanto rilievo dell'elemento soggettivo della conoscenza, era individuata da Pomponio nell'ipotesi di *emptio* di una cosa già in proprietà del compratore: *emptio* che comunque non varrà, sia *sciens* o *ignorans* colui che compera¹⁸⁵.

Tornando alle soluzioni registrate in D. 18.1.34.3, anche dal loro insieme emerge l'attitudine di Pomponio ad assumere come momento centrale l'atteggiamento psicologico dei soggetti e adattare la tutela processuale in conformità ad esso – e quindi, se vogliamo, alle istanze dell'equità. Su questa strada egli non esita a spezzare quella interdipendenza delle obbligazioni sorgenti dalla compravendita che agli interpreti moderni¹⁸⁶ è viceversa

¹⁸¹) Si veda D. 18.1.8, ove peraltro il principio è subito temperato e precisato nel senso che *tamen fructus et partus futuri recte ementur*. E' superfluo rilevare come il riferimento a questo ed altri frammenti provenienti dalle rimanenti opere di Pomponio ha carattere solo esemplificativo, alla ricerca di tematiche più attinenti con quanto dibattuto nei passi dell'*ad edictum*. Svariati sono in effetti i profili indagati nei 9 testi escerpiti dal XXXI libro *ad Quintum Mucium* e nei 46 tratti dai libri IX-XI dell'*ad Sabinum*: LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 74 ss., 108 ss.

¹⁸²) In D. 18.1.4: *'Et liberi hominis et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emptio intellegitur, si ab ignorante emitur'*.

¹⁸³) Il che era certamente ammesso anche in D. 18.1.34.3, ove tuttavia rinveniamo un'interdipendenza di obbligazioni che è probabilmente da spiegare – come detto – con la diversa natura dei beni.

¹⁸⁴) Il testo cui riferirsi – strettamente collegato a D. 18.1.4 (tanto da costituire per LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 108, un solo frammento palingenetico) – è D. 18.1.6.pr.: *'Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiusquam rei si scias <prohibitam> alienatione esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius'*.

¹⁸⁵) Si veda D. 18.1.16.pr.: *'Suae rei emptio non valet, sive sciens sive ignorans emi: sed si ignorans emi, quod solvero repetere poterò, quia nulla obligatio fuit'*.

¹⁸⁶) Come Arangio-Ruiz: *supra* nt. 176.

sembrato un dogma irrinunciabile che grava la logica del passo. Diversamente, il contratto consensuale perderebbe la sua intrinseca aderenza alla volontà delle parti – volontà non astratta e formale, ma valutata nella concretezza delle conoscenze che determinavano i soggetti a tali intenti.

E' alla luce di questo che conviene rileggere un'altra testimonianza pomponiana in tema di compravendita¹⁸⁷, seppure proveniente dall'analisi dell'*actio de dolo*, per domandarsi se la differenziazione fra tutela tramite *condictio* e tramite azione contrattuale, sia solo del referente, o in qualche modo risultasse già abbozzata da parte del nostro giurista. Mi riferisco a (Ulp. 11 *ad ed.*) D. 19.1.32¹⁸⁸, relativo a un'*emptio-venditio* da concludersi mediante pesatura, e per la quale sono stati impiegati pesi contraffatti. Al riguardo Pomponio riteneva esperibile da parte del venditore raggirato una *condictio* per ottenere la restituzione della quantità di olio eccedente rispetto a quella debitamente pesata e pagata: Ulpiano ne condivideva ed elogiava l'opinione, per poi estendere l'esclusione dell'*actio de dolo* – attesa la sua natura sussidiaria – anche al caso in cui raggirato sia il compratore, che avrà stavolta a sua disposizione direttamente l'azione contrattuale (*actio empti*)¹⁸⁹.

L'impiego di questa in funzione «riequilibrativa» di quell'assetto negoziale che un particolare atteggiamento psicologico di una parte (in questo caso il dolo) aveva sbilanciato, sintatticamente sembra da attribuire al solo Ulpiano, quasi in sviluppo e rielaborazione della dottrina pomponiana richiamata poco prima. Tuttavia le analogie con la triplice soluzione di D. 18.1.34.3 e la stessa improbabilità che il giurista antoniniano si preoccupasse della tutela solo del venditore, e non del compratore, raggirato – lasciano ben aperta la possibilità che a lui sia da attribuire anche questo diversificarsi del ricorso all'azione contrattuale e quel suo utilizzo affatto particolare.

III.2. La *locatio-conductio*

Se dunque il tema centrale nell'indagine relativa all'*emptio-venditio* è costituito dal rilievo attribuito all'elemento psicologico delle parti e alle sue ripercussioni

¹⁸⁷) Una sua esegesi è stata infatti già svolta *supra* I.2.IV ove bibliografia.

¹⁸⁸) '*Si quis a me oleum quod emisset adhibitis iniquis ponderibus accepisset, ut in modo me falleret, vel emptor circumscriptus sit a venditore ponderibus minoribus, Pomponius ait posse dici venditorem sibi dare oportere quod plus est petere: quod habet rationem: ergo et emptor ex empto habebit actionem, qua contentus esse possit*'.

¹⁸⁹) Abbiamo indicato – sulla scorta, ancora una volta, dei sottili rilievi del Cuiacius – la ragione del ricorso ora alla *condictio* ora all'azione contrattuale *supra loc. cit.*

sulla stessa interdipendenza delle obbligazioni – il punto nevralgico nel contributo pomponiano attorno alla *locatio-conductio* è rappresentato dal particolare atteggiarsi della responsabilità dei contraenti in specifiche ipotesi, e segnalatamente nel caso in cui il locatore non sia in grado di porre il conduttore nel godimento del bene, o quest'ultimo sia chiamato a rispondere di danni subiti dalla cosa locata, ma non causati da lui personalmente. I passi che ci interessano risultano fondamentali non solo per chi intenda ripercorrere il lavoro di Pomponio su questa materia, ma anche per quanti hanno tentato di ricostruire obbligazioni e responsabilità inerenti al contratto di locazione-conduzione. La prima problematica cui accennavamo è affrontata in (Ulp. 32 *ad ed.*) D. 19.2.9.pr.¹⁹⁰:

Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque eius, Pomponius ait nihilo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. plane si dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem.

Il testo¹⁹¹ è tutto costruito su una trama di pensiero risalente al nostro giurista: in primo luogo nella determinazione della responsabilità del locatore nei

¹⁹⁰) Leggono questo testo F. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin, 1912, p. 136, H. KRELLER, *Kritische Digestenexegesen zur Frage des Drittschadensersatzes*, in «ZSS.», LXVI, 1948, p. 79 s., G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella «locatio-conductio rei»*, in «Studi V. Arangio-Ruiz», II, cit., p. 386, T. MAYER MALY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien, 1956, in particolare p. 59 s., 156 s. ove bibliografia, M. KASER, *Periculum locatoris*, in «ZSS.», LXXIV, 1957, p. 168 ove bibliografia, E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova, 1960, p. 400, MEDICUS, *Id quod interest*, cit., p. 100, 133 s., N. PALAZZOLO, *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore*, in «BIDR.», LXVIII, 1965, p. 286 ss. ove bibliografia, C. ALZON, *Problems relatifs à la location des entrepôts en droit romain*, Paris, 1966, p. 275, 290, H. HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, 1969, p. 130 s., B.W. FRIER, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton, 1980, in particolare p. 169 ss., I. MOLNÁR, *Le cause di estinzione del contratto e il problema dell'esistenza del diritto di disdetta nella «locatio-conductio»*, in «Labeo», XXXII, 1986, p. 302, I. DE FALCO, «*Diligentiam praestare*». Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle «obligationes», Napoli, 1991, p. 88, H. ANKUM, *Pomponio, Iuliano y la responsabilidad del vendedor por evicción con la actio empti*, in «RIDA.», XXXIX, 1992, p. 82 ss. ove bibliografia, G. MACCORMACK, *Dolus in Decisions of the Mid-classical Jurists (Iulian-Marcellus)*, in «BIDR.», XCVI-XCVII, 1993-1994, p. 144, N. PALAZZOLO, *Saggi in materia di locazione*, Catania, 1995, p. 115 ss., CANNATA, *Sul problema della responsabilità*, cit., p. 200.

¹⁹¹) Sulla cui connessione con la dottrina di Pomponio che studieremo successivamente, e che è conservata in D. 19.2.11.pr., ha recentemente insistito DE FALCO, *loc. cit.*

confronti del conduttore¹⁹², ove il primo abbia, anche senza suo dolo o colpa¹⁹³, subito l'evizione della cosa o del fondo acquistato e poi locato¹⁹⁴. In secondo luogo, nella previsione di una liberazione del locatore dalla propria responsabilità ove questi – impossibilitato dalla difforme volontà del *dominus* a garantire ancora il *frui licere* della stessa abitazione – possa metterne a disposizione del conduttore una dalle caratteristiche equivalenti¹⁹⁵.

Il regime di responsabilità del locatore da cui muove Pomponio non risulta affatto scontato, e la stessa terminologia impiegata (*nihilominus*) lascia immaginare¹⁹⁶ l'esistenza di divergenze giurisprudenziali: quanto sostenuto dall'autore antoniniano avrebbe comunque conosciuto, prima dell'implicito assenso di Ulpiano¹⁹⁷, una sostanziale condivisione da parte di Africano, oltretutto in un brano delle *quaestiones*¹⁹⁸ che probabilmente riecheggia, ancora una volta, un insegnamento di Giuliano¹⁹⁹. Ma anche la soluzione in merito alla possibile liberazione del locatore – chiaramente da collegare a (*Labeo 5 post. a Iavol. epit.*) D. 19.2.60.pr.²⁰⁰ – è ormai da considerare come proveniente

¹⁹²) *Praestetur* significa, secondo CANNATA, *loc. cit.*, «paghi il valore (del godimento)»; analogamente già HONSELL, *Quod interest*, cit., p. 131; ritiene invece «che Pomponio non abbia inteso affermare alcuna sanzione nei confronti del locatore, ma abbia voluto ribadire l'obbligo primario alla prestazione del godimento», PALAZZOLO, *Saggi*, cit., p. 117 ss.

¹⁹³) L'esplicita esclusione del dolo al momento della compravendita e dell'evizione non era peraltro tale, attesa la diversa portata che assume nelle due circostanze quell'elemento psicologico, da assicurare la buona fede del locatore – ossia «da sua ignoranza dell'alienità della cosa» - anche al momento della locazione: così PALAZZOLO, *Saggi*, cit., p. 115 ss.; nel senso della predetta deduzione, invece, quasi tutti gli autori *supra* citati.

¹⁹⁴) Come rileva MOLNÀR, *loc. cit.* – anche sulla base di D. 19.2.9.1 e (Paul. 32 *ad ed.*) D. 19.2.7 -, il rapporto nascente da locazione cessava infatti anche qualora il locatore non fosse in grado di garantire al conduttore il *frui licere*. Quella introdotta da Pomponio costituiva peraltro, per ANKUM, *Pomponio*, cit., p. 82, «una modificazione del régimen de la *locatio conductio* a favor del inquilino urbano ... de un gran interés social».

¹⁹⁵) Nell'ottica, naturalmente, delle necessità soggettive del locatario: *non minus commoda*; ma sul punto MEDICUS, *op. cit.*, p. 100.

¹⁹⁶) Come già segnalato da KRELLER, *op. cit.*, p. 80.

¹⁹⁷) Del quale si veda anche (32 *ad ed.*) D. 19.2.15.8, secondo un collegamento col nostro testo già sottolineato da KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 168 s. Più complessa la fattispecie esaminata da Paolo in (32 *ad ed.*) D. 19.2.7.

¹⁹⁸) Si tratta di (Afric. 8 *quaest.*) D. 19.2.33: '*si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat quamvis per te non stet, quo minus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilominus teneberis ...*'.

¹⁹⁹) Si noti l'*inquit* nella seconda parte del passo trascritto alla nt. precedente. Circa il ruolo e la presenza di dottrine giuliane nei *libri quaestionum* di Africano, anche al di là delle esplicite menzioni che questi ne compie, *supra* II.2.III.6 ove bibliografia.

²⁰⁰) Di cui è quasi letteralmente riprodotta la previsione conclusiva: '*... nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandam dare*'. Meno conclusivo il rinvio di MEDICUS,

dal nostro giurista, e non frutto delle radicali alterazioni ipotizzate in passato²⁰¹; né vi deve stupire il riferimento all'equità (*aequissimum esse*), un valore fortemente presente nella cultura giuridica del II secolo, e non estraneo anche alle soluzioni di Pomponio²⁰².

E' dunque sul filo delle opposte tensioni a rafforzare le obbligazioni oggettivamente sorgenti a carico del locatore, e a soddisfare le esigenze dell'equità – che qui si dispone il lavoro del nostro giurista. Nel trattare di una specifica ipotesi di responsabilità in cui incorre il conduttore, ritroviamo invece quella determinante presenza dell'elemento servile (coi connessi problemi, soprattutto di natura processuale) al centro di tante altre riflessioni pomponiane, ma senza che stavolta risulti decisivo l'elemento psicologico (*scientia*, o addirittura *voluntas*) del *dominus* rispetto al fatto dello schiavo. Il testo cui riferirsi è (Ulp. 32 *ad ed.*) D. 19.2.11.pr.²⁰³:

Videamus, an et servorum culpam et quoscumque induxerit praestare conductor debeat? et quatenus praestat, utrum ut servos noxae dedat an vero suo nomine teneatur? et adversus eos quos induxerit utrum praestabit tantum actiones an quasi ob propriam culpam tenebitur? mihi ita placet, ut culpam etiam eorum quos induxit praestet suo nomine, etsi nihil convenit, si tamen culpam in inducendis admittit, quod tales habuerit vel suos vel hospites: et ita Pomponius libro sexagesimo tertio ad edictum probat.

op. cit., p. 100, a (Labeo 4 *poster. a Iavol. epit.*) D. 19.2.28.2.

²⁰¹) Nel senso accennato, KASER, *Periculum*, cit., p. 168 ove bibliografia.

²⁰²) Vi accennavamo *supra* III.5.I.1 ove bibliografia.

²⁰³) Una lettura del frammento in LEVY, *Die Konkurrenz*, II.1, cit., p. 72, BIONDI, *Le actiones noxales*, cit., p. 123, LUZZATTO, *Caso fortuito*, cit., p. 212, KRÜCKMANN, *Versicherungshaftung im römischen Recht*, cit., p. 39 ove bibliografia, H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischen Recht*, in «ZSS.», LXV, 1947, p. 193 s. ove bibliografia, MAYER MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 200 ss., BETTI, *Istituzioni*, II.1, cit., p. 400, ALZON, *Problems*, cit., p. 143, M. BALZARINI, *Cic. Pro Tullio e l'editto di Lucullo*, in «Studi Grosso», I, cit., p. 339 ove bibliografia, ID., *Ricerche*, cit., p. 340, VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia*, cit., p. 71, G. MACCORMACK, *Culpa in eligendo*, in «RIDA.», XVIII, 1971, p. 540 s., J.A.C. THOMAS, *Pro noxal surrender*, in «Labeo», XVII, 1971, p. 19, FRIER, *Landlords*, cit., p. 149, R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, in «ZSS.», C, 1983, p. 401 ss. ove altra bibliografia, M.F. DE ROBERTIS, *I limiti spaziali al potere del «pater familias»*, in «Labeo», XXIX, 1983, p. 167 ss. ove bibliografia, QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità*, cit., p. 25, DE FALCO, «*Diligentiam praestare*», cit., p. 87 ss., nonché la *rec.* di A. METRO, in «Iura», XLII, 1991, p. 159, VOICI, «*Diligentia*», cit., p. 110 s., ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 377, 1121, CANNATA, *Sul problema della responsabilità*, cit., p. 95, 106.

Il passo – sui cui guasti formali si è fin troppo intrattenuta la romanistica²⁰⁴ – si sviluppa come se fosse sempre ripercorsa un'argomentazione svolta da Ulpiano in prima persona: solo nel tratto conclusivo incontriamo l'opinione di Pomponio, ma dietro ad essa si cela, con ogni probabilità, un'identità di vedute che coinvolge l'intera problematica²⁰⁵, e che viene restituita come approvazione (*'et ita Pomponius ... probat'*)²⁰⁶ alla tesi che poco prima Ulpiano ha sottolineato essere propria (*'mibi ita placet'*)²⁰⁷.

E' dunque più che verosimile che fosse Pomponio il primo a interrogarsi sulle conseguenze, a carico del conduttore, per i danni arrecati al bene locato e causati dai propri servi o da ospiti che egli ha introdotto nella *domus*. Il rovello di questa ricerca, efficacemente tradotto nell'incalzare delle domande iniziali, sposta presto il problema – accertato che una responsabilità sussiste (*'et quatenus praestat'*) – alla tipologia che questa assume, configurandosi o meno come responsabilità *suo nomine* – il che escluderebbe, nella prima ipotesi (danni causati dai servi), la possibilità di *noxae deditio* e, nella seconda (danni degli ospiti), di una cessione di azione.

Proprio in (prevalente) riferimento a quest'ultima fattispecie, è riconosciuta una responsabilità direttamente e completamente imputabile al conduttore in almeno due casi: qualora ciò sia stato previsto con apposita

²⁰⁴) Bibliografia in KRÜCKMANN, *loc. cit.* e in PFLÜGER, *Zur Lehre*, cit., p. 193, secondo il quale, fra l'altro, «ein nachklassischer Bearbeiter hat zu den Sklaven noch die Gäste des Mieters gefügt» - rilievo almeno opinabile, considerato che né è decisiva in tal senso la dubbia (e poi esclusa) possibilità di *noxae deditio* (cui infatti nel passo segue il cenno al particolare regime processuale nel caso dei terzi introdotti nell'abitazione, che la critica interpolazionista doveva espungere come insiticio), né, soprattutto, tale ipotesi dà conto della disciplina apprestata, laddove una *culpa in inducendis* (ancor più significativa nei confronti degli ospiti che dei servi, quasi viventi propaggini del conduttore) fa scattare una piena e diretta responsabilità del *pater familias* per i danni causati da quanti operano nella sfera della *domus*. Attribuisce grande rilievo a quest'ultima notazione spaziale DE ROBERTIS, *loc. cit.*, che non vi esclude una reminiscenza della limitazione dei poteri del *pater familias* all'ambito territoriale della *domus*, nonché la loro incidenza su quanti vi fossero entrati. Altri sospetti di alterazione in MAYER MALY, *loc. cit.*; ulteriori indicazioni in KNÜTEL, *Die Haftung*, cit., in particolare p. 403; sulla sostanziale genuinità del testo, pur ammettendone eventuali manipolazioni formali, THOMAS, *loc. cit.*, MACCORMACK, *loc. cit.*. Pensa a una rielaborazione compilatoria, ma non esclude che effettivamente Ulpiano «seguisse l'opinione oggi esposta in modo così maldestro», VOGLI, *op. cit.*, p. 110 s.

²⁰⁵) Non possiamo escludere che Ulpiano recuperasse anche momenti decisivi della terminologia pomponiana, come quel riferimento a *quasi* su cui *supra* I.2.II ove bibliografia.

²⁰⁶) Sul valore ambiguo del termine *'probat'*, non sempre espressivo di un'esplicita approvazione per una precedente tesi altrui, *supra* in particolare I.2.III.

²⁰⁷) Abbiamo accennato a forme e intenti di queste inversioni cronologiche fra i giuristi richiamati (o, come in questo caso, fra referente e citato) *supra* I.2.VI.

pattuizione²⁰⁸, oppure ove, anche in assenza di tale *conventio*, sia riscontrabile negligenza o imprudenza da parte del conduttore nell'introdurre in casa tali servi o ospiti. Più che una «*Culpa* (o *Kulpa*) fiktion»²⁰⁹, sembra quindi rilevare un comportamento che abbia comunque una sua intrinseca censurabilità giuridica: questa particolarissima '*culpa in inducendis*' che permane dogmaticamente distinta, ma presenta senz'altro più di una analogia rispetto alla '*culpa in eligendis*', cui ancora doveva fare riferimento Nerazio a proposito di una questione non lontana dalla nostra²¹⁰.

L'attenzione prestata all'elemento psicologico sotteso al comportamento dei contraenti – quale era rimasto defilato, almeno secondo l'interpretazione maggioritaria, nella testimonianza circa le obbligazioni del locatore – sorregge qui la scelta più delicata di Pomponio. E' a quell'elemento, unitamente al fenomeno pattizio, che egli di nuovo si rivolge alla ricerca di un equo contemperamento degli interessi, così da delineare non una responsabilità

²⁰⁸) Così desumiamo, a contrario, dall'inciso '*etsi nihil conventit*': sul rilievo attribuito da Pomponio a simili accordi inerenti a contratti tutelati da *iudicia bonae fidei*, *supra* III.5.I.1.

²⁰⁹) Come pensava parte della romanistica tedesca: si vedano in particolare LEVY, *loc. cit.*, KRÜCKMANN, *loc. cit.*, PFLÜGER, *op. cit.*, p. 193.

²¹⁰) Mi riferisco a (Ulp. 18 *ad ed.*) D. 9.2.27.9: '*Si fornicarius servus coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit excusta, Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si negligens in eligendis ministeris fuit*'. Sul confronto col corrispondente *Coll.* 12.7.7, per tutti, V. ARANGIO-RUIZ, *I passi di Ulpiano, 18 ad edictum, comuni alla Collatio e al Digesto*, in «Studi B. Biondi», II, Milano, 1965, p. 18 ss. Sulla *culpa* come escludente la possibilità di *noxae deditio* da parte del colonus, (Ulp. *ibid.*) D. 9.2.27.11: '*Proculus ait, cum coloni servi villam excussissent, colonum vel ex locato vel lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit servos noxae dedere, et si uno iudicio res esset indicata, altero amplius non agendum. sed haec ita, si culpa colonus careret*'. Diversa l'impostazione generale di Sabino, riferita nel corrispondente *Coll.* 12.7.9 ('*Sed et si qui servi inquilini insulam excusserint, libro X Urseius refert Sabinum respondisse lege Aquilia servorum nomine dominum noxali iudicio conveniendum: ex locato autem dominum teneri negat. Proculus autem respondit, cum coloni servi villam excusserint, colonum vel ex locato vel lege Aquilia teneri, ita ut colonus servos posse noxae dedere et si uno iudicio res esset indicata, altero amplius non agendum*'), sul cui confronto testuale è ormai classico, ma non sempre persuasivo, WIEACKER, *Textstufen*, cit., p. 245 s.; in proposito si vedano anche H.J. WOLFF, *Ulpian XVIII ad edictum in collatio and digest and the problem of postclassical editions of classical works*, in «Scritti C. Ferrini», IV, Milano, 1949, p. 68 ss., VON LÜBTOW, *Untersuchungen*, cit., p. 70 ss., KNÜTEL, *Die Haftung*, cit., p. 392 s. Un collegamento del nostro coi due testi ulpianeî anche in CANNATA, *op. cit.*, p. 106 nt. 86. Pensa a una vera e propria '*culpa in eligendo*' (analogamente, ma con esiti diversi, già MAYER MALY, *op. cit.*, p. 201 e BETTI, *loc. cit.*) BALZARINI, *Cic. Pro Tullio*, cit., p. 339 nt. 55 ove bibliografia, sulle ipotesi (dall'A. sostanzialmente superate) di interpolazione al riguardo (rileva invece che «handelt es sich in der Tat um eine andere Situation als in den Normalfällen der *culpa in eligendo*», KNÜTEL, *Die Haftung*, cit., p. 404). Circa l'ampia discussione sulla provenienza «classica» o bizantina della *culpa in eligendo*, MACCORMACK, *op. cit.*, p. 525 ss. ove bibliografia.

oggettiva, o per custodia del bene, ma per un fatto causato da terzi, e tuttavia determinato anche da una propria colpa. La soluzione non realizzava forse la massima tutela del concedente il bene danneggiato – a favore del quale appare dubbio operasse una presunzione di ‘*culpa in inducendis*’ –, né essa si segnalava, anche rispetto al contributo di Nerazio, per particolare originalità, ma sì per l’usuale capacità di adattare la disciplina tradita al fine di soddisfare esigenze sinora non percepite.

Nessun’altra indagine pomponiana dedicata *ex professo* alla *locatio-conductio* rinveniamo nelle citazioni tratte dall’*ad edictum*, così come non risulta vi fosse alcun libro, anche nei commentari maggiori, che trattasse espressamente questa materia²¹¹. Una problematica cui conviene comunque accennare è quella relativa al pignoramento di *invecta et illata* a garanzia dei debiti del conduttore, trattata dal nostro giurista in sede di esame della ‘*Serviana et quasi Serviana formula*’, ossia in materia interdittale²¹². Un punto specifico della relativa disciplina è affrontato in (Ulp. 73 *ad ed.*) D. 20.2.6²¹³:

Licet in praediis urbanis tacite solet conventum accipi, ut perinde teneantur

²¹¹) Evidente quindi la differenza con quanto rilevato nel paragrafo precedente a proposito dell’*emptio-venditio*. Oltre a quella che esamineremo fra breve, sussiste peraltro un’altra testimonianza (in D. 16.3.1.9-10) dall’*ad edictum* pomponiano che, seppure proveniente dall’esame dell’azione di deposito, mette in luce importanti profili del regime della locazione. Si tratta però di una di quelle indagini in cui centrale è lo sforzo del nostro giurista di decifrare, nei termini di una figura contrattuale o di un’altra, fattispecie che si presentano in forma ibrida: ne tenteremo uno sguardo d’insieme *infra* III.5.IV.

²¹²) La connessione, quasi fisiologica, degli *invecta et illata* al pagamento del canone locatizio, è presupposta da Pomponio anche nella prima parte di (Ulp. 25 *ad ed.*) D. 11.7.14.1 (in materia ‘*De sumptibus funerum*’), ma limitatamente a quanto di esse eccede rispetto alle spese funerarie del *colonus* o *inquilinus* che non lasciasse altri beni *unde funeretur*: ‘*Si colonus vel inquilinus sit is qui mortuus est nec sit unde funeretur, ex invectis illatis eum funerandum Pomponius scribit et si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri?*’.

²¹³) Su questo testo P. KOSCHAKER, *Bedingte Novation und Pactum in römischem Recht*, in «Festschrift G. Hanausek», Graz, 1925, p. 125, F. SCHULZ, *Die fraudatorische Freilassung im klassischen und justinianischen römischen Recht*, in «ZSS.», XLVIII, 1928, p. 277, F.B.J. WUBBE, *Res aliena pignori data*, Leiden, 1960, p. 232 ss., MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 44, P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. II. Le garanzie reali*, Padova, 1963, p. 168 ss., H. WAGNER, *Zur Freiheitsverteilung an den einem Generalpfandnexus unterliegenden Sklaven*, in «SDHI.», XXXIII, 1967, p. 168 ss., W. SCHULLER, *Zum «pignus tacitum»*, in «Iabeo», XV, 1969, p. 268 ss., J. DE CHURRUCÁ, *La pignoración tacita de los «invecta et illata» en los arrendamientos urbanos en el derecho romano clásico*, in «RIDA.», XXIV, 1977, p. 211 s., X. D’ORS, *La manumisión tacita del esclavo hipotecado en Derecho Romano II*, in «AHDE.», XLVII, 1977, p. 74 ss., FRIER, *Landlords*, cit., p. 113 s. ove bibliografia, J.L. MURGA, *Quid de erote? Un conflicto en el rango hipotecario*, in «Jura», XXXIV, 1983, p. 46, 58, F. LA ROSA, *La protezione interdittale del pignus e l’actio Serviana*, in «Studi C. Sanfilippo», VII, Milano, 1987, p. 287.

invecta et inlata, ac si specialiter convenisset, certe libertati huiusmodi pignus non officit idque et Pomponius probat: ait enim manumissioni non officere ob habitationem obligatum.

Anche per questo frammento solo di recente si sono attenuati i sospetti di alterazione²¹⁴, così come non è agevole ricostruire quale fosse l'apporto di Pomponio rispetto all'argomentazione del referente. Nella prima parte del passo sembra infatti parlare il solo Ulpiano, ma, alla luce della successiva distinzione, egli stava verosimilmente ripercorrendo la posizione già assunta da Pomponio. Punto di avvio è il rilievo secondo cui 'in praediis urbanis' si è soliti, o è comunque lecito, accordarsi 'tacite'²¹⁵ perché siano costituiti in pegno 'invecta et illata'. Tuttavia, nel caso in cui questo accordo abbia riguardato beni specifici ('specialiter')²¹⁶, esso non impedisce la manomissione, da parte del debitore, degli schiavi pignorati²¹⁷.

Seppure tramandata con una curiosa formulazione ('idque et Pomponius probat') – che sembra implicare, ancora una volta²¹⁸, un'approvazione del

²¹⁴) Quali ne hanno condizionato la lettura dall'inizio del secolo (si veda l'*Index Interpol. ad h. l.*, nonché FRIER, *op. cit.*, p. 113 nt. 136) sino agli anni di KOSCHAKER, *op. cit.*, p. 125 nt. 3 (secondo cui sarebbe frutto di interpolazione lo stesso riferimento alla convenzione tacita; sostanzialmente vicino l'orientamento di WAGNER, *loc. cit.*, pressoché opposto quello di SCHULLER, *op. cit.*, p. 268) e SCHULZ, *loc. cit.* (per il quale in diritto «classico» era nulla la liberazione di qualsiasi schiavo pignorato, e perciò sarebbero frutto di alterazione le distinzioni di cui qui si dà conto). Rimane comunque la presenza sospetta del *licet* iniziale seguito dall'indicativo *solet*: probabilmente si tratta di un errore nella trascrizione di un amanuense (benché WAGNER, *op. cit.*, p. 168, rilevasse addirittura che «die Klassiker es zuweilen mit dem Modus nicht genau nehmen») – il che non osta alla sostanziale genuinità (anche) del primo tratto.

²¹⁵) Termine che G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*² (coll. L. VACCA, F. SITZIA), Torino, 1990, p. 232, in riferimento a una corrispondente previsione di Paolo in (3 *ad ed.*) D. 2.14.4.pr., intendeva «non tanto "tacitamente", quanto senza nessuna manifestazione».

²¹⁶) L'accordo quindi, pur concluso *tacite*, è stato in qualche modo esternato, o ne era agevolmente deducibile la riferibilità a determinate *res*: le non lievi difficoltà al riguardo sono soprattutto di ordine fattuale.

²¹⁷) Diversamente dall'ipotesi di un servo pignorato, con ogni probabilità, espressamente, e non *tacite*: così lo stesso Ulpiano in (3 *disput.*) D. 40.9.4: '*servum pignori datum manumittere non possumus*'. Osservazioni al riguardo in FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., p. 172 s., DE CHURRUCA, *op. cit.*, p. 212; diversa l'ottica di WUBBE, *Res aliena*, cit., p. 233, secondo il quale la disciplina cui allude il nostro testo si spiegherebbe con l'origine che il diritto pignoratizio del locatore trae dal generale diritto di *perclusio* – su cui, per tutti, J.L. MURGA, *La perclusio locatoris come vis privata legitima*, in «RIDA.», XXXIV, 1987, p. 229 ss. - di cui egli gode e che, analogamente, non impedisce la liberazione di uno schiavo da parte del conduttore.

²¹⁸) Si veda quanto più in generale osservato *supra* I.2.VI, ma anche le osservazioni che in questo stesso paragrafo abbiamo svolto a proposito di D. 19.2.11.pr.

giurista citato per la tesi di Ulpiano – la soluzione in esame risaliva senz'altro a Pomponio. Allo stesso è attribuita la spiegazione successiva (invero non limpida, o almeno sin troppo stringata), secondo cui non è di ostacolo alla liberazione del servo la circostanza che lo schiavo sia stato pignorato – nel modo esaminato, cioè *'tacite'*, ma anche *'specialiter'* – *'ob habitationem'*, ossia per la mercede cui è tenuto il conduttore. Riletto nel suo insieme, e liberi da certi pregiudizi filologici, il parere di Pomponio trova il suo punto più delicato e probabilmente controverso in questa impregiudicata possibilità di manomettere lo schiavo pignorato (almeno pignorato a determinate condizioni). L'ammissione da cui muove l'intera problematica, ossia la tacita pignorabilità di certi beni a garanzia del credito del locatore, doveva invece essere considerata – almeno dal nostro giurista – ormai acquisita, così da trovare applicazione anche in tema di *praedia rustica*²¹⁹, come indica un frammento tratto dalle *variae lectiones* che già i giustinianeî accostarono al nostro²²⁰.

III.3. Altre tipologie contrattuali

In merito agli altri contratti tutelati da *iudicia bonae fide* disponiamo di poche e problematiche testimonianze risalenti a Pomponio. Nessuna, invero, è attribuibile all'esame delle azioni sorgenti dai rapporti di *fiducia*, mandato, società ed *aestimatum*. Punti significativi della disciplina, e dello stesso ambito di riconoscibilità, del mandato erano peraltro affrontati nelle indagini in tema di deposito su cui ci soffermeremo fra breve²²¹, così come vi era fatto cenno in tema di *negotiorum gestio*, laddove era esclusa la fruibilità dell'*actio mandati* –

²¹⁹) Così che certo non poteva essere questo, nella prospettiva forse di Pomponio e poi dei giustinianeî, l'elemento differenziante la loro disciplina rispetto a quella dei *praedia urbana* cui si riferisce D. 20.2.6.

²²⁰) Mi riferisco a (Pomp. 13 var. lect.) D. 20.2.7 ([pr.] *'In praediis rusticis fructus qui ibi nascuntur tacite intelleguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit. [1] Videndum est, ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola, quae, ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint: quod magis est'*), nella cui seconda parte troviamo ancora un temperamento alla regola enunciata in apertura, ma di tutt'altro tenore rispetto a quella di D. 20.2.6, e dove sembra percepibile anche l'eco (*'videndum est ... quod magis est'*) di un dibattito giurisprudenziale. Interessante il rapporto fra pignoramento compiuto *tacite* ma *'specialiter'* in D. 20.2.6 (quale appunto non impedisce la manomissione dello schiavo oggetto della garanzia reale) e *'tacite'* e non *'nominatim'* nell'ultimo caso. A parte la problematica sinonimia fra i due avverbi, non è qui alcuna contraddizione, né la traccia di una difforme disciplina per *praedia rustici* e urbani: anche per questi ultimi sembra infatti desumibile un'ammissione, e forse una normalità, di pignoramenti convenuti *'tacite'* e non *'specialiter'*.

²²¹) Soprattutto in quelle conservate in D. 16.3.1.11-14.

così come dell'*actio negotiorum gestorum* e, per Pomponio, anche di un'*actio utilis* – da parte di chi avesse prestato fideiussione alla presenza e contro la volontà del debitore principale²²²; oppure a proposito della complessa fattispecie di D. 4.3.9.3, per la quale già il nostro giurista doveva escludere il ricorso all'azione di mandato²²³.

Anche l'*aestimatum* era al centro²²⁴ di un'importante riflessione pompomiana, seppure probabilmente esterna alla *sedes materiae*: il problema della sopportazione del rischio del perimento, '*ante venditionem*', delle cose affidate perché venissero vendute (e fosse quindi corrisposto il prezzo pattuito) o restituite, è infatti dibattuto dal nostro giurista, sulle orme di Labeone, in un passo ricondotto all'esame del '*Commodati vel contra*'. Forse anche in questo è da scorgere un indizio²²⁵ – considerata la storia affatto particolare di quella figura negoziale, inclusa solo con la cristallizzazione giuliana fra i contratti tipici tutelati da *iudicia bonae fidei*²²⁶ – del *modus operandi* di Pomponio, che pur lavorando sull'editto «codificato», doveva tenere ampiamente conto delle sequenze espositive dei precedenti interpreti, sino a mantenere fuori *sedes materiae* la trattazione di un profilo così rilevante per la disciplina dell'*aestimatum*²²⁷ come quello esaminato in (28 *ad ed.*) D. 19.5.17.1²²⁸:

²²²) Mi riferisco a (Paul. 9 *ad ed.*) D. 17.1.40, sul quale *supra* in particolare I.2.II ove bibliografia.

²²³) Per le ragioni che verificheremo *infra* III.5.V ove bibliografia. L'esclusione dell'*actio mandati*, per cui esplicitamente si risolve il solo Ulpiano, era sicuramente già operata da Pomponio, se è vero che questi – per negare la concessione dell'*actio de dolo* – doveva ricorrere all'*agere praescriptis verbis*.

²²⁴) Almeno secondo l'interpretazione della fattispecie contemplata da Labeone, Pomponio e Ulpiano che appare, come vedremo, preferibile.

²²⁵) Assieme ai molti, relativi alla successione delle materie, segnalati *supra* I.3. in particolare II.

²²⁶) Sul punto, per tutti, L. LOMBARDI, L'«*actio aestimatoria*» e i «*bonae fidei iudicia*», in «BIDR.», LXIII, 1960, in particolare p. 155 (che per la verità colloca l'inserimento dell'azione a tutela dell'*aestimatum* fra i *iudicia bonae fidei* «poco prima della redazione definitiva dell'Editto»), GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 148 ss.

²²⁷) Di cui era una fresca novità la collocazione nel programma – ormai immutabile – del pretore, non certo il lavoro che attorno vi avevano condensato i *prudentes*, commentatori dell'editto inclusi.

²²⁸) Leggono questo testo, al quale abbiamo già accennato *supra* II.2.III.12, PH. MEYLAN, *Origine et nature de l'action praescriptis verbis*, Lausanne, 1919, p. 141 ss., C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, ora in *Opere*, III, cit., p. 188 s., PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners*, cit., p. 138 ove bibliografia, W. OSUCHOWSKI, *Notes critiques sur l'interprétation du D. 19.3.1.1*, in «Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto (Verona 1948)», III, cit., p. 369 ss., D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in «ZSS.», LXXIII, 1956, p. 89, LOMBARDI, L'«*actio aestimatoria*», cit., p. 135, 149, 180, MICHEL, *Gratuité*, cit., p.

Si margarita tibi aestimata dederō, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.

Si tratta di un frammento che solo nella parte conclusiva (da *'si neuter nostrum'*, e soprattutto da *'actio autem'*) ha conosciuto sospetti di alterazione²²⁹, nonostante sembrasse contrastarvi un'altra opinione tratta dai *libri ad edictum* di Ulpiano²³⁰. Quel che invece divide gli interpreti è l'individuazione della

180, MASCHI, *Il diritto romano*, cit., p. 607, SCHIAVONE, *Studi*, cit., p. 101 nt. 115, G. MACCORMACK, *Culpa*, in «SDHI», XXXVIII, 1972, p. 138, P. DE LA ROSA DIAZ, *Contribucion a la interpretacion de D. 19.3.1.1 en relacion con D. 19.5.17.1*, in «Estudios Alvarez Suarez», Madrid, 1978, p. 405 ss. ove bibliografia, G. MACCORMACK, *Periculum*, in «ZSS», XCVI, 1979, p. 163 s., SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., in particolare p. 118 ss. ove bibliografia, 147, nonché la *rec.* di A. GUARINO, in «Labeo», XXIX, 1983, p. 328, e di P. VOCI, in «Iura», XXXIV, 1983, p. 125, BURDESE, *Sul riconoscimento civile*, cit., p. 21 ss., M. SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in «Iura», XXXVIII, 1987, p. 70, M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in «Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana» (cur. F. MILAZZO), Napoli-Roma, 1990, p. 90, A. BURDESE, *Recenti prospettive in tema di contratti*, in «Labeo», XXXVIII, 1992, p. 206 ss., S. ANGERER, *Die Gefährtragung bei den sogenannten Innominatkontrakten*, in «Festschrift Wesener», cit., p. 13 s., GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 195 ss., A. BURDESE, *I contratti innominati*, in «Derecho de obligaciones», cit., p. 71, 73, 81, CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare»*, cit., in particolare p. 377 ss. ove altra bibliografia, CANNATA, *Sul problema della responsabilità*, cit., p. 143, 203.

²²⁹⁾ Sulla presunta interpolazione della frase *'si neuter ... praestes'*, è incompleta la bibliografia indicata da CARDILLI, *op. cit.*, p. 381 nt. 160, cui devono aggiungersi almeno PFLÜGER, *op. cit.*, p. 138, NÖRR, *op. cit.*, p. 89 e nt. 87, LOMBARDI, *op. cit.*, p. 135 nt. 13, DE LA ROSA DIAZ, *op. cit.*, in particolare p. 413. Un'analitica difesa di questo terzo caso (che avrebbero prospettato già Labeone e Pomponio: si noti il permanere dell'infinitiva) è in SANTORO, *op. cit.*, p. 120 ss., pur entro una prospettiva non convincente, volta ad attribuire al consenso un ruolo fondante nella ricostruzione labeoniana del contratto (sino a identificare quest'ultimo nella *conventio*): rilievi critici in SCHIAVONE, *Giuristi*, cit., p. 240 nt. 76 (= *Linee*, cit., p. 191 s. nt. 435), GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 153 e nt. 195. Per i sospetti suscitati dalla menzione dell'*a.p.v.* si vedano, oltre gli Autori indicati da CARDILLI, *op. cit.*, p. 381 nt. 161, PFLÜGER, *op. cit.*, p. 138, LOMBARDI, *op. cit.*, p. 149, DE LA ROSA DIAZ, *op. cit.*, p. 413. Sotto entrambi i profili, i contributi degli ultimi due decenni sembrano orientati per una lettura conservativa: sospetta solo un «brusco accorciamento» della proposizione conclusiva BURDESE, *Il riconoscimento*, cit., p. 58. Superati sembrano anche i dubbi che nutrivamo, circa il tratto per noi più significativo (*'si quidem ... rogavi; si tu me, tuum'*), PFLÜGER, *op. cit.*, p. 138.

²³⁰⁾ Mi riferisco a (Ulp. 32 *ad ed.*) D. 19.3.1.1: *'Aestimatio autem periculum facit eius qui suscipit: aut igitur ipsam rem debet incorrumpam reddere aut aestimationem de qua convenit'*. La

fattispecie negoziale posta in essere, ossia se si tratti di una *datio ad inspiciendum* o davvero, come sembra preferibile, di un *aestimatum*²³¹.

Il problema che, in riproposizione²³² di un'indagine già labeoniana, esaminava Pomponio era quello della sopportazione del rischio della perdita, *ante venditionem*, di perle stimate, e della sua imputabilità a carico del proprietario oppure di chi le ricevette (*Tu*) con l'intesa di restituire le stesse o il prezzo corrispettivo. La soluzione è che tale rischio graverà sul soggetto che *rogavit* l'altro per la conclusione del negozio, mentre nell'ipotesi in cui vi sia stato un consenso delle parti ma non una *rogatio*, in una direzione o in un'altra, Labeone e Pomponio si limitavano a prevedere che *Tu* risponderà per dolo e colpa²³³. Lo spessore della soluzione, e della consueta linea interpretativa (Labeone-Pomponio-Ulpiano) che vi è dietro, diviene ancor più significativo, se la confrontiamo con *Paul. sent.* 2.4.4²³⁴. Qui è riportata una soluzione – la cui sostanza potrebbe effettivamente risalire a Paolo²³⁵ – estremamente vicina

contraddizione coi più articolati criteri di imputazione del rischio in D. 19.5.17.1 presuppone la ricostruzione di quest'ultimo in termini di *aestimatum* – il che, come vedremo, non è incontrovertito. In tal senso è l'armonizzazione fra i due testi proposta da SANTORO, *op. cit.*, p. 118 s. nt. 136 ove bibliografia. Il loro confronto ha tuttavia una storia antichissima, ricostruita da DE LA ROSA DIAZ, *op. cit.*, p. 405 ss., il quale risolve l'antinomia ipotizzando la natura insitica del tratto '*aestimatio autem ... suscepit*' di D. 19.3.1.1. Una lettura diversa in OSUCHOWSKI, *loc. cit.*, verosimilmente seguito da LOMBARDI, *op. cit.*, p. 135 nt. 13.

²³¹) Su questa polarità di interpretazioni, CARDILLI, *op. cit.*, p. 378 nt. 149 s. ove bibliografia. Assai persuasivi nel senso indicato – e in contrapposizione al Santoro (seguito dal Burdese) – i rilievi di GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 198 ss.

²³²) Pressoché certa: *supra loc. cit.*

²³³) Solo in loro assenza tornerà operativa la «logica del *dominium*», secondo cui la perdita del bene è sopportata dal *dans*: così CARDILLI, *op. cit.*, p. 381. Più in generale, sulla distinzione ulpiana tra la sfera del *periculum* e quella di *dolus* e *culpa*, MACCORMACK, *Periculum*, cit., p. 164.

²³⁴) '*Si rem aestimatam tibi dedero, ut ea distracta pretium ad me deferres, eaque perierit: si quidem ego te rogavi, meo periculo perit: si tu de vendenda promissisti, tuo periculo perit*'. Quel che manca rispetto a D. 19.5.17.1 è l'ipotesi in cui nessuno dei soggetti abbia compiuto la *rogatio*: quest'assenza confermerebbe anzi per DE LA ROSA DIAZ, *op. cit.*, p. 413, il carattere glossematico, nel nostro testo, del tratto '*si neuter ... praestes*'. Più in generale, sul confronto con *Paul. sent.* 2.4.4, PFLÜGER, *op. cit.*, p. 138, LOMBARDI, *op. cit.*, p. 134 s., DE LA ROSA DIAZ, *op. cit.*, p. 406, 413, SANTORO, *op. cit.*, p. 119 nt. 136, BURDESE, *Il riconoscimento*, cit., p. 57 s., SARGENTI, *loc. cit.*

²³⁵) Estremamente fiducioso DE LA ROSA DIAZ, *op. cit.*, p. 406, 413, che però non sembra porsi il problema dell'eterogeneità dei materiali confluiti nelle *Pauli Sententiae*. Un classico è al riguardo E. LEVY, *Pauli sententiae. A Palingenesia of the opening Titles as a Specimen of Research in West Roman Vulgar Law*, New York, 1945, *passim*; ma si vedano anche M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Pauli sententiae. Testo e interpretatio*, Padova, 1995, in particolare p. XIII ss. (ove altra bibliografia), D. LIEBS, *Die pseudopaulinischen Sentenzen. Versuch einer*

alla nostra, ma dove svanisce ogni memoria dei contributi giurisprudenziali e, forse per questo, meno ricca povera risulta l'articolazione dei piani ricostruttivi.

Assai più incerto è se già Labeone e, soprattutto, Pomponio si interrogassero sulla forma di tutela fruibile dal proprietario delle perle, la quale nel testo è identificata in un'*actio praescriptis verbis* che appare immediatamente attribuibile al solo Ulpiano²³⁶. Il dato strettamente letterale è reso però più opinabile dalla possibilità, più volte accennata dagli studiosi, che già Labeone avesse pensato all'*agere* (non già *actio*) *praescriptis verbis*²³⁷, così come dall'eventualità, che non mi sembra meno plausibile, che lo stesso rimedio fosse stato previsto – per la prima volta, almeno nella forma di *actio*²³⁸ – proprio da Pomponio, il quale del resto doveva già avere dinanzi agli occhi, con ogni probabilità, l'*actio aestimatoria praescriptis verbis* recepita nell'editto giuliano²³⁹.

Dallo stesso contesto palinogenetico di D. 19.5.17.1 proviene un'altra citazione del nostro giurista, stavolta effettivamente relativa al comodato, che era sì disciplinato dal pretore all'interno del '*De rebus creditis*', ma tramite la concessione di un'azione di buona fede, quale aveva affiancato la precedente *actio in factum* ed era ancora alternativa rispetto ad essa nell'epoca di Pomponio e di Gaio²⁴⁰. La disciplina cui in quella sede si perviene muove dalla problematica, già adombrata da Viviano, del comodato congiunto di più cose – delle quali può separatamente chiedersi la restituzione, anche in via giudiziale –, per poi integrarla con la diversa soluzione relativa all'ipotesi – in certo senso classica per Pomponio²⁴¹ – di più *res* comodate che non siano però

neuen Palingenesie, in «ZSS.», CXII, 1995, p. 151 ss., ID., *Die pseudopaulinischen Sentenzen. II. Versuch einer neuen Palingenesie, Ausführung*, in «ZSS.», CXIII, 1996, p. 132.

²³⁶) Così SCHIAVONE, *Studi*, cit., p. 101 nt. 115, SANTORO, *op. cit.*, p. 119 s., BURDESE, *Il riconoscimento*, cit., p. 21 s., SARGENTI, *op. cit.*, p. 70, GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 201 (secondo cui nel nostro testo sarebbe presupposta una «consolidata spettanza dell'azione menzionata», inimmaginabile negli anni di Labeone). Si veda tuttavia TALAMANCA, *loc. cit.*

²³⁷) In tal senso soprattutto SANTORO, *op. cit.*, p. 119 s., 147 (che però non distingue fra *actio* e *agere p. v.*), GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 201 s., BURDESE, *I contratti innominati*, cit., p. 71.

²³⁸) Giusti i rilievi circa la transizione, nelle ricostruzioni pomponiane, da *agere* ad *actio praescriptis verbis*, che esporremo *infra* III.5.V.

²³⁹) Si veda, pur coi verosimili guasti evidenziati da GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 149 ss., (Ulp. 32 *ad ed.*) D. 19.3.1.pr. Rimaneva comunque nel dubbio di un *agere*, o piuttosto di un'*actio*, *praescriptis verbis*, fruibile per «*aestimatoria* classica», LOMBARDI, *L'«actio aestimatoria»*, cit., in particolare p. 146.

²⁴⁰) Si veda in particolare, di quest'ultimo, *Inst.* 4.47, con un parallelo con quanto avvenuto in tema di deposito, la cui tutela era però prevista nel '*De bonae fidei iudiciis*'.

²⁴¹) Penso a (Pomp. 30 *ad Sab.*) D. 41.3.30.pr., su cui *supra* II.1.II.4 ove (parziale)

separate ma formino un solo bene composto, suscettibile di un'unica restituzione²⁴².

La figura contrattuale su cui dovremmo adesso soffermarci è quindi rappresentata dal deposito, espressamente regolato nel *'De bonae fidei iudicium'* e al centro di corpose citazioni tratte dal nostro commentario. La prima di esse costituisce tuttavia una delle più felici testimonianze di quella particolare attenzione di Pomponio per ipotesi negoziali «di confine» cui abbiamo più volte accennato, così che – sebbene essa giovi senz'altro a definire l'ambito di operatività e riconoscibilità del deposito – conviene rinviarne l'esame. Qualche rilievo merita invece di essere speso per quella particolare fattispecie di deposito che è il sequestro, e che troviamo studiato – oltre che in D. 4.3.9.3²⁴³ – in (Ulp. 30 *ad ed.*) D. 16.3.5.2²⁴⁴:

Si velit sequester officium deponere, quid ei faciendum sit? et ait Pomponius adire eum praetorem oportere et eius auctoritate denuntiatione facta his qui eum elegerant, ei rem restituendam qui praesens fuerit. sed hoc non semper verum puto: nam plerumque non est permittendum officium, quod semel suscepit, contra legem depositionis deponere, nisi iustissima causa interveniente: et cum permittitur, raro ei res restituenda est qui venit, sed oportet eam arbitrato iudicis apud aedem aliquam deponi.

La peculiarità del sequestro è connessa – come noto – alla sua esclusiva configurabilità in ambito processuale²⁴⁵: rileva in proposito il problema,

bibliografia, di cui è particolarmente pertinente rispetto al nostro passo il riferimento ai *'corpora ex contingentibus'*.

²⁴² Il testo cui riferirsi è (Paul. 29 *ad ed.*) D. 13.6.17.4, il cui contenuto – unitamente al rapporto fra la dottrina di Pomponio e quella di Viviano – è stato esaminato *supra* II.3.II.1 ove bibliografia.

²⁴³ Sul quale ci soffermeremo *infra* III.5.V ove bibliografia.

²⁴⁴ Leggono il passo ARANGIO-RUIZ, *Studi sulla dottrina romana del sequestro*, I, cit., p. 64 s., 83 s., ID., *Studi sulla dottrina romana del sequestro*. II. *Sequestro e deposito*, ora in *Scritti*, I, cit., p. 93, A.J. BOYÉ, *La denuntiatio introductive d'instance sous le principat*, Bordeaux, 1922, in particolare p. 206 ss. ove bibliografia, CHIAZZESE, *Jusiurandum*, cit., p. 91, MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 389 s., GUIZZI, *Intorno alla nozione romana del sequestro*, cit., p. 339, G. BROGGINI, *Introduction au sequester*, ora in *Coniectanea*, cit., p. 270 ss., A. BISCARDI, *Sequestro (Diritto romano)*, in «NNDI.», XVII, Torino, 1970, p. 43, J. SONDEL, *Szczegółne rodzaje depozytu w prawie rzymskim*, Krakow, 1967, p. 125 ss., MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., p. 412 ss., W. LITEWSKI, *Figure speciali di deposito*, in «Labeo», XX, 1974, p. 410 ss., G.P. SOLINAS, *Spunti processuali nell'opera letteraria di Catone il Censore*, in «Studi E.T. Liebman», I, Milano, 1979, p. 452 s., KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 191.

²⁴⁵ Anche se ciò non significa che debba sempre – come nel nostro testo – avere per oggetto una *res* controversa: LITEWSKI, *Figure*, cit., p. 410; pensava alla nostra come a

dibattuto nel nostro passo, circa la procedura con cui il sequestratario può ottenere l'esonero dal proprio *officium*²⁴⁶. Secondo la soluzione di Pomponio trascritta nella prima parte del testo, egli dovrà rivolgersi al pretore e, compiuta sulla base dell'*authority* di questi una *denuntiatio* alle parti che lo avevano prescelto²⁴⁷, consegnare la cosa a chi sia presente. Diversamente dalle dottrine che esamineremo in D. 16.3.1.9-14, quella del nostro frammento è proposta come integralmente mutuata da Pomponio, ma solo in parte è accolta da Ulpiano²⁴⁸ – secondo il quale solitamente non è consentito al sequestratario, una volta assunto l'incarico, rinunziarvi '*contra legem depositionis*', a meno che sia ravvisabile una '*iustissima causa*'²⁴⁹ –, così come innegabilmente soffre di un certo isolamento, quale non consente di farci un'idea precisa dei contributi di Pomponio in materia di sequestro.

Qui è sufficiente rilevare che – mentre in D. 4.3.9.3 è persino dubbio che egli prospettasse una interpretazione della fattispecie in termini di sequestro, per poi comunque sicuramente escludere l'esperibilità della relativa *actio*²⁵⁰ –

un'ipotesi di sequestro volontario, e non giudiziale, ma comunque inserito in un contesto processuale, ARANGIO RUIZ, *Studi*, I, p. 64.

²⁴⁶) Possibilità – come rileva MASCHI, *La categoria*, cit., p. 413 – di «svincolarsi ... dal dovere assunto verso le parti ... inammissibile nel deposito»; ma anche nel nostro caso scrive BROGGINI, *op. cit.*, p. 271, che «la réponse de Pomponius se justifie seulement en présence de l'espèce particulière», cosicché «la solution de Pomponius ne peut pas être acceptée pour la généralité des cas»: analogamente già ARANGIO RUIZ, *Studi*, I, cit., p. 84.

²⁴⁷) Sull'interpretazione – non seguita dall'A. – che la *denuntiatio* costituisca «un simple avis extraprocédural de la volonté du séquestre résignant sa charge, après approbation du Préteur, intervenue *cognita causa*», BOYÉ, *op. cit.*, p. 207 ove bibliografia.

²⁴⁸) '*Non semper verum puto*': dubita tuttavia di una sostanziale divergenza fra i due giuristi SONDEL, *loc. cit.*; diversamente, per tutti, SOLINAS, *loc. cit.*

²⁴⁹) Inoltre – prosegue il giurista severiano – anche laddove questo esonero sia ammesso, raramente la cosa è consegnata, come sosteneva Pomponio, alla parte presente (il raro del testo, in simmetria col precedente '*plerumque*', sembra alludere più a una consolidata prassi giudiziaria che a una interpretazione giurisprudenziale o, tantomeno, a un dettato normativo: è forse ravvisabile qualche analogia coi rilievi che – in seguito a un personale riscontro nell'applicazione giurisdizionale – '*sed ex facto scio ... praetorem me adsidente interlocutum esse*' – Ulpiano muove a un'altra opinione pomponiana in 11 *ad ed.*, D. 4.2.9.3: sul punto G. CRIFÒ, *Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista*, in «ANRW.», II.15, cit., p. 741 ss.), ma è piuttosto conservata, *arbitratu iudicis*, in un luogo sacro ('*apud aedem aliquam deponi*': quasi identica – '*in aedem deponi*' – la terminologia in Ulp. 11 *ad ed.*, D. 4.4.7.2, ove tale soluzione – relativa alla somma dovuta da un soggetto convenuto da un minore di 25 anni, e che tende a evitare al secondo di disperdere il capitale riscosso e al primo l'onere di ulteriori interessi – è ricondotta proprio a Pomponio: *supra* II.2.III.5, *infra* III.6.IV ove bibliografia).

²⁵⁰) Circa le oggettive difficoltà in cui Pomponio – come Labeone e Ulpiano – si sarebbe imbattuto volendo ricondurre la fattispecie di D. 4.3.9.3 a un'ipotesi di sequestro

qui è accentuato proprio l'elemento distintivo del sequestro, ossia la riferibilità all'ambito processuale, con una sua significativa lettura sotto il profilo dell'*officium* prima ancora che delle obbligazioni che ne scaturiscono. Un'accentuazione «pubblicistica» che ricorda, unitamente al riferimento all'*autoritas* del pretore (già richiamata in D. 5.1.5), le posizioni assunte da Pomponio in tema di giurisdizione e di introduzione del processo.

IV. *Figure negoziali «di confine»*

Come annunciato, una delle testimonianze più articolate dell'attenzione pomponiana per quelle ipotesi negoziali situate a cavaliere di diverse tipologie previste nell'editto – risale all'esame del deposito. L'alternativa che rinveniamo nei vari paragrafi in cui si dispiega la citazione, è fra deposito e locazione-conduzione, ma soprattutto fra deposito e mandato, due contratti che quasi assurgono ad archetipi di una contrapposta negozialità, tesa, in modo esemplare, a un esito statico oppure dinamico, ossia a privarsi della disponibilità di un bene affinché permanga, inerte e inutilizzato, presso altri e ne sia restituito a semplice richiesta, oppure l'attribuzione di un incarico, che può concernere una vastissima gamma di attività e comporta comunque un ruolo attivo del destinatario.

Nemmeno può sorprendere – nel testo che esamineremo come in altri – tanta insistenza del giurista antoniniano per l'attribuzione di un *nomen* a fattispecie «di confine»: tutto ciò era ovviamente mirato a rinvenire, dietro alla nomenclatura del pretore, l'azione che vi era connessa, così da munire della migliore tutela quell'incontro di volontà. Significativamente, Pomponio non si domanda se un certo negozio è da interpretare come deposito o mandato – il che potrebbe essere anche ad altri fini rilevante²⁵¹ –, ma cerca di stabilire il

(che sarebbe qui escluso sia dalla mancanza di una '*duorum* [o *plurium*] *depositio*', sia dall'assenza di un'identità della *res* da restituire – il che avrebbe anche contribuito a escludere una configurazione del caso in termini di deposito), *infra* III.5.V ove bibliografia.

²⁵¹) Pensiamo solo all'elemento perfezionativo del contratto, che è nel mandato il solo consenso, mentre nel deposito è necessario che ad esso si accompagni la dazione della *res*. Nelle varie ipotesi che affronteremo nel frammento ulpiano, tutto ciò sarebbe chiaramente rilevante, ad esempio, in caso di perimento della *res* non ancora consegnata, il che non produrrebbe alcuna responsabilità se pensassimo a un deposito (non ancora concluso), mentre occorrerebbero ulteriori distinzioni ove ipotizzassimo un caso di mandato. L'incarico infatti non potrebbe essere qui adempiuto, ma occorrerebbe valutare se l'impossibilità della prestazione – essendo già concluso il mandato, ma anche venuto

tipo di azione che in merito si rende fruibile. Non affiora in questo solo l'usuale prospettiva del giurista romano, che ragiona in termini di azioni più che di diritti soggettivi²⁵², ma anche il modo peculiare di affrontare la problematica contrattuale di chi – pur dopo due secoli di dibattito giurisprudenziale²⁵³ – deve ancora misurarsi con l'autentico «dio nascosto» di quell'esperienza²⁵⁴, ossia la tipicità dei contratti e delle relative *actiones*.

Non era riuscita a scardinarla (né invero mirava ad altro che a un suo circostanziato superamento) la teoria labeoniana, che muoveva dall'individuazione della reciprocità delle obbligazioni – ossia l'elemento dell'oggettiva bilateralità – come nucleo ontologico del contratto, e dal metodo analogico come strumento di riconoscimento di realtà contrattuali anche oltre i tipi previsti nell'editto: la proposta, non priva di fortuna all'interno della scuola proculeana²⁵⁵, non doveva essere – quando Pomponio scriveva – largamente condivisa, e neppure accoglibile nella sua integrità, come indica anche la rielaborazione aristoniana della nozione di *synallagma* e la sua recezione ulpiana²⁵⁶. Ma neppure la strada percorsa dall'altra *secta*, soprattutto nell'età di Sabino e Cassio²⁵⁷, era destinata a risolvere il problema, attraverso un «blocco» sulle figure riconosciute, ma anche una loro dilatazione, quasi deformante, onde inclu-

meno l'oggetto in relazione al quale era stato conferito – sia imputabile o meno al debitore.

²⁵²) Vi accennavamo *supra* III.3.III ove bibliografia.

²⁵³) Di cui in questo studio possiamo restituire, anche a livello bibliografico, solo qualche accenno.

²⁵⁴) L'espressione è di SCHIAVONE, *Il pensiero giuridico*, cit., p. 79 (= *Linee*, cit., p. 238).

²⁵⁵) Sul punto, per tutti, BETTI, *Sul valore dogmatico*, cit., in particolare p. 25 ss., SCHIAVONE, *Studi*, cit., p. 119 ss., GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 41 ss., 83 ss., 210 ss., ID., *Sulle tracce*, cit., p. 25 ss. Quasi inevitabile, in proposito, che il riferimento sia soprattutto a Nerva e Proculo, mentre già più complesso, come vedremo, è il discorso relativo a Celso.

²⁵⁶) Il testo cui riferirsi è (Ulp. 4 *ad ed.*) D. 2.14.7.2, su cui si è ormai stratificata una letteratura sterminata. Sulla distanza fra il *synallagma* di Aristone rispetto all'omonima nozione labeoniana, di recente, SCHIAVONE, *Il pensiero giuridico*, cit., p. 77 ss. (= *Linee*, cit., p. 236 ss.), GALLO, *Synallagma*, II, cit., in particolare p. 100 ss. ove bibliografia, V. SCARANO USSANI, *Il «probabilismo» di Titius Aristo*, in «Ostraka», IV.2, 1995, p. 329 ove altra bibliografia.

²⁵⁷) Gli scolarchi di cui meglio conosciamo le linee-guida dell'elaborazione contrattualistica, ma anche i protagonisti della stagione giurisprudenziale in cui – come più volte osservato – la ricchezza del *ius controversum* più si identifica con la polarità di *sectae*. Importanti testimonianze provengono tuttavia anche da Celio Sabino e Giavoleno, entrambi disposti, ad esempio, a riconoscere un'*emptio-venditio* nelle particolari ipotesi di Gai., *Inst.* 3.141 (col peculiare atteggiamento che rilevavo ne *Il modello delle scuole*, cit., p. 59 e nt. 268) e (Iav. 5 *ex post. Lab.*) D. 18.1.79. Su questi temi, per tutti, SCHIAVONE, *Studi*, cit., p. 103 ss., GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 29 ss., 61 ss., 210 ss., ID., *Sulle tracce*, cit., p. 15 ss., in particolare 22 ss., V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in «Ostraka», V.1, 1996, p. 129 ss.

dervi fattispecie vicine, in cui risultasse operante l'antico paradigma della tutela 'ex re tradita'²⁵⁸. Certo qualcosa di quell'approccio filtrò, tramite Giuliano, nella «codificazione» editale e nel nuovo assetto giusprivatistico che essa determinò²⁵⁹, ma senza che i nodi principali – emblematica è la fatica della sistematica gaiana in merito alle fonti di obbligazione²⁶⁰ – venissero sciolti.

Per chi – come Pomponio – di questo patrimonio di riflessioni mirasse a conservare la puntiforme ricchezza più che a ricomporre un unico, organico quadro teorico²⁶¹, non restava che recuperare i frammenti più perspicui di quel lungo tragitto, e tutto misurare dinanzi all'infinita ricchezza dei casi. Anche in certi approcci dei *prudentes*, non diversamente dalle previsioni cui si riferiva Teofrasto, era la necessità – e il limite – di guardare a ciò che accade normalmente, ἐπὶ τὸ πλείστον²⁶². Per regolare le fattispecie che cadono fuori dalle maglie di questa rete di eterogenei precetti, rimaneva solo la decifrazione del giurista, garante della quotidiana vita del diritto²⁶³; ed è solo dopo aver accertato che ad esse il *ius* non riconosce un *nomen*, che si apre il problema della dilatazione oppure dell'applicazione analogica delle forme di tutela già

²⁵⁸) Su quest'ultimo profilo, di recente, MAROTTA, *Tutela*, cit., in particolare p. 129. Circa il paradigmatico caso della permuta, ho cercato di ricostruire i punti salienti del contrasto di scuola che si accese al riguardo, e che si protrasse per almeno tre generazioni (quelle, almeno su un fronte, di Massurio Sabino, Cassio e Celio Sabino), in *Il modello delle scuole*, cit., p. 57 ss. ove bibliografia. L'obiezione dei proculiani – secondo i quali l'assimilazione della permuta alla compravendita avrebbe comportato un'indistinzione fra prezzo e merce, con la conseguente impossibilità di ricorrere a un'*actio empti* o *venditi*, non sussistendo propriamente né compratore né venditore – non avrebbe persuaso Aristone (che in Paul. 5 *ad Plant.*, D. 19.4.2, parla comunque di «vicinanza» e non di «identità» tra le due fattispecie negoziali), per essere però accolta da Paolo (33 *ad ed.*, D. 18.1.1.1) e Giustiniano (*Inst.* 3.23.2, ove è traccia di una precedente fortuna della tesi di Proculo – la quale '*merito prevaluit*' -, quale forse andava al di là della recezione paolina).

²⁵⁹) Insiste su questi aspetti GALLO, *Synallagma*, II, cit., in particolare p. 176 ss. Sulla dibattuta portata della «codificazione» adriano-guliana, *supra* III.3. in particolare I ove bibliografia.

²⁶⁰) Con particolare riferimento – come ovvio – alle Istituzioni: GROSSO, *Il sistema*, cit., p. 34 ss., SCHIAVONE, *Studi*, cit., p. 126 ss. (che parla, per Gai., *Inst.* 3.88-91, di «una differenziazione cronologica dei contributi ... fatti coesistere da Gaio ... in una stratificazione contraddittoria»), GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 32 ss., ID., *Sulle tracce*, cit., p. 16 ss., S. TONDO, *Classificazioni delle fonti d'obbligazione*, in «Per la storia del pensiero giuridico», II, cit., p. 47 ss.

²⁶¹) Per quanto, naturalmente, è dato vedere dai resti dei suoi scritti: non possiamo escludere che in essi fosse adombrata una scelta d'insieme innovativa, o aderente alle linee già emerse, che né i giuristi severiani né i compilatori stimarono degna di memoria.

²⁶²) Sul significato della citazione pomponiana da Teofrasto in (25 *ad Sab.*) D. 1.3.3, *supra* II.1.II.4 ove bibliografia.

²⁶³) Nel senso, inevitabilmente, del più volte ricordato D. 1.2.2.13.

stabilitate.

E' esattamente quanto verificiamo in (Ulp. 30 *ad ed.*) D. 16.3.1.9-14. Nei primi di questi paragrafi emerge una problematica diversa da quella che sarà approfondita più tardi, e di cui conviene subito dar conto²⁶⁴:

(9) Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse: quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus et locati et conducti intervenit, sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio: si vero nihil aliud quam cibaria praestabat nec de de operis quicquam convenit, depositi actio est. (10) In conducto et locato et in negotio, et quo diximus praescriptis verbis dandam actionem, et dolum et culpam praestabunt qui servum receperunt: at si cibaria tantum, dolum dumtaxat. sequemur tamen, ut Pomponius ait, et quid habuerunt proscriptum aut quid convenerit, dummodo sciamus et si quid fuit proscriptum, dolum tamen eos praestatueros qui receperunt, qui solus in depositum venit.

Questa parte del frammento si differenzia nettamente dalla successiva, sia per la diversità della problematica dibattuta (costituendo la locazione, e non il mandato, la principale alternativa rispetto al deposito), sia per la dissimile costruzione stilistica – in primo luogo, proprio per la presenza meno visibile e fondante della riflessione pomponiana. Addirittura, il § 9 non ne propone un'esplicita citazione, anche se la specificità della tematica affrontata dal

²⁶⁴) Ampia la bibliografia in proposito: per tutti, VIARD, *Les pactes adjoints*, cit., p. 95, 99 ss., 108, LONGO, *Corso*, cit., p. 8, P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, p. 268, J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur actio furti*, in «ZSS», LXVIII, 1951, p. 222 ss., G. LONGO, *Note critiche e questioni esegetiche*, in «Studi Albertario», I, cit., p. 688 ss., MAYER MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 130 ss., L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in «BIDR», LXII, 1959, p. 109 s., T. MAYER MALY, *Tipicità e unità della 'locatio-conductio'*, in «Labeo», V, 1959, p. 393 ss., MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 58 s., ALZON, *Problèmes relatifs a la location*, cit., p. 226 s., A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano, 1966, p. 170 s., MASCHI, *Il diritto romano*, I, cit., p. 281, H. KLAMI, «*Mutua magis videtur quam deposita*». *Über die Geldverwahrung in Denken des römischen Juristen*, Helsinki, 1969, p. 118, MACCORMACK, *Custodia and culpa*, cit., p. 197 s., LITEWSKI, *Figure speciali di deposito*, cit., p. 413, H.T. KLAMI, *Teneor mandati*, Turku, 1976, p. 43, G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976, p. 113 ss., SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., p. 251 s., BURDESE, *Sul riconoscimento civile*, cit., p. 59, R. EVANS JONES, *The action of the XII tables «ex causa depositi»*, in «Labeo», XXXIV, 1988, p. 205, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 214, R. PANERO, *El depósito*, in «Derecho romano de obligaciones», cit., p. 262 ss., R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, in particolare p. 271 s. ove altra bibliografia.

nostro giurista nel § 10 lascia supporre che già da parte sua fosse contemplata la problematica retrostante²⁶⁵.

Ulpiano dunque si sofferma dapprima sulla diversa qualificazione giuridica che può assumere il condurre uno schiavo da custodire in un mulino: quattro risultano le soluzioni (sempre, naturalmente, in riferimento alla tutela processuale), a seconda della diversa configurazione economica che all'evento attribuiscono le parti. Ove infatti sia il mugnaio a ricevere una ricompensa per la custodia²⁶⁶, il padrone dello schiavo potrà agire nei suoi confronti *ex conducto*. Se è invece il mugnaio a corrispondere una mercede (per le *operae* del servo) al *dominus*, questi potrà agire *ex locato*²⁶⁷; ove poi le *operae* del servo e la sua custodia si compensino reciprocamente, si configura uno schema

²⁶⁵) Era probabilmente questa la ragione che induceva LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 34 s. a includere il § 9 nel fr. palingenetico n. 131. Un altro indizio nella medesima direzione potrebbe essere costituito dalla menzione dell'*actio praescriptis verbis*, che troviamo attestata – in luogo dell'*agere praescriptis verbis* già labeoniano – solo a partire da Pomponio, e sulla quale Ulpiano sarebbe tornato nel paragrafo seguente, prima di introdurre proprio il pensiero di Pomponio. Tale rilievo è per più aspetti problematico, e dovrebbe essere rimeditato alla luce del riepilogo che tenteremo (*infra* III.5.V) circa l'impiego pomponiano dell'*agere* o *actio praescriptis verbis*. La nostra congettura perderebbe poi ogni valenza per chi non sapesse liberarsi dalla vecchia tesi – per cui optavano, pur con sensibili divergenze, ROSENTHAL, *op. cit.*, in particolare p. 223, LONGO, *Note*, cit., p. 689, MAYER MALY, *Locatio*, cit., p. 132 ove bibliografia (che apertamente pensava, come Rosenthal, alla sostituzione di una «klassische *actio in factum concepta* durch die *actio praescriptis verbis*»), MICHEL, *op. cit.*, p. 58 (dubbi di altro genere in KLAMI, *Teneor mandati*, cit., p. 43) – secondo cui la menzione dell'*actio* in parola sarebbe frutto di un intervento compilatorio. In generale, sulla configurazione solo giustiniana dell'*actio praescriptis verbis* (il che però non gli impedisce di ravvisare dietro la diversa nomenclatura un classico *agere praescriptis verbis*), SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 71 ss. ove bibliografia. Un diverso orientamento rispetto al nostro testo in MACCOR-MACK, *loc. cit.* e BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., p. 59; sugli ulteriori sospetti di interpolazione che hanno tormentato il § 9, ma con una difesa della sua sostanziale genuinità, LONGO, *Corso*, cit., p. 8, METRO, *L'obbligazione*, cit., p. 171, GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 113.

²⁶⁶) '*Merces custodiae*': anche in questo primo caso si tratta quindi – come scrivono AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 110, MAYER MALY, *Tipicità*, cit., p. 393, METRO, *L'obbligazione*, cit., p. 171 – di una *locatio operarum*: diversamente – ma con un fraintendimento messo in luce da AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 110 nt. 19 – ROSENTHAL, *Custodia*, cit., p. 223, che pensa a una *l. c. operis* in questo primo caso e a una *l. c. rei* nel seguente (rilevava peraltro METRO, *loc. cit.*, che nel nostro caso «per ciò che concerne i rischi della cosa» effettivamente «si applicano le stesse regole della *locatio operis*»), e ALZON, *Problèmes*, cit., p. 227 nt. 1059, secondo cui «il n'est nullement question d'*operae*».

²⁶⁷) E' proprio «accertando su quale delle due parti gravi l'obbligazione di pagare la mercede» che si desume – secondo AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 110 – se fosse «al *dominus* dello schiavo a fruire delle *operae* del *pistrinarius* ovvero questi a godere delle *operae* dello schiavo».

negoziale vicino alla *locatio conductio*, ma non identificabile con essa, mancando il corrispettivo in denaro²⁶⁸ e quindi la possibilità di distinguere, soprattutto ai fini processuali, fra locatore e conduttore: si dovrà dunque fare ricorso a un'*actio praescriptis verbis*.

Se davvero il ricorso a quest'ultima fosse già stato ipotizzato da Pomponio – cosa che non possiamo affatto escludere²⁶⁹ –, avremmo qui l'opinione senz'altro più significativa, con un visibile rifiuto dell'approccio di stampo sabiniano, che avrebbe indotto a riconoscere in una fattispecie che è '*quasi genus locati et conducti*' una vera locazione-conduzione, munita della tutela propria di quest'ultima. Il mancato accoglimento di questa soluzione doveva passare attraverso la stessa argomentazione seguita da Nerva e Proculo in tema di permuta, guardando all'assenza di una *datio pecuniae* come preclusiva dell'individuazione di un locatore e di un conduttore, e quindi delle azioni loro concesse. Il contratto consensuale non subisce alcuna dilatazione: semplicemente, in analogia all'*actio bonae fidei* prevista a sua tutela viene accordata un'*actio praescriptis verbis*, secondo un procedimento che sembra piuttosto ricondursi all'approccio labeoniano. Anche questo peraltro sarebbe un indizio assai tenue per scoprire in questo tratto la tacita presenza di Pomponio, che altrove abbiamo visto – e vedremo – ricorrere allo stesso rimedio secondo una prospettiva diversa da quella del giurista augusteo²⁷⁰.

Infine, l'*actio depositi* – la cui dubbia fruibilità, considerata la *sedes materiae*, era probabilmente il punto di avvio dell'intero discorso – viene in rilievo nell'ipotesi conclusiva, ove cioè il *pistrinarius* abbia garantito solo il vitto dello schiavo e niente sia stato concordato in merito alle *operae* di quest'ultimo²⁷¹. In questo caso, diversamente dai tre precedenti, coloro che '*servum receperunt*' (ossia il mugnaio)²⁷² risponderanno per dolo e non anche per colpa. Solo in

²⁶⁸) '*Quia pecunia non datur*': sul punto MASCHI, *Il diritto romano*, I, cit., p. 281, GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 114.

²⁶⁹) *Supra* nt. 265. Soprattutto risulterebbe sorprendente – pur con tutta la fragilità degli argomenti e *silentio* – che Ulpiano, rinvenendo sul punto una opposta soluzione di Pomponio (che al riguardo, atteso il contenuto del § 10, doveva presumibilmente interrogarsi), non ne desse conto, rinunciando alla viva dialettica che incontriamo in molti altri passi (su cui *supra* I.2.V).

²⁷⁰) Penso in particolare a D. 4.3.9.3, in cui Labeone doveva ricorrere all'*actio de dolo*, stimando inutilizzabile il rimedio in esame, accordato invece da Pomponio. Ampio esame del frammento *infra* III.5.V.

²⁷¹) Si tratterebbe, secondo GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 114, di un'*actio depositi in factum*, cui può contrapporsi un'*actio contraria* da parte del depositario: significativo al riguardo (Mod. 2 *differ.*) D. 16.3.23 (= *Coll.* 10.2.5).

²⁷²) Il passaggio dal singolare al plurale fra § 9 e 10 può essere, come lo scambio fra

proposito (siamo ormai al § 10) è nominato Pomponio, il quale riteneva – come poi Ulpiano – che riguardo ai criteri di imputazione della responsabilità occorresse comunque conformarsi a quanto stabilito dalle parti²⁷³, con tuttavia il limite di una perdurante responsabilità per dolo. Una soglia minima di imputazione dell'inadempimento che, peculiare²⁷⁴ al deposito, non può essere violata – ma semmai aggirata nella forma escogitata dallo stesso Pomponio in D. 2.14.7.15²⁷⁵ – anche in presenza di una concorde volontà delle parti²⁷⁶.

Ben diversa è la fattispecie contemplata nel § 11²⁷⁷, ove è visibilmente trascritta una *quaestio* già pomponiana:

Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur. et putat tecum mandati, cum eo vero, qui eas res receperit, depositi: si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi, quam actionem mihi praestabis mandati iudicio conventus.

L'ipotesi è quella di un soggetto che chiede a un altro di portare una propria

terza e prima persona nel tratto iniziale, indizio di rielaborazione formale.

²⁷³⁾ Più precisamente, a ciò che è stato convenuto o *proscriptum*: scrive VIARD, *Les pactes*, cit., p. 95 nt. 1, che «a côté du *convenerit*, le terme *proscriptum* fai allusion aux annonces de location contenant les diverses clauses du contrat que font bien connaître les actes concertés qui ont été conservés».

²⁷⁴⁾ Ed unica, nel senso che il depositario non risponde né per colpa né per custodia, tanto nell'*actio in factum* cui ancora si riferiva Gai., *Inst.* 4.47, quanto con la formula *in ius ex fide bona*, che peraltro consentiva, traverso *pacta adiecta in continenti*, che il depositario assumesse una responsabilità più ampia, sino alla forza maggiore: diversa la soluzione per il caso particolarissimo cui pensava Giuliano, presumibilmente nel XIII libro dei *Digesta*: Ulp. 30 *ad ed.*, D. 16.3.1.35.

²⁷⁵⁾ *Supra* III.5.1.1 ove bibliografia.

²⁷⁶⁾ A convenzioni tese a una limitazione (inammissibile) della responsabilità al solo dolo, Pomponio fa riferimento anche in tema di convenzioni dotali, e in particolare in (Ulp. 4 *ad ed.*) D. 23.4.6, sul quale *supra* III.5.1.2 ove bibliografia.

²⁷⁷⁾ Leggono questo paragrafo H. SIBER, *Die passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, Leipzig, 1907, p. 75, KASER, *Quanti ea res est*, cit., p. 74, S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore*, ora in *Scritti di diritto romano*, I, cit., p. 433 s. (ove sospetti di profonde alterazioni), MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 179, MASCHI, *La categoria*, cit., p. 289, GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 118, B.B. VAN KRIMPEN, *Eine neue Interpretation von D. 13.7.13*, in «*RIDA.*», XXVI, 1979, p. 175, J. PLESCIA, *The development of agency*, in «*Labeo*», XXX, 1984, p. 182, R. HERRERA, *La custodia como obligación singular del depositario en el contrato de depósito*, in «*Estudios J. Iglesias*», III, Madrid, 1988, p. 1414 s., H. WIELING, *Drittwirkungen des Mandats und ähnlicher Rechtsverhältnisse*, in «*Mandatum und Verwandtes*», cit., p. 255, PANERO, *El depósito*, cit., p. 262 ss., BENÖHR, *Der Brief*, cit., p. 129.

res a un terzo perché questi la conservi: Pomponio riteneva che il primo avesse a disposizione un'azione di mandato nei confronti del secondo, e di deposito contro il terzo. Questo, naturalmente (e in tal senso è conclusivo il prosieguito del discorso), ove il depositario abbia ricevuto il bene in nome dell'effettivo proprietario (ossia, dobbiamo pensare, con consapevolezza del soggetto cui il bene appartiene, e del ruolo di chi lo ha consegnato)²⁷⁸, mentre, se esso è stato depositato presso di lui in nome del mandatario, rimarrà inalterato il rapporto (mandato) fra il primo e il secondo soggetto, ma il terzo sarà tenuto (sempre per deposito) non nei confronti del proprietario ma del mandatario – azione che poi quest'ultimo, ove convenuto (nel giudizio di mandato) dovrà cedere al primo²⁷⁹. Quest'attenzione al soggetto «in nome» del quale è avvenuto il deposito tornerà anche nella soluzione trascritta al § 14, né certo può stupire da parte di un giurista che tante volte abbiamo visto muovere da un'indagine della posizione psicologica delle parti, talvolta espressa in termini pressoché identici agli attuali²⁸⁰.

Forti analogie presenta la fattispecie – ma non l'orientamento di Pomponio, che evidentemente stimava inoperante anche quest'ultimo criterio – del § 12²⁸¹:

²⁷⁸) Una diversa interpretazione (ben lontana, invero, dalla lettera del passo) in VAN KRIMPEN, *loc. cit.*, il quale parla di un «*commodatum als pactum adiectum einer emptio venditio, eines Konsensualkontrakts, den der Gläubiger mit dem Käufer geschlossen hat*», così che secondo Ulpiano sarebbe concedibile al debitore una *actio in factum* (specificamente, «*ad exemplum actionis commodati*»).

²⁷⁹) Per la verità nel tratto (da «*si vero tuo nomine receperit*») in cui si dà conto di questa seconda ipotesi non è mai fatto riferimento a Pomponio. E' però assai plausibile che la sua riflessione avesse già toccato questo punto: lo indicano sia l'assoluta continuità che lega, nella scrittura ulpiana, questa parte alla precedente, sia la coerenza logica che accomuna le due fattispecie (e relative soluzioni: in particolare – come scrive GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 118 ove bibliografia, seguito da HERRERA, *op. cit.*, p. 1415 - «d'accorgimento suggerito nella conclusione del paragrafo ha il duplice scopo – cautelativo e pratico – di non espormi a una soccombenza verso Caio (*scil.* il mandatario) (dal quale potrei sentirmi obbiettare che io non ho invero depositato la cosa presso di lui), e di consentirmi di chiamare in causa direttamente colui che, sia pure per interposta persona, è l'effettivo depositario da me prescelto»), entrambe investigate attraverso sottili distinzioni, con cui sdoppiare il problema della tutela processuale di (non uno ma) due rapporti: fra proprietario e mandatario e fra proprietario e depositario (o direttamente oppure, come nell'ipotesi conclusiva, mediante una cessione di azione).

²⁸⁰) Penso soprattutto – al di là dei contributi in tema di corruzione dell'albo editale, sottrazione dell'*in ius vocatus*, compravendita e locazione-conduzione – alle dottrine in materia di *negotiorum gestio*, e in particolare a quella conservata in D. 3.5.5.8.

²⁸¹) Sul quale G. ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. Appunti sulla teoria romana del deposito*, ora in *Scritti giuridici*, II (*Studi sul diritto romano delle obbligazioni*), Pavia, 1922, p. 60, P. KRÜCKMANN, *Custodia*, in «ZSS», LXIV, 1944, p. 29,

Quod si rem tibi dedi, ut, si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit, videndum est, utrum depositi tantum an et mandati actio sit. et Pomponius dubitat: puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens et custodiae legem.

Si esamina qui il caso di un soggetto che consegna ad un altro un bene perché questi lo custodisca ove un terzo (per così dire, depositario naturale) non lo accetti presso di sé. E' plausibile – nonostante una formulazione che sembra dare per certa la sola sussistenza di un deposito – che fra il primo e il secondo intercorra anche stavolta un rapporto di mandato, ossia che l'intera ipotesi non costituisca altro che un'eventuale complicazione²⁸² di quella profilata nel paragrafo precedente. Ove il terzo effettivamente non accetti la *res*, il nostro giurista sembra ('... *Pomponius dubitat: puto tamen ...*') non stabilisse, neppure con cautela²⁸³ (o forse con troppa), quale fosse il rapporto fra il proprietario e il soggetto che era inizialmente mandatario ma è ora esclusivamente (nel senso che del mandato sopravvivono i soli obblighi coincidenti con quelli del) depositario. Alla titubanza di Pomponio Ulpiano replica inclinando decisamente e unicamente²⁸⁴ per un'*actio mandati*, e non *depositi*, poiché il primo rapporto

LONGO, *Corso*, cit., p. 13 s., ROSENTHAL, *Custodia*, cit., p. 228, MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 176, ALZON, *Problèmes*, cit., p. 83, MASCHI, *La categoria*, cit., p. 289, GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 119 ss. ove bibliografia, HERRERA, *La custodia*, cit., p. 1415, PANERO, *El depósito*, cit., p. 262 ss.

²⁸²) Fra mandante e mandatario, il cui rapporto potrebbe – ma non per Ulpiano, né forse già per Pomponio – assumere un diverso e più circoscritto contenuto.

²⁸³) Quale è sottolineata da Ulpiano a proposito di altre problematiche, per cui pure il nostro giurista indicava una soluzione: pensiamo, oltre ai casi in cui egli *probat* una certa impostazione, alla grande prudenza con cui ne è ricomposto il pensiero ('*et ita videtur et Pomponius significare*') in (Ulp. 28 *ad ed.*) D. 14.1.1.20.

²⁸⁴) Aspetto tanto più significativo in quanto l'alternativa entro cui sembrava muoversi (e non decidersi) Pomponio era fra la sola azione di deposito ('*utrum depositi tantum*') e la concessione anche ('*an et*') dell'*actio mandati*. La (asserita) incongruenza fra tale impostazione e la soluzione di Ulpiano, che riconosceva il solo rapporto di mandato, induceva LONGO, *loc. cit.*, a invertire i termini della questione (leggendo cioè '*videndum est utrum mandati tantum, an et depositi actio est*': ma «neppure così il testo diviene perspicuo», secondo MASCHI, *op. cit.*, p. 289 nt. 140, secondo cui esso «è tutto rimanipolato»). Più persuasiva l'interpretazione di GANDOLFI, *loc. cit.*, che distingue tra la problematica affrontata da Pomponio e la soluzione di Ulpiano (che egli non nega fosse «male agganciata» alla parte precedente, ma a mio avviso solo da un punto di vista formale, e *brevitatis causa*): il giurista antoniniano avrebbe così «considerato che la cosa venne consegnata a Caio con l'intesa che egli la tenesse quale depositario se Tizio non avesse voluto riceverla: ciò che in effetti avvenne. Dunque – può aver pensato Pomponio – sarà per questo motivo contro di lui intentabile senz'altro ('*tantum*') l'*actio depositi* o anche in questo caso ('*et*') ci si dovrà chiedere se sia esperibile l'*actio mandati*?». L' '*utrum ... tantum*' e

risulta logicamente comprensivo del secondo (*plenius*), e l'eventuale custodia del bene inclusa fra gli accordi intercorsi fra mandante e mandatario.

Sempre un'ipotesi in cui si intrecciano disposizioni e obblighi riconducibili ai contratti di deposito e di mandato²⁸⁵, incontriamo in D. 16.3.1.13²⁸⁶:

Idem Pomponius quaerit, si tibi mandavero, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati an depositi tenearis. et magis probat mandati esse actionem, quia hic est primus contractus.

Il nesso con le problematiche dibattute nei paragrafi precedenti e in quello seguente è ben restituito dall'incalzare delle locuzioni che esprimono le problematizzazioni pomponiane: *'apud Pomponium quaeritur ... et Pomponius dubitat ... idem Pomponius quaerit ... et magis probat ... idem Pomponius quaerit'*. Il caso dibattuto è stavolta quello di un soggetto che ha assunto il mandato di custodire una cosa ricevuta da un terzo in nome del mandante²⁸⁷: è ancora

P' *'an est'* alluderebbero perciò «ad una alternativa fra la certezza circa l'ammissibilità di una sola azione (*depositi*) e il dubbio circa l'ammissibilità dell'una o dell'altra» (ulteriori rilievi, ma senza spunti innovativi, in HERRERA, *loc. cit.*). In quest'ottica la soluzione di Ulpiano – che opta per la seconda alternativa, prediligendo quindi l'*actio mandati* (giacché, per dirla con KRÜCKMANN, *loc. cit.*, «hier ist die custodia als immanenter Bestandteil des Mandatsverhältnisses verstanden, also durchaus nach Mandatsgrundsätzen geregelt und in ihrer Wirksamkeit begrenzt») – non mi sembra presentare, almeno sul piano logico, alcuna incongruenza.

²⁸⁵) Diverso - e forse anche per questo più sospetto a certa romanistica - è peraltro il criterio cui di volta in volta Pomponio si attiene nella soluzione (o – come nel § 12, ove egli non prende posizione – nella focalizzazione) dei problemi suscitati da questa casistica. Quanto ai sospetti cui accennavamo, per tutti, LONGO, *Corso*, cit., p. 13 s. (ma fondate obiezioni in GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 119 ss.), MASCHI, *La categoria*, cit., p. 289 s., HERRERA, *La custodia*, cit., p. 1415 s.

²⁸⁶) Letture di questo passo in SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., p. 38, F. DE VISSCHER, *Les origines de l'obligation «ex delicto»*, ora in *Études de droit romain*, Paris, 1931, p. 274, LONGO, *Corso*, cit., p. 14, MASCHI, *La categoria*, cit., p. 289 s., GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 121 ss., HERRERA, *La custodia*, cit., p. 1416, PANERO, *El depósito*, cit., p. 262 ss. Alcuni cenni a questo testo, soprattutto in merito alla terminologia (*'probat'*) con cui è richiamato il pensiero di Pomponio, *supra* I.2.III.

²⁸⁷) Torna così la terminologia e la distinzione del § 11 (li implicita, qui interrotta: in genere, come rilevava MASCHI, *op. cit.*, p. 290, manca stavolta una differenziazione tra «i rapporti fra mandante e mandatario e fra costui e chi effettua la consegna»; è però evidente che, ove il mandatario abbia ricevuto il bene *'Titii nomine'*, assai più labile risulterà l'alternativa costituita dall'*actio depositi*, configurandosi piuttosto, nella sostanza, un inadempimento del contratto).

dubbio se egli sia tenuto *depositi an mandati*. Pomponio²⁸⁸ propende – riscuotendo l'implicita adesione di Ulpiano – per la seconda possibilità: una scelta di cui l'autore severiano non occulta il carattere problematico (*magis probat*), ma riguardo alla quale è anche difficile definire se Pomponio si inserisse in un dibattito già aperto, se esistessero dei giuristi che avevano optato per la tesi opposta²⁸⁹, ed altri che avevano anticipato la soluzione del nostro autore.

Di notevole interesse – nonostante i sospetti di alterazione che ne hanno a lungo affaticato la comprensione²⁹⁰ – è anche la motivazione addotta (presumibilmente già) da Pomponio: la circostanza che si dovesse apprestare la tutela propria del mandato perché esso era, nella fattispecie, il *'primus contractus'*, non obbliga a pensare²⁹¹ alla vera e propria esistenza di due contratti, di cui il secondo (deposito) rimanga assorbito dal primo. Il criterio è piuttosto quello di una priorità logica e temporale: una volontà iniziale²⁹² che

²⁸⁸) Cui sembra risalire, oltre alla soluzione, anche la sua *ratio*: così già GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 122, HERRERA, *loc. cit.*

²⁸⁹) Né la loro esistenza né tantomeno la loro identità può essere dedotta da una dottrina labeoniana che – con sin troppa insistenza, attesa la diversa, e fondamentalmente più semplice, configurazione del caso – è stata posta in relazione (soprattutto da SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., p. 38, LONGO, *Corso*, cit., p. 12 ss., GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 122 ss.) col nostro frammento: (Ulp. 31 *ad ed.*) D. 17.1.8.pr.: *'Si procuratorem dederō nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? et Labeo putat mandati eum teneri nec esse probabilem sententiam existimantium ex hac causa agi posse depositi: uniuscuiusque enim contractus initium spectandum et causam'*.

²⁹⁰) Si vedano soprattutto LONGO, *Corso*, cit., p. 14, MASCHI, *La categoria*, cit., p. 289 s., HERRERA, *op. cit.*, p. 1416. Una replica alle congetture di Longo, attraverso un tentativo di comprendere (senza peraltro condividere) il pensiero di Pomponio, è in GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 121 s.

²⁹¹) Con LONGO, *loc. cit.* Poco persuasiva anche l'osservazione che per Ulpiano il problema non si configurasse nei termini in cui oggi lo leggiamo (*rectius*: in cui lo restituiva Longo) «dal momento che nel paragrafo antecedente, analogo per la specie, egli ha ritenuto esservi soltanto mandato. Ed anche nel testo attuale la questione è posta in senso esclusivo: v'è mandato ovvero deposito?». E' però evidente sia che la vicinanza fra le fattispecie contemplate nei §§ 12 e 13 non è tale da imporre un'invariante chiave interpretativa, sia che altro è la soluzione di Ulpiano nel § 12 e altro quella cui approda Pomponio nel nostro. Più che indurre a pensare a «un parto dell'ingegno dei compilatori» («i quali hanno forse voluto parafrasare il concetto di Labeone – *scil.* in D. 17.1.8.pr. – che si dovesse pensare all' *'initium contractus'*, concetto che però ... è tutt'altra cosa» - rilievo conclusivo che è a sua volta discutibile), le difficoltà esegetiche esposte da Longo mi sembrano mostrare proprio l'inidoneità del suo punto di partenza, costituito da un'interpretazione sin troppo letterale della motivazione pomponiana.

²⁹²) Questo è l'unico aspetto per cui mi sembra proficuo un confronto con l'argomentazione labeoniana di D. 17.1.8.pr.: a parte il riferimento alla *causa*, in entrambi i casi è infatti il momento iniziale del rapporto, con la volontà negoziale allora espressa, a fungere più tardi da criterio orientativo nella valutazione della fattispecie.

riversandosi in uno schema contrattuale ampio²⁹³ e suscettibile di imporre al mandatario svariate condotte, esclude lo stesso venire in essere, sul piano dell'azionabilità giuridica, del rapporto di deposito. Rimane naturalmente da domandarsi perché Pomponio abbia assunto un atteggiamento tanto diverso rispetto a due ipotesi – quelle esaminate nei §§ 12 e 13 – che sono per più aspetti accostabili. Una risposta può essere costituita dal carattere della custodia, eventuale nel primo caso (così che il dovere di essa può apparire ulteriore e distinto rispetto a quelli del mandatario) e necessaria nel secondo – ove «la prestazione che rende possibile e conseguente – e in certo senso accessoria ed implicita – la custodia della cosa è l'adempimento dell'incarico»²⁹⁴.

Più evidente è l'elemento distintivo dell'ultima fattispecie, affrontata nel § 14 di D. 16.3.1²⁹⁵:

Idem Pomponius quaerit, si apud te volentem me deponere iusseris apud libertum tuum deponere, an possim tecum depositi experiri. et ait, si tuo nomine, hoc est quasi te custodituro, deposuissem, mihi tecum depositi esse actionem: si vero suaseris mihi, ut magis apud eum deponam, tecum nullam esse actionem, cum illo depositi actio est: nec mandati teneris, quia rem meam gessi. sed si mandasti mihi, ut periculo tuo apud eum deponam, cur non sit mandati actio, non video.

Il caso controverso²⁹⁶ concerne un soggetto che intendeva depositare un bene

²⁹³) 'Plenius', nella terminologia ulpiana del § 12.

²⁹⁴) Così GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 123; analogamente, pur in un'ottica diversa, HERRERA, *loc. cit.*

²⁹⁵) Sul quale C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Il mandato*, Catania, 1947, p. 73 ss., A. BURDESE, *Mandatum mea aliena tua gratia*, in «Studi Arangio-Ruiz», I, cit., p. 236 s. ove bibliografia, E. BETTI, «Periculum». *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in «Studi P. De Francisci», I, Milano, 1956, p. 151 nt. 1, MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 573, FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I, cit., p. 46 ss., 206 s., CENDERELLI, *Le garanzie personali*, cit., p. 129 ss., W. LITEWSKI, *Interesse des Auftraggebers, des Dritten und des Beauftragten*, in «BIDR.», LXXVIII, 1975, p. 219 ss., GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 124 s., E. NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milano, 1983, p. 238, QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità*, cit., p. 25, G. MACCORMACK, *Dolus in the Law of the early classical period (Labeo-Celsus)*, in «SDHI.», LII, 1986, p. 270, HERRERA, *La custodia*, cit., p. 1416 s., N. TANAKA, *Zur vertraglosen Haftung des Ratgebers*, in «Mandatum und Verwandtes», cit., p. 194, PANERO, *El depósito*, cit., p. 262 ss., DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 199, W. FLUME, *Zu den römischen Bürgschaftsstipulationen*, in «ZSS.», CXIII, 1996, p. 106 ss. ove bibliografia.

²⁹⁶) Sulla cui sostanziale genuinità, LITEWSKI, *op. cit.*, p. 219: «es gibt keinen Grund dafür, die Echtheit des beschriebenen Teiles des Textes zu bezweifeln»; diversamente ancora BURDESE, *loc. cit.* ove bibliografia, e FREZZA, *op. cit.*, p. 46 s.

presso un altro, che gli ha invece ordinato che la res fosse consegnata e custodita presso un proprio liberto. Ci si domanda, almeno inizialmente, non di quale azione il primo soggetto si possa servire (sembra infatti pacifico che debba agire per deposito), ma se possa esperire l'actio depositi contro il patrono: ciò sarà consentito – afferma Pomponio – nel solo caso in cui egli abbia consegnato il bene al liberto «in nome» del patrono (torna così, ancora in un punto nevralgico dell'argomentazione, il criterio cui si faceva riferimento nel § 11), in quanto è come se fosse quest'ultimo a custodire il bene²⁹⁷. Viceversa, se il soggetto, persuaso dal patrono, abbia concluso il deposito col liberto che agiva in nome proprio, l'azione sarà esperibile solo nei confronti di quest'ultimo, né il patrono, semplicemente autore di una persuasione e di un consiglio, sarà tenuto da *actio mandati (contraria)*.

Era probabilmente proprio questa previsione a legare tale ipotesi a quelle dei paragrafi precedenti²⁹⁸. Questa è poi anche la problematica con la quale, puntualizzando la soluzione pomponiana con il regime di un'ulteriore ipotesi, Ulpiano chiude il lungo «dialogo» che aveva intessuto col nostro autore. Alla persuasione che la indicazione del liberto come depositario non comporti una responsabilità del patrono, da far valere con *actio mandati contraria*²⁹⁹, segue infatti la precisazione ulpiana³⁰⁰ che diversa sarà la disciplina (con concessione di un'*actio mandati*) ove il patrono si assuma il rischio – ossia personalmente risponda dell'eventuale, mancata restituzione del bene – del deposito stesso³⁰¹.

²⁹⁷) Assai probabile che, ancora una volta, risalga a Pomponio quel punto nevralgico dell'argomentazione costituito dalla «Denkform» 'quasi' (su cui *supra* I.2.II ove bibliografia), che consente di equiparare, nella valutazione giuridica, due operazioni materialmente distinte come il deposito presso il patrono e quello presso il liberto (al quale il bene sia consegnato in nome dell'*ex dominus*).

²⁹⁸) Una continuità che naturalmente è solo plausibile si trovasse già nella riflessione di Pomponio.

²⁹⁹) Pressoché in questi termini GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 125; analogamente – in pratica una sua traduzione in spagnolo! – HERRERA, *op. cit.*, p. 1417: sulla figura del '*mandatum tua gratia*' cui possiamo ricondurre, nella prospettiva pomponiana, l'ipotesi in esame – Gai., *Inst.* 3.156, che vi individua un '*supervacuum mandatum*'.

³⁰⁰) Formulata in modo tale – '*cur non sit mandati actio, non video*' – da lasciar immaginare qualche opinione difforme: che Pomponio mantenesse la sua soluzione anche per questa fattispecie?

³⁰¹) Il che implicherebbe un interesse da parte sua – per cui il mandato, non più '*tua gratia tantum*', sarebbe pienamente operante, secondo SANFILIPPO, *loc. cit.*, seguito da GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 125 e HERRERA, *op. cit.*, p. 1417; ma sul rilievo che «per fondare la validità del mandato occorre un interesse del mandante che risponda a requisiti obiettivi, tali da poter essere valutati in sede di giudizio, non basta un semplice interesse soggettivo, psicologico, accertato tramite criteri induttivi», BURDESE, *op. cit.*, p. 237 nt. 46.

Tanta ricchezza di casi e di criteri risolutivi costituisce un felice spaccato di quello che doveva essere l'andamento del nostro commentario: probabilmente la trascrizione più fedele – assieme a quella di D. 41.1.44³⁰² – della scrittura di Pomponio. Il dato non è privo di incidenza anche sulla portata del suo contributo, con quel disegnare l'ambito di riconoscibilità di deposito e mandato non attraverso il tratto netto della definizione dogmatica, ma con un lavoro più impressionistico, seguendo fattispecie dopo fattispecie. Quel che nell'insieme risulta palpabile è lo sforzo di adeguare gli strumenti giuridici alla reale volontà delle parti, sia nella previsione (che peraltro non possiamo ricondurre con certezza a Pomponio) di un'*actio praescriptis verbis* a tutela di un loro accordo che si avvicinasse, ma non coincidesse, con una locazione-conduzione; sia nella valenza primaria attribuita al fenomeno pattizio come determinante il grado di responsabilità; sia nell'importanza della «contemplazione» del soggetto in nome del quale è ricevuta la cosa (§ 11) o è compiuto il deposito (§ 14); sia infine nel riconoscimento dell'intento di conferire un incarico come caratterizzante in termini di mandato il caso del § 13, in quanto preliminare e assorbente gli elementi del deposito³⁰³.

Naturalmente non si tratta – qui come altrove – di un'apertura incondizionata al consenso delle parti e alla sua protezione, e neppure di una tendenza che si collochi, pur non perseguendo obiettivi lontanissimi, nel solco del «volontarismo» pediano. Lo indicano i limiti previsti, come già in tema di convenzioni dotali³⁰⁴, al regolamento pattizio dei criteri di imputabilità dell'inadempimento, ma anche i persistenti dubbi in relazione al caso del § 12, che Pomponio non si risolveva a leggere (come invece quello seguente) nell'ottica di un mandato che, nell'ampiezza del suo contenuto, include anche gli obblighi del deposito³⁰⁵. E tuttavia proprio le analogie e gli sviluppi che intercorrono fra le ipotesi dei §§ 12 e 13 e le soluzioni predisposte da Pomponio e Ulpiano, meglio restituiscono la contiguità del loro impegno e lo sviluppo che, fra II e III secolo, conobbe la disciplina di quelle ipotesi che noi

³⁰²) Sul quale *infra* III.8.III.5 e IV.2.II ove bibliografia.

³⁰³) Secondo una prospettiva che quindi Ulpiano avrebbe ripreso e sviluppato anche per la fattispecie del § 12 (ove si parla di '*plenius mandatum*').

³⁰⁴) Sulle quali *supra* III.5.I.2.

³⁰⁵) Non diversamente, per il caso contemplato nel § 14, occorrerà distinguere se si tratti di un *inssum* rivolto al deponente o di un'opera di persuasione su di lui esercitata, quale da sola non legittimerebbe l'esperibilità di alcuna azione (di mandato o di deposito) nei confronti del patrono. Vi è a monte un intento non difforme, ma pure estrinsecato in manifestazioni assai diverse, di cui il giurista non può non tener conto.

definiremmo di «contratto misto»³⁰⁶.

In questo senso, l'articolata citazione che abbiamo esaminato restituisce la testimonianza più importante, ma non certo unica, circa l'apporto del giurista antoniniano. Abbiamo già rilevato come in termini analoghi³⁰⁷ (fruibilità di un'azione o di un'altra, in questo caso *mandati* o *negotiorum gestorum*) egli dovesse porsi nel caso di una fideiussione prestata in presenza e nonostante il divieto del debitore principale, per poi non concedere alcuno dei rimedi e neppure – come più tardi Paolo – l'*actio utilis* che alcuni avrebbero accordato³⁰⁸. Qui il lavoro dell'interprete non perveniva a rassicuranti forme di tutela, ma proprio perché questa si sarebbe risolta contro il soggetto che non aveva voluto il negozio, ed aveva ampiamente manifestato il suo intento. Né quindi si avrà mandato, mancando l'elemento consensuale, né *negotiorum gestio*, atteso il divieto iniziale, né infine appariva possibile (ed equo) colmare queste distanze rispetto alle ipotesi tipiche con qualche adattamento della formula, che avrebbe appunto consentito l'esperibilità di un'*actio utilis*.

Ma lo sforzo di leggere una complessa fattispecie nei termini di una

³⁰⁶) Ma che i romani – diversamente che nell'attuale esperienza giuridica (su cui, per tutti, G. DE GENNARO, *I contratti misti. Delimitazione, classificazione e disciplina. Negotia mixta cum donatione*, Padova, 1934, *passim*, in particolare p. 105 ss. ove bibliografia, F. DI SABATO, *Unità e pluralità di negozi (Contributo alla dottrina del collegamento negoziale)*, in «Riv. dir. civ.», V.1, 1959, p. 412 ss., M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, rist. Milano, 1993, p. 450 ss. ove altra bibliografia, A. RAPPAZZO, *I contratti collegati*, Milano, 1998, in particolare p. 50 ss.) – erano costretti a disciplinare riconducendoli a un'unica figura. La tipicità delle azioni precludeva loro, in effetti, di applicare a tali fattispecie le norme relative al regolamento dei diversi contratti nominati i cui elementi compongono l'ipotesi «mista». La terminologia impiegata nel testo, pertanto, risponde solo a una comodità espositiva, senza presupporre l'utilizzabilità della nozione di contratto misto nell'esperienza giuridica romana. Si può dire, anzi, che la problematica dibattuta nel lungo frammento appena studiato sorge proprio dall'impossibilità di dare a queste fattispecie una soluzione analoga alla nostra, sforzandosi quindi di collocarle nello schema di un'unica tipologia contrattuale. Pomponio non poteva certo sottrarsi a questa prospettiva, né il riferimento aristoniano ad una fattispecie «mista» che egli registra in (Ulp. 71 *ad ed.*) D. 39.5.18.pr. (sul quale *supra* II.3.II.8 ove bibliografia), allude ad altro che a un caso in cui troviamo '*mixtum ... negotium cum donatione*', ossia concorrono una causa negoziale (e perciò onerosa) e una di donazione. Sulla nozione di '*negotium mixtum cum donatione*' si veda, al di là dell'esperienza romana e in rapporto proprio al tema dei «contratti misti», DE GENNARO, *op. cit.*, p. 204 ss. ove bibliografia.

³⁰⁷) Sebbene, come vedremo, l'alternativa non si ponga propriamente fra diverse tipologie contrattuali, essendo prospettata l'interpretazione del caso anche in termini di *negotiorum gestio*.

³⁰⁸) Il testo cui riferirsi è (Paul. 9 *ad ed.*) D. 17.1.40 ('*Si pro te praesente et velante fideiusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur*'), esaminato *supra* in particolare I.2.II.

figura contrattuale piuttosto che di un'altra è visibile anche in D. 4.3.9.3³⁰⁹, sul quale torneremo nell'esaminare la portata del ricorso pomponiano all'agere, e soprattutto all'*actio, praescriptis verbis*³¹⁰. L'impossibilità di ricorrere a un'azione di mandato o di sequestro doveva già essere rilevata dal giurista augusteo, né Pomponio – che probabilmente conosceva quella soluzione – nutrivà un'opinione diversa, salvo poi ricorrere, in luogo della sussidiaria *actio de dolo*, a un'*actio praescriptis verbis*.

Le azioni contrattuali erano peraltro escluse, almeno da Labeone, sulla base del mancato avveramento dell'evento dedotto in condizione (l' '*accipere iudicium*' da parte di Tizio), così che non è facile dire se, in caso contrario, la fattispecie si sarebbe potuta configurare ai suoi occhi come sequestro, deposito o mandato. In realtà sembra da escludere che i nostri giuristi optassero per i primi due contratti, alla luce sia della mancanza di una '*duorum* (o *plurium*) *depositio*', sia dell'assenza di un'identità della res da restituire rispetto a quella consegnata. Più complesso il discorso per il mandato, dei cui elementi è discussa anche la combinazione con quelli di deposito/sequestro³¹¹: anche Pomponio comunque doveva interrogarsi non sulla congiunta configurabilità di mandato e deposito/sequestro, quanto sulla riconducibilità dell'intera fattispecie all'uno o all'altro schema contrattuale.

Al che nel caso del mandato ostava, al di là del mancato adempimento della condizione, non tanto la generale difficoltà di concepire un mandato comprensivo, e finalizzato, a una funzione di deposito – quale Pomponio non escludeva affatto in D. 16.3.1.13 –, ma il carattere logicamente e temporalmente prioritario del rapporto di deposito, che davvero risulta come il '*primus contractus*' rispetto agli elementi del mandato, e perciò in certo senso comprensivo di questi³¹². Assai indicativa è al riguardo l'inversione che incontriamo, fra consegna della cosa e incarico conferito, in D. 4.3.9.3 ('... *tu*

³⁰⁹) '*Labeo libro trigensimo septimo posteriorum scribit, si oleum tuum quasi suum defendat Titius, et tu hoc oleum deposueris apud Seium, ut is hoc venderet et pretium servaret, donec inter vos de iudicetur cuius oleum esset, neque Titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati neque sequestraria Seium convenire potes nondum impleta condicione depositionis, de dolo adversus Titium agendum. sed Pomponius libro vicensimo septimo posse cum sequestre praescriptis verbis actione agi, vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo. quae distinctio vera esse videtur*'.

³¹⁰) *Infra* III.5.V ove bibliografia.

³¹¹) Nel senso che è controverso se sia configurabile un unico schema negoziale oppure due congiunti contratti: *supra loc. cit.* ove bibliografia.

³¹²) Problematicizzerei in tal senso le osservazioni di A. BURDESE, *In margine a D. 4.3.9.3*, in «Seminarios Complutenses de derecho romano», VII, 1995, p. 33 s. (che esclude l'estensione dello «schema tipico del mandato ... a ricomprendere il conferimento di un incarico indirizzato a funzione di deposito»).

hoc oleum deposueris apud Seium, ut is hoc venderet et pretium servaret ...) rispetto a D. 16.3.1.13 (*... si tibi mandavero, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias ...*).

V. *La tutela processuale di fattispecie atipiche: in particolare, «agere» e «actio praescriptis verbis»*

V.1. Il superamento dell'impostazione labeoniana

Le problematiche che abbiamo ripercorso nell'ultimo paragrafo, e in particolare l'attenzione che abbiamo prestato a D. 4.3.9.3, si collegano a uno dei temi più delicati dell'indagine contrattualistica pomponiana, ossia l'individuazione di una soddisfacente disciplina per quelle ipotesi negoziali le quali, anziché situarsi a cavaliere fra più schemi contrattuali, non si lasciano ricondurre ad alcuno di essi. Prima di rivolgersi alla piena discrezionalità del magistrato e stimare fruibile solo un'*actio in factum* – pure al centro di un'importante teorizzazione in (39 *ad Q. Muc.*) D. 19.5.11³¹³ –, il nostro giurista dovette impegnarsi per ridisegnare l'ambito di applicabilità, se non anche la struttura processuale, delle *actiones utiles* e soprattutto dell'*agere*, o *actio, praescriptis verbis*.

Inevitabilmente, appena ci accostiamo a quest'ultima forma di tutela, si infittiscono le difficoltà, sia per le controversie degli studiosi al riguardo, sia per il carattere intrinsecamente problematico dei passi relativi. Un primo dato da cui muovere è la relativa frequenza dei richiami pomponiani a questo meccanismo processuale, nonché la significativa variazione terminologica che in essi, per la prima volta, possiamo seguire. Nelle quattro citazioni dall'*ad edictum* e nei due frammenti dell'*ad Sabinum* che – pur coi dubbi che vedremo – rilevano in proposito, troviamo così la dizione *agere* o *experiri praescriptis verbis*, ma anche, secondo una scelta mai attestata in precedenza, *actio praescriptis verbis*³¹⁴.

³¹³) Sul quale *amplius* nel paragrafo seguente.

³¹⁴) Prima di Pomponio, il ricorso all'*agere* (mai *actio*) *praescriptis verbis* è espressamente attestato – a parte i dubbi connessi all'alfeniano (3 *dig. a Paul. epit.*) D. 19.5.23, ove però si parla di *actio in factum* – solo per Labeone (si vedano [Ulp. 31 *ad ed.*] D. 19.5.19.pr., [Ulp. 11 *ad ed.*] D. 18.1.50 e [Ulp. 31 *ad ed.*] D. 19.5.19.pr., cui può probabilmente accostarsi [Papin. 8 *quaest.*] D. 19.5.1.1), Celso (in [8 *dig.*] D. 19.5.2 e [Pomp. 11 *ad Sab.*] D. 13.6.13.2), Giuliano (in [49 *dig.*] D. 43.26.19.2 e [Ulp. 30 *ad Sab.*] D. 19.5.13.1; ma è forse da considerare anche – alla luce della rilevata presenza giulianea nelle *Quaestiones* dell'allievo – [Afric. 8 *quaest.*] D. 19.5.24) e Gaio (in [10 *ad ed. prov.*] D. 19.5.22). Per un sintetico quadro

Il passaggio da una forma verbale a un sostantivo non è mai, nel lessico giuridico antico, privo di rilievo³¹⁵, né è pensabile che l'impiego di *actio* sia sempre frutto di un intervento del referente, giacché esso compare anche in D. 19.5.26.pr., tratto dal XXI libro di Pomponio *ad Sabinum*³¹⁶. Più plausibile è quindi immaginare che Pomponio fosse il primo a impegnarsi, pur con significative oscillazioni³¹⁷, in una tipizzazione del rimedio in esame³¹⁸. Un

di queste testimonianze, BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., p. 19 ss., J. KRANJC, *Die actio praescriptis verbis als Formelaufbauproblem*, in «ZSS», CVI, 1989, in particolare p. 449 ss. Per l'alta probabilità che lo stesso rimedio fosse accordato da Proculo, per tutti, KRANJC, *Die actio praescriptis verbis*, cit., p. 451, GALLO, *Sulle tracce*, cit., in particolare p. 36 s. (meno esplicito, almeno in merito alle forme di tutela, ma non diverso nella sostanza, l'orientamento di SCHIAVONE, *Studi*, cit., in particolare p. 124 s.); analogamente, per Nerazio (sulla scorta di [1 resp.] D. 19.5.6: '*civili intentione incerti agendum est*'), SCHIAVONE, *Studi*, cit., p. 145 s., KRANJC, *op. cit.*, p. 454, GALLO, *Sulle tracce*, cit., p. 34 s. ove bibliografia.

³¹⁵) Pensiamo solo alla dibattuta valenza grammaticale del segno '*contractum*' in D. 50.16.19, ma anche, in precedenza, al significativo passaggio dal participio passato muciano ('*quidque contractum*' in D. 46.3.80) al sostantivo impiegato da Servio ('*contractus stipulationum sponsionumque*' in Gell., *noct. Att.* 4.4.2), nonché, più tardi, a quel non frequente impiego del segno *contractus*, prima di Gaio e di Pomponio, che già poneva in luce GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 31 (ma si veda anche S.E. WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln-Graz, 1964, p. 42 ss.). Più in generale, sul significato che il *nomen* assumeva nell'esperienza (anche) giuridica romana, ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche»*, cit., in particolare p. 115 ss.

³¹⁶) Un discorso diverso meritano naturalmente le ipotesi di interventi su questi testi ad opera dei compilatori, che avrebbero sostituito col richiamo a un'*actio praescriptis verbis* quanto era originariamente riferito a un'*actio in factum*. E' una lettura che risale almeno al Beseler dei *Beiträge* e al De Francisci di *Συνάλλαγμα*: per quanto superata nel suo insieme, essa affiora ancora nell'interpretazione di testi come D. 4.3.9.3 e D. 10.2.18.2.

³¹⁷) Insiste sul punto soprattutto KRANJC, *Die actio praescriptis verbis*, cit., p. 456 s., secondo il quale «eine große Wende tritt erst bei Pomponius ein», non senza però rilevare che «ist auch Pomponius in seiner Terminologie nicht konsequent. Es scheint, als ob er sich von der älteren Terminologie nicht ganz hat befreien können», dal momento che – come vedremo – a tre menzioni dell'*actio praescriptis verbis* (in D. 19.5.26, D. 19.5.17.1 e D. 4.3.9.3, cui si può forse aggiungere D. 16.3.1.9) si accompagnano anche riferimenti all'*agere* o *experiri praescriptis verbis* (come in D. 10.2.18.2, ma occorre esaminare anche D. 13.6.13.2).

³¹⁸) Senza peraltro guardarvi, necessariamente, come all'«azione tipica a tutela dei contratti innominati»: in questo senso GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 229 s., 239 (il quale ammette solo la possibilità che «Pomponio, attribuendo peso preponderante all'elemento comune dell'estensione in via analogica, abbia utilizzato in qualche caso il più astratto *actio*, in luogo del verbo *agere*, con l'ablativo *praescriptis verbis*, per indicare la pluralità dei mezzi processuali [potenzialmente tutti] che potevano formare oggetto di tale estensione»). Enfatizzava maggiormente l'intervento del nostro autore, rilevando come «il rimedio labeoniano dell'*agere praescriptis verbis* ... risulterebbe individualizzato e tipizzato nella *actio praescriptis verbis* a partire da Pomponio», BURDESE, *Recenti prospettive in tema di contratti*, cit., p. 214.

fenomeno sul quale incise, verosimilmente, la sopraggiunta cristallizzazione dell'editto: con essa non solo si era intervenuti a tutelare con un'*actio* (magari proprio *praescriptis verbis*)³¹⁹ fattispecie di cui in precedenza era controversa la protezione giurisdizionale – non escluso, in certi casi, l'*agere praescriptis verbis*³²⁰ –, ma si offriva in genere un quadro rigido e fisso degli strumenti (tipici) di tutela, nel cui contesto Pomponio poteva ormai suggerire la tipizzazione in *actio*, almeno per i settori in cui da più tempo ne era suggerito l'impiego, del vecchio, più fluido *agere praescriptis verbis*. Né forse è da sottovalutare, anche nella nostra ottica, come sempre al giurista antoniniano risalgano le prime testimonianze³²¹ di un passaggio dalla forma verbale al sostantivo per quanto concerne una figura (quella del '*transigere*' e della '*transactio*') che solo con la generazione di Cervidio Scevola conoscerà, assieme a rilevanti novità nella sua disciplina³²², un'estesa tipizzazione³²³.

Significativo è poi come la tutela attraverso i *praescripta verba* provenisse a

³¹⁹) E' senz'altro il caso dell'*aestimatum*, come apprendiamo da (Ulp. 32 *ad ed.*) D. 19.3.1.pr.; più complesso, come vedremo alla nt. seguente, il discorso per la permuta.

³²⁰) Oltre che al caso dell'*aestimatum*, possiamo pensare alla permuta che, se di tipo consensuale e non reale (laddove, data una *res*, veniva propriamente meno l'*ultra citroque obligatio*), sarebbe stata protetta da Proculo, sulla scia dell'impostazione labeoniana, con un *agere praescriptis verbis*: sul punto, da ultimo, GALLO, *Sulle tracce*, cit., p. 37 s. Per la permuta l'editto giuliano avrebbe invece previsto – secondo TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 556 (ma il punto non è incontroverso: MANTOVANI, *le formule*, cit., p. 51 nt. 164) - una specifica *actio*, con formula *in ius concepta ed intentio incerta, ex fide bona*: sulla particolare vicinanza di quest'azione – anch'essa designata (con ogni probabilità) come *praescriptis verbis* – con quella '*quae de aestimato proponitur*', si veda *Iust. inst.* 4.6.28.

³²¹) Quali (22 *ad Sab.*) D. 41.3.29 e (Ulp. 43 *ad Sab.*) D. 12.6.23.3, ove Ulpiano sembra riproporre, anche nella terminologia che ci interessa, una porzione di scrittura del giurista antoniniano: di diverso avviso era forse SCHIAVONE, *Studi*, cit., p. 168 s. nt. 5, che richiamava, per l'attestazione di '*transactio*' in Pomponio, solo D. 41.3.29, ma a sua volta escludeva (e il rilievo riesce persuasivo) che nel secondo testo il sostantivo risalga a un lemma di Sabino, ove verosimilmente non era più che il verbo '*transigere*'. Per l'attribuzione alla scrittura pomponiana anche del termine '*transactio*' di D. 12.6.23.3, con condivisibili rilievi, MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., p. 263 s. Solo il verbo '*transigere*' troviamo poi nella sola elaborazione pomponiana risalente all'*ad edictum*, ossia (Ulp. 11 *ad ed.*) D. 4.3.21 (sul quale *supra* II.2.III.4 ove bibliografia): questa la ragione per cui in questa ricerca non troverà spazio il tentativo – del resto, allo stato delle fonti, tutt'altro che agevole – di ricomporre il pensiero di Pomponio in tema di *transactio*.

³²²) Sui tratti salienti dell'elaborazione di Scevola in materia, per tutti, SCHIAVONE, *Studi*, cit., in particolare p. 170 ss., ID., *Transazione (diritto romano)*, in «NNDI.», XIX, Torino, 1973, p. 481, MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., in particolare p. 264, 272, GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 245 ss.

³²³) Si vedano (1 *dig.*) D. 2.15.3 (ove '*transactio*' compare già nella trascrizione di un rescritto dei *Divi fratres*), (6 *dig.*) D. 20.2.10; (*ibid.*) D. 17.1.62.pr., (28 *dig.*) D. 45.1.122.5 e (2 *resp.*) D. 2.15.14.

Pomponio dalla tradizione a lui più familiare, come la riflessione labeoniana sul contratto³²⁴, ma che egli probabilmente leggeva, come vedremo, anche alla luce dell'intervento aristoniano³²⁵, per poi comunque assumere, in certi casi, una posizione antitetica rispetto al giurista augusteo. E' quanto abbiamo accennato per (Ulp. 11 *ad ed.*) D. 4.3.9.3³²⁶, sul quale conviene adesso soffermarci analiticamente. Vi leggiamo:

Labeo libro trigensimo septimo posteriorum scribit, si oleum tuum quasi suum defendat Titius, et tu hoc oleum deposueris apud Seium, ut is hoc venderet et pretium servaret, donec inter vos de iudicetur cuius oleum esset, neque Titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati neque sequestraria Seium

³²⁴) In cui il ricorso all'*agere p. v.* costituiva – nonostante il contrario avviso di SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto*, cit., p. 65 s. – lo strumento processuale che garantiva effettività e solidità a tutta la sua innovativa costruzione. Sul punto, con particolare attenzione alle testimonianze contenute in D. 18.1.50 e D. 19.5.19.pr., SCHIAVONE, *Studi*, cit., p. 99 s., SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., in particolare p. 72 s., 93 ss., SCHIAVONE, *Giuristi*, cit., p. 179 s. (= *Linee*, cit., p. 153), GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 223 ss., ID., *Sulle tracce*, cit., p. 20 ss., MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 120 ss.

³²⁵) *Infra* in particolare paragrafo seguente.

³²⁶) Un'approfondita esegesi di questo passo è stata recentemente svolta da TALAMANCA, *Note su Ulp. 11 'ad ed.' D. 4.3.9.3*, cit., p. 195 ss. ove bibliografia (cui si rinvia per molte problematiche che qui possiamo solo accennare), ma anche da GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 208 ss., BURDESE, *In margine a D. 4.3.9.3*, cit., p. 27 ss. Altre osservazioni in V. ARANGIO RUIZ, *Studii sulla dottrina romana del sequestro*, I, cit., p. 62 s., F. PRINGSHEIM, *Subsidiarität und Insolvenz*, in «ZSS.», XLI, 1920, p. 260, G. NOCERA, *Insolvenza e responsabilità sussidiaria in diritto romano*, Roma, 1942, in particolare p. 11, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in «AUPA.», XXVIII, 1961, p. 253 ss., A. GUARINO, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in «Labeo», VIII, 1962, p. 276 s., MICHEL, *Gratuité*, cit., p. 374, B. ALBANESE, *Ancora in tema di sussidiarietà dell'actio de dolo*, in «Labeo», IX, 1963, p. 52 s., F. GUIZZI, *Intorno alla nozione romana del sequestro del sequestro*, cit., p. 343 ss., G. BROGGINI, *Introduction au sequester*, ora in *Coniectanea*, cit., p. 268, HORAK, *Rationes*, cit., p. 140 ove bibliografia, G. LONGO, *rec. a M. BRUTTI, La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I-II, Milano, 1973, in «Jura», XXIV, 1973, p. 301 s., LITEWSKI, *Figure speciali di deposito*, cit., p. 410 ss., GANDOLFI, *Il deposito*, cit., p. 100 s., A. WACKE, *Sul concetto di 'dolus' nell'actio de dolo*, in «Jura», XXVIII, 1977, p. 31 s., ID., *Zum 'dolus'-Begriff der actio de dolo*, in «RIDA.», XXVII, 1980, p. 375 s., BURDESE, *Sul riconoscimento civile*, cit., p. 41 s., MACCORMACK, *Dolus in the Law*, cit., p. 237 s., SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto*, cit., p. 65 s., G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro 'omittendae possessionis causa'*, in «AUPA.», XI, 1988, p. 222 s., 252., KRANJC, *Die actio praescriptis verbis*, cit., p. 451, 456 s., TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio'*, cit., p. 92 ss., BURDESE, *Recenti prospettive*, cit., p. 206 ss., MACCORMACK, *Dolus in Decisions of the Mid-classical Jurists*, cit., p. 88 s., ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 665, BURDESE, *I contratti innominati*, cit., p. 71, 73, 81, GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 228 ss., ID., *Sulle tracce*, cit., p. 23 s., KASER, HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 290.

convenire potes nondum impleta condicione depositionis, de dolo adversus Titium agendum. sed Pomponius libro vicensimo septimo posse cum sequestre praescriptis verbis actione agi, vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo. quae distinctio vera esse videtur.

Si tratta di un frammento alquanto discusso, sia per i sospetti di alterazione che, soprattutto in anni meno recenti, ne hanno condizionato la lettura³²⁷, sia per il carattere problematico di certe sue soluzioni. Controversa è anche la definizione di quale fosse la sua collocazione nell'economia del discorso ulpiano, e quali i rapporti fra il contributo di Labeone e Pomponio.

Sotto il primo aspetto, se è stato suggerito che il frammento chiuda l'esame (ulpiano) dell'ipotesi (labeoniana) di concessione dell'*actio de dolo* nel dubbio della fruibilità di altra azione³²⁸, non è meno plausibile che esso

³²⁷) Le ipotesi di interpolazione si concentrano su tre punti. Dubbio è apparso a ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., p. 256 ss., il riferimento all'*actio sequestraria*, in quanto non solo è escluso che la fattispecie integri l'ipotesi di sequestro, ma è anche possibile «che di *a. depositi* non si sia mai fatto cenno nel testo originario, e che solo ad un postclassico sia venuta in mente la problematica del sequestro e del depositum». La posizione di Albanese non appare al riguardo troppo decisa (si veda, oltre ai successivi rilievi a p. 257, quanto scrive circa l'originario pensiero di Labeone a p. 259: «se si vuole, si può supporre anche, sebbene ovvio, un cenno di esclusione recisa dell'*a. depositi*»); non sembra però condivisibile (come già rileva TALAMANCA, *Note*, cit., p. 211 nt. 46) la critica di GUIZZI, *op. cit.*, p. 344. Più persuasiva la discussione in TALAMANCA, *Note*, cit., p. 212 s. e nt. 53; conservativa è, sul punto, anche la lettura di LITEWSKI, *Figure*, cit., p. 411 (che supera i dubbi in altra ottica avanzati dal Sondel: contro la vecchia tesi secondo cui il sequestro sarebbe tutelato dalla generale *actio depositi*, e siano solo bizantini i riferimenti all'*actio sequestraria*, anche TALAMANCA, *Note*, cit., p. 219 s. e nt. 70 ove bibliografia). Una seconda occasione di dubbi era offerta dalla menzione dell'*actio praescriptis verbis*, nella quale una tradizione di studi (almeno, da G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Tübingen, 1911, p. 158 e P. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I, Pavia, 1913, p. 320 s., ad ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., p. 254 ove bibliografia, 260 e GUARINO, *op. cit.*, p. 277; ulteriore bibliografia in TALAMANCA, *Note*, cit., p. 206 nt. 31) ha scorto l'esito di un intervento bizantino, che avrebbe così sostituito l'originario riferimento ad un'*actio in factum*: quanto osserveremo induce però a una valutazione diversa. Più cauta si è mantenuta la romanistica circa i sospetti destati dalla parte conclusiva del testo, col ricorso all'*actio de dolo* ove l'*'alia actio'* risulti infruttuosa per insolvenza del legittimato passivo. Contro le ipotesi di alterazione che ne inferivano alcuni interpreti (PRINGSHEIM, *op. cit.*, p. 260, GUARINO, *La sussidiarietà*, cit., p. 277, LONGO, *rec. cit.*, p. 301 s. ove bibliografia), NOCERA, *Insolvenza*, cit., p. 8 ss., ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., p. 254, ID., *Ancora sulla sussidiarietà*, cit., p. 52 s. (in dialettica soprattutto col Guarino). A quest'orientamento sembrano accedere GUIZZI, *op. cit.*, p. 344 s. e BURDESE, *I contratti*, cit., p. 81; estremamente prudente TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 92 nt. 222, ID., *Note*, cit., p. 197 s. e nt. 4.

³²⁸) Così ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., in particolare p. 258 s., 261, che peraltro

costituisse altresì un luogo di riscontro per l'ampia formulazione pomponiana riferita in D. 4.3.7.pr. Circa i rapporti fra il giurista augusteo e Pomponio, dovremo approfondire i presupposti che li inducevano a soluzioni tanto diverse, mentre è verosimile, ma non pacifica, l'utilizzazione del primo da parte del secondo³²⁹.

Il caso esaminato è quello di un soggetto (Tu) che abbia depositato³³⁰ presso Seio dell'olio di cui egli era evidentemente possessore, ma sulla cui proprietà avanzava pretese anche Tizio³³¹. Seio viene così incaricato di

fonda su questa ricostruzione una meno persuasiva restituzione letterale. Egli riteneva infatti che «Labeone non doveva già escludere perentoriamente l'*a. mandati*, ma piuttosto esprimere un dubbio sulla sua applicabilità», così che «Ulpiano, in luogo dell'attuale tratto *quoniam – agendum*, avrà scritto, riferendo il pensiero labeoniano ... *quoniam dubium est an Seium mandati convenire possis nondum impleta condicione depositionis, de dolo adversus Titium agendum*». Dubbi al riguardo in GUIZZI, *op. cit.*, p. 344, ma si veda anche TALAMANCA, *Note*, cit., p. 212 s.

³²⁹) Sul punto *supra* II.2.III.4.

³³⁰) Dibattuta è la natura di questa consegna a scopo di (vendita e) custodia (del prezzo) della partita d'olio. Vi scorgeva un'ipotesi di *sequestratio voluntaria* ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, p. 62; negava trattarsi di sequestro ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., in particolare p. 256, dal momento che «l'atto è compiuto dal solo Tu, e non già insieme da Tu e Tizio, come esige la fattispecie tipica del *depositum in sequestre*»; parla di «una specie di *depositum in sequestre*» GUARINO, *op. cit.*, p. 276; segue sostanzialmente Albanese GUIZZI, *op. cit.*, p. 343; segnala ancora «un'anomalia rispetto alla configurazione tipica del sequestro», quale risulta soprattutto da un confronto con D. 16.3.6, GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 233 (analogamente ID., *Sulle tracce*, cit., p. 24 nt. 26: dietro la locuzione precedentemente impiegata per la nostra ipotesi - «sequestro-deposito» -, sarebbe l'eco della terminologia di Pomponio in 20 *ad Sab.*, D. 16.3.12.2). Più diffusamente, TALAMANCA, *Note*, cit., in particolare p. 221 ss., rileva che, sebbene parlasse di *actio sequestraria* e la escludesse solo perché '*nondum impleta condicio*', Labeone doveva essere alquanto dubbioso sulla effettiva configurabilità della fattispecie in termini di sequestro. Un vero e proprio sequestro sarebbe qui escluso sia dalla mancanza di una '*duorum* (o *plurium*) *depositio*', sia dall'assenza di un'identità della *res* da restituire. Quest'ultimo aspetto avrebbe poi contribuito a escludere una configurazione del caso in termini di deposito. Più in generale, contro la qualifica in termini di «normale deposito» avrebbe spinto la prevalenza attribuita da Labeone «al profilo causale su quello strutturale della consegna unilaterale della cosa». Diversamente BURDESE, *In margine*, cit., in particolare p. 32, il quale individua nell'accordo fra Tu e Seio «il perseguimento, al di là degli specifici contenuti, di una preminente funzione qualificabile genericamente di deposito, e più particolarmente di sequestro interinale del bene conteso in vista della sua restituzione al vincitore».

³³¹) Sul problema del ruolo processuale di Tu e Tizio, TALAMANCA, *Note*, cit., p. 198 ss. ove bibliografia, il quale sottolinea come, per il periodo anteriore alla '*depositio in sequestre*', il testo escluda la posizione di attore di Tu, mentre più tardi non sembra si possa attribuirlo (nonostante ARICÒ ANSELMO, *Sequestro*, cit., p. 252 nt. 101) a Tizio, il quale '*nolit iudicium accipere*'. Nello stesso senso parrebbe il precedente '*oleum ... quasi suum defendat Titius*', che però ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., p. 254, restituisce come «Tizio prende

vendere l'olio e conservarne il prezzo finchè non sia risolta la controversia: un accordo per il quale è discusso il rapporto fra elementi di mandato e deposito (o sequestro), ossia se sia configurabile un unico schema negoziale oppure due congiunti contratti³³². Ci si chiede quindi di quale tutela disponga Tu ove Tizio *'nolit accipere iudicium'*³³³, impedendo così il verificarsi della condizione cui è sottoposta la restituzione del prezzo³³⁴. A quest'ultima circostanza guardava

l'iniziativa di minacciare una lite a Tu»; ritiene che «qui il termine *defendere* appare usato ... nel senso generico di sostenere (essere proprio l'olio in effetti altrui)», BURDESE, *In margine*, cit., p. 28. Dovremmo così supporre una diversa posizione delle parti prima e dopo la *'depositio in sequestre'*, con la quale «Tu si è venuto indubbiamente a spogliare della posizione che lo legittimava in via passiva alla *rei vindictio*» (così ancora TALAMANCA, *loc. cit.*). Ne risultava rafforzata la posizione di Tizio, che rimaneva legittimato attivo a un'eventuale *actio ad exhibendum*, mentre in seguito all'accordo con Tu non poteva «assumere il ruolo di un legittimato passivo (*scil. alla rei vindictio*) in senso stretto, nei cui confronti fossero esperibili i mezzi a sanzione dell'*indefensio*» - non comprendendosi altrimenti l'attuale tenore del testo, ove la massima forma di *indefensio* non determina alcun effetto assimilabile alla soccombenza processuale. Parla di un accordo fra Tu e Tizio «sulla sottoposizione della controversia a giudizio in cui lo stesso Tu si sarebbe assunta la più scomoda posizione di attore, con relativo onere della prova», BURDESE, *In margine*, cit., p. 30.

³³²) Nella prima direzione, ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., p. 256, che peraltro esclude trattarsi «di convenzione riassumibile sotto il profilo del c. d. contratto innominato giustiniano». Pensa invece a un sequestro connesso col mandato, GUIZZI, *op. cit.*, p. 345; e «alla congiunta stipulazione di contratti di tipo diverso» (anche alla luce della «attenzione che doveva essere prestata, secondo Labeone, all' *'initium'* e alla *'causa'* di ciascun contratto»: il riferimento era a Ulp. 31 *ad ed.*, D. 17.1.8.pr., su cui *supra* I.2.III) GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 210. TALAMANCA, *Note*, cit., p. 214 ss. ove altra bibliografia, esclude che Labeone «vedesse nel caso la stipulazione più o meno collegata di due diversi contratti, e da ciò ricavasse che entrambe le dette azioni concorressero, ognuna per la sua limitata sfera di applicazione»: convincente è al riguardo il rilievo secondo il quale «non si vede come - se il mandato dovesse essere considerato come negozio a sé stante - Labeone potesse pensare all'*actio mandati* per ottenere il recupero del denaro oggetto del sequestro, dato che, in sé considerato, il mandato stesso era stato già correttamente adempiuto con la vendita dell'olio e l'assunzione in sequestro della somma». Questo confermerebbe che «l'*actio mandati* e l'*actio sequestraria* erano prospettate da Labeone come azioni di cui si poteva eventualmente prospettare l'impiego per la complessiva tutela giudiziaria della transazione unitariamente intesa». BURDESE, *In margine*, cit., p. 32, attribuisce infine «a Labeone una unitaria valutazione causale della convenzione specifica ... ove la vendita, e relativa sostituzione del prezzo depositato, sia vista piuttosto quale *pactum depositionis*».

³³³) Sul significato di questa espressione, TALAMANCA, *Note*, cit., p. 199 s. e nt. 11 s. (ove una persuasiva critica nei confronti di ARICÒ ANSELMO, *op. cit.*, p. 252 nt. 101, secondo cui Tizio sarebbe l'attore e non avrebbe accettato il *'dare iudicium'* del magistrato), 200 ss. ove bibliografia (con confutazione dello Schloßmann - ancora seguito da ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., p. 255 nt. 111 -, secondo cui il contesto processuale sarebbe quello dell'*agere in rem per sponsonem*).

³³⁴) Provenendo il fattore impeditivo il realizzarsi della condizione da un soggetto diverso dall'obbligato *'sub condicione'*, il mancato compimento dell'evento dedotto non

Labeone, che sulla sua base escludeva l'esperibilità (o la sua certezza)³³⁵ tanto dell'*actio mandati* che dell'*actio sequestraria*, risolvendosi per l'*actio de dolo* contro Tizio³³⁶.

Forse anche per ovviare all'inconveniente di un indebito arricchimento di Seio³³⁷, che nell'impostazione di Labeone rimarrebbe inattaccabile³³⁸, Pomponio opta per una diversa soluzione. Secondo il nostro autore, infatti, l'*actio de dolo* contro Tizio sarà da concedere solo ove risulti infruttuosa, per insolvenza del convenuto, l'*actio praescriptis verbis* accordata a Tu nei confronti di Seio³³⁹. E' dunque questo lo strumento grazie al quale sono superate – entro un'impostazione poi condivisa da Ulpiano – certe esitazioni di Labeone, evitando il ricorso all'infamante azione penale.

Discusse sono al riguardo le ragioni che avrebbero impedito all'autore

poteva essere posto a carico di Seio (come con la regola '*condicio pro impleta habetur, si per eum non stat, quominus impleatur*'): GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 210, TALAMANCA, *Note*, cit., p. 233 e nt. 114, GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 232.

³³⁵) Il che nell'ottica di Labeone conduceva a un risultato equivalente. Sulla circostanza che l'*actio de dolo* fosse concessa in seguito a questa dubbia esperibilità di altro rimedio, ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., in particolare p. 258 s.

³³⁶) Come rileva TALAMANCA, *Note*, cit., in particolare p. 228 ss., è la mancata realizzazione della *condicio*, col conseguente impedimento all'esperibilità dell'azione, che evita a Labeone di risolvere «il problema della qualificazione della fattispecie in relazione all'azione da esperire». Vicina è la prospettiva di BURDESE, *In margine*, cit., p. 33 s., il quale nondimeno ritiene che il carattere di buona fede dell'*actio mandati* avrebbe potuto consentire, anche senza adattamenti nella formula, di «riconoscere il dovere del mandatario-depositario verso il mandante deponente di restituire o la cosa o il prezzo ricavato». Risulterebbe decisiva la circostanza che «lo schema tipico del mandato non fosse esteso a ricomprendere il conferimento di un incarico indirizzato a funzione di deposito»: in senso diverso sembra però, almeno per Pomponio, la testimonianza di D. 16.3.1.13.

³³⁷) Il quale sembra estraneo a ogni atteggiamento doloso, che invece si esplicava, nel caso di Tizio, in un'ipotesi di '*aliud simulatum aliud actum*': MACCORMACK, *Dolus*, cit., p. 89; diversamente TALAMANCA, *Note*, cit., p. 201 nt. 17 ove bibliografia.

³³⁸) Si veda ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., p. 259: nella sua argomentazione non persuade il rilievo secondo cui, in quanto adempiente a un mandato '*mea et aliena gratia*', Seio «consegnando a Tu il *pretium* ricavato, poteva avere l'avvertenza di ledere gravemente gli interessi di Tizio». Discutibile – anche secondo TALAMANCA, *Note*, cit., p. 212 nt. 52 – è poi l'esortazione a «immettersi nello spirito della prima età classica e non attribuire ad essa tutta la maturità e la sollecitudine d'equità proprie dell'età più avanzata». Secondo WACKE, *Sul concetto di 'dolus'*, cit., p. 31, viceversa, fu presumibilmente proprio l'iniquità di questa soluzione a indurre Pomponio a richiamare l'*actio praescriptis verbis* - il che però non risolve il problema del fondamento giuridico di questa soluzione.

³³⁹) Abbiamo già accennato ai dubbi suscitati da questa forma di sussidiarietà dell'*actio de dolo*; a me essa sembra invece confermare l'ampiezza della prospettiva pomponiana già enunciata o sottesa in D. 4.3.7.pr. (su cui *infra* III.6.III).

augusteo di richiamare quella forma di tutela³⁴⁰, e di quelle che avrebbero invece indotto Pomponio ad accordarne l'impiego. In particolare, acquista rilievo il problema dell'identità dell'*actio* (o *agere*) *praescriptis verbis* impiegata dal giurista antoniniano rispetto all'omonima forma di tutela a cui, scartandola, doveva guardare Labeone. Secondo recenti ricostruzioni³⁴¹, l'*agere praescriptis verbis* labeoniano sarebbe contraddistinto da una *formula* modellata sullo schema di un *iudicium bonae fidei*: è appunto quanto manca nella nostra fattispecie, che Labeone riconduceva verosimilmente a un'ipotesi di sequestro (tutelato da *actio in factum*), e non di mandato³⁴².

Tale necessaria connessione con un *iudicium bonae fidei* è possibile fosse

³⁴⁰) Il problema è di più agevole soluzione per chi – come SARGENTI, *Labeone*, cit., p. 65 s. – escluda un impiego già labeoniano dell'*agere praescriptis verbis*. Una condivisibile critica alla sua impostazione in GALLO, *Synallagma*, I, cit., in particolare p. 208 s., TALAMANCA, *Note*, cit., p. 206 s. In una prospettiva più ampia, divergono dal Sargenti, anche SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., in particolare p. 72 s., 93 ss., GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 223 ss., MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 120 ss. La possibilità di fruire dell'*agere praescriptis verbis* e di evitare così il ricorso all'*actio de dolo* è attestata, per lo stesso Labeone, in (Ulp. 11 ad ed.) D. 18.1.50.

³⁴¹) In particolare, quella di TALAMANCA, *Note*, cit., p. 207, che scorge una differenza strutturale – verosimile, ma non indiscussa - fra l'*agere praescriptis verbis* labeoniano e l'*actio civilis incerti* di Aristone (che sarebbe «un'*actio stricti iuris* ... un'applicazione quindi della generale *actio incerti* ... data indipendentemente dal modello di un'azione editale»). Sulla possibilità che almeno in D. 2.14.7.2 fosse già aristoniana l'assimilazione fra *actio civilis incerti* e *actio* (o più probabilmente *agere*) *praescriptis verbis*, SCHIAVONE, *Il pensiero giuridico*, cit., p. 76 (= *Linee*, cit., p. 236, 246 nt. 47 ove bibliografia), il quale altrove (*Giuristi*, cit., p. 179 s. [= *Linee*, cit., p. 153]) sembra escludere una polarità fra *agere* (o *actio*) *praescriptis verbis* e *actio civilis incerti*: in senso analogo, e non solo in riferimento a (Ner. 1 resp.) D. 19.5.6, GALLO, *Sulle tracce*, cit., p. 34 s. Meno chiaro il nesso colto da TALAMANCA, *loc. cit.*, fra la *bona fides* e la circostanza che, nella prospettiva di Labeone, «non era ... richiesto – come condizione indispensabile per procedere con l'*agere praescriptis verbis* – il preventivo adempimento di una delle due prestazioni» (in direzione diversa sembra MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 128 s.). Più persuasivo GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 244, il quale riconosce che Labeone plasmò l'*agere praescriptis verbis* sul modello delle azioni di buona fede (analogamente BURDESE, *I contratti innominati*, cit., p. 71 ss., ID., *In margine*, cit., p. 35 ss.; ma si veda anche MAROTTA, *op. cit.*, p. 127), per poi affermare che il giurista augusteo «utilizzò il criterio della buona fede per costruire – in assenza di ogni previsione normativa – le regole nelle quali si esplicava la sinallagmaticità».

³⁴²) Sul punto TALAMANCA, *Note*, cit., p. 232 s., BURDESE, *I contratti innominati*, cit., p. 71 nt. 37 (per il quale opererebbe nel senso indicato la vicinanza della nostra fattispecie anche alla figura del sequestro, cioè in aggiunta e non in alternativa a quella di mandato). Un altro elemento che forse precluse a Labeone il ricorso all'*agere praescriptis verbis* è la sua inidoneità a superare lo scoglio del mancato adempimento della condizione: TALAMANCA, *Note*, cit., p. 232 s., GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 231, ID., *Sulle tracce*, cit., p. 24 nt. 26; diversamente BURDESE, *In margine*, cit., p. 35.

ormai superata ai tempi di Pomponio, forse anche in virtù della riflessione contrattualistica di Aristone e della configurazione – cui il giurista antoniniano non era certo insensibile³⁴³ – assunta nella sua indagine dall'*actio civilis incerti*³⁴⁴.

³⁴³) Si veda, in particolare, quanto scrive BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., p. 41 s., ID., *In margine*, cit., p. 38, a proposito di (Pomp. 21 *ad Sab.*) D. 19.5.16.pr.-1, nonché *infra* paragrafo seguente.

³⁴⁴) Così TALAMANCA, *Note*, cit., in particolare p. 235 ss. - sostanzialmente seguito da GALLO, *Sulle tracce*, cit., p. 24 nt. 26. Secondo Talamanca Pomponio avrebbe ricondotto il negozio fra Tu e Seio a quelle convenzioni sinallagmatiche per cui si sarebbe applicato l'*actio civilis incerti* aristoniana - «tutela che si attuava indipendentemente dalla concessione di una *formula* data in analogia di un *iudicium bonae fidei* a difesa di una figura contrattuale tipica». L'aver privilegiato tale prospettiva spiegherebbe la possibilità di non considerare più «irrinunciabile l'accertamento giudiziale sulla titolarità della partita d'olio, che invece era necessariamente implicato dall'efficacia tipica del contratto di sequestro». Quest'ultimo sarebbe stato ancora tutelato da un'apposita *actio depositi sequestraria*, che mantenne sempre la *formula in factum concepta*, così che - muovendo dalla vicinanza del nostro caso al sequestro più che al mandato – solo operando in un'ottica diversa da Labeone, Pomponio avrebbe potuto pensare alla tutela in esame. Una diversa ricostruzione in BURDESE, *In margine*, cit., in particolare p. 36 ss., il quale muove dalla condivisibile difficoltà di «escludere già sul piano terminologico che Pomponio, col parlare secondo D. 4.3.9.3 di *actio praescriptis verbis agere*, senza riferimento alcuno ad *actio* (o *conductio*) *civilis incerti*, si ricollegasse allo strumento processuale di origine labeoniana ... anziché all'azione di stretto diritto di origine aristoniana». Quest'ultima trovava il suo fondamento in uno «scambio di prestazioni pattuite tra le parti quale corrispettivo l'una dell'altra in funzione di loro autonomi interessi reciproci (sul presupposto che una di esse sia già stata eseguita)», quale non può precisamente riscontrarsi nella nostra fattispecie. Da ciò il Burdese desume una maggior aderenza di Pomponio alla prospettiva labeoniana – secondo cui la tipicità contrattuale era solo sporadicamente aggirata traverso il rinvenimento di un'analogia fra la concreta convenzione e lo schema contrattuale tipico tutelato da azione di buona fede -, piuttosto che a quella di Aristone e alla più netta rottura, da questi introdotta, «col sistema di tipicità dei contratti nominati». In tal modo rimane tuttavia irrisolto il problema centrale, ossia perché Pomponio avesse optato per la concessione di un'*actio praescriptis verbis* esclusa da Labeone. Non sembra al riguardo soddisfacente attribuire – con BURDESE, *In margine*, cit., p. 38 s. – un rilievo centrale al mutamento nella tipologia di tutela del deposito, per il quale, ai tempi di Pomponio, non era più prevista solo un'*actio in factum* (come in età augustea), ma anche un'azione di buona fede. Quest'ultima sarebbe stata oggetto di estensione analogica con l'*actio praescriptis verbis* (estensione resa necessaria da un accordo con cui si prevedeva che fosse restituita non la *res* ma il suo prezzo). Una tutela così strutturata difficilmente poteva superare lo scoglio del mancato realizzarsi dell'evento dedotto in condizione: essa si presta poi a un dubbio avvertito ma non fugato dal Burdese. La difficoltà che Pomponio, pensasse a un'applicazione in via analogica, contro il sequestratario, di un'*actio depositi*, non sembra infatti risolta dal rilievo «che la causa di sequestro appaia specificazione della più generica causa di deposito, per cui, non potendosi far luogo all'azione di sequestro ... si sarebbe potuti ricadere nella sfera di applicazione dell'azione di deposito *in ius ex fide bona*»: un duplice, laborioso adattamento, ove rischia di smarrirsi il rigore tecnico del procedimento analogico.

Neppure però possiamo escludere che nella prospettiva del nostro autore risultasse determinante, per il modo stesso di concepire l'*agere* (o più probabilmente, ormai, *actio*) *praescriptis verbis*, quel pervasivo, formalizzato ricorso all'analogia che verosimilmente si collegò alla codificazione editale³⁴⁵.

Quel che appare indubbio è che, pur ripercorrendo la medesima fattispecie e collocandosi in un simile contesto problematico³⁴⁶, si svelino fra i nostri giuristi sensibili sfasature di vedute. Li distanziava – assieme a una verosimile, diversa sensibilità nell'esaminare un caso tanto complesso – oltre un secolo di riflessione giurisprudenziale sui contratti e la normazione pretoria, nonché i mutamenti intervenuti in seno a quest'ultima: tutti elementi che contribuivano, nella recezione tutt'altro che passiva di Pomponio, a dilatare la «copertura» che la forma di tutela in esame – ormai tipizzata in *actio* – poteva adesso garantire.

V.2. Estensione e «tipizzazione»

Particolarmente indicativo delle linee ricostruttive attorno a cui si muoveva il giurista antoniniano è anche il caso di (Ulp. 19 *ad ed.*) D. 10.2.18.2, in tema di

³⁴⁵ Sul punto GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 231 ss., ID., *Sulle tracce*, cit., p. 24 nt. 26, secondo cui sarebbe da individuare proprio nel prescritto ricorso all'analogia «la ragione per la quale Pomponio ritenne di discostarsi dalla soluzione labeoniana». In particolare, tanto all'anomalia della nostra fattispecie, quanto alla mancata realizzazione della *condicio*, si sarebbe ovviato con l'applicazione analogica del mezzo processuale più vicino, in modo simile a come Pomponio «con lo strumento dell'estensione in via utile ... superò ... il difetto dell'intento negoziale» in (11 *ad Sab.*) D. 13.6.13.2. Secondo Gallo neppure sarebbe mancato il riferimento all'azione analogicamente richiamata, giacché nel sintagma '*posse cum sequestre praescriptis verbis actione agi*', il termine *actione*, altrimenti ridondante, alluderebbe all'*actio depositi sequestraria* che Pomponio vedeva qui applicata in via utile, e la cui memoria sarebbe stata invece elisa dai compilatori, i quali ormai vedevano nell'*actio praescriptis verbis* «l'azione appropriata per la tutela dei contratti innominati». Diversamente, BURDESE, *In margine*, cit., p. 37, secondo il quale il sintagma in esame si giustificerebbe «sul presupposto della avvenuta introduzione, nella redazione giuliana dell'editto ... di apposita azione editale per l'*aestimatum*, con relativa trasposizione dei *praescripta verba* ... all'interno della formula in luogo di *demonstratio*, talché col termine di *actio praescriptis verbis* si sarebbe pervenuti a designare la tipica azione a tutela dei contratti innominati, concessa ormai sulla falsariga dell'azione editale *de aestimato*».

³⁴⁶ In cui si persegue una verifica casistica degli orientamenti assunti in tema di sussidiarietà dell'*actio de dolo*. Più specificamente, anche a proposito delle forme di tutela richiamate, osserva GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 208 s., che «Pomponio ragionava ... sulla base dell'assessamento in cui era sfociato il processo innovativo innescato proprio da Labeone» (il quale, d'altra parte, «inventore dell'*agere praescriptis verbis*, ne fece applicazione con cautela»).

actio familiae erciscundae, ove il meccanismo processuale in esame neppure era invocato in merito a una fattispecie contrattuale, ma per garantire l'esecuzione di una disposizione testamentaria. Si tratta della seconda citazione da Pomponio che Ulpiano inseriva in quel frammento³⁴⁷, dopo l'aperta approvazione riservatagli nel § 1³⁴⁸:

(1) Sed an in familiae erciscundae iudicium de morte testatoris vel de morte uxoris liberorumque suorum habebunt quaestionem heredes, quaeritur: et rectissime Pomponius ait haec ad divisionem rerum hereditarium non pertinere. (2) Idem quaerit, si quis testamento caverit, ut servus exportandus veneat, officio familiae erciscundae iudicis contineri, ut voluntas defuncti non intercidat. sed et cum monumentum iussit testator fieri, familiae erciscundae agent, ut fiat. idem tamen temptat, quia heredum interest, quos ius monumenti sequitur, praescriptis verbis posse eos experiri, ut monumentum fiat.

Nel definire l'ambito di applicazione dell'azione divisoria esaminata, Pomponio ne sottolineava dapprima l'assoluta estraneità rispetto all'indagine, strettamente penalistica, circa la morte del testatore, della moglie o dei figli (§ 1), per poi interrogarsi su due casi innegabilmente vicini, come quelli contemplati nel § 2. In entrambi troviamo infatti una disposizione del testatore di natura modale, di cui si esamina l'eventuale attuazione – *'ut voluntas defuncti non intercidat'* – attraverso l'*actio familiae erciscundae*. Ciò tuttavia non conduce a una soluzione assolutamente equivalente, poiché mentre per il caso della richiesta *'ut servus exportandus veneat'*, Pomponio sembra³⁴⁹ incline a comprendere l'adempimento di tale disposizione nell'*officium* del giudice

³⁴⁷) Osservazioni al riguardo in A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar, 1912, p. 155 s., 231, P. FREZZA, *Actio communi dividundo*, in «RISG.», n.s. VII.1, 1932, p. 53 ss. (= *Scritti*, I, Roma 2000, p. 79 ss.), B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², Milano, 1955, p. 569, G. DONATUTI, *La «communio incidens» come causa obbligatoria*, in «Studi Albertario», I, cit., p. 122, 140 s., K. VISKY, *Diritto romano nelle iscrizioni di Savaria*, in «Iura», IX, 1958, p. 97 nt. 68, ID., *Tracce di diritto ereditario romano nelle iscrizioni della Pannonia*, in «Iura», XIII, 1962, p. 124 nt. 56, VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 748, S. DI SALVO, *Il legato modale in diritto romano*, Napoli, 1973, p. 103 nt. 39, 215 s. nt. 401, ANKUM, *Towards a Rehabilitation*, cit., p. 4 s., KRANJC, *Die actio praescriptis verbis*, cit., p. 457, BURDESE, *Recenti prospettive*, cit., p. 214, G. ARICÒ ANSELMO, *Studi sulla divisione giudiziale. I. Divisio e vindicatio*, in «AUPA.», XLII, 1992, p. 313, GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 238 ss.

³⁴⁸) Sulla quale ci siamo soffermati *supra* I.2.IV.

³⁴⁹) Dal momento che, stando all'attuale lettera del testo, il problema risulta da lui posto ma non risolto. Escludeva decisamente che Pomponio optasse qui per la concessione dell'azione divisoria, la cui menzione sarebbe anzi frutto di alterazione, FREZZA, *Actio communi dividundo*, cit., p. 54 s.

dell'azione divisoria³⁵⁰, il discorso si complica per l'ipotesi successiva.

Si tratta qui di verificare attraverso quale procedura può darsi attuazione alla volontà del testatore che venga eretto un monumento funebre: Ulpiano sembra ancora propendere per l'*actio familiae eriscundae*, cui però subito affianca (ma evidentemente nel senso di una sostituzione, e non di un'alternativa) la difforme soluzione di Pomponio, secondo cui sarà possibile '*praescriptis verbis experiri*'. Al di là dei dubbi circa la posizione assunta dal referente³⁵¹, la tutela cui inclinava il nostro giurista non è andata esente da sospetti³⁵². Il superamento delle posizioni storiografiche da cui essi discendono consente però, ferma restando la problematicità del passo, di guardare con maggior fiducia alla soluzione pomponiana. Due aspetti interessano qui particolarmente: la terminologia impiegata e l'ambito di applicazione riconosciuto al meccanismo processuale in esame.

Sotto il primo profilo rileva la circostanza che, diversamente da altri testi,

³⁵⁰ Sulla terminologia impiegata al riguardo (*'officio familiae eriscundae iudicis contineri'*) e, in generale, sulle incombenze attribuite alla cognizione del giudice di una divisione ereditaria, ARICÒ ANSELMO, *Studi*, cit., p. 313 s.

³⁵¹ Il quale segnala sì con un '*tamen*' l'alterità della disciplina prospettata da Pomponio rispetto a quanto egli aveva sinora esposto, ma senza far seguire a quell'opinione né una critica né una replica, tanto da non apparire certo che Ulpiano accedesse all'orientamento precedente piuttosto che a quello del giurista antoniniano. Nel primo senso, si veda GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 238 nt. 27, secondo il quale – ma in verità l'indizio terminologico non è del tutto affidante – «il verbo *temptare* (*temptat*) allude al mancato successo (accoglimento) dell'opinione espressa da Pomponio, rifiutata infatti da Ulpiano e, sulle sue orme, dai compilatori giustiniane». Nella stessa direzione, già VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 748 nt. 93, secondo cui l'opinione giuliana (trádata in Paul. 6 *ad Sab.*, D. 10.2.44.8) circa l'esperibilità, in simili ipotesi, dell'*actio familiae eriscundae*, sarebbe stata accolta, implicitamente, da Paolo e da Ulpiano (appunto nel nostro testo, ma senza una citazione espressa, benché in effetti il riferimento a Giuliano in D. 10.2.18.pr., anch'esso – seguendo LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 334, fr. 113 – riferibile all'VIII libro *digestorum*, sembra confermare l'attenzione del giurista severiano, anche in questo punto, alle soluzioni giuliane).

³⁵² Si vedano, sulla scia (soprattutto) di De Francisci, BIONDI, *Successione*, cit., p. 569 nt. 3 (che fra l'altro parla di *actio praescriptis verbis*, mentre nel testo non troviamo che il più «mobile», non tipizzato riferimento all'*experiri*), DONATUTI, *op. cit.*, p. 140 s. (il quale in genere parla, anche per il nostro testo, di «ulteriori effetti obbligatori della *communio incidens* ... riconosciuti nel periodo postclassico-giustiniano»). VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., p. 748 nt. 93 dava poi quasi per scontato che il rimedio in esame fosse solo giustiniano, inserito in luogo di un'*actio in factum*. Sottolineano invece il ricorso pomponiano al *praescriptis verbis experiri*, quale si affianca ai riferimenti dello stesso autore alla corrispondente *actio*, KRANJC, *op. cit.*, p. 456 s., BURDESE, *Recenti prospettive*, cit., p. 214, GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 239. Conservativa, almeno per quanto attiene all'*agere* (impropriamente tradotto in *actio praescriptis verbis*, era già la lettura di FREZZA, *Actio communi dividundo*, cit., p. 54.

il riferimento sia qui non a un'*actio* ma a un '*experiri praescriptis verbis*'; né in proposito appare conclusivo che l'alternativa venga posta con specifico riguardo alla dinamica processuale, che anche nell'altro caso è formulata nel senso di un '*familiae eriscundae agere*'. Proprio in D. 4.3.9.3 abbiamo infatti incontrato un'espressione come '*praescriptis verbis actione agi*', che, per quanto ai nostri occhi ridondante ed altrimenti spiegabile³⁵³, rende comunque meno scontato il modulo espositivo di D. 10.2.18.2. Non rimane che registrare quest'oscillazione terminologica da parte di Pomponio, che, a parte i dubbi di D. 4.3.9.3, si sarebbe ancora riferito – ma probabilmente trascrivendo le parole di Celso figlio – a un '*praescriptis verbis experiri*' in (11 *ad Sab.*) D. 13.6.13.2: una spia significativa, e non isolata, della fatica attraverso la quale si espressero le sue innovazioni in materia.

Lo conferma il secondo punto al quale accennavamo, considerato il particolare ambito per cui Pomponio stimava fruibile la nostra forma di tutela. Essa infatti non viene elaborata per assicurare protezione processuale a uno di quelli che saranno poi definiti «contratti innominati», bensì a una disposizione testamentaria per cui sia dubbio il ricorso all'*actio familiae eriscundae*, e al cui adempimento hanno comunque interesse anche i coeredi. Certo non è agevole coordinare questa soluzione con quanto emerge dalla rimanente produzione del nostro autore – ove troviamo, a proposito di un caso molto vicino, una soluzione sostanzialmente antitetica –, nonché con l'ideale intreccio che con questa riflessione forma la disciplina per cui negli stessi anni inclinava Giuliano³⁵⁴.

³⁵³) Come suggerito *supra loc. cit.*, sulle orme di GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 232 s., il quale ipotizza che il termine '*actione*' alluda all'*actio depositi sequestraria* che Pomponio vedeva qui applicata in via utile, e la cui memoria sarebbe stata invece elisa dai compilatori.

³⁵⁴) Il passo pomponiano da considerare è (8 *ad Q. Muc.*) D. 33.1.7: '*aliter atque si coherede tibi dato idem scripsero. nam sive te solum damnvero, uti monumentum facias, coheres tuus agere tecum poterit familiae eriscundae, uti facias, quoniam interest illius. quin etiam si utrique iussi estis hoc facere, invicem actionem habebitis*'. La fattispecie è molto simile – sebbene la disposizione sia espressa in termini diversi, e precisato il soggetto chiamato a erigere il monumento –, e identica è la motivazione nella scelta della tutela processuale (il riferimento all'interesse dei coeredi, qui compiuto al singolare solo per ragioni espositive). Diforme è però la soluzione, con la riconosciuta fruibilità di quell'*actio familiae eriscundae* che sembra invece esclusa in D. 10.2.18.2, e che a sua volta torna nel responso giuliano (stando a LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 335, fr. 114, riferibile all'VIII libro *digestorum*) ricordato in (Paul. 6 *ad Sab.*) D. 10.2.44.8: '*si duo coheredes damnati sint statuam ponere et altero cessante alter eam fecerit, non esse iniquum Iulianus ait familiae eriscundae iudicium dare, ut pars impendiorum boni viri arbitrato praestetur*'. La necessaria connessione fra queste testimonianze, già accennata da BERGER, *op. cit.*, p. 155 s. e DONATUTI, *op. cit.*, p. 140 s., è stata sottolineata da FREZZA, *Actio communi dividundo*, cit., p. 52 ss. e da VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., 748 e nt. 93. L'argomentazione di

Assunto tuttavia il nostro passo nel suo attuale tenore – come, in mancanza di valide prove in contrario, è doveroso fare –, esso dà conto di una dottrina che ben si coordina con un quadro tanto problematico e con la stessa cautela con cui Ulpiano ne registra il contenuto. Assolutamente inedito era in effetti – anche in confronto agli apporti più recenti, come quello di Celso, che

quest'ultimo, segnata dalla preventiva interpretazione del *praescriptis verbis experiri* di D. 10.2.18.2 come rimedio senz'altro giustiniano in luogo di un'*actio in factum*, finisce con lo stravolgere i «rapporti di forza» fra i tipi di tutela approntata nelle varie ipotesi. Attesa la natura di «formula con un'intentio in *ius ex fide bona*», quale si nascondeva, sin dai tempi di Labeone, dietro l'espressione *agere* (o *experiri*) *praescriptis verbis* (così MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 127, ove accurata disamina del dibattito sul punto) – la «copertura» processuale garantita da Pomponio in D. 10.2.18.2 non appare affatto un *minus* rispetto all'orientamento giuliano, alla cui non maggiore specificità (in quanto i *praescripta verba* garantiscono la massima aderenza alla fattispecie) si affianca un'analoga operatività sul piano del *ius civile*, tanto più apprezzabile in quanto (almeno, appunto, fino a Giuliano) doveva essere controversa l'applicabilità al riguardo della *actio familiae erciscundae*. Considerata l'incerta cronologia delle varie opere – su cui *supra* in particolare II.4.II.1 ove bibliografia – non possiamo neppure escludere che la fruibilità dell'azione divisoria, avallata dalla posizione assunta da Giuliano nei *Digesta*, fosse ormai un punto acquisito quando Pomponio compose l'VIII libro *ad Q. Mucium*, tanto da indurlo a un sostanziale ripensamento di quanto aveva scritto quando era circa a un terzo dell'*ad edictum* (diversa la congettura [con cui ugualmente i nostri testi manterrebbero una loro coerenza] avanzata da DI SALVO, *Il legato modale*, cit., p. 216 nt. 401, il quale non escludeva che «i compilatori abbiano voluto estendere ad un'ipotesi di *modus* testamentario un regime vigente in tema di donazione modale. In questa ipotesi, la mancata menzione dell'*a. familiae erciscundae* da parte di Pomponio, nel testo tenuto presente da Ulpiano, potrebbe spiegarsi col fatto che in tale sede egli non prevedeva affatto un onere di *monumentum facere*, limitandosi alla clausola “*ut servus exportandus veneat*”, la prima esaminata in D. 10.2.18.2»). Il vicolo cieco in cui quel tratteggio preconcepito aveva chiuso queste testimonianze, costringeva Voci a ricorrere a un'altra ipotesi interpolazionista (quasi una geminazione di alterazioni, sul cui sfondo si scorge l'usuale dogma che vuole esclusi, nel pensiero del singolo giurista e addirittura dell'intera giurisprudenza, ripensamenti e divergenze): che cioè in D. 33.1.7 l'originario riferimento pomponiano all'*actio in factum* fosse stato sostituito con quello all'*actio familiae erciscundae*, mentre nel nostro testo esso poteva essere «conservato» (previa, naturalmente, la sua «trasformazione» in *praescriptis verbis experiri*), in quanto l'altro rimedio era già menzionato da Ulpiano. Logica al riguardo l'obiezione di DI SALVO, *op. cit.*, p. 215 nt. 401: «perché i giustinianeî che in D. 10.2.18.2 non solo lasciano sussistere la menzione dell'*a. in factum*, ma addirittura danno a quest'azione il nome di *a. praescriptis verbis*, l'avrebbero soppressa in D. 33.1.7?». Preferibili nella loro coerenza, ma spesso puramente congetturali e non sempre imposte da assolute inconciliabilità dei testi erano le ipotesi di interpolazione avanzate da FREZZA, *Actio communi dividundo*, cit., p. 53 ss., secondo il quale, a fronte della dilatazione d'impiego che, in via equitativa, Giuliano suggeriva per l'*actio familiae erciscundae*, Pomponio avrebbe escluso il giudizio divisorio in entrambe le nostre testimonianze: proprio la soluzione affermativa circa il suo impiego, e non il ricorso all'*agere praescriptis verbis*, risulterebbe in quest'ottica frutto di alterazioni.

non mancava di richiamarsi al meccanismo processuale in esame³⁵⁵ – il ricorso all’*agere praescriptis verbis* a tutela di una posizione creditoria – *rectius*, di un interesse – non sorto nell’ambito contrattuale³⁵⁶. Né è forse un caso³⁵⁷ che, se in quel settore Pomponio tendeva a tipizzare in *actio* il nostro rimedio – sia pure da concedere, verosimilmente, in analogia ad azioni già previste nell’editto –, qui esso venga riproposto nella versione originaria e «dinamica», colto nel momento della sua concreta e fluida elaborazione, plasmato su un’antica azione civile.

Quanto appena affermato non esclude, naturalmente, che l’ambito in cui più spesso Pomponio guardava all’impiego dei *praescripta verba* rimanesse quello dei contratti, e più precisamente delle convenzioni non riconducibili ad alcuna figura tipica. Il dato è piuttosto ovvio, ma potrebbero confermarlo anche altre citazioni tratte dal nostro *ad edictum*: peraltro, a parte il caso – paradigmatico – di D. 4.3.9.3, in esse risulta controversa proprio l’attribuzione a Pomponio della forma di tutela in parola. Così in (Ulp. 28 *ad ed.*) D. 19.5.17.1³⁵⁸ appare ulpiano il richiamo all’*actio praescriptis verbis*, attesa la probabilità che Pomponio – seguendo Labeone – si concentrasse sul problema del rischio del perimento della ‘*res stimata*’; ma questo non esclude che il giurista augusteo già si richiamasse a un *agere p. v.* e che la sua recezione (se non addirittura la prima menzione, o almeno – anche alla luce delle innovazioni edittali in materia – la tipizzazione in *actio*) si trovasse nella «trascrizione» di Pomponio³⁵⁹.

Ancor meno implausibile è che quest’ultimo propendesse per il rimedio in esame in D. 16.3.1.9³⁶⁰, ove la concessione dell’*actio praescriptis verbis* si colloca in un contesto di capillare derivazione pomponiana, e soprattutto

³⁵⁵ Si vedano soprattutto testi come (8 *dig.*) D. 19.5.2, (3 *dig.*) D. 12.4.16 e (Pomp. 11 *ad Sab.*) D. 13.6.13.2, sui quali avremo occasione di tornare.

³⁵⁶ Il che consente a GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 239, di affermare che Pomponio non vedeva, anche nell’*actio praescriptis verbis*, «l’azione tipica a tutela dei contratti innominati», mentre effettivamente, anche ai suoi occhi, «i *praescripta verba* costituivano ... lo strumento usato per l’estensione in via utile dei mezzi processuali previsti nell’editto», sia pure non posti a tutela di *obligationes ex contractu*.

³⁵⁷ Soprattutto se, come accennato nel testo, consideriamo sostanzialmente celsina la terminologia impiegata in (11 *ad Sab.*) D. 13.6.13.2.

³⁵⁸ Sul quale *supra* III.V.III.3 ove bibliografia.

³⁵⁹ Sempre che non si consideri il tratto di D. 19.5.17.1 relativo alla tutela processuale esito di interventi posteriori: *supra loc. cit.* ove bibliografia Sulla paternità ulpiana dell’ultima frase del passo – ferme restando ipotesi e perplessità appena esposte nel testo –, *supra ibid.* ove bibliografia.

³⁶⁰ Analizzato *supra* III.5.IV ove bibliografia.

attiene a una fattispecie particolarissima, in merito alla quale viene poco dopo richiamato il nostro autore. Abbiamo già sottolineato come si abbia qui una fattispecie alquanto vicina, ma non assimilabile, a una locazione-conduzione, dal che il nostro interesse – se davvero fosse riprodotto un lembo di riflessione pomponiana – per una soluzione che si pone in antitesi rispetto all'approccio contrattualistico sabiniano, ma anche in sviluppo, sul piano strettamente processuale, rispetto all'orientamento di un Labeone.

Sempre in ambito contrattuale si iscrivono i due frammenti provenienti dall'*ad Sabinum*, entrambi relativi, nonostante il diverso contesto di provenienza e coi dubbi che rileveremo in merito al secondo, a casi prossimi – ma non coincidenti – a un comodato. Il superamento dell'opzione labeoniana è quindi, fin da questo primo dato, visibilissimo, giacché la tutela mediante i *praescripta verba* non interviene a favore di '*ultra citroque obligationes*', ma di casi cui è analogicamente da estendere la protezione che l'editto garantiva per ipotesi contrattuali non sinallagmatiche. Così in D. 13.6.13.2³⁶¹, escerpito dall'XI libro (e perciò in tema di *emptio-venditio*)³⁶² incontriamo un'ipotesi densa di spunti, della quale possiamo qui evidenziare solo alcuni profili³⁶³.

³⁶¹ '*Si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, videamus, an habeam commodati actionem. nam et Celsus filius aiebat, si iussissem eum aliquid facere, vel mandati cum eo vel praescriptis verbis experiri me posse: idem ergo et in commodato erit dicendum. nec obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus quasi eum obligatum habituri: plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur*'. Assai vasta la letteratura sul testo: qui è sufficiente ricordare BETTI, *Sul valore dogmatico*, cit., p. 62 ss., P. CERAMI, «*Vulgaria actionum nomina*» ed «*agere praescriptis verbis*» in D. 19, 5, 2 (*Cels. 8 dig.*), in «*Iura*», XXXIII, 1982, p. 127 ss. ove bibliografia, BURDESE, *Sul riconoscimento civile*, cit., p. 32, C.A. CANNATA, *Das faktische Vertragsverhältnis oder die ewige Wiederkehr des Gleichen*, in «*SDHI*», LIII, 1987, p. 303 s., KRANJC, *Die actio praescriptis verbis*, cit., p. 453, GALLO, *Synallagma*, II, cit., in particolare p. 157 ss. ove bibliografia, 230 s., ID., «*Agere praescriptis verbis*» e editto alla luce di testimonianze celsine, in «*Labeo*», XLIV, 1998, p. 8 ss., A. BURDESE, *Su alcune testimonianze celsine*, in «*Mélanges C.A. Cannata*», Bâle-Genève-Munich, 1999, p. 6 ss. ove altra bibliografia. In particolare, può in larga parte rinviarsi all'esegesi di Burdese e di Gallo, sebbene, in riferimento alla ricostruzione di quest'ultimo, non appaia agevole collocare i *digesta celsini*, o almeno la dottrina richiamata nel nostro passo, dopo la «codificazione» dell'editto (che in quella risulterebbe «presupposta»: *op. cit.*, 164): dello scolarca proculiano non abbiamo notizie dopo il 131/132, ed è probabile – come scrive SCARANO USSANI, *Empiria*, cit., p. 88 – che egli «non visse molto più a lungo». E' perciò tutt'altro che sicuro che egli abbia visto (o sia stato comunque attivo per un discreto periodo dopo) la *compositio edicti* - sulla cui controversa datazione, *supra* III.3.I ove bibliografia -, come è probabile fosse già morto quando Pomponio lo inseriva nella '*successio auctorum*' dell'*Enchiridion*.

³⁶² Si veda LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 114.

³⁶³ Non potremo infatti soffermarci sull'esatta portata del contributo celsino - e in particolare sul valore che in esso assume la congiunta menzione di *actio mandati* e *agere*

Soprattutto interessa il recupero, ed estensione, della concessione celsina di un *agere praescriptis verbis* – unitamente (o più probabilmente a preferenza) di un *actio mandati*³⁶⁴ – nel caso di un incarico attribuito a un *'homo bona fide serviens'*. Il primo rimedio era del resto al centro di una ben nota teorizzazione dello scolarca proculiano³⁶⁵, che non stona affatto con la soluzione qui adottata, e della quale non tanto interessa la connessione con certi motivi della sua «filosofia del diritto»³⁶⁶, quanto il rapporto in cui essa si poneva rispetto al contributo labeoniano. Rispetto a questo è ben possibile, in particolare, che la dottrina tramandata e recepita da Pomponio costituisca un superamento, su cui doveva incidere (almeno per il nostro giurista, se non già per Celso) il mutato assetto determinato dalla *compositio* giuliana, ma anche gli esiti della posteriore riflessione giurisprudenziale e forse un'accentuazione della oggettività (bilaterale) già del giurista augusteo, che qui potrebbe spingersi sino a rinvenire una *'ultra citroque obligatio'* anche nell'incarico conferito a un uomo che «in buona fede serve» ma che è di fatto un uomo libero³⁶⁷. Quel che a noi

praescriptis verbis -, né sul significato dell'affermazione conclusiva, col richiamo – per ribadire l'applicazione analogica della soluzione di Celso al caso di comodato, a prescindere da una valutazione dell'elemento soggettivo – a una fattispecie produttiva di obbligazione che si situa fuori dell'ambito contrattuale. Ancor più lontano dal cuore della nostra ricerca è il problematico confronto che meriterebbe di essere svolto fra questo singolare riferimento alla *indebiti solutio* e la collocazione di essa nelle coeve Istituzioni di Gaio (in particolare, *Inst.* 3.91).

³⁶⁴ Si veda GALLO, *Synallagma*, II, cit., in particolare p. 158 s., 163, il quale conclude nel senso che Celso avrebbe negato «l'applicazione in via diretta dell'*actio mandati*, pronunciandosi per quella in via utile, con lo strumento ... dei *praescripta verba*». Diversamente CERAMI, «*Vulgaria actionum nomina*», cit., p. 128 ss.

³⁶⁵ In (8 *dig.*) D. 19.5.2: «... *nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est* ...». Ampio esame del passo in CERAMI, «*Vulgaria actionum nomina*», cit., p. 121 ss.

³⁶⁶ Dal «riconoscimento della socialità come valore/presenza immanente in ogni attività umana», a certe opzioni «equitative» ed «empiriste»: su tutto ciò SCHIAVONE, *Studi*, cit., p. 155 s., SCARANO USSANI, *Empiria*, cit., 85 ss., in particolare p. 97 ss.

³⁶⁷ Insiste soprattutto sul primo aspetto, quale motiverebbe, traverso la prescrizione di *ad similia procedere*, la differenza fra l'*agere praescriptis verbis* celsino rispetto a quello di Labeone (che nel caso di D. 13.6.13.2 non avrebbe scorto un negozio sinallagmatico atipico, tutelabile con l'*a.p.v.*), GALLO, *Synallagma*, II, cit., in particolare p. 164 s., ID., «*Agere praescriptis verbis*», cit., p. 12 ss. (i cui rilievi devono peraltro essere problematizzati con quanto osservato a proposito della datazione dell'opera dello scolarca proculiano); circa la nuova soluzione approntata da Celso, quale «gegen eine ältere Meinung Labeos abgefaßt wurde», CANNATA, *Die faktische Vertragsverhältnis*, cit., p. 305. In generale scorgeva invece, in Celso, «l'accettazione implicita di uno strumento processuale imposto dalla rottura labeoniana del numero chiuso dei contratti del *ius gentium*», SCHIAVONE, *Studi*, cit., p. 155. Quanto all'ipotesi che abbiamo, dubitativamente, richiamata per ultima, essa è in parte

preme maggiormente è rilevare come la rottura con la prospettiva labeoniana³⁶⁸ fosse ormai compiuta da parte di Pomponio, secondo il quale niente³⁶⁹ ostava all'applicazione del rimedio suggerito da Celso (*l'agere praescriptis verbis*, che non possiamo escludere il nostro autore tipizzasse in *actio*)³⁷⁰ anche nel caso di conferimento di un bene in comodato, *'quasi servo'*, ad un *'homo bona fide serviens'*. Anche la distanza che qui separava dalla fattispecie tipica del contratto reale e unilaterale (o solo eventualmente bilaterale) di comodato – rispetto alla quale mancavano i requisiti soggettivi del comodatario, ma anche la volontà «obbligante» del proprietario – poteva essere colmata col ricorso ai *praescripta verba*, così da applicare analogicamente la tutela editale e garantire la restituzione della *res*.

Ancora vicina – o almeno accostata da Pomponio – a un'ipotesi di comodato è la fattispecie contemplata in D. 19.5.26³⁷¹, proveniente dal XXI libro *ad Sabinum*, in tema di *condictio*³⁷². Già questo dato, unitamente alle

connessa ai rilievi di CERAMI, «*Vulgaria actionum nomina*», cit., p. 129, secondo il quale Celso avrebbe qui recuperato spunti labeoniani conservati in (Cels. 16 *dig.*) D. 28.5.60.pr. e (Paul. 2 *ad Nerat.*) D. 3.5.18(19).2, incentrati sulla distinzione fra *'servus bona fide serviens'* consapevole o no del proprio vero *status*: nel primo caso lo scolarca avrebbe qui optato per l'*actio mandati*, nel secondo, deviando stavolta dall'insegnamento del giurista augusteo, per la concessione non dell'*actio negotiorum gestorum* ma dell'*agere praescriptis verbis*.

³⁶⁸) Nel cui contesto è verosimile – ma tutt'altro che pacifico – che il comodato non costituisse un'ipotesi di *'ultra citroque obligatio'*, così come è ben credibile che Labeone non «avrebbe potuto estendere a convenzione atipica affine a comodato la tutela contrassegnata come *agere praescriptis verbis*»: sul punto, da ultimo, BURDESE, *Su alcune testimonianze*, cit., p. 10 ove bibliografia.

³⁶⁹) Neppure la mancata intenzione di far sorgere in capo all' *'homo bona fide serviens'* un'obbligazione, giacché il bene gli fu effettivamente consegnato *'quasi servo'*.

³⁷⁰) Il dato è evidentemente congetturale, e solo sorretto da quanto verificiamo in altri passi (soprattutto in D. 4.3.9.3 e D. 19.5.26); è però vero che la terminologia che incontriamo in D. 13.6.13.2 (*'vel mandati cum eo vel praescriptis verbis experiri'*) risale a Celso e restituisce in termini di dinamica processuale, anche per il mandato, quanto Pomponio – pur nella sostanziale continuità della soluzione – avrebbe potuto proporre in termini di *actio*.

³⁷¹) Di cui interessa soprattutto la prima parte: *'Si tibi scyphos dedi, ut eosdem mihi redderes, commodati actio est: si, ut pondus argenti redderes quantum in illis esset, tantidem ponderis petitio est per actionem praescriptis verbis, tam boni tamen argenti, quam illi scyphi fuerunt ...'*. Inizia poi un tratto che, nella sua seconda sezione, desta molteplici problemi filologici, per la sua assenza nella *Littera Florentina* (che si interrompe con *'idem dicendum est'*) e la sua ricostruzione, da parte del Mommsen, sulla scorta dei *Basilici*. Circa l'ampia letteratura sul testo, basti richiamare BURDESE, *Sul riconoscimento civile*, cit., p. 41 s., ID., *Osservazioni in tema di c.d. contratti innominati*, in «Estudios J. Iglesias», I, Madrid, 1988, p. 145, KRANJC, *Die actio praescriptis verbis*, cit., p. 456, GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 233 s.

³⁷²) Il XXI è il primo dei due libri dell'*ad Sabinum* dedicati a questa materia: LENEL, *Plaingenesia*, II, cit., c. 129 ss.

particolarità dell'accordo – con cui non si prevede la restituzione di una cosa propria ma la dazione di una altrui – induce peraltro a condividere la tesi di chi³⁷³ ha scorto nell'*actio praescriptis verbis* concessa da Pomponio l'applicazione in via utile non tanto dell'*actio commodati* quanto della *condictio certae rei*. Abbiamo infatti una convenzione con cui, in seguito alla consegna di alcuni boccali, non sorge l'obbligo, in capo al ricevente, di restituirli, ma di trasferire³⁷⁴ una quantità di argento equivalente al loro peso³⁷⁵. Il creditore non troverà così tutela né in un'*actio commodati* (non essendo proprietario del bene che mira ad ottenere, ed essendo comunque questo diverso dalla *res* inizialmente consegnata), né in una *condictio certae rei*, per la cui concessione manca il preventivo trasferimento di proprietà del bene a favore dell'attuale obbligato.

Ove non si ricorra alla tutela minima costituita dalla restituzione dei boccali, e si tenti di dare effettiva attuazione all'accordo, non rimarrà altro – secondo Pomponio – che *petere* quella quantità di argento per mezzo di un'*actio praescriptis verbis*. Una soluzione di cui colpisce – in visibile continuità con le testimonianze risalenti all'*ad edictum* – sia il dato terminologico (con ancora, come prevalente nel settore contrattuale, *actio* e non *agere praescriptis verbis*)³⁷⁶, sia l'estensione dell'ambito di applicazione di tale tutela, giacché essa non interviene a proteggere, in analogia a *iudicia bonae fidei*, un accordo contraddistinto da reciprocità di obbligazioni³⁷⁷. Piuttosto essa muove dall'analogia con la fattispecie per cui era prevista la *condictio*, azione di stretto diritto per eccellenza, e mira a disciplinare un'ipotesi che può semmai leggersi

³⁷³) Come GALLO, *loc. cit.*

³⁷⁴) Il '*reddere*' che troviamo nel testo è evidentemente in senso atecnico, come di riequilibrio economico, giacché niente consente di pensare che anche l'argento fosse del proprietario dei boccali, né si comprenderebbe bene – se così fosse – il significato dell'accordo da questi concluso.

³⁷⁵) Più complesso – al di là dei dubbi di tradizione testuale già richiamati - l'accordo che incontriamo nel prosieguo del frammento, meno rilevante ai nostri fini. In base ad esso, l'obbligazione scaturente dalla dazione dei boccali è costituita o dalla restituzione degli stessi oppure dal trasferimento della quantità di argento determinata secondo il criterio precedentemente esposto. La distanza rispetto all'ipotesi propria di comodato è qui ancor più evidente, dal momento che vi è un effettivo passaggio di proprietà dei boccali: immediato – precisa Pomponio – se l'*electio* è del ricevente, rinviata al momento della scelta se l'*electio* è del creditore. Meno problematica, e non bisognosa di alcun ricorso ai *praescripta verba*, diviene così anche la tutela tramite *condictio certae rei*, giustificata dalla *datio* in senso tecnico di beni fungibili.

³⁷⁶) Secondo un modulo espressivo ('*petitio ... per actionem praescriptis verbis*') che tende ad accentuare la tipizzazione del rimedio in parola.

³⁷⁷) Come abbiamo visto atteggiarsi l'*agere praescriptis verbis* nella riflessione di Labeone.

nei termini di un'interdipendenza di prestazioni, la prima delle quali già compiuta³⁷⁸.

Su quest'opzione dovevano incidere – in modo non lontano da quanto verificato per D. 4.3.9.3 – sia i mutamenti intervenuti, in tema di applicazione ed estensione di tutte le azioni edittali, dopo la *compositio* adriano-giuliana³⁷⁹, sia la recezione del contributo aristoniano in tema di *synallagma* e di *actio civilis incerti* posta a sua tutela. A testimoniare come quest'ultima linea ricostruttiva fosse ben presente a Pomponio è soprattutto – a parte le congetture cui abbiamo accennato a proposito di D. 4.3.9.3 – un altro frammento proveniente dall'*ad Sabinum*, ossia D. 19.5.16³⁸⁰. Si tratta, anche in questo caso, di un testo ricco e complesso, di cui non potremo approfondire tutti i profili: basti rilevare che qui il nostro giurista si muove senz'altro nell'ordine di idee di Aristone, come dimostra non solo l'espressa citazione che ne traeva al § 1, ma anche il tenore della prima fattispecie contemplata nel *principium*. Dinanzi a una convenzione per cui il *dominus fundi* consente ad altri l'estrazione di creta purchè questi riempi i luoghi dello scavo, ci si interroga infatti sulla tipologia di tutela fruibile nell'ipotesi in cui all'estrazione non segua il *replere*.

E' difficile dire se già l'*auditor* di Cassio – che avrebbe invece escluso la fruibilità di un'*actio civilis* per il caso contemplato nel § 1 – propendesse per il

³⁷⁸) Non meno significativo sarebbe l'orientamento di Pomponio per chi – come BURDESE, *Sul riconoscimento civile*, cit., p. 41 s., ID., *Osservazioni*, cit., p. 145 s. – individui nella nostra una fattispecie affine al comodato, così che il giurista antoniniano avrebbe seguito Labeone «nell'ammettere il ricorso all'*actio in factum praescriptis verbis*», ma per «estenderne l'ambito di applicazione a casi affini a tipici contratti reali oltreché consensuali» (e fatto salvo, d'altro lato, il suo utilizzo del meccanismo aristoniano dell'*actio civilis incerti* in ipotesi di '*do ut facias*').

³⁷⁹) Insiste naturalmente su questo secondo aspetto – come già nel caso di D. 4.3.9.3 e degli altri passi esaminati -, GALLO, *Synallagma*, II, cit., in particolare p. 234.

³⁸⁰) (*pr.*) '*Permisisti mihi cretam excimere de agro tuo ita, ut eum locum, unde excemissem, replerem: excemi nec repleo: quaesitum est, quam habeas actionem. sed certum est civilem actionem incerti competere. si autem vendidisti cretam, ex vendito ages. quod si post exemptionem cretae replevero nec patieris me cretam tollere tu, agam ad exhibendum, quia mea facta est, cum voluntate tua exempta sit. (1) Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo?*' In proposito si vedano, per tutti, WACKE, *Sul concetto di 'dolos'*, cit., p. 36 s., SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., p. 232 ss. ove altra bibliografia, G. NEGRI, *Diritto minerario romano. I. Studi esegetici sul regime delle cave private nel pensiero dei giuristi classici*, Milano, 1985, p. 126 ss., MACCORMACK, *Contractual theory*, cit., p. 140 ss. ove altra bibliografia, A. BURDESE, *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone (a proposito del volume di Raimondo Santoro)*, in «SDHI», LI, 1985, p. 470, 475, ID., *Sul riconoscimento civile*, cit., p. 30 ss., KRANJC, *Die actio praescriptis verbis*, cit., p. 454, A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990, p. 70 s., GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 228 s., 234 ss., BURDESE, *In margine a D. 4.3.9.3*, cit., p. 38.

riconoscimento di un'*actio civilis incerti*³⁸¹, esprimendosi in termini ('*quaesitum est ... certum est*')³⁸² che avrebbero così restituito, ancor prima della soluzione di una controversia giurisprudenziale, lo sciogliere dei «dubbi» che caratterizzavano il suo metodo³⁸³. La viva dialettica che segna in quest'ambito il dialogo fra Aristone e Pomponio (il quale evidenzia, al § 1, come all'incerta protezione che il primo aveva suggerito sia da preferire l'*actio de dolo*)³⁸⁴, e soprattutto le caratteristiche del caso – ove è sì riscontrabile un'interdipendenza di prestazioni, ma non la sua riferibilità allo schema '*do ut facias*' (e tantomeno '*do ut des*'), giacché, a fronte del '*replere*' del terzo, il padrone non è tenuto ad alcun comportamento attivo di consegna di beni, ma solo a un '*pati*' (l'estrazione dall'altro effettuata) – rendono più credibile³⁸⁵ che il nostro giurista avesse qui presente l'elaborazione aristoniana, ma per radicalizzarne l'impostazione e impiegarla anche dove il suo predecessore non si spingeva³⁸⁶.

Come quindi per l'ipotesi (§ 1) di concessione a un terzo di seminare e raccogliere sul proprio fondo, ricorre un tipico tratto dell'elaborazione pomponiana in tema di dolo³⁸⁷, qui è ben ipotizzabile il *modus operandi* che da

³⁸¹) In questi termini sembra esprimersi BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., p. 43, comunque convinto che quella del nostro testo sia la «*actio civilis incerti ... aristoniana*, riconosciuta spettare in presenza di *do ut facias*».

³⁸²) I quali indicherebbero invece, secondo MACCORMACK, *Contractual theory*, cit., p. 141, «that Pomponius himself has suppressed controuersies found in his source or that the compilers have performed some work of abbreviation».

³⁸³) Vi abbiamo accennato *supra* II.3.II.6 ove bibliografia.

³⁸⁴) Sin troppo prudente, al riguardo, MANTELLO, *op. cit.*, p. 70 nt. 96 d'aggiunta *sed erit de dolo* non mi pare aristoniana»: a meno di immaginare corruzioni dell'originaria scrittura, non vi è dubbio che quell'espressione restituisca il superamento che Pomponio operava proprio rispetto alla posizione di Aristone.

³⁸⁵) Come già sostenuto da GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 235 ss., ma si veda anche MACCORMACK, *Contractual theory*, cit., p. 142.

³⁸⁶) Forse limitandosi, come lascia pensare GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 236, alla concessione di un'*actio in factum*.

³⁸⁷) Ossia, come vedremo *infra* III.6.III, l'effettiva salvaguardia dell'integrità patrimoniale del soggetto leso dall'altrui comportamento doloso, qui realizzatosi – pur entro una fattispecie non negoziale ma posta in essere '*donationis causa*' – nel consentire a un soggetto la semina sul proprio terreno ma non la raccolta, con l'evidente scopo malizioso di fare propri i frutti. Integrato il dolo, è probabile che Pomponio non considerasse di ostacolo alla relativa *actio* la fruibilità, riconosciuta (evidentemente non senza contrasti: GALLO, *Synallagma*, II, cit., p. 236) da Aristone, di un'azione *in factum*. La sussidiarietà del primo rimedio non era infatti tale – secondo un parere di Labeone che l'autore antoniniano doveva conoscere e in certo senso inglobare nella sua costruzione – da impedirne l'esperimento laddove vi fossero dubbi circa la fruibilità di altro rimedio: dubbi qui connessi non solo alle verosimili divergenze dottrinarie, ma al carattere stesso dell'*actio in factum*, con una poco rassicurante discrezionalità magistratuale nella sua

parte sua emerge, in più ambiti, rispetto alle proprie fonti privilegiate. Dell'elaborazione aristoniana è recuperato ed esteso il nucleo di fondo, optando per l'applicazione della procedura che esso garantiva anche laddove la concretezza degli interessi coinvolti andava nella direzione già delineata dall'autore precedente, ma senza integrare, in senso stretto, lo schema giuridico ('*do ut des*' oppure '*do ut facias*') cui quello si atteneva per accordare la più soddisfacente forma di tutela.

Più in generale, è l'intera materia delle convenzioni atipiche e delle figure negoziali «di confine» che svela i tratti peculiari del pensiero giuridico di Pomponio, del suo metodo e delle sue modalità di riproposizione delle diverse linee ricostruttive sino ad allora avanzate. Da una parte, ancora una volta, il modello labeoniano e le sue innovazioni, le quali permangono come punto di avvio di molte soluzioni, ma per dare luogo a risultati spesso inediti: dall'impiego dell'*agere praescriptis verbis* in analogia ad azioni non di buona fede, al suo impiego per fattispecie in cui non ricorrevano accordi accostabili a contratti (necessariamente) bilaterali, o addirittura si ponevano fuori dell'ambito contrattuale, fino alla tipizzazione (non priva di oscillazioni, e comunque operante nel solo settore delle *conventiones*) dell'*agere in actio praescriptis verbis*.

Accanto a questi si dispongono però altri motivi ed altre chiavi interpretative, come la rilettura di oltre un secolo di dibattiti (interni soprattutto alle *sectae*) relativi ai contratti, anche innominati, o l'aderenza all'assetto determinato dalla «codificazione» editale. E se quest'ultimo aspetto – oltre che verosimilmente incidere, come accennato, sulla stessa tipizzazione in *actio praescriptis verbis* – interveniva a favorire e legittimare, al di là delle strettoie imposte da Labeone, certe applicazioni analogiche delle *formulae proditae*, è più che plausibile che un ulteriore «sbocco» alla negozialità posta fuori dai tipi riconosciuti fosse individuato da Pomponio³⁸⁸ proprio attraverso il ripensamento del contributo dell'autore che, dopo Labeone, troviamo più richiamato nei suoi scritti, ossia Tizio Aristone³⁸⁹. Abbiamo appena visto come, molto probabilmente, anche il suo apporto venisse rielaborato ed esteso: a rimanervi centrale era – più che il riconoscimento di una vicinanza con figure tipiche, contraddistinte o meno dall'*'ultra citroque obligatio'* labeoniana – il rinvenimento di un'interdipendenza di prestazioni e l'esigenza di un riequilibrio che, adempiuta l'una prestazione e non l'altra, si mirava a soddisfare nella forma più

concessione.

³⁸⁸) Nel senso, ovviamente, di munirla della più soddisfacente protezione processuale.

³⁸⁹) Sul punto *supra* in particolare II.3.II.6.

piena, tale cioè da non frustrare il reale intento negoziale delle parti (come col ricorso alla *condictio*, laddove possibile) né affidarne la salvaguardia solo a uno strumento incerto e limitato come l'*actio in factum*.

VI. Il ricorso alle «*actiones in factum*» e alle «*actiones utiles*»

VI.1. *Actiones ad exemplum*

Le azioni edittali – per quanto suscettibili di applicazione analogica tramite l'impiego dei *praescripta verba* che abbiamo appena esaminato – non erano in grado di soddisfare tutte le esigenze poste dalla prassi di un mondo economicamente e giuridicamente complesso. Pomponio ne era ben consapevole: la percezione della finitezza del diritto che – in continuità con riflessioni coeve, ma anche in senso diverso dalle prospettive di un Nerazio – egli manifesta in D. 1.3.3³⁹⁰, sul piano della disponibilità dei rimedi processuali si traduce in un'autentica teorica³⁹¹ del ricorso alle *actiones in factum*.

È possibile che il passo che ci tramanda questa dottrina³⁹² abbia sofferto alterazioni formali³⁹³, così come esso contenga lemmi di scrittura, o almeno

³⁹⁰) Su questo frammento e il contesto di cultura giuridica in cui si colloca, *supra* II.1.II.4 ove bibliografia.

³⁹¹) Ancora una volta sotto il segno della necessità (si noti il riferimento alla *lex necessaria*, ma soprattutto il tenore della prima fase), secondo un motivo che – come visto – affiora più volte nelle pagine dell'*Enchiridion*.

³⁹²) Ossia (39 *ad Q. Muc.*) D. 19.5.11: '*Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iniusta ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest. quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae, idque utilitas eius legis exigit*'. Fra i molti interpreti di questo passo (cui ci siamo già richiamati *supra* II.1.II.4), NÖRR, *Pomponius*, cit., p. 596 ove bibliografia, W. SELB, *Formulare Analogien in «actiones utiles» und «actiones in factum» am Beispiel Julians*, in «*Studi A. Biscardi*», III, Milano, 1982, p. 326, 330 s., QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità*, cit., p. 41 ss. ove bibliografia, BURDESE, *Osservazioni in tema di c.d. contratti innominati*, cit., p. 131 s. nt. 10 ove bibliografia, 145, R. SANTORO, *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in «*Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*» (cur. N. BELLOCCI), Napoli, 1991, p. 115 s. ove altra bibliografia, BRETONNE, *Storia*, cit., p. 342 s., GALLO, *Alle origini dell'analogia*, cit., in particolare p. 78 ss., ID., *Synallagma*, II, cit., in particolare p. 139 s., MANTOVANI, *Gli esordi*, cit., p. 84.

³⁹³) Non tali, tuttavia, da stravolgerne la portata: ampia discussione in QUADRATO, *op. cit.*, p. 42 ove bibliografia, BRETONNE, *Storia*, cit., p. 467. Più incline a ipotizzare tagli giustinianei è GALLO, *Alle origini*, cit., p. 80 s., ID., *Synallagma*, II, cit., p. 140 nt. 36, che ha probabilmente ragione – come vedremo – nel supporre l'elisione di un riferimento pomponiano ad «altre azioni ... le cui carenze venivano pure integrate dal pretore».

nuclei di pensiero, risalenti a Quinto Mucio³⁹⁴. Tuttavia la necessità di un ricorso alle *actiones in factum* – seppure forse già colta dal giurista repubblicano e diversamente atteggiandosi ai suoi tempi – non è affatto negata dal nostro autore. Egli piuttosto ne circoscrive e delimita l'«invenzione», nel senso che, in merito alle azioni introdotte con leggi (ma il discorso non doveva essere troppo diverso per quelle edittali)³⁹⁵, l'intervento «suppletivo» del pretore³⁹⁶ può esplicarsi nella concessione di '*actiones in factum accomodatae*' alle azioni già *proditae*, e tese a colmarne le lacune. Paradigmatico è quanto avvenuto con l'*actio legis Aquiliae*, ma il meccanismo analogico così delineato³⁹⁷ consente di moltiplicarne le applicazioni, sempre che la *lex* introduttiva di una certa forma di tutela sia '*iusta ac necessaria*', e la sua stessa '*utilitas*' imponga il procedimento in esame³⁹⁸.

³⁹⁴ In proposito, con letture non omogenee, BURDESE, *Osservazioni*, cit., p. 131 nt. 10 (forse seguito da SANTORO, *op. cit.*, p. 115 nt. 95), GALLO, *Alle origini*, cit., p. 79, ID., *Synallagma*, II, cit., p. 140. Secondo quest'ultimo, in particolare, sarebbe muciana la prima parte del testo (fino a '*desiderantur*'): ciò però non esclude, come vedremo, che i rilievi ivi contenuti potessero, nonostante certi mutamenti di prospettiva, essere assunti come punto di avvio anche nell'elaborazione pomponiana. Più cauto circa la presenza di una dottrina muciana MANTOVANI, *loc. cit.*, mentre neppure sembrano ventilare la possibilità QUADRATO, *op. cit.*, p. 41 ss., e BRETONE, *Storia*, cit., p. 342 s. Più in generale, circa la verosimiglianza di trascrizioni dall'autore commentato anche in luoghi dell'*ad Q. Mucium pomponiano* ove quello non è richiamato, *supra* II.2.II.1 ove bibliografia.

³⁹⁵ O almeno alcune di esse: condivisibili le osservazioni di GALLO, *Alle origini*, cit., p. 80 s., ID., *Synallagma*, II, cit., p. 140 nt. 36.

³⁹⁶ Sull'enfatizzazione pomponiana di questa, che sarà una delle tre funzioni attribuite da Papiniano al *ius honorarium* (D. 1.1.7.1), QUADRATO, *op. cit.*, p. 42 s. Una certa anticipazione di costruzioni teoriche papiniane emerge anche dal confronto fra il nostro passo e (Pap. 8 *quaest.*) D. 19.5.1.pr.: '*Nonnumquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur*'. Si tratta di un passo, e di un raffronto testuale, ancora poco studiato (alcuni rilievi in SANTORO, *Aspetti formulari*, cit., p. 115, GALLO, *Alle origini*, cit., p. 79, ID., *Synallagma*, II, cit., in particolare p. 145, 284 s.), e che mi sembra dovrebbe indurre anche a una maggiore cautela nell'individuare nel frammento di Pomponio posizioni giustificabili solo all'età di Quinto Mucio. Particolarmente interessante anche il riferimento alle *vulgaria actiones* tanto nel testo di Papiniano che in uno di Celso (8 *dig.*, D. 19.5.2, cui abbiamo accennato nel paragrafo precedente): nel primo, tuttavia, la loro carenza comporta il ricorso ad *actiones in factum*, nel secondo all'*agere praescriptis verbis*.

³⁹⁷ Parlano di «invenzione» o «estensione» analogica, rispettivamente, BRETONE, *Storia*, cit., p. 343 e GALLO, *Alle origini*, cit., p. 80. Pensa a una «Analogie» (che «ist nicht materiell, sondern formular und dem Prätor zuzuschreiben»), SELB, *op. cit.*, p. 331; mentre si riferisce a un'«estensione» SANTORO, *op. cit.*, p. 115 s., precisando come si abbia qui, sul piano della struttura processuale, un'*actio in factum utilis*, «con formula con *intentio in ius concepta*».

³⁹⁸ Sul «giudizio di valore» sotteso al nostro passo, in virtù del quale anche «la legge

Peraltro, la terminologia impiegata nell'*ad Quintum Mucium* ('*actio in factum accomodata ...*') non ricorre nelle citazioni tratte dai libri *ad edictum*. Vi troviamo piuttosto un frammento esemplare circa i rapporti fra *actio civilis* e *actio in factum* – laddove l'introduzione di quest'ultima a tutela di una situazione per cui già erano previste una o più azioni civili, si giustifica³⁹⁹ solo per il rafforzamento della posizione attorea che essa garantisce⁴⁰⁰. Più vicini alla problematica dibattuta in D. 19.5.11 sono poi i riferimenti ad *actiones* concesse *ad exemplum* o *exemplo* di altre, quali incontriamo in tema di rimedi pretori per ipotesi negoziali concluse '*falso tutore auctore*' oppure con uno schiavo *exercitor navis*. Rileva nel primo senso (Ulp. 12 *ad ed.*) D. 27.6.9.pr.⁴⁰¹:

Huius actionis exemplo Pomponius libro trigesimo primo scribit dandam actionem adversus eum, qui dolo malo adhibuit, ut alius auctoraretur inscius.

Il testo è visibilmente collegato a D. 27.6.7, riprodotto i *verba praetoris*⁴⁰², ma dove è anche trascritta, e non senza l'approvazione ulpiana, un'altra dottrina pomponiana⁴⁰³. E' infatti sull'*exemplum* dell'azione promessa contro chi, non essendo tutore, si è dolosamente attivato per prestare una apparente *auctoritas* e far così concludere il negozio, che il nostro giurista appronta adesso una tutela nei confronti di chi si sia con dolo adoperato perché un non tutore – ignaro – prestasse la sua *auctoritas*.

La necessità di questo intervento era ancora dettata dall'esame di una

... appare esposta a un esame critico», del quale non può che essere artefice la giurisprudenza (secondo un motivo ben noto al Pomponio dell'*Enchiridion*), BRETONE, *Storia*, cit., p. 342 s.

³⁹⁹) Ossia, ancora una volta, risulta '*necessaria*'.

⁴⁰⁰) E' quanto verificato (*supra* II.2.III.8 ove bibliografia) in (Ulp. 14 *ad ed.*) D. 4.9.3.1, ove la previsione dell'*actio in factum ex recepto* consente di invocare nei confronti dei *nautae* criteri di imputazione della perdita delle *res* più severi che con le azioni di locazione, conduzione o deposito. Qualcosa di non molto diverso verificammo in D. 39.4.1.4 (su cui *infra* IV.2.I ove bibliografia) in tema di azione contro i *publicani*, accanto alla quale Pomponio peraltro riconosceva – per i vantaggi che sotto un altro profilo ancora garantiva – l'alternativo ricorso alla generale azione di rapina.

⁴⁰¹) Fra i pochi che si sono occupati del testo, BESELER, *Miscellanea*, cit., p. 69, G. WESENER, *Actiones ad exemplum*, in «ZSS.», LXXV, 1958, p. 232, ALBANESE, *Le persone*, cit., p. 508.

⁴⁰²) '*Novissime praetor ait: "in eum qui, cum tutor non esset dolo malo auctor factus esse dicitur, iudicium dabo, ut quanti ea res erit, tantam pecuniam condemnetur"...*'.

⁴⁰³) Si veda *supra* I.2.IV ove bibliografia. Entrambi i passi di Ulpiano provengono dal XII libro *ad edictum*, mentre D. 27.6.8 è tratto dal XII libro del commentario paolino. La successione, se non la contiguità, fra i nostri due frammenti è evidente anche per Pomponio, provenendo il primo dal XXX e il secondo dal XXXI libro del suo *ad edictum*.

frastagliata casistica, così come dall'usuale attenzione di Pomponio per varie situazioni psicologiche – dolo, *voluntas*, *scientia*⁴⁰⁴ –, tali da imporre diversificazioni nella tutela. Quanto alle tecniche di soddisfacimento di tali istanze, interessa l'innovazione introdotta dal giurista antoniniano, che pensava a un'azione da concedersi sul paradigma di altra *actio in factum* (e non '*lege prodita*', come in D. 19.5.11), di carattere penale, ormai già tipizzata nella normativa pretoria⁴⁰⁵. Entrambe le azioni – come specificherà Ulpiano (D. 27.6.9.1)⁴⁰⁶ – risultano così *in factum* e di carattere penale, contraddistinte da intrasmissibilità passiva (come già era chiaro a Labeone), temporaneità (dovevano infatti essere esperite entro l'anno) e nossalità⁴⁰⁷. Nonostante la relazione solo indiretta ed eventuale di queste forme di tutela con l'ambito contrattuale⁴⁰⁸, il contributo di Pomponio consente di meglio definire la griglia di rimedi che egli stimava fruibili – anche in via di *interpretatio* – per una negoziabilità sempre più articolata.

Lo stesso potrebbe dirsi per il secondo testo cui accennavamo (Ulp. 28 *ad ed.*, D. 14.1.1.20)⁴⁰⁹, ove però la possibilità di un' '*actio in factum exemplo tributoriae*' da concedersi contro il proprietario che fosse solo a conoscenza, ma non avesse voluto, il negozio concluso col terzo dal servo *exercitor*, sembra da ricondurre – pur con qualche perplessità, ed al di là dei sospetti di alterazione sollevati dal passo – al solo Ulpiano⁴¹⁰.

⁴⁰⁴) Peraltro già ben presenti nelle previsioni pretorie: si veda la trascrizione ulpiana in D. 27.6.1.6.

⁴⁰⁵) Sul punto, in particolare, WESENER, *loc. cit.*

⁴⁰⁶) '*Has in factum actiones heredibus quidem competere ceterisque successoribus in eos vero non reddi Labeo scribit nec in ipsum post annum, quoniam et factum puniunt et in dolum concipiuntur: et adversus eas personas, quae alieno iuri subiectae sunt, noxales erunt*'.

⁴⁰⁷) Come rileva VOCI, *Azioni penali*, cit., p. 42 s., il rimedio introdotto dal pretore aveva «tutte le caratteristiche delle azioni penali, tranne una, la solidarietà cumulativa dei correi». Meno persuasiva la scelta di guardare a tale intervento solo nel contesto del diritto giustiniano, evidentemente sul presupposto – indimostrato – di un'alterazione di tutti i frammenti «classici» in proposito.

⁴⁰⁸) Ha evidenziato di recente VOCI, *Azioni penali*, cit., p. 42, che i casi in cui può venire in rilievo l'intervento di un *falsus tutor* sono quelli in cui il pupillo «partecipi a una *litis contestatio* o concluda un contratto».

⁴⁰⁹) Una complessiva, e più analitica, disamina di questo passo *infra* IV.1.II.2 ove bibliografia.

⁴¹⁰) Nel tratto che qui rileva leggiamo in effetti: '*Licet autem datur actio in eum, cuius in potestate est qui navem exercet, tamen ita demum datur, si voluntate eius exerceat ... sed si sciente dumtaxat, non etiam volente cum magistro contractum sit, utrum quasi in volentem damus actionem in solidum an vero exemplo tributoria dabimus?*'.

VI.2. Scarso impiego delle azioni «utili»

Più decisamente attribuibili al giurista antoniniano appaiono le testimonianze circa il ricorso ad un'altra tipologia di tutela, tesa anch'essa a «coprire» situazioni collocate fuori dell'ambito delle *actiones proditae*, per come delineate nell'editto. La possibilità di ricorrervi previo quell'adattamento che attribuisce loro il carattere «utile» è infatti dibattuta in più di uno dei nostri frammenti⁴¹¹. Mentre però il riferimento all'*actio utilis* sembra solo marciano in D. 20.1.13.2⁴¹², la sua fruibilità era ipotizzata da Pomponio – ma sempre negata – in almeno tre occasioni.

La prima è costituita da un'ipotesi cui ci siamo più volte riferiti, relativa a una fideiussione prestata alla presenza e contro la volontà del debitore principale, per la quale Pomponio non stimava fruibile – oltre, verosimil-

⁴¹¹) L'*actio utilis* (o *iudicium utile*) che incontreremo nelle soluzioni pomponiane rimane a mio avviso una figura processuale autonoma e distinta rispetto ad altre, come l'*agere* (o *actio*) *praescriptis verbis*. Il rilievo di GALLO, «*Agere praescriptis verbis*», cit., p. 12, secondo cui il secondo tipo di tutela «venne ... sussunto nella prospettiva dell'*actio utilis*» mi sembra da intendere nel senso della convergenza delle due procedure verso l'assolvimento di una funzione analoga, quale la predisposizione di una più soddisfacente tutela per situazioni non direttamente riferibili a quelle tutelate da *formulae proditae*. Ma le due figure rimangono diverse quanto a struttura della *formula* (l'una contenente una *factio*, l'altra una *praescriptio pro actore*) e natura dell'azione (la prima *praetoria* e la seconda *civilis*), nonché per il meccanismo impiegato per raggiungere l'omologo scopo (in un caso si finge integrato un requisito richiesto per la concessione dell'azione esistente, la cui «copertura» rispetto alle situazioni giuridiche meritevoli di tutela è quindi solo indirettamente estesa, mentre proprio l'applicazione analogica è il tratto immediato del ricorso ai *praescripta verba*). La persistenza di queste difformità anche dopo la cristallizzazione non può peraltro sminuire il significato che, anche in quest'ambito, essa assunse, tanto più che la stessa dovette contribuire a quel progressivo, intrinseco mutamento del processo formulare, che sempre meno si presenterà come realtà parallela e incomunicante rispetto alle *cognitiones extra ordinem* (accenna a una più problematica lettura del rapporto fra le due tipologie processuali, L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, I, Milano, 1961, in particolare p. 9 s., ma si veda anche G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla «cognitio extra ordinem»*. Corso di diritto romano, Milano, 1960, in particolare p. 196 s., 234 ss.), sino all'opacizzarsi di certe distinzioni tecniche ancora vive nella trattazione elementare, ma più volte arcaizzante, di un Gaio.

⁴¹²) «*Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio quam actio utilis ei danda est: quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque peremittitur. sed potest dubitari, numquid creditori nummorum soluturum nomine utilis actio danda sit an non: quid enim, si res soluta fuerit? et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem*». Un'analisi del testo, anche nella prospettiva che qui interessa, *supra* II.4.III.2 ove bibliografia.

mente, all'*actio mandati* e all'*actio negotiorum gestorum* – l'*actio utilis* alla quale alcuni avevano pensato⁴¹³. Né maggior spazio trovava ai suoi occhi il ricorso alla stessa tutela laddove l'agrimensore, anziché indicare dolosamente una falsa misura, ne abbia fraudolentemente ritardato la comunicazione, così da ledere una delle parti⁴¹⁴. Non erano qui integrati i requisiti per la concessione dell'azione contro il *mentor qui falsum modum dixerit*, ma neppure questa si rendeva fruibile in via «utile»⁴¹⁵, così che occorreva rivolgersi – secondo una soluzione forse solo implicita, ma necessaria, nel nostro giurista⁴¹⁶ – alla sussidiaria *actio de dolo*.

Né maggiore spazio trovava il ricorso all'*actio utilis* in un testo comunque discusso, relativo all'esperibilità di un'*actio finium regundorum* che interessa un fondo in comproprietà di due soggetti e un altro fondo di cui è *dominus* uno degli stessi soggetti⁴¹⁷. Escluso che un tal *iudicium* possa essere '*acceptum*' – attesa l'incongruenza che verrebbe a crearsi assumendo la posizione di '*adversarii*' quanti processualmente dovrebbero disporsi '*unius loco*'⁴¹⁸ –, viene anche negata la possibilità che lo stesso *iudicium* possa aversi in via utile. Certo

⁴¹³) La soluzione pomponiana è conservata in (Paul. 9 *ad ed.*) D. 17.1.40, su cui *supra* in particolare I.2.II, ma anche III.3.III.4. Quanto all'*actio utilis*, si trattava qui, presumibilmente, della stessa azione spettante al creditore e fruibile dal fideiussore mediante una (formula con) trasposizione di soggetto, anche «en l'absence d'une cession de l'action»: SOTTY, *Les actions qualifiées d'«utiles»*, cit., p. 152.

⁴¹⁴) E' il caso affrontato in (Ulp. 24 *ad ed.*) D. 11.6.5.pr., ('*Si mentor non falsum modum renuntiaverit, sed traxerit renuntiationem et ob hoc evenerit ut venditor liberetur, qui adsignaturum se modum intra certum diem promisit, haec actio locum non habet: sed nec dari utilem debere Pomponius ait*'), esaminato – assieme alla dottrina pomponiana riportata nel § 1 – *supra* I.2.IV ove bibliografia.

⁴¹⁵) La cui menzione era considerata frutto di interpolazione da VALIÑO, *Actiones utiles*, cit., p. 349 s., ma si veda WACKE, *Zum dolus-Begriff*, cit., p. 377 nt. 75.

⁴¹⁶) Sul punto *supra loc. cit.* ove bibliografia.

⁴¹⁷) Il testo cui riferirsi è (Paul. 23 *ad ed.*) D. 10.1.4.7 ('*Si communem fundum ego et tu habemus et vicinus fundum ego solus, an finium regundorum iudicium accipere possumus? et scribit Pomponius non posse nos accipere, quia ego et socius meus in hac actione adversarii esse non possumus, sed unius loco habemur. idem Pomponius ne utile quidem iudicium dandum dicit, cum possit, qui proprium habeat, vel communem vel proprium fundum alienare et sic experiri*'), sul quale G. SEGRÉ, *Corso di diritto romano. La comproprietà e la comunione degli altri diritti reali*, Torino, 1931, p. 169 s., E. EIN, *Le azioni dei condomini*, in «BIDR.», XXXIX, 1931, p. 174 ss. ove bibliografia, VALIÑO, *Actiones utiles*, cit., p. 114 s., K. MEFFERT, *Die Streitgenossenschaft im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1974, p. 16, 91 ss.

⁴¹⁸) Limpida esegesi della motivazione pomponiana in SEGRÉ, *op. cit.*, p. 169: «il condomino, chiedendo all'altro l'aggiudicazione di una porzione reale del fondo comune, viene a chiedere imprescindibilmente ciò che già gli appartiene, cioè la sua quota pro indiviso su questa porzione». Una lettura più problematica, ma non sempre più persuasiva, in EIN, *op. cit.*, p. 176 s., ma si veda anche MEFFERT, *op. cit.*, p. 16, 92.

la motivazione che viene offerta (secondo cui la parte titolare, per intero o *pro quota*, di entrambi i fondi potrebbe alienare uno dei terreni, o la sua parte, e così procedere, in via diretta, all'*actio finium regundorum*) non è affatto persuasiva, né è andata esente da sospetti. Non è però automatico, su questo solo fondamento, immaginare che Pomponio inclinasse per l'ipotesi diametralmente opposta⁴¹⁹, così da risolversi – per la prima volta – a favore della concessione dell'*actio utilis*.

Quelle richiamate sono evidentemente fattispecie ai margini, o addirittura fuori, dell'ambito contrattuale: se ne trae tuttavia la sensazione di un impiego particolarmente prudente degli adattamenti formulari che consentivano la concessione in via «utile» delle azioni edittali, quale non poteva non rilevare anche a proposito delle convenzioni atipiche. Quasi un blocco sui rimedi previsti dal pretore, che si prestavano così, più rigidi e definiti nei contorni, all'estensione analogica attuata e tipizzata nell'*agere* e nell'*actio praescriptis verbis*, ma anche all'introduzione di *actiones in factum* approntate sul loro *exemplum*.

Certo questo rilievo è in gran parte congetturale, ma potrebbero rafforzarlo ulteriori dati. Nelle altre citazioni dall'*ad edictum* ove incontriamo la dizione di *utilis actio*, questa sembra infatti da leggere nel senso dell'ammissione o esclusione della diretta fruibilità dell'azione edittale, e non nella sua accezione tecnica, così che in nessuno dei nostri frammenti troviamo accordata la tutela in esame⁴²⁰. Diverso il quadro per i rimanenti scritti di Pomponio: in essi tuttavia il ricorso ad azioni «utili», dettato da visibili esigenze di equità, compare solo due volte, in contesti di non sempre indiscussa genuinità, e comunque sempre lontani dal mondo dei contratti⁴²¹.

⁴¹⁹) Come sembra invece ritenere VALIÑO, *Actiones utiles*, cit., p. 115. Più credibile che Pomponio procedesse attraverso distinzioni (cui in parte già accennava EIN, *op. cit.*, p. 178) o in base (anche) a diverse motivazioni, come forse l'impraticabilità o comunque la difficoltà di adattare la formula con una *fictio* o una trasposizione di soggetti (tese verosimilmente a considerare i due fondi come di proprietà di due diversi, unici soggetti). Ritene invece che Pomponio accordasse proprio una «*actio finium regundorum utilis*, en la que probablemente existiría la ficción de que Ticio era el único propietario del fondo común», VALIÑO, *Actiones utiles*, cit., p. 115.

⁴²⁰) Rilevano in questo senso due passi paolini, ossia (22 *ad ed.*) D. 4.9.6.2 («*Sed si damnum in eo datum sit ab alio, qui in eadem nave vel caupona est, cuius factum praetor aestimare solet, non putat Pomponius eius nomine hanc actionem utilem futuram*»), sul quale *supra* III.5.II.2 ove bibliografia, e – pur fra i molti dubbi di alterazione a suo tempo evidenziati - (29 *ad ed.*) D. 13.5.19.1 («*Sed is qui pure debet si sub conditione constituat, inquit Pomponius in hunc utilem actionem esse*»), esaminato *supra* III.5.II.3 ove bibliografia.

⁴²¹) I passi cui riferirsi sono (17 *ad Sab.*) D. 27.7.1.1 («*Quod penes tutorem fuit, heres quoque eius reddere debet: quod apud pupillum is reliquerit si heres capit, non quidem crimine caret, sed extra tutelam est et utili actione hoc reddere compellitur*») e (10 *ex var. lect.*) D. 39.3.22.2 («*Sed et si*

fructuarius opus fecerit, per quod aqua pluvia alicui noceat, erit quidem actio legitima cum domino proprietatis: an vero etiam utilis in fructuarium actio aquae pluviae arcendae danda sit, quaesitum est: et magis est ut detur). Sul primo passo, per tutti, VALIÑO, *Actiones utiles*, cit., p. 363 ss., G. LONGO, *Delictum e crimen*, Milano, 1976, p. 160 (con una lineare ricostruzione del pensiero di Pomponio: «si è fuori dell'ambito della tipica responsabilità tutoria; tuttavia, poiché reato vi è ... è concessa difesa in via utile»). Sul secondo, M. SARGENTI, *L'actio aquae pluviae arcendae. Contributo alla dottrina della responsabilità per danno nel diritto romano*, Milano, 1940, in particolare p. 123 s., 167 ove bibliografia, F. PETERS, *Das 'patientiam praestare' im klassischen römischen Nachbarrecht*, in «SDHI», XXXV, 1969, in particolare p. 141, VALIÑO, *Actiones utiles*, cit., p. 115 ss. ove bibliografia (il quale ritiene genuina la soluzione di Pomponio e spiegabile con una difformità di opinioni giurisprudenziali l'inconciliabilità del passo con Ulp. 53 *ad ed.*, D. 39.3.3.4), SOTTY, *Recherche sur les utiles actiones*, cit., p. 146 ss. (che non sembra dubitare della genuinità dell'*actio utilis*, fondata su una trasposizione di soggetti), SITZIA, *Ricerche in tema di «actio aquae pluviae arcendae»*, cit., in particolare p. 178, ove un quadro dei sospetti destatati dall'estensione «utile» all'usufruttuario della legittimazione passiva all'*actio aquae pluviae arcendae*.
