

alle stampe l'*editio maior* del Mommsen (1868-1870). Evento, questo, che rappresentò indubbiamente un punto di svolta per le vicende inter-

les textes anciennement connus, ou plus récemment découverts,⁸ *Tome troisième*, Paris, 1870, 336 s. e ivi nt. 4 ('Non in hoc agemus, ut interest nostra illam rem accepisse'); K. A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*. III. *Die Obligationen*, § 638, Marburg-Leipzig, 1869, 445, ('non in hoc agemus quod interest'); C. ACCARIAS, *Théorie*, cit., 38 nt. 1 ('non in hoc agemus, quod interest nostra illam rem accepisse'); E. BÖCKING, *Pandekten: Grundriss eines Lehrbuches des gemeinen auf das römische Recht gegründeten Civilrechts*, Bonn, 1861, 158 ('non in hoc agemus ut interest'); J. J. BACHOFEN, *De romanorum iudiciis civilibus, de legis actionibus, et de formulis et de conditione. Dissertatio historico-dogmatica*, Gottingae, 1840, 312 ('non in hoc agemus utique, quod interest nostra, illam rem accepisse'); R. J. POTHIER, *Pandectæ Justinianæ, in novum ordinem digestæ. Cum legibus codicis et novellis, quæ jus pandectarum confirmant, explicant, aut abrogant. Tomus I a libro I ad usque XX. Editio quarta*, Parisiis, 1818, *Liber XIX pandectarum. Titulus IV. De rerum permutatione*, 600, III: («Ideoque Pedius ait alienam rem danterem, nullam contrahere permutationem [] *Hoc casu* Igitur, ex altera parte traditione facta, si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus, ut interest nostra, illam rem accepisse de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur, conditionis locus est, quasi re non secuta»); M. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Troisième édition. Tome quatrième*, Paris, 1808, 428 ('non in hoc agemus ut interest nostram illam rem accepisse'), su cui vd. *infra* nt. 78; M. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus. Nouvelle édition revue et corrigée*, Paris, 1705, *Titre III. De l'échange*, 202 d. ('Ex altera parte traditione facta, si alter nolit tradere, non in hoc agimus, ut interest nostra illam rem accepisse, sed ut res nostra contra reddatur').

BREVI CONSIDERAZIONI SU PAUL. 32 <33> AD ED. D.19.4.1.4: TRA TRADIZIONE TESTUALE E PROPOSTE EMENDATIVE.

1. D.19.4.1.4 (Paul. 32 <33>¹ *ad ed.*) (Ed. Mommsen-Krüger): *Igitur ex altera parte traditione*

¹ Correzione proposta, sul presupposto di una continuità logica discorsiva con Paul. 33 *ad ed.* D.18.1.1.1, già da O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889 (rist. Graz, 1960), 1034 nt. 2; adesivamente P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 261 ss.; («passage parallèle, extrait probablement du même texte original de Paul») PH. MEYLAN, 'Permutatio rerum', in *Ius et Lex. Festgabe Gutzwiller*, Basel, 1959, 50 s.; G. MELILLO, *Forme e teorie contrattuali nell'età del principato*, in *ANRW*. 2.14, Berlin-New York, 1982, 497 nt. 224; A. BURDESE, *Osservazioni in tema di c. d. contratti innominati*, in *Estudios Iglesias*, I, Madrid, 1988, 148; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, II, Torino, 1995, 84; dubbi sul riferimento al *l. 32 ad ed.* si trovano in M. SARGENTI, 'Actio civilis in factum' e 'actio praescriptis verbis'. Ancora una riflessione, in *Vincula iuris. Studi in onore di Mario Talamanca*, VII, Napoli, 2001, 241 nt. 7; («gehören palingenetisch zusammen») M. ARTNER, 'Agere praescriptis verbis'. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren, Berlin, 2002, 102 nt. 172; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, 175 nt. 320; S. A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2007, 121ss., ove ulteriore letteratura; da ultimo («Il Lenel...ha sapientemente congiunto i due testi»), anche C. A. CANNATA, *Labeone, Aristo-*

facta si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus ut res tradita nobis reddatur, sed in id quod interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur, conditioni locus est quasi re non secuta.

La testimonianza qui riportata costituisce, com'è noto, la parte conclusiva di un dibattutissimo frammento paolino in tema di permuta, nel quale il giurista severiano si sofferma su un'analisi dei caratteri della fattispecie permutativa, in una prospettiva che appare subito rivolta alla valorizzazione dei profili di discontinuità rispetto allo schema contrattuale della compravendita consensuale.²

In un intreccio di argomenti, che a molti è parso spezzare la limpidezza della trama espositiva,³

ne e il sinallagma, in *Iura*, LVIII, 2010, 76 nt. 115, 120 nt. 120; per una specifica analisi di Paul. 33 *ad ed. D.18.1.1pr.*-1, si rinvia, con gli opportuni riferimenti bibliografici, a C. CASCIONE, *'Consensus'. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, 372 ss.; M. VARVARO, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008, 77 ss.

² Così, già, G. LA PIRA, *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, in *BIDR*, XLV, 1938, 305.

³ Le prime osservazioni in proposito risalgono già a A. FABER, *Coniecturarum Iuris Civilis, Libri Sex*, Lugduni, 1591, *Liber VI. Caput IX. Ad l. 1 D. de rer. permutat.*, 287, ove più precisamente si suggerisce di invertire l'ordine espositivo dei §§ 2 e 3, inserendo il tratto *'Ideoque Pedius-permutationem'* immediatamente dopo la frase *'in factum-respondetur'* del § 1 («ego existimo transpositum esse, & post illa præcedentia verba reponendum, in factum dandam actionem respondetur»);

cazione dei fratelli Albert e Moritz Kriegel (*fratres Kriegelii*).⁷⁰ Su di esse si trovò a lavorare la scienza giuridica europea ancora sino agli ultimi decenni del XIX sec.,⁷¹ sino a quando, appunto, fu data

con qualche forzatura — che l'edizione mommseniana si basa su una nuova collazione dell'edizione di Torelli con il *codex Florentinus*».

⁷⁰ Così ('non in hoc agemus, quod interest') A. ET M. KRIEGLER, *Corpus Juris Civilis*, Lipsiae, 1833, i quali, secondo quanto si apprende dalle loro stesse precisazioni (67), si erano avvalsi dell'edizione Torelliana per il cod. Florentinus, opportunamente integrata con schede di lettura condotte direttamente su F da Brenkmann, e dell'*editio Lugdunensis* per la c.d. *vulgata*; ancor prima ('non in hoc agemus, ut interest') vd. (con traduzione francese a lato) H. HULOT-J. F. BERTHELOT, *Les cinquante livres du Digeste ou des pandectas de l'empereur Justinien*, Tome troisième, Paris, 1804, 77; C. H. FREIESLEBEN, *Corpus Juris civilis academicum, in suas partes distributum, usuique moderno, ita accommodatum, ut nunc studiosorum quivis, etiam Tyro, uno quasi intuitu, omnes leges digestorum et codicis, omnesque titulos institutionum invenire possit*, Coloniae Munatianaë, 1735, 521 s. ('non in hoc agemus, ut interest'); G. C. GEBAUER-G. A. SPANGENBERG, *Corpus iuris civilis*, cit., 344 ('non in hoc agemus, ut interest nostra'), con interessante precisazione alla nt. 10 in relazione alla possibile origine della versione accolta in F: sul punto vd. *infra* nt. 80; I. L. G. BECK, *Corpus juris civilis*, Lipsiae, 1829, 271 ('non in hoc agemus utique, quod interest nostra illam rem accepisse').

⁷¹ Andando a ritroso nel tempo, e a scopo meramente indicativo, si vedano J. L. E. ORTOLAN, *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien, avec le texte, la traduction en regard, et les explications sous chaque paragraphe, précédée de l'histoire de la législation romaine, depuis son origine jusqu'à la législation moderne, et d'une généralisation du droit romain, d'après*

cor più nota edizione dei 'rivali'⁶⁷ Lelio e Francesco Torelli di poco successiva (1553),⁶⁸ utilizzata dallo stesso Mommsen,⁶⁹ alla più recente pubbli-

⁶⁷ Interessanti indicazioni su questo singolare caso di competizione editoriale possono trovarsi in H. E. TROJE, *Graeca Leguntur*, cit., 47 e ivi nt. 132, in cui può leggersi (più estesamente) la risposta («Hic quidem puram quam praetendit Florentinarum pandectarum lectionem, numquam vidit») data da Francesco Torelli nella *Prefatio lectoribus* alla 'provocazione' (H. E. TROJE, *Graeca Leguntur*, cit., 47) dell'edizione lionese ('ut nihil quod ad puram putam eorum librorum lectionem attinet, desiderari possit') pubblicata in tutta fretta due anni prima da Hugo a Porta e Antonius Vincentius, i quali, peraltro, erano pure riusciti a venire in possesso di alcune schede di lavoro di Elio Torelli.

⁶⁸ Stando almeno a quanto si trova riferito in G. C. GEBAUER-G. A. SPANGENBERG, *Corpus iuris civilis codicibus veteribus manuscriptis et optimis editionibus collatis*, Gottingae, 1776, 344 nt. 10; ma anche in A. ET M. KRIEGL, *Corpus Juris Civilis*, Lipsiae, 1833, 326 nt. 7; un ampio resoconto sulle vicende editoriali dell'*editio Taurelliana* (e su Lelio e Francesco Torelli, indicati come padre e figlio) si può trovare in H. BRENKMANN, *Historia Pandectarum, seu Fatum Exemplaris Florentini*, Trajecti ad Rhenum, 1722, *Liber IV. Caput V. Taurelliana editio Pandectarum*, 350 ss.; più di recente, in H. E. TROJE, *Graeca Leguntur*, cit., 41 ss., ove sono ben sintetizzati i principali elementi di criticità dell'opera; ID., *Ubi in libro Florentino*, cit., 73 ss; su questo specifico punto da ultimo, vd., anche, D. MANTOVANI, *La critica del testo del Digesto*, cit., 163 s.; per ulteriori indicazioni vd. E. R. MARTÍ, *La tradición manuscrita del digesto*, cit., 18 s. e ivi nt. 3.

⁶⁹ TH. MOMMSEN, *Ed. maior. Praefatio*, cit., XVII ss.; da ultimo lo ricorda D. MANTOVANI, *La critica del testo del Digesto*, cit., 163, secondo il quale si potrebbe anzi «dire — pur

ci si sposta dalla determinazione del contenuto del programma obbligatorio (pr.)⁴ al diverso piano della tutela processuale del contraente evitto (§ 1),⁵ per poi tornare ad affrontare la questione (tutta sostanziale) dei meccanismi costitutivi del rapporto contrattuale (§ 2-3),⁶ salvo infine concludere (nuovamente sul versante processuale) con la individuazione degli strumenti preposti a tutela dei contraenti (§ 4).

I sospetti, che più in generale hanno colpito l'intero squarcio paolino, non hanno risparmiato neppure il § conclusivo. Soprattutto in passato

per una critica alla linearità dell'intero sviluppo narrativo del frammento, si veda soprattutto P. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA, Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I, Pavia, 1913, 133, con la conclusione che «ben altro doveva essere l'aspetto originario del frammento di Paolo»; per una sconessione tra il pr. e il § 1 (in realtà imputabile ad un'inappropriata ricostruzione dogmatica dell'istituto della permuta) vd. PH. MEYLAN, *Permutatio rerum*, cit., 53: «la conséquence (unde) tirée de la solution négative des proculiens serait vraiment étrange»; in tempi più recenti rilievi in tal senso («indubbiamente qualcosa è caduto, in D.19.4.1, tra il pr. ed il § 1, ché l'unde con cui comincia quest'ultimo mal si riallaccia a quanto precedentemente detto») si trovano anche in M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla direzione*, in *BIDR*, XCII-XCIII, 1989-1990, 735 s.

⁴ Per un'analisi dei principali aspetti problematici posti dalla fonte, vd., con accurata rassegna bibliografica, S. A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione*, cit., 121 ss.

⁵ Un accenno sul punto si trova *infra* alle ntt. 85-86.

⁶ Vd. *infra* par. 2.

non si è esitato a esprimere giudizi estremamente severi sul piano sia sostanziale che stilistico, di fronte ad un paragrafo ritenuto «contraddittorio»⁷ e dallo «stile barbaro».⁸ In taluni casi si è persino giunti a mettere in dubbio l'esistenza stessa di un testo originario, insinuando il sospetto che ci si trovasse piuttosto di fronte ad una integrale falsificazione bizantina.⁹

Molte delle ragioni di incertezza sono oggi chiaramente venute meno, essendo condizionate dal punto di vista, imperante durante il periodo della critica interpolazionistica, che negava radicalmente un riconoscimento sul piano contrattuale dei rapporti negoziali atipici, per i quali l'unica forma di tutela prevista si sarebbe arrestata alla concessione della sola *condictio* o comunque di rimedi processuali decretali appositamente congegnati ('*actiones in factum*'), ma egualmente inadeguati al perseguimento dell'interesse c.d. positivo.¹⁰

⁷ Così («intricata e contraddittoria») P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*,⁵ Milano, 1912, 472 nt. 1: punto di vista mantenuto nelle successive edizioni.

⁸ P. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA*, I, cit., 133 ss. («contorto paragrafo», «stile barbaro»).

⁹ Così PH. MEYLAN, '*Permutatio rerum*', cit., 57, il quale appunto si chiedeva «s'il y avait là un texte primitif, ou si ce ne sont pas les Byzantins qui ont œuvré de toutes pièces».

¹⁰ In questo senso, J. POKROWSKY, *Die actiones in factum des classischen Rechts*, in *ZSS*, XVI, 1895, 84 s.; E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi proculieiani e sabiniani*, in *BIDR*, XXVIII, 1915, 29 s.; P. BONFANTE, *Istituzioni*,⁵ cit., 469 nt. 1; tra gli studi più recenti vanno segna-

zione assolutamente ininfluenza sul piano dell'interpretazione del brano, sembra doversi preferire, per ragioni che saranno meglio chiarite in seguito,⁶⁴ la lezione 'UT INTEREST' (cod. Vaticanus n. 1406).⁶⁵

Sempre a questo proposito è utile osservare che entrambe le lezioni, qui riferite, si trovano accolte nelle principali edizioni del Digesto, anche ben oltre il rinvenimento della *Littera Florentina*: dalla lontana *editio Lugdunensis* (1551),⁶⁶ o dalla an-

cura di Sandro Schipani (Trento, 14 e 15 dicembre 2007), a cura di M. Miglietta e G. Santucci, Trento, 2011, 161 ss.

⁶⁴ *Infra* in questo § e in nt. 82.

⁶⁵ Da questo punto di vista non devono ritenersi seriamente ostativi i rilievi avanzati da P. PESCANI, *Studi sul digestum vetus*, cit., 160, in relazione alla minore attendibilità dell'apparato critico di Mommsen, relativamente a V, non avendo avuto modo lo studioso tedesco di visionare direttamente il manoscritto in questione. Si tratta infatti di rilievi di ordine generale, e che almeno relativamente al nostro caso, sono da considerarsi superati anche in base alla semplice considerazione che l'ampia diffusione della lezione qui suggerita rende estremamente improbabile l'ipotesi di un errore di lettura del cod. Vaticanus.

⁶⁶ *Digestum Vetus. Digestorum seu Pandectarum Iuris enucleati ex omni iure veteri in libro cinquaginta collecti auctoritate sacratissimi principis Dn. Iustiniani Augusti Tomus Primus (Digestum Vetus vulgo vocant), Primam Secundam, Tertiã, ac Quartæ partis libros quator & Quinti titulos duos continens: ita in universum Pandectis Florētinis recognitus, emendatus, ut nihil quod ad puram putam eorum librorum lectionem attinet, desiderari possit, apud Hugonem a Porta et Antonium Vincentium, Lugduni, 1551, 1274 ('non in hoc agemus, quod interest').*

copia la prima parte del codice»; più in generale, sulle vicende della tradizione manoscritta del Digesto (oltre alla lettura di F. C. VON SAVIGNY, *Storia del diritto romano*, I, cit., 682 ss., ancora utile per la letteratura meno recente), per una prima informazione, vd. P. PESCANI, voce *Florentina (Littera)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, 409 ss.; S. J. ROBLEDA, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*,² Roma, 1979, 329 ss.; G. IMPALLOMENI, *La 'Littera Florentina' e i manoscritti patavini del 'Digestum vetus' e del 'Codex'*, in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 615 ss.; G. PURPURA, *Diritto, papiri e scrittura*, Torino, 1999, 152 ss.; per un'analisi più approfondita, vd. J. MIQUEL, *Mechanische Fehler in der Überlieferung der Digesten*, in *ZSS*, LXXX, 1963, 233 ss.; ID., *Tre autografi di due amanuensi del 'Codex Secundus'*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, V, Napoli, 2001, 425 ss.; H. E. TROJE, *Graeca Leguntur*, cit., 5 ss., ove, in particolare, viene tracciato un dettagliato quadro delle vicende giurisprudenziali ed editoriali maturate tra il XV e XVI sec. intorno al *codex Florentinus*; ID., *Ubi in libro Florentino duae lectiones inveniuntur...: zur Geschichte der Digesteneditionen (16.-19. Jr.)*, in *TR*, LXXII, 2004, 61 ss.; ulteriori ragguagli bibliografici possono trovarsi anche nell'ampio lavoro di E. R. MARTÍ, *La tradición manuscrita del digesto en el occidente medieval, a través del estudio de las variantes textuales*, in *AHDE*, LXXII, 1987, 5 ss.; si vedano, inoltre, sul punto G. C. J. J. VAN DEN BERGH-B. H. STOLTE JR., *The unfinished Digest edition of Henrik Brenkman (1681-1736). A Pilot-Survey and Edition of Digest 9.2 ad legem Aquiliam*, in *TR*, XLV, 1977, 227 ss.; B. H. STOLTE, *Some thoughts on the early history of the Digest text (Appendix: Ms. Naples IV.A.8 foll. 36-39 resc.)*, in *Subseciva Groningana*, VI, 1999, 103 ss.; D. MANTOVANI, *La critica del testo del Digesto fra passato e futuro*, in *Problemi e prospettiva della critica testuale. Atti del 'Seminario internazionale di diritto romano' e della 'Presentazione' del terzo volume dei 'Iustiniani Digesta seu Pandectae'. Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione a*

Circostanza, questa, che nel caso in questione per lo più orientava gli studiosi a sopprimere ogni riferimento all'azione diretta all'*id quod interest*, in ciò peraltro rafforzati dalla considerazione che tale concetto rappresentasse 'una delle idee predilette dei Bizantini'.¹¹ Il brano avrebbe dunque in

lati S. TONDO, *Note ulpianee alla rubrica editale per i 'pacta conventa'*, in *SDHI*, LXIV, 1998, 455, 464; P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin, 2002, 21 nt. 17; un richiamo all'impostazione di Betti sembra cogliersi ultimamente anche in T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, 149 nt. 242; punto di vista riproposto in *Sul 'responsum' di Aristone in D.2.14.7.2 (Ulp. 4 ad ed.): l'elaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, 325 nt. 123; per una svalutazione della distinzione tra *actio civilis (incerti)* e *actio in factum* sul piano della perseguibilità dell'interesse positivo all'adempimento', vd. invece P. VOCI, *La dottrina romana*, cit., 233, 283; a favore dell'idoneità dell'*actio in factum* a perseguire l'*id quod interest*' in contrapposizione ad un impiego meramente ripetitivo della *condictio* sembra schierarsi anche B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953, 103 nt. 1; M. BALZARINI, voce *Permuta (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, 995; da ultimi, con decisione, M. SARGENTI, *'Actio civilis in factum'* (2001), cit., 242, 269 s.; C. A. CANNATA, *Labeone, Aristone*, cit., 78 s. Più in generale, per una lucida sintesi della distinzione tra interesse negativo (c.d. 'negatives Vertragsinteresse') e interesse positivo ('Erfüllungsinteresse') si rinvia, con opportuni riferimenti bibliografici, A. MORDECHAI RABELLO, *La teoria di Rudolph von Jhering sulla culpa in contraendo*, in *Fil...a. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, a cura di Federico Maria d'Ippolito, Napoli, 2007, 2196 s. nt. 65.

¹¹ P. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA*, I, cit., 133 ss.; P.

origine ribadito il principio (l'unico da ritenere valido per il diritto classico) in base al quale, di fronte alla mancata esecuzione della 'controprestazione', al primo esecutore non sarebbe rimasta altra possibilità che ricorrere alla *condictio* in via di ripetizione:¹² soluzione, questa, che si sarebbe, peraltro, saldamente mantenuta ancora sino ai tempi di Diocleziano.¹³

COLLINET, *La genèse du digeste, du code et des institutes de Justinien*, Paris, 1952, 189; in senso contrario vd. P. VOCI, *La dottrina*, cit., 263.

¹² Proponeva di sopprimere '*in hoc*' e il tratto '*ut res- sed*' G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen 2*, Tübingen 1911, 161, il quale provava a risolvere l'incertezza del testo anche dal punto di vista del diritto giustiniano attraverso la duplice (e fantasiosa) ipotesi di una svista del copista, il quale o avrebbe ommesso di scrivere la frase '*ea actione quae ex permutatione competit*' prima di '*non in hoc*', o, diversamente, avrebbe lasciato in piedi il tratto '*sed ut-secuta*' soppresso invece dai compilatori («obgleich vom Kompilatoren gestrichen»); P. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA*, I, cit., 133 ss.; una critica al punto di vista di Beseler si trova già in F. SCHWARZ, *Die Grundlage der 'condictio' im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln, 1952, 140.

¹³ In questo senso, vd. soprattutto C.4.64.7 (Diocl., a. 294) '*Emptionem rebus fieri non posse pridem placuit... si placitis citra stipulationis solemnitatem non exhibeant fidem, quantum dedisti, causa non secuta condicere pro desiderio tuo potes*': ('Diocletien ignore l'existence d'une action civile en exécution du contrat') CH. APPLETON, *L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine. Fr. 16 D. De cond. causa data XII, 4*, in *RHD*, XXX, 1906, 774 nt. 3; per una valorizzazione del brano, nella direzione qui indicata, si veda, con indicazione

Il brano va piuttosto restituito nel modo seguente:

Igitur ex altera parte traditione facta, si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus, ut interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit, sed, ut res contra nobis reddatur, condictio locus est, quasi re non secuta.

In alternativa, si potrebbe leggere '*non in hoc agemus, quod interest*'. Per quanto entrambe le ricostruzioni trovino eguale supporto sul piano della tradizione manoscritta,⁶³ e benché si tratti di op-

⁶³ Per la prima ('*ut interest*') depone cod. Vaticanus n. 1406, per la seconda ('*quod interest*') i codd. Parisinus n. 4450 e Patavinus n. 941: la segnalazione si trova in TH. MOMMSEN, *Ed. maior*, cit., 574 nt. I. 30 («*ut interest nostra V^a; 'quod interest nostra P^b U*»). Come può osservarsi dalla precisazione di Mommsen, la lezione '*ut interest*' di Vat. n. 1406 appartiene alla cd. mano A (V^a). Lo stesso manoscritto, stando sempre alle indicazioni forniteci dallo studioso tedesco, conserva una seconda lettura meno affidante ('*quae interest nostra*'), ascrivibile invece al copista cd. B (V^b). Per interessanti indicazioni sui segni distintivi delle due 'mani', ma, più in generale, per un'accurata descrizione paleografica del cod. Vaticanus, si rinvia, con dettagliati riferimenti bibliografici, a F. SANTONI, *Copisti-editori di manoscritti giuridici. 1. Il codice Vaticano latino 1406 del Digestum Vetus e l'edizione del testo fra copisti e glossatori*, in *La collaboration dans la production de l'écrit médiéval. Actes du XIII^e Colloque du Comité international de paléographie latine* (Weingarten, 22-25 septembre 2000), Paris, 2003, 231 ss., ove peraltro si avanza la congettura di un'origine nanontolana del manoscritto databile tra 1070-1080, per mano del «causidico e giudice Nordilo»: da identificare forse proprio con «la mano A che

Guardando al caso in questione, non si può fare a meno di rilevare che l'estensore del brano si muove nella prospettiva di una evidente generalizzazione della soluzione adottata nell'omologo giustiniano, la quale non presenta più alcuna connessione rispetto al precedente § 3.

Nelle intenzioni di chi lo ha scritto, Bas.20.3.1.4 rappresentava appunto espressione del regime del concorso alternativo tra azione di adempimento e azione di ripetizione, nel presupposto ovviamente di un rapporto contrattuale di permuta perfettamente costituitosi. E in questa prospettiva la diversa formulazione del brano si dimostra sicuramente più efficace rispetto all'altrimenti contorto sviluppo del passo paolino qui esaminato.⁶²

Si è però già evidenziato che la soluzione adottata in Paul. 32 *ad ed.* doveva riferirsi alla differente ipotesi di un mancato perfezionamento della fattispecie contrattuale per via dell'altruità della *res* 'alienata'. Per le medesime ragioni deve considerarsi egualmente inappropriato il richiamo a Paul. 5 *quaest.*

ss.; più, di recente, con riferimenti bibliografici, A. SACCOCCIO, *'Si certum petetur'. Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' giustiniane*, Milano, 2002, 580 ss.; ulteriore letteratura in proposito può trovarsi in M. MIGLIETTA, *Riflessioni*, cit., 736 s. nt. 165.

⁶² Lo nota, pur in un diverso ordine di idee, già J. C. NABER, *Observantiunculae*, cit., 85 («Contradictionem delevit quidem Anonymi versio»).

Il testo andava pertanto così ricostruito: '*Igitur ex altera parte traditione facta, si alter rem nolit tradere, conditioni locus est quasi re non secuta*'.¹⁴

Nonostante, come si è detto, tali motivi di dubbio siano stati ampiamente superati, parte della dottrina non nasconde le proprie perplessità di fronte ad un testo che anzi seguita a considerare afflitto da «guasti rilevanti»,¹⁵ per quanto non ci si è in effetti preoccupati di chiarire nel dettaglio quali parti della testimonianza si debbano considerare sospette.

In considerazione del mutato clima metodologico, nessun serio dubbio sembra comunque sussistere circa il ricorso da parte di Paolo all'*actio* diretta all'*'id quod interest nostra illam rem accepisse, de*

della letteratura più risalente, P. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA*, I, cit., 154.

¹⁴ Così, ad es., J. C. NABER, *Observantiunculae de iure romano. XLVIII. De praescriptis verbis actione*, in *Mnemosyne*, XXII, 1894, 85 s.; nella sostanza anche CH. APPLETON, *L'obligation de transférer*, cit., 773 s. nt. 3, di cui si veda però *infra* nt. 49, 80; P. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA*, I, cit., 133 ss.; sostanzialmente non differente la ricostruzione proposta da F. SCHWARZ, *Die Grundlage der 'condictio'*, cit., 139 ss.: '*Igitur ex altera parte traditione facta, si alter rem nolit tradere, non [—] in id <agetur> quod interest [—] sed, ut res contra nobis reddatur, conditioni locus est [—]*'.

¹⁵ Così F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 85 nt. 10; punto di vista condiviso da L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio, Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, 358.

qua convenit.¹⁶ Per coloro che credono all'esistenza di una pluralità di rimedi processuali,¹⁷ si pone semmai il problema di stabilire se l'azione proposta dal giurista severiano (e forse prima di lui da

¹⁶ Per la genuinità vd. già E. BETTI, *Sul valore dogmatico*, cit., 26; C. A. MASCHI, *Impostazione storica della compravendita e della permuta nel libro 33 ad edictum di Paolo*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, II, Milano, 1956, 355 ss. = *Il diritto romano 1. La prospettiva storica della giurisprudenza classica*,² Milano, 1966, 611, 616 s. e ivi nt. 127; P. VOCI, *La dottrina*, cit., 261 ss.; B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, cit., 103 nt. 1, su cui vd. però *infra* nt. 26; M. BALZARINI, *Permuta (dir. rom.)*, cit., 994; più recentemente A. BURDESE, *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje J. L. Murga Gener*, Madrid, 1994, 83 s.; con nettezza («si ricava... in modo sicuro che Paolo ricollegava (con *igitur*) alla citazione di Pedio, l'affermazione che, nell'ipotesi di *datio* compiuta da una parte e non seguita dall'altra parte, non si agiva per la restituzione, ma per l'*id quod interest*») F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 85 nt. 10; adesivamente L. GAROFALO, *Contratto*, cit., 358; J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones. Eigenart und Textgeschichte einer spätclassischen Juristenschriften*, Berlin, 1993, 221; mostra di considerare genuino il riferimento anche T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., 149 nt. 244, 188 nt. 348; non sembra muovere alcun rilievo alla fonte (neppure relativamente alla chiusa '*sed ut – secuta*') B. SCHMIDLIN, *Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die 'actio praescriptis verbis'. Zum aktionenrechtlichen Aufbau der römischen Konsensualverträge*, in *ZSS, CXXIV*, 2007, 85 s. nt. 56.

¹⁷ Sulla questione si rinvia, per una panoramica generale delle diverse posizioni assunte in dottrina, a G. ROMANO, *Nota sulla tutela del contraente evitto nell'ambito dei c.d. contratti innominati. Il caso dell'actio auctoritatis*, in *D@S*, IX, 2010, sez. 'Tradizione romana', 20 nt. 4.

vd. H. J. SCHELTEMA, *L'enseignemet de droit des antecesseurs*, Leiden, 1970; N. VAN DER WAL-J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris-graeco romani delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen, 1985, 38 ss.; sulla figura degli *antecessores*, si veda, da ultimo, il contributo di G. FALCONE, *Premessa per uno studio sulla produzione didattica degli antecessores*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, a cura di J. H. A. Lokin e B. H. Stolte, (Collegio di diritto romano 2009), Pavia, 2011, 147 ss.

⁶¹ Al riguardo è appena il caso di ricordare che l'*emendatio* ('diŏrqwsij') o *repurgatio* ('ċnakEqarsij') dei testi giustiniani, voluta dall'imperatore Leone, non fu condotta lavorando direttamente sulla compilazione giustiniana. Per quanto concerne in particolare il Digesto, ci si sarebbe quasi sistematicamente avvalsi della *Summa* dell'Anonimo o comunque di *Summae* da questa ricavate. Solo con minore frequenza si sarebbe fatto ricorso alle opere di altri eminenti maestri bizantini, sostanzialmente coevi alla compilazione giustiniana (Stefano), o che addirittura a questa avrebbero prestato un decisivo contributo, come nel caso di Doroteo. Ancora preziosa si rivela, sul punto, la consultazione di G. E. HEIMBACH, *Basilicorum libri LX*, vol. VI, Leipzig, 1870, *Prolegomena*, 5, 15 s., 54 ss. («ex Basilicis, quorum textus, quantum ad Digestum attinent, regulariter ex Anonimi summa desumptus est»); in proposito e per un'efficace sintesi sugli aspetti più controversi relativi alla figura dell'Anonimo, nome sotto il quale parrebbero in realtà celarsi più giuristi di epoca diversa (perlomeno due — il cd. 'anziano' di epoca giustiniana e comunque prima del 580, e il 'giovane' Enantiofane —, ma c'è chi è arrivato a contarne addirittura tre), vd., H. J. SCHELTEMA, *Byzantine Law*, in *Cambridge Medieval History 4-2-21* (1967), ora in *Opera minora ad iuris historiam pertinentia*, a cura di N. Van der Wal – J. H. A. Lokin – B. H. Stolte – Roos Meijering, Groningue, 2004, 42, 47 ss.; N. VAN DER WAL-J. H. A. LOKIN, *Historiae iuris-graeco romani delineatio*, cit., 46 ss., 81

zantini,⁶⁰ le cui opere sarebbero state poi adoperate per la stesura dei Basilici.⁶¹

die Entstehung der Digesten, Leipzig, 1913, 36 ss., il quale ha piuttosto pensato all'esistenza di due diversi manoscritti latini, con una congettura che, quantomeno limitatamente agli errori di indicazione dei nomi nella Florentina segnalati da Riccobono, è parsa più convincente anche a V. ARANGIO RUIZ, *La compilazione*, cit., 101; J. M. SONTIS, *Die Digestensumme des Anonymos 1. Zum Dotalrecht (Ein Beitrag zur Frage der Entstehung der Basilikentextes)*, Heidelberg, 1937, ove le discordanze rispetto al Digesto vengono piuttosto spiegate con il carattere sintetico e interpretativo del lavoro dell'Anonimo; una critica a tratti anche severa, rispetto all'ipotesi (in particolare di Riccobono) di 'contaminazioni' classiche nelle opere dei giuristi bizantini, si trova («qui commentaria Byzantina perscrutantur ut vestigia iuris antiqui inveniant, umbras persequuntur [] nemo scribat de iure Byzantino, qui codicum editionumve vitiorum ignarus est») anche in H. J. SCHELTEMA, *De antiquae iurisprudentiae reliquis in libris byzantinis oblectamentum*, in *TR*, XVII, 1941, 412 ss., per il quale almeno buona parte delle divergenze delle opere bizantine rispetto a F trovano una più ragionevole spiegazione sul piano della (differente) tradizione testuale («saepe commentarii et textus Florentinus divergunt, non quia Graeci non ipsa Digesta adhibuerunt, sed quia saepe Digestorum textus in incertum pendet»); dello stesso autore vd. *Les sources du droit de Justinien dans l'Empire d'orient*, in *RHD*, XXIX, 1952, 2 ss. («lorsqu'on étudie l'apparatus criticus de Mommsen, on constate qu'à chaque page le texte employé par les Grecs était un autre que celui du Code florentin [] ces différences des commentaires grecs avec le Code florentin [] proviennent de ce que les originaux latins étaient très variés»).

⁶⁰ Per un limpido quadro sugli studi giuridici nelle scuole d'oriente, e per una distinzione tra *antecessores* e *scholastici*

Pedio)¹⁸ debba essere ricondotta al modello aristoniano dell'*actio civilis incerti*,¹⁹ o piuttosto a quello labeoniano dell'*agere praescriptis verbis*.²⁰

¹⁸ Incerto in proposito A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *Iura*, XXXVI, 1985, 27, il quale, pur denunciando sul piano sostanziale una sintonia con la prospettiva del sinallagma aristoniano («Pedio...sembra individuare nella permuta una figura di convenzione atipica produttiva di obbligazione, parrebbe civile, solo sul presupposto di avvenuta valida *datio* di una delle cose oggetto di scambio: ci si distacca, con ciò, da un lato dalla tesi sabiniana della identificazione della permuta con la compravendita, ma non vi si vede, dall'altro, nemmeno una figura simile alla compravendita seguendo Labeone, quanto piuttosto una figura di *do ut des* assimilabile a contratto reale»: così anche in *Osservazioni*, cit. 139), sembra restio ad ammettere un impiego dell'*actio civilis incerti*, imputando piuttosto a Pedio il ricorso alla sola *condictio* («la preesistente azione edittale con *intentio certa* diretta al *rem dare oportere*, e *condemnatio* al *quanti ea res est* riferita al valore oggettivo della cosa»), per quanto lo stesso studioso finisca per concludere (68) «siffatta azione civile [scil.: *a. civ. inc.*] sembrerebbe riconosciuta, oltretutto da Aristone, da Sesto Pedio e da Nerazio Prisco»; un impiego dell'*actio civilis incerti* da parte di Pedio sembrerebbe desumersi anche da quanto successivamente sostenuto in A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 154: in proposito vd. *infra* nt. 25; denuncia l'assoluta assenza di informazioni sul mezzo processuale in concreto adoperato da Pedio, M. ARTNER, '*Agere praescriptis verbis*', cit., 118 nt. 250 («Über die nach seiner Ansicht daraus entstehenden Rechtsmittel erfahren wir aber nichts»).

¹⁹ Così («parrebbe trattarsi dell'*actio civilis incerti*») A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 51; ID., *Osservazioni*, cit., 148; ID., *I contratti innominati*, cit., 83; per un impiego dell'*actio civilis incerti* sembra orientarsi anche M. TALAMANCA, *Pub-*

Si tratta di una questione estremamente complessa che non si può pensare di affrontare in questa sede. Si può qui in proposito solo osservare che se in dottrina sembra prevalente l'idea di un'adesione alla nozione sinallagmatica aristoniana ('*ex re tradita*' = '*causa*') da parte di Paolo,²¹ gli studiosi non si sentono di escludere un approccio labeoniano sul versante giudiziale, essendo oggi in molti a proporre un processo di sintesi della prospettiva processuale del giurista augusteo con l'impostazione sostanziale aristoniana.²²

blicazioni (1989-1990), cit., 735.

²⁰ In questo senso vd. P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum*, cit., 21 nt. 17; ad un'azione modellata sull'*actio empti* pensa J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones*, cit., 221.

²¹ Così già C. A. MASCHI, *Il diritto romano*, I, cit., 613 s.; A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 154: «Paolo individua nella *permutatio*, con richiamo a Pedio, un negozio a sé stante, di *do ut des*, che richiede per la sua conclusione una avvenuta *datio* e fa sorgere, *ex re tradita*, l'*obligatio* (da presumersi civile)»; ad una 'matrice' aristoniana pensa anche F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 85, 89; per un accoglimento dello schema labeoniano, vd. invece A. SCHIAVONE, *Studi*, cit., 134 s.

²² Ad un percorso di avvicinamento delle due differenti prospettive processuali, intensificatosi nel corso dell'età tardoclassica, diretto al superamento della distinzione tra i due mezzi sul piano della tecnica formulare, che poteva apparire in taluni casi (D.19.5.5.1, C.4.64.1) superflua («überflüssig»), pensa di recente M. ARTNER, '*Agere praescriptis verbis*', cit., 161 ss., 234, 238 s., il quale, più in particolare, attribuisce a Pomponio le prime applicazioni dell'*agere p.v.* labeoniano nell'ambito delle azioni scaturenti da contratti reali, (D.13.6.13.2: *actio commodati*; D.4.3.9.3:

Fatti questi, come si diceva, ben noti agli studiosi, i quali in taluni casi hanno provato a spiegare tali anomalie ricorrendo all'ipotesi di un impiego di materiale 'classico'⁵⁹ da parte dei maestri bi-

⁵⁹ Spunti in tale direzione si trovano già in I. ALIBRANDI, *Dell'utilità*, cit., 49 ss.; C. FERRINI, *Sull'esistenza della formula proibitoria nell'albo pretorio*, in *Per l'VIII centenario dell'Università di Bologna. Studi giuridici e storici*, Roma, 1888, 83 ss.; soprattutto in S. RICCOBONO, *Gli scolii sinaitici. Frammento di un commentario greco all'opera di Ulpiano ad Sabinum elaborato nelle scuole d'Oriente del V secolo e riveduto dopo la compilazione di Giustiniano*, in *BIDR*, IX, 1896, 272 ss.; ID., *Tracce di diritto romano classico nelle collezioni giuridiche bizantine*, in *BIDR*, XVIII, 1907, ora in *Scritti*, I, cit., 399 ss.; ID., *Il valore delle collezioni*, cit., 463 ss.; A. GUARINO, *I digesti e la summa dell'Anonimo*, in *SDHI*, V, 1939, 273 ss., ora in *Pagine di diritto romano* 4, Napoli 1994, 494 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *La compilazione giustiniana e i suoi commentatori bizantini (da Ferrini a noi)*, in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini pubblicati dalla R. Università di Pavia*, Milano, 1946, ora in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli, 1977, 102 ss., ove comunque si tende a ridimensionare («influenze rare ed eccezionali»: 109) l'uso di «indici, paragrafi, kat | pōdaj preparati sulle compilazioni scolastiche anteriormente alla compilazione»; pur in assenza di contributi specifici, l'idea di un accesso dei giuristi bizantini a materiale classico, per il tramite, magari, di elaborazioni scolastiche pregiustiniane, si trova oggi ripetutamente affermata in dottrina. In proposito, ci limitiamo a segnalare, con riferimento alla materia qui affrontata, M. ARTNER, '*Agere praescriptis verbis*', cit., 47 s.; M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino, 2008, 138 s., ove si torna a ipotizzare una conoscenza, da parte di Stefano, della formula dell'*a.p.v.*; l'ipotesi di impiego di materiale classico è stato messo, invece, in discussione già da H. PETERS, *Die oströmischen Digestenkommentare und*

prudenza,⁵⁵ e che diversamente rischia di condurre a conclusioni estremamente incerte,⁵⁶ anche sul piano, apparentemente meno problematico, della ricostruzione del testo giustiniano.⁵⁷

Chi si è anche solo accostato allo studio di tali fonti ha avuto certo modo di sperimentare quanto non infrequenti siano le deviazioni testuali rispetto al testo latino (ϕht0n), o persino discostamenti sul piano della soluzione giuridica.⁵⁸

⁵⁵ Un invito in tal senso è rivolto da M. MIGLIETTA, *Riflessioni intorno a Bas.23.1.31.1: problemi testuali e prospettive di giuristi bizantini*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano 2*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2007, 710 nt. 63.

⁵⁶ In questo senso vd. ad es. J. SCHMIDT-OTT, *'Pauli Quaestiones'*, cit., 225, il quale, argomentando dall'assenza in Bas.20.4.5.2 di ogni riferimento al punto di vista di Giuliano che troviamo invece nel ῥητόν D.19.5.5.2, ha ritenuto di dover espungere il riferimento al giurista adrianeo e all'*actio in factum* da questi suggerita, ritenendolo il risultato di un'alterazione (non si capisce bene peraltro da chi attuata) condizionata da Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.2, senza prendere in considerazione l'ipotesi che la soluzione adottata nel testo greco rappresenti piuttosto il punto di vista bizantino: peraltro, all'Autore deve esser evidentemente sfuggito che nel testo dei Basilici, così come degli *scholia recentiora*, non si riscontra il riferimento al nome di giuristi.

⁵⁷ A denunciarlo è lo stesso TH. MOMMSEN, *Ed. maior. Praefatio*, cit., LXXIII s.; sul punto vd. anche P. BONFANTE-C. FADDA-C. FERRINI-S. RICCOBONO-V. SCIALOIA, *Digesta Iustiniani Augusti. Libri I-XXVIII*, Milano, 1908, *Praefatio*, V ss.

⁵⁸ Il dato è segnalato da S. RICCOBONO, *Il valore delle collezioni*, cit., 368, 374.

Se poi si tiene conto che si è addirittura impunito allo stesso Aristone, proprio in materia di permuta, l'adozione dell'*actio in factum* labeoniana,²³ e più in generale l'impiego di entrambe le azioni 'in presenza dei presupposti di ciascuna di esse',²⁴ non ci si deve stupire se da parte della stessa dottrina si sia ipotizzato un ricorso, anche

actio depositi), grazie anche alla rielaborazione aristoniana («dies war vermutlich durch Aristos Vorarbeit („dedi ut“) beeinflusst»).

²³ A. BURDESE, *Osservazioni*, cit. 138 s., il quale, in base a D.19.4.2, osserva come la permuta sia qui presentata come ipotesi «affine» alla compravendita «e quindi presumibilmente a sfondo in sé meramente convenzionale, con relativo riconoscimento della possibilità di renderla, indipendentemente da avvenuta *datio, hinc et inde* azionabile, sulla scia del pensiero labeoniano, tramite *actio in factum* diretta a un *oportere ex fide bona*»; così anche A. BURDESE, *I contratti innominati*, cit., 78, con la precisazione — sembrerebbe in risposta ai rilievi di M. TALAMANCA, *Pubblicazioni* (1989-1990), cit., 735, sui quali vd. *infra* nt. seg. — per cui «l'utilità di ammettere questa seconda azione, di buona fede, sarebbe consistita nella opportunità di sanzionare con essa obblighi che non sarebbero potuti rientrare in un *oportere* di stretto diritto, quale sanzionato dall'*actio qua incertum petimus* o *condictio incerti*».

²⁴ Con prudenza («Aristone avrebbe forse ammesso anche l'alternativa tra le due azioni») A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 138, 154; per un valutazione critica rispetto all'ipotesi di un impiego aristoniano dell'*a.p.v.* labeoniana avanzata da Burdese, ma anche riguardo alla possibilità di un impiego di diversi mezzi processuali in relazione alla medesima fattispecie negoziale, vd. M. TALAMANCA, *Pubblicazioni* (1989-1990), cit., 734 s.

da parte di Paolo (e prima ancora Pedio), all'*actio in factum* labeoniana, per quanto in via sussidiaria rispetto all'*actio civilis incerti* aristoniana.²⁵

In un quadro così articolato, non è poi mancato chi ha piuttosto suggerito un'identificazione dell'indicata azione risarcitoria con l'*actio in factum* di cui al § 1, da intendersi però ai sensi di Gai 4.46 (*formula in factum concepta*).²⁶ Proposta che anche recentissimamente è stata ripresa da autorevolissima dottrina,²⁷ la quale, per superare il pos-

²⁵ In questo senso, in base a Paul. 3 *ad Plaut.* D.19.4.2, A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 154, secondo il quale «Pedio e Paolo, per l'ipotesi di permuta, avrebbero ammesso la prima (scil. *in factum* di buona fede) solo in via sussidiaria, in assenza anche soltanto della possibilità di esperire la seconda ad avvenuta esecuzione di una delle prestazioni corrispettive»; in termini più generali, l'ipotesi di un ricorso (da parte di Paolo) a mezzi processuali diversi dall'azione civile, da effettuarsi «solo in via sussidiaria», si trova già in A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 53; per un ridimensionamento del rilievo attribuito da Burdese a D.19.4.2, vd. M. TALAMANCA, *Pubblicazioni* (1989-1990), cit., 734, ove piuttosto si osserva come la «vicinanza» della permuta rispetto alla compravendita serva piuttosto a «giustificare l'estensione del sistema di garanzie per i vizi».

²⁶ P. VOCI, *La dottrina romana*, cit., 258 («È mia opinione, per contro, che l'*a. in factum* abbia avuto la funzione di azione contrattuale, in concorso elettivo con la *condictio*, diretta alla restituzione del dato»); per un'identificazione con l'*actio in factum*, le cui «conseguenze non potevano essere diverse di quelle indicate nel testo, cioè azione per l'*id quod interest*», anche B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, cit., 103 nt. 1.

²⁷ C. A. CANNATA, *Labeone, Aristone*, cit., 77 ss.

all'apparire delle prime edizioni dei Basilici.⁵² Non pochi, peraltro, sono quelli che riguardano specificamente la materia dei contratti innominati,⁵³ e addirittura lo stesso pr. del frammento paulino qui esaminato, ove sulla scorta di Bas. 20.3.1 si è ritenuto di dover inserire la frase <*permutatio emptio venditio esse quoniam non potest*> tra '*non potest*' e '*inveniri*'.⁵⁴

Per quanto, dunque, ci si trovi in presenza di un uso largamente consolidato, si deve però pur sempre tenere in considerazione che si tratta di un materiale la cui valutazione impone massima

delineatio, Heidelberg, 1839, III s.; ID., *Aus und zu den Quellen des römischen Rechts*, in ZSS, XXIII, 1889, 252 ss.; ulteriori indicazioni si possono trovare in I. ALIBRANDI, *Dell'utilità*, cit., 49 ss.

⁵² Per un efficace quadro di sintesi delle (prime) vicende editoriali si rivela ancora utile la consultazione di E. ZACHARIA VON LINGENTHAL, *Juris Graeco – Romani delineatio*, cit., 48 s.; più di recente vd. F. GORIA, *I «Basilici» e l'edizione di K. –W.- E. Heimbach*, in *Basilicorum libri LX. Ristampa digitale a cura di M. A. Fino*, in *Rivista di diritto romano*, Milano, 2002, 7 ss.

⁵³ Sulla scorta di Bas.20.5.26 è stata, ad es., in larga misura ricostruita la seconda parte di Pomp. D.19.5.26 (lo nota P. VOCI, *La dottrina romana*, cit., 260 s.); così come anche per D.19.5.27 si è rivelato essenziale Bas.20.4.27: che la versione dei Basilici costituisca probabilmente una semplificazione («Vereinfachung») del brano originario è sostenuto da M. ARTNER, '*Agere praescriptis verbis*', cit., 156 nt. 460: «doch ist nach den Vereinfachungen, die in den Basiliken mit größter Wahrscheinlichkeit vorgekommen sind».

⁵⁴ Così TH. MOMMSEN, *Ed. maior*, cit., 574; adesivamente C. A. CANNATA, *Labeone, Aristone*, cit., 77 nt. 116.

Si tratta di una restituzione che difficilmente può essere però accolta.⁴⁹ A essere in discussione non è certo l'utilizzabilità delle fonti bizantine sul piano della ricostruzione testuale. Si tratta di un materiale prezioso e che in più di una circostanza si è rivelato decisivo per porre rimedio ai molti guasti e soprattutto alle molte lacune che affliggono il testo della *Littera Florentina* (F), e non solo.⁵⁰ Si può contare anzi una nutrita casistica di interventi in tal senso,⁵¹ sostanzialmente già

⁴⁹ Una critica alla ricostruzione di Mommsen si trova già in CH. APPLETON, *L'obligation de transférer*, cit., 773 s. nt. 3 a («Le supplément de Mommsen [] inspiré par une scolie, est, justement pour cela, dénué de toute valeur, car le scoliate a naturellement exprimé le droit de Justinien. C'est celui de Paul que nous voulons»).

⁵⁰ In proposito vd. F. C. VON SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel medio evo* 1, trad. a cura di E. Bollati, Torino, 1854, 687 s. nt. g; K. W. E. HEIMBACH, *Über den Nutzen der Basiliken und der sogenannten alten Scholien für die Kritik des Digestentextes*, in *ZSS*, II, 1863, 319 s.; I. ALIBRANDI, *Dell'utilità che arrecano alla storia dell'antichità del diritto romano gli scritti de' greci interpreti e degli scolasti de' basilici* (1865), in *Opere giuridiche e storiche*, I, Roma, 1896, 49 ss.; TH. MOMMSEN, *Ed. maior. Praefatio*, cit., LXXV ss.; S. RICCOBONO, *Il valore delle collezioni giuridiche bizantine per lo studio critico del "Corpus iuris civilis"*, in *Mélanges Fitting*, II, Montpellier, 1908, ora in *Scritti di diritto romano. I. Studi sulle fonti*, Palermo, 1957, 367 ss.; H. E. TROJE, *Graeca Leguntur. Die Aneignung des byzantinischen Rechts und die Entstehung eines humanistischen Corpus iuris civilis in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, Wien, 1971, 104 ss.

⁵¹ Al riguardo vd., per una panoramica generale, E. ZACHARIA VON LINGENTHAL, *Juris Graeco – Romani*

sibile ostacolo di Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.1,²⁸ si è vista costretta a ricorrere all'ulteriore congettura²⁹ di un allontanamento rispetto ad una originaria adesione alla restrittive posizioni giulianee.³⁰

2. Lasciando da parte, come si è detto, tali aspetti, conviene ancora rilevare come debbano

²⁸ Per quanto nel brano non si faccia esplicito riferimento al modello processuale, alludendosi alla sola natura risarcitoria e non restitutoria dello stesso (*'in qua actione, id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud quod convenit accipere'*) gli studiosi sono oggi unanimemente d'accordo nell'attribuire al giurista severiano la concessione di azione contrattuale civile; in questo senso, ammette l'impiego da parte di Paolo dell'azione contrattuale (generale) anche C. A. CANNATA, *Labeone, Aristone*, cit., 81: «Se mi ostinassi a tener ferma l'impressione che ho manifestato leggendo D.19.4.1, dovrei supporre che l'originale dicesse qualcosa come *'dubium non est in factum dandam esse actionem, in qua id veniet...'*; ma ciò significherebbe far parlare Paolo proprio come io penso avrebbe parlato Giuliano. Invece, che Paolo si fosse staccato da quella che io presumo essere stata la rigida avversione di Giuliano contro l'*actio praescriptis verbis* risulta...provato da un altro punto del fr. 5».

²⁹ Non sfugge il carattere altamente ipotetico della proposta («possono anche essere considerate una mia elucubrazione») allo stesso C. A. CANNATA, *Labeone, Aristone*, cit., 78 s., 96 s.

³⁰ C. A. CANNATA, *Labeone, Aristone*, cit., 85, il quale deve però ammettere che le «nostre conoscenze sulla datazione delle opere di Paolo non ci permettono di stabilire quale dei due testi possa essere più antico».

ritenersi sostanzialmente superati anche i rilievi che, per lungo tempo, sono stati sollevati nei confronti della chiusa del § ('*sed-secuta*'), per via della facoltà, che sembrerebbe qui riconoscersi in favore del 'primo esecutore', di scegliere se procedere attraverso l'azione di ripetizione anziché mediante l'azione contrattuale.³¹

³¹ Più in generale, in favore della classicità di tale regime, attestato tra l'altro anche in Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.1, vd. B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, cit., 97 s.; 246; C. A. MASCHI, *Il diritto romano*, cit., 615 ss.; A. BURDESE, *I contratti innominati*, cit., 83 s.; F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 125 s.; R. KNÜTEL, *La 'causa' nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico comparatistica. Il Congresso internazionale ARISTEC* (Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995), Torino, 1997, 137 s.; L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione e le qualificazioni del dare in Paul. 17 ad Plaut. D.12.6.65. Contributo allo studio della condictio*, in *SDHI*, LXIV, 1998, 70, 121 e ivi nt. 172, 144 nt. 219; A. KREMER, *Die Verhältnisse do ut facias und do ut des als ausgewählte Beispiele der Innominatkontrakte im klassischen römischen Recht*, in *Au-delà des frontières. Mélanges W. Wolodkiewicz*, Varsovie, 2000, 414; non trovano motivi di sospetto nel ricorso alternativo J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones*, cit., 221, il quale tutt'al più ritiene che in epoca postclassica la *condictio* possa essere stata mantenuta «als Relikt des früheren Rechtszustands»; di «contiguità dei due rimedi» discute T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., 259; genuino anche per B. SCHMIDLIN, *Nominatprinzip*, cit., 85 s. nt. 56; ID., *Il consensualismo tra nomina contractus e bonae fidei iudicia*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di G. Pugliese (1914-1995)*, a cura di L. Vacca, Padova, 2008, 121 nt. 46; più prudente invece M. ARTNER, *'Agere praescriptis verbis'*, cit., 210 nt. 182, il quale considera una questione aperta («ist eine offene Frage») la possibilità di agire per la

prospettato il principio di un ricorso elettivo tra azione di adempimento e azione di ripetizione.⁴⁸

CISCI, *SUNALLAGMA*, I, cit., 140; di «tendenza bizantina ad accentuare il diritto materiale invece della pretesa processuale» si discute in E. BETTI, *Sul valore*, cit., 26 e ivi nt. 2 («nasci dicono propriamente i classici dell'actio»); adesivamente al punto di vista di Betti, C. A. MASCHI, *Il diritto romano*, cit., 614; così, con decisione, anche M. SARGENTI, *'Actio civilis in factum'* (2001), cit., 242 nt. 9, col «dubbio che il *civilem* fosse veramente nel testo originario»: considerazione che però non si ritrova più in M. SARGENTI, *'Actio civilis in factum'* (2006), cit., 234 nt. 10; si limita piuttosto a denunciare «una qualche alterazione dell'originale» A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 149; diversamente ritiene non indispensabile un intervento correttivo J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones*, cit., 220 nt. 38, il quale sembra piuttosto difendere la classicità dello scambio terminologico *obligatio-actio*; ulteriori indicazioni possono trovarsi in S. A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione*, cit., 109 ss. e ivi ntt.

⁴⁸ Per la genuinità della soluzione vd. gli autori citati *supra* in nt. 32. Per una diagnosi interpolazionistica, ci limitiamo a rinviare a O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, Berlin, 1887, 146 ss.; P. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA*, I, cit., 133 ss.; P. COLLINET, *Le fr. 5, Dig. 19.5 De Praescr. Verbis et in F. Act.: Application de la Méthode critique de Décomposition des Textes*, in *Festschrift P. Koschaker*, I, Weimar, 1939, 73 s.; tra gli studiosi recenti giudica problematica («formell problematisch») la frase '*vel- non secuta*', avendo essa l'aspetto ('*vel*') di una aggiunta, M. ARTNER, *'Agere praescriptis verbis'*, cit., 210 nt. 182, il quale peraltro trae motivo di sospetto per l'uso del congiuntivo '*repetatur*'. Non desterebbe sospetti («nicht zu beanstanden») invece di per sé l'espressione '*quasi ob rem datum re non secuta*'.

si è pervenuti innanzi tutto sulla scorta di Bas.20.3.1

Bas.20.3.1 (BT III, 1006 = Hb. II, 377): ὁ παροῦς περὶ τοῦ διαφύροντος ἐπιπέσει τὸ μὲν παράδοτον. εἰ δὲ βούλει ταῖς ἀλλήλων ὀφειλάς, τὸν φησὶ τὰ τῶν ἰδίων ὀφειλάς.

Ad ulteriore conforto di una tale ricostruzione si è infine addotto

D.19.5.5.1 (Paul. 5 *quaest.*): *sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta.* rell.

in cui, come si può constatare, seppur in un quadro espressivo non impeccabile e per il quale da più parti è stato ritenuto necessario un intervento correttivo sul piano formale (*nasci civilem obligationem, in qua actione*),⁴⁷ troviamo egualmente

codices deperditi: indicazioni in proposito possono trovarsi *infra* in nt. 73; ricostruzione condivisa, sempre in base a Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.1, da J. C. NABER, *Observantiunculae*, cit., 85; C. A. MASCHI, *Il diritto romano*, cit., 613 nt. 119.

⁴⁷ Sostanzialmente unanime la correzione di '*civilem obligationem*' in '*civilem actionem*': sul punto vd. P. DE FRAN-

Diritto d'opzione che è parso sospetto anche a studiosi notoriamente distanti dagli eccessi dell'indirizzo interpolazionistico.³² A lungo ci si è interrogati sulla compatibilità di un tale *ius eligendi* in uno stadio evolutivo della tutela delle convenzioni atipiche che attraverso il riconoscimento dell'azione contrattuale aveva finito sostanzialmente per ammettere la vincolatività per entrambe le parti del rapporto contrattuale. Di qui le perplessità di una soluzione che, almeno formalmente, non sembrerebbe tener conto del-

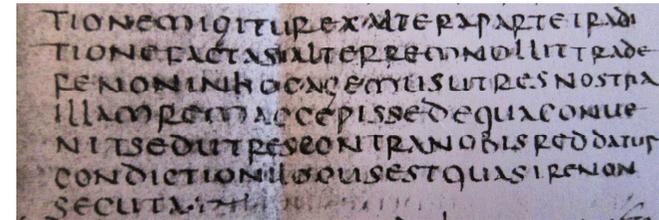
semplice restituzione mediante *condictio ob rem*, nonostante l'autore citi a sostegno proprio D.19.4.1.4.

³² Tra questi, ad es., E. BETTI, *Sul valore*, cit., 26, il quale uncinava la chiusa '*sed ut-non secuta*' con sospetti estesi anche al tratto '*vel-non secuta*' di Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.1; per una critica, vd., ancor prima, F. HAYMANN, *Die Schenkung unter einer Auflage nach römischem und deutschem bürgerlichem Recht*, Berlin, 1905, 129 s. nt. 1; ID., *Textkritik. Studien zum römischen Obligationenrecht. II. 'Periculum est emptoris'*, in ZSS, XLI, 1920, 169 s.; alle cui conclusioni si richiamava F. SCHULZ, *Interpolationen Studien*, in *Festschrift Zitelmann*, II, München-Leipzig, 1913, 8 nt. 4, il quale appunto insisteva sul fatto che la *condictio ob causam datorum* «ist eben nur dann gegeben, wenn die Erreichung des Zweckes unmöglich geworden ist»: «Wenn D.(19, 4) 1, 4 die *condictio* beim Tausch auch dann gewährt, wenn die Leistung des Gegners noch möglich ist, so liegt hier ein bereits von Haymann erkannte Interpolation vor»; nel senso di una «completomane aggiunta compilatoria», vd. anche P. VOCCI, *La dottrina*, cit., 261 ss., 263; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der 'condictio'*, cit., 140; ad una innovazione giustiniana pensa, egualmente, M. BALZARINI, *Permuta (dir. rom.)*, cit., 995.

l'interesse della controparte a vedersi convenuta nell'ambito di un giudizio contrattuale (meglio ancora se di buona fede), in cui il giudice avrebbe avuto la possibilità di valutarne la posizione alla luce del concreto programma obbligatorio ideato, rispetto a un giudizio di tipo meramente ripetitivo che, obbedendo a una diversa logica sul piano della interdipendenza delle rispettive attribuzioni patrimoniali, avrebbe potuto condurre, per lo meno in linea di principio,³³ a esiti assai differenti.³⁴ Basterebbe considerare il notissimo Cels. 3 <8> *dig.* D.12.4.16 in cui sono ben evidenziate le conseguenze concrete derivanti dall'adozione della *condictio ob rem dati*, rispetto ad un programma di

³³ In proposito si tengano in considerazione le riflessioni di L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione*, cit., 75 s. («il fatto che altri testi della Compilazione [] sembrano adottare un regime del *periculum* impostato in modo analogo a quello che governa il problema nel caso dei contratti bilaterali, pone il problema se supporre necessariamente un intervento giustiniano o ammettere invece che già per i tardoclassici la raggiunta valorizzazione contrattuale dell'operazione [] abbia finito per spiegare i propri effetti anche sulla *condictio* in ripetizione»); sul punto, anche G. ROMANO, *Note a margine di Ulp. 26 ad ed. D.12.4.3.3-4 (A proposito di una nota interpretazione di Filippo Gallo)*, in *AUPA*, LII, 2007-2008, 188 ss.

³⁴ Non vi ravvede alcuna anomalia in P. BONFANTE, *Diritto romano*, cit., 391, per il quale si sarebbe anzi trattato di «principio abbastanza equo», perlomeno relativamente «all'ipotesi che la controprestazione non sia stata eseguita per colpa dell'obbligato»; punto di vista mantenuto in ID., *Istituzioni di diritto romano*,⁵ cit., 470.



(TIONEM) IGITUR EX ALTERA PARTE TRADITIONE FACTA SI ALTER REM NOLLIT TRADERE NON IN HOC AGEMUS UT RES NOSTRA ILLAM REM ACCEPISSE DE QUA CONVENIT SED UT RES CONTRA NOBIS REDDATUR CONDICTIONI LOCUS EST QUASI RE NON SECUTA

Il testo si presenta indubbiamente lacunoso e necessita di un intervento integrativo. Ciò ha indotto gli studiosi a ritenere che nella trascrizione sia caduto qualcosa. Si è così immaginato, da parte di Mommsen, che in origine il brano contenesse la frase '*tradita nobis reddatur, sed in id quod interest*' tra '*res*' e '*nostra*'.⁴⁶ Ad una tale conclusione

SARGENTI, '*Actio civilis in factum*' e '*actio praescriptis verbis*', in *SDHI*, LXXII, 2006, 233; da ultimo, anche C. A. CANNATA, *Labeone, Aristone*, cit., 77 nt. 117.

⁴⁶ TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, I, Berolini, 1870, 574 (d'ora in poi *Ed. maior*). La correzione si trova già nell'edizione del 1868, la quale differisce dalla più nota e utilizzata versione del 1870 per l'ampiezza della *Praefatio* (molto più stringata la prima), ma anche per la presenza di differenti opzioni sul piano della denominazione dei cd.

quando) una delle parti ha (spontaneamente) provveduto a consegnare 'efficacemente' (con effetto traslativo) la *res*: '*igitur tantum ex re tradita...*'.

Nei termini in cui è invece formulata, l'affermazione contenuta nel § 4, per cui la parte che ha già eseguito la propria 'prestazione' può agire per ottenere l'*id quod interest* (alla controprestazione), si rivela in definitiva perfettamente compatibile con il diverso schema dell'*obligatio consensu contracta*. La peculiarità dello schema permutativo risiede piuttosto nell'essenzialità di un principio di esecuzione ai fini della costituzione di un vincolo obbligatorio e dunque, di riflesso, ai fini della formazione di una pretesa all'adempimento processualmente azionabile. Senza un adeguato intervento correttivo, il § 4 rischia di trasformarsi in una banalità. È dunque al § 3 che si deve tornare a guardare se si vuole arrivare a una corretta interpretazione del brano esaminato. Del resto, l'incoerenza prima denunciata si risolve facilmente se si abbandona la lezione qui riportata e ci si orienta piuttosto verso una differente ricostruzione.

3. Occorre in proposito tenere presente che la versione del brano contenuta nel manoscritto fiorentino appare guasta.⁴⁵ Ciò è quanto si può in effetti leggere:

⁴⁵ Lo ricordano J. C. NABER, *Observantiunculae*, cit., 85; CH. APPLETON, *L'obligation de transférer*, cit., 773 nt. 3 a; M.

giudizio, come l'*actio empti*, diretto piuttosto all'adempimento dell'obbligazione.³⁵

Si deve in più riconoscere che la formulazione del brano si rivela, se non in effetti contraddittoria,³⁶ quantomeno maldestra. Ci si muove, infatti, da un'affermazione iniziale, che sembrerebbe escludere in caso di inadempimento il ricorso alla *condictio* in via di ripetizione ('*non in hoc agemus ut res tradita nobis reddatur*'), prospettando piuttosto l'impiego dell'azione per il risarcimento, per poi chiudere con la chiusa, in cui al contrario si torna a proporre ('*sed ut*'), per quanto in via alternativa, il ricorso alla *condictio* nella prospettiva di ottenere indietro quanto dato: '*non in hoc agemus ut res tradita nobis reddatur...sed ut res contra nobis reddatur, conditioni locus est quasi re non secuta*'.³⁷

Ciò ha in effetti contribuito a rafforzare la sensazione di trovarsi in presenza di una considerazione posticcia, la cui principale, se non addirittura unica, preoccupazione parrebbe quella di ribadire il principio del concorso elettivo tra azione di adempimento e azione di ripetizione, che, stando

³⁵ Sul punto, per una primissima informazione, rinviamo a G. ROMANO, *Nota sulla tutela del contraente evitto*, cit., 16 ss., 43 ss. e ivi ntt. 193-227, ove i principali riferimenti bibliografici.

³⁶ Che si trattasse di una contraddizione solo apparente era del resto ammesso già da P. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA*, I, cit., 133 ss.

³⁷ Un'incongruenza tra la frase '*non in hoc*' e la successiva affermazione '*sed- reddatur*' si trova segnalata già in J. C. NABER, *Observantiunculae*, cit., 85 s.

almeno al modo in cui è formulato il passo, sarebbe potuto risultare incerto (*'non in hoc agemus'*).

Anche ad espungere però il tratto incriminato, il brano condurrebbe a conclusioni sostanzialmente insoddisfacenti, che non terrebbero conto del complessivo sviluppo dell'intero frammento, e soprattutto non si coordinerebbero bene con il § immediatamente precedente in cui viene riferito il pensiero di Pedio, nel senso che non consentirebbero di apprezzare il nesso di consequenzialità che invece il brano sembra voler prospettare (*'igitur'*).

Nonostante certe affermazioni,³⁸ non è stata in realtà adeguatamente valutata la stretta connessione tra la soluzione qui proposta e il principio affermato nel precedente § 3, che ne costituisce la premessa logica e che a sua volta è da mettere in relazione ai meccanismi perfezionativi del contratto permutativo. Si è invece finito per proporre una lettura slegata dalla trama discorsiva, come se il § 4 dovesse contenere un'indicazione generale sul piano della individuazione dei rimedi processuali da adottare in caso di mancato adempimento della controprestazione nell'ambito di un rapporto contrattuale validamente perfezionatosi.³⁹

³⁸ Una connessione tra l'affermazione di Paolo e la citazione di Pedio viene formalmente denunciata, ad es., da F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 85 nt. 10, sui cui vd. appunto *supra* ntt. 16, 38.

³⁹ Così C. CASCIONE, *'Consensus'*, cit., 391, il quale del resto mostra di considerare la citazione del punto di vista pedia-

interpretarsi anche espressivamente come un richiamo diretto (e non mediato dal *dictum Pedii*) ai meccanismi costitutivi del rapporto contrattuale (*'permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet'*). In questa prospettiva, dunque, il § 4 non andrebbe considerato come una conseguenza del principio contenuto all'interno del § 3, ma, al pari di quest'ultimo, rappresenterebbe un effetto (ulteriore) della regola sancita nel § 2.

Per quanto ingegnosa, si tratta però di un'ipotesi difficilmente percorribile. L'aggancio con il tratto *'ex re tradita'* si rivela in effetti estremamente fragile e soprattutto rischia di fondarsi unicamente, e in maniera puramente suggestiva, su una semplice assonanza lessicale (*'ex re tradita'* – *'traditione facta'*), non tenendo per di più conto del fatto che la distanza che separa il § 4 dal tratto *'ex re-praebet'* appare francamente eccessiva perché si possa plausibilmente intravedere un serio nesso sul piano della continuità discorsiva.

Non si può fare a meno peraltro di osservare che, in ogni caso, nell'attuale versione del brano non sarebbe possibile individuare una seria connessione logica tra la specificità della fattispecie sul piano dei meccanismi perfezionativi e quanto affermato nel § 4. Per ristabilire una tale relazione occorrerebbe infatti procedere a un'opportuna integrazione (ad es. *'tantum'*), in modo da sottolineare che a differenza della compravendita, e più in generale dei contratti consensuali, l'azione di adempimento *ex permutazione* nasce *'soltanto'* se (e

consegna inidonea a determinare l'atteso trasferimento.

Ed è probabilmente per questa ragione che in dottrina si è provato a fissare piuttosto una relazione con l'affermazione '*permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet*' contenuta nel § 2.⁴³

Indubbiamente un impiego di '*igitur*' in funzione sostanzialmente 'riassuntiva', per riprendere o comunque ulteriormente precisare le fila di un precedente discorso, non è inusuale nella lingua latina.⁴⁴ Così come sul piano lessicale la formulazione del § 4 ('*igitur* [] *traditione facta*') potrebbe in-

⁴³ Così in particolare F. SCHWARZ, *Die Grundlage*, cit., 140; nello stesso ordine di idee sembrerebbero oggi collocarsi C. CASCIONE, '*Consensus*', cit., 391: «viene dapprima riportata [] l'opinione di Pedio [] poi si pone il caso di un *initium* di obbligazione (nel senso voluto nel paragrafo 2) cui non consegue la controprestazione perché l'altro permutante *rem* (s'intende *suam*) *nolit tradere*»; e da ultimo B. SCHMIDLIN, *Nominatprinzip*, cit., 85 s. nt. 56; ID., *Il consensualismo*, cit., 121 nt. 46; per una prima informazione sul brano, in relazione al rilievo della 'Vorleistung' sul piano dei meccanismi costitutivi delle c.d. '*conventiones sine nomine*', rinviamo, con indicazione della principale letteratura di riferimento, a G. ROMANO, *Note a margine*, cit., 179 ss. e ivi nt. 2, 210; più di recente è tornato ad occuparsi del passo C. A. CANNATA, *Labeone, Aristone*, cit., 77 ss., ove sono superati i dubbi sulla genuinità del § e più in generale dell'intera testimonianza («non c'è alcuna ragione per dubitare che il dettato risalga interamente a Paolo») che erano ancora presenti («glossema basato su di un'interpretazione scorretta» di Ulp. 4 *ad ed. D.2.14.7.1-2*) in ID., *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Causa e contratto*, cit., 42.

⁴⁴ In proposito si rinvia ai principali lessici.

Il brano va invece inteso alla luce (*igitur*) del principio espresso nel § precedente,⁴⁰ in cui appunto è Pedio a richiamare l'attenzione sulla essenzialità di una consegna validamente traslativa del *dominium* ai fini del perfezionamento della fattispecie permutativa, e dunque ai fini della costituzione di una pretesa (contrattuale) giudizialmente perseguibile.⁴¹ Si legga appunto il paragrafo in questione

no come un semplice «inciso»: in proposito vd. *infra* nt. 43; B. SCHMIDLIN, *Il consensualismo*, cit., 121 nt. 46; non si sottrae a questa interpretazione da ultimo C. A. CANNATA, *Labeone, Aristone*, cit., 78, 81, il quale anzi mostra di apprezzare il riferimento in D.19.4.1.4 al mancato adempimento della controprestazione come presupposto dell'esercizio dell'azione di adempimento ('*igitur-tradere*'), rispetto alla versione di Paul. D.19.5.5 in cui «la comprensione del dettato risulta menomata».

⁴⁰ La connessione tra i due brani non era sfuggita agli interpreti più antichi: tra questi vd. in particolare C. ACCARIAS, *Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis au digeste*, Paris, 1866, 38 nt. 1 («Il me paraît impossible d'isoler la decision de ce § 4, et de la considerer comme statuant sur l'hypothèse d'une tradition faite a domino [] Je tiens donc pur certain que ce § 4 déduit une conséquence du précédent»).

⁴¹ Che ciò dipenda dall'adesione a un più risalente principio di scuola proculiana, è affermazione che, com'è noto, si trova spesso ripetuta in dottrina. In questo senso, ad es., C. FERRINI, *Sesto Pedio*, in *Opere*, II, a cura di E. Albertario, Milano, 1929, 49; M. BALZARINI, *Permuta (dir. rom.)*, cit., 994 nt. 6; A. SCHIAVONE, *Studi*, cit., 135 s.; così più di recente («L'inciso pediano pare mostrare come la dottrina proculiana richiedesse il trasferimento della proprietà del-

la cosa per [] una tutela giurisdizionale») C. CASCIONE, 'Consensus', cit., 391; («Si può comunque immaginare che anche Pedio seguisse su questi temi la corrente proculeiana») C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano, 2005, 541. Si tratta di un punto di vista che naturalmente non tiene conto degli sviluppi che il dibattito sulla tutela delle convenzioni atipiche ha assunto (soprattutto) negli ultimi decenni, e che ha condotto ad un superamento dell'antica, ma a lungo persistente, impostazione della dottrina ottocentesca che — in particolare con A. PERNICE, *Parerga. III. Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in *ZSS*, IX, 1888, 195 ss. — aveva ritenuto di poter ricomporre il quadro assai incerto, e talvolta disomogeneo, di soluzioni offertoci dalle fonti, nella logica più appagante di un contrasto di scuola tra il più innovativo indirizzo proculeiano (analogista e sostenitore di una 'Vertragstheorie') e il tradizionalista approccio sabiniano (anomalista e piuttosto fautore di una 'Schadenstheorie'); contrasto che, sul piano processuale, si sarebbe tradotto nella ben nota contrapposizione tra *actio civilis incerti* (da identificarsi con l'*actio praescriptis verbis*) e *actio in factum (concepta)*, con le già accennate ripercussioni sul piano della determinazione della *summa condemnationis*. In quest'ordine di idee, una dichiarata adesione alla dottrina proculeiana da parte di Pedio equivaleva all'attribuzione di un atteggiamento di apertura piena verso il complesso fenomeno dell'atipicità negoziale (contrattuale). Questa è la ragione per cui l'ipotesi di un'impostazione proculeiana dietro il ragionamento pediano non può essere naturalmente accolta (per lo meno non con tutte le sue implicazioni), da quanti, avendo oggi sostituito alla semplificazione del contrasto di scuola (sabiniano-proculeiano) la prospettiva del contrasto di dottrine (labeoniana/aristoniana), attribuiscono all'indirizzo labeoniano (o se vogliamo proculeiano) una configurazione dogmatica di matrice 'consensualistica', in cui cioè la vincolatività sarebbe stata messa in diretta relazione con il carattere impe-

D.19.4.1.3: *Ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem.*⁴² (4. *Igitur ex altera parte rell.*)

Si deve però ancora una volta insistere sul fatto che, nella versione qui riferita, il § 4 non presenta in alcun modo quel profilo di coerenza che sarebbe invece lecito attendersi: ancor meno se si dovesse cedere alla tentazione di espungere il tratto finale '*sed-secuta*'. Il brano, così com'è, perviene anzi a conclusioni apertamente contraddittorie e del tutto inaccettabili, in quanto sembrerebbe ammettere (seppur alternativamente) l'esercizio dell'azione di adempimento in presenza di un rapporto non perfezionatosi a causa di una

gnativo dell'accordo, senza che si rendesse dunque necessaria l'esecuzione di una delle attribuzioni patrimoniali convenute (vd. *infra* nt. 43). Per costoro l'adesione all'indirizzo proculeiano può essere tutt'al più inteso, in termini meramente negativi, come rifiuto della logica assimilativa sabiniana, con conseguente valorizzazione della specificità del contratto di permuta rispetto allo schema dell'*emptio-venditio* consensuale: in questo senso, vd., per tutti, A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 27.

⁴² Sul brano vd. A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 26 ss.; un accenno in M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura*, XXXIX, 1988, 53; F. GALLO, *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in *Causa e contratto*, cit., 77; ID., *Synallagma*, II; cit., 84 s.; C. CASCIONE, 'Consensus', cit., 391; C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio*, cit., 168 nt. 130, 539 ss.; L. GAROFALO, *Contratto*, cit., 357.

pretative di un testo che, a causa di un significativo intorbidimento sul piano della limpidezza espositiva, ma anche dello sviluppo logico-discorsivo rispetto al § precedente, appariva (ancor di più) destinato ad andare incontro al severo giudizio della critica interpolazionistica che proprio in quegli anni andava muovendo i primi passi.⁷²

Non è certo qui il caso di soffermarsi sulle congetture formulate sull'origine della cd. *Littera Bononiensis* e, più specificamente, sui rapporti di questa ampia tradizione manoscritta con il *codex Florentinus* (F),⁷³ per quanto indubbiamente si trat-

⁷² Per un'interessante lettura sull'intrecciarsi delle vicende relative alla nascita della critica interpolazionistica con quelle più specificamente legate alla ricerca filologica, ed in particolare alla predisposizione di lessici giuridici, si veda il recente contributo di D. MANTOVANI, *La critica del testo*, cit., 151 ss., secondo il quale 'il primo movente dell'interpolazionismo ottocentesco non è stato giuridico, come in genere si ritiene, bensì filologico e più specificamente lessicale'.

⁷³ In proposito prevale, com'è noto, l'ipotesi di una 'vertikal Überlieferung'. La sua formulazione è fatta risalire alla pubblicazione dei (*Emendationum et opinionum*) *libri IV* (Venezia 1543) dell'umanista (allievo di Alciato) Antonio Augustín (informazioni in proposito in H. E. TROJE, *Graeca Leguntur*, cit., 28 s.; E. R. MARTÍ, *La tradición manuscrita del digesto*, cit., 19 nt. 4). Essa si fonda essenzialmente sulla presenza, nei cd. *manuscripti secundi ordinis*, di *errores coniunctivi*, che appunto dimostrerebbero la comune discendenza da F. Ad essa aderirono, negli stessi anni (1553), i primi (*supra* ntt. 67-68) editori della *Littera Florentina*: Lelio

e Francesco Torelli. Nel corso del tempo l'idea è stata ulteriormente precisata, essendosi supposta l'esistenza di un *codex deperditus* (per l'assenza nell'impostazione agostiniana vd. H. E. TROJE, *Graeca Leguntur*, cit., 28), ovvero di un archetipo comune che avrebbe funto da tramite con F; la sua definitiva affermazione, presso gli studiosi moderni, si deve a TH. MOMMSEN, *Editio maior. Praefatio*, cit., LXVIII ss., il quale, più nel dettaglio, pensava ad un codice del X-XI sec. — chiamato S(ecundus): Z in *Praefatio*, VI, ed. 1868 — vergato in caratteri minuscoli longobardi («scriptum fuisse litteris non quadratis, ut scriptus est Florentinus, sed minusculis iisque Longobardicis saeculi decimi vel undecimi»), dal quale sarebbero stati ricavati due subarchetipi («videtur igitur ex S duo certe exempla originem traxisse, alterum Langobardicum illud, a quo pendent PVU, alterum archetypum Lipsiensis, quem etiam in lectionem passim reperies consentire cum Florentina contra reliquos antiquiores»). Lo stesso S (princeps Bononiensium) sarebbe stato poi corretto, ma per singoli e rari casi, attraverso l'impiego di manoscritto indipendente rispetto a F (Y, secondo la denominazione di *Praefatio*, VII, ed. 1868: «emendatum ad librum paris auctoritatis»), nella disponibilità forse dello stesso Irnerio, come dovrebbe desumersi dalla presenza di lezioni migliori rispetto a F non spiegabili in base all'ipotesi di *coniecturae*; pur con significativi rilievi critici rispetto all'ipotesi mommseniana — che riguardano innanzi tutto i rapporti tra F e S, ove si avanza la congettura di un archetipo intermedio (tra F e S) vergato (si suppone) nel 1075 in Italia, ma che toccano anche il tema della correzione di S, ove piuttosto si ipotizza l'impiego di un epitome («Auszug») del Digesto di epoca giustiniana —, l'idea di una dipendenza dal *codex* Florenziaco è fondamentalmente accolta anche da H. U. KANTOROWICZ, *Über die Entstehung der Digestenvulgata. Ergänzungen zu Mommsen*, in ZSS, XXX, 1909, 183 ss.; e in ZSS, XXXI, 1910, 14 ss.; alle cui conclusioni, più recentemente, sembra richiamarsi

However, this reconstruction does not consider the connection (*igitur*) with the previous § 3, in which it is affirmed that barter is void when a party delivers a third party property. So the author suggests to abandon Mommsen's reconstruction based on Bas.20.3.1 and Paul 5 *quaest.* D.19.5.5.1, and to read, as cod. Vaticanus n. 1406 '*ut interest*', instead of '*ut res*' contained in F. The meaning of the passage will thus appear clear: since the delivery of a third party good makes the contract void, the only available remedy will be the recovery *quasi re non secuta* and not the enforcement of a performance. The alteration of F. was probably caused by an error in the transcription. The new interpretation discussed in this paper poses two interesting questions with regard to the application of the extension (*quasi*) of the *condictio re non secuta* or, less likely, of *condictio incerti*.

Parole chiave: permuta, contratti innominati, *condictio quasi re non secuta*, *condictio incerti*.

Key words: barter; innominate contracts, *condictio quasi re non secuta*, *condictio incerti*.

GIUSEPPE ROMANO

Ricercatore di Diritto romano e diritti dell'antichità

Università degli studi di Palermo

E-mail: giuseppe.romano@unipa.it

(«Ich selbst halte Kantorowicz' Kritik an Mommsen für begründet») H. E. TROJE, *Graeca Leguntur*, cit., 47 s., di cui va però considerato il punto di vista più recentemente espresso in ID., *Ubi in libro Florentino*, cit., 69; in linea con l'impostazione mommseniana vd., piuttosto, G. CAVALLO - F. MAGISTRALE, *Libri e scritture del diritto nell'età di Giustiniano*, in *Index*, XV, 1987, 105; all'impiego di un antigrafo (X), pensa, in base soprattutto a N (cod. Neapolitano, IV, 4.8), B. H. STOLTE, *Some thoughts*, cit., 103 ss.; al cui punto di vista mostra di aderire D. MANTOVANI, *La critica del Digesto*, cit., 166 s. e ivi ntt. 46-47, il quale tra l'altro ribadisce come già Mommsen avesse evidenziato la presenza talvolta di lezioni migliori in N e nei codd. Palatino e Gudiano del *corpus agrimensorum romanorum* (in questo senso vd. appunto TH. MOMMSEN, *Ed. maior. Praefatio*, cit., LV: «His tribus testibus, quos nemo negare potest paris auctoritatis esse atque librum Florentinum»); la tesi di una correzione con tradizione manoscritta indipendente si trova formulata in dottrina già nella prima metà del XIX sec.: utili riferimenti, al riguardo, possono trovarsi, con atteggiamento però critico, in F. C. VON SAVIGNY, *Storia del diritto romano* 1, cit., 683 nt. d. Nel senso piuttosto di una tradizione parallela a quella del Digesto (secondo quanto già ipotizzato da Duareno e Cujacio), vd., in termini molto netti («il quale fatto incontrastabilmente dimostra che la Vulgata attinse ad altri manoscritti affatto indipendenti dal fiorentino»), anche per un quadro della letteratura meno recente, F. C. VON SAVIGNY, *Storia del diritto romano*, cit., § 166, 864; l'ipotesi di un 'gemello' di F si trova sostenuta, in particolare, da P. PESCANI, *Studi sul digestum vetus*, cit., 160, per il quale S o B (VIII-IX sec.), sarebbe stato piuttosto ricavato da un manoscritto coevo al Florentino (F¹), che, al pari di questo, sarebbe stato tratto da un ulteriore archetipo comune (F), dal quale peraltro forse deriverebbe anche N; punto di vista ribadito in ID., *Origine delle lezioni della Litera Bononiensis superiori a quelle della Litera Florentina*, in *BIDR*,

ti di un tema non del tutto privo di implicazioni sul piano della ricostruzione filologica.⁷⁴ Né, d'altra, è questo il luogo più indicato per dar conto delle critiche che, da più parti, sono state rivolte a Mommsen proprio per la scarsa attenzione mostrata verso la *Vulgata*,⁷⁵ o, sul versante oppo-

LXXXV, 1982, 205 ss.; seppur con cautela, anche, G. IMPALLOMENE, *La 'Littera Florentina'*, cit., 617.

⁷⁴ In ogni caso, non tali da costringere a spiegare la presenza di lezioni più accurate nella *littera Bononiensis* ricorrendo unicamente all'ipotesi (Torelli) di emendazioni interpretative (c.d. 'bolognisch Konjektur'): in proposito vd. D. MANTOVANI, *La critica del testo del Digesto*, cit., 164 nt. 38, il quale, pur dichiarandosi convinto del fatto che «molte [] lezioni, pur superiori, sono il frutto di emendazioni congetturali medievali, andate crescendo a mano che l'esegesi si radicava nelle scuole», da altro punto di vista riconosce che in taluni casi («pochissimi» secondo lo studioso) «le lezioni dei codici medievali superiori alle lezioni di F non possono spiegarsi altrimenti che con l'uso di un diverso antigrafo».

⁷⁵ P. H. HUSCHKE, *Zur Pandektenkritik: Ein Versuch sie auf festere wissenschaftliche Grundsätze zurückzuführen*, Leipzig, 1875, 1 ss. (non consultato); adesivamente rispetto al punto di vista di Huschke («Er hebt auch richtig hervor, daß die Vulgaten stärker heranzuziehen sind, als es bei Mommsen geschieht»), per quanto se ne contestino in concreto le proposte di emendazione, J. MIQUEL, *Mechanische Fehler*, cit., 233 nt. 3: («Sein [scil. Mommsen] Mißtrauen gegen die Vulgaten»); ID., *D.23.5.7pr. Zur Frage der mechanischen Varianten in den ältesten Digestenexemplaren*, in *ZSS*, XCIV, 1964, 317 s.; E. R. MARTÍ, *La tradición manuscrita del digesto*, cit., 29 s.; un giudizio estremamente severo («editio maxima, sed imperfecta») sulle scelte editoriali dell'*editio maior* si trova in R. RÖHLE, *Digestorum editio*

non tiene però conto del nesso di consequenzialità (*igitur*) con il precedente § 3, ove piuttosto si afferma essere nulla la permuta in caso di consegna di cosa altrui. Si suggerisce pertanto di abbandonare la ricostruzione proposta da Mommsen in base a Bas.20.3.1 e Paul 5 *quaest.* D.19.5.5.1, e di leggere, secondo cod. Vaticanus n. 1406 '*ut interest*' al posto delle inconcludenti parole '*ut res*' presenti in F. Il senso del brano sarà così chiaro: non determinando la consegna di cosa altrui il perfezionamento del contratto, non si potrà agire per l'adempimento, ma unicamente per la restituzione *quasi re non secuta*. Quanto all'origine del guasto di F si ipotizza un errore di trascrizione. La lettura proposta pone nuovi interessanti interrogativi, dovendosi in particolare meglio chiarire se trattasi, per così dire, di 'estensione' (*quasi*) di *condictio re non secuta*, o se piuttosto di applicazione di *condictio incerti*, sulla cui ammissibilità si avanzano però riserve.

This paper analyses a famous excerpt from the roman jurist Paulus on the barter (Paul. 32 <33> *ad ed. D.19.4.1.4*). According to the scholars this passage lists (even if confusedly) the available procedural remedies against the defaulting party, given the institution of a valid contract: action in *id quod interest*, aimed at obtaining a specific performance, and the *condictio quasi re non secuta*, for the recovery of what has already been given.

bilità della *condictio* nei confronti del depositario per il recupero della *res deposita* in caso di omessa restituzione dolosa,¹³⁰ con una soluzione che non sembra trovare ulteriori riscontri nelle fonti.¹³¹

ABSTRACT

Oggetto della ricerca è un nota testimonianza del giurista Paolo in materia di permuta (Paul. 32 <33> ad ed. D.19.4.1.4). Secondo la dottrina, in essa sarebbero indicati (pur confusamente) i rimedi processuali da approntare nei confronti della parte inadempiente in caso di rapporto contrattuale validamente costituitosi: l'azione all'*id quod interest*, per l'adempimento, la *condictio quasi re non secuta*, per la ripetizione. Questa interpretazione

dell'*obligatio* o meglio del suo momento genetico (rispetto al quale vanno intese le valutazioni di Ulp. D.12.19pr.-3, non per nulla circoscritte all'ipotesi di *obligatio 'in diem'* o '*sub condicione*') con quello della configurabilità di inadempimento di *obligatio* già costituita e certa, che attiene naturalmente al diverso aspetto della responsabilità o se si vuole della soggezione all'azione; si tratterebbe di un caso di *condictio ex causa furtiva* secondo C. A. CANNATA, '*Creditum' e 'obligationes'*, in *Labeo*, XX, 1974, 114.

¹³⁰ Che si tratti di dolo processuale è sostenuto da A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 137 s.: «Paolo non sta parlando del dolo cd. *praeteritus vel specialis* [] ma di quello *praesen[tis] vel generalis*, in cui il depositario incappa, ad esempio rifiutandosi ingiustificatamente di restituire la cosa, pur avendo accertato la legittimità dello *status* di chi lo ha convenuto»).

¹³¹ A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 137.

sto, per l'eccessivo rilievo dato alle fonti bizantine.⁷⁶

Ciò che, in questa sede, importa piuttosto sottolineare è che l'ipotesi ricostruttiva (*'ut interest'*) qui suggerita è da ritenere certamente preferibile rispetto alla diversa e incerta restituzione patrocinata dallo studioso tedesco.

maior und Th. Mommsen, in *BIDR*, LXXIII, 1970, 19 ss., ove si riflette sulla necessità di una nuova edizione critica; prende nettamente le distanze dalla posizione ipercriticista assunta da Röhle («sorprende la ligereza de este autor en afirmaciones relativas a Mommsen al criticar la *editio maior*») E. R. MARTÍ, *La tradición manuscrita del digesto*, cit., 42; più di recente lamenta una non adeguata valutazione di V da parte di Mommsen («un po' sottovalutato da Mommsen nell'edizione critica del Digesto»), F. SANTONI, *Copisti-editori*, cit., 237.

⁷⁶ In questo senso vd. P. BONFANTE-C. FADDA-C. FERRINI-S. RICCOBONO-V. SCIALOIA, *Digesta Iustiniani Augusti*, cit., *Praefatio*, VI, ove, tra l'altro, si rimprovera allo studioso tedesco di non aver tenuto nella debita considerazione l'uso di materiale pregiustiniano, se non addirittura classico, da parte degli *antecessores*: («Lectio igitur, quam Graeci exhibent, etsi aliquotiens meliora et pleniora vel diversa eademque correctissima praebeat, tamen non semper est accipienda, quippe quae nonnumquam librorum veterum iurisconsultorum, non Iustiniani Digestorum formam referat [] Mommsen quoque [] Graeca caute adhibenda monuit; sed summus ille vir saepius in conficienda Digestorum recensione quae ipse praeceperat oblitus est, etiam quod falso censuit prudentes Byzantinos praeter Iustinianos libros nihil amplius novisse»); più di recente E. R. MARTÍ, *La tradición manuscrita del digesto*, cit., 29 s.

È sufficiente infatti ricorrere a questo semplice intervento perché il senso del brano torni a risultare chiarissimo: impedendo la consegna di cosa altrui il perfezionamento del contratto, l'*accipiens* non potrà considerarsi tenuto all'adempimento della controprestazione convenuta. Nell'impossibilità dunque di avvalersi dell'azione contrattuale diretta all'*id quod interest*, all'autore della consegna non rimarrà che agire nei confronti dell'*accipiens* mediante *condictio*, in via di semplice ripetizione: *quasi re non secuta*.⁷⁷

⁷⁷ Una relazione con l'imperfezione del contratto era già denunciata da J. CUJACIUS, *In Digesta, seu Pandectas Domini Justiniani Imperatoris Notae. Ad lib. XIX digestorum. De rerum permutatione. Tit. IV*, in *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta in Tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora. Pars tertia. Tomus tertius*, Prati, 1837, 453, con nota polemica rispetto alla proposta di Accursio (gloss. 'Agemus') di interpretare 'non' nel senso di 'non tantum'; le stesse considerazioni, ma in un quadro molto più dettagliato, si possono trovare, anche in J. CUIACIUS, *Ad Lib. IV. Codicis Recitationes solemnes. Ad Tit. LXIV De rerum permutatione, et praescriptis verbis actione*, in *Opera*, IX, Prati, 1839, 605 s.: «Interdum etiam est condictio ob rem dati, non praescriptis verbis, quoties scilicet imperfecta est permutatio ut si cum convenisset inter nos, ut res nostra invicem permutarem, ego rem dedi alienam, quae videbatur mea; tu nil dum tradidisti: imperfecta est permutatio, perinde ac si nihil dedissem quia rem alienam dedi. Et quod est, quod Pedius dicebat, rem alienam dantem nullam contrahere permutationem: si nulla est permutatio re aliena data, nulla etiam erit actio praescriptis verbis ex permutatione, sed tantum erit condictio ob rem dati, id est, datae possessionis rei alienae, atque ita

Un certo rilievo si deve al riguardo riconoscere a Paul. 31 *ad ed.* D.16.3.13.1,¹²⁷ interessantissima e controversa testimonianza, troppo spesso però sfuggita all'attenzione degli studiosi,¹²⁸ ove sembrerebbe ammettersi in via generale¹²⁹ l'esper-

¹²⁷ Per la genuinità di fondo del brano («io credo che il passo, per quanto non in ordine, non sia stato oggetto di interpolazioni sostanziali») A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 138.

¹²⁸ Lo nota A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 136 e ivi nt. 110.

¹²⁹ D.16.3.13.1 (Paul. 31 *ad ed.*): *Competit etiam condictio depositae rei nomine, sed non antequam id dolo admissum sit: non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, conditione obligari, verum quod dolum malum admiserit*. Pensa piuttosto ad un'applicazione concessa sul presupposto di *consumptio* della res, F. B. J. WUBBE, *Gaius et les contrats réels*, in *TR*, XXXV, 1967, 105 nt. 18, il quale, d'altra parte, non esclude neppure l'ipotesi di una *condictio ex causa furtiva*; eventualità contestata («nel brano non si fa riferimento alcuno ad una avvenuta distruzione o consumazione della cosa, anzi si parla espressamente di una *condictio* della *res deposita*») da A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 137 ss., di cui però non si comprende bene la proiezione particolaristica che si vuole assegnare alla soluzione paolina, allo scopo di giustificare il mancato inserimento del deposito in D.12.1.1pr.-1 («Di norma contro il depositario non può spettare la *condictio* [] in linea di principio non compete la *condictio* contro il depositario, perché, evidentemente, non sempre per lui '*certum est debitum iri*', e, del resto, questi non sempre ha la cosa presso di sé *ex iniusta causa*»), la quale, per un verso, non sembra tener conto del fatto che, comunque, l'ambito applicativo di tale *condictio* avrebbe coinciso con quello dell'*actio depositi* (essendone gli stessi i presupposti), per altro verso, sembra sovrapporre il profilo della sussistenza

la prima volta preso corpo l'idea di una relazione di dipendenza tra esercizio della *condictio* e acquisto del *dominium*,¹²⁵ su cui andò a innestarsi l'ulteriore contributo giuliano sul piano della precisazione dei meccanismi acquisitivi (*'negotium contrahere'*).¹²⁶

della *condictio* in mancanza di un fenomeno acquisitivo (anche a titolo non derivativo: *consumptio*) della proprietà.

¹²⁵ In proposito vd., con letteratura, R. SANTORO, *Studi*, cit., 184 nt. 4, 477 s.; così («per Proculo non basta più infatti che una cosa si trovi *apud aliquem ex iniusta causa*, per poter esperire la *condictio*, ma occorre anche che si sia fatta acquistare all'accipiente la proprietà delle cose») A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 234 ss., 273 ss., ove ulteriori indicazioni bibliografiche; più cauto sul punto sembra invece mostrarsi L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione*, cit., 81 s.

¹²⁶ In questo senso («il discorso del giurista non mi pare tanto incentrato sull'effetto in sé del trasferimento della proprietà, quanto piuttosto sul fatto che questo trasferimento debba essere collegabile ad un *factum dantis*, che costituisce il *negotium contrahere*, e che consente al *dans* stesso di esperire la *condictio*») vd., con ampio resoconto della letteratura, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 277 ss., 289 ss., il quale altrove (323) discute di «relazione obiettivamente instaurata tra due individualità patrimoniali in conseguenza di un atto o di un fatto del *dans*». Da altro punto di vista, è lo stesso autore a denunciare la persistenza, in singoli casi concreti, di applicazioni della dottrina dei *veteres*: così, relativamente a Iul. 5 *dig.* D.19.1.24.1 (197 ss., 204 s.), si afferma che «la decisione dei due capiscuola sabiniani è espressamente approvata da Giuliano, il quale era sostanzialmente anch'egli fra i giuristi che applicavano la *regula veterum* alle decisioni concrete, seppure con l'aggiunta di alcune particolarità».

Si tratta, come si diceva, di una soluzione ragionevolissima, che però non sempre fu retta-mente intesa neppure da quanti si accostarono al passo nella lezione 'bononiensis', per lo meno non da coloro ai quali non dovette risultare sufficientemente chiaro il collegamento con il § 3 e

proponitur in l. 1 § ult. ff. de rer. permut. [] hae condictio non est ex contractu, sed ex bono et aequo, l. in summa, D. de condict. indeb. Est autem aequum et bonum, ut rei alienae possessionem, quam tibi dedi, mihi reddas re non secuta»; con accostamento ad ipotesi di *datio pignoris*, J. VOET, *Commentarius ad Pandectas. In quo praeter Romani juris principia ac controversias illustriores, jus etiam hodiernum, & praecipue fori quaestiones excutuntur. Tomus primus*, Agæ Comitum, 1707, (*De rerum permutatione*) 845 n. 2 «dare autem rem alienam cum effectu nemo potest [] adeo ut permutatio hâc in parte pignoris dationi magis, quam venditioni similis est. Atque hinc eum qui rem alienam dederit, ut vicissim ab accipiente rem aliam reciperet, nullam contrahere permutationem, Pedius ait [] cui consequens erat, accipientem neque ad id, ut vicissim rem suam daret, neque ad id quod interest ei, qui rem alienam dederat, obligatum esse; sed tantum teneri, ut rem danti restituat, cui ad id competit condictio quasi re non secutâ. [] qui paragraphus ultimus cohæret penultimo, atque ita accipiendus est»; C. ACCARIAS, *Théorie*, cit., 37 s., 134 («Le contrat n'est pas formé, dit-il, faute de dation. Donc pas d'action, *praescriptis verbis*. Mais, celui qui a livré la chose d'autrui, la répétera par la *condictio ob rem dati*»); preziose indicazioni sul punto si possono trovare, con riferimenti alla letteratura più risalente, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette. Libro XIX*, tradotto e annotato da U. Greco, Milano, 1891, 441 ss.

dunque la valenza topica e non generale della soluzione.⁷⁸

⁷⁸ In questo senso già Accursio il quale, (come si è accennato nella nt. prec.), dovendo giustificare una soluzione che andava apparentemente nella direzione di negare la concessione dell'azione di adempimento, si vide costretto a suggerire un'interpretazione di 'non' nel senso di 'non tantum', esponendosi così alle facili critiche di Cuiacio, il quale appunto fu tra i primi a richiamare l'attenzione sulla relazione tra la decisione del § 4 e la precedente affermazione pediana, per cui non v'è permuta in assenza di una valida *datio*; in tempi sempre lontani, dimostra di essere incorso nel medesimo equivoco J. L. E. ORTOLAN, *Explication historique*, cit., 336 s. e ivi nt. 4 («dans un passage du même Paul, qui, même en ce qui concerne l'échange, semblerait nier que le demander pût avoir action pour l'intérêt qu'il aurait eu à recevoir la chose qu'il était convenu qu'on lui donnerait en échange. Paul, en cela, est en contradiction avec lui même, et avec la doctrine qui avait fini par prévaloir bien généralement à l'égard de l'échange. Ce qui nous prouve, d'une part, les hésitations des jurisconsultes, et d'autre part, les changements de signification qu'ont pu subir, dans la collection du Digeste, leurs opinions données par fragments sovent divisés et quelquefois altérés»); non sembra aver inteso bene il brano neppure M. MERLIN, *Répertoire universel*, cit., 428: «Le §. 4, qui le suit immédiatement, prévoit le cas où l'un des copermutans a déjà livré sa chose, et où l'autre ne veut ou ne peut pas livrer la chose qu'il a promise en Echange. Dans ce cas, la loi considère le contrat comme non avenu». Si tratta di un fraintendimento, quest'ultimo, che ha radici lontane e sul quale pesa l'idea (che si trova, in termini ancor più accentuati, anche in PH. MEYLAN, *Permutatio rerum*, cit., 53: «échange immédiat de deux choses l'une contre l'autre») di una irriducibilità dello schema permutativo alla

incerti in Paul. D.19.4.1.4 si concilia a fatica con la precisazione conclusiva '*quasi re non secuta*' che sembrerebbe piuttosto suggerire, in termini che, come si è visto, non sono certo semplici da valutare,¹²⁰ un accostamento con una precisa ipotesi applicativa della *condictio certi* (c.d. *ob rem dati*).¹²¹

Da questo punto di vista, non si può infine ignorare che la posizione complessiva del giurista severiano in materia di *condictio*,¹²² offre spunti che parrebbero documentare la persistenza di soluzioni apparentemente in sintonia con la più antica teoria dei *veteres*,¹²³ nonostante in dottrina si sia tendenzialmente orientati a iscrivere Paolo tra i seguaci del più recente indirizzo tracciato da Proculo,¹²⁴ nel cui solco, com'è noto, avrebbe per

¹²⁰ In proposito vd. *supra* § prec.

¹²¹ Considerazione che andrebbe ovviamente rivista se si dovesse espungere il tratto in questione, secondo quanto suggerito in passato da taluni studiosi: in proposito vd. *supra* nt. 101.

¹²² Sull'argomento, e per una specifica valutazione di Paul. 17 *ad. Plaut.* D.12.6.65, si rinvia all'attento lavoro di L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione*, cit., 79 ss.

¹²³ Così («La l. 13,1 presenta una soluzione [] che si comprende pienamente alla luce della sopra ricordata *opinio veterum*») A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 138.

¹²⁴ Assieme a Giuliano e Ulpiano, è annoverato tra gli «oppositori, in età classica, della teoria dei *veteres*» da R. SANTORO, *Studi*, cit., 237 ss., 356; che Paolo ricolleggi alla *datio* 'il fenomeno della ripetizione' è sostenuto da L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione*, cit., 82, il quale, del resto, al di là della «limitata eccezione» della *condictio ex causa furtiva*, non sembra disposto ad ammettere, in età classica, applicazioni

significativamente (per non dire che scomparirebbero del tutto) i margini per operare una credibile distinzione tra azione di ripetizione e azione di adempimento,¹¹⁸ dovendosi piuttosto orientare, anche qui però non senza gravi difficoltà, verso l'ipotesi di un unico mezzo processuale con duplicità di funzione.¹¹⁹

Più nello specifico, occorre in secondo luogo osservare che l'ipotesi di un ricorso alla *condictio*

terminativa della *causa agendi* per l'*actio civilis incerti* (ea res agatur quod As As No No servum Stichum...), o, diversamente, 'individuativa' del 'Klagbegehren' nel caso di *condictio incerti* (ea res agatur de Servo Sticho quem As As No No) —, rispetto alla quale non si comprenderebbero comunque le ragioni concrete, se non quella di mantenere artificiosamente in piedi la distinzione tra i due mezzi processuali.

¹¹⁸ Il rischio era ben presente a O. LENEL, *EP*,¹ cit., 123 («aber wäre bei obiger Formulierung das Nebeneinanderstehen von *condictio incerti* und *actio praescriptis verbis* völlig unbegreiflich: wie hätte bei derartiger Fassung den beiden Actionen, die beide im gleichen Fall zuständig sein konnten, ihr verschiedenes Ziel angesehen werden können?»), il quale, come si è visto, provava a risolverlo ventilando l'ipotesi, non molto convincente, di una diversità funzionale della *praescriptio* nei due giudizi: *supra* ntt. 115, 117.

¹¹⁹ In questo senso, del resto, M. TALAMANCA, *Pubblicazioni (1989-1990)*, cit., 739 («il momento essenziale di questa connessione, l'essere cioè l'*actio incerti* a tutela di contratti innominati concessa da Aristone e la *condictio incerti* [] due applicazioni della stessa azione, dell'*actio incerti*, spettante ogni qual volta si abbia — sul piano del *ius civile*, e non fondata sulla *fides bona* — un'*obligatio civilis*»).

Quanto all'origine del guasto presente nel *codex Florentinus*,⁷⁹ si può facilmente giustificare pen-

tipologia del (*contractus*) *do ut des* di Paul. D.19.5.5.1, in ragione di considerazioni di ordine strutturale, che pretenderebbero di delimitare il contratto di permuta alla sola ipotesi in cui lo scambio abbia trovato piena attuazione, avendo entrambe le parti provveduto ad effettuare le rispettive attribuzioni patrimoniali: in questo senso («Nescio an quisquam adhuc dixerit, quod mihi videtur in eo differre permutationem à contractu Do ut des, quòd permutatio non est priusquam res quæ permutantur vicissim dentur [] At ex contractu permutationis fieri non potest ut obligeris priusquam permutatio facta sit [] Sed quoniam qui primus tradidit rei suae dominium in accipientem transtulit, conditioni locum esse necesse est, ut quod datum fuit repetatur [] Contractus igitur Do ut des, non permutatio est, sed principium permutationis [] Denique permutatio non est cùm Do ut des, sed cùm do: quia tu dedisti») A. FABRI, *Coniecturarum Iuris Civilis, Libri Sex*, cit., 285: di qui i conseguenti equivoci sul piano dell'interpretazione del § 4 («Itaque si ex una tantum parte traditio facta sit, quia nondum permutatio est, non poterit is qui tradit agere ex causa permutationis in id quod sua interest illam rem accepisse de qua convenit, sed tantum ut res data reddatur conditioni locus est, quasi re non secuta, ut apertis verbis Paulus scribit *in d. l. I in fine. de rer. permutat.*»); sul punto, vd. F. GLÜCK, *Commentario*, cit. 441 ss.

⁷⁹ Più in generale, sulla questione dei guasti imputabili a errori di trascrizione, ma anche per una messa a punto delle diverse tipologie di errore ('Zeilenauslassungen', 'Dittographien', 'ἄμοιότῃ εὐτόντα' 'Versetzungen'), vd. J. MIQUEL, *Mechanische Fehler*, cit., 233 ss.; ID., *D.23.5.7pr.*, cit., 317 ss.; P. PESCANI, *Studi sul digestum vetus*, cit., 159 ss.; più di recente D. MANTOVANI, *La critica del testo del Digesto*,

sando a una svista del copista il quale, in fase di trascrizione del brano, subito dopo aver ricopiato il passaggio '*non in hoc agemus*' deve avere inavvertitamente riprodotto le parole 'UT RES' presenti, come sappiamo, due linee più in basso, al posto delle parole 'UT INTEREST'.⁸⁰ Eventualità che si fa ancor più concreta nell'ipotesi di trascrizione sotto dettatura,⁸¹ ove al comune rischio di un errore

cit., 167 s., il quale richiama l'attenzione sul fatto che il «*codex Florentinus*, pur vicino cronologicamente alla data di confezione del Digesto, è già gravato da un numero significativo di errori generati, come in qualsiasi altra tradizione manoscritta, nel processo stesso di copia».

⁸⁰ Per una spiegazione dell'inconcludenza delle parole '*ut res*' attraverso l'ipotesi di un errore di trascrizione vd. già CH. APPLETON, *L'obligation de transférer*, cit., 773 nt. 3 a, anch'egli peraltro caduto in un *lapsus* ('dans la ligne précédente'): «La Florentine porte '*ut res*', ce qui n'as pas de sens et vient visiblement de ce que le copiste, se trompant de ligne, a pris ces mots dans la ligne précédente, précisément au-dessus (il y a 36 lettres d'intervalle, ce qui fait souvent une ligne de la Florentine)'; l'ipotesi si trova ancor prima formulata in G. C. GEBAUER-G. A. SPANGENBERG, *Corpus iuris civilis*, cit., 344 nt. 10 («Taur. in Adnot. *ut interest nostra. in P. ut res nostra. Videtur autem haec corruptio orta ex sequentibus: ut res contra nobis, quae verba in codice, quo Florentinus descriptus est, videtur nostris fuisse subiecta*»).

⁸¹ L'idea di un ricorso alla dettatura per F e F¹ (archetipo di B o S, secondo la più usuale terminologia di Mommsen) è sostenuta con convinzione («sembra si possa concludere con una certa probabilità che ed eventualmente F¹, l'archetipo secondo la nostra ipotesi di B, sono stati scritti sotto dettatura») da P. PESCANI, *Studi sul digestum vetus*, cit.,

molto più seri e incisivi, il diverso profilo funzionale, visto che in presenza di due giudizi aventi la medesima struttura formulare,¹¹⁷ si ridurrebbero

per cui nelle fonti «l'espressione *actio civilis incerti* come tale è riservata all'azione che troviamo anche denominata *actio in factum civilis* o *actio praescriptis verbis*», nonostante, in linea generale, sarebbe corretto discutere di *a.c.i.* «per una gran quantità di azioni, dall'*actio incerti ex stipulatu*, alla *condictio incerti*, a tutte le azioni contrattuali tipiche e atipiche, e magari anche oltre», arriva alla conclusione per cui «questa azione deve avere un carattere che la differenzia da tutte le altre azioni civili con *intentio incerta*. Ma questo carattere è di tutta evidenza: e si tratta del fatto che solo l'azione contrattuale generale è un'azione civile *in factum*. Tutte le altre azioni recano una *demonstratio* che fa allusione a categorie già acquisite nel *ius civile*; invece la *demonstratio* dell'azione contrattuale generale descrive unicamente dei fatti». Considerazione che non sembra però valere per l'ipotesi di impiego in funzione ripetitiva della *condictio incerti*, in relazione alla quale non pare sussistano molti margini per ammettere una riconducibilità del fatto generatore della pretesa restitutoria ad uno specifico *nomen iuris* (anche se in termini solo allusivi), con la conseguenza che si dovrebbe ritenere applicabile la denominazione *a.c.i.* anche per l'ipotesi di *condictio incerti* (ripetitiva).

¹¹⁷ Il rilievo si ridurrebbe, ma unicamente sul versante della configurazione strutturale dell'azione, nel caso in cui si dovesse aderire alla prospettiva di un'identificazione dell'*a.c.i.* con l'*a.p.v.*, in ragione della presenza, all'interno della formula (contrattuale), della clausola di buona fede: presenza che però è esplicitamente esclusa da quanti si pongono nell'ottica di una distinzione dei due schemi processuali. Non sembra, poi, che si possa pensare di aggirare il problema attraverso l'ipotesi (avanzata da Lenel: *supra* nt. 115) di una diversa configurazione della *praescriptio* — de-

verso la descrizione della *causa agendi* ('Klagegrund'),¹¹⁵ garantisca un'adeguata precisazione della pretesa ('Klagbegehren').

Difficoltà che non si arrestano al solo aspetto del '*nomen actionis*',¹¹⁶ ma che toccano, in termini

¹¹⁴ Così, già F. C. SAVIGNY, *Sistema* 5, cit., 683; tra gli studiosi recenti vd. C. A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, cit., 42 («La costruzione della formula della *condictio incerti* per i casi che abbiamo visto sopra [] deve essere fatta allo stesso modo apprestando un'opportuna *demonstratio* per ogni singolo caso»).

¹¹⁵ Un riferimento alla *causa agendi* nella *praescriptio* ('E.R.A quod decem indebite promisit') è escluso per la *condictio incerti* («die vermutliche praescriptio enthielt nicht die causa agendi, sondern die Spezialisierung des Klagbegehrens, sie gab der unbestimmten intentio die notwendige Einschränkung») da O. LENEL, *EP*,¹ cit., 123, il quale, (con specifico riferimento alla *condictio liberationis*) pensava piuttosto ad una *praescriptio* (direttamente) limitativa della pretesa del tipo 'E.R.A de decem, quae As As No No stipulanti promisit, accepto ferendis'. Si tratta però di un punto di vista che pare condizionato, da un lato, dalla preoccupazione di assicurare una simmetria formale rispetto al modello della *condictio certi* (così J. BARON, *Die condictionen*, Berlin, 1881, 230 s.): «die condictio incerti sich historisch aus der condictio certi herausentwickelt hat: das Wesen der condictio certi besteht aber [] gerade darin, dass sie eine abstrakte Klage ist, die die causa agendi verschweigt»; dall'altro, dal rischio di commistione con l'*a.p.v.*: in proposito vd. *infra* nt. 118; verso il modello di *praescriptio* suggerito da Lenel, sembra orientarsi, pur non ritenendo necessario un suo inserimento (nt. 112), anche J. C. WOLF, *Causa stipulationis*, cit., 201 nt. 43.

¹¹⁶ La questione non è sfuggita a C. A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, cit., 46 s., il quale, di fronte alla constatazione

di lettura andrebbe ad aggiungersi l'ulteriore possibilità di un errore di audizione, in considerazione dell'assonanza fonetica delle due espressioni.⁸²

È appena il caso di osservare che la soluzione qui suggerita non va assolutamente confusa con il punto di vista assunto dalla dottrina interpolazionistica,⁸³ non essendovi alcuna ragione per ritenere non classico il riferimento all'azione di adempimento.⁸⁴ Anzi, il riferimento a tale azione (seppur in termini negativi) deve ritenersi assolutamente essenziale, in quanto serve a chiarire le conseguenze concrete del principio della 'nullità' contrattuale affermato nel § 3. Se si dovesse, invece, aderire alla prospettiva di un'origine bizantina per l'azione di adempimento, diverrebbe a quel punto realmente inspiegabile la connessione

164 ss., 249 s., al quale si rinvia per una ricchissima casistica di errori, imputabili a dettatura, rinvenibili in F: emblematici, da questo punto di vista, i casi di ripetizione di una o più parole molto frequenti nel *codex Florentinus* e invece rari nei manoscritti medievali (173 ss.); dello stesso Autore vd. *Origine delle lezioni*, cit., soprattutto 280 ss.; rilievi critici, rispetto all'impostazione complessiva dello studioso, si trovano (stando a quanto riferito da E. R. MARTÍ, *La tradición manuscrita del digesto*, cit., 45) in J. MIQUEL, *Caída de línea y 'omissio ex homeoteleuto' come 'errores coniunctivi' en el 'stemma' del 'Digesto'*, Barcelona 1985, (non consultato).

⁸² Proprio in ragione della somiglianza sonora e segnica dei due sintagmi, '*ut res-ut interest*', la lettura '*ut interest*' è da preferire rispetto a quella '*quod interest*'.

⁸³ In un senso assai analogo, come si è visto (*supra* nt. 14), ricostruiva il brano F. SCHWARZ, *Die Grundlage*, cit., 139 ss.

⁸⁴ In proposito vd. *supra* § 1.

tra i due §§, visto che alla *condictio* si sarebbe fatto ricorso indipendentemente dalla validità dell'atto traslativo, considerato che, in effetti, un contratto non vi sarebbe stato in ogni caso.

4. Se la ricostruzione testuale qui proposta garantisce un'interpretazione indubbiamente più lineare del § 4, da altro punto di vista finisce per sollevare una serie di questioni, sulle quali la più recente dottrina non ha specificamente riflettuto, essendo essa condizionata dalla diversa lettura suggerita da Mommsen.

Lasciando da parte i riflessi che potrebbero scaturire sul piano dell'interpretazione del § 1 — ove risulta estremamente problematico il ricorso (sembrerebbe da parte dello stesso Paolo) ad *actio in factum* in caso di evizione —,⁸⁵ o ancora del

⁸⁵ Il punto più controverso, com'è noto, riguarda la possibile incongruenza di tale decisione rispetto all'impostazione adottata in Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.1, ritenendosi, per lo più, la concessione di *actio in factum* un'opzione difficilmente compatibile con la prospettiva di un riconoscimento contrattuale (in questo senso PH. MEYLAN, *Permutatio rerum*, cit., 53 s. nt. 19; più recentemente, anche G. MELILLO, *Forme*, cit., 497). Antinomia che si è pensato di risolvere tramite l'ipotesi di un'identificazione dell'azione in questione col modello dell'azione decretale civile (*actio in factum* labeoniana), o, diversamente, di citazione di opinione altrui (Salvio Giuliano). Ci limitiamo qui a segnalare, per la prima congettura J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones*, cit., 225 nt. 65; M. ARTNER, *'Agere praescriptis verbis'*, cit., 209 nt. 177; per la seconda, (oltre a Burdese ci-

di un inserimento per entrambe le applicazioni di apposita *praescriptio*¹¹³ o *demonstratio*,¹¹⁴ che attra-

MANCA, *Pubblicazioni (1989-1990)*, cit., 740 («formula difficilmente ammissibile sul piano della logica»); diversamente, considera una petizione di principio l'idea della necessità di una «Individualisierung des Klagbegehrens» J. C. WOLF, *Causa stipulationis*, cit., 200 s. e ivi nt. 43, le cui argomentazioni (l'essere nell'*actio ex stipulatu* l'oggetto indicato come *incertum*; la mancata precisazione della *causa petendi* nell'*actio certae creditae pecuniae*) non sembrano però rispondere in maniera soddisfacente alle obiezioni avanzate sul punto; così come, non pare possa darsi serio rilievo all'eventuale presenza di *taxatio* di cui in Gai 4.51 («andererseits gab auch diese in der *taxatio* einen bestimmten (Höchsts-)Betrag an, der das spezifische Interesse des Klägers individualisierte»), intervenendo questa unicamente sul piano della quantificazione della *summa condemnationis*, ma non su quello della delimitazione dei rapporti sostanziali dedotti in giudizio; non molto differente il punto di vista di A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 28 s., ove il ricorso alla *praescriptio* viene valutato in termini di mera opportunità («si poteva rendere quanto meno opportuno il ricorso a *praescriptio* descrittiva dei fatti»).

¹¹³ Così O. LENEL, *EP*,¹ cit., 123, di cui occorre però considerare il diverso punto di vista manifestato nelle edizioni successive, in cui si assiste ad un radicale ripensamento («dies ganze Gebäude ist ein Kartenhaus»); in favore di un ricorso a *praescriptio* individuativa della concreta *causa petendi* M. KASER, *RP*,² cit., 599 s.; in via solo ipotetica, («Hält man aber für unerlässlich, daß die konkrete, vom Prätor erteilte *formula* die eingeklagte Forderung eindeutig bezeichnete»), J. C. WOLF, *Causa stipulationis*, cit., 200 s. nt. 43, su cui si veda *infra* nt. 115; con la precisazione di cui nella nt. prec., A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 28 s.

lutazione dei riflessi problematici che vengono a delinearci sul piano del coordinamento tra azione ripetitiva (*condictio incerti*) e azione contrattuale (*a. civilis incerti*), soprattutto se si aderisce (né sembrano esservi margini per non farlo)¹¹² all'ipotesi

s.; più specificamente, per una riconduzione della *condictio possessionis* alla più ampia categoria della *condictio incerti* vd., anche, S. HÄHNCHEN, *Die causa condictionis. Ein Beitrag zum klassischen römischen Konditionenrecht*, Berlin, 2003, 116 ss.; sul punto, ma più in generale sul lavoro della studiosa tedesca, si veda il giudizio critico di A. SACCOCCIO, *Recensione a S. HÄHNCHEN, Die causa condictionis*, cit., in *Iura*, LIV, 2003, 275 s.; da ultimo C. A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, cit., 34 ss., il quale, riferendosi poi più specificamente alla *condictio possessionis*, nota come la stessa non sempre riceva espressamente la qualifica di *condictio incerti*, come invece avviene in Ulp. D.13.1.12.2, Iul. D.30.60 e Iul. D.43.26.19.2 (in cui l'Autore riconosce la genuinità della locuzione normalmente ritenuta di origine glossematica). Tra i testi in proposito segnalati dallo studioso, oltre al già richiamato Paul. D.12.6.15.1 (su cui vd. *supra* nt. 108), vd. Ulp. D.13.3.2, Tryph. D.16.3.31.1.

¹¹² In questo senso già F. C. SAVIGNY, *Sistema del Diritto romano attuale*, V, trad. dall'originale tedesco di V. Scialoja, Torino 1893, 682 s.; O. LENEL, *Das edictum perpetuum*,¹ Leipzig, 1883, 123 («Aber freilich, die ganz unbestimmte intentio ‚quidquid N^m N^m A^o A^o d. f. o' konnte unmöglich für sich allein stehen»); punto di vista ripreso da M. KASER, *RP*,² cit., 599 s., ove lo stesso riconoscimento dell'azione viene subordinato alla presenza di *praescriptio* individuativa della concreta *causa petendi* («glaubwürdig [] wenn man annimmt, daß sie durch eine *praescriptio*, die den ihr zugrundeliegenden Sachverhalt bezeichnet, individualisiert wurde»); più recentemente seri rilievi sulla configurabilità di una *condictio incerti* astratta sono avanzati in M. TALA-

coordinamento delle due soluzioni, nell'ipotesi di un'adesione alla prospettiva indicata in dottrina di una relazione tra la concessione dell'*actio in factum* (di cui appunto al § 1) e il mancato perfezionamento della fattispecie contrattuale,⁸⁶ il principale aspetto che andrebbe chiarito, come si può agevolmente intuire, riguarda l'individuazione del 'tipo' di *condictio* accordata all'autore della consegna, risultando a questo punto assai incerto un suo inquadramento nella cd. *condictio re non secuta (ob rem dati)*.⁸⁷

tato nella nt. seg.) P. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA*, I, cit., E. BETTI, *Sul valore*, cit., 39; C. A. MASCHI, *Il diritto romano*, cit., 610 ss., 618; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., 161 nt. 243.

⁸⁶ In questo senso («l'*actio in factum*... si riferisce ad un caso in cui il negozio non ha varcato la soglia della realtà, in quanto la prima *datio* aveva ad oggetto una *res aliena*, ciò che escludeva una valida *permutatio*») vd. M. TALAMANCA, *Pubblicazioni (1989-1990)*, cit., 735; più di recente, A. BURDESE, *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, I, Napoli, 2001, 339, con un punto di vista molto distante rispetto alla posizione assunta nei precedenti studi, in cui piuttosto si privilegiava l'ipotesi di citazione documentativa di opinione altrui: così, ad es., A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 148 («ove parrebbe trattarsi di *actio in factum* in senso stretto, ma...nell'ambito di una frase in cui Paolo avrebbe menzionato opinione altrui»).

⁸⁷ È appena il caso di osservare che si tratta di valutazioni che attengono al profilo (tutto sostanziale) delle c.d. *causae condictionis*, e che invece non coinvolgono gli aspetti più specificamente processuali, rispetto ai quali il carattere astratto dell'azione impedisce la configurabilità di una va-

rietà di modelli applicativi, rimanendo inespresso a livello di *conceptio* formulare il rapporto giuridico sottostante legittimante l'esercizio dell'azione di ripetizione: sul punto vd., con letteratura, P. CERAMI, *D.39.5.21.1 (Cels. 28 dig.)*. Una controversa testimonianza celsina in tema di *delegatio promittendi donationis causa*, in *SDHI*, XLIV, 1978, 183 nt. 100; più recentemente, con ulteriori indicazioni, I. FARGNOLI, 'Alius solvit alius repetit'. *Studi in tema di indebitum condicere*, Milano, 2001, 6 ss.; ai quali, peraltro, si rinvia per un sostanziale ridimensionamento dell'ipotesi di un'elaborazione postclassica delle *causae condictionis*: in questo senso G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones*, in *Studi Parmensi*, I, 1950, ora in *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1977, 726 ss.: «si può dire che le distinzioni della *condictio* basate sulla *causa*, per la loro rozzezza e superficialità ci si mostrano frutto di frettolosa improvvisazione, anziché prodotto critico scientifico di una giurisprudenza, quale la romana»; J. C. WOLF, *Causa stipulationis*, Köln-Wien, 1970, 36 ss.; così, per certi versi, anche A. SACCOCCIO, 'Si certum petetur', cit., 520 ss., 549 ss., 609 ss., il quale, pur riconoscendo alla giurisprudenza severiana un importante ruolo sul piano della qualificazione (causale) delle singole applicazioni della *condictio*, e pur attribuendo a Papiniano la paternità della denominazione '*condictio indebiti*' (quale sbocco di un percorso dogmatico di delimitazione concettuale tra applicazioni contrattuali ed extracontrattuali che avrebbe preso le mosse da Gai 3.91), prende però posizione per l'origine postclassica (IV-V sec. d. C.) dell'«articolazione delle *condictiones* in varie specie tra loro differenziabili» (611). Più in generale, ma sempre in relazione al carattere astratto dell'azione, vd. ancora A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 16 ss., ove peraltro viene esaminata, e respinta, l'ipotesi variamente affacciata in dottrina, sulla base di TPSulp. 31, di una (abituale e generale) precisazione della *causa petendi* mediante *praescriptio*: precisazione che l'autore, rifacendosi alle conclusioni di R. SANTORO, *Le due formule della tabula Pompeiana*

considerarsi definitivamente risolta, essendo sempre più ampio (e autorevole) il fronte di quanti si sono dichiarati a favore della classicità dell'azione.¹¹¹ Non sempre, però, vi è stata un'attenta va-

petetur, cit., 107 e ivi nt. 32, 184 nt. 33; per ulteriori riferimenti alla letteratura (soprattutto meno recente), si veda l'accurata analisi di J. C. WOLF, *Causa stipulationis*, cit., 156 ss.

¹¹¹ Così già A. GIFFARD, *Precarium, condictio incerti, et actio praescriptis verbis*, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, II, Palermo, 1936, 275 ss., ora in *Études de droit romain*, Paris, 1972, 176 ss.; ID., *L'action qua incertum petimus*, in *SDHI*, IV, 1938, 152 ss.= *Études*, cit., 150 ss.; ID., *Observations sur l'enrichissement injuste incertain*, in *Mélanges de Visscher*, III, Bruxelles, 1950, 499 ss.= *Études*, cit., 167 ss.; con ulteriori argomentazioni, J. C. WOLF, *Causa stipulationis*, cit., 153 ss., 190 ss.; un'importante riconoscimento in tal senso (con sospetti piuttosto sulla denominazione) si trova anche in M. KASER, *Das römische Privatrecht*,² I, München, 1971, 599 s., ove sono superati i dubbi ancora presenti nella prima edizione; W. SELB, *Formeln mit unbestimmter Intentio iuris. Teil I: Studien zum Formelaufbau*, Wien-Köln-Graz, 1974, 29 ss.; R. SOTTY, '*Condictio incerti*', '*actio ex stipulatu*' et '*actio praescriptis verbis*', in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, V, Napoli, 1984, cit., 2477 ss.; in difesa della *condictio incerti* (anche in funzione di *condictio possessionis*) vd. M. TALAMANCA, *Pubblicazioni (1989-1990)*, cit., 740: «Il problema più difficile per la *condictio incerti* ne riguarda la struttura processuale e la collocazione nell'editto [] sull'*an* ormai non vi dovrebbe più esser dubbio»; un'apertura pare cogliersi anche in L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione*, cit., 74 e ivi nt. 17, il quale sembra limitare i propri sospetti a Ulp. 38 *ad ed. D.13.1.12.1* e Iul. 49 *dig. D.43.26.19.2*; in relazione ad un'ipotesi di *condictio liberationis* vd. I. FARGNOLI, '*Alius solvit alius repetit*', cit., 48

gni assunti con contratto innominato sul presupposto di avvenuta *datio*.¹⁰⁹

Per quanto la questione non possa essere qui specificamente affrontata, due notazioni vanno però fatte. La prima, e anche più seria, riguarda l'ammissibilità stessa di un siffatto modello processuale.¹¹⁰ Si tratta all'apparenza di questione da

¹⁰⁹ A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 53 ss., ove si adduce Paul. 5 *ad Sab.* D.10.1.8pr. ('in funzione di *condictio servitutis*'), e Paul. 31 *ad ed.* D.46.2.12 ('in funzione di *condictio liberationis*').

¹¹⁰ Una severa critica («una contraddizione in termini») sul piano della configurabilità della *condictio incerti* in diritto classico si trova, com'è noto, in E. BETTI, *Sul valore*, cit., 28, per il quale si sarebbe piuttosto trattato di un'elaborazione dei «teorici di Berito per creare un contrapposto terminologico alla 'condictio certi', in sostituzione dell'a.º incerti trasformata in bonae fidei»; per l'inammissibilità della *condictio possessionis* nell'ambito della procedura formulare («il conseguimento del possesso è riconosciuto come sufficiente presupposto della *condictio* solo nel periodo della procedura *extra ordinem*»), vd. G. DONATUTI, *Le causae delle conditiones (Studi 2)*, cit., 807; perplessità ('mehr als zweifelhaft') si colgono ancora in M. KASER, *Das römische Privatrecht*,¹ I, München, 1955, 501, su cui vedi, però, nt. seg.; dubbi anche in A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 142, ove, con riferimento a Iul. 49 *dig.* D.43.26.19.2, si osserva essa costituire 'ipotesi di *condictio incerti* o *possessionis* di dubbia classicità': dello stesso Studioso vd. però il diverso punto di vista assunto in ID., *Sul riconoscimento*, cit., 53 ss. (*supra* ntt. 108-109); più recentemente, serie perplessità ('a mio avviso, la possibilità di *condicere* un <in>*certum*, che pure si trova affermata in alcune fonti, non è in alcun modo conciliabile con i racconti gaiani a proposito di questa azione') sono sollevate anche da A. SACCOCCIO, *Si certum*

Ciò potrebbe forse contribuire a spiegare il ricorso all'avverbio '*quasi*' da parte di Paolo, il quale sembrerebbe alludere ad una sorta di estensione⁸⁸ dell'ambito applicativo, indipendentemente da una più precisa puntualizzazione dei meccanismi giuridici che, da un punto di vista sostanziale, avrebbero dovuto fungere da supporto all'adozione di una decisione del genere.⁸⁹ Sul punto bi-

34, in *AUPA*, XXXVIII, 1985, 344 ss., ritiene di dover circoscrivere al solo caso attestato in TPSulp. 31 di *sponsio tertiae partis* connessa a esercizio di *actio certae creditae pecuniae*; per una più specifica analisi del documento pompeiano, e in particolare per una valutazione della funzione (determinativa o limitativa) qui assolta dalla *praescriptio 'ea res agetur de sponsione'* si rinvia, con diverse conclusioni, ai recenti contributi di M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., 143 ss.; L. PELLECCHI, rec. di M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, cit., in *Iura*, LVII, 2008-2009, 470 ss.

⁸⁸ Estensione che va intesa, anche alla luce di quanto si è prima precisato (nt. prec.), in termini generalissimi e soprattutto avendo riguardo più alla vicenda sostanziale che processuale, rispetto alla quale l'idea stessa di 'estensione' risulta fortemente pregiudicata dal carattere astratto dell'azione, presupponendo essa la precisa individuazione, a livello di *conceptio verborum*, di una *causa petendi* tipica.

⁸⁹ In relazione alle diverse logiche argomentative che troverebbero espressione nel ricorso alla tecnica delle '*quasi-Konstruktionen*', in dottrina si è per lo più orientati per una loro riconduzione agli schemi del ragionamento estensivo-analogico e assimilativo (per finzione). Spunti in questa direzione, com'è noto, si ritrovano già in H. SUMMER MAINE, *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*, London, 1861, 333 («the comparison is instituted by a strong superficial analogy

or resemblance»); con maggiore sforzo di precisazione dogmatica, anche sul piano dell'articolazione interna alla figura della 'Fiktio' («Die dogmatische Durchleuchtung des quasi hat gezeigt, daß sich damit in wesentlichen die Funktionen der Fiktio und Analogie verbinden»), vd W. KERBER, *Die quasi-Institute als Methode der römischen Rechtsfindung*, Würzburg, 1970, 116; con dettagliata indicazione bibliografica, G. WESENER, *Zur Denkform des 'Quasi' in der Römischen Jurisprudenz*, in *Studi Donatuti*, III, Milano, 1973, 1387 ss.; più recentemente K. HACKL, *Sulla finzione nel diritto privato*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, I, Milano, 1982, 245 ss.; ID., *Vom 'quasi' im römischen zum 'als ob' im modernen Recht*, in *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, a cura di R. Zimmermann, Heidelberg, 1999, 117 ss., 120 ss.; così nella sostanza, pur in una prospettiva che tende ad un ridimensionamento della distinzione tra analogia e finzione («categorie [] dai confini incerti, labili, tanto da apparire intercambiabili») R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità*, Napoli, 1983, 24 ss., con preferenza per la meno rigida nozione di «appercezione comparativa»; di «assimilazione fittizia» evidenziata dall'uso di 'quasi' ('quasi sine causa datum videtur') discute, relativamente a Ulp. 32 ad ed. D.12.7.2, A. SACCOCCIO, 'Si certum petetur', cit., 220; sembrano privilegiare l'ipotesi di un approccio analogico S. RICCOBONO, *La giurisprudenza classica come fattore di evoluzione nel diritto romano*, in *Scritti di Diritto Romano in onore di C. Ferrini*, Milano, 1946, 17 ss., 54 ss.; di cui si veda anche *Dal diritto romano classico al diritto moderno (a proposito di D.10.3.14 [Paul. 3 ad Plaut.])*. Appendice III. Analogia, assimilazione, approssimazione nell'opera dei giuristi romani ed in particolare dell'uso dell'avverbio «quasi» in AUPA, III-IV, 1917, 697 ss., ora in *Scritti di diritto romano*, II, Palermo, 1964, 461 ss., ove, in termini più generici, si discute di «mezzo costruttivo» diretto a «esprimere la comparazione di atti e fatti giuridici diversi» (699); M. KASER, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, Göttingen, 1962, 59 nt. 45; così parrebbe, con contamina-

Al riguardo, si deve, del resto, tenere presente che proprio a Paolo è stata imputata la concessione di *condictio incerti* ('in funzione di *condictio possessionis*') con riferimento all'ipotesi di dazione di denaro altrui (Paul. 10 ad Sab. D.12.6.15.1),¹⁰⁸ così come, più in generale, si è sostenuto che al giurista severiano non fosse ignota l'applicazione dell'*actio qua incertum petimus* in funzione di *condictio* in ripetizione, oltreché di adempimento di impe-

¹⁰⁸ In questo senso, A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 53 ss.: «fuori dal campo contrattuale, un'azione civile diretta ad incertum qualificata *condictio* in quanto volta alla ripetizione di quanto dato, pare anzitutto riconosciuta da Paolo in funzione di *condictio possessionis* in D.12.6.15.1 (10 ad Sab.), con riferimento all'ipotesi di dazione di denaro altrui»; più recentemente anche C. A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, cit., 40, con attribuzione di «carattere generale» alla decisione paolina; all'applicazione di una *condictio (indebiti)*, concessa sul presupposto di possibile ricorso a *longi temporis praescriptio*, pensava piuttosto G. DONATUTI, *Le 'causae conductionis'* (Studi 2), cit., 738, ove all'osservazione che «colui che ha pagato indebitamente con denaro altrui potrà chiederne la restituzione con la *condictio*, in quanto abbia trasferito un possesso che l'accipiente sia in grado di ritenere con la *longi temporis praescriptio*», va ad aggiungersi l'ulteriore precisazione per cui «il *negotium* della *datio* nel senso ampio suddetto, di atto che, se non trasferisce immediatamente la proprietà al ricevente, fornisce a costui l'occasione di acquistarla, i giuristi romani lo riscontrano pure in varie ipotesi di *traditiones* invalide, seguite dal consumo in buona fede delle cose trasmesse, da parte dell'accipiente»; più di recente ipotizza un rimaneggiamento del brano A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 569 nt 36.

però tenuta distinta rispetto al punto di vista oggi impostosi, che con tale denominazione allude a specifiche ipotesi applicative della *condictio incerti*, concesse appunto per il 'recupero' del possesso o di situazioni giuridiche assolute diverse dal *dominium*,¹⁰⁶ per le quali il ricorso alla normale *condictio (certi)* sarebbe risultato precluso, (anche) in ragione della inadeguatezza di tale rimedio a essere calibrato su interessi economico-giuridici dell'attore, diversi da quello del proprietario.¹⁰⁷ Inconveniente che, naturalmente, non avrebbe avuto modo di verificarsi nell'ambito di uno 'Streitprogramm', come quello della *formula qua incertum petimus* di Gai 4.131, piuttosto caratterizzato dall'indeterminatezza della pretesa attrice ('*quidquid paret Nm Nm A° A° dare facere oportere*').

condict. indeb. Est autem aequum et bonum, ut rei alienae possessionem, quam tibi dedi, mihi reddas re non secuta»; C. ACCARIAS, *Théorie*, cit., 134 nt. 2.

¹⁰⁶ Così, relativamente all'ipotesi di *condictio incerti* intentata dal creditore pignoratizio per la sottrazione della *res pignori data*, Ulp. 38 *ad ed. D.13.1.12.2*; nel senso di un *condicere possessionem* («la *condictio indebiti* del pegno costituiva già un caso di *condictio* del possesso di una cosa») C. A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, in *Iura*, LVII, 2008-2009, 32, 38 s.

¹⁰⁷ In questo senso, A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 53; paradigmatico, da questo punto di vista, C. A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, cit., 38 («l'*actio* diviene *incerti* perché l'entità da restituire, anche se è sempre una cosa determinata [] non viene in considerazione con il proprio valore intrinseco, bensì per quello che corrisponde all'interesse dell'attore connesso con la funzione in cui egli l'ha impiegata»).

sogna però essere assai cauti. Occorre, infatti, tenere presente che, sempre in tema di permuta, Paolo ricorre all'utilizzo di un'espressione sostanzialmente simile anche nel già richiamato Paul. 5 *quaest. D.19.5.5.1*, in un contesto in cui non sembrano emergere profili problematici sul piano dell'applicazione dell'azione di ripetizione,⁹⁰ e in cui piuttosto tutto lascia supporre che la *condictio*, qui denominata '*quasi ob rem datum re non secuta*', venga prospettata come rimedio (generale)⁹¹ al-

zione lessicale dei due profili («sussunzione analogica»), L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione*, cit., 144 nt. 219; sull'argomento vd. anche (non consultato) B. KUPISCH, *Der Gedanke des 'als ob': Zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise bei der Anweisung, romanistisch und zivilistisch*, in *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, cit., 431 ss.; C. MASI DORIA, *Per l'interpretazione di «quasi magistratus» in D.1.16.7.2 (Ulp. 2 de off. proc.)*, in *Studi per G. Nicosia*, V, Milano, 2007, 242 ss.

⁹⁰ Lo nota anche L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione*, cit., 144 nt. 219, il quale, a questo proposito, adduce anche Paul. D.19.4.1.4, essendo evidentemente condizionato dalla diversa lezione di Mommsen, in cui il ricorso alla *condictio quasi re non secuta* si inserisce nella logica del concorso alternativo tra *condictio* e azione contrattuale.

⁹¹ Che la denominazione si riferisca piuttosto alla sola e specifica ipotesi di *condictio (irregularis)* concessa «a titolo di analogia (di '*quasi*') con la vera *condictio*» ('*condictio ob rem*'), relativamente alla ripetizione di cosa infungibile, è invece sostenuto da A. GUARINO, *Diritto privato romano*,⁹ Napoli, 1992, 954 s., il cui punto di vista, sembra però dipendere dall'idea di una delimitazione dell'ambito applicativo della *condictio* alle sole cose fungibili; ipotesi, quest'ultima, respinta, più di recente, da A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*,

ternativo all'esercizio dell'azione di adempimento,⁹² sul presupposto di un rapporto contrattuale validamente perfezionatosi.

Se si considera che ci troviamo in presenza di brani estremamente ravvicinati, si potrebbe certo essere indotti a ritenere che la formulazione adoperata in Paul. 5 *quaest.* sia stata condizionata dalla lettura di Paul. D.19.4.1.4.

Si potrebbe insomma immaginare che il copista, che certo doveva avere ancora ben presente la lezione del passaggio in tema di permuta appena trascritto, abbia ritenuto di adeguare la denominazione della *condictio*, rispetto ad una originaria indicazione del tipo '*ob rem datum re non secuta*', nel convincimento (in effetti erroneo) che si trattasse della medesima tipologia applicativa. Un'ipotesi di questo tipo consentirebbe di rispondere alle critiche che sono state avanzate circa l'uso di '*quasi*' in un contesto del genere, considerato da taluni autori un «vero gioiello».⁹³

Rimarrebbe comunque il fatto che locuzioni simili a quella indicata si trovano frequentemente adoperate nelle fonti.⁹⁴ Ad esse fa ricorso in più

cit. 25 ss., al quale si rinvia per un'analisi dei testi e della letteratura.

⁹² In questo senso vd. gli Autori citati *supra* in nt. 31.

⁹³ Così P. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA*, I, cit., 141; punto di vista ripreso da P. COLLINET, *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, Nemours, 1947, 328.

⁹⁴ In tal senso vd., ad es., Ulp. 3 *disp.* D.12.4.6 '*quasi causa non secuta habere potest conductionem*'; Pomp. 22 *ad Sab.*

altri tempi si sarebbe detto che ci troviamo di fronte ad un'applicazione 'anomala'.

Si tratta di un'osservazione che non era sfuggita agli studiosi che si rifacevano alla tradizione testuale della cd. *Littera Bononiensis*, i quali si erano conseguentemente orientati verso un'ipotesi di *condictio possessionis*,¹⁰⁵ in una prospettiva che va

¹⁰⁴ Sulla questione della necessità di una consegna validamente traslativa del dominio ai fini dell'esercizio della *condictio*, pur nei termini di cui si è prima riferito nella nt. prec., vd. G. DONATUTI, *Le causae delle conductiones (Studi 2)*, cit., 807 («nella *condictio* classica, con l'*intentio* della formula rivolta al *dare oportere*, il semplice conseguimento del possesso non può essere presupposto sufficiente»); più di recente L. PELLECCI, *L'azione in ripetizione*, cit., 80 ss.; con ampia documentazione delle diverse posizioni emerse in dottrina, vd. A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 98 ss., al quale peraltro si rinvia per una valutazione della *veterum opinio* di Ulp. 18 *ad Sab.* D.12.5.6 ('*quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condicti*'), ove si propone di riferire l'antigiuridicità della *causa* al profilo della *retentio* piuttosto che a quello dell'atto di 'acquisto'; per un diverso punto di vista, vd. G. DONATUTI, *Le causae delle conductiones (Studi 2)*, cit., 708 ss., ove, appunto, si circoscrive il concetto di '*ex iniusta causa apud aliquem esse*' alla sola ipotesi di detenzione «in base ad un atto o ad un negozio illecito», con conseguente esclusione dell'ipotesi di arricchimento ingiustificato; ancora fondamentale in proposito R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, in *AUPA*, XXXII, 1971, 181 ss.

¹⁰⁵ In questo senso vd. già J. CUJACIUS, *Ad Lib. IV. Codicis Recitationes solemnes*, cit., (*Opera* 9, cit.) 605 s.: «si nulla est permutatio re aliena data [] tantum erit condictio ob rem dati, id est, datae possessionis rei alienae, atque ita proponitur in l. 1 § *ult. ff de rer. Permut.* [] haec condictio non est ex contractu, sed ex bono et aequo, l. in summa, D. de

ammettere l'esercizio dell'azione di ripetizione, non avendo la *traditio* determinato (anche solo indirettamente)¹⁰³ l'atteso effetto acquisitivo.¹⁰⁴ In

dell'azione di ripetizione vd., con letteratura, P. CERAMI, *D.39.5.21.1 (Cels. 28 dig.)*, cit., 170 ss., al quale peraltro si rinvia per una più specifica valutazione dell'apporto celsino alla dottrina dei *veteres*; più recentemente, con atteggiamento critico, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., 103 ss.

¹⁰³ Il brano, in effetti, non offre spunti specifici in base ai quali si debba ritenere sottinteso un successivo acquisto della proprietà da parte dell'accipiente (*iure proprio*); sulla questione e per l'ipotesi di un'interpretazione estremamente ampia — «estensiva» e talvolta «analogica» (*condictio ususfructus, habitationis, operarum*) — della nozione di *datio*, vd. G. DONATUTI, *Le causae delle condictiones (Studi 2)*, cit., 737 ss., 748 ss., ove si osserva che «i giuristi romani, pur tenendo fermo il requisito del *negotium* della *datio*, guardando a quello ch'era lo scopo essenziale della *condictio datorum* (nei casi in cui non si trattava di mutuo): garantire la restituzione della cosa, di cui ci si era privati per una determinata ragione, quando questa ragione mancava, interpretano l'elemento reale della *datio* con tale larghezza da giungere a dichiarare sufficiente la circostanza che all'acquisto di proprietà del ricevente abbia soltanto dato occasione, con la sua attività, il trasferente, in termini più concreti, come si vedrà, i giuristi romani giungono a ritenere sufficiente il fatto che la parte attiva abbia trasferito il possesso o anche solo la detenzione della cosa, qualora questo possesso o questa detenzione per il sopraggiungere di circostanze presso il ricevente, siasi poi trasformata in proprietà»; sul punto vd. anche L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione*, cit., 30 s. nt. 14, ove, però, con riferimento ai casi di ripetizione di usufrutto, *habitatio* e *operae fabriles* si ritiene più probabile un impiego della *condictio incerti*.

di un'occasione lo stesso Paolo,⁹⁵ in contesti per i quali, chiaramente, la considerazione di una vicinanza con Paul. D.19.4.1.4 non può essere validamente invocata. Non isolati sono, appunto, i casi in cui, da parte del giurista severiano, l'esercizio dell'azione di ripetizione viene ricollegato ad una situazione sostanziale che sul piano espressivo viene formalizzata attraverso la tecnica delle c.d. '*quasi-Konstruktionen*'.⁹⁶

12.6.19.3, Ulp. 26 *ad ed.* D.12.6.26pr., Ulp. 26 *ad ed.* D.12.6.26.13, Marcian. 8 *inst.* D.12.6.39, Ulp. 32 *ad ed.* D.12.7.2, Ulp. 29 *ad ed.* D.15.1.11.7, Ulp. 63 *ad ed.* D.16.2.10.1, Ulp. 32 *ad ed.* D.19.1.11.6., Afr. 8 *quaest.* D.19.1.30pr., Ulp. 32 *ad ed.* D.19.2.19.6, Afr. 8 *quaest.* D.23.3.50pr., Iul. 54 *dig.* D.46.3.34pr., Ulp. 41 *ad Sab.* D.47.2.27pr.

⁹⁵ Il fenomeno è stato da tempo osservato in dottrina, al punto che lo si è considerato uno stilema espressivo tipicamente paolino. In questo senso vd. già M. VOIGT, *Ueber die condictiones ob causam und ueber causa und titulus im allgemeinen*, Leipzig 1862, 683 nt. 609 («Dass Paul in beiden Stellen [scil. D.19.4.1.4, D.19.5.5.1] den Thatbestand bezeichnet durch quasi re non secuta und quasi ob rem datum re non secuta ist Besonderheit seiner Terminologie»); più recentemente G. WESENER, *Zur Denkform*, cit., 1396 («Eine gewisse Vorliebe für die Denkform des *quasi* scheint auch der Spätclassiker Paulus zu besitzen»).

⁹⁶ Si vedano in proposito Paul. 17 *ad Plaut.* D.12.4.9pr. '*quasi ob rem datur et re non secuta ego a sponso condicam*'; Paul. 3 *ad Sab.* D.12.4.14 '*non enim quasi indebitum datum repetetur, sed quasi ob rem datum nec res secuta sit ratihabitione non intercedente*'; Paul. *l. s. de iur. et fact. ignor.* D.22.6.9.5 '*imperatores Severus et Antoninus in haec verba rescripserunt... quasi plus debito dederint*'; Paul. 6 *ad l. Iul. et Pap.* D.39.6.35.3 '*nec dubitaverunt Cassiani*,

Ci troviamo in presenza di impieghi che, com'è noto, non si prestano ad una facile interpretazione, ma che comunque non pare si lascino sempre inquadrare in una logica di tipo 'assimilativo',⁹⁷ per quanto non sia da escludere, come è stato osservato, che il ricorso ad una tecnica espressiva di questo tipo costituisca un sintomo rivelatore della 'delicatezza dei contesti analizzati'.⁹⁸ Sembra proprio che, almeno per molti di questi impieghi, si debba cogliere un utilizzo che potremmo definire di tipo 'qualificativo', diretto alla riconduzione ad uno tra più specifici profili tipologici o varianti applicative ('a titolo di', 'als') di un medesimo schema sostanziale o processuale. Si tratta di un uso ben noto,⁹⁹ sul quale per

quin conditione repeti possit quasi re non secuta; Paul. 58 *ad ed. D.42.5.6.2 'non esse iniquum adversus creditorem dandam repetitionem quasi indebiti soluti*'; Paul. 10 *ad Sab. D.46.3.50 'sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum, quod sciens feci*'.

⁹⁷ Così («l'uso dell'avverbio *quasi* non depone sempre nel senso di una sussunzione analogica al gruppo di attribuzioni in cui la *res* non sia rappresentata dalla controprestazione dell'accipiente») già L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione*, cit., 144 nt. 219.

⁹⁸ In questo senso («si ricorre alla qualificazione formale per fondare una ripetibilità *ex conditione* che in un certo senso non si presenta come "scontata"»), sempre, L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione*, cit., 144 nt. 219.

⁹⁹ Si veda ad es. A. ERXLEBEN, *Die conditiones sine causa 2. Die conditio causa data causa non secuta*, Göttingen, 1853, 93 nt. 32 («Der Ausdruck, quasi' deutet hier, wie in den anderen Stellen, in welchem er in dieser Verbindung gebraucht

lungo tempo si sono riversati i sospetti degli studiosi, i quali lo hanno considerato sintomo di una tendenza maturata in epoca postclassica a fornire un inquadramento in una specifica 'Konditionenfigur'.¹⁰⁰ Non c'è pertanto da stupirsi se da parte della stessa dottrina si sia proposto di espungere il tratto '*quasi-secuta*' dalla chiusa di Paul. D.19.4.1.4.¹⁰¹ Si tratta di sospetti, però, certamente eccessivi.

5. Va peraltro subito precisato che quello appena esaminato non è l'aspetto più problematico. Nel caso affrontato nel brano paolino, infatti, a mancare non sarebbero semplicemente le condizioni per un inquadramento nella *conditio ob rem dati*, ma addirittura i presupposti¹⁰² stessi per

wird, nur den Gesichtspunkt an, unter welchem die vorliegende Thatsache rechtlich zu fassen ist»).

¹⁰⁰ F. SCHWARZ, *Die Grundlage*, cit., 76 nt. 10 («Wo *quasi* die Einordnung unter einen Oberbegriff bezeichnet, ist es immer verdächtig; und von '*velut*' gilt in dieser Hinsicht dasselbe. Insbesondere unecht, vermutlich byzantinischen Ursprungs ist m. E. die Subsumierung unter die Klagerubrik mit '*quasi*' oder '*velut*'»; per una diagnosi interpolazionistica vd. anche G. DONATUTI, *Le causae delle conditiones (Studi 2)*, cit., 724.

¹⁰¹ F. SCHWARZ, *Die Grundlage*, cit., 141 («sicherlich ohne das nachhinkende '*quasi re non secuta*', das wie in der Parallelstelle [scil. D.19.5.5.1] die Konditionenfigur bestimmen soll»).

¹⁰² In relazione alla distinzione solitamente posta tra presupposto (*datio*) e fondamento (assenza di *causa retinendi*)