

avrebbe poi giocato la codificazione dell'editto operata sotto Adriano, con la conseguente attribuzione ai magistrati giurisdicenti del compito di procedere all'applicazione, ove possibile, dell'analogia, non essendo più possibile, se non per volontà dell'imperatore e del senato, l'introduzione di nuove clausole nell'editto<sup>28</sup>.

Questo punto merita una ricognizione più analitica, poiché, almeno nella dottrina più recente, Gallo è stato il primo, e sinora quasi l'unico<sup>29</sup>,

<sup>28</sup> *Synallagma*, II, cit., 127 ss. Un'efficace sintesi di questa parte dell'opera di Gallo è proposta da E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 17 ss.

<sup>29</sup> Eccettuato, almeno che io sappia, M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 149 ss., il quale dedica alcune pagine all'argomento. Secondo Artner anche dopo la redazione definitiva dell'editto perpetuo da parte di Salvio Giuliano, che l'autore tedesco ritiene, con la maggior parte della dottrina, degna di fede, rimase la possibilità di *agere praescriptis verbis*. Lo proverebbero da un lato i pur non numerosi passi delle fonti in cui è attestata l'ammissione da parte di Giuliano della concessione di un'*actio praescriptis verbis* (i passi sono citati nelle ntt. 446 e 447 di p. 154; si tratta di D. 19.5.24, sul quale vd. *supra* nt. 17, e soprattutto dei passi direttamente tratti dai *Digesta* del giurista adrianeo, e cioè D. 43.26.19.2 e Iul. 14 *dig.* D. 19.5.3). Dall'altro Artner (pp. 154 ss.) ritiene che, sebbene dopo la 'codificazione' giuliana l'editto rimase essenzialmente fisso, ciò potrebbe non aver pregiudicato la concessione di un'*actio praescriptis verbis*, dal momento che tale mezzo di tutela aveva avuto la sua collocazione, sin dal principio, al di fuori dell'editto. Il fatto che la possibilità di incidere sull'aggiornamento del diritto fosse stata tolta ai magistrati giurisdicenti riguardava solamente, secondo Artner, il processo di rafforzamento e

## D. 19.5.22: GAIO E IL 'IUDICIUM QUASI DE NOVO NEGOTIO'.

**SOMMARIO:** 1. Cenni sulle convenzioni atipiche nelle Istituzioni di Gaio. 2. Il caso del '*fullo*' e del '*sarcinator*': una triplice tradizione. 3. La soluzione proposta in D. 19.5.22: lo stato della dottrina. 4. Le critiche al fr. 22 fondate su indizi di carattere formale. 5. Le critiche al fr. 22 fondate su indizi di carattere sostanziale. 6. Indizi a favore della genuinità della soluzione proposta in D. 19.5.22. 7. Conclusioni.

### 1. Cenni sulle convenzioni atipiche nelle Istituzioni di Gaio.

Come è noto, uno dei grandi temi 'assenti' – nel senso di non trattati *ex professo* – nelle Istituzioni di Gaio è quello delle convenzioni atipiche, cioè dei c.d. 'contratti innominati'<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Lo ha opportunamente notato R. QUADRATO, *Le 'Institutiones' nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvi*, Napoli, 1979, 64. Nello stesso senso C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *Iura*, LVIII, 2010, 96, il quale afferma: «...è significativo che Gaio, che doveva essere contemporaneo di Mauriciano ed era sabiniano come Giuliano, non faccia parola nelle sue Istituzioni (e neppure, per quanto ci risulta, altrove, ma ciò è meno significativo) dell'azione

In effetti, nel suo manuale il giurista antoniano sfiora appena il problema, in alcune occasioni, nel corso della trattazione delle *obligationes consensu contractae*.

Mi riferisco, *in primis*, al notissimo Gai 3.141, dove, affrontando il problema relativo al prezzo nella compravendita, Gaio dà conto della disputa

---

contrattuale generale o comunque del problema delle convenzioni atipiche». In realtà l'affermazione di Cannata è almeno in parte errata, perché, come vedremo tra breve, nel Digesto è conservato un passo gaiano (Gai 10 *ad ed. prov.* D. 19.5.22) che tratta proprio di un problema relativo alle convenzioni atipiche. Del passo in parola Cannata non si occupa nemmeno nel suo altro recente contributo dedicato alla tutela delle convenzioni atipiche: *L'actio in factum civilis*, in *Iura*, LVII, 2008-2009, 9 ss. Cannata afferma che la mancata trattazione delle convenzioni atipiche nelle opere di Gaio diverse dalle Istituzioni è meno significativa rispetto all'assenza del tema riscontrata nell'opera didattica. Tale affermazione è condivisibile se riferita alla circostanza che le Istituzioni sono, come noto, l'unica opera giurisprudenziale romana che possediamo (quasi) per intero, e quindi la lacuna appare – in confronto con le altre opere gaiane, le quali ci sono pervenute in modo più o meno frammentario – indubbiamente vistosa. Tuttavia, come avrò occasione di ribadire nel corso di questo contributo, l'assenza di un tema così spinoso ed intricato da una trattazione istituzionale può essere spiegata proprio dal carattere elementare dell'opera. E del resto, come subito vedremo, il tema delle convenzioni atipiche non è propriamente assente nemmeno nelle Istituzioni, come testimoniano i §§ 141 e 143-144 del III commentario gaiano, che sfiorano la materia pur non sviscerandone tutte le possibili implicazioni.

condivisa e fatta propria da alcuni seguaci della scuola proculiana<sup>24</sup>, mentre gli esponenti della *secta* sabiniana, rifiutando la «elaborazione labeoniana in tema di *gestum*, e, con essa, della nozione di atto»<sup>25</sup>, avrebbero eccessivamente dilatato l'ambito del *contractus*.

Negli sviluppi di tale dinamica i Sabiniani si sarebbero 'chiusi' in una visuale di stretta tipicità, come testimonia la loro tendenza a ricomprendere nello schema della compravendita la permuta e altre fattispecie non riconducibili alla *emptio venditio* o ad altre figure contrattuali riconosciute secondo le determinazioni labeoniane<sup>26</sup>.

La nozione labeoniana di *synallagma* sarebbe stata poi riveduta da Aristone nel senso di considerare presente il *synallagma* quando all'accordo fosse seguita l'esecuzione di una delle prestazioni. Aristone avrebbe affiancato il *synallagma* stesso al sistema contrattuale tipico fatto proprio dai Sabiniani. La figura aristoniana del *synallagma* sarebbe stata considerata contratto, e quindi ricompresa nel sistema contrattuale, da Mauriciano<sup>27</sup>.

Un ruolo decisivo, anche in materia di riconoscimento e tutela delle convenzioni atipiche,

---

<sup>24</sup> *Synallagma*, II, cit., 41 ss. (sull'*agere praescriptis verbis* nella riflessione di Celso vd. anche 155 ss.).

<sup>25</sup> *Synallagma*, II, cit., 37; in generale sulla posizione della scuola sabiniana vd. 30 ss.

<sup>26</sup> *Synallagma*, II, cit., 61 ss.

<sup>27</sup> *Synallagma*, II, cit., 90 ss.

Giuliano in merito alla tutela delle convenzioni atipiche, può – direi anzi: deve – essere estesa anche alle posizioni espresse da altri giuristi, e quindi anche a quella di Gaio. In altre parole si tratta di verificare se la concessione di un'*actio praescriptis verbis* sia compatibile con il pensiero di Gaio in materia di tutela delle convenzioni atipiche. Nel caso di specie l'operazione è complicata non poco dal fatto che D. 19.5.22 è l'unico passo gaiano in nostro possesso – a parte i pochi cenni contenuti nelle *Institutiones*, dei quali abbiamo trattato nel § 1 – in cui il giurista affronta in modo approfondito il tema delle convenzioni atipiche.

Ad ogni modo le obiezioni di sostanza più consistenti sono proposte proprio da Gallo. Ma per comprendere compiutamente e discutere tali obiezioni è necessaria una se pur breve premessa per richiamare l'originale posizione del Maestro torinese in merito all'evoluzione del pensiero giurisprudenziale romano in materia di tutela dei c.d. contratti innominati. Tenterò di riassumerla il più brevemente ed il più fedelmente possibile.

Secondo Gallo la posizione aperta e feconda di Labeone, il quale – muovendo dalla differenziazione tra *actum* e *contractum* all'interno del *gestum* (cioè dell'agire umano giuridicamente rilevante), come testimonia Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19 – giungeva a proporre per alcune convenzioni atipiche la tutela di un *agere praescriptis verbis*, venne

---

parere di Giuliano, ed in cui compare *i. f.* l'espressione '*id est praescriptis verbis*'.

tra Sabiniani e Proculeiani in merito all'inquadrabilità nello schema della *emptio venditio* dei casi in cui il prezzo fosse stabilito in cose diverse dalla *pecunia numerata* (e quindi della conseguente differenziazione tra *emptio venditio* e *permutatio*). A tale proposito Gaio si limita, nel passo ricordato, a riportare – con una certa dovizia di particolari – i termini della disputa tra gli appartenenti alle due scuole, ma non prende decisamente posizione né a favore dell'una né a favore dell'altra. L'idea secondo cui Gaio, che più volte nel manuale si professa seguace dei Sabiniani, non prendendo decisamente posizione in favore della tesi sabiniana lascerebbe capire di ritenere preferibile l'opinione dei *diversae scholae auctores* pare, a me, un indizio che, pur non privo in assoluto di rilievo, non può tuttavia essere ritenuto decisivo.

In altri tre casi nel suo manuale Gaio sfiora la tematica delle convenzioni atipiche, sempre relativamente a figure vicine alla *locatio conductio*.

Mi permetto qui di 'stravolgere' leggermente l'ordine della esposizione gaiana, poiché lascerò per ultimo il caso, a mio avviso più interessante, che però nelle Istituzioni non è trattato per ultimo.

Nella prima parte di Gai 3.143 il giurista si occupa dell'ipotesi in cui la determinazione della *merces* sia lasciata all'arbitrio di un terzo, e conclude affermando che, in tal caso, l'inquadrabilità della figura nello schema della *locatio conductio* era disputata:

Gai 3.143: *Unde si alieno arbitrio merces permissa sit, veluti quanti Titius aestimaverit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur.*

Come si vede, analogamente al caso menzionato in precedenza – cioè quello relativo al prezzo nella compravendita – il giureconsulto si limita a registrare l'esistenza di una controversia, ma non prende posizione in alcun senso.

Un ulteriore caso di convenzione vicina a *locatio conductio* è poi riportato in

Gai 3.144: *Item si rem tibi utendam dederim et invicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur.*

Anche qui Gaio si limita a esporre i termini del problema (possibilità che la *merces* consista in cosa diversa dalla *pecunia numerata*), rendendo nota ai discendenti l'esistenza di controversie dottrinali al riguardo, ma non prende posizione in ordine alla soluzione del problema menzionato. In entrambi i casi, e come vedremo anche nell'ultimo, del quale più diffusamente ci occuperemo, l'esistenza delle dispute doveva essere legata alla mancanza, nelle figure descritte, del requisito della *certa merces*, sul quale Gaio si era soffermato, sottolineandone l'essenzialità, in 3.142: *... nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi.*

L'altro caso – a mio avviso il più interessante, per i motivi che vedremo – in cui il nostro pre-

so, evidentemente, non si può certo dire che si tratti di opera a carattere didattico. La tendenza di Gaio ad esplicitare e precisare le proprie affermazioni usando l'espressione '*id est*' viene dunque confermata anche dall'esame dell'opera da cui è tratto D. 19.5.22.

5. *Le critiche al fr. 22 fondate su indizi di carattere sostanziale.*

Un peso decisamente maggiore hanno, a mio avviso, i dubbi sulla genuinità del passo derivanti da considerazioni di carattere sostanziale. Dirò subito che da questo punto di vista mi pare di poter pienamente condividere quanto scrive Gallo: «La questione non sta soltanto nella genuinità o non genuinità dell'inciso, ma altresì nella sua rispondenza o non rispondenza al pensiero di Giuliano»<sup>23</sup>. L'affermazione, limitata alla posizione di

---

guendo, potremmo dire senza soluzione di continuità, rispetto al precedente fr. 14 di Paolo; e Gai 23 *ad ed. prov.* D. 42.5.1, dove, all'opposto, il frammento gaiano si interrompe proprio sulle parole '*id est*' per proseguire immediatamente nel fr. 2, ancora di Paolo. È evidente che nei due casi l'espressione *de qua* potrebbe essere stata inserita dai compilatori con semplice funzione di raccordo tra frammenti appartenenti a due diversi autori, e quindi non può essere attribuita a Gaio con alto grado di probabilità.

<sup>23</sup> *Synallagma*, II, cit., 189 nt. 23, in sede di commento a D. 19.5.13.1, in cui Ulpiano riferisce, come abbiamo visto, il

lonne di testo<sup>21</sup>. Orbene, in tale mole di materiale, paragonabile per quantità a pressappoco due commentari delle Istituzioni, il sintagma *'id est'* – sempre se i miei calcoli sono esatti – ricorre sicuramente ventitré volte (compreso il caso di D. 19.5.22), e due volte in casi dubbi<sup>22</sup>. In questo ca-

<sup>21</sup> O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., coll. 189-237. I frammenti tratti dall'*ad edictum provinciale* di Gaio sono numerati da Lenel da 53 a 388. Si tratta dell'opera gaiana di gran lunga più rappresentata nel Digesto. La *Palingenesia* di Lenel conta infatti 521 passi tratti da opere di Gaio, i quali occupano in tutto poco più di 84 colonne (180-265). Per amor di completezza possiamo aggiungere che nelle altre opere gaiane di cui il Digesto ci ha conservato dei frammenti, l'espressione *'id est'* ricorre quindici volte (dieci se non consideriamo le *Res cottidianae*, per le quali la paternità gaiana non è ancor oggi da tutti accettata, nei frammenti delle quali l'espressione ricorre cinque volte in circa nove colonne e mezzo di testo). Le poche opere gaiane, da cui i Compilatori hanno escerpito dei frammenti, che non conservano l'espressione in questione occupano, nella *Palingenesia*, all'incirca 4 colonne di testo, e provengono (salvo il caso dei *ll. de verborum obligationibus*, dei quali sono conservati dodici passi in circa tre colonne e mezzo di testo) da opere delle quali sono presenti nel Digesto al massimo due frammenti. Le dieci residue ricorrenze di *'id est'* – escluse, come detto, le *Institutiones*, i già considerati *Libri ad edictum provinciale* e le *Res cottidianae* – si trovano dunque in uno spazio di circa ventisette colonne di testo della *Palingenesia*, a testimonianza che si tratta di un'espressione tutt'altro che rara per Gaio.

<sup>22</sup> I due casi dubbi – nei quali il dubbio però non concerne la lezione critica dell'opera o la leggibilità delle parole – sono precisamente Gai 11 *ad ed. prov.* D. 23.4.15, dove il discorso si apre direttamente con le parole *'id est'* prose-

senta una figura vicina alla locazione conduzione è riportato nella seconda parte di Gai 3.143, immediatamente di seguito al resoconto del problema relativo alla determinazione della *merces* da parte dell'*alienum arbitrium*. Gaio si esprime nei termini seguenti:

Gai 3.143: *Qua de causa si fulloni polienda curandave, sarcinatori sarcienda vestimenta dederim, nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter nos convenerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur.*

Il *modus procedendi* dell'istituzionista è il medesimo già visto: impostazione del problema, registrazione di controversie dottrinali, mancata presa di posizione.

Prescindendo dalla questione relativa alla possibilità che la *merces* consistesse in cosa diversa dalla *pecunia numerata*, che mi pare di poter considerare problema a sé stante (ed analogo a quello relativo al prezzo nella *emptio venditio*, di cui Gaio si occupa come abbiamo visto in 3.141), del quale in questa sede non intendo occuparmi, potrebbe destare stupore il fatto che Gaio, dopo avere categoricamente affermato che non può considerarsi contratta una *locatio conductio 'nisi certa merces statuta sit'*, consideri problematici due casi in cui la mercede, per essere stata rimessa all'arbitrio di un terzo o per esserne stata rinviata la determinazione ad altro momento da parte dei contraenti, non

sembrerebbe affatto, almeno *prima facie*, poter essere considerata *certa*.

In realtà tale circostanza può essere spiegata ricordando che il requisito della *certa merces* – da intendersi relativamente al *quantum* di essa – era ritenuto essenziale da Gaio, e forse da altri giuristi, ma non da tutti i colleghi, come lascia capire il *'quaeritur'* ripetuto due volte in Gai 3.143 per ricordare le dispute relative ai casi in cui la determinazione fosse rimessa all'*arbitrium* del terzo o fosse rimandata ad un successivo accordo delle parti. Del resto anche nel caso della compravendita (sul modello della quale la *locatio conductio* era disciplinata, come testimonia Gai 3.142) Gaio (3.139-140) aveva affermato che la compravendita si intende conclusa quando è raggiunto l'accordo sul prezzo, aggiungendo che *'pretium autem certum esse debet'*; ma aveva subito dopo ricordato che sul punto esistevano – o quanto meno erano esistite – controversie<sup>2</sup>. Evidentemente, dunque,

<sup>2</sup> Secondo Gai 3.140, mentre Labeone, seguito da Cassio, propendeva per la nullità del negozio, Ofilio, seguito da Proculo, ammetteva la possibilità di una compravendita in cui la determinazione del prezzo fosse rimessa ad un terzo. Quanto alla divergenza di opinioni in materia di *locatio conductio* R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, 246 s. e ntt. 210 e 211, formula l'ipotesi secondo cui i protagonisti della discussione sarebbero stati da un lato i Proculiani e dall'altra i Sabiniani. Secondo Fiori, poiché da Gai 10 *ad ed. prov.* D. 18.1.35.1 sembrerebbe potersi ricavare che i Sabiniani consideravano *imperfecta* la compravendita in cui

che debba essere concessa un'azione *in factum*, da intendersi nel senso di azione *praescriptis verbis*».

A rendere poi del tutto inattendibili i sospetti basati sulla presenza del sintagma esplicativo *'id est'* sarà sufficiente considerare che nelle sole Istituzioni di Gaio (un'opera che nelle edizioni moderne occupa, a seconda dell'impaginazione, tra le cento e le duecento pagine di solo testo) tale sintagma ricorre, se il calcolo che ho compiuto non è errato, ben ottantotto volte!<sup>19</sup> Ma se anche si volesse attribuire tale spiccata tendenza di Gaio ad usare il sintagma esplicativo *'id est'* con particolare frequenza alla natura didattica del manuale, cioè all'intendimento di chiarire termini ed espressioni a beneficio di discendenti alle prime armi, si può aggiungere qualche ulteriore considerazione.

Dei *libri ad edictum provinciale* di Gaio (opera composta di XXXII libri, dei quali però gli ultimi due dedicati probabilmente *ad edictum aedilium curulium*<sup>20</sup>) è giunta sino a noi una mole cospicua di frammenti (esattamente 336), che nella *Palingenesia* di Lenel occupano poco più di 47 co-

<sup>19</sup> La circostanza non è sfuggita a M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 33 e nt. 132 il quale rinvia sul punto al *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, voce *'sum'*, e richiama come particolarmente pertinenti rispetto al tema trattato in D. 19.5.22 le ricorrenze del sintagma in Gai 4.46 e 4.131.

<sup>20</sup> O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis. Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque Iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*, I, Lipsiae, 1889, col. 189 nt. 1.

Le considerazioni ora proposte permettono di concludere che almeno in cinque casi su sei – escluso dunque il solo D. 2.14.7.2 – la precisazione operata con le parole *'id est praescriptis verbis'* poteva essere necessaria, o quanto meno opportuna, per rendere chiaro al lettore quale fosse l'azione effettiva cui i giuristi (o gli imperatori) si riferivano<sup>18</sup>. Di per sé infatti l'espressione *actio* (o *iudicium*) *in factum* può riferirsi anche ad un'azione pretoria con *intentio in factum concepta*; mentre le espressioni *'incertum iudicium'*, *'civilis actio'*, *'incerti conductio'* sono comunque troppo generiche per poter essere inequivocabilmente riferite ad un'azione costruita con *praescripta verba* e diretta a tutelare una convenzione atipica.

Se il discorso svolto ha, come credo, almeno un certo grado di attendibilità, è opportuno aggiungere che allora, nei casi esaminati, il sintagma *'id est'* non ha tanto il mero significato esplicativo più comune di 'cioè', quanto piuttosto può essere interpretato come 'nel senso di'. Ad es. in D. 19.5.13.1 si potrebbe efficacemente tradurre la frase finale nel modo seguente: «Giuliano ritiene

---

ss. Gli autori citati propendono per la genuinità della frase *'Quare tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari'*.

<sup>18</sup> M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 33 nt. 130, raggiunge una conclusione opposta, affermando che l'espressione *'id est praescriptis verbis'* perde il suo carattere di corpo estraneo solamente in D. 2.14.7.2, poiché lì essa si trova in un inciso, mentre negli altri passi costituisce sempre la chiusa del discorso. A me pare che una considerazione di questo tipo non provi, di per sé, nulla.

la certezza del *pretium* e della *merces* erano requisiti la cui essenzialità era oggetto di *ius controversum*.

In chiusura di questa parte introduttiva vale la pena sottolineare ancora due circostanze. La prima è relativa al fatto che Gaio pare muoversi comunque in un'ottica di stretta tipicità; infatti le figure problematiche delle quali abbiamo parlato sinora sono tutte almeno potenzialmente – ed in tal senso depongono i dibattiti dottrinali ricordati da Gaio – riconducibili a figure tipiche (compravendita e locazione conduzione in particolare). Che Gaio si muovesse in tale prospettiva è confermato anche da quanto egli afferma in Gai 3.145-147, dove discute di casi che potremmo definire 'di confine' tra compravendita e locazione conduzione (è da notare che in tali casi il giurista,

---

una parte vendesse lasciando alla controparte la determinazione del prezzo, mentre sulla scorta di Pomp. 9 *ad Sab.* D. 17.2.6 sappiamo che i Proculiani ammettevano la validità di un contratto di società in cui fosse affidato ad una sola delle parti il compito di *partes constituere* (sul punto Fiori richiama, aderendovi, l'opinione di G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*<sup>3</sup>, Torino, 1966, 114 ss.) ne conseguirebbe che, a *maiori*, i Proculiani dovevano pure ammettere la possibilità di una locazione conduzione nella quale i contraenti si impegnassero a determinare di comune accordo la *merces* solamente in un secondo momento; mentre i Sabiniani, la cui posizione è legittimo ritenere diversa da quella proculiana, sarebbero stati di avviso contrario. Mi pare che la congettura formulata – pur partendo da passi che riguardano contratti diversi dalla locazione conduzione – risponda ad una logica stringente, e sia quindi attendibile.

dopo aver ricordato le dispute dottrinali in materia, prende posizione ora in un senso, ora nell'altro).

Il secondo e ultimo dato che merita di essere sottolineato è la costante mancata presa di posizione di Gaio in ordine ai problemi dei quali, pure, rende conto più o meno dettagliatamente nei §§ 143-144 del III commentario. A mio avviso la più attendibile spiegazione di questa costante mancata presa di posizione sta nel carattere didattico dell'opera: è probabile che, in una trattazione istituzionale, a Gaio interessasse dare conto ai discenti dell'esistenza di problemi piuttosto complessi, la completa discussione dei quali avrebbe però portato la trattazione ad esorbitare dai propri naturali confini, complicando forse – più che facilitando – l'apprendimento per studenti alle prime armi<sup>3</sup>. Inoltre l'approfondimento – oltre un

<sup>3</sup> La posizione relativa al caso della determinazione della mercede rimessa all'arbitrio del terzo è esplicitata, in altra sede, da Gaio, e cioè in Gai 10 *ad ed. prov. D. 19.2.25 pr.*: *Si merces [promissa] <permissa> sit [generaliter] alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur: [sin autem quanti Titius aestimaverit, sub hac condicione stare locationem, ut, si quidem ipse qui nominatus est mercedem definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et mercedem persolvi oporteat et conductionem ad effectum pervenire: sin autem ille vel noluerit vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo esse conductionem quasi nulla mercede statuta]*. La sostituzione di 'permissa' in luogo di 'promissa' è supportata dal confronto con il passo parallelo delle *Institutiones* gaiane (3.143), che reca 'permissa': si tratta, con ogni probabilità, di un errore dell'amanuense; tuttavia anche tutta la seconda parte del passo è evidentemente interpolata, poiché corri-

*praestitisset, qua actione ab eo consequi possit. Respondit pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi: verum in proposito videndum, ne non tam faenerata pecunia intellegi debeat, quam quasi mandatum inter eos contractum, nisi quod ultra semissem consecuturus esset: sed ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniae creditae fuisse, quando, si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset vel vacuum habuisset, dicendum nihil eum eo nomine praestare debuisse. Quare tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari, praesertim cum illud quoque convenisset, ut quod amplius praestitum esset, quam ex usuris redigeretur, sorti decederet: quod ipsum ius et causam pecuniae creditae excedat.* Nel lungo frammento il giurista, dopo aver esposto una complessa fattispecie che, pur presentando aspetti in comune con mutuo e mandato, non appare esattamente sussumibile in nessuna delle due figure tipiche, conclude – riportando verosimilmente il parere del proprio maestro Giuliano (come mi sembra induca a credere il 'respondit' che introduce l'esposizione della soluzione proposta) – che, almeno per quanto riguarda la somma conseguita da Sempronio in eccedenza rispetto all'interesse del 6%, è rimedio più sicuro la concessione di una *praescriptis verbis in factum actio*. La denominazione utilizzata da Africano, e forse prima di lui da Giuliano, è abbastanza simile – pur mancando in essa il sintagma esplicativo 'id est' – a quella che compare in D. 19.5.13.1 e D. 19.5.22. Sul passo ora riportato ed i complessi problemi che esso implica vd. K. MISERA, *Julian - Afrikan D. 19.5.24. Ein Beitrag zu «agere praescriptis verbis»*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, VI, Napoli, 1984, 2591 ss.; A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 32 s.; ID., *Osservazioni*, cit., 141 s.; ID., *I contratti*, cit., 79; ID., *Il contratto*, cit., 101; J. KRANJC, *Die actio*, cit., 457; N. HAYASHI, *Der Auftrag*, cit., 183 ss.; F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 189 ss., e spec. 194 e 197 s.; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 132 ss.; P. GRÖSCHLER, *Actiones*, cit., 39 s. nt. 57; T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 209

prima parte (*praescriptio* o *demonstratio*) era esposto il fatto che aveva dato origine alla controversia, ma anche *civilis*, in quanto la sua formula era fornita di una *intentio* civile al *quidquid dare facere oportet* (forse *ex fide bona*).

Tutte le denominazioni ora ricordate erano dunque di per sé sufficienti ed idonee ad identificare con chiarezza l'azione come mezzo di tutela di una convenzione atipica.

Ciò premesso, è agevole notare che, dei passi riportati, solamente D. 2.14.7.2 contiene – a prescindere dalle parole '*id est praescriptis verbis*' – una delle denominazioni ora ricordate. Gli altri passi contengono rispettivamente le espressioni '*in factum actio*' (D. 19.5.13.1); '*incerti conductio*' (D. 43.26.19.2); '*civilis actio*' (D. 19.5.15); '*incertum iudicium*' [C. 8.53(54).9]. E in D. 19.5.22 la chiusa '*id est praescriptis verbis*' è preceduta dalla denominazione '*in factum iudicium*' (similmente a quanto avviene per D. 19.5.13.1, dove al posto di *iudicium* compare *actio*)<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Ai passi che parlano di *actio* (o *iudicium*) *in factum*, *id est praescriptis verbis*, può forse essere accostato anche Afr. 8 *quaest.* D. 19.5.24: *Titius Sempronio triginta dedit pactique sunt, ut ex reditu eius pecuniae tributum, quod Titius pendere deberet, Sempronius praestaret computatis usuris semissibus, quantoque minus tributorum nomine praestitum foret, quam earum usurarum quantitas esset, ut id Titio restitueret, quod amplius praestitum esset, id ex sorte decederet, aut, si et sortem et usuras summa tributorum excessisset, id quod amplius esset Titius Sempronio praestaret: neque de ea re ulla stipulatio interposita est. Titius consulebat, id quod amplius ex usuris Sempronius redegisset, quam tributorum nomine*

sponde parola per parola – salvo il fatto che qui si parla di locazione e non di compravendita – al dettato di Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. C. 4.38.15.1-2 (a. 530), costituzione emanata da Giustiniano con lo scopo di *decidere magnam dubitationem exortam multis antiquae prudentiae cultoribus* in materia di compravendita (l'imperatore lo afferma espressamente nel *principium* e all'inizio del § 1 della costituzione). La soluzione adottata dall'imperatore in materia di compravendita è poi espressamente estesa anche alla *locatio conductio* nel § 3 della costituzione, e venne applicata dai compilatori del Digesto alla *locatio conductio*, per l'analogo caso di remissione della determinazione della *merces* a un terzo, alterando tutta la seconda parte di D. 19.2.25 pr. conformemente al dettato della costituzione citata (lo si desume anche da I. 3.23.1 in cui si afferma, riferendosi alla *decisio* imperiale: '*...quod ius cum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere*'). Sul punto vd. le convincenti considerazioni di T. MAYER-MALY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956, 84 ss.; di E. BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano. Sezioni: I, II e III*, Roma, s.d. (ma 1958), 213 s., secondo il quale sarebbe interpolato anche l'avverbio '*generaliter*' che compare all'inizio del passo; di G. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., 101 s., e di F. GALLO, *Giusto corrispettivo e corrispettivo presunto nella vendita e nella locazione*, in *SDHI*, XXXII, 1966, 249 s., il quale, come Betti, ritiene interpolato anche il '*generaliter*'. Secondo Gallo è possibile ricostruire il seguente sviluppo: a) nella *decisio* del 530 Giustiniano si era limitato probabilmente a disciplinare il caso della compravendita conclusa con la clausola '*ut res vendita esset, quanti Titius aestimaverit*'; b) i compilatori del Digesto estesero anche alla locazione tale disciplina interpolando D. 19.2.25 pr.; c) i compilatori delle Istituzioni motivarono, ricorrendo all'analogia, l'estensione della disciplina alla locazione; d) i compilatori del *Codex repetitae praelectionis* aggiunsero al te-

livello di rapido cenno – di problemi come quelli ricordati in Gai 3.143-144 avrebbe probabilmente condotto il giurista a mettere in discussione l'impostazione caratterizzata da stretta tipicità che egli aveva conferito alla sua esposizione delle *obligationes ex contractu*, rendendo necessaria una correzione di rotta che avrebbe probabilmente finito con il pesare negativamente sulla chiarezza dell'esposizione. In tale senso depone anche la circostanza, già sottolineata, che egli invece prendeva posizione, o almeno richiama la soluzione prevalente, nei casi che abbiamo definito 'di confine' (Gai 3.145-147) tra *emptio venditio* e *locatio conductio*: in quei casi, infatti, la presa di posizione o almeno la registrazione della soluzione ritenuta preferibile dalla maggior parte dei colleghi non metteva in discussione il principio della tipicità, dato che, in ogni caso – quale che fosse la soluzione prescelta,

---

sto della *decisio* del 530 il § 3 relativo all'estensione della disciplina *de qua* alla *locatio conductio*. Sul punto vd. anche, più di recente, R. FIORI, *La definizione*, cit., 242 ss. e nt. 198. Ciò che non è dato sapere è se Giustiniano, nel risolvere definitivamente la questione, abbia adottato una soluzione già proposta da qualche giureconsulto classico – cosa che a me parrebbe possibile – o abbia piuttosto tracciato una strada nuova. Ciò che mi sembra si possa dire con certezza – giusta la prima parte di D. 19.2.25 pr., che non mi pare vi siano solide ragioni per considerare alterata nella sostanza se non per il '*generaliter*' – è che Gaio non riteneva potersi inquadrare nello schema della *locatio conductio* l'accordo in forza del quale la mercede fosse rimessa all'arbitrio di un terzo.

minazioni; quelle utilizzate più di frequente, oltre a quella di *actio* (o *agere, experiri*) *praescriptis verbis*, sono: *actio civilis incerti* e *actio in factum civilis*.

Sintetizzando il più rapidamente possibile i risultati raggiunti dalla dottrina più recente, possiamo dire che, mentre la denominazione *actio* (o *agere, experiri*) *praescriptis verbis* fa riferimento alla presenza nella formula di una *praescriptio* (o di una *demonstratio*) in cui veniva descritto l'accordo in cui si sostanzialmente conveniva la convenzione atipica, la denominazione *actio civilis incerti* era concepita per sottolineare che l'azione era civile e conteneva una *intentio incerta* (forse *ex fide bona*), mentre la denominazione *actio in factum civilis*, in sé apparentemente contraddittoria, era comunque giustificata dalla necessità di sottolineare che, dal punto di vista della costruzione della formula, l'azione era contemporaneamente *in factum*, in quanto nella

---

nione sul fatto che tale azione «non può essere stata introdotta tanto presto nell'editto», poiché Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 (sul cui *principium* vd. *infra* nelle ntt. 34, 35 e 52) attesta ancora «uno stadio di incertezza e di discussione sulle varie soluzioni possibili...; e che ancor meno può essersi verificata la sua assunzione a schema generale di *actio praescriptis verbis* da usare per ogni contratto di cui fosse incerta la qualificazione... E, comunque, si tratterebbe di un processo di estensione analogica, che avrebbe portato ad applicare un'azione tipica al di là del suo campo originario: che la giurisprudenza abbia dovuto ricorrere, in ipotesi, ad un simile accorgimento interpretativo, di cui è facile valutare l'audacia, conferma che nell'editto pretorio una formula di *actio praescriptis verbis* generale non esisteva».



*quanti inter nos convenerit, quae-ritur, an locatio et conductio contrahatur. data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. Quod si neque gratis hanc operam susceperis neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis verbis.*

<sup>4</sup> Analogamente a quanto osservato per Gai 3.143, la prima parte di I. 3.24.1 prende in considerazione il problema della mercede la cui determinazione sia stata rimessa dalle parti all'arbitrio di un terzo. Aggiungo che il caso presentato nelle Istituzioni giustiniane – salvo la chiusa sulla quale avremo occasione di tornare – è espresso in termini quasi identici rispetto alle *Institutiones* gaiane, tanto che mi pare di poter affermare senza tema di smentita che la fonte utilizzata in quest'occasione dai compilatori furono senz'altro le Istituzioni di Gaio.

sione '*id est praescriptis verbis*' comparisse effettivamente nel testo originale dei passi proposti<sup>15</sup>.

È cosa nota che l'*agere* o l'*actio praescriptis verbis* come mezzo di tutela di singole convenzioni atipiche – della cui classicità oggi tendenzialmente la dottrina non dubita più, almeno in linea generale<sup>16</sup> – compare nelle fonti anche con altre deno-

<sup>15</sup> Le considerazioni che mi accingo a proporre non hanno evidentemente lo scopo – per altro forse impossibile da raggiungere – di dimostrare inequivocabilmente che i testi riportati contenevano effettivamente, in origine, le parole '*id est praescriptis verbis*', ma semplicemente di dimostrare che tale presenza era possibile, e che di per sé il sintagma esplicativo '*id est*' non è necessariamente indizio di alterazione.

<sup>16</sup> Almeno a partire dal fondamentale studio di R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 71 ss. Del medesimo autore vd. anche gli studi *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis e praescriptio*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, 681 ss., e *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di Diritto romano, Siena 14-15 aprile 1989*, a cura di N. Bellocci, Napoli, 1991, 83 ss. Sulla classicità dell'*actio* (o almeno dell'*agere, experiri*) *praescriptis verbis* vd. anche R. SOTTY, «*Condictio incerti*», «*actio ex stipulatu*» et «*actio praescriptis verbis*», in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, V, Napoli, 1984, 2477 ss.; A. BURDESE, *In margine ai contratti innominati*, in *BIDR*, LXXXVIII, 1985, 397 ss. (lo scritto costituisce una lettura critica del citato lavoro di Sotty); ID., *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone*, in *SDHI*, LI, 1985, 462 ss. e spec. 466; ID., *Recenti prospettive in tema di contratti*, in *Labeo*, XXXVIII, 1992, 207 ss.; ID., *Ultime prospettive romanistiche in tema di contratto*, in *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano. Milano, 11-12 maggio 1995. In onore di Aldo Dell'Oro*, Milano, 1998,

*verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo sunē I I agma dicit, unde haec nascitur actio.*

Ulp. 42 ad Sab. D. 19.5.15: *Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis ubi celentur: quae res non facit eos fures. solent etiam mercedem huius rei accipere et sic indicare, nec videtur illicitum esse hoc quod datur. quare qui accepit, quia ob causam accepit nec improbam causam, non timet conditionem. quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est ut, si indicasset adprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere. et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod: ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis.*

Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Augustinae (a. 293) C. 8.53(54).9: *Legem, quam rebus tuis donando dixisti, sive stipulatione tibi prospexisti, ex stipulatu, sive non, incerto iudicio (id est praescriptis verbis) apud praesidem provinciae debes agere, ut hanc impleri provideat.*

Una esegesi puntuale dei testi ora proposti esorbita rispetto ai limiti del presente studio. Mi limiterò dunque a qualche considerazione a mio parere significativa sulla possibilità che l'espres-

*Ego* e *Tu* (che è un artigiano: gli esempi proposti sono quelli del lavandaio e del sarto) si accordano nei termini seguenti: *Ego* consegna degli abiti a *Tu* affinché costui li lavi o li ripari<sup>5</sup>; in sede di conclusione del negozio le parti si riservano di accordarsi in un secondo momento sul *quantum* del corrispettivo per l'opera prestata dall'artigiano. È probabile che tale accordo debba essere inteso nel senso che la misura del corrispettivo sarebbe stata fissata a lavoro finito, cioè al momento della riconsegna degli abiti; ed è altresì probabile, almeno a mio avviso, che la decisione di rimandare a quel momento la quantificazione della *merces* dipendesse essenzialmente dal fatto che il *quantum* della mercede sarebbe dipeso dall'esito dell'opera prestata. Del resto è esperienza comune anche oggi – lo può constatare chiunque abbia occasione di portare a pulire o ramendare degli abiti – che l'artigiano, talvolta anche solamente per 'mettere le mani avanti', faccia notare al cliente che certe macchie sono particolarmente difficili da togliere, o che certe riparazioni degli abiti potrebbero non riuscire in modo perfetto nonostante l'adibizione della dovuta perizia. In casi come questo è tutt'altro che impos-

<sup>5</sup> Gai 3.143 e I. 3.24.1 parlano, oltre che di abiti da *polire* o *sarcire*, di *vestimenta curanda* affidati al *fullo*, a tale proposito è stata formulata da S. RANDAZZO, 'Mandare'. *Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, 198 s., l'ipotesi che oggetto dell'accordo fosse la stiratura degli abiti.

sibile pensare che le parti si lascino dicendo: ‘fisseremo il corrispettivo tenendo conto della qualità del lavoro finito’<sup>6</sup>.

Fino a qui, sostanzialmente, le tre versioni del caso coincidono<sup>7</sup>. Si presentano invece consisten-

<sup>6</sup> In questa linea di pensiero si colloca J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, 174 s., il quale forse, tuttavia, esagera quando afferma che nell'affidare un lavoro ad un artigiano capita sovente che non pensiamo di chiedergli quanto costerà l'opera. Personalmente trovo normale che il cliente chieda all'artigiano quanto potrà costare, in linea di massima, il lavoro commissionato. Capita anzi, non raramente, almeno per i lavori di una certa entità, che il cliente contatti preventivamente più di un artigiano per sapere quale sia disponibile, a parità di risultati, ad offrire le migliori condizioni. Che poi il costo finale si possa scostare dal preventivo – e anche in questo senso può essere letto il riferimento all'accordo sul *quantum* della *merces* rinviato ad un secondo momento – è, naturalmente, altro discorso.

<sup>7</sup> La stesura di D. 19.5.22 risulta più ampia delle altre due perché il giurista ha premura di precisare che, se il compimento dell'opera fosse stato pattuito gratuitamente, si tratterebbe di *obligatio mandati*; mentre se la mercede fosse stata data o quanto meno pattuita al momento della conclusione del contratto, si tratterebbe di un *negotium locationis conductionisque*. Tale aggiunta, in cui Gaio sottolinea le differenze tra l'esempio proposto e le figure in qualche modo affini, non aggiunge comunque nulla al filo conduttore del discorso. Del resto la precisazione *de qua* si trova anche in Gai 3.162 ed in I. 3.26.13 – in sede di conclusione della trattazione relativa al mandato – dove è pure presente, nuovamente, il riferimento al *fullo* e al *sarcinator*: Gai 3.162: *In summa sciendum est, quotiens faciendum aliquid gratis dederim, quo nomine si mercedem statuisssem, locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem, veluti si fulloni polienda curandave ve-*

ne<sup>14</sup>. Li riporterò, almeno nella parte in cui tale espressione compare, tentando di rispettare l'ordine cronologico:

Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13.1: *Iulianus libro undecimo digestorum scribit, si tibi areae meae dominium dederò, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatum, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. sed si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dederò vel puerum nutriendum ita, ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur, abhorrere haec ab area eo, quod hic dominus esse nun desinit qui prius fuit: competit igitur pro socio actio. sed si forte puerum dominii tui fecero, idem se quod in area dicturum, quia dominium desinit ad primum dominum pertinere. quid ergo est? in factum putat actionem Iulianus dandam, id est praescriptis verbis.*

Iul. 49 *dig.* D. 43.26.19.2: *Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti conditione, id est praescriptis verbis.*

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2: *...et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis*

<sup>14</sup> Vedili citati da M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 32 nt. 128, e da P. GRÖSCHLER, *op. loc. ult. cit.*

4. *Le critiche al fr. 22 fondate su indizi di carattere formale.*

La maggior parte dei sospetti riguardanti la chiusa '*id est praescriptis verbis*' risentono a mio parere del preconetto – particolarmente diffuso nella stagione della più accanita 'Interpolationen-jagd', ma che ha a lungo resistito anche in seguito – secondo cui i numerosi riferimenti all'*agere* o all'*actio praescriptis verbis* presenti nella Compilazione, e soprattutto nel Digesto (non va dimenticato che il titolo D. 19.5 porta la rubrica '*De praescriptis verbis et in factum actionibus*') sarebbero da ascrivere ai Bizantini, poiché soltanto in età giustiniana l'*actio praescriptis verbis* sarebbe divenuta azione generale a tutela delle convenzioni atipiche.

In quest'ottica i sospetti, che si appuntano prevalentemente su elementi formali, ed in particolare sulla circostanza che il sintagma esplicativo '*id est*' con cui l'espressione è introdotta rivelerebbe una chiara natura glossematica, non possono – almeno secondo gli standard metodologici attuali della critica testuale – avere un peso eccessivo o essere acriticamente condivisi.

Vale la pena soffermarsi sugli altri testi, non numerosissimi, che contengono tale espressio-

---

passi in cui ricorre e dei quali Gröschler propone l'elenco nella nt. 62 – dall'esatto tenore dei *praescripta verba*, che sarebbero stati cancellati solamente dai compilatori in quanto ormai ritenuti superflui.

ti differenze nella parte finale dei passi, dove viene presentata la soluzione per il caso proposto.

Mentre, come abbiamo visto, in Gai 3.143 il giurista non prende posizione riguardo all'inquadribilità della fattispecie nello schema della *locatio conductio*, in D. 19.5.22 il giurista conclude affermando '*placet quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis verbis*', vale a dire: «è preferibile che sia concessa un'azione *in factum*, cioè *praescriptis verbis*, come se fosse (oppure: 'per il fatto che è') stato concluso un nuovo (rispetto a quelli tipici, in particolare alla *locatio conductio*) negozio». Nelle Istituzioni imperiali si afferma invece: '*...non proprie locatio et conductio contrahi intellegitur, sed eo nomine praescriptis verbis actio datur*',

---

*stimenta dederim aut sarcinatori sarcienda*. I. 3.26.13: *In summa sciendum est mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere: nam mercede constituta, incipit locatio et conductio esse. et ut generaliter dixerimus: quibus casibus, sine mercede suscepto officio, mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus, interveniente mercede, locatio et conductio contrahi intellegitur. et ideo si fulloni polienda curandave vestimenta dederis aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio*. Anche in questo caso, nonostante la presenza di alcune differenze tra i due testi, mi pare probabile che i compilatori giustiniani abbiano attinto alle Istituzioni gaiane. Di avviso parzialmente diverso è C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere di Contardo Ferrini. Volume secondo. Studi sulle fonti del diritto romano*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929 (già in *BIDR*, XIII, 1901, 101 ss.), 394 ss., spec. 396 s., il quale riteneva che il passo in questione derivi dalle *Res cottidianae*, pur affermando che in esso sono presenti «molteplici incontri» con Gai 3.162.

vale a dire: «non si intende conclusa propriamente una locazione conduzione, ma a tal titolo viene concessa un'*actio praescriptis verbis*», con omissione dei riferimenti al *novum negotium* e al *iudicium in factum* presenti nel fr. 22.

### 3. La soluzione proposta in D. 19.5.22: lo stato della dottrina.

Con il presente studio intendo soprattutto cercare di ricostruire, nei limiti del possibile, la sostanza classica della soluzione proposta in D. 19.5.22.

Dirò subito che, anche in epoca post-interpolazionistica, molti autori hanno manifestato sospetti sulla genuinità della chiusa del frammento. In particolare gli strali della critica sono stati rivolti verso l'espressione '*quasi de novo negotio*' e, soprattutto, contro le parole '*id est praescriptis verbis*'<sup>8</sup>. Praticamente tutti gli studiosi che hanno

<sup>8</sup> Sui sospetti di non genuinità della frase '*id est praescriptis verbis*' in generale, cioè anche negli altri passi in cui essa è presente oltre a D. 19.5.22, vd. la rassegna bibliografica proposta da M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin, 2002, 32 nt. 129. Per quanto riguarda specificamente D. 19.5.22, varrà la pena proporre una rassegna degli autori che, anche negli ultimi cinquant'anni, hanno considerato corrotte le parti del testo ora ricordate. A parte i classici studi (precedenti al periodo predetto) di P. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innomi-*

cui testo è riportato subito *infra* – dove per un identico caso Giuliano, la cui soluzione Ulpiano afferma avversata da Mauriciano, concedeva solamente un'*actio in factum*. Tuttavia la segnalata interpolazione di D. 19.5.5.2, oggi generalmente ritenuta sicura praticamente da tutti gli studiosi che si sono occupati del passo, è messa in discussione da C.A. CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obliegrungsgrund*, in *Collatio Ivris Romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65<sup>e</sup> anniversaire*, I, Amsterdam, 1995, 68 nt. 35. Secondo Cannata la chiusa '*si ignorans, in factum civilem*' non costituirebbe il risultato di un'interpolazione, ma semplicemente il frutto di una svista dell'amanuense della *Littera Florentina*, il quale avrebbe ommesso di copiare una riga; pertanto il passo originale dovrebbe, secondo Cannata, essere ricostruito all'incirca come segue: *... Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum<: sed ego puto omnimodo dandam in factum> civilem*. Cannata motiva come segue la proposta di ricostruzione: poiché il riconoscimento dell'*actio in factum civilis* la rendeva utilizzabile anche per il caso di dolo, il suo riconoscimento escludeva in ogni caso l'uso dell'*actio de dolo*, a causa della sussidiarietà di questa. Il testo che oggi leggiamo in chiusura del fr. 5.2 sarebbe dunque inesatto anche per il diritto giustiniano. Per altro, sempre secondo Cannata, la frase proposta come ricostruzione del testo autentico del Digesto deve essere considerata a sua volta una sintesi compilatoria rispetto all'originale di Paolo, il quale verosimilmente citava Mauriciano. Di recente Cannata ha ribadito questa posizione nello studio *L'actio*, cit., 32 e nt. 45, dove afferma che la lezione riportata nella frase finale di D. 19.5.5.2 sarebbe «non dunque interpolazione ma effetto di *omoioteleuton*», il quale avrebbe indotto in errore l'amanuense. Secondo P. GRÖSCHLER, *Actiones*, cit., 41, l'espressione '*id est praescriptis verbis*' sarebbe in origine stata seguita – nei

frammenti che contengono affermazioni più generali sulla «präskribierte Klage»; A. WACKE, *Faktische Arbeitsverhältnisse im Römischen Recht?*, in ZSS, CXXI, 1991, 132 nt. 27, il quale afferma che dal punto di vista contenutistico il frammento è stato spesso sospettato, ma a torto; N. HAYASHI, *Der Auftrag und die sogenannten Innominatkontrakte*, in *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, a cura di D. Nörr e S. Nishimura (Hgg.), Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokyo-Hong Kong-Barcelona-Budapest, 1993, 186, il quale ritiene che, in forza della prossimità della figura descritta da Gaio al mandato e alla locazione, l'*actio in factum* potrebbe essere stata 'civile', e che nella formula la *demonstratio* avrebbe potuto essere rimpiazzata da *praescripta verba*. L'espressione '*id est praescriptis verbis*' non sarebbe dunque interpolata, e si sarebbe resa necessaria per circoscrivere e precisare il contenuto indeterminato della pretesa. Propendono per la genuinità del passo anche H.L.W. NELSON / U. MANTHE, *Studia Gaiana VIII. Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar*, Berlin, 1999, 288 ss. e 463, con ampia rassegna della bibliografia in materia di *actio* e *agere / experiri praescriptis verbis* a p. 291 s., e P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klagen-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin, 2002, 20 s. e ntt. 16 (in cui è riportata la parte finale di D. 19.5.22 come prova dell'identità tra *actio in factum civilis* ed *actio praescriptis verbis*) e 17, il quale aderisce alla recente corrente dottrinale (richiamata nella nt. 17 cit.) secondo la quale l'identità tra *actio in factum civilis* e *actio praescriptis verbis* risalirebbe già all'età classica; l'unico caso in cui la menzione dell'*actio in factum civilis* sarebbe frutto di interpolazione è quello di Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2, nella cui parte finale si legge: ... *Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem*. Lo proverebbe il confronto con Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 – il

*nati*, I, Pavia, 1913, 218, il quale afferma che «l'aggiunta '*id est praescriptis verbis*', per ragione dell'*id est*, per il confronto colle Istituzioni Gaiane, e per le conclusioni a cui si perviene studiando l'*actio praescriptis verbis*, è da tutti ritenuta interpolata», mentre ritiene (p. 219) genuino il tratto '*placet... iudicium*'; di C. LONGO, *La locatio-conductio*, Pavia, 1921, 57, il quale ritiene spurio il tratto che va da '*placet*' sino alla fine del frammento; di G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, in AUPA, XI, 1924, 27, il quale ritiene interpolate le ultime parole ed anche il riferimento al *novum negotium*, ma adombra il sospetto che l'alterazione fosse molto più estesa (in particolare egli afferma che forse Gaio non prendeva in considerazione le prime due ipotesi, che mancano in Gai 3.143; ma, nel far ciò, egli non tiene conto che, come abbiamo visto, le altre due ipotesi erano prese in considerazione da Gai 3.162), e di P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 240, 267 e 280, il quale ascrive senz'altro ai giustinianeî l'aggiunta della menzione dell'*actio praescriptis verbis* nei passi in cui i giuristi classici concedevano un'*actio in factum*, meritano di essere ricordati: T. MAYER-MALY, *Locatio*, cit., 86 s. e 132, il quale considera spurii sia il riferimento al *novum negotium* che al *iudicium praescriptis verbis*, e li attribuisce a un rielaboratore postclassico o ai compilatori; E. BETTI, *Appunti*, cit., 214 s., secondo il quale sarebbero dovute ai compilatori la equiparazione del *iudicium in factum* all'*actio praescriptis verbis*, come si ricaverebbe dal raffronto con I. 3.24.1, e forse anche la motivazione '*quasi de novo negotio*' «tendente a profilare la costruzione di un contratto innominato»; J.A.C. THOMAS, *The Nature of Mercis*, in *Acta Juridica*, I, 1958, 197, il quale parla di inevitabile sostituzione (per la verità si tratterebbe piuttosto di una equiparazione tra i due rimedi) dell'*actio praescriptis verbis* al posto della classica *actio in factum*; R. MARTINI, *Ancora sul «mercennarius»*, in *Iura*, X, 1959, 121, che nel riportare il passo segnala come interpolata la chiusa '*id est praescriptis verbis*'; L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di*

locazione, in *BIDR*, LXII, 1959, 105 s.; J. MICHEL, *Gratuité*, cit., 176, secondo il quale il riferimento all'*actio praescriptis verbis* sarebbe senza dubbio di provenienza compilatoria; J. MACQUERON, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine. Document de travail*, Aix-en-Provence, s.d. (ma 1964), 170 (vd. anche p. 182), secondo il quale mentre il riferimento all'*actio praescriptis verbis* sarebbe stato aggiunto «par voie d'interpolation», l'*actio in factum quasi de novo negotio* poteva sicuramente essere conosciuta da Gaio; tuttavia subito dopo Macqueron afferma che tutta la parte finale del frammento (da '*placet*' in poi) è assai sospetta poiché mentre in Gai 3.143 il giurista indica che la questione è controversa, in D. 19.5.22 '*placet*' indicherebbe una soluzione accettata senza contestazioni (sul punto vd. *infra*); G. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., 119, il quale ritiene che Gaio desse un'*actio in factum*, mentre i giustinianeî affermano che si tratta di un'*actio praescriptis verbis* «...in quanto, essendo nulla la locazione, si ha qui un *novum negotium*, il *facio ut des*, che rientra nella categoria dei contratti innominati». Più in generale G. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., 118, ritiene, sulla scorta di Gai 3.143, che il collegamento tra la questione riguardante il caso in cui la determinazione del compenso fosse affidata ad un terzo e quella circa l'ipotesi che le parti si fossero riservate di stabilirlo in seguito non poteva trovarsi «se non sulla base della riduzione al criterio obbiettivo dell'*arbitrium boni viri*», il che, tenendo conto che nelle *Institutiones* il caso del *fullo* o *sarcinator* è introdotto con le parole '*qua de causa*', che fanno riferimento a quanto precede, e cioè al problema della *merces permissa alieno arbitrio* (l'esempio fatto è '*quanti Titius aestimaverit*'), è senz'altro corretto; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino, 1968, 233 s., il quale, pure, considera di fattura compilatoria la chiusa '*id est praescriptis verbis*'; G.P. SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, II, Milano, s.d. (ma 1972), 542 s., il quale, definendo il passo «ampiamente interpolato», appunta le

Infine vanno segnalati i lavori appartenenti all'ultimo ventennio di alcuni – relativamente pochi – autori, i quali considerano la parte finale del fr. 22 genuina dal punto di vista formale ed anche sostanziale<sup>13</sup>.

*verbis*) ad un'azione con una formula *in factum concepta*; ed allora l'aggiunta '*id est praescriptis verbis*' sarebbe dunque postclassica e inappropriata. Tuttavia subito dopo aggiunge che forse Gaio pensava ad un *agere praescriptis verbis* avente come modello un'azione derivante da *locatio conductio*, e si esprime solamente in modo un po' prolisso; secondo Artner la soluzione del problema dipende dal senso che si dà all'espressione '*quasi de novo negotio*'. Nella nt. 541 di p. 172 egli afferma che l'accenno alla novità del negozio è un indizio a favore della classicità di questa argomentazione, dal momento che dal punto di vista di Giustiniano sarebbe stato poco sensato sottolineare la novità di un negozio che egli stesso trovava presente nelle fonti. Un'azione *praescriptis verbis* è poi senz'altro credibile: con essa Gaio riprende l'argomentazione, che occupava Giuliano in D. 19.5.24 e D. 19.5.13.1, riguardante la giustificazione di un'azione *in factum praescriptis verbis*. In tale ottica i *praescripta verba* potevano servire efficacemente a comprendere nella formula l'isolato accordo riguardante il compenso. Sembrerebbe dunque che, in fin dei conti, Artner propenda per la classicità dell'espressione '*id est praescriptis verbis*'; senonché, con un *revirement* davvero inatteso, egli afferma poi – a p. 173 – che l'aspetto formale del testo rende preferibile ritenere che le parole '*id est praescriptis verbis*' costituiscano un'aggiunta successiva!

<sup>13</sup> Si tratta di J. KRANJC, *Die actio praescriptis verbis als Formel-aufbauproblem*, in *ZSS*, CXIX, 1989, 455, secondo il quale Gaio fa risalire l'*actio praescriptis verbis* alla circostanza che si tratta in certo qual modo di un nuovo negozio giuridico; tale motivazione sarebbe in perfetta armonia con gli altri

l'azione caratterizzata da *praescripta verba*, concludendo che, con ogni probabilità, la varietà di denominazioni non allude a diversi mezzi processuali. A tale proposito egli afferma (p. 26 nt. 85) che anche l'aggiunta '*id est praescriptis verbis*', che accompagna nelle fonti ora un'*actio incerti civilis* (come in D. 2.14.7.2), ora un'*actio in factum* (come in D. 19.5.22), depone in tal senso. Successivamente (p. 32 s.), Artner afferma che già la sua particolarità di aggiunta esplicativa rende l'espressione '*id est praescriptis verbis*' contestabile (a p. 32 nt. 128 l'autore enumera i luoghi delle fonti in cui tale espressione compare), poiché essa, con il suo carattere di appendice non si adatta, dal punto di vista fraseologico, a nessuno dei casi in cui ricorre (p. 133 e nt. 130). Tuttavia, afferma egli subito dopo, ci si deve guardare dal considerare come non conciliabili in linea di principio con gli scritti di un giurista classico espressioni chiarificatrici che siano introdotte con '*id est*', e perciò anche l'espressione '*id est praescriptis verbis*'. Evidentemente, prosegue Artner, non ogni frase contenente '*id est*' è un glossema; nel significato di chiarire più dettagliatamente qualcosa di detto, l'espressione '*id est*' si trova anche al di fuori della Compilazione, e usualmente anche nelle Istituzioni di Gaio (p. 33 nt. 132). Non basta: a p. 137 s., in sede di esegesi di Afr. 18 *quaest.* D. 19.5.24, egli afferma che la denominazione dell'azione ivi chiamata *praescriptis verbis in factum* è composta di elementi che stanno bene assieme. Infine a p. 171 ss., in sede di esegesi di D. 19.5.22, l'autore esordisce affermando che non esistono ostacoli reali per accettare che l'ipotesi di una formula costruita con *praescripta verba* concordi con le idee esposte da Gaio in materia di costruzione della formula nel processo classico. Pertanto l'unico passo in cui Gaio pare essersi espresso riguardo ad un *agere praescriptis verbis* (D. 19.5.22) dev'essere preso in considerazione senza riserve. Ma a p. 172 Artner afferma prima che Gaio potrebbe essersi riferito con ciò (cioè con l'espressione '*in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis*

proprie critiche in particolare sia sul riferimento al '*novum negotium*' che sulle parole '*id est praescriptis verbis*'; M. KASER, *Das römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen*<sup>2</sup>, München, 1975, 419 nt. 4, afferma che la chiusa del frammento è interpolata, e desume tale conclusione dal confronto con Gai 3.143 e I. 3.24.1; R. QUADRATO, *Le 'Institutiones'*, cit., 68 e nt. 155, il quale parla di «problema dell'autenticità dell'ultimo tratto di D. 19.5.22» e considera le parole '*id est praescriptis verbis*' «di indiscutibile provenienza compilatoria»; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA*, XXXVII, 1983, 251 s. nt. 221, sempre a proposito della chiusa del passo, con la motivazione che Gaio segue la corrente dottrinale opposta a quella facente capo a Labeone e Aristone in materia di convenzioni atipiche; G. MACCORMACK, *Contractual Theory and the Innominate Contracts*, in *SDHI*, LI, 1985, 143; H. JONES, *SunEt I agma et consensualisme dans le droit romain des contrats*, in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, 1986, 417 nt. 90 e 418 nt. 94, secondo la quale il fatto che più frammenti contengano la precisazione '*id est praescriptis verbis*' attesterebbe il desiderio dei compilatori di fondere le diverse denominazioni con cui nel Digesto è indicata l'azione a tutela delle convenzioni atipiche, e di mettere ordine nella materia; la studiosa ritiene che Gaio, conformemente all'indirizzo seguito dai Sabiniani, suggerisse la concessione di un'*actio in factum*; G. IMPALLOMENI, voce *Locazione nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XI, 1994, 93, il quale afferma che Gaio, per la fattispecie in esame, proponeva un'*actio in factum*; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, II, Torino, 1995, 220 ss., in part. 221 s., secondo il quale tutta la frase finale ('*placet – verbis*') risente dell'intervento compilatorio; R. FIORI, *La definizione*, cit., 247 e ntt. 213 e 214, il quale ritiene più probabile l'interpolazione delle parole '*id est praescriptis verbis*' che quella

avanzato dubbi sulla genuinità della parte finale del frammento ritengono che la soluzione proposta originariamente da Gaio fosse quella di concedere un'*actio in factum* in senso stretto, cioè un'azione decretale, valevole per quel singolo caso, con formula caratterizzata da *intentio in factum concepta*.

Vi sono poi autori che, pur avendo preso in considerazione il fr. 22, non hanno preso posizione sui problemi riguardanti la genuinità della chiusa '*id est praescriptis verbis*'<sup>9</sup>.

---

dell'espressione '*quasi de novo negotio*', sulla quale si limita a richiamare la principale dottrina; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, 180 e nt. 329, secondo cui le parole '*id est praescriptis verbis*' sono probabilmente «di mano compilatoria», come rivelerebbe in special modo la presenza del sintagma esplicativo '*id est*'; S. RANDAZZO, '*Mandare*', cit., 201 s., il quale ritiene che il riferimento all'*actio praescriptis verbis* sia probabilmente di provenienza compilatoria; L. ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano, 2007, 62 s.; E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento, 2011, 53 ss., il quale aderisce, in buona sostanza, alla posizione di F. Gallo.

<sup>9</sup> Mi riferisco a L. D'AMATI, *I 'nova negotia' nella riflessione romana (brevi considerazioni)*, in *BIDR*, XC, 1987, 574, la quale si limita ad affermare: «il giurista, se sua è la frase *placet quasi de novo negotio in factum dandum iudicium*, afferma la atipicità del negozio», e sottolinea che «nella espressione *novum negotium*, usata per qualificare la fattispecie, e nella quale non va trascurata la funzione del *quasi*, si può cogliere un passaggio importante nel non facile lavoro giurisprudenziale».

Merita di essere ricordata isolatamente la posizione più volte ribadita da Burdese<sup>10</sup>, per la finezza con cui il compianto Maestro torinese ha tentato di distinguere tra (eventuale) alterazione formale e sostanza classica del discorso gaiano. Pur non negando che la chiusa '*id est praescriptis verbis*' potrebbe e parrebbe essere di fattura compilatoria, Burdese ritiene tuttavia plausibile che, nella sostanza, ci si trovi di fronte ad una applicazione della estensione labeoniana della tutela dei contratti tipici consensuali, soprattutto in forza dell'affinità con il caso prossimo al mandato descritto da Ulp. 31 *ad ed.* D. 19.5.19 pr., in cui il giurista severiano affermava, in chiusura, '*tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus*'<sup>11</sup>.

Una menzione a parte merita anche la recente presa di posizione di Artner, che appare alquanto oscillante<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *Iura*, XXXVI, 1985, 40; ID., *Ancora in tema di contratti innominati*, in *SDHI*, LII, 1986, 450; ID., *Osservazioni in tema di c. d. contratti innominati*, in *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias*, I, Madrid, 1988, 146; ID., *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, 1994, 79; ID., *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, 103.

<sup>11</sup> Su D. 19.5.19 pr. vd. ampiamente *infra*.

<sup>12</sup> M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 25 s., 33, 137 s. e spec. 171 ss. L'autore (p. 25 s.) sottolinea innanzi tutto la curiosa molteplicità di nomi con cui è indicata nelle fonti

evidence of substance, none of which, however, seems to be decisive. The conclusion one reaches is that the solution proposed by Gaius may well be genuine, given the fact that although the case under consideration is not likely to fall into the pattern of any typical contract, it has a cause, understood as an economic and social function of the deal, which corresponds with the cause of a lease-run of work. This consideration makes credible that Gaius proposed, for the considered case, the granting of a civil action for the counterprovision.

Keywords: atypical agreement, fixed reward, *actio praescriptis verbis*, *actio in factum*, deal cause.

ANDREA SANGUINETTI

Ricercatore di Diritto romano e diritti dell'antichità  
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia  
E-mail: andrea.sanguinetti@unimore.it

ad aver indagato il tema delle ricadute della codificazione dell'editto sulla materia della tutela delle

generalizzazione di innovazioni in singoli casi per mezzo dell'accoglimento nell'editto dei relativi mezzi di tutela. Ai magistrati giurisdicenti sarebbe stata comunque conservata la possibilità di rendere le singole disposizioni edittali punto di partenza per costruzioni giuridiche ispirate all'analogia. Le modalità con cui tale procedimento di costruzione analogica doveva aver luogo si trova espresso dallo stesso Giuliano in Iul. 15 *dig.* D. 1.3.12; sebbene nel passo in questione la prescrizione di ricorrere all'analogia sia riferita direttamente solo alle disposizioni di leggi e senatoconsulti, l'autore tedesco ritiene che i magistrati titolari di poteri giurisdizionali potessero applicare l'*ad similia procedere* anche alle disposizioni edittali (come si dedurrebbe da *const.* Dšdwken, 18). La circostanza che Giuliano considerasse, in questa prospettiva, anche la possibilità di concedere un'*actio praescriptis verbis* troverebbe poi un appiglio nei dati palinogenetici relativi a D. 19.5.3, tratto dal I. 14 *Digestorum*, e D. 1.3.12, tratto dal successivo I. 15 (i passi sono contrassegnati, nella *Palingenesia* di O. Lenel, rispettivamente con i nn. 238 e 259). Entrambi sembrano esorbitare rispetto alle materie trattate nei due II. citati (rispettivamente le rubriche '*Mandati vel contra*' e '*Pro socio*', o al più '*De aestimato*', per il I. 14, e '*Empti venditi*' e '*Locati conducti*' per il 15); secondo Artner (p. 155 s.) ciò potrebbe essere un indizio del fatto che Giuliano riprendeva alla fine del I. 14, in sede di trattazione del mandato, il tema dell'*agere praescriptis verbis* (D. 19.5.3) e proseguiva questa esposizione subito all'inizio del I. 15 (D. 1.3.12); oppure che, ogni volta, alla fine delle sue discussioni nei II. 14 e 15, egli trattava i casi particolari di un *agere praescriptis verbis* relativi a quegli argomenti. Tali casi sarebbero stati in stretto rapporto con le azioni discusse in quei luoghi, e dunque questa comunanza renderebbe del tutto comprensibile la provenienza di entrambi i passi da questa parte dei *Digesta* giuliane.

convenzioni atipiche<sup>30</sup>. Secondo Gallo, all'*ad similia procedere*, inteso come compito di estendere in via analogica l'ambito di previsione delle clau-

---

<sup>30</sup> Pur non affrontando in modo specifico il problema messo lucidamente a fuoco da Gallo, C.A. CANNATA, *L'actio*, cit., 29 s., il quale pure ha approfondito in modo acuto ed originale il tema della tutela delle convenzioni atipiche, giungendo a considerare l'*actio in factum civilis* (o *civilis incerti* o *praescriptis verbis* che dir si voglia) azione contrattuale generale sussidiaria già in età classica, sembra ritenere – se ben intendo il suo pensiero – che l'*actio praescriptis verbis* sarebbe stata applicabile anche dopo la codificazione dell'editto perpetuo facendo leva sull'esistenza nell'editto della formula dell'*actio de aestimato*, la cui proposizione nell'editto avrebbe rappresentato la recezione a livello editto di un'azione contrattuale generale e sussidiaria conosciuta come tale a partire da Labeone. Per quanto riguarda l'epoca precedente la consolidazione dell'editto perpetuo, C.A. CANNATA, *Materiali per un Corso di Fondamenti del diritto europeo*, II, Torino, 2008, 70, afferma che Labeone aveva individuato la categoria generale di contratto consensuale, operazione dogmatica che gli consentì di «introdurre la nozione di contratto innominato, nel senso di contratto consensuale per il quale nell'editto pretorio non è prevista un'azione specifica, ma che deve considerarsi tuttavia degno di tutela, ed essere dunque deducibile in un'azione contrattuale generale sussidiaria rispetto alle azioni contrattuali tipiche (cioè previste nell'editto), che Labeone stesso propose e costruì come *actio in factum civilis*, e che restò nel sistema del *ius civile* col nome più frequente di *actio praescriptis verbis*». Più avanti (p. 73) Cannata afferma che Labeone «non si preoccupò neppure che un qualche pretore inserisse la sua *actio in factum civilis* nell'editto: perché il suo ragionamento dommatico era sufficiente ad accirla al sistema».

essere decisivo. La conclusione cui si giunge è che la soluzione proposta da Gaio può ben essere genuina, tenuto conto del fatto che, sebbene la fattispecie presa in considerazione non sia sussumibile nello schema di alcun contratto tipico, essa presenta una causa, intesa come funzione economico sociale del negozio, corrispondente con quella della locazione conduzione d'opera. Tale considerazione permette di ritenere credibile che Gaio proponesse, per il caso preso in considerazione, un'azione civile diretta all'adempimento della controprestazione.

Parole chiave: convenzione atipica, mercede certa, *actio praescriptis verbis*, *actio in factum*, causa negoziale.

The study deals with the exegesis of the passage Gai 10 *ad ed. prov.* D. 19.5.22, in which the jurist proposes, for a case of atypical agreement, the granting of a *iudicium quasi de novo negotio, id est praescriptis verbis*.

The study focuses in particular the final part of the passage, which has often been suspected of alteration by reason of the presence of the phrase '*id est praescriptis verbis*' and the reference to the '*novum negotium*'.

In the contribution are analyzed and questioned whether the suspects based on evidence of a formal nature, both those based on

mente apparente, poiché – a prescindere dalla cronologia della produzione scientifica di Gaio, difficilmente ricostruibile nei dettagli – ben può essere spiegata ammettendo che nel suo manuale Gaio abbia sacrificato qualcosa alla completezza della trattazione in favore di una maggiore linearità e semplicità. La presentazione di un impianto della materia contrattuale ispirato al criterio della tipicità faceva indubbiamente buon gioco a tali esigenze, ma non può essere interpretata come prova incontrovertibile di un'assoluta insensibilità di Gaio per la materia dei c.d. contratti innominati.

### ABSTRACT

Il contributo affronta l'esegesi del passo Gai 10 *ad ed. prov.* D. 19.5.22, nel quale il giurista propone, per un caso di convenzione atipica, la concessione di un *iudicium quasi de novo negotio, id est praescriptis verbis*.

Lo studio analizza in particolare la parte finale del passo, la quale è stata spesso sospettata di alterazione a cagione della presenza del sintagma '*id est praescriptis verbis*' e del riferimento al '*novum negotium*'.

Nel contributo vengono analizzati e messi in discussione sia i sospetti fondati su indizi di carattere formale, sia quelli fondati su indizi di carattere sostanziale, nessuno dei quali, tuttavia, sembra

sole edittali prescritto ai magistrati giurisdicenti, si uniformarono anche i giuristi muniti di *ius respondendi*<sup>31</sup>.

L'analogia applicata dai magistrati e dai giuristi sarebbe stata solamente quella da noi chiamata *analogia legis*; lo si ricaverebbe «dalle applicazioni concrete e dal fatto che oggetto di estensione erano i mezzi processuali, considerati tipici»<sup>32</sup>. Si trattava però di un mezzo non idoneo a risolvere tutti i problemi derivanti dalle lacune presenti nell'ordinamento.

Le applicazioni concrete rivelerebbero che l'analogia era applicata dai magistrati e dai giuristi per casi simili a quelli previsti nell'editto mediante l'utilizzo di *actiones utiles* che, nell'ambito delle convenzioni innominate, erano caratterizzate dall'uso di *praescripta verba*. Viceversa, nei casi in cui l'analogia non era applicabile poiché le fattispecie divergevano significativamente da quelle previste nell'albo pretorio, ai magistrati ed ai giuristi non rimaneva che ripiegare sulla concessione di *actiones in factum* pretorie<sup>33</sup>.

Un modello particolare, del quale si sarebbero serviti i magistrati ed i giuristi per la costruzione delle azioni utili *praescriptis verbis*, sarebbe poi stato costituito dall'*actio de aestimato*, ultimo tra i *iudicia bonae fidei* ad essere proposto nell'editto preto-

<sup>31</sup> *Synallagma*, II, cit., 128 ss.

<sup>32</sup> *Synallagma*, II, cit., 136 s.

<sup>33</sup> *Synallagma*, II, cit., 138 ss.

rio<sup>34</sup>; tale modello sarebbe stato utilizzato nei «casi nei quali risultava incerto il tipo contrattuale a cui ricondurre il negozio concluso»<sup>35</sup>.

Con la codificazione dell'editto la definizione di contratto risalente a Labeone avrebbe finito per perdere significato in ordine alla tutela delle convenzioni sinallagmatiche atipiche<sup>36</sup>.

Naturalmente non è questa la sede per discutere approfonditamente tutti i punti sui quali lo studioso torinese si è soffermato nella monografia più volte citata<sup>37</sup>. Tuttavia questa necessariamente breve – ma spero sufficientemente chiara – rassegna del suo pensiero era opportuna, poiché senza aver ben presente il quadro all'interno

<sup>34</sup> *Synallagma*, II, cit., 148 ss. Gallo propone a tale proposito un'accurata esegesi di Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 pr., in cui si dice appunto che l'*actio de aestimato* era un'*actio praescriptis verbis* e contemporaneamente un *iudicium bonae fidei*.

<sup>35</sup> *Synallagma*, II, cit., 153 s. Tale circostanza si dedurrebbe, secondo Gallo, dal discorso condotto da Ulpiano nella seconda parte di D. 19.3.1 pr.: *...quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide...*; discorso che, a parte alcune sconessioni rispetto a quanto precede, derivanti probabilmente da un raccorciamento dell'originale operato dai compilatori, sarebbe, nella sostanza, attribuibile al giurista severiano.

<sup>36</sup> *Synallagma*, II, cit., 226 ss.

<sup>37</sup> Per una rassegna dei complessi problemi sottesi alla ricostruzione di Gallo vd. M. SARGENTI, *Recensione* a F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., in *Iura*, XLVI, 1995, 121 ss., con osservazioni in più punti notevolmente critiche.

avviso di chi scrive – essere decisivi. Se è vero che la fattispecie presa in considerazione nel fr. 22 non può essere ricompresa nello schema di alcun contratto tipico, è anche vero che essa presenta una stretta analogia, almeno dal punto di vista della causa intesa come funzione socio-economica del negozio concluso dalle parti, con la *locatio conductio*: in entrambi i casi abbiamo infatti l'impegno ad eseguire un'opera determinata in cambio di un compenso in denaro. Per tale motivo, anche accettando l'idea lucidamente e acutamente proposta da Filippo Gallo, che ha avuto l'indubbio merito di approfondire il tema della connessione tra cristallizzazione dell'editto e tutela delle convenzioni atipiche, secondo il quale dopo la codificazione dell'editto perpetuo operata da Salvio Giuliano in età adrianea l'*actio praescriptis verbis* avrebbe potuto essere concessa solamente in seguito ad un processo di estensione analogica in via utile di azioni edittali, non sembrano esservi ostacoli insormontabili ad ammettere che Gaio, pur legato ad uno schema contrattuale fondamentalmente tipico, potesse ammettere una tutela civilistica di convenzioni atipiche in casi in cui queste, pur non inquadrabili perfettamente nello schema di alcun contratto tipico, presentassero tuttavia analogie significative – direi di più: decisive – con uno di essi.

La contraddizione tra una tale ammissione e la rigorosa tipicità cui pare improntato il sistema contrattuale nelle *Institutiones* è a mio parere sola-

ramente un impianto della materia contrattuale ispirato ad una rigorosa tipicità; le figure di convenzioni atipiche, pur non del tutto assenti nell'opera elementare del giurista antoniniano, sono ricondotte, quando possibile, agli schemi dei contratti consensuali tipici.

Tuttavia esiste, al di fuori delle Istituzioni, un'unica testimonianza gaiana che tratta la materia delle convenzioni atipiche e della loro tutela – rappresentata da Gai 10 *ad ed. prov.* D. 19.5.22 – nella quale si legge che il giurista propugnava, per una fattispecie non sussumibile né nello schema del mandato, per assenza della gratuità, né in quello della *locatio conductio operis*, per assenza del requisito della *merces certa* (imprescindibile per Gaio, secondo quanto si legge in Gai 3.142), la concessione di un *iudicium in factum, id est praescriptis verbis*.

Il riferimento all'*actio praescriptis verbis*, pur considerato fortemente sospetto ancora oggi dalla maggior parte della dottrina, la quale ritiene che Gaio propendesse in realtà per la concessione di un'*actio in factum concepta*, non pare tuttavia sospettabile, almeno dal punto di vista formale, se non sulla base di una preconcepita tendenza a ritenere spurio l'inciso (o la chiusa, come nel caso di D. 19.5.22) '*id est praescriptis verbis*'; tendenza che, ad avviso di chi scrive, non può essere acriticamente condivisa.

Ma anche i sospetti derivanti da obiezioni di carattere sostanziale non sembrano – sempre ad

del quale l'autore colloca l'esegesi di D. 19.5.22, i sospetti che egli avanza sulla genuinità di alcune parti del passo rischierebbero di non essere compresi, o almeno le motivazioni con le quali egli supporta le proprie ipotesi potrebbero non essere sufficientemente perspicue.

Ma veniamo al punto. Gallo<sup>38</sup> propende per l'ipotesi che, nella fattispecie considerata in D. 19.5.22, Gaio accordasse semplicemente un'*actio in factum* in senso stretto. Da un lato egli fa proprie le 'tradizionali' obiezioni di carattere formale rispetto all'espressione '*id est praescriptis verbis*', che rivelerebbe la chiara tendenza dei compilatori ad identificare *actiones in factum* con l'*actio praescriptis verbis*. Di tali obiezioni abbiamo già trattato nel precedente paragrafo. Ma ciò che più importa sono le considerazioni di carattere sostanziale con le quali Gallo supporta la sua ipotesi.

Coerentemente rispetto alle premesse che abbiamo dianzi riassunto, secondo lo studioso torinese Gaio, operante dopo la codificazione dell'editto, si sarebbe trovato nella necessità di scegliere tra applicazione dell'analogia – tramite estensione in via utile, nel caso di specie, dell'*actio conducti* adattata mediante *praescripta verba* per tutelare la pretesa del *fullo* o *sarcinator* – e concessione di una semplice azione *in factum* in senso stretto.

Nel caso di cui si occupa il fr. 22, Gaio avrebbe avuto remore ad estendere in via analogica le

---

<sup>38</sup> *Synallagma*, II, cit., 220 ss.

azioni relative alla *locatio conductio* a causa della mancata fissazione della mercede; infatti il mancato accordo delle parti sul compenso spettante all'artigiano avrebbe prodotto, come conseguenza, la mancata conclusione, tra di esse, di un vero e proprio contratto. Lo stesso rinvio ad un successivo accordo non sarebbe stato sufficiente, poiché sarebbe mancata la sicurezza in ordine al futuro raggiungimento dell'intesa sulla *merces*. E d'altra parte, aggiunge Gallo, i giuristi romani non intendevano il processo come strumento per stabilire un elemento essenziale del negozio non determinato dalle parti.

Sempre secondo il Maestro torinese, il fr. 22 può essere correttamente interpretato alla luce del confronto con i passi paralleli di Gai 3.143 e I. 3.24.1. Nelle Istituzioni gaiane il modo di esprimersi del giurista lascia intravedere una disputa ancora viva nel momento in cui egli scriveva, anche se di tale disputa non ci sono noti i termini. In forza di tale considerazione è difficile credere che lo stesso Gaio, nel commento all'editto provinciale, desse per pacifica una determinata soluzione: il '*placet*' con cui si apre la parte del fr. 22 in cui è proposta la soluzione sarebbe dunque da interpretare come indice di una totale convergenza di pareri sulla soluzione da dare al caso in questione<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> Posizione, questa, condivisa, come si è già visto, da J. MACQUERON, *Le travail*, cit., 170.

se una trattazione *ex professo* alle sole figure tipiche, che dovevano essere del resto le più diffuse e praticate. Che Gaio si professi in più occasioni aderente alle posizioni dottrinali della *secta sabiniana* è innegabile; che il suo pensiero sia sempre e comunque 'appiattito' su quelle posizioni pare a me invece non provato. E del resto proprio in materia di convenzioni atipiche – magari su punti che possono sembrare secondari – le posizioni delle due scuole erano – o quanto meno erano state – abbastanza 'liquide', se è vero, come abbiamo avuto occasione di notare, che Labeone e Cassio, l'uno proculiano, l'altro sabiniano, reputavano entrambi nulla la compravendita in cui la determinazione del prezzo fosse rinviata alla stima del terzo, contro l'opinione di Ofilio e Proculo (pur appartenente, quest'ultimo, alla *secta* fondata da Labeone)<sup>59</sup>.

## 7. Conclusioni

Per riassumere i risultati della presente ricerca possiamo partire da una considerazione: indubbiamente dalle Istituzioni di Gaio traspare chia-

<sup>59</sup> Lo testimonia Gai 3.140, già richiamato *supra* nella nt. 2: *Pretium autem certum esse debet. Nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem esse putavit; cuius opinionem Proculus secutus est.*

secondo Gaio<sup>58</sup>. Credo tuttavia che peccheremmo di eccessiva approssimazione se ritenessimo che il sistema tipico esposto da Gaio nelle sue *Institutiones* fosse incompatibile con la possibilità di prevedere una tutela civilistica almeno ad alcune convenzioni atipiche. In realtà, come abbiamo visto, il problema delle convenzioni innominate (e, indirettamente, della loro tutela) è adombrato nel manuale gaiano; ed abbiamo anche sottolineato come in tale opera traspaia il tentativo di sussumere, quando possibile, alcune ipotesi di convenzioni atipiche negli schemi dei contratti consensuali tutelati in via edittale. Ma tale atteggiamento non esclude, di per sé, che in alcuni casi – in particolare quando il negozio atipico era affine ad una figura tipica, ma non sussumibile completamente nello schema di essa – Gaio ritenesse possibile una tutela civilistica anche per alcune convenzioni atipiche. Del resto, come ho già avuto occasione di precisare, a me pare che il fatto stesso che nelle *Institutiones* il giurista si limiti, in alcuni casi, a rendere conto dell'esistenza di questioni controverse senza prendere posizione personalmente, non indichi di per sé né trascuratezza né limitatezza di orizzonti. Tale circostanza pare piuttosto spiegabile – almeno ad avviso di chi scrive – con il carattere elementare dell'opera: in tale ottica è ben comprensibile che Gaio riservas-

---

<sup>58</sup> Ad un tale più ampio studio mi sto appunto dedicando; e mi auguro di poterne pubblicare i risultati in tempi non lunghissimi.

Per questi motivi Gallo ritiene che tutto il tratto finale di D. 19.5.22 (da '*placet*' in poi, per intenderci) risenta dell'intervento compilatorio. Anche se non è possibile, stante la situazione attuale del passo, dire in che termini Gaio si fosse pronunciato a favore della concessione di un'*actio in factum*, è probabile, secondo Gallo, che egli avesse confrontato la propria soluzione con quelle proposte da altri colleghi e che egli riteneva non giustificate: in particolare con quella poi fatta propria dai compilatori. Sia nel Digesto che in I. 3.24.1 si propone come pacifica la concessione dell'*actio praescriptis verbis*; ma le motivazioni sono diverse. Nel primo caso si fa leva sul fatto che la fattispecie considerata costituirebbe una sorta di *novum negotium*, mentre nel secondo, richiamata la somiglianza della fattispecie con la *locatio conductio*, si concede l'azione *eo nomine* (a tal titolo)<sup>40</sup>, cioè un'azione modellata su quella nascente da locazione conduzione e adattata, in via utile, mediante *praescripta verba*.

Questa giustificazione è, a parere di Gallo, consona al modo di procedere in età classica dopo la codificazione dell'editto, mentre non sarebbe giustificata per l'età giustiniana a causa del ruolo che l'*actio praescriptis verbis* ha in tale epoca (cioè quello di mezzo di tutela generale dei contratti innominati; ruolo che sarebbe stato preparato dalla quadripartizione nelle categorie di *do ut*

---

<sup>40</sup> Sul significato di '*eo nomine*' vd. anche *infra* nt. 47.

*des, do ut facias, facio ut des e facio ut facias*). Secondo Gallo, dunque, tale motivazione sarebbe stata formulata forse già prima o al tempo di Gaio; ed i compilatori del Digesto avrebbero conservato, in D. 19.5.22, la presa di posizione che avevano trovato nel testo classico da essi tenuto presente ed utilizzato su quello specifico punto.

6. *Indizi a favore della genuinità della soluzione proposta in D. 19.5.22.*

Credo si possa muovere da alcuni punti sicuri: nella fattispecie descritta nel fr. 22 Gaio non ravvisava né un mandato, poiché il negozio non era stato concluso a titolo gratuito, né un'ipotesi di vera e propria *locatio conductio*, a causa della mancanza del requisito della *merces certa*, coerentemente con quanto affermato in Gai 3.142. Ma non credo si debba per forza convenire con Gallo quando sostiene che la mancata fissazione della mercede avrebbe prodotto la mancata conclusione tra le parti di un vero e proprio contratto (con la conseguenza che sarebbe evidentemente esclusa la possibilità di ricorrere ad un'azione civile per l'adempimento).

È vero che rispetto ad una *locatio conductio* intesa in senso proprio manca un elemento essenziale; ma è anche vero che rispetto a tale elemento esisteva un preciso accordo delle parti in ordine alla sua futura determinazione, tanto è vero che

Gaio escludeva sin dall'inizio del proprio discorso che la fattispecie discussa potesse essere inquadrata nello schema di uno dei contratti tipici che potevano, in astratto, venire in questione, cioè *mandatum* o *locatio conductio*.

Nel caso di Gaio la cautela poteva dipendere dal fatto che il riconoscimento di una tutela civilistica alla convenzione innominata avrebbe finito per mettere in crisi il sistema contrattuale rigidamente tipico che traspare dalla trattazione delle *obligationes ex contractu* condotta nelle sue *Institutiones*. Dicendo questo intendo in certo qual modo prevenire la possibile obiezione alla genuinità della soluzione che si legge nel fr. 22 basata appunto sul sistema contrattuale che Gaio espone nella sua opera elementare: come potrebbe essere compatibile l'accoglimento di un sistema contrattuale rigorosamente tipico con il riconoscimento di una tutela civilistica a figure che esulavano dagli schemi tipici tutelati in via edittale?<sup>57</sup>

Una risposta compiuta a tale domanda richiederebbe – me ne rendo conto – uno studio autonomo, il quale dovrebbe ricostruire e precisare, per quanto possibile, la concezione del *contractus*

<sup>57</sup> Tale obiezione è avanzata, sebbene in termini leggermente diversi, da R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 251 s. nt. 221 (cit. *supra* nella nt. 8), secondo il quale la chiusa '*id est praescriptis verbis*' del fr. 22 sarebbe spuria «poiché Gaio segue la corrente giurisprudenziale opposta a quella che fa capo a Labeone ed Aristone».

il prezzo ed usatolo come *pecunia mutua*, a restituire il *tantundem* a *Ego*<sup>55</sup>.

Dall'esame di D. 19.5.19 pr. si può quindi dedurre che Labeone – sempre ammesso che il riferimento al *contractus* nella parte finale del passo sia direttamente attribuibile a lui – suggeriva di agire *praescriptis verbis* anche in un caso di convenzione atipica affine al mandato, anche se in quel caso non si poteva dire che le parti avessero effettivamente concluso un contratto in senso proprio.

A conclusione di questa disamina del fr. 19 pr. mi pare di poter affermare che l'analogia tra il pensiero di Labeone – ripreso da Ulpiano – e quello di Gaio sia individuabile soprattutto nella cautela con cui entrambi i giuristi proposero la soluzione ai problemi prospettati. Per il resto le due fattispecie non sono assimilabili strettamente l'una all'altra: mentre infatti per Labeone il negozio concluso dalle parti non era inquadrabile nello schema del mutuo, mentre avrebbe potuto – almeno in linea teorica – essere inquadrato in quello del mandato<sup>56</sup>, sebbene il giurista augusteo ritenesse preferibile individuare in esso una fattispecie per così dire (se pure a livello di finzione) assimilabile ad un *contractus* (nel senso di *ultra citroque obligatio* secondo D. 50.16.19) atipico,

<sup>55</sup> Così B. ALBANESE, 'Agere' 'gerere' e 'contrahere' in D. 50.16.19. *Congetture*, cit., 221, e G. MACCORMACK, *Contractual Theory*, cit., 136, nonché, ora, M.F. CURSI - R. FIORI, *Le azioni*, cit., 159.

<sup>56</sup> Vd. *supra* nt. 54.

dal tenore del testo si evince che le parti avevano rinviato ad un successivo momento solamente la determinazione del *quantum*, dando quindi per certo che l'accordo sarebbe stato raggiunto (tanto è vero che Gaio esclude espressamente l'ipotesi di mandato per mancanza della gratuità); e difatti il mancato raggiungimento dell'accordo sul compenso viene considerato dal giurista motivo per concedere un rimedio all'artigiano insoddisfatto. Del resto il fatto stesso che l'accordo fosse intercorso tra un privato ed un soggetto che esercitava professionalmente un'attività artigianale, solitamente retribuita, escludeva a maggior ragione che l'attività commissionata potesse essere intesa come gratuita<sup>41</sup>. Un accordo come quello descritto

<sup>41</sup> Il che non significa, naturalmente, che un artigiano non potesse, occasionalmente, prestare la propria opera gratuitamente, magari per amicizia o per spirito di solidarietà nei confronti di un cliente che versava in difficoltà economiche. Lo testimoniano chiaramente Gai 3.162 riportato *supra* nella nt. 7, e lo stesso fr. 22 nella sua parte iniziale (*Si tibi polienda... si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio*). Ma proprio perché le attività artigianali del tipo di quelle richiamate in D. 19.5.22 erano 'normalmente' prestate a titolo oneroso, la gratuità – se del caso – avrebbe dovuto essere pattuita in modo chiaro ed espresso. Sul punto vd. le riflessioni di S. RANDAZZO, 'Mandare', cit., 199 s., il quale sottolinea opportunamente (p. 200 nt. 82) l'eccesso di concettualizzazione in cui cade J. MICHEL, *Gratuité*, cit., 177, il quale, per giustificare l'ipotesi dell'attività prestata gratuitamente dall'artigiano, pensa – ma a mio avviso senza che i testi forniscano alcun appiglio – ad un caso di *operae liberti*. Per altro, se è vero che non doveva

integrava senz'altro, dunque, l'impegno, da parte del cliente del *fullo* o del *sarcinator*, a pagare un compenso all'artigiano. Ne consegue che tra le parti era stato concluso un *sunEl lagma*, se con tale termine intendiamo – come credo si possa fare – un impegno delle parti ad eseguire reciprocamente prestazioni che rappresentavano l'una il corrispettivo dell'altra. Nel caso in questione, poi, una delle prestazioni era stata evidentemente eseguita: quella dell'artigiano che aveva pulito o riparato gli abiti che gli erano stati consegnati; mentre l'altra prestazione, pur non determinata inizialmente, era stata resa determinabile tramite il rinvio ad un futuro accordo delle parti.

Non vedo dunque come si possa negare una indiscutibile analogia tra la fattispecie considerata in D. 19.5.22 e una *locatio conductio operis*, pur mancando alla fattispecie un elemento essenziale di tale contratto. Del resto si potrebbe anche sostenere, *a contrariis*, che se l'analogia fosse stata ravvisabile solamente laddove fossero presenti tutti quanti gli elementi essenziali di un negozio tipico, l'*ad similia procedere* sarebbe stato praticamente

---

essere frequente l'ipotesi che un artigiano lavorasse gratuitamente, non vedo perché si debba considerare l'ipotesi come mero «caso di scuola» (così S. RANDAZZO, *op. loc. ult. cit.*). Se pensiamo al caso di un artigiano che prestasse gratuitamente la propria opera nei confronti di un amico, la qualifica di mandato data dalle parti all'affare avrebbe comunque consentito all'artigiano di recuperare, con l'*actio contraria*, le spese, e di vedersi risarciti gli eventuali danni subiti.

Ma la cautela e lo sforzo di Labeone – ammesso e non concesso che la motivazione '*quasi ... contractus*' sia da attribuire a lui – nell'accostare la fattispecie descritta in D. 19.5.19 pr. ad un *contractus*, fa pensare che per il giurista augusteo essa non fosse propriamente configurabile come *contractus* nemmeno dal punto di vista delle convenzioni atipiche; ed a mio avviso l'ostacolo decisivo potrebbe proprio consistere nella circostanza che qui manca la *ultra citroque obligatio* intesa nel senso di 'obbligazione da una parte e dall'altra', poiché solo *Tu* si era obbligato, una volta riscosso

---

riuscire a provarlo, R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 138 ss., spec. 140. M.F. CURSI - R. FIORI, *Le azioni*, cit. 156 ss. propongono un'accurata ed originale ricostruzione della fattispecie, nel senso che *Tu* ed *Ego* avrebbero inteso raggiungere il risultato economico prefissato attraverso due contratti: a) un mutuo, che coincide con lo scopo finale dell'operazione, ed un secondo contratto, finalizzato al primo, che potrebbe alternativamente essere configurato come b1) un contratto estimatorio affine al mandato (in questo caso l'*aestimatio* della *res* risulterebbe *per facta conclusio* dalla struttura stessa del negozio), oppure come b2) un mandato vero e proprio, esposto tuttavia al rischio di essere considerato nullo in quanto concepito *tua gratia*. Gli autori affermano inoltre, a mio avviso correttamente, che, in caso di mancata vendita, *Ego* avrebbe avuto a disposizione, per il recupero della *res*, anche la *condictio*, la quale avrebbe rappresentato a tale scopo un'alternativa rispetto all'*actio mandati* o all'*actio praescriptis verbis* derivante dal contratto estimatorio.

*aestimatio* e il prezzo ricavato dalla vendita. In tal senso si veda R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 137, nonché E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 191 s. Del resto, che la cosa dovesse essere *aestimata* all'atto della consegna si ricava con sicurezza da Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.3.1 pr.: *Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati...* Cfr. anche Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19.5.13 pr.: *Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem...*, nonché Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.5.17.1: *Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit?* Ritengo perciò preferibile, e più probabile, l'ipotesi secondo cui già Labeone doveva occuparsi della *datio rei vendendae ut pretio uteretur* in materia di mandato, poiché la figura descritta in D. 19.5.19 pr. è indubbiamente affine al mandato, anche se il giureconsulto reputava più sicuro agire *praescriptis verbis* anziché *mandati* (e, indubbiamente, dicendo che sarebbe stato 'più sicuro' agire *praescriptis verbis* Labeone lascia intendere che, almeno a livello teorico, la fattispecie poteva essere inquadrata nel mandato. Analogamente A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milano, 2002, 408. Sull'uso di '*tutius*' in D. 19.5.19 pr. vd. le convincenti osservazioni di A. BURDESE, *Sul concetto*, cit., 128 e nt. 31, e di F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., 180 nt. 43). Ed il motivo mi pare abbastanza chiaro: se *Ego* avesse agito con l'*actio mandati (directa)*, *Tu* avrebbe potuto difendersi sostenendo che il mandato era nullo poiché *tua gratia tantum*, in quanto finalizzato esclusivamente, in ultima analisi, a procurare credito al mandatario. In tal senso A. BURDESE, *Ancora sul contratto* cit., 466; M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 87. Che *Ego* potesse avere un qualche interesse nell'incaricare *Tu* di vendere sostiene, ma senza a mio pa-

sempre fuori questione, poiché la fattispecie cui si sarebbe dovuto dare una soluzione sarebbe stata in tutto e per tutto coincidente con quella tipica, della quale sarebbe quindi stata applicabile anche la tutela processuale.

D'altra parte è proprio Gallo<sup>42</sup> a riconoscere come fundamentalmente validi i risultati raggiunti da Santoro in uno studio dedicato alla tutela delle convenzioni atipiche<sup>43</sup>. In quel saggio lo studioso palermitano sosteneva, in modo a mio parere convincente, supportando le proprie conclusioni con un'accurata esegesi di diversi testi, la possibilità di agire in via utile con azioni *ad exemplum legis Aquiliae* in caso di danno provocato *corpori* ma non *corpore*. Ora, se il ricorso all'analogia era praticabile in casi nei quali difettava un elemento qualificante del danno aquiliano – per lo meno nei termini in cui era giunto a ritenerlo qualificante la giurisprudenza classica – e cioè la c.d. 'causalità commissiva', non vedo perché all'analogia non si sarebbe potuto ricorrere anche in ambito negoziale qualora mancasse un elemento qualificante di un contratto tipico.

Nel caso in questione, pur mancando un elemento essenziale della locazione d'opera, l'analogia era precisamente data, a mio parere, dalla identità di causa tra le due fattispecie: tanto in quella descritta nel fr. 22 quanto nella *locatio conductio operis*, la causa – intesa nel senso di fun-

<sup>42</sup> *Synallagma*, II, cit., 137 ss. e spec. 146 ss.

<sup>43</sup> R. SANTORO, *Aspetti*, cit., 109 ss.

zione economico sociale adempiuta dal negozio – era l'esecuzione di un'opera in cambio di un corrispettivo in denaro.

Posta questa identità di causa non vi era a mio parere alcun serio ostacolo a riconoscere la possibilità di estendere in via utile, tramite lo strumento tecnico dei *praescripta verba*, la tutela tipica prevista a favore del conduttore.

Va aggiunto che, anche se ammettessimo che Gaio propendeva solamente per un'azione *in factum* in senso stretto, il compito del giudicante sarebbe stato ugualmente quello di determinare un elemento essenziale dell'assetto di interessi che le parti avevano voluto disciplinare. E questa considerazione permette di superare l'obiezione di Gallo secondo cui i giuristi romani non intendevano il processo come strumento per determinare un elemento essenziale del negozio non concordato dalle parti, almeno nella misura in cui si riconosca che anche un'azione *in factum* in senso stretto sarebbe stata rivolta all'adempimento<sup>44</sup>; ciò avrebbe evidentemente consentito al giudice non solo di tenere conto dell'interesse dell'attore alla controprestazione, ma anche di determinarne il *quantum*.

Anche le altre obiezioni avanzate da Gallo sulla genuinità del tratto finale di D. 19.5.22 mi paiono, per altro, superabili.

<sup>44</sup> Come riconosce, del resto, lo stesso F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 194 e 202 s.

19 pr. fosse relativa all'altra clausola edittale commentata da Ulpiano nel medesimo libro, cioè quella '*Pro socio*', mi pare del tutto arbitraria la congettura secondo cui Labeone avrebbe proposto la fattispecie *de qua* in sede di commento alla clausola edittale '*De aestimato*', per le seguenti ragioni: innanzi tutto non sappiamo se all'epoca di Labeone l'*aestimatum* fosse già stato tutelato con un'apposita azione edittale. Va detto che, a causa della scarsità delle fonti giunte sino a noi, il problema relativo alla individuazione dell'epoca in cui la clausola '*De aestimato*' venne introdotta nell'editto è – di fatto – insolubile. Ciò posto, è opportuno rammentare che la dottrina maggioritaria colloca comunque tale momento in età adrianea, e cioè a ridosso della cristallizzazione dell'editto perpetuo. Sul punto vd. E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 104 nt. 84 (nonché la letteratura richiamata dall'autore a p. 100 nt. 80, alla quale nella nt. 84 Sciandrello rinvia), il quale sottolinea per altro opportunamente come «...l'azione edittale a tutela dell'*aestimatum* sia menzionata per la prima volta solo in età severiana da Ulpiano». Se comunque, per ipotesi, fosse vero che già Labeone si occupava di quella fattispecie a proposito dell'*aestimatum*, non si vede perché mai il giurista severiano avrebbe dovuto arbitrariamente occuparsi della medesima fattispecie in sede di commento alla clausola '*Mandati vel contra*', posto che, mentre è improbabile che la clausola '*De aestimato*' esistesse al tempo di Labeone, è invece sicuro – stando almeno alla ricostruzione leneliana dell'editto perpetuo (O. LENEL, *Das Edictum*, cit., 300) – che essa era presente nell'editto al tempo di Ulpiano, che però se ne occupava alla fine del libro 32 (O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 642). In secondo luogo, in D. 19.5.19 pr. non si fa menzione alcuna della circostanza, essenziale per l'integrazione del contratto estimatorio, per cui la cosa oggetto di tale contratto doveva essere contrassegnata da un valore di stima all'atto della consegna; né si fa riferimento al fatto che l'accipiente potesse trattenere la differenza tra la

sa era stata data *credendi causa*, era chiaro, in forza dell'accordo delle parti, che il finanziamento si sarebbe verificato solo se e quando *Tu* avesse venduto la cosa e ottenuto il prezzo. Non essendosi ciò verificato, è da escludere che si sia realizzata la *causa credendi*, e quindi il mutuo.

Ulteriori considerazioni sono possibili sulla base dei dati palinogenetici disponibili. Ulpiano trattava, nel libro 31 *ad edictum* dal quale il frammento è stato escerpito, dei *bonae fidei iudicia*, continuando la esposizione cominciata nel libro 30 (dove trattava delle azioni *depositi vel contra* e *fiduciae vel contra*); nella ricostruzione dei *libri ad edictum* di Ulpiano operata da Lenel, il primo dei *iudicia* presi in considerazione nel libro 31 sarebbe stato il *iudicium mandati vel contra*, cui lo studioso tedesco ritiene di poter riferire, con una certa sicurezza, anche D. 19.5.19 pr.<sup>53</sup>. Lenel reputa invece che, nell'originale di Labeone (a suo parere i *libri ad edictum*), la fattispecie fosse presa in considerazione a commento della clausola edittale '*De aestimato*'<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis. Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros*, II, Lipsiae, 1889, coll. 619 e 624 s.; ID., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup>, Leipzig, 1927, 295 nt. 5.

<sup>54</sup> O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., col. 514. Mentre il riferimento al *iudicium mandati* mi pare più che probabile, stante la collocazione del frammento nel libro 31 *ad edictum* di Ulpiano (è da escludere, ritengo, che la fattispecie del fr.

Quanto alla incompatibilità tra il dettato di Gai 3.143 e D. 19.5.22 – laddove nel primo passo sarebbe testimoniata una disputa ancora in essere, mentre il secondo testimonierebbe a favore di una totale convergenza di pareri – si può osservare che, in realtà, il '*placet*' con cui Gaio introduce la soluzione a suo parere preferibile non ha l'univoco significato di 'è soluzione non discussa'. Anzi, è da tenere presente che tale termine esprime anche, e forse principalmente, una semplice manifestazione di preferenza dello scrivente<sup>45</sup>, almeno nei casi in cui non sia aggiunto un complemento di termine. Gaio intende qui dire, a mio parere, che la soluzione proposta (gli) pare preferibile, giusta, opportuna. Anzi, interpretando '*placet*' nel senso di '(mi) pare preferibile, opportuno' se ne ricava implicitamente che altre soluzioni esistevano ed erano sostenute come plausibili. Con il che viene a cadere ogni apparente contraddizione con Gai 3.143; anzi, i due passi finiscono per dire, sebbene in modi diversi, la

<sup>45</sup> In tal senso vd., per il latino letterario, F. CALONGHI, *Dizionario Latino-Italiano*, 3<sup>a</sup> edizione interamente rivista ed aggiornata del dizionario Georges-Calonghi, Torino, 1950, col. 2078, voce '*placeo*' 1), B); per il latino giuridico, conformemente, H.G. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*<sup>9</sup>, Jena, 1926, 432, voce '*placere*', i quali, dopo aver premesso che il verbo ha vari significati quali «befallen, belieben, genehm sein, befriedigen, angenommen, bestimmt, beschlossen, verabredet werden» affermano, a proposito dell'impersonale '*placet*', che esso indica una «individuelle Ansicht des Schriftstellers».

stessa cosa, testimoniando entrambi l'esistenza di una questione dibattuta nell'epoca in cui Gaio era attivo<sup>46</sup>.

Quanto all'ipotesi secondo cui le soluzioni prospettate nella parte finale di D. 19.5.22, e cioè '*placet quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis verbis*', e in I. 3.24.1 *i. f.* sarebbero già state formulate in età classica dopo la codificazione dell'editto, «già prima o al tempo di Gaio», in quanto le giustificazioni addotte (esistenza di un *novum negotium* nel fr. 22; somiglianza con la *locatio conductio* testimoniata da '*eo nomine*' in I. 3.24.1)<sup>47</sup> rispecchierebbero il modo di giustificare l'estensione in via utile di un mezzo editale

<sup>46</sup> Secondo R. FIORI, *La definizione*, cit., 247 nt. 213, il diverso atteggiamento di Gaio nelle due opere – «dubitativo nelle *institutiones (quaeritur)*; risoluto nel commento all'editto (*placet*)» – dipende dalla diversa natura delle due opere: didattica la prima, in cui l'autore «si limita a riportare lo 'stato della dottrina'; più 'personale' la seconda in cui Gaio non ha remore a proporre il proprio personale punto di vista. Pertanto Fiori ritiene che non sia necessario ipotizzare un intervento compilatorio nel tratto del frammento che va da '*placet*' sino alla fine. Ritiene sicuramente genuino il '*placet*' anche T. MAYER-MALY, *Locatio*, cit., 87, secondo il quale esso «...hier technisch die Ansicht des Gaius als zumindest noch nicht allgemein angenommen bezeichnet».

<sup>47</sup> Su questo punto si scosta dall'opinione di Gallo E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 53 ss. e spec. 55, secondo il quale l'ablativo '*eo nomine*' di I. 3.24.1 non andrebbe inteso nel senso di 'a titolo di *locatio conductio*', bensì come riferito alla particolare fattispecie che i *praescripta verba* devono rappresentare.

dire che le parti non avevano effettivamente concluso un contratto vero e proprio, ma che si giustificava la concessione di un mezzo processuale che usualmente tutelava i contratti in senso proprio (anche se atipici), cioè l'*agere praescriptis verbis*, in forza di una finzione: poiché *Ego* e *Tu* hanno gestito l'affare come se avessero dato esecuzione ad un contratto propriamente inteso, anche se in realtà un contratto non era stato concluso, è opportuno agire *praescriptis verbis*. Si tratta di capire, allora, che cosa impediva, alla fattispecie descritta in D. 19.5.19 pr., di essere configurata propriamente come *contractus*.

Per quanto riguarda la possibilità di inquadrare la *datio rei vendendae*, di cui D. 19.5.19 pr. si occupa, nel novero dei contratti tipici, mi pare senz'altro che la fattispecie non potesse essere considerata una *datio mutui*; infatti, anche se la co-

le la intendeva invece nel senso di «come se tra noi si fosse concluso un affare proprio di un contratto tipico». R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 134, intende '*quasi*' nel senso di «sotto il profilo di», e vede in '*proprius contractus*' un riferimento ad un contratto atipico. Da segnalare anche la posizione di A. BURDESE, *Sulle nozioni*, cit., 57 s., che intende '*proprius contractus*' nel senso di «contrattazione avente una sua propria riconosciuta individualità». M.F. CURSI - R. FIORI, *Le azioni*, cit., 158 ss. intendono invece l'espressione nel senso che «Labeone intendesse affermare che mediante l'*agere praescriptis verbis* la complessa fattispecie poteva essere trattata unitariamente, come se fosse stato realizzato tra le parti un negozio riferibile a un contratto *proprius* 'in sé consistente', ossia unitario». Sulla ricostruzione della fattispecie proposta dai due autori vd. anche *infra* nt. 54.

zione che accompagna il suggerimento di *agere praescriptis verbis* è caratterizzata da una notevole cautela, nonché da un certo sforzo; lo confermano i termini *quasi* e *quodam*, che conferiscono indubbiamente al discorso una sfumatura di indeterminatezza<sup>51</sup>. Questa cautela dipende, a mio parere, da una qualche remora che il giurista aveva nel qualificare la *datio rei vendendae* in termini di *contractus*. Credo infatti che la motivazione '*quasi negotio ... contractus*' possa essere intesa nel senso: «come se noi avessimo gestito un qualche affare (in esecuzione) di un contratto inteso in senso proprio<sup>52</sup>. Ritengo che il giureconsulto intendesse

<sup>51</sup> Hanno bene sottolineato questi aspetti A. SCHIAVONE, *Studi*, cit., 91 s., A. BURDESE, *Ancora sul contratto*, cit., 466, ID., *Sul riconoscimento*, cit., 22, ID., *Sul concetto*, cit., 128, L. D'AMATI, *I 'nova negotia'*, cit., 571., e F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., 181 s. Ed è forse, questa cautela, un indizio a favore della paternità labeoniana della motivazione. Infatti sarebbe difficile giustificare tale cautela se la motivazione fosse di Ulpiano (o di un più tardo rielaboratore), il quale scriveva in un'epoca in cui nell'editto era già stato introdotto un mezzo processuale utilizzabile a tutela delle convenzioni atipiche. Così F. GALLO, *op. loc. ult. cit.*

<sup>52</sup> Credo meritevole di condivisione, a questo proposito, quanto sottolinea A. BURDESE, *Sul concetto*, cit., 128, secondo il quale *quasi* va inteso non in relazione all'*ut*, il quale è collegato all'*ita* che precede, bensì nel senso di 'come se'. F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 73 nt. 24 intende la motivazione '*quasi ... contractus*' nel senso di «essendosi posto in essere, tra noi, un affare costituente (l'affare di) un contratto avente una propria individualità (non sussumibile cioè nei contratti tipici)», mutando avviso rispetto alla precedente versione (*Synallagma*, I, cit., 115 nt. 103), nella qua-

dopo la codificazione dell'editto, mentre sarebbero invece in contrasto con il ruolo dell'*actio praescriptis verbis* in età giustiniana, mi pare che essa finisca per ritorcersi contro le argomentazioni addotte da Gallo per sostenere l'origine compilatoria della parte finale di D. 19.5.22. Intendo dire che, se veramente Gaio avesse avuto delle remore ad estendere in via analogica la tutela prevista per la *locatio conductio*, non si vede perché tale considerazione non dovrebbe essere valida anche per altri giuristi classici – forse contemporanei di Gaio, ma comunque attivi, secondo Gallo, dopo la codificazione dell'editto perpetuo – il cui pensiero sarebbe stato citato da Gaio (il quale non avrebbe accettato la diversa soluzione propugnata da questi per noi ignoti colleghi) e successivamente attribuito a Gaio dai compilatori incorporandolo nella parte genuina del fr. 22. A questo proposito i casi sono due: o gli altri giuristi cui Gallo pensa ammettevano che la determinazione della *merces* potesse essere affidata all'*arbitrium* di un terzo, ed allora dovevano a maggior ragione ammettere la possibilità di una *locatio conductio* in cui la determinazione della mercede fosse di comune accordo rimandata dai contraenti ad un successivo momento; oppure, se essi non ammettevano che la fattispecie descritta in D. 19.5.22 fosse inquadrabile nello schema della locazione (come Gaio, per intenderci), avrebbero dovuto avere le medesime remore che Gallo attribuisce a Gaio: *tertium non datur*, mi pare. Se la ricostruzione

di Gallo fosse attendibile, credo che i compilatori avrebbero avuto meno difficoltà, e avrebbero operato in modo più lineare, riportando direttamente tutto quanto il pensiero dell'altro giurista (o degli altri giuristi), senza la necessità, quindi, di realizzare una sorta di 'collage' del quale, tra l'altro, non mi pare vi siano indizi particolarmente consistenti.

Viceversa, a me pare che proprio la motivazione con cui è introdotta la soluzione che si legge nella parte finale di D. 19.5.22 sia coerente con quanto precede e con la concessione di un'*actio praescriptis verbis*. Il giurista afferma infatti che sembra preferibile concedere un *iudicium in factum, id est praescriptis verbis* motivando tale soluzione con le parole '*quasi de novo negotio*'.

Gaio aveva iniziato la propria esposizione ricordando i presupposti che avrebbero consentito di riconoscere, nella fattispecie concreta, rispettivamente un mandato o una *locatio conductio*. Ma poiché per entrambe le fattispecie mancava un elemento essenziale – rispettivamente la gratuità e la fissazione di una *merces certa* nel momento della conclusione dell'accordo – egli è costretto a riconoscere che l'accordo intercorso tra l'artigiano ed il cliente integra una sorta di *novum negotium*, che richiede una soluzione diversa rispetto alla concessione di una delle azioni contrattuali tipiche che avrebbero potuto venire in questione.

La motivazione *quasi de novo negotio* sottolinea quindi che il *iudicium* da concedere dipende dalla

Fatta questa premessa, ci possiamo ora occupare del significato della motivazione addotta da Labeone per giustificare la soluzione proposta. È opportuno rimarcare subito un elemento a mio avviso molto importante: certamente la motiva-

---

di A. D'ORS, *Replicas panormitanas II. El "contractus" según Labeón. (A propósito de una crítica de Albanese)*, in *Revista de Estudios Historicos-Jurídicos de la Universidad católica de Valparaíso*, I, 1976, 22, il quale ritiene dubbia la possibilità di riferire l'espressione *contractus* a Labeone, e di M. SARGENTI, *Labeone*, cit., 48 e 68, secondo il quale sembrerebbe non potersi decidere in alcun modo se la frase in questione risalga o meno a Labeone (vd. anche ID., *La sistemica pre-gaiana delle obbligazioni e la nascita dell'idea di contratto*, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, s.d., 483 s.). Propendono per la non genuinità totale o parziale della frase '*quasi negotio... contractus*' P. COLLINET, *La genèse du Digeste, du Code et des Institutions de Justinien*, Paris, 1952, 238 s.; M. KASER, *Die Verteilung der Gefahr beim sogenannten «contractus mohatrae»*, in *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, 79 e nt. 19, il quale considera genuina la descrizione delle circostanze di fatto, mentre ritiene che il tratto *tutius est... contractus* sia stato alterato «zwecks Einführung der neuen Klage» (*scil. l'actio praescriptis verbis*); M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 103 nt. 261, il quale afferma che «la parte finale della l. 19 pr. è, di certo, stilisticamente pesante e non è stata, con molta probabilità, scritta nella versione in cui è riportata nel Digesto, anche per la ripetizione fra il *negotium gestum* ed il *proprius contractus* che mostra il sovrapporsi di due diverse terminologie»; G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*<sup>2</sup>, Napoli, 1994, 168 s., secondo il quale il tratto *de quo* potrebbe essere glossematico «o avere, più probabilmente, assorbito qualche nota esplicativa»; da ultimo L. ZHANG, *Contratti*, cit., 92.

go che l'andamento del passo permetta di attribuire tanto la prospettazione del caso quanto la sua soluzione al giurista augusteo<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> Mi sembra infatti poco probabile, benché non impossibile, che il caso sia stato proposto da Ulpiano il quale avrebbe poi trovato la soluzione di una fattispecie identica in un'opera di Labeone. E mi sembra ancora meno probabile che Ulpiano, dopo aver richiamato una fattispecie discussa da Labeone, con la relativa soluzione proposta dal giurista augusteo, abbia poi aggiunto l'osservazione finale 'quasi negotio... contractus'. Ritengo invece più probabile che il giureconsulto severiano, dopo aver riportato il caso discusso da Labeone, ne abbia poi trascritto anche la soluzione e la motivazione originali. Possiamo dunque ipotizzare, almeno a livello di possibilità e con una certa prudenza, che il termine *contractus* comparisse già nell'originale labeoniano. Per quanto riguarda lo stato della dottrina sul punto vd., a favore della provenienza labeoniana, A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971, 91 s.; B. ALBANESE, 'Agere' 'gerere' e 'contrahere' in D. 50,16,19. *Congetture su una definizione di Labeone*, in *SDHI*, XXXVIII, 1972, 220; R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 134 ss., spec. 141; G. MACCORMACK, *Contractual Theory*, cit., 136; L. D'AMATI, *I 'nova negotia'*, cit., 571; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, I, Torino, 1992, 180 ss.; N. HAYASHI, *Der Auftrag*, cit., 181 s. È oscillante l'atteggiamento di A. BURDESE, il quale in *Ancora sul contratto*, cit., 465, afferma che la frase finale potrebbe essere di Ulpiano, mentre in *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in *Sem. Compl.*, V, 1994, 57, afferma non essere improbabile la risalenza a Labeone della frase in questione; in *Sul concetto*, cit., 128 e nt. 32, si esprime in modo dubitativo. Pure dubitativo è l'atteggiamento

novità del negozio concluso dalle parti, che si situa, per così dire, a cavaliere tra due figure tipiche la cui tutela era riconosciuta nell'editto, senza che però la sua particolarità permetta di ricondurlo ad alcuna delle due figure, anche se la sua peculiarità lo rendeva assimilabile, se non altro a livello di causa, alla *locatio conductio*.

In effetti, come è stato acutamente notato<sup>48</sup>, tale motivazione è, almeno apparentemente, abbastanza vicina a quella che, molto tempo prima, aveva indotto Labeone a proporre una soluzione analoga a quella suggerita da Gaio. Mi riferisco ad una testimonianza ulpiana in cui è citato il parere del giurista augusteo:

Ulp. 31 *ad ed.* D. 19.5.19 pr.: *Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. Si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.*

*Tu* ha richiesto un mutuo di denaro a *Ego*; *Ego*, non avendo a disposizione il denaro, ha dato a *Tu* una cosa da vendere, affinché *Tu* possa utilizzare il ricavato come denaro ricevuto a mutuo. Ulpiano formula poi due distinte ipotesi: *Tu* non ha venduto la *res*, oppure l'ha venduta ma non gli

<sup>48</sup> Da A. BURDESE, nei lavori citt. *supra* nella nt. 10.

è stato pagato il prezzo<sup>49</sup>. Per entrambe le ipotesi Labeone – citato da Ulpiano – reputava più sicu-

<sup>49</sup> Ritengo sia questo il significato più probabile delle parole *'pecuniam autem non accepisti mutuam'*. Una volta che *Tu* avesse ricevuto il prezzo dal compratore, la qualifica di *pecunia mutua* sarebbe derivata dall'accordo precedentemente intercorso tra *Ego* e *Tu* (così M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della 'littera florentina'. Copanello 1-4 giugno 1988*, Napoli, 1990, 87). Lo prova il confronto con il caso descritto in Ulp. 26 *ad ed.* D. 12.1.11 pr., che presenta chiarissime analogie con quello qui preso in considerazione: *Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis uteris. Si vendideris, puto mutuam pecuniam factam*. Ciò che poi il mutuatario faccia del danaro ricevuto, di cui è divenuto proprietario, non riguarda, normalmente, il mutuante, il quale sarà comunque soddisfatto se e quando riceverà il *tantundem*. Ed è ovvio che *Ego* rischia concretamente di rimanere insoddisfatto se a *Tu* non sia pagato il prezzo della cosa venduta. Che la frase possa avere il significato da me proposto ritiene possibile anche R. SANTORO, *Il contratto* cit., 137 e nt. 180, il quale, per altro, reputa possibile anche che essa significhi che il venditore ha riscosso il prezzo ma non ha tenuto il denaro come somma mutuata, senza però riuscire a spiegare quale comportamento avrebbe potuto rivelare questo cambiamento di intenzione. Anche A. BURDESE, *Ancora sul contratto* cit., 465; ID., *Sul riconoscimento*, cit., 22; ID., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, 128 [= *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7-9 aprile 1987)*, I, Milano, 1988, 15 ss.], e L. ZHANG, *Contratti*, cit., 90, propendono per la mancata riscossione del prezzo. F. GALLO, in

ro agire *praescriptis verbis*. Il brano si chiude poi con la motivazione addotta per tale soluzione; ed è proprio la motivazione, espressa con le parole *quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus*, pur nella sua problematicità, a contenere una certa qual somiglianza con quella di D. 19.5.22.

Un primo problema, sebbene non centrale per l'aspetto che interessa il presente studio, riguarda la possibilità di attribuire l'uso del termine *contractus*, nel fr. 19 pr., a Labeone. Su questo punto la dottrina è divisa, nel senso che mentre alcuni lo attribuiscono a Labeone, altri ritengono preferibile ascriverlo ad Ulpiano. Personalmente riten-

*Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Digesti o Pandette dell'Imperatore Giustiniano. Testo e traduzione*, III, a cura di S. Schipani con la collaborazione di L. Lantella, Milano, 2007, 467, traduce il passaggio in questione: «Se non hai venduto, o, pur avendo venduto, non hai ricevuto il denaro del mutuo...». M.F. CURSI - R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR*, CV, 2011, 156 ss., interpretano ora, invece, il passaggio in questione nel senso «che il mutuo non si è realizzato per un fatto riconducibile a *Tu*, il quale non ha fatto venire ad esistenza la *pecunia* vendendo la *res*, oppure ha venduto la *res* ma non ha preso in prestito la *pecunia*» (p. 157; la posizione è ribadita a p. 158). È stato ipotizzato in passato che l'aggettivo *mutua* sarebbe una glossa (vd. gli autori citati da R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 135 nt. 171, e da L. ZHANG, *Contratti*, cit., 86 nt. 4); tuttavia ritengo che non sia necessario aderire a tale ipotesi per conservare alla frase il senso proposto. È sufficiente tradurre: «...ma non hai ricevuto il prezzo (che io ti avevo accordato) a mutuo». Cfr., su questo punto, M.F. CURSI - R. FIORI, *Le azioni*, cit., 157 nt. 52.