



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Oswaldo Sacchi

**«Eterogenesi dei fini nella regolazione
di un fenomeno giuridico»:
qualche riflessione su profili sostanziali e
procedurali dell'*agere praescriptis verbis*
nelle testimonianze dei giuristi romani**

Numero XIV Anno 2021

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

**«Eterogenesi dei fini nella regolazione
di un fenomeno giuridico»:
qualche riflessione su profili sostanziali e procedurali
dell'agere praescriptis verbis
nelle testimonianze dei giuristi romani**

1. La trama densa, ma suggestiva, di un libro recentemente pubblicato, mi spinge a riflettere su una serie di questioni in tema di *praescriptio* e di *agere praescriptis verbis* che, sebbene già discusse con ampiezza in dottrina, sono in questo studio trattate con rinnovata acribia e ulteriore approfondimento¹. I temi scelti, ancorché molto impegnativi, sono di indubbio fascino². La monografia si apre (devo confessare suscitando in me particolare emozione) con una *Premessa* di Vincenzo Giuffré (troppo prematuramente scomparso) dove, quasi come un avviso ai naviganti, il percorso argomentativo del giovane studioso è compiutamente esplicitato e calato in una prospettiva più ampia che sembra rivolgersi a chiunque, anche fuori dalla cerchia degli iniziati, si dovesse chiedere perché dedicarsi ancora, in quest'epoca di profondo rimestamento culturale, con tanto dispendio di energie, tempo e intelligenza, a un tema come l'emersione dei contratti innominati del diritto romano e la storia dei relativi strumenti processuali. Il professore lo sintetizza bene: «se mi fosse stato chiesto un consiglio, avrei suggerito come

¹ G. ZARRO, *I 'nova negotia'. Dalla mera 'nuda conventio' alla protezione giudiziaria*, Napoli, 2018, XVI-326.

² Il lavoro si articola in tre capitoli: 1) *L' 'agere praescriptis verbis' nelle fonti antiche e nella dottrina romanistica* (1-68); 2) *L'evoluzione della tutela contrattuale atipica nel pensiero dei giureconsulti romani* (69-213); 3) *La struttura dell' actio praescriptis verbis: 'actio in factum' o 'actio civilis'?* (215-314). A cui si aggiungono (oltre ai canonici indici) una breve *Presentazione* di Vincenzo Giuffré (IX-XII) e due pagine di *Introduzione* dello stesso autore della monografia (XIII-XIV).

sottotitolo della monografia 'l'eterogenesi dei fini nella regolazione di un fenomeno giuridico'³. Il che spiega il titolo scelto per queste brevi note.

Il sapido del *ius*, ossia di questa mirabile costruzione artificiale che raggiunge l'apice con i giuristi romani classici (*ars boni et aequi*), è nel suo continuo divenire, autoalimentato da una costante tensione dialettica tra forme consolidate e innovazioni del pensiero creativo che per acquistare effettività necessitano di essere trasposte in schemi processuali validati dalla prassi forense (fu così per i giuristi classici per tutta l'epoca del *ius controversum*) e comunque di essere ratificati dalla legge (fu questa l'ottica giustiniana). È l'inveterata questione del contrasto tra la realtà (o il vero) naturale dei fatti e la realtà (o il vero) artificiale dei concetti; tra il negozio giuridico (un 'fatto storico') e la dommatica (che tende a cristallizzare le forme giuridiche in un sistema chiuso); tutti elementi che rendono il *ius* preda ambita del Potere che, come insegna la Storia, preferisce la certezza del Diritto⁴.

Il libro in questione dimostra tuttavia di essere anche molto attuale perché consente di riscoprire la ragione storica dell'articolo 1453 cod. civ. che «costituisce per l'appunto uno sviluppo del regime antico dei *nova negotia*»⁵. Nei contratti a prestazioni corrispettive, come è noto, in caso d'inadempimento di uno dei due contraenti, l'altro può scegliere tra l'adempimento o la risoluzione del contratto. E tale alternativa, avverte Giuffrè, la «troviamo sancita forse in scritti di qualche giurista classico e sicuramente nella sistemazione giustiniana, fra i vecchissimi rimedi dell'*actio praescriptis verbis* e della *condictio*»⁶. Si avvalora così, mi permetterei

³ V. GIUFFRÈ, *Presentazione*, in G. ZARRO, *I 'nova negotia'. Dalla mera 'nuda conventio' alla protezione giudiziaria*, Napoli, 2018, XVI-326, spec. XII.

⁴ Cfr. Flor. 9 *inst.* D. 1.5.4 pr. dove *libertas* è fare ciò che si vuole tranne che non sia impedito dalla forza (*vis*) o dal diritto (*ius*). Sebbene il principio della 'certezza del diritto' sia posto sempre demagogicamente a tutela dei più deboli, in realtà, in alternativa alla Forza, esso nasconde il desiderio del Potere di mantenere il controllo sociale attraverso una gestione egemonica della funzione legislativa.

⁵ V. GIUFFRÈ, *Presentazione*, cit., XI.

⁶ V. GIUFFRÈ, *Presentazione*, cit., XI.

di aggiungere, l'antichissima considerazione della *condicio* come «*pactio certam legem in se continens*»⁷.

Il creditore, quindi, sussistendo particolari circostanze può rendere inefficace un negozio valido risolvendo così la tensione tra il Diritto (che deve sempre tenere presente il fatto concreto) e la Legge (che non può regolare i casi infiniti della vita senza supporto *a latere* della *raziocinatio* analogica). Come afferma Ulpiano in Ulp. 30 *ad Sab. D.* 19.5.4: *Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula*; ossia: «Deriva, infatti, dalla natura delle cose che vi siano più affari che parole (per indicarli)»⁸.

Più nascosto tra le pieghe della monografia (ma non meno attuale) è anche il problema altrettanto frequente nella pratica dell'uso anomalo delle figure contrattuali tipiche⁹.

⁷ Donat. *ad Ter. Andr.* 1.1.52. Come anche in Cic. *Top.* 21.82 e *de off.* 1.7.21 dove si legge che una certa categoria di terreni (*privatarum possessiones*) si acquisiva mediante *condicio*, ossia per trattato (*foedus*) con la *res publica*. Si v. Ter. *Andr.* 983a: CHR. *non nova istaec mihi condicio est, si voluissem, Pamphile*; fonte richiamata da J. MINELLI, 'M.T. Ciceronis de Officiis', Neapoli, 1825, 25.

⁸ La traduzione è di F. GALLO, 'Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae'. Testo e traduzione, III, a cura di S. Schipani, Milano, 2007, 460.

⁹ Rientrano in questo quadro figure come la vendita sottoposta alla condizione sospensiva dell'inadempimento del debitore; o, simmetricamente, la vendita sottoposta alla condizione risolutiva del suo adempimento; la vendita con patto di riscatto; con patto di retrovendita; la procura irrevocabile a vendere conferita dal debitore al creditore che in caso di inadempimento può vendere il bene trattenendo il ricavato per soddisfare il suo credito; il contratto di *sale and lease back* o locazione finanziaria di ritorno; il cd. patto marciano (su cui v. oltre in nt. 35). Per il diritto attuale si v. almeno Cass. civ., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1983, I, 212; Cass. SS. UU. 3 aprile 1989, n. 1611, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 615 ss.; Cass. SS.UU. 21 aprile 1989, n. 1907, in *Foro it.*, 1990, I, 205 ss.; Cass. 12 gennaio 2009, n. 437, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, I, 39; Cass. 10 marzo 2011, n. 5740, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 7-8, 1650; Cass. 6 luglio 2017, n. 16646, in *Corriere giur.*, 2017, 12, 1502; Cass. 11 settembre 2017, n. 21042, in *Rep. Foro. it.*, 2017, voce *Contratto in genere*, n. 177. Sull'inquadramento giuridico del cd. 'patto commissorio autonomo' di fronte alla *vexata quaestio* dell'opportunità di privilegiare il principio della libertà negoziale a detrimento di una tutela del contraente più debole si v. C.M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, Milano, 1957; F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli, 1997. Ma anche G. RISPOLI, *Ai confini del divieto di patto commissorio*,

Emblematico è il contratto di compravendita sottoposto a condizione sospensiva o risolutiva che, in qualche caso, può arrivare a trascendere la sua causa tipica diventando uno strumento per aggirare il divieto del patto commissorio o per costituire una figura di contratto autonomo di garanzia¹⁰. Come aveva ipotizzato Arnaldo Biscardi, in diritto romano la compravendita consensuale, in quanto fonte di *obligatio*

in *Giur. it.*, 2013, 10, 2023; V. VITTI, *Sale and Lease Back, patto commissorio e clausola mariana*, in *Giur. it.*, 2015, 11, 2341; D. GIGLIO, *Il divieto del patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione di garanzia, alla luce delle novità introdotte dal D.L. 3 maggio 2016, n. 59*, in *GIURETA*, 14, 2016, 171-249. Un'esigenza che nell'attualità si è accentuata di fronte all'evoluzione tecnologica e digitale, alla globalizzazione dei mercati e alla trasformazione sempre più veloce e fuori controllo delle società attuali dove la libertà dell'individuo sembra seriamente minacciata più da gruppi di potere economico in posizione dominante che non da forze politiche o legislative ideologicamente ostili. Cfr. O. SACCHI, '*Lex commissoria*' e divieto del patto commissorio in diritto romano e attuale. *Autonomia negoziale o tutela del contraente più debole?*, in *Ius Antiquum/Drevnee Pravo*, 1 (19), 2007, 101-126, ora in *D@S*, 6, 2007 = <http://www.dirittoestoria.it/iusantiquum/articles/Sacchi-Ius-Antiquum-19-2007.htm>.

¹⁰ Anche qui si fronteggiano due orientamenti riconducibili alle dispute tra sabiniani e proculiani. Per Masurio Sabino che viene citato da Paolo, la compravendita condizionata acquistava efficacia e diveniva pertanto pienamente esecutiva (cioè si perfezionava) solo di fronte al verificarsi dell'evento dedotto in condizione. Dice Papiniano in Ulp. 32 *ad ed. D.* 18.3.4.2: *statim atque commissa lex est* e del resto il *Vocabularium Iurisprudentiae Romanorum* presenta numerose testimonianze con riferimenti del tipo *stipulatio committitur*, *cautio committitur*, ovvero *poena committitur*. Il secondo orientamento, che è stato affacciato forse per la prima volta dal proculiano Nerazio Prisco, inquadra la compravendita di un fondo a cui viene apposta una clausola commissoria come *emptio pura*, pur se sottoposta a una clausola accessoria risolutiva. Cfr. Nerat. 5 *membr. D.* 18.3.5; e Ulp. 32 *ad ed. D.* 18.3.4.1: dove Ulpiano cita Nerazio. In questo caso il verificarsi dell'evento dedotto in condizione, cioè il mancato pagamento del prezzo di vendita, acquistava più direttamente carattere sanzionatorio perché la vendita si risolveva come se non fosse stata mai fatta. A giudicare dal frammento con cui i Compilatori hanno scelto di aprire il titolo 18.3 *De lege commissoria*, sembrerebbe che abbia prevalso alla fine la tesi dei proculiani. Infatti Ulpiano potrà affermare in Ulp. 28 *ad Sab. D.* 18.3.1: *Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvit emptio quam sub condicione contrahi videatur*. Cfr. B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano, 1972, 496; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 251 s.; e da ultimo O. SACCHI, '*Lex*', cit., 161 ss.

rei, poteva essere già impegnata anche in funzione di garanzia¹¹. Il tratto comune che univa il patto commissorio nella vendita, come nei due tipi di garanzie reali conosciuti come pegno e ipoteca, era stato del resto già individuato dal Burdese nell'idea della condizione sospensiva, cioè del *pactum adiectum*, che nella vendita inerisce, ora come allora, al profilo genetico delle obbligazioni reciproche delle parti¹². Questo problema come noto impegnò a lungo i giuristi classici che non senza iniziali oscillazioni¹³, ma in questo orientati anche dalle cancellerie imperiali¹⁴, finirono con l'applicare, basandosi sulla natura di buona fede del *iudicium empti* e del *iudicium venditi*, le discipline rispettive dell'*actio venditi* e dell'*actio empti* superando così il problema¹⁵.

In un frammento di Proculo inserito nel titolo del Digesto dedicato appunto alle azioni *praescriptis verbis* e *in factum*, si vede però come il problema di dare tutela processuale a una vendita di terreni subordinata

¹¹ A. SACCHI, *Sul patto commissorio in diritto romano*, in *AG*, 55, 1894, 189 ss.; A. BISCARDI, *La 'lex commissoria' nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milano, 1962, 575 ss.; ma anche W. FLUME, *Die Aufhebungsabreden beim Kauf: 'lex commissoria, in diem addictio' und sogenannte 'pactum displicentiae' und die Bedingung nach der Lehre der Römischen Klassiker*, in *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag*, hrsg. von D. Medicus und H.H. Seiler, München, 1976, 309 ss.

¹² A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*³, Torino, 1987, 386, 462.

¹³ Nerat. D. 18.3.5: *sed... Aristo exstimabat*; Paul. 2 *ad ed.* 18.5.6 su cui v. anche G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 161.

¹⁴ Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.3.4 pr.: *ut rescriptis imperatoris Antonimi et divi severi declaratur*; Ulp. 32 *ad ed.* 18.2.16: *imperator Severus rescripsit... et credo sensisse principem de empti venditi actione*; Vat. Fragm. 14: *placuit*.

¹⁵ Questa soluzione volta ad indagare caso per caso la volontà delle parti, stante il sospetto pressoché unanimemente condiviso in dottrina di gravi alterazioni di Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18.2.2 pr. (cfr. E. LEVY, E. RABEL, *'Index Interpolationum Digestorum I-XX pertinentens'*, Weimar, 1929, 319), è tuttavia da considerare se non un glossema, una posizione dell'epoca giustiniana. Propendere per l'una o l'altra posizione poteva essere però significativo per il regime disciplinatorio da applicare al caso di specie. Il compratore sotto condizione sospensiva, se entrava in possesso della cosa, non poteva avvalersi del *tempus ad usucapionem*, non percepiva i frutti, e non sopportava i rischi. Viceversa, il compratore sotto condizione risolutiva, cominciava ad usucapire *pro emptore*, faceva suoi i frutti, e in virtù della regola del *periculum rei venditae* era tenuto a pagare il prezzo se la cosa periva prima che egli stesso (se c'è *pactum displicentiae*) o il venditore (negli altri casi) recedessero dal contratto.

alla doppia condizione del mantenimento del vincolo coniugale per l'acquirente (*si ea nupta ei esse desisset*), più un'altra potestativa del venditore (*ut eos fundos si ipse vellet*), si risolve (con una soluzione a cui è data portata generale) con un'*actio in factum* equiparata dai giustinianeî a un'*actio praescriptis verbis*¹⁶.

Ma torniamo al libro di Zarro. La struttura su cui regge l'impianto della ricerca appare, come si diceva prima, già autorevolmente esplicitata dal professore Giuffrè. Anzitutto, come detto, un'indagine sulle radici storiche dei cd. contratti innominati perché «il regime giuridico delle obbligazioni da *conventio sine nomine* è ricostruibile con qualche approssimativa sicurezza solo in ordine al diritto giustiniano. Quel che si intravede dell'assetto classico, e in particolare del *ius vetus*, è troppo poco e troppo incerto, come già si è detto, per potersi operare una ricostruzione storica sufficientemente salda» (Antonio Guarino)¹⁷.

A questo scopo, quindi, il giovane studioso si focalizza sul periodo d'oro del diritto romano (l'epoca come detto del *ius controversum*¹⁸) quando i *prudentes*, secondo un processo sempre attuale, cercarono di adattare le *actiones* giudiziarie tipiche alle esigenze via via scaturenti dalla prassi negoziale¹⁹. Il che spiega il riferimento nel titolo del libro ai *nova negotia*, cioè ai negozi non disciplinati dal *ius civile*²⁰, per evidenziare come il pensiero innovativo/creativo della giurisprudenza romana del suo

¹⁶ Proc. 11 *epist.* D. 19.5.12: *Si vir uxori suae fundos vendidit et in venditione comprehensum est convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desisset, ut eos fundos si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro: in factum existimo iudicium esse reddendum idque et in aliis personis observandum.* (Se un marito ha venduto alla propria moglie dei fondi, convenendo fra loro nella vendita che, se la stessa avesse cessato di essere sua moglie, e se egli lo avesse voluto, gli reintestasse nei documenti scritti gli stessi fondi al medesimo prezzo, ritengo che debba essere data un'azione modellata sul fatto e che lo stesso si debba osservare anche per le altre persone <che si trovassero nelle medesime condizioni>: trad. it. F. GALLO, in *Iustinian?*, cit., 464). Su questo passo v. anche la rilettura di G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 158-160.

¹⁷ A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹¹, Napoli, 1997, 974; V. GIUFFRÈ, *Presentazione*, cit., IX.

¹⁸ V. GIUFFRÈ, *Presentazione*, cit., XI.

¹⁹ V. GIUFFRÈ, *Presentazione*, cit., X.

²⁰ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 169.

periodo migliore abbia inciso sulle forme giuridiche consolidate e come questo si sia trasposto negli schemi processuali²¹.

Sull'esatto inquadramento storico-giuridico delle convenzioni atipiche in effetti non pochi dubbi erano rimasti ancora non del tutto chiariti in dottrina. Posta l'esistenza, come rimedi generali, di una *condictio* civilistica²², ovvero dell'*actio doli* pretoria²³, a un certo punto, per superare la rigorosa tipicità contrattuale, il pretore cominciò a riconoscere in via decretale, e non edittale, nuove figure contrattuali. Si trattò, come è noto, di convenzioni per lo più bilaterali che, pur avvicinandosi a un contratto consensuale o reale, non potevano rientrare in alcuna delle figure conosciute di contratto. Furono questi, come si legge nei manuali, i cd. contratti innominati del diritto classico a cui il diritto giustiniano aggiunse ulteriori figure²⁴.

Sull'affermazione in diritto romano di tali figure il Burdese segnalava però le notevoli incertezze che permanevano sulla natura e la denominazione del mezzo concesso dal pretore a tutela di tali convenzioni²⁵; e anche sul se «le azioni a tutela dei contratti cd. innominati potessero già essere chiamate dai classici oltreché *in factum*, anche *'praescriptis verbis'*, con riferimento atecnico alla formulazione

²¹ V. GIUFFRÈ, *Presentazione*, cit., XI.

²² Un'azione cioè, come scrive A. BURDESE, *Manuale*³, cit., 482: «fondata sull'avvenuta *datio* traslativa di proprietà, che risulti priva di causa, e con la quale si chiede la mera restituzione di quanto si è dato: esperibile pertanto in ipotesi di convenzione diretta allo scambio di due prestazioni, quando l'una, consistente in una *datio*, sia stata effettuata e la controparte risulti inadempiente». Precisa A. GUARINO, *Diritto*¹¹, cit., 974-975, che rispetto alla *condictio* sorgeva la difficoltà che questa veniva riconosciuta ai soli casi di dazione di *pecunia* (*actio certae creditae pecuniae*); ovvero di *res* fungibili (*condictio certae rei*). Per la restituzione delle *res* infungibili o del loro controvalore forse i classici concessero in via analogica una *condictio irregularis*, in seguito chiamata dai giustinianeici *condictio causa data causa non secuta* o *condictio ob causa datorum*.

²³ Si tratta di un'azione penale fondata sul dolo della controparte che è sussidiaria perchè «presuppone l'inesistenza di un obbligo alla controprestazione sanzionato da azione contrattuale». Così A. BURDESE, *Manuale*³, cit., 482.

²⁴ Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5 pr.

²⁵ A. BURDESE, *Manuale*³, cit., 483.

specificata dalla *demonstratio* della relativa formula, e contenere eventualmente nell'*intentio* pure un richiamo alla *bona fides*»²⁶.

Scomparso il dualismo tra ordinamento civile e pretorio, il diritto giustiniano riconobbe infatti, come mezzo generale di tutela per tali contratti, un'azione per inadempimento considerata di buona fede²⁷, che risulta come è noto denominata in modo vario: per lo più *actio praescriptis verbis*²⁸; anche però *actio incerti* o *civilis incerti*²⁹ o *civilis in factum*³⁰.

Non solo, in concorrenza con questa, nelle ipotesi di *do ut des* e *do ut facias*, appare concessa anche una *condictio* per ottenere la restituzione della cosa³¹, data anche come *conditio ex poenitentia* fuori dalle ipotesi di inadempimento della controparte³². Il tutto ammettendo, sussistendone i presupposti, la conservazione del rimedio dell'*actio doli* nonostante il riconoscimento di un generale obbligo alla controprestazione sanzionato dall'*actio praescriptis verbis*³³, un'azione «con descrizione preliminare della fattispecie»³⁴.

Molti elementi quindi indicano che la storia dell'affermazione di queste figure contrattuali (tra gli altri la permuta, l'*aestimatum* e la transazione) e dei relativi rimedi processuali, sia stata molto più articolata di quanto non appaia dal magmatico livellamento giustiniano³⁵.

²⁶ A. BURDESE, *Manuale*³, cit., 483.

²⁷ I. 4.6.28; Ulp. 32 *ad ed. D.* 19.3.1 pr.; Ulp. 71 *ad ed.* 43.26.2.2.

²⁸ Iul. 14 *dig. D.* 19.5.3.

²⁹ Ulp. 4 *ad ed. D.* 2.14.7.2. L'*actio civilis incerti* era un'azione con importo non quantificato a priori, ma da determinarsi in sede di sentenza, ossia al *quidquid dare facere oportet*. Così A. GUARINO, *Diritto*¹¹, cit., 976.

³⁰ Pap. 8 *quaest. D.* 19.5.1.1.

³¹ Paul. 5 *quaest. D.* 19.5.5.2.

³² Ulp. 26 *ad ed. D.* 12.4.3.2.

³³ Paul. 5 *quaest. D.* 19.5.5.2-3. A. BURDESE, *Manuale*³, cit., 483.

³⁴ A. GUARINO, *Diritto*¹¹, cit., 976.

³⁵ Degno di rilievo in questo quadro è il recente riconoscimento nel nostro ordinamento della validità del cd. 'patto marciano' per cui si considera valido il trasferimento del bene dal debitore al creditore, salvo l'obbligo del creditore di ritornare al *debitor* e l'ecceденza di valore del bene dato in garanzia. Si tratta di una clausola volta a ristabilire l'equilibrio del sinallagma contrattuale tra le prestazioni delle parti. Cfr. per questo gli artt. 48 bis del d.l. 3 maggio 2016, n. 59 e 120 quinquiesdecies del d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72, del T.U. in materia bancaria e creditizia. E anche Cass. 26 febbraio

Ecco quindi l'oggetto d'interesse della monografia di Gianluca Zarro, di cui adesso vorrei discutere brevemente qualche tratto saliente.

2. Si diceva del modo di procedere del diritto tra posizioni consolidate e le innovazioni dettate dalla pratica degli operatori giuridici. Tutto ciò ovviamente non è terra incognita per gli addetti ai lavori, ma tra le righe del percorso ricostruttivo di Zarro non sorprende ritrovare, dopo un ulteriore accuratissimo riscontro esegetico di testi giustinianeî già molto indagati (ma sarebbe difficile trovare ormai testi che non lo siano), un (anomalista) Labeone a cui si ascrive l'*inventio* dell'*agere praescriptis verbis*, una procedura inquadabile nell'ambito dei *iudicia bonae fidei* per sottrarre la tutela delle fattispecie contrattuali atipiche alla discrezionalità decretale del pretore (esercitata con la concessione di un'*actio in factum*)³⁶.

Vediamo quindi resistere le 'eleganti' escogitazioni di Labeone a un'ulteriore verifica di autenticità³⁷, constatandosi anche il sopravvivere

2018, n. 4514. Cfr. Marc. *l. sing. ad form. hyp.* D. 20.1.16.9: *Potest ita fieri pignoris datio hypothecae, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. Et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt.* (La dazione del pegno o dell'ipoteca può essere fatta in modo che, se entro un certo tempo non sia pagato il denaro <dovuto, il creditore pignoratizio> abbia il possesso della cosa, da stimarsi allora al giusto prezzo, in base al diritto del compratore: in questo caso, infatti, si considera esservi come una vendita condizionata. E così hanno stabilito con rescritto i divi <Alessandro>Severo ed Antonino <Caracalla>: trad. it. S. TAFARO, in '*Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, IV, a cura di S. Schipani, Milano, 2011, 14). Come si vede, questa forma negoziale atipica di costituzione di garanzia, menzionata dal giurista Marciano in una monografia dedicata alle formule ipotecarie, fu configurata da un rescritto degli imperatori Alessandro Severo e Antonino Caracalla come una specie di vendita condizionata.

³⁶ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 310.

³⁷ Così valutati Ulp. 11 *ad ed.* D. 18.1.50; Lab. 5 *post. a Iav. epit.* 18.1.80; Iav. 5 *ex post. Lab.* 18.1.79 per cui v. G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 307 e nt. 181. Sul significato di *elegantia* come riconoscimento di una soluzione giuridica innovativa accettata dalla comunità dei giuristi si v. G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 87 e nt. 31; ma ora anche O. SACCHI, *La 'Grande Bellezza' del diritto romano: l' 'ars boni et aequi' di Ulpiano e la prospettiva estetica del diritto*, in '*Ars boni et aequi. Il diritto fra scienza, arte, equità e tecnica.* 9. L'Era di

di queste nei richiami di Papiniano e Ulpiano alle soluzioni proposte dal geniale giurista dell'età augustea³⁸. Di contro, sempre senza sorpresa, si scopre un (analogista) Salvio Giuliano (che «non riconobbe mai l'*agere praescriptis verbis*»³⁹) su cui però avrebbero 'lavorato' i compilatori giustinianeî accostando l'*actio in factum* decretale pretoria all'*actio praescriptis verbis* secondo un indirizzo operativo presente «nella rubrica del titolo cinque del libro introduttivo dell'*actio praescriptis verbis*»⁴⁰.

E non è tutto, perché secondo l'autore, sarebbero da considerare spurii anche «tutti i documenti che accostano al nome del giureconsulto adrianeo l'azione previa descrizione della fattispecie»⁴¹. Messa in questi termini, verrebbe da chiedersi allora quale fosse sul punto la posizione 'vera' di Giuliano, insomma il 'linguaggio autentico del mondo scomparso' evocato da Mario Bretone in un brano che lo stesso autore ricorda nell'*Introduzione*⁴².

La risposta di Zarro non si fa attendere e si rileva da quanto lo stesso studioso argomenta sulla nota tesi di Filippo Gallo per cui Giuliano avrebbe ammesso nel campo contrattuale, a margine delle figure tipiche, contratti privi di denominazione civilistica, individuando queste figure atipiche per similitudine con i contratti consensuali esistenti⁴³. Per sostenere la sua ipotesi l'autore deve però impegnarsi in un confronto non agevole con la dottrina prevalente.

Come è noto, secondo il Maestro torinese, questo *modus procedendi* incentrato sull'*ad similia procedere* sarebbe stato esteso da Giuliano anche alla tutela processuale con l'impiego in via utile dello strumento dei

Antigone. Quaderni del Dipartimento di Scienze Politiche 'Jean Monnet' dell'Università della Campania 'Luigi Vanvitelli', Milano, 2016, 65-94, spec. 70-74.

³⁸ Ulp. 32 *ad ed. D.* 19.5.20 pr.; Ulp. 32 *ad ed.* 19.5.20.1 su cui G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 307 e nt. 182.

³⁹ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 310.

⁴⁰ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 310.

⁴¹ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 310.

⁴² G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., XIV.

⁴³ F. GALLO, '*Synallagma*' e '*conventio*' nel contratto. *Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, 2, Torino, 1995, 191, nt. 27. G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 78, nt. 14.

praescripta verba anche alle tutele edittali. Una sorta quindi di precedente antico dell'odierna *analogia legis*. Qualora non fosse stato possibile procedere per questa via, sempre Giuliano avrebbe fatto ricorso all'*analogia iuris*, servendosi così dell'*actio in factum* modellata sulle *formulae in factum conceptae* di Gaio⁴⁴.

A questo l'autore eccepisce, con garbo e sensibilità, argomenti molto ponderati: «La complessità di questa tesi, che per molti versi costituisce il coronamento degli studi dello studioso torinese, non solo sul contratto, ma anche sull'analogia, spostandosi poi sulla struttura dell'*actio praescriptis verbis*, nonché sulla funzione della *praescriptio* – nella sua concezione non più solo limitativa – non può certo trovare adeguata disamina all'interno di una nota critica, tuttavia, per adesso rileviamo la difficoltà che ci suggerisce la possibilità che la *praescriptio* operasse come azione utile, del tipo *ad exemplum*, cosa di cui non è rivenibile testimonianza nelle Istituzioni di Gaio e tantomeno in quelle di Giustiniano; ancora, dall'analisi da noi condotta nel testo abbiamo ritenuto di dover escludere che Giuliano abbia mai proposto il ricorso all'*actio praescriptis verbis*, egli coerentemente all'insegnamento sabiniano aveva sempre concesso l'*actio in factum*; anzi come si ricava da D. 19.5.24, aveva persino escluso l'impiego alternativo della *condicio*»⁴⁵.

Non entro nel merito di una questione che meriterebbe senz'altro maggiore approfondimento, mi limito solo a osservare come, in questo caso, ipertecnicismo e visione d'insieme si completino almeno in una ricostruzione coerente: «Quanto all'aspetto sostanziale i sabiniani procedevano ad un tentativo di accorpamento delle fattispecie tipiche, tramite la similitudine o l'analogia, ma ove questo tentativo non fosse riuscito si limitavano ancora nel secondo secolo d.C. a concedere una tutela decretale, in quanto strenui difensori della tipicità. Di questo fu corifeo Salvio Giuliano»⁴⁶. Con asciutta consequenzialità e quasi di

⁴⁴ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 78, nt. 14.

⁴⁵ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 79, nt. 14.

⁴⁶ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 79, nt. 14. Su questi temi si rinvia a O. SACCHI, *L'ars hermeneumatica dei giuristi romani tra propensione analogista e anomalista nel diritto*, in *Scritti per A. Corbino*, VI, a cura di I. Piro, Tricase, 2016, 381-426, spec. 417-426 e *passim*. Il grande Heymann Steinthal rilevava che *nel processo del divenire della grammatica gli analogisti diedero*

passaggio, l'autore fornisce così un argomento ulteriore ai sostenitori dell'importanza delle dispute tra sabiniani e proculiani per lo sviluppo del diritto romano classico. Anche questo un tema che non sembra aver trovato ancora una soluzione definitiva⁴⁷.

3. Torniamo allora ai temi portanti del libro. Allo stato attuale delle nostre ricerche, nonostante qualche perplessità iniziale, l'origine dell'*agere praescriptis verbis* si ritiene risalente (come conferma anche Zarro) a Labeone, che avrebbe da par suo concettualizzato il lemma *contractus* comprensivo di una serie chiusa di fattispecie, tutte accomunate dal carattere dell'*ultra citroque obligari* delineato dal giurista in Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19⁴⁸. Esso si rintraccia anche in altri frammenti, ma, in ogni caso, riferibile alle sole convenzioni (non ancora consensuali) meramente obbligatorie⁴⁹. Meno esplorata appare invece, come è noto, l'enigmatica

la base, gli anomalisti l'acido; due elementi che suscitano il fermento. Cito da M. D'ORTA, *Per una storia della cultura dei giuristi repubblicani*, Torino, 2008, 72, nt. 154 che rimanda a H. STEINTHAL, *Geschichte der Sprachwissenschaft bei den Griechen und Römern: mit besonderer Rücksicht auf die Logik*², Berlin, 1889-1890/91. Lo studioso tedesco giunse a tale conclusione avendo letto Quintiliano che per un corretto inquadramento della questione analogisti/anomalisti in campo grammaticale mi pare decisivo: Quint. *inst. or.* 1.6.16: *Non enim, cum primum fingerentur homines, Analogia demissa caelo formam loquendi dedit, sed inventa est postquam loquebantur, et notatum in sermone quid quoque modo caderet. Itaque non ratione nititur sed exemplo, nec lex est loquendi sed observatio, ut ipsam analogiam nulla res alia fecerit quam consuetudo.* In O. SACCHI, *L' 'ars'*, cit., 319 e *passim* si argomenta l'ipotesi che un processo analogo può aver riguardato lo sviluppo della scienza giuridica romana dell'epoca delle dispute tra sabiniani e proculiani.

⁴⁷ Per un'aggiornata rivisitazione del tema cfr. ancora O. SACCHI, *L' 'ars'*, 411-416 e *passim*.

⁴⁸ È difficile dire quando cominciò il dibattito moderno sull'*ultra citroque obligari* certamente se ne occupa A. CORVINI, *Ad titulum Digestorum De Verborum significatione commentarius*, Amstelodami, 1667, 42-44, spec. 43, dove si legge in sede di commento al frammento in questione: «*Ultra citroque c] Proprie puta; Alias improprie contractus est., in quo unus tantum obligatur; ut in mutuo, l. 2 ff. de reb cred. stipulatione, l. I. §. 4 ff. de verb. oblig. l. I. §. fin. ff. de pact. donatione, l. 7. C. de his qua vi met. caus. Improprie magis distractus, ut transactio, d. l. 7. solutio, liberatio. l. omnem. 20 ff. de iudic.*».

⁴⁹ Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19: *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur': et actum quidem generale verbum esse, sive verbe sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultra citroque obligationem, quod*

actio civilis in factum, descritta in Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1.1 (dove ritorna il nome di Labeone)⁵⁰; in Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1.2⁵¹ e nella complessa trama di Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2⁵².

Graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam. Per cui v. G. ZARRO, I 'nova negotia', cit., 170 ss.

⁵⁰ Pap. 8 D. 19.5.1.1: *Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit.* (Labeone scrive che, qualora sia incerto se il proprietario delle merci abbia preso in conduzione la nave o abbia locato le stesse per il trasporto, bisogna dargli un'azione civile modellata sul fatto: trad. it. F. GALLO, in 'Iustiniani?', cit., 460).

⁵¹ Pap. D. 19.5.1.2: *Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum neque commodatum erit, sed non exhibita fide in factum civilis subicitur actio.* (Parimenti, se taluno consegna una cosa affinché ne venga accertato il prezzo, non vi sarà né deposito né comodato, ma, non venendo rispettata la buona fede, si provvede con un'azione civile modellata sul fatto: trad. it. F. GALLO, in 'Iustiniani?', cit., 460).

⁵² Paul. D. 19.5.5.2: *At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condicio. Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest vel praescriptis verbis agi: quod his quae diximus convenit. Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumissisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem.* (Ma, quando io do affinché tu faccia, se il fatto sia tale che rientra in ciò che suole essere locato, come, ad esempio, affinché tu deponga un quadro, una volta dato il denaro, si avrà una locazione, come nel caso precedente <vi è stata> una compera; se <invece> do una cosa, non ci sarà locazione, ma nascerà o un'azione civile per quanto corrisponde al mio interesse o, per ripetere, un'azione per intimazione, Se, poi, il fatto è tale che non possa essere oggetto di locazione, ad esempio, che tu manometta un servo, sia che sia stato apposto un determinato termine entro cui compiere la manomissione, e, pur rimanendo il servo in vita e potendo essere manomesso, il termine sia trascorso, sia che esso non sia stato fissato, ma sia trascorso un tempo tale per cui avrebbe potuto e dovuto essere manomesso, si può agire <in ripetizione> per intimazione o intentare un'azione con previa descrizione del rapporto. Il che è adeguato a quanto abbiamo detto. Ma se ti ho dato un servo affinché tu manomettessi un tuo servo e tu l'hai manomesso e quello che ti diedi è stato evitto, Giuliano scrive che, se io l'ho dato essendo a conoscenza della situazione, bisogna dare contro di me l'azione di dolo, mentre se la ignoravo, un'azione civile modellata sul fatto: trad. it. F. GALLO, 'Iustiniani?', cit., 461).

In proposito, l'autore riesamina la ben nota tesi del Santoro⁵³, secondo cui tali passi avrebbero fatto riferimento a una sorta di *tertium genus* tra le *actiones* con *formulae in ius* e *in factum*, dando così vita a un'*actio con intentio in ius*, ma con possibilità di chiedere una *praescriptio* di fatto (*praescriptione de facto quaeritur*); così che l'azione sarebbe stata accordata al caso particolare là dove ritenuto necessario⁵⁴. Su tutta la materia, però, con la sola eccezione della sfuggente *actio civilis in factum*, domina come noto la figura di Ulpiano.

Sul punto, nonostante dottrina autorevole abbia descritto il giurista di Tiro come un neutro contenitore di dati e di riscontri a uso soprattutto dei compilatori giustiniane⁵⁵, il giovane studioso si spinge anche oltre, ipotizzando che lo stesso Ulpiano abbia favorito la definita applicazione nella prassi dell'*actio praescriptis verbis*, con la struttura di azione civile di stretto diritto, ai casi di *dedi ut des*, *dedi ut facias* con all'interno la coppia integrata *demonstratio–praescriptio*⁵⁶. Un'altra sfida quindi al *mainstream* romanistico perché, questo aggregato di elementi, sarebbe denotativo per l'autore addirittura di un *Systemgedanke* ulpiano, risultante da una classificazione dei frammenti di tale giurista «che non tenga conto della diversa denominazione utilizzata dalle azioni processuali (...), ma prenda in considerazione (...), la collocazione nei libri del Digesto del pensiero di Ulpiano»⁵⁷.

E non sarebbe tutto, perché, applicando lo stesso criterio ermeneutico a Papiniano, i paragrafi introduttivi del primo frammento del titolo V del libro XIX (Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1pr.–2), rubricato appunto *De praescriptis verbis et in factum actionibus*, potrebbero anche intendersi come indizi della convinzione di tale giurista di sottolineare

⁵³ Cfr. R. SANTORO, '*Actio civilis in factum*', '*actio praescriptis verbis*' e '*praescriptio*', in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, 683 ss.; ID., *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA*, 37, 1983, 70 ss. Per un dettaglio completo dei riferimenti bibliografici si v. però G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 8, nt. 16.

⁵⁴ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 67–68.

⁵⁵ Cfr. per questo sempre G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 68 e nt. 148.

⁵⁶ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 68, 88, 205 ss.

⁵⁷ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 199.

un carattere ‘rimediale’ o residuale dell’*actio in factum*⁵⁸. In effetti, a rileggere il frammento di apertura, sembrerebbe difficile negarlo: Pap. D. 19.5.1 pr.: *Nonnumquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur. Sed ne res exemplis egeat, paucis agam*⁵⁹.

Tale orientamento sarebbe stato in seguito ripreso dai giustinianeî che avrebbero comparato tale azione con il carattere di azione alternativa (e non piú sussidiaria) dell’*actio praescriptis verbis* nella sua versione definitiva, cioé connotata dalla compresenza di *demonstratio* e *praescriptio*, per sottolineare una funzione limitativa della pretesa. Ció sarebbe stato connesso con la regola dell’esperibilitá alternativa della *condictio*; e dunque predisposto per non incorrere nell’effetto preclusivo della *litis contestatio*⁶⁰. Cosí Zarro conferma l’idea (per la veritá non nuova), ma che resta ragionevole, per cui sarebbero stati solo i giustinianeî a identificare l’*actio praescriptis verbis* con l’*actio in factum*⁶¹.

Diversamente, nel periodo in cui visse e operò Labeone, gli strumenti dell’*actio in factum* e dell’*agere praescriptis verbis* sarebbero stati usati in modo distinto. L’*intentio* dell’*agere in factum* si sarebbe connotato come un dovere giuridico non qualificato *ex fide bona*; mentre l’*intentio* dell’*agere praescriptis verbis* avrebbe invece conservato il richiamo al potere discrezionale pretorio. La testimonianza riconnessa a Labeone, nonch  l’uso estremamente cauto di questo giurista dell’*agere praescriptis verbis*, denoterebbero pertanto uno spostamento del potere decisionale del pretore che sarebbe cos  passato, dalla concessione di una tutela fattuale, a una discrezionalità esercitabile nel quadro di una considerazione

⁵⁸ G. ZARRO, *I ‘nova negotia’*, cit., 100-114, spec. 114 e nt. 86 dove le posizioni di Burdese e Cannata sull’*actio civilis in factum*.

⁵⁹ (Talvolta accade che, mancando le formule proposte (nell’editto) e le azioni ordinarie, dal momento che non possiamo trovare un’azione con una propria denominazione (tipica), facilmente ricorriamo a quelle che si chiamano modellate sul fatto: trad. it. F. GALLO, in *‘Iustinian?’*, cit., 459-460) Su cui G. Zarro, *I ‘nova negotia’*, cit., 3, nt. 4; 13, nt. 26; 35; 100; 115, nt. 86; 143; 193; 228.

⁶⁰ G. ZARRO, *I ‘nova negotia’*, cit., 68, 88, 205 ss.

⁶¹ G. ZARRO, *I ‘nova negotia’*, cit., 300 e ss.

dell'attività del pretore come fonte di produzione antagonista dell'antico *ius civile*.

Parallelamente, un ruolo rilevante sarebbe stato offerto anche dall'affermazione nella prassi giuridica delle formule con *demonstratio* a tutela dei primi 'negozi' consensuali; quegli stessi per i quali Labeone impiegò la denominazione di *contractus/um*. Tali formule però, con la propria caratteristica costruzione 'assertiva-iussiva' (denotata dall'uso di un *quod* introduttivo) «non avrebbero potuto fondare un modello di azione così duttile da adattarsi alle soluzioni processuali sconosciute all'editto»⁶². A fronte di questo, l'autore ipotizza che l'*agere praescriptis verbis* (di cui se ne congettura la risalenza in virtù della ben nota testimonianza di *TPSulp.* 31 molto ben indagata⁶³) sarebbe rimasto per tutta l'età preclassica e fino ad Alessandro Severo, cioè a Ulpiano, solo uno strumento rimesso all'autonomia dei privati «per salvaguardare la facoltà di agire in giudizio in futuro»⁶⁴. Restando per questi sempre aperta la possibilità di esperire la *condictio* ovvero un'azione tipizzata (*actio ex empto vendito, locato conducto e pro socio*) attraverso formule munite di *demonstratio*⁶⁵. Sarebbe stato questo quindi per Zarro il senso dell'alternatività introdotta dalla *praescriptio*: evitare l'effetto preclusivo della *litis contestatio* per l'esercizio di ogni azione futura⁶⁶.

4. Nel terzo capitolo, per sostenere la sua ricostruzione sui modi dell'erosione della tipicità negoziale nel sistema processuale romano repubblicano e quindi per risolvere il problema decisivo del se l'*actio praescriptis verbis* fosse un'*actio in factum* oppure un'*actio civilis*, l'autore non

⁶² G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 301.

⁶³ Il riferimento è al fortunato ritrovamento di una tavoletta cerata nella località di Murécine in cui si legge il testo di una formula precededuta da *praescriptio* a riprova della risalenza e dunque della classicità dello strumento giuridico. Cfr. R. SANTORO, '*Actio*', cit., 701 ss. e ora G. CAMODECA, '*Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp.)*'. Edizione critica dall'archivio Puteolano dei Sulpicii, Roma, 1999, 97 ss. Su tutto G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 9, nt. 17.

⁶⁴ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 307.

⁶⁵ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 301.

⁶⁶ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 290-300.

manca poi di soffermarsi, come detto, su alcune ben note puntualizzazioni della dottrina (*precipue* Santoro, Cannata, Pellecchi, Varvaro) sulla *praescriptio* e quindi sull'*actio civilis in factum*⁶⁷. Come è noto sembra prevalere in dottrina l'idea che l'*actio civilis in factum* sia identificabile con l'*actio praescriptis verbis*, ma il giovane ricercatore, non ritiene che questa identificazione possa coincidere anche con l'*agere praescriptis verbis* nella sua formulazione più risalente, cioè quella labeoniana. Nel libro si dubita infatti che siffatta coincidenza (*actio civilis in factum* = *agere praescriptis verbis*) sia riconducibile (per l'attribuzione a questi dell'enigmatica *actio civilis in factum*) al giureconsulto sannita.

Per sostenere tale identificazione, argomenta Zarro, si dovrebbe dimostrare infatti che i paragrafi 1 e 2 di Pap. D. 19.5.1 possano, anche solo parzialmente, risalire alla mano di Labeone. Ciò perché solo se Labeone avesse parlato di *actio civilis in factum*, questa potrebbe coincidere con l'*agere praescriptis verbis*; mentre, ove il sintagma *civilis in factum* fosse papiniano, non si vedrebbe per quale ragione questo giurista avrebbe dovuto recuperare l'azione nella sua forma più antica.

Analizzando più a fondo la questione, l'autore prende allora le mosse da un elemento a cui la dottrina non avrebbe riconosciuto la portata sistematica che invece a suo dire meriterebbe.

Tranne qualche eccezione, a giudizio della prevalente dottrina, l'impiego del sintagma *actio civilis in factum* in Paul. D. 19.5.5.2 sarebbe da ritenere infatti interpolato, giacché inconciliabile con quanto professato *aliunde* da Giuliano sull'impiego dell'*actio in factum*. Secondo l'autore lo stesso ragionamento dovrebbe però essere esteso anche agli altri due passi che offrono testimonianza del sintagma dove, tale riferimento, potrebbe invece essere indice di un'interpolazione di matrice compilatoria o giustiniana.

A sostegno di questa ragionevole possibilità, l'autore adduce un ulteriore elemento (anche questo non ignoto alla dottrina): nei due passi citati – Pap. D. 19.5.1.1 e 2 – si assiste a un'inversione delle espressioni *in factum* e *civilis* nell'ordine in cui sono aggregati al sostantivo *actio* (anche questo con qualche riserva riconducibile a Labeone): nel primo

⁶⁷ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 301.

frammento, riferito a Labeone, si legge *civilem actionem in factum*; nel secondo, attribuito a Papiniano, si legge *in factum civilis subicitur actio*. Secondo Zarro, questa sarebbe un'argomentazione ingiustamente trascurata, perché l'unità e l'univocità dei segni testuali, dovrebbero essere ritenuti indizi di genuinità. Ancora, l'*item* introduttivo sarebbe, in confronto, troppo labile indizio per sostenere «che circoli ancora il pensiero di Labeone»⁶⁸.

A fronte di dubbi sintattici già espressi in precedenza, l'autore ipotizza quindi un'identità del mezzo processuale prescelto (l'*actio civilis in factum*), ma non del suo proponente (Labeone)⁶⁹. Resta da domandarsi però quale fosse il mezzo processuale richiamato e perché i commentatori successivi o giustinianeî l'avrebbero interpolato. E ancora, perché ricorra il nome di Labeone richiamato da Papiniano nel frammento rubricato al numero uno⁷⁰.

La risposta è che Papiniano potrebbe aver suggerito l'impiego dell'azione *in factum* «nella consapevolezza che essa si identificava ormai con l'*actio praescriptis verbis*»⁷¹. E, di conseguenza, avrebbe richiamato Labeone che di quell'*actio* sarebbe stato l'artefice.

In un momento successivo sarebbe poi intervenuta una qualche manipolazione di matrice compilatoria (si badi, non giustiniana) che avrebbe aggiunto ai passi in commento il lemma *civilis* per sottolineare come l'antica escogitazione (l'*actio in factum*) fosse divenuta ormai parte dell'ordinamento vigente. Si arriva così a una delle tesi centrali del libro e forse al contributo di maggiore originalità offerto dall'autore sotto il profilo dell'analisi testuale.

Sarebbe stato infatti immune da questo intervento manipolativo il paragrafo di apertura (Pap. D. 19.5.1 pr.) in cui Papiniano enuncia la regola della sussidiarietà dell'*actio in factum* a cui avrebbe fatto da *pendant* l'analogo contenuto espresso, nella specularità voluta dai commissari

⁶⁸ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 100 ss.

⁶⁹ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 302.

⁷⁰ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 303.

⁷¹ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 303.

giustinianeî, dal richiamo celsino di Cels. 8 *digest.* D. 19.5.2⁷². La stessa mano – forse, con discutibile opportunità – avrebbe poi secondo Zarro ritoccato il solo frammento D. 19.5.5.2 della seriazione paolina in cui viene menzionata l'*actio praescriptis verbis*. Tale intervento avrebbe dato luogo quindi, nelle prime righe di Paul. D. 19.5.5.2, all'inserzione di quella *civilis actio* che costituirebbe l'oggetto del rimaneggiamento e originato così l'enigma interpretativo⁷³.

5. Quanto alla struttura dell'azione in parola, sul presupposto della mancanza di fonti documentali che attestino con certezza una funzione determinativa della *praescriptio*, l'autore ribadisce la funzione limitativa di tale componente (riferibile cioè ai soli casi di incerta qualificazione eventualmente nati dalla pratica negoziale⁷⁴) anche con riguardo ad azioni astratte come la *condictio*, nonché alla particolare modalità di atteggiarsi della *praescriptio* nella tutela dei contratti innominati⁷⁵. Nella sua conformazione delle origini, l'*agere praescriptis verbis* è sembrata infatti potersi qualificare come un'azione di buona fede, nonostante i *iudicia bonae fidei* non risultino all'autore ascrivibili al novero delle *actiones civiles*, avendo assunto alle origini la fisionomia dell'azione pretoria⁷⁶.

L'assenza del richiamo all'*agere praescriptis verbis* negli elenchi ciceroniani dei *iudicia bonae fidei* si trova confermato come è noto in Gai 4.62, che però menziona le *actiones ex emptio venditio, locatio conductio* e *pro socio*⁷⁷. Questo è sembrato all'autore un punto nodale: le azioni a tutela del *contractus* labeoniano sono ricomprese negli elenchi; non così invece

⁷² Cels. D. 19.5.2: (*nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est*) [(infatti, quando mancano le azioni con una propria denominazione ordinaria e consueta, si deve agire inserendo nella formulazione dell'azione una clausola con la previa descrizione del rapporto): trad. it. F. GALLO, in '*Iustiniani?*', cit., 460]. Cfr. G. ZARRO, I '*nova negotia*', cit., 303.

⁷³ Cfr. ancora G. ZARRO, I '*nova negotia*', cit., 303.

⁷⁴ G. ZARRO, I '*nova negotia*', cit., 311 e *passim*.

⁷⁵ G. ZARRO, I '*nova negotia*', cit., 310 ss.

⁷⁶ G. ZARRO, I '*nova negotia*', cit., 313.

⁷⁷ G. ZARRO, I '*nova negotia*', cit., 167 e *passim*.

l'azione con previa descrizione della fattispecie⁷⁸. Ciò sarebbe dipeso dal ristretto ambito di applicazione (la cd. sussidiarietà) di tale rimedio giurisprudenziale, perché limitato ai soli casi di incertezza nella scelta della qualificazione della fattispecie. Si sarebbe anteposto infatti al *iudicium bonae fidei* l'elemento accidentale della *praescriptio* per impedire la consunzione dell'azione per effetto della *litis contestatio* e questo, ad avviso di Zarro, spiegherebbe, come detto, l'assenza di tale fattispecie dagli elenchi ciceroniani e di Gaio⁷⁹.

Questa diversità di struttura escluderebbe, a giudizio dell'autore, ogni possibilità di assimilazione tra le due forme di azioni: l'*agere* e la più matura *actio praescriptis verbis*. Anche se lo stesso non esclude che la prima forma procedimentale (l'*agere praescriptis verbis*) abbia anticipato il carattere di alternatività che sarebbe diventato proprio dell'altra (l'*actio praescriptis verbis*), nonché l'ambito di applicazione più ristretto della seconda, indirizzato alle sole fattispecie *dedi ut des*, *dedi ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*⁸⁰.

Il giurista Aristone, *medio tempore*, avrebbe poi ripreso, nel II secolo d.C., la costruzione ideata da Labeone sullo schema del sinallagma, ma

⁷⁸ G. ZARRO, I 'nova negotia', cit., 307.

⁷⁹ G. ZARRO, I 'nova negotia', cit., 307. Per gli elenchi dei *bonae fidei iudicia* è noto che esistono tre diverse (principali) versioni, di cui solo quella giustiniana contempla l'*actio praescriptis verbis*. Cfr. Cic. *de off.* 3.17.70: *Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret; Gai 4.62: Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto uendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae; e I. 4.6.28: Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris, bonae fidei sunt haec: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pignoratitia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de aestimato proponitur, et ea quae ex permutatione competunt, et hereditatis petitio. quamvis enim usque adhuc incertum erat, sive inter bonae fidei iudicia connumeranda sit sive non, nostra tamen constitutio aperte eam esse bonae fidei disposuit.* Così A. METRO, 'Exceptio doli' e 'iudicia bonae fidei', in *φιλία*. Scritti per G. Franciosi, III, a cura di F.M. d'Ippolito, Napoli, 2007, 1731-1753, spec. 1732.

⁸⁰ A. METRO, 'Exceptio', cit., 308 e *passim*.

senza l'impiego della *praescriptio*⁸¹. E qui i fili del complesso ragionamento di Zarro si riannodano, perché la struttura interna dell'*actio* aristoniana sarebbe consistita in un'*intentio* di *ius civile*, a cui potevano accedere indifferentemente prestazioni di *dare* (*ut des o ut fas*) o di *facere* (*ut facias o ut des*), riconosciute civilmente. Vi sarebbe stata dunque *intentio incerta*, stante l'*incertum* a indicare la possibilità di un *dare* o di un *facere* in relazione sinallagmatica con una prestazione già realizzata. E siffatta formula avrebbe potuto avere in origine, cioè prima che la *praescriptio* fosse integrata nella formula, il seguente tenore: 1 (...) 2 *Titius iudex esto*. 3 *Quod Aulo Agerio Numerio Negidio hominem Stichum dedit* 4 *ut Numerius Pamphilum manumitteret*, 5 *Quidquid dare facere oportet ex fide bona* (ormai i *iudicia bonae fidei* sono giudizi civili) 6 *eius, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato*, 7 *si non paret absolvito*⁸².

Il complesso modello sostanziale (di contratto sinallagmatico) ideato dal giurista traiano avrebbe quindi dato luogo anche a un'azione civile, cd. *incerti*, perché i negozi descritti da Aristone sono qualificati 'civili', cioè tipici, perché riconosciuti dall'ordinamento. Si sarebbe trattato quindi dell'*actio civilis incerti* testimoniata nei passi di Aristone (Ulp. 38 *ad ed. D.* 13.1.12.2), di Nerazio (Nerat. 1 *resp. D.* 19.5.6), di Gaio (4.131) e di Mauriciano/Ulpiano (Ulp. 4 *ad ed. D.* 2.14.7.2), ben noti alla dottrina, ma riletti anche in questo caso in una prospettiva più ampia⁸³. L'autore ritiene infatti tale espediente diverso, sebbene non incompatibile con l'escogitazione labeoniana, di cui l'innovazione di Aristone avrebbe solo ristretto l'ambito di applicazione.

In proposito all'autore è sembrato possibile fugare anche il dubbio che si trattasse di una *condictio* per la restituzione di quanto dato; là dove l'*incertum* avrebbe riguardato non l'*intentio*, ma la *condemnatio*. A ben vedere, qualora si dovesse propendere per l'applicazione a questo modello d'azione del meccanismo delle *praescriptiones pro actore* di Gai

⁸¹ A. METRO, 'Exceptio', cit., 308.

⁸² G. ZARRO, I 'nova negotia', cit., 232, ma v. anche 305. Sarebbe questa la formula dell'azione *praescriptis verbis* su cui si v. Ulp. 4 *ad ed. D.* 2.14.7.2 e C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano classico*, in *Iura*, 21, 1970, 65; ID., *Labeone e il contratto*, in *Panorami*, 5, 1993, 137, nt. 50.

⁸³ G. ZARRO, I 'nova negotia', cit., 198 ss.; 282 ss.; 308 e nt. 183.

4.131 (cioè con *praescriptio* inserita nel contesto della formula), inevitabilmente si dovrebbe ritenere a questo applicabile il modello di formula con *ea res agetur* preposta alla *intentio*, ossia ritenere che anche questo tipo di azione fosse connotato da una *praescriptio* e, di conseguenza, sminuire la soluzione offerta da Mauriciano e Ulpiano, nonché la distanza dall'*actio praescriptis verbis*. Zarro non è tuttavia di questo avviso⁸⁴.

Sarebbe stato invece Mauriciano – (il quale corresse Giuliano in una parte del Digesto dedicata alle *iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones*⁸⁵) o più probabilmente Ulpiano (l'autore insiste molto su questa possibilità che appare anche questa ragionevole) – che avrebbe dato vita al modello di azione con previa descrizione della fattispecie, con la *praescriptio* integrata all'interno della formula⁸⁶. L'azione proposta da Aristone sarebbe stata annoverata quindi tra quelle *iuris conceptae*, in ragione del differente ambito di legittimazione che Aristone avrebbe tentato di dare alle fattispecie sostanziali atipiche senza il tramite della *praescriptio* che, come ribadito più volte dall'autore, sarebbe stata aggiunta, si ripete, da Mauriciano o, meglio ancora, da Ulpiano. In questo modo, quest'ultimo, avrebbe formulato una teoria potenzialmente compiuta della *conventio* come base del *contractus* in cui ricomprendere (grazie ad Aristone) anche il riconoscimento civile delle convenzioni atipiche, estendendo così la *praescriptio* anche all'*actio civilis incerti*.

Tutto ciò permette quindi a Zarro di interpretare Ulp. D. 2.14.7.2 nel senso di ravvisarvi la traccia del lavoro giurisprudenziale che perfezionò il passaggio dall'*agere praescriptis verbis* a un'*actio* finalmente tipizzata⁸⁷.

⁸⁴ G. ZARRO, I 'nova negotia', cit., 308.

⁸⁵ Cfr. Ulp. 4 ad ed. D. 2.14.7 pr. Troviamo invece in Ulp. D. 2.14.7.2 menzione della critica portata da Mauriciano a Giuliano: «*Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. 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 verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio*».

⁸⁶ G. ZARRO, I 'nova negotia', cit., 309.

⁸⁷ G. ZARRO, I 'nova negotia', cit., 312.

6. L'ultima testimonianza di cui vorrei occuparmi è uno scolio del giureconsulto bizantino Stefano ai *Basilica* (messo in relazione con passi di Gaio e di altri giuristi), da dove si evincerebbe che la struttura interna dell'azione *de quo* sarebbe stata modificata dalla compresenza della coppia *demonstratio–praescriptio* congegnata per offrire riconoscimento (tramite *demonstratio*) a una particolare forma di convenzione consensuale; e, in pari tempo, per delimitarne la pretesa ove fosse risultato necessario precisare che solo una delle due prestazioni avesse ricevuto esecuzione⁸⁸. Ciò perché «lo scolarca offrirebbe una testimonianza dell'azione attraverso un riferimento agli elementi della procedura *per formulas* inconcepibile in chi non abbia chiara la struttura della formula dell'epoca cd. classica»⁸⁹.

Siamo al problema evocato all'inizio dell'art. 1453 cod. civ. In questo senso si spiegherebbe lo spostamento all'interno della formula della *praescriptio* che avrebbe preso il posto della sussidiarietà come tratto caratteristico dell'*agere praescriptis verbis*⁹⁰. Di questa sussidiarietà evidentemente non si avvertiva più il bisogno perché l'*actio praescriptis verbis* era diventata una forma di azione diretta alla tutela del contratto atipico, ossia non più concorrente con le azioni di buona fede o con la *condictio*⁹¹. Non essendo più necessaria la presenza della *praescriptio*, nella formula si assiste quindi al conseguente sdoppiamento di questa sottolineato dal riscontro del biduo *demonstratio–praescriptio*. In altri termini, si sarebbe dato luogo a un'azione che, recepito il carattere di *iudicium stricti iuris* dell'*actio civilis incerti* aristoniana, non escludesse la possibilità (desunta dal *quod*) della *demonstratio* e della *praescriptio* per descrivere la circostanza che la prestazione iniziale (cioè la prestazione traslativa) era stata eseguita, ma non ancora la prestazione corrispettiva (pur se, per ipotesi, meramente obbligatoria)⁹². Per l'evoluzione di tale azione in età giustiniana, venuto meno il sistema fondato sulla

⁸⁸ Cfr. voce *Μαθῶν* in *sch. 1 ad Bas.* 11.1.7.

⁸⁹ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 11 e *passim*.

⁹⁰ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 312 e nt. 185.

⁹¹ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 95, nt. 48 e *passim*.

⁹² G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 269 ss. e 313.

discrezionalità del pretore, si sarebbe proceduto così ad un'identificazione tra l'azione *in factum* e l'*agere praescriptis verbis*, ambedue qualificate come azioni con ambito applicativo limitato alla sola contrattazione atipica⁹³.

Si può dire in sintesi che Zarro abbia ribadito la natura di azione di buona fede dell'*agere praescriptis verbis*, in funzione sussidiaria alle azioni civili e alternativa all'*actio in factum*. Il campo di applicazione di tale azione sarebbe stato poi solo più tardi esteso a figure contrattuali meramente obbligatorie di incerta qualificazione (mai travalicanti però l'ambito contrattuale come per le *actiones in factum*) o munite di clausole di autonomia (termine o condizione) che ne avrebbero limitato gli effetti. L'*actio praescriptis verbis* invece avrebbe avuto quindi natura di azione civile o di stretto diritto⁹⁴. Una funzione delimitata a casi di *dedi ut des*, *dedi ut facias* e ambito di applicazione – non essendo una modalità procedimentale – esteso alle sole contrattazioni atipiche: *quae rem quasi in demonstratione causa enarrat*⁹⁵.

7. È giunto il momento di provare a tirare le fila del discorso. Dalla ricerca di Zarro sembra emergere un significativo risultato riguardante l'esclusione di una funzione determinativa della *praescriptio* che non avrebbe avuto senso allorché, come nelle tavole dei Sulpici, l'*intentio* fosse già certa (dunque non bisognevole di determinazione alcuna). La sua funzione pare essere stata estesa però tanto alle *intentiones incertae* quanto a quelle *certae*, nel senso di delimitarne l'ambito di applicazione, consentendo così allo stesso legittimato attivo di produrre più azioni anche relativamente a uno stesso credito; la cd. domanda parziale di uno stesso credito, ove i crediti fossero esigibili in tempi diversi per la presenza di un termine o di una condizione; ovvero perché fossero differenti i titoli legittimanti l'esazione, cioè le *causae petendi* come nelle tavole dei Sulpici.

⁹³ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 313.

⁹⁴ Così in I. 4.6.28 su cui v. G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 17 e spec. 62.

⁹⁵ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 17, 62.

Dall'*excursus* storico condotto nel libro emerge inoltre che Labeone avrebbe escogitato una modalità procedimentale, l'*agere praescriptis verbis*, priva dei connotati dell'azione di stretto diritto, ma inquadrabile tra i *iudicia bonae fidei*, al fine di sottrarre la scelta della tutela per talune fattispecie dall'ambito discrezionale decretale pretorio e quindi dallo schema dell'*actio in factum*. A tale rimedio processuale (*actio in factum*) si sarebbero invece richiamati, pur con differenti sfumature, Alfeno Varo e i primi sabiniani, nonché alcuni proculiani forse non del tutto convinti dall'insegnamento dell'antico maestro. Segnatamente Proculo e, forse, anche Celso⁹⁶. Fa riflettere in questo quadro la circostanza che il primo elenco di *iudicia bonae fidei* sia riferito nel *De officiis* di Cicerone alla scuola dei Mucii⁹⁷. Come se alla soluzione di Labeone si potesse riconoscere una matrice scientifico–dottrinale (il pensiero sistematico di Q. Mucio Scevola *pont. max.*) più che pragmatico–forense (la prassi editale). Si tratta di qualcosa che è poco più di una suggestione, ma sufficiente per me a escludere che il Guarino, ravvisando le 'radici' delle *conventiones sine nomine* nella pratica esperita nell'ambito della *cognitio extra ordinem*, si sia potuto riferire all'epoca di Labeone⁹⁸.

Ad ogni modo, grazie all'escogitazione di Labeone fu consentito che fattispecie di incerta qualificazione – cioè tipologie di negozio non immediatamente traslative perché condizionate risolutivamente o sospensivamente (come accade oggi, come detto, con i cd. contratti autonomi di garanzia); ma anche forme negoziali non interamente ricomprensibili negli schemi base della vendita o della locazione (i due *contractus/um* prototipi) –, potessero essere attivate in giudizio, senza pericolo di produrre la consunzione processuale. Lasciando quindi impregiudicate la possibilità di agire in giudizio con le forme delle azioni tipiche (l'*actio empti* o l'*actio venditi*, l'*actio locati* o l'*actio conductio*, tutte azioni munite di *demonstratio* predisposta in funzione determinativa) e anche l'*extrema ratio* dell'*actio in factum*.

⁹⁶ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 310 s.

⁹⁷ Cfr. Cic. *de off.* 3.17.70 su cui v. *supra* in nt. 79.

⁹⁸ A. GUARINO, *Diritto*¹¹, cit., 976.

È ragionevole pensare allora che siffatta soluzione, per la sua audacia, non abbia trovato proseliti al di fuori della scuola proculiana. Anche all'interno della scuola dei proculiani però le adesioni (pur cercate con notevole dispendio di energie dall'autore) non sembrano essere state molte. Farebbe eccezione il solo Giavoleno, giacché lo stesso Labeone ne aveva limitato l'ambito di applicazione ai casi di dubbia qualificazione contrattuale. Si parla di una *fattispecie*, che con qualche approssimazione Zarro inquadra come rimedio sussidiario, senza neppure estenderne l'operatività alle convenzioni innominate, trattandosi di una problematica pur avvertita da Labeone sebbene da questi non risolta in termini dommatici.

Per la soluzione di questo problema di più limitate proporzioni, ma dirompente all'interno di un ordinamento potenzialmente chiuso, perché limitato a figure contrattuali tipiche, si mosse, come detto, il proculiano Aristone che per dare legittimazione a queste tipologie atipiche di contratto introdusse il concetto di causa come legame tra le prestazioni e in particolare tra prestazioni traslative, dando così origine alla figura dell'*actio civilis incertae*⁹⁹.

Tuttavia, anche questa costruzione, probabilmente non ideata dal giurista traiano, ma da questi adattata alle forme contrattuali atipiche dei contratti innominati, non ebbe particolare fortuna, forse perché priva dell'elemento della *praescriptio* che avrebbe consentito di eludere l'effetto consuntivo della *litis contestatio*, differenziando in questo modo la *causa petendi*.

L'ultimo elemento dell'architettura concettuale costruita da Zarro sull'inciso *id est praescriptis verbis* riguarda l'ipotesi che questo stilema sia da ritenere (piuttosto che insiticio) ascrivibile a Domizio Ulpiano. Un rilievo forse solo in apparenza di dettaglio perché le fonti di riferimento appaiono fortemente compromesse dalla tendenza dei commissari giustiniani a equiparare l'*actio in factum* con l'*actio praescriptis verbis*. Da questo scaturirebbero però due significative conseguenze: a) la correttezza dell'opzione metodologica di fondo (e quindi

⁹⁹ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 147-153 e *passim*. Sull'appartenenza di tale giurista alla scuola proculiana si v. ancora G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 147, nt. 138.

dell'impostazione della dottrina prevalente) per cui l'*actio praecriptis verbis* avrebbe coinciso con l'*actio in factum* almeno durante il regno di Giustiniano; b) l'individuazione di un nuovo criterio ermeneutico: come detto e più volte ripetuto, l'*id est praecriptum verbis* potrebbe essere riconosciuto come uno stilema di origine ulpiana e non di natura meramente compilatorio/giustiniana. Troverebbe così, fra l'altro, soluzione il sibillino enigma posto dal Guarino sul ruolo che potrebbe aver avuto la *cognitio extra ordinem* in età classica per lo sviluppo delle *conventiones sine nomine*. Dato che per il Maestro napoletano il regime giustiniano di tali fattispecie «ebbe sicuramente le sue radici (ma le sue radici soltanto) nello stesso periodo classico, prevalentemente nella *cognitio extra ordinem* di quel periodo»¹⁰⁰, l'epoca non può essere che quella di Ulpiano, il giureconsulto burocrate a cui Zarro riconduce la prima sistematica «di azioni processuali poste a presidio di fattispecie atipiche»¹⁰¹.

8. È tempo di concludere. Il filo dei pensieri mi porta ad allargare la prospettiva ritornando a un discorso da me già fatto in altra sede dove per intendere un testo complesso come il Digesto di Giustiniano, al di là dei problemi di qualsiasi traduttore, segnalavo la necessità di impiegare la competenza del linguista, la sensibilità dello storico e il rigore del filologo¹⁰².

Su tali questioni mi chiedevo se forse il nostro tempo non stesse certificando per lo storico del diritto la possibilità di una nuova

¹⁰⁰ A. GUARINO, *Diritto*¹¹, cit., 976 e nt. 91.3.4.

¹⁰¹ G. ZARRO, *I 'nova negotia'*, cit., 198 e *passim*.

¹⁰² Rinvio per questo all'ampia riflessione metodologica di S. SCHIPANI, *Premessa*, in *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, I, a cura di S. Schipani, Milano, 2005, XXV-XXVII. Un approccio interessante in M.T. FÖGEN, *Storie di diritto romano. Origine ed evoluzione di un sistema sociale*, trad. it., Bologna, 2003, 9-230 e *passim*. Mi riferisco a Vico e alla sua svolta 'filologica' su cui v. M. GIGANTE, *Vico nelle storie della filologia classica*, in *Classico e mediazione. Contributi alla storia della filologia antica*, Roma, 1990, 15-20. Si intende approccio filologico nel senso di A. BOECKH, *La filologia come scienza storica. Enciclopedia e metodologia delle scienze filologiche*, trad. it., Napoli, 1987, 45, 94. Imprescindibile ora però F. ZUCCOTTI, *'Diabolus Interpolator'.* *Per un ritorno della romanistica ad una reale esegesi del testo*, in LR, 2, 2013, 141-190.

autoconsapevolezza metodologica che veda la Storia come una serie di esperienze vissute di cui l'interprete può ricostruire scientificamente i tratti (*ex ante*) attraverso un esame diretto delle fonti, senza essere obbligato a certificare (*ex post*) i suoi esiti mediante la loro corrispondenza a modelli assiomatici o dogmatici costruiti a priori, che si legittimano perché proposti come l'esito ultimo di una Storia intesa in senso evolutivistico. Oggi ne sono ancora più convinto. Non volevo (e non voglio neanche adesso) con questo, indulgere verso un 'anarchismo epistemologico' di cui è sempre bene diffidare; esortavo (ed esorterei) soltanto a prendere coscienza che, nella nostra epoca di crisi e di ripensamento, essendo venuti meno i sistemi di riferimento a cui fino a qualche decennio fa sembrava che ci si dovesse necessariamente attenere, si dovrebbe riconoscere, come segno dei tempi, che siamo davvero usciti dalla modernità, con tutti i suoi pregi e i suoi difetti, una modernità troppo convinta (forse anche giustamente) di sé e dei suoi paradigmi¹⁰³.

Detto questo, è anche vero che lo storico che intenda misurarsi con il Digesto giustiniano, non può non considerare che ogni frammento di tale testo, come nessuno potrebbe negare, è la conseguenza di un processo di stratificazione secolare del quale possono distinguersi almeno quattro livelli di consistenza¹⁰⁴: a) ciò che questo rappresenta per il suo momento storico (l'epoca del suo autore); b) come questo sia arrivato alle commissioni giustiniane (cioè i modi e le condizioni per cui il frammento è arrivato ai compilatori); c) ciò che questo ha rappresentato per i compilatori/legislatori di Giustiniano (per i quali il frammento doveva diventare diritto vigente, e perché ne hanno fatto diritto vigente); d) infine, volendo, anche come il precetto normativo sia stato utilizzato dagli interpreti successivi almeno fino a tutto il Settecento, prima dell'avvento della pandettistica tedesca che aprì le

¹⁰³ Sul tema cfr. O. SACCHI, *Visum est. Ricerche sul profilo epistemico-cognitivo del 'ius controversum'*, Napoli, 2018, XII-155, spec. 8 e *passim*.

¹⁰⁴ Si v. O. SACCHI, *Idea di legge (D.1.3.2) e principio di sovranità (D. 1.3.32 e 1.4.1) nel libro primo del Digesto. Paradigmi del costituzionalismo moderno?*, in *Problemi di traduzione dei Digesta giustiniane nelle lingue europee*, a cura di L. Minieri, O. Sacchi, Napoli, 2007, 199-225, spec. 203-204.

porte al dogmatismo moderno. Senza un approccio di questo tipo credo sia difficile cogliere appieno il significato storico–giuridico dei dati normativi presenti nell’opera più significativa del corpus giustiniano, un affascinante *pastiche* che per molti aspetti, come prova anche il libro in questione, ha ancora molto da dire per la formazione del giurista odierno¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Non sarei pertanto pessimista come Viktor Knapp che - coordinando un report sulle tendenze della ricerca nella scienza del diritto (che prese le mosse da una prima discussione di esperti riuniti all’Unesco a Parigi tra il 7 e il 13 luglio 1967, poi integrata da un questionario redatto da un relatore incaricato e sottoposto a commenti di corrispondenti nazionali di svariate parti del mondo) - sulla Storia del diritto, e segnatamente sul Diritto romano, ha così sentenziato (cfr. V. KNAPP, *La scienza del diritto*, Roma-Bari, 1978, 3-189, spec. 119 s.): «Il declino della ricerca storica relativa al diritto romano, a nostro parere, non è solamente conseguenza di una tendenza universale del mondo contemporaneo verso una concentrazione dell’interesse sociale per il futuro piuttosto che per il passato; ma è anche dovuto all’inaridimento progressivo della storiografia del diritto classico romano. È questa la branca più vecchia della storia giuridica e, per un lungo periodo di tempo, si è basata sempre sulle medesime fonti. Benché i metodi di studio del diritto romano abbiano subito un considerevole sviluppo dall’inizio di questo secolo, è tuttavia comprensibile che per quanto concerne il periodo classico del diritto romano, rimangano ben pochi problemi inesplorati che possano attrarre l’attenzione dei ricercatori. Un’altra ragione del declino di interesse per il diritto romano è senza dubbio nella pressoché universale diminuzione di rilevanza ai fini della comprensione del diritto nel mondo contemporaneo e nel fatto che il suo valore come introduzione all’insegnamento del diritto è, in ultima analisi, considerevolmente diminuito. Da ciò deriva anche la tendenza manifestatasi da un certo periodo di tempo nel campo della storia del diritto romano e che si traduce nello sforzo di estendere da una parte l’indagine allo studio del diritto dell’antichità in generale (soprattutto del diritto dell’Egitto e del Medioriente) e, dall’altra, di allargare gli orizzonti di studio del diritto romano fino ad includervi quello del diritto romano medievale». Sebbene tra mille difficoltà, dovute anche alla superficialità di giudizi del genere, e dopo quasi mezzo secolo, l’insegnamento del diritto romano, e non solo nei paesi europei di radicata tradizione romanistica (v. ad es. Cina, Cile, Argentina e, dopo la fine della Guerra Fredda, la Russia e altri paesi dell’ex blocco sovietico) è ancora vivo e lascia ben sperare. Cfr. ancora per ulteriori dettagli S. SCHIPANI, *Premessa*, cit., XXIII-XXV e *passim*. La mia sensazione è che si tratti per lo più di un pregiudizio culturale assecondato soprattutto dai cultori del diritto positivo che forse hanno visto nel sacrificio degli studi di diritto romano una via di salvezza rispetto al tramonto della modernità e con essa anche dei loro punti di

Di tutto questo Zarro ha cercato di farsi carico (ed è cosa meritoria), scegliendo di impegnarsi (direi anche col coraggio di chi sa cosa dice) nella soluzione di questioni davvero complesse (oltretutto già molto indagate dai più grandi) senza peccare, né di genuinismo preconetto; né, all'opposto, di interpolazionismo eccessivo o aprioristico¹⁰⁶. L'autore mostra infatti di essersi mosso alla ricerca delle soluzioni con generosità e ragionevolezza, con piena consapevolezza della dottrina, e dunque con quel rigore metodologico di cui si riconosce l'impronta di Maestri di chiara fama quali Francesco Paolo Casavola e Vincenzo Giuffrè¹⁰⁷.

Il lettore si trova, come ripeto, davanti a un libro certamente complicato e di non facile lettura che potrebbe addirittura rivelarsi ostico per chi non fosse sufficientemente addentrato nella tematica in questione. È tuttavia un libro difficile in quanto denso; ed è denso perché approfondisce; e approfondisce perché è seriamente meditato. Del resto, dall'opera di un giovane studioso non si può pretendere l'esperienza dell'accademico navigato che è certamente più avvezzo a dare la maggiore chiarezza sistematica possibile ai suoi orditi espositivi. Certo, si sarebbe potuta evitare qualche ripetizione nell'esposizione del pensiero dei vari giuristi e anche qualche ritorno di troppo sulla stessa questione insistendo su cose già dette, quasi come se l'autore avesse voluto fugare il timore di non essere compreso fino in fondo. La stessa rilettura dei frammenti del Digesto alla ricerca delle interpolazioni poi sembra tanto attenta e minuziosa da sembrare talvolta quasi eccessiva. Le idee però ci sono e anche ipotesi innovative. Come ripeto, le conclusioni sono sempre ragionevoli, non di rado originali e comunque sempre ben argomentate. Il tutto, lo ribadisco, concorre alla confezione di un lavoro monografico che – non penso di esagerare nel dirlo – sarà senz'altro utile per chiunque vorrà addentrarsi nella complessa tematica

riferimento dogmatici, questi sì, inadeguati a tenere testa a fenomeni epocali come la rivoluzione tecno-scientifica, quella digitale e la globalizzazione. Senza una profonda consapevolezza delle ragioni del diritto di cui il diritto romano ha rappresentato (e rappresenta ancora) l'espressione più alta, il rischio è di lasciare campo libero alle ragioni della forza e a un destino per noi tutti di inevitabile declino culturale.

¹⁰⁶ Cfr. F. ZUCCOTTI, 'Diabolus', cit., 189 e *passim*.

¹⁰⁷ G. ZARRO, I 'nova negotia', cit., XIV.

trattata, anche solo per proporre soluzioni esegetiche di segno opposto o diverso. Questo considerevole sforzo interpretativo di Gianluca Zarro sembra insomma sicuramente meritevole di lode e di attenzione. E di questo, lo scrivo con convinzione, credo si debba dare atto all'autore, che aspettiamo di vedere ancora impegnato in ulteriori percorsi e nuove avventure di ricerca.

ABSTRACT

Un libro recente offre lo spunto per discutere ancora sul tema della *praescriptio* e dell'*agere praescriptis verbis* che riguarda anche l'origine e le ragioni storiche dei contratti sinallagmatici (in Italia art. 1453 cod. civ.). Il contratto a prestazioni corrispettive costituisce lo sviluppo del regime antico dei cd. *nova negotia* (tra cui anche le vendite condizionate, i contratti autonomi di garanzia, la clausola marciana, ecc.) dove (in caso di inadempimento di una delle parti) l'alternativa tra l'adempimento o la risoluzione del contratto viene risolta negli scritti dei giuristi classici e nella sistemazione giustiniana con i vecchissimi rimedi dell'*actio praescriptis verbis* e della *condictio*. Sul piano procedurale si prospetta l'ipotesi che Labeone abbia escogitato l'*agere praescriptis verbis*. Una modalità procedimentale fuori dalle azioni di stretto diritto, ma inquadrata tra i *iudicia bonae fidei* per sottrarre la tutela delle forme negoziali atipiche dallo schema dell'*actio in factum* e quindi dalla discrezionalità del pretore. Sempre sul piano procedurale si discute anche dell'ipotesi che l'inciso *id est praescriptis verbis* nel Digesto giustiniano sia uno stilema ascrivibile a Domizio Ulpiano. Un rilievo non di dettaglio di fronte alla tendenza dei commissari giustiniani a equiparare l'*actio in factum* con l'*actio praescriptis verbis*. Viene confermata quindi l'ipotesi prevalente in dottrina per cui l'*actio praescriptis verbis* avrebbe coinciso con l'*actio in factum* almeno in epoca giustiniana. Si propone però anche un nuovo criterio ermeneutico per cui l'*id est praescriptum verbis* sarebbe uno stilema evidenziato da una classificazione dei frammenti di Ulpiano non in base alla diversa denominazione delle azioni processuali, ma considerando la collocazione nei libri del Digesto del pensiero di tale giurista.

A recent book offers an opportunity to discuss again the theme of *praescriptio* and *agere praescriptis verbis* which also concerns the origin and historical reasons of synallagmatic contracts (in Italy art. 1453 of the Civil Code). These contracts constitute the development of the ancient regime of the so-called *nova negotia* (including conditional *emptio-venditio*, autonomous contracts of guarantee, the Marcian clause, etc.) where (in the event of default by one of the parties) the alternative between the fulfillment or termination of the contract is resolved in the writings of classical jurists and in the Justinian arrangement with the old remedies of the *actio praescriptis verbis* and of the *condictio*. On the procedural level, the paper focuses the hypothesis that Labeone devised the *agere praescriptis verbis*. A procedural modality outside the strictly legal actions, but framed among the *iudicia bonae fidei* to remove the protection of the atypical forms of negotiation from the scheme of the *actio in factum* and therefore from the discretion of the *praetor*. Still on the procedural level, the hypothesis is also discussed that the phrase *id est praescriptis verbis* in the Justinian Digest is a *stylema* (*Systemgedanke*) attributable to *Domitius Ulpianus*. A non-irrelevant observation in the face of the tendency of the Justinian commissioners to equate the *actio in factum* with the *actio praescriptis verbis*. The prevailing hypothesis in doctrine is therefore confirmed that the *actio praescriptis verbis* would have coincided with the *actio in factum* at least in the age of Justinian. However, a new hermeneutic criterion is also proposed for which the *id est praescriptum verbis* would be a *stylema* highlighted by a classification of the fragments of Ulpian not on the basis of the different denomination of the procedural actions, but considering the placement in the books of the Digest of the thought of this jurist.

PAROLE CHIAVE

praescriptio – *agere* o *actio praescriptis verbis* – *iudicia bonae fidei* – *actio in factum* – contratti a prestazioni corrispettive – contratti autonomi di garanzia – compravendita condizionata

praescriptio – *agere* o *actio praescriptis verbis* – *iudicia bonae fidei* – *actio in factum* – synallagmatic contracts – autonomous contracts of guarantee – conditional *emptio-venditio*

OSVALDO SACCHI

Email: osvaldo.sacchi@unicampania.it

