

pensiero di Pedio: (§ 2) *Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur; permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet*, rell. (§ 3) *'Ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem'*.

Si potrebbe allora provare a spostare il § 1 dopo il § 3, nel presupposto che il § 4 costituisca una valutazione solo 'parziale' dei riflessi processuali di un mancato perfezionamento contrattuale⁵⁴. Anche in questo caso si tratterebbe però di una restituzione unicamente motivata dall'esigenza di adeguare il testo a un'ipotesi interpretativa, non prendendo invece in considerazione l'eventualità che a essere rivista debba essere, piuttosto, l'ipotesi stessa.

Si deve ancora rilevare che l'idea di una valenza topica della soluzione indicata nel § 1, e dunque di un'applicazione dell'*actio in factum* (pretoria) circoscritta alla sola ipotesi di intervenuta evizione, verrebbe ad aggravare ulteriormente lo stato, di per sé non ineccepibile, dell'impianto espositivo dell'intero frammento paolino.

Quand'anche non si voglia condividere l'accusa di «stranezza» formulata soprattutto in passato⁵⁵, occorre riconoscere che l'intonazione del discorso appare quantomeno singolare. Fa in ef-

precisazione del § 2, piuttosto che un suo corollario giuridico.

⁵⁴ Per questa interpretazione vd. quanto si osserverà *infra*, § seg.

⁵⁵ Così P. DE FRANCISCI, 'SUNALLAGMA', cit., I, 133.

PAUL. 32 <33> *ad ed.* D.19.4.1.1: PERMUTA ED EVIZIONE IN UN NOTO TESTO PAOLINO

1. Paul. 32 <33> *ad ed.* D. 19.4.1.1: *Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur.*

Ci troviamo di fronte a un brano ben noto. Dopo aver Paolo analiticamente evidenziato le ragioni che impedivano di ricondurre il contratto permutativo allo schema della compravendita¹, e

¹ Avanza la congettura che in D.19.4.1pr. Paolo stesse analizzando i caratteri di un «preciso modello di *emptio venditio*: quello che si presenta nella forma giuridica di uno scambio fra una *merx* e un *pretium*», suggerendo di abbandonare una visione «monista della *emptio et venditio* classica» M.A. FINO, *Quale interdipendenza delle obbligazioni se 'emptio dominium transfertur'? Per una storia del 'synallagma' funzionale dell'emptio venditio durante l'età tardoantica*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2007, 874 ss., con una proposta che certamente merita una più attenta valutazione, per quanto la sensazione complessiva sia di un'enfatizzazione di non certo contestabili dati terminologici, attestativi di una discreta fluidità dell'area semantica dell'*emere*, in un quadro argomentativo che non sempre pare però prestarsi alle conclusioni dello studioso. Da questo punto di vista non sembra si possa, ad es., seriamente invocare (nella prospettiva di una pluralità di schemi configurativi di *emptiones venditiones*) C.8.44.4 — o Ulp. 30 *ad ed.* D.13.7.24pr. —, ove

l'accostamento della *datio in solutum* con l'istituto della compravendita, pare piuttosto deporre per l'esistenza di un (unico e) preciso modello concettuale, al quale semmai accostare, per specifiche esigenze di tutela, e sulla base di una mera affinità sul piano causale (determinandosi anche in questi casi, sul versante economico, uno scambio di cosa contro prezzo) situazioni giuridiche a esso evidentemente estranee, al punto da rendersi necessario uno specifico intervento di adeguamento del programma di giudizio, allo scopo di garantirne una proficua utilizzazione (*utilis*) per contesti d'impiego esorbitanti rispetto al normale ambito applicativo: per un'attenta analisi dei brani richiamati, vd., in un ordine di idee non dissimile da quello qui prospettato e con ampia rassegna bibliografica, A. SACCOCCIO, *Compravendita e 'datio in solutum'*, in *La compravendita*, cit., I, 654 ss., 665, 692, al quale si rinvia per una più generale valutazione dei rapporti tra *datio in solutum* e compravendita, nella specifica prospettiva di un possibile processo assimilativo. Nel senso di una varietà di schemi configurativi parrebbe orientarsi, da ultimo, anche, E. SCIANDRELLLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento, 2011, 282 s., nt. 188, ove, però, non sembra si tenga adeguatamente distinto il profilo materiale dell'attuazione dello scambio, dal diverso piano dei meccanismi giuridici regolativi dello stesso (in sostanza il piano descrittivo, da quello prescrittivo), col risultato di far scivolare l'istituto della vendita a contanti nell'ambito dell'*obligatio re*: «Ciò implica che talvolta si presentassero casi nei quali la compravendita nasceva *re*: si tratterebbe della cosiddetta vendita a contanti nella quale si ha uno scambio simultaneo di *res* contro *pretium*». Per una corretta impostazione del problema appare ancora utile recuperare le considerazioni di G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, Torino, 1963, 152: «in pratica la conclusione del negozio può esplicarsi nell'adempimento di una delle prestazioni, p. es. se uno dà una somma per avere una cosa, il contratto resta

perim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur.

In tal caso sarebbe certamente meno difficoltoso ammettere una relazione di dipendenza tra la concessione dell'*actio in factum* e l'accertato mancato soddisfacimento dei requisiti perfezionativi del contratto.

Per quanto non siano mancate critiche sul piano dell'ordine logico-espositivo del pensiero paolino (D.19.4.1-4)⁵², e per quanto il § 1, in un certo senso, dia l'impressione di spezzare lo sviluppo della trama argomentativa sul piano della valorizzazione dei profili di discontinuità tra le due fattispecie (che torneranno a riemergere nel § 2: *item*), si deve però ammettere che si tratterebbe di una restituzione sostanzialmente arbitraria e che non terrebbe comunque conto del fatto che, in realtà, le conseguenze del principio fissato nel § 2 sono tratte (e bene)⁵³ nel § 3, in cui viene riferito il

⁵² In proposito vd. G. ROMANO, *Brevi considerazioni*, cit., § 1; di «abbastanza chiaro e lineare frammento» discute invece C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., 85.

⁵³ Sempre che si sia disposti a interpretare il requisito del *tradere rem* nella più ristretta (e non scontata) accezione di 'consegna traslativa di proprietà', dovendosi altrimenti ritenere non del tutto infondata la diversa valutazione («pare che il motivo della sentenza contenuta nel § 3 [...] abbia la sua ragione nella necessità della tradizione esposta al § 2, quando è chiaro che, potendosi tradere sia la cosa propria che l'altrui, simile necessità non giustifica codesta conclusione») di S. PEROZZI, *Il contratto*, cit., 571, rappresentando diversamente il principio pediano un completamento, una

Paul. 32 <33> *ad ed.* D.19.4.1.2: *Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur; permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet, alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emptione, venditione, conductione, mandato*⁵¹.

Indubbiamente un differente ordine espositivo si rivelerebbe più coerente con l'interpretazione appena indicata.

Si valuti appunto il seguente sviluppo narrativo: (§ 2) *Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur; permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet*, *rell. Unde si ea res, quam acce-*

ROZZI, *Il contratto consensuale classico*, in *Scritti in onore di F. Schupfer*, ora in *Scritti giuridici*, II. *Servitù e obbligazioni*, Milano, 1948, 570 ss., ove in più si osserva che «per i classici la vendita come contratto consensu è antitetica solo ai contratti formali, e quindi può benissimo, restando sempre contratto *consensu*, presentarsi in due forme: reale (permuta) e consensuale».

⁵¹ Per una prima rassegna bibliografica vd. G. ROMANO, *Note*, cit., 179 s., nt. 2; a tali indicazioni vanno quantomeno aggiunti C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., 77 ss., ove sono superati i sospetti sulla genuinità del § e più in generale dell'intera testimonianza («non c'è alcuna ragione per dubitare che il dettato risalga interamente a Paolo») che erano ancora presenti («glossema basato su di un'interpretazione scorretta» di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.1-2) in ID., *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Causa e contratto*, cit., 42; C. PELLOSO, *'Do ut des'*, cit., 104.

che dovevano piuttosto orientare per una sua specifica configurazione², trae la conclusione (*un-*

consensuale (cfr. D.19.5.5.1); si è avuto un di più, cioè l'immediata esecuzione di una delle parti, ma ciò non tocca il *sufficere* [...] *consensisse*, nella configurazione del contratto tipico»; che nella compravendita, non fossero richiesti «tempi diversi per la conclusione del contratto e la sua esecuzione», e che anzi «i privati...solevano compiere direttamente la *mancipatio* senza l'evidenziazione di un previo distinto accordo sulla cosa e sul prezzo» è del resto ammesso anche da F. GALLO, *'Synallagma' e 'conventio' nel contratto*, II, Torino, 1995, 88 s., pur in un approccio che non pare del tutto irreprensibile sul piano della configurazione dogmatica delle c.d. *dationes ob rem*, o per meglio dire della loro compatibilità con il modello concettuale dell'*ultra citroque obligatio* labeoniana; sul punto, si vedano le corrette osservazioni di C. PELLOSO, *'Do ut des' e 'do ut facias'. Archetipi labeoniani e tutele contrattuali nella giurisprudenza romana tra primo e secondo secolo d. C.*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 113, nt. 47: «vero è, tuttavia, che tali fattispecie, ove rispondenti ai requisiti minimi di cui a D. 50.16.19, ancor prima della (e a prescindere dalla) attuazione dell'impegno, avrebbero integrato gli estremi di un *contractum*, ossia di una *ultra citroque obligatio*»; nello stesso ordine di idee («irrelevante [...] che una delle parti abbia o non abbia già provveduto ad adempiere alla propria obbligazione») già E. STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino, 2006, 164.

² Sul pr. del brano paolino e sulle ben note connessioni con D.18.1.1 e Gai 3.141, si vedano, con indicazioni bibliografiche, E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in *SDHI*, LXIII, 1997, 59, nt. 268; C. CASCIONE, *'Consensus'. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, 372 ss.; in una prospettiva specifi-

dè) per cui in caso di evizione, non potendosi agire sottinteso con l'*actio empti*, si sarebbe dovuto diversamente ricorrere ad apposita *actio in factum*, da intendersi, secondo la dottrina dominante, nei rigorosi termini di Gai 4.46 (*formula in factum concepta*)³. La soluzione ha dato luogo a non poche

camente indirizzata alla valutazione dell'origine del contratto consensuale di compravendita, L. GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita romana*, in *La compravendita*, cit., I, 103 ss.; S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2007, 121 ss.; da ultimi E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 207 ss.; C. PELLOSO, '*Do ut des*', cit., 163, il quale discute di «prin[icipium] particolarmente prolisso e di pacifica ascendenza proculiana».

³ In una prospettiva interpolazionistica, la natura strettamente onoraria dell'azione è sostenuta in J.C. NABER, *Observantiunculae de iure romano. XLVIII. De praescriptis verbis actione*, in *Mnemosyne*, XXII, 1894, 83 ss.; A. PERNICE, '*Parerga*', III. *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in *ZSS*, IX, 1888, 255, nt. 4; P. DE FRANCISCI, '*SUNALLAGMA*'. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I, Pavia, 1913, 131; P. COLLINET, *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, Nemours, 1947, 327 s.; PH. MEYLAN, '*Permutatio rerum*', in '*Ius et Lex*'. *Festgabe M. Gutzwiller*, Basel, 1959, 53; a un'azione onoraria pensano pure, ma in una prospettiva distante da quella interpolazionistica, C.A. MASCHI, *Impostazione storica della compravendita e della permuta nel libro 33 'ad edictum' di Paolo*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, II, Milano, 1956, 355 ss., ora in *Il diritto romano. I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica*, Milano, 1966, 598, 602; G. MELILLO, *Forme e teorie contrattuali nell'età del principato*, in *ANRW*, II.14, Berlin-New York, 1982, 497; ID., '*Contrahere*', '*pacisci*', '*transigere*'. *Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*², Napoli, 1994, 211;

NE, *Studi*, cit., 109 ss., 118 ss. (solo implicitamente); F. GALLO, '*Synallagma*', cit., II, 88 s.; E. STOLFI, *Il modello*, cit., 59, nt. 267; C. PELLOSO, '*Do ut des*', cit., 103 s.: «tale antitesi non può che essere insorta avendo le due *sectae* a riferimento la sola "permuta consensuale"», con l'osservazione per cui sarebbe solo Paolo a invocare «tra gli elementi di divergenza strutturale tra le due figure quello della 'realtà'»; da ultimo, E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 236 ss. e *ivi* nt. 85; sempre nella prospettiva di una delimitazione del contrasto alla sola natura del *pretium* («darin also allein lag die Differenz»), ma in un ordine di idee che, com'è noto, tende piuttosto a privilegiare l'ipotesi di un'originaria (ma ancora persistente agli inizi dell'epoca classica) configurazione (anche) della compravendita in termini di '*Realvertrag*', A. PERNICE, '*Marcus Antistius Labeo*'. *Das römische Privatrecht in ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873, 454 ss., soprattutto 465: «man sah die Uebergabe der Sache als notwendiges Erfordernis für die Erhebung der Klage an»; adesivamente G. BAVIERA, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze, 1898, 88 ss.; in senso contrario vd. C. FERRINI, *Sull'origine*, cit., 51 s., 74 ss.; in proposito svd. G.L. FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano, 1981, 89 ss.; con critica («Per una tale costruzione non esiste [...] alcuna prova testuale, ed è palese l'inconsistenza degli argomenti di carattere generale») M. TALAMANCA, voce *Vendita in generale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 305 s.; un accenno anche in V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in *Ostraka*, V, 1996, 4, nt. 20 (estratto anticipato); in un ordine di idee estremamente critico sul piano della genuinità della fonte («sentenza scritta in modo peregrino»), che la permuta richiedesse la consegna della cosa anche nella prospettiva sabiniana («ritengo cosa certa che la permuta si sia sempre perfezionata colla tradizione e che nessun giurista abbia mai pensato a sostenere che si dovesse perfezionare col semplice consenso») si trova sostenuto in S. PE-

a supporto dell'atteggiamento 'anomalista'⁵⁰. Si legga appunto

Studi, cit., 280 s., nt. 183. Per ulteriori riferimenti si rinvia a G. ROMANO, *Note a margine di Ulp. 26 ad ed. D.12.4.3.3-4 (A proposito di una nota interpretazione di Filippo Gallo)*, in *AUPA*, LII, 2007-2008, 209 s., ove deve ritenersi non corretta la citazione (nt. 108) di A. BURDESE, *Ultime prospettive*, cit., 33 s., in cui lo «schema quadripartito» di cui l'Autore denuncia la non esaustività è piuttosto quello di Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.

⁵⁰ Per un inquadramento della permuta nello schema dell'*obligatio consensu contracta*, da parte dei (soli) sabiniani, vd. già C. ACCARIAS, *Théorie*, cit., 127: «Dans la première opinion, celle des Sabinien, la simple convention d'échange est obligatoire. De même que la vente est réputée parfaite par le consentement réciproque sur la chose et le prix, de même l'échange est parfait par le consentement réciproque sur la chose qui tient lieu de *merx* et sur celle qui joue le rôle de *pretium*. Les textes ne le disent pas formellement, mai s'ela devait être, ou bien l'assimilation de l'échange à la vente n'aurait pas été complète»; A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinen Recht. Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, I, Erlangen, 1876, 6 s.; C. FERRINI, *Sull'origine del contratto di compravendita in Roma*, in *Memoria della Regia Accademia di Scienze e lettere Arti Modena*, IX, 1893, ora in *Opere*, III. *Studi vari di diritto romano e moderno*, Milano, 1929, 51 ss.; P. BONFANTE, *Istituzioni*, cit., 482 («i Sabiniani [...] pretesero di considerarla come una compravendita e quindi sancirne la validità obbligatoria in base all'obbligo reciproco assunto dalle parti e manifestato col consenso»; F. SITZIA, voce *Permuta*, cit., 109 e *ivi* nt. 21; diversamente, ritengono che il piano di scontro non avrebbe riguardato il profilo strutturale dell'*obligatio ex permutatione*, nel senso che anche per i proculiani la permuta sarebbe stata riconducibile allo schema dell'*obligatio consensu contracta* A. SCHIAVO-

difficoltà interpretative per gli studiosi, i quali ne hanno variamente denunciato l'incongruenza rispetto all'impostazione adottata in Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.1.

Ci si è per l'appunto chiesti come potesse Paolo accordare un'*actio in factum* in caso di evizione, nell'ambito di un rapporto per la cui attuazione lo stesso giurista accordava un'azione civile di adempimento⁴. Va in effetti considerato che, dal

A. BURDESE, *Osservazioni in tema di c. d. contratti innominati*, in *Estudios Iglesias*, I, Madrid, 1988, 148 («parrebbe trattarsi di *actio in factum* in senso stretto, non di azione concessa sull'esempio di quella di compravendita»); ID., *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje J. L. Murga Gener*, Madrid, 1994, 84; ID., *Divagazioni in tema di contratto romano, tra forma consenso e causa*, in '*Iuris vincula*'. *Studi in onore di M. Talamanca*, I, Napoli, 2001, 339, su cui vd. *infra*; M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, in *BIDR*, XCII-XCIII, 1989-1990, 735; C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *Iura*, LVIII, 2010, 78; da ultimo E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 288 ss.

⁴ P. COLLINET, *La nature*, cit., 328 («entre le deux textes parallèles, la contradiction est flagrante»); così («sarebbe strano che si ammetta [*scil. l'actio in factum*] per l'evizione e non per ottenere la controprestazione») anche B. BIONDI, *Contratto e 'stipulatio'*, Milano, 1953, 101; considerazioni analoghe a quelle di Biondi si trovano oggi in C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., 78; in un diverso ordine di idee, insiste sulla sostanziale inutilità del ricorso ad *actio in factum* nell'ottica di un riconoscimento contrattuale della fattispecie A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *Iura*, XXXVI, 1985, 51 s.: «vedendo sulla scia di Aristone, il sorgere di obbligo civile (e relativa spettanza di azione civile pur non specifica per il tipo di contratto, che

punto di vista processuale, la concessione di un'*actio in factum* rappresenta un'opzione scarsamente compatibile con la prospettiva di un riconoscimento contrattuale, non essendo essa diretta all'attuazione del programma obbligatorio, ma essendo al contrario accordata nel presupposto della mancanza di un vincolo contrattuale⁵. Si tratta di un'osservazione che chiaramente non è sfuggita alla critica interpolazionistica, la quale si era anzi richiamata a tale contraddizione per mettere in discussione la classicità della soluzione adottata in Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.1⁶.

rende superflua l'*actio in factum* giuliana); le difficoltà derivanti dal fatto che Paolo sembri adottare la soluzione giuliana di concedere un'*actio in factum* in caso di evizione («Schwierig ist, wie Paulus zur *actio in factum* des Julian im Falle der Eviktions steth») sono ben presenti anche a M. ARTNER, 'Agere praescriptis verbis'. *Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin, 2002, 209, nt. 177.

⁵ In questo senso vd. P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*⁹, Milano, 1932, 483, nt. 1; che per i giuristi classici l'*actio in factum* decretale fosse «recommandée en l'absence d'un contrat» si trova sostenuto in PH. MEYLAN, 'Permutatio', cit., 53 s., nt. 19; così più recentemente anche G. MELILLO, *Forme*, cit., 497, il quale arriva pertanto a concludere che, secondo l'orientamento di Proculo-Nerva, seguito peraltro da Paolo, «la *permutatio* restasse addirittura fuori del *genus* contratto»; punto di vista riproposto in ID., 'Contrahe-re', cit., 211; in senso contrario, di «pregiudiziale metodologica» discute, soprattutto, P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 233, 283.

⁶ In questo senso, vd., ad es., J.C. NABER, *Observantiunculae*, cit., 83 ss., il quale — pur non escludendo del tutto

elementi che costituiscono agli occhi di Paolo l'impedimento principale per un'assimilazione del modello permutativo con lo schema della compravendita, piuttosto caratterizzato da una netta differenziazione dei profili obbligatori dei soggetti contraenti: *ob evictionem se obligare; possessionem tradere; purgari dolo malo* in capo al venditore; *nummos facere accipientis* per il compratore.

È solo nel § 2, com'è ben noto, che il discorso viene invece a incentrarsi sui differenti profili strutturali di entrambe le fattispecie contrattuali, e in particolare sui loro meccanismi perfezionativi⁴⁹, quale ulteriore sostegno argomentativo (*Item*)

⁴⁹ Per una differenziazione del rilievo che la prestazione (*datio*) avrebbe assunto nelle dinamiche costitutive del vincolo obbligatorio nell'ambito dei rapporti contrattuali atipici rispetto allo schema dogmatico dell'*obligatio re contracta* vd. G. GROSSO, *Il sistema*, cit., 87, 200; C.A. MASCHI, *Il diritto*, cit., I, 599 ss.; tra gli studiosi più recenti, nel segno di una distinzione tra '*initium obligationi praebere*' e '*obligationem constituere*' (allusiva al momento iniziale ma non genetico del rapporto obbligatorio) vd. soprattutto R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 185 s.; ID., *La causa*, cit., 93 s.; per un ridimensionamento, A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 93; ID., *Divagazioni*, cit., 339 nt. 52: «dal punto di vista degli elementi di struttura della fattispecie contrattuale non vedo differenze tra l'effetto di *initium obligationi praebere* e quello di *obligationem constituere*»; da ultimo, avanza dubbi circa l'ipotesi di un diverso rilievo della *datio* rispetto ai meccanismi costitutivi dei c.d. contratti reali, dichiarandosi in particolare scettico nei confronti dell'accostamento della logica dell'*initium obligationi (praebere)* rispetto alla prospettiva la-beoniana del *convenire re* di D.2.14.1.2 E. SCIANDRELLO,

più concreti per attribuire a Paolo una tale impostazione ricostruttiva.

4. Da questo punto di vista non si può fare a meno (innanzitutto) di osservare che il tentativo di giustificare il ripiego verso un'*actio in factum* per il mancato perfezionamento contrattuale rappresenta un'ipotesi che non sembra ben conciliarsi con l'impianto narrativo del frammento paolino, nel senso che la soluzione è messa in relazione (*unde*) con la irriducibilità della *permutatio* nello schema contrattuale dell'*emptio venditio*⁴⁷, in un contesto in cui non si è (ancora) fatto alcun riferimento alle diverse modalità costitutive del rapporto contrattuale, alle quali in effetti si accennerà solo nel successivo § 2⁴⁸.

Nel pr., infatti, l'attenzione del giurista è unicamente concentrata sulla valorizzazione degli elementi di difformità tra i due tipi negoziali sul piano del (contenuto del) programma obbligatorio:

⁴⁷ In questo senso P. COLLINET, *La nature*, cit., 327; più recentemente («il penetrante discorso [...] sfocia nella conclusione») F. GALLO, *Synallagma*, cit., II, 72 e *ivi* nt. 20; da ultimo denuncia la connessione tra i due §§ C.A. CANATA, *Labeone*, cit., 77 s.

⁴⁸ Osservazione che non deve essere evidentemente sfuggita a M. TALAMANCA, *Pubblicazioni*, cit., 735 s., al punto da indurre lo studioso a ipotizzare una lacuna tra il pr. e il § 1: «indubbiamente qualcosa è caduto, in D.19.4.1, tra il pr. ed il § 1, ché l'*unde* con cui comincia quest'ultimo mal si riallaccia a quanto precedentemente detto».

Tra i vari tentativi che sono stati effettuati per sanare il contrasto con Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.1, si è innanzi tutto insinuato il sospetto che si trattasse di una soluzione non corrispondente al punto di vista di Paolo. Si è così pensato a una citazione meramente documentativa di altro indirizzo giurisprudenziale.

Più precisamente la soluzione riferita nel brano avrebbe rispecchiato l'opinione di Salvio Giuliano⁷, o comunque di un settore non meglio preci-

l'ipotesi di un diverso trattamento processuale («*potuit sane Paulus re non tradita civilem actionem dare, evicta, in factum*») — riteneva piuttosto che il giurista avrebbe anche in questo caso concesso la stessa azione civile («*iurisconsultus tam negligenter in tali re versari non potuit [...] potuit sane Paulus re non tradita civilem actionem dare, evicta in factum. Sed magis est, ut ei ipsa actio civilis ex causa permutationis abiudicaretur*»), con una considerazione che induceva l'Autore a ritenere triboniano il riferimento all'*actio* all'*id quod interest nostra de qua convenit* in D.19.5.1.1, così come in D.19.4.1.4 nella restituzione proposta da Mommsen: sul punto vd. *infra* § 5; così anche P. COLLINET, *La nature*, cit., 328.

⁷ G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, 161; E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere' in giuristi proculeiani e sabiniani*, in *BIDR*, XXVIII, 1915, 39; C.A. MASCHI, *Il diritto*, cit., I, 610 ss., 618; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli, 1971, 161, nt. 243; Paolo si sarebbe limitato a ricordare l'esistenza di un diverso orientamento in materia facente capo a proprio Salvio Giuliano, anche secondo P. DE FRANCISCI, 'SUNALLAGMA', cit., I, 131 s., per il quale, però, il giurista severiano avrebbe diversamente ammesso la sola *condictio*, come si ricaverebbe (ovviamente in una diagnosi interpolazionistica) dal successivo § 4; un riferi-

sabile della giurisprudenza⁸, rispetto alla quale (opinione) il giurista severiano avrebbe preso le distanze. In quest'ottica, si è anche suggerito di procedere alla sostituzione dell'attuale *respondetur* con un originario *Iulianus respondit*⁹ o, diversamente, di integrare il brano leggendo *a nonnullis respondetur*¹⁰.

Da altri ancora è stato sostenuto che in origine Paolo riferisse, analogamente a Ulp. 4 *ad* D.2.14.7.2, i diversi punti di vista di Giuliano e Mauriciano, le cui posizioni sarebbero state poi sintetizzate dai commissari, nel tentativo di far

mento (non adesivo) al punto di vista dell'opinione di Giuliano è colto anche da A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 51 s.; ID., *Osservazioni*, cit., 148 («ove parrebbe trattarsi di *actio in factum* in senso stretto, ma [...] nell'ambito di una frase in cui Paolo avrebbe menzionato opinione altrui»); ID., *I contratti*, cit., 84, di cui occorre però considerare il diverso punto di vista successivamente maturato in ID., *Divagazioni*, cit., 339, su cui vd. *infra* nt. 17.

⁸ G. BESELER, *Beiträge*, cit., II, 161.

⁹ Cautamente («forse nel testo stava *Iulianus respondit*») P. DE FRANCISCI, '*SUNALLAGMA*', cit., I, 133; sempre dubitativamente anche E. BETTI, *Sul valore*, cit., 26, nt. 3, 39; tra gli studiosi più recenti vanno segnalati A. SCHIAVONE, *Studi*, cit., 161, nt. 24; A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 51: «la soluzione *dandam in factum actionem* [...] nell'originale è possibile, ipotizzando la sostituzione di *respondetur a Iulianus respondit*, fosse attribuita a Giuliano»; ID., *Osservazioni*, cit., 148 e *ivi* nt. 49, con gli accennati sviluppi però di cui *infra*, in nt. 17.

¹⁰ G. BESELER, *Beiträge*, cit., II, 161; criticamente C.A. MASCHI, *Il diritto*, cit., 611, nt. 114.

Se dunque non sarebbe stato astrattamente impossibile ricavare elementi per orientarsi nel senso di un mancato perfezionamento della vicenda contrattuale (per lo meno nel caso qui analizzato di evizione del primo accipiente)⁴⁶, la questione da risolvere è se vi siano piuttosto indizi

maneret, creditam non esse, quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi. Igitur si is, qui pecuniam hac conditione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit, non fore creditam; magis enim meum accepisse intellegi debeo. Sed haec intelligenda sunt propter subtilitatem verborum, benignius tamen, utrumque valeret. Sulla testimonianza vd., con varie proposte di emendazione, che si indirizzano principalmente verso la chiusa *sed haec-valeret*, nonché verso il tratto *dixi-pecuniam creditam*, G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, 105 s.; P. DE FRANCISCI, '*SUNALLAGMA*', cit., II, Pavia, 1916, 446 s.; E. BETTI, *Consapevole divergenza*, cit., 322 ss.; G.G. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, 39 ss.; con ampio resoconto della letteratura meno recente, S. BROISE, '*Animus donandi*'. *Concetto romano e suoi riflessi sulla dogmatica odierna*, Pisa, 1975, 53 ss.; più recentemente, per la fattura bizantina della chiusa si pronuncia, con diagnosi che colpisce anche il tratto *in huiusmodi-creditam* A. SACCOCCIO, '*Si certum petetur*', cit., 359 ss., al quale si rimanda anche per l'ampio ragguaglio bibliografico; sul brano, da ultimo, R. SCEVOLA, '*Negotium mixtum cum donatione*'. *Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2008, 134, nt. 55; 211, nt. 14; per la genuinità complessiva del brano (anche della chiusa), com'è noto, gran parte della dottrina più antica: indicazioni in proposito possono trovarsi in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette. Libro XII*, trad. it., Milano, 1905, 44 ss.

⁴⁶ Sul punto vd. *infra* § 6.

dotto il giurista antoniniano a interrogarsi sulla natura propriamente contrattuale dell'obbligazione restitutoria, e che sembra egualmente intonarsi con le analoghe considerazioni sviluppate da Salvio Giuliano nel notissimo e assai dibattuto Iul. 18 dig. D.12.1.20: *Si tibi pecuniam donassem, ut mihi eandem crederes [...] creditam non esse, quia exsolvendi causa magis daretur, quam alterius obligandi*⁴⁵.

Contratto, cit., 374 ss.; ID., *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *TSDP*, V, 2012, 87, nt. 114, 119 ss.; G. FALCONE, *Approccio operativo-cautelare e 'obligationes ex contractu' nelle Istituzioni di Gaio*, in *Festschrift für R. Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2010, 319, con (dubbia) svalutazione del rilievo dogmatico del brano («la stessa perplessità [...] non richiama in causa [...] una circostanza per così dire statica e di ordine dogmatico quale l'esistenza o meno di una *conventio*»); devono ritenersi ormai del tutto superati i sospetti di una possibile origine glossematica della chiusa *sed haec-contrahere* avanzati da E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1923, 493 ss., ora in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, 79 ss., 134, nt. 5, e ripresi soprattutto da J.C. VAN OVEN, *Remarques sur Gaius 3.91*, in *Iura*, I, 1950, 21 ss.; ID., *L'origine de la glose dans Gaius 3,91*, in *TR*, XXV, 1957, 196 ss.; in favore della genuinità già E. BETTI, *Sul significato*, cit., 65 ss.; G. SEGRÈ, *Sulla classificazione delle cause delle 'obligationes' nelle Istituzioni di Gaio*, in *RAL*, V, 1929, 49 ss., ora in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 438 ss.; con fermezza G. GROSSO, *Il sistema*, cit., 15.

⁴⁵ Iul. 18 dig. D.12.1.20: *Si tibi pecuniam donassem, ut mihi eandem crederes, an credita fieret? Dixi, in huiusmodi propositionibus non propriis verbis nos uti; nam talem contractum neque donationem esse, neque pecuniam creditam; donationem non esse, quia non ea mente pecunia daretur, ut omnimodo penes accipientem*

scomparire ogni traccia dell'originaria controversia, nella formulazione *actio in factum civilis*, e che poi l'aggettivo *civilis* sarebbe in seguito caduto per una svista¹¹.

2. Si tratta di soluzioni che non possono essere accolte: addirittura farraginosa ed evidentemente priva di qualsiasi fondamento, la seconda¹².

Senza voler per il momento affrontare la questione se nella testimonianza si riferisca effettivamente una decisione già risalente a Giuliano¹³, ipotesi questa sulla quale occorre maggiore cautela¹⁴, ciò che conta innanzi tutto osservare è che non vi sono elementi concreti che legittimino la congettura di un intervento soppressivo di un o-

¹¹ Così O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 1.1195; seguito da R. RÖHLE, *'Iulius Paulus'. Gelehrte Untersuchungen einzelner Rechtsfragen*, Kassel, 1975, 94 ss. (non consultato: così in base a J. SCHMIDT-OTT, *'Pauli Quaestiones'. Eigenart und Textgeschichte einer spätclassischen Juristenschriften*, Berlin, 1993, 225, nt. 66).

¹² In senso critico, J. SCHMIDT-OTT, *'Pauli Quaestiones'*, cit., 225, nt. 66.

¹³ Così O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, Berlin, 1887, 135; A. PERNICE, *Parerga*, cit., III, 255, nt. 4; E. BETTI, *Sul valore*, cit., 39; G. BESELER, *Beiträge*, cit., II, 161; C.A. MASCHI, *Il diritto*, cit., 610 ss.; A. SCHIAVONE, *Studi*, cit., 161, nt. 243; A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 51; ID., *I contratti*, cit., 84.

¹⁴ In proposito vd. *infra*, § 6.

riginario riferimento all'opinione del giurista adrianeo. Quanto all'uso di *respondetur*, si potrebbe già osservare che esso rappresenta uno stilema tipicamente paolino¹⁵. Si deve inoltre rilevare che se Paolo avesse semplicemente inteso richiamare un altrui punto di vista, senza ritenerlo ancora valido, avrebbe forse adoperato un più appropriato *responsum est*, e non invece il presente passivo *respondetur*¹⁶, il quale sembra ancor più suggerire l'idea di una risposta attuale, da ritenersi ancora valida.

In ogni caso, ciò che va opportunamente messo in evidenza è che il brano non offre spunti dai quali possa affiorare una divergenza di opinioni. Né del resto emergono indizi concreti che lascino pensare a una soppressione compilatoria, la quale, oltre tutto, avrebbe sortito il solo effetto di cancellare la soluzione in linea col diritto giustiniano per mantenerne al contrario una oramai del tutto superata, con un risultato, a dir poco sconsigliato, che sarebbe andato decisamente contro le fi-

¹⁵ A denunciare un uso prettamente paolino del *respondetur* (9 su 19, mai in Ulpiano) già PH. MEYLAN, 'Permutatio', cit., 54, nt. 21; critiche sul verbo si trovano, invece, in C.A. AUDIBERT, *L'expression 'civilis in factum'. Son caractère byzantin*, in *Mélanges Fitting*, I, Montpellier, 1907, 46, nt. 2; P. COLLINET, *La genèse du digeste, du code et des institutes de Justinien*, Paris, 1952, 219, nt. 1.

¹⁶ Inespiegabilmente, riteneva futuro passivo '*respondetur*' P. DE FRANCISCI, '*SUNALLAGMA*', cit., I, 133, il quale, anche per questa ragione, si mostrava aperto all'ipotesi di una fattura bizantina.

Da quest'ultimo punto di vista, occorrerebbe quantomeno considerare che il comportamento di colui che dava, credendo di aver ricevuto in cambio quanto pattuito, risultava in effetti diretto all'estinzione di un vincolo obbligatorio che egli erroneamente riteneva esistente, anziché alla costituzione *ex nunc* di un rapporto contrattuale. Una situazione che, come si può intuire, mostra evidenti punti di contatto con l'ipotesi di indebito affrontata in Gai 3.91 (*magis distrahere vult negotium quam contrahere*)⁴⁴, che in quell'occasione aveva in-

⁴⁴ Della vastissima letteratura si vedano, anche per una più ampia valutazione dell'intero § gaiano, quantomeno E. BETTI, *Sul significato di 'contrahere' in Gaio*, in *BIDR*, XXV, 1912, 65 ss.; ID., *Sul valore*, cit., 52 s.; G. GROSSO, *Il sistema*, cit., 7 ss., 36 s.; A. SCHIAVONE, *Studi*, cit., 126 ss.; H. L. W. NELSON, U. MANTHE, '*Gai Institutiones III 88-181, Die Kontraktobligationen. Text und Commentar*', Berlin, 1999, 83 ss.; G. MELILLO, '*In solutum dare. Contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*', Napoli, 1970, 68 ss.; ID., *Forme*, cit., 491 s.; ID., '*Contrahere*', cit., 64 ss.; A. SACCOCCIO, '*Si certum petetur. Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' giustinianee*', Milano, 2002, 472 ss., 491 ss., 502 ss.; A.M. GIOMARO, '*Unde quidem putant' (Gai 3.91): non solo critica alla bipartizione, non solo traccia dell'evoluzione concettuale di 'contractus'*', in *Studi in onore di R. Martini*, II, Milano, 2009, 297 ss., 319, con proposta di collegare la precisazione conclusiva del § «non già alla frase di apertura» *is quoque accepisset* «quanto piuttosto alla considerazione che immediatamente la precede, relativa alla situazione di donne e pupilli cui per errore sia stato indebitamente pagato *sine tutoris auctoritate* e alla possibilità di ritenerli obbligati»; B. CORTESE, '*Indebiti solutio' ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*', Padova, 2009, 20 ss.; L. GAROFALO,

rarsi nella diversa eventualità di sopravvenuto acquisto di situazione dominicale sulla *res* oggetto del trasferimento in capo al primo esecutore⁴²; circostanza che, come si può intuire, avrebbe peraltro impedito il verificarsi di un fenomeno evitativo. Si sarebbe poi trattato di processo di convalescenza comunque non incisivo sul piano della individuazione del momento genetico⁴³.

La successiva esecuzione della propria 'prestazione' da parte del contraente evitto non costituisce un fatto in grado di sanare l'atto (apparentemente) concepito come costitutivo del vincolo contrattuale, che continuerà a rimanere viziato. Al più potrebbe rilevare, non più quale mero fatto materiale, ma quale atto determinativo *ex nunc* di nuova e autonoma vicenda contrattuale, magari invariata sul piano del contenuto del programma obbligatorio, a condizione che però risultino soddisfatti i requisiti oggettivi e soprattutto soggettivi (sul piano della intenzionalità del vincolo) richiesti ai fini della costituzione di un valido rapporto contrattuale.

⁴² Sul punto si tenga però in considerazione E. BETTI, voce *Convalescenza*, cit., 788 s., ove si esclude (per il diritto classico) una convalescenza *iure civili* del negozio dispositivo per sopravvenuto acquisto della proprietà da parte dell'alienante.

⁴³ Sulla retroattività dei fenomeni di convalescenza del negozio invalido («l'invalidità può essere sanata in più modi, con effetto ordinariamente retroattivo») vd. E. BETTI, *Diritto*, cit., 337.

nalità stesse che Giustiniano e i suoi commissari si prefiggevano col ricorso all'attività di interpolazione.

Non ci si deve pertanto stupire se in dottrina, un numero crescente di studiosi, abbandonando l'ipotesi di una citazione meramente documentativa, abbia cominciato a prendere in sempre più seria considerazione l'eventualità di un'adesione paolina al punto di vista del giurista adrianeo¹⁷.

D'altra parte, occorre anche considerare che quello appena esaminato non sarebbe l'unica circostanza in cui le fonti parrebbero testimoniare

¹⁷ Tra gli studi più recenti vd. M. TALAMANCA, *Pubblicazioni*, cit., 735; un'apertura verso l'ipotesi di una continuità di indirizzo tra i due giuristi sembrerebbe affiorare anche in A. BURDESE, *I contratti*, cit., 84: «l'*actio in factum* [...] potrebbe nell'originale essere stata menzionata quale rimedio proposto da Giuliano secondo l'opinione di questi riferita per un caso analogo di *facio ut des* da Ulpiano in D.2.14.7.2, ripresa dallo stesso Paolo anche in D.19.5.5.2»; soprattutto, per quanto implicitamente, in ID., *Divagazioni*, cit., 339; che Paolo qui seguisse la posizione di Giuliano, è sostenuto pure da C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., 79 s.; da ultimo, in sostanza, anche E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 293 ss.; per l'attribuzione della soluzione (anche) a Paolo, vd. già A. GIFFARD, *L'actio civilis incerti et le synallagma (D,2,14,7)*, in *RHD*, XXXV, 1957, ora in *Études de droit romain*, Paris, 1972, 197; ID., *Les maitres de Beyrouth et l'action 'praescriptis verbis'*, in *Mnemosyna Pappouliá*, Atene, 1934, ora in *Études*, cit., 184, nt. 16; P. VOCI, *La dottrina*, cit., 262 s.: «Paolo deve condividere il pensiero dei supposti *nonnulli*, chè altrimenti concederebbe ad essi il pregio della coerenza, negandolo a se stesso».

una sostanziale unità di vedute tra i due giuristi sul piano della tutela processuale da assicurare in tema di evizione, e soprattutto sembrerebbero attestare una predilezione paolina verso il ricorso ad azioni *in factum* al verificarsi di un fenomeno evittivo. Il riferimento chiaramente è a Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.2, brano in cui il giurista severiano mostra di condividere l'insegnamento di Giuliano relativamente a un'ipotesi di *do ut manumittas*¹⁸. Si legga il brano nella parte che interessa:

Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.2: [...] *Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti et is in quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum <civillem>.*

¹⁸ Per un'adesione paolina al punto di vista giuliano vd. C. ACCARIAS, *Théorie des contrats innommés et explication du titre 'de praescriptis verbis' au digeste*, Paris, 1866, 221; («Der Meinung von Julian scheint auch Paulus selbst zuzustimmen») J. POKROWSKY, *Die 'actiones in factum' des classischen Rechts*, in *ZSS*, XVI, 1895, 82; G. MACCORMACK, *Contractual theory and the innominate contractus*, in *SDHI*, LI, 1985, 146, per il quale «Paul here appears to be adopting and affirming a decision of Iulian»; P. GRÖSCHLER, *'Actiones in factum'. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich*, Berlin, 2002, 21, nt. 17 («Paulus, der sich auf Julian beruft»); da ultimo («Paolo dimostra di preferire la soluzione, dal momento che cita solamente la tesi del celebre giureconsulto adrianeo e non anche quella di Mauriciano») anche E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 291 ss., 298.

recupero della vicenda negoziale per 'fatto sanante' (di questo in sostanza si sarebbe trattato) dovrebbe piuttosto trovare applicazione al sopraggiungere del presupposto la cui mancanza era stata all'origine dell'invalidità del negozio sanato⁴¹. Nel caso specifico, un processo di convalescenza del tipo qui indicato, potrebbe dunque configu-

tativo dello studioso: (148) «in esame con riguardo a un'ipotesi (*do ut facias* convertito in *facio ut des*)»; (168) «convertito 'interpretativamente' in ipotesi di *facio ut des* (a seguito e in forza dell'evizione di Stico)»; più in generale sull'istituto della conversione si vedano E. BETTI, *Consapevole divergenza della determinazione causale nel negozio giuridico (simulazione e riproduzione dicis causa o fiducia causa)*, in *BIDR*, XLII, 1934, 313; ID., *Diritto romano*, I. Parte generale, Padova, 1935, 339 s.; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 529 ss.; G. GANDOLFI, *Introduzione metodologica allo studio della "conversione"*, in *Jus*, XV, 1964, 212 ss.; ID., *Il concetto moderno di 'conversione' e la sua genesi legislativa*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, II, Milano, 1982, 551 ss.; V. GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante conversione in diritto romano*, Napoli, 1965, 32 ss., 58.

⁴¹ Sul punto vd., ma in una prospettiva che tende a relegare l'operatività dell'istituto all'interno del diritto pretorio, quale forma di «sanatoria indiretta» E. BETTI, *Diritto romano*, cit., I, 337; ID., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, 481; ID., voce *Convalescenza del negozio giuridico (dir. rom.-dir. vig.)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 787 ss.; in proposito vd. più recentemente G. FINAZZI, *Riflessioni sul rapporto fra convalida e ratifica*, in *Fides Humanitas*, cit., III, 1909 s. e, *ivi*, nt. 15; 1913, nt. 24; 1929, al quale si rinvia anche per una più puntuale delimitazione della nozione di convalescenza rispetto agli istituti della convalida e della conferma.

un'adeguata valutazione³⁹, si deve perlomeno osservare che in entrambi i casi è mancato uno sforzo di precisazione sul piano dell'individuazione dei meccanismi giuridici che avrebbero dovuto rendere possibile un risultato del tipo di quello indicato.

Se non altro, andrebbe valutato (almeno in relazione alla soluzione di Paul. 33 *ad ed.* che qui più interessa, visto che per il caso di Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.2 occorrerebbe in più andare a valutare l'ammissibilità di un fenomeno 'conversivo' del negozio nullo)⁴⁰ che l'ipotesi di un intervento di

³⁹ Si mostra giustamente critico rispetto all'ipotesi di una riqualficazione del rapporto esaminato in D.2.14.7.2 in termini di *facio ut des* C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., 72 s.: «È ben vero che, in concreto, era stata eseguita la seconda prestazione, ma questo non ha rilevanza nel senso che questa esecuzione convalida per prima l'accordo».

⁴⁰ Sul punto vd., da ultimo, C. PELLOSO, *'Do ut des'*, cit., 146 s. e *ivi* nt. 110: «il negozio si convertirebbe in concreto, nell'ottica mauricianea, in un'ipotesi di *factum dandi causa* [...] ritengo sia preferibile ritenere che il caso – più che risolversi, quasi per un naturale ed oggettivo automatismo, in una convenzione innominata vestita di una prima prestazione di *facere* (*manumissio*) in vista di una controprestazione di *dare* – sia stato interpretato da Mauriciano in senso conservativo [...] come un'ipotesi di *facio ut des* [...] per farla breve il caso sottoposto all'attenzione di Mauriciano non è di *facio ut des*, bensì è solo interpretato come tale», segnalando così un'evoluzione rispetto al punto di vista precedentemente espresso in ID., *Le origini*, cit., 77, per quanto non manchino oscillazioni di pensiero che dimostrano quanto rischi di rivelarsi incerto il ten-

Il caso è ben noto, e corrisponde, pur con non trascurabili differenze sul piano della soluzione processuale, alla fattispecie esaminata nel notissimo Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.2. *Tu* riceve da *Ego* il servo Stico in cambio della manomissione di Panfilo. Una volta manomesso Panfilo, *Tu* viene convenuto vittoriosamente dal proprietario di Stico. Si pone il problema di come tutelare il contraente evitto. In proposito Paolo riferisce il punto di vista di Giuliano¹⁹, il quale proponeva una distinzione in funzione del grado di consapevolezza della controparte circa l'altruità del servo evitto. In particolare si sarebbe agito con l'*actio de dolo*, nell'ipotesi che questa fosse stata a conoscenza della reale appartenenza del servo, con l'*actio in factum* (<*civilem*>)²⁰, se invece ne fosse stata all'oscuro.

¹⁹ Espunge dal brano, con una proposta assolutamente irricevibile, l'inciso *Iulianus scribit* J. SCHMIDT-OTT, *'Pauli Quaestiones'*, cit., 225, ove si adduce malamente Bas. 20.4.5.2 («Diese Hypothese wird durch die Basiliken-Übersetzung bestätigt, weil dort der Hinweis auf Iulian fehlt und nur von einer *actio civilis* di Rede ist»): sul punto vd. anche G. ROMANO, *Brevi considerazioni su 'Paul. 32 <33> ad ed. D.19.4.1.4: tra tradizione testuale e proposte emendative*, in TSDP, V, 2012, § 3, nt. 56.

²⁰ Per la soppressione dell'aggettivo *civilem* ci limitiamo qui a segnalare C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano e classico*, in *Iura*, XXI, 1970, 66 nt. 38; ID., *Labeone*, cit., 82 s.; A. SCHIAVONE, *Studi*, cit., 161 nt. 243; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA*, XXXVII, 1983, 95; A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 28, 53; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra*

Anche in questa circostanza si è provato a diversificare la posizione dei due giuristi: ma ci pare senza successo. Che pure in quest'occasione si sia verificata una svista del copista, o vi sia stato un intervento compilatorio mal riuscito, significa davvero credere alla mala sorte o alla dabbenaggine dei commissari di Giustiniano²¹.

*'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, 100, nt. 250; F. GALLO, 'Synallagma', cit., II, 180; S. TONDO, *Note ulpianee alla rubrica edittale per i 'pacta conventa'*, in *SDHI*, LXIV, 1998, 453; P. GRÖSCHLER, 'Actiones', cit., 21, nt. 17; M. ARTNER, 'Agere praescriptis verbis', cit., 146 s.; M. SARGENTI, 'Actio civilis in factum' e 'actio praescriptis verbis', in *SDHI*, LXXII, 2006, 248, 289; C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche del 'SYNALLAGMA' di Aristone*, in *La compravendita*, cit., I, 95, nt. 200; ID., 'Do ut des', cit., 156 ss.; B. SCHMIDLIN, *Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die 'actio praescriptis verbis'. Zum aktionen rechtlichen Aufbau der römischen Konsensualverträge*, in *ZSS*, CXXIV, 2007, 88, nt. 63; per ulteriori indicazioni rinviamo a G. ROMANO, *Nota sulla tutela del contraente evitto nell'ambito dei c.d. contratti innominati. Il caso dell'actio auctoritatis*, in *D@S*, IX, 2010, 12, 39, ntt. 166-169; da ultimo E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 291.*

²¹ A una «omissione di un brano (di circa una riga) ad opera del copista del manoscritto fiorentino del Digesto, o anzi, più probabilmente, del redattore dell'archetipo dei manoscritti del Digesto» pensa C.A. CANNATA, *Labeone e il contratto*, in *Panorami*, V, 1993, 137, nt. 50, per il quale il passo andrebbe ricostruito nel modo seguente: *si ignorans in factum<: sed ego puto omnimodo dandam in factum> civilem*; posizione ribadita nel corso degli anni in ID., *Der Vertrag als*

In ciò ha certamente pesato l'interpretazione di Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.2, ove appunto si è supposto una riconfigurazione, in termini di *facio ut des*, di un originario (ma solo apparente) caso di *do ut facias*, strutturalmente viziato dal mancato conseguimento dell'effetto traslativo.

Senza volerci qui soffermare sulle ragioni che dovrebbero invitare a riconsiderare con maggiore attenzione l'ipotesi di un'incidenza del fenomeno evittivo (o meglio di una successiva esecuzione del comportamento convenuto: *facere*)³⁸ sul piano della 'riqualificazione' del rapporto contrattuale, alla quale ci si è probabilmente affidati senza

Gai 4.46 con la sussistenza di un rapporto obbligatorio di *ius civile* («è di tutta evidenza, infatti, che il giurista adrianeo, suggerendo la concessione di un'*actio in factum*, escludeva la nascita di una *civilis obligatio*»: 303 s.), o ancora a escludere una piena assimilazione dei due modelli processuali sul piano dell'intensità della tutela: «la tutela pretoria suggerita da Giuliano si pone un gradino sotto quella civilistica indicata da Mauriciano sulla scia di Aristone» (304, nt. 234).

³⁸ È appena il caso di osservare che a incidere sulla riconfigurazione del rapporto contrattuale, o se si vuole su una sua diversa configurazione (essendo la prima solo apparente), non è il verificarsi dell'evizione in sé e per sé considerato (secondo quanto variamente affermato, ma per evidenti ragioni di sintesi espressiva, in dottrina). Essa semmai rappresenta un indice, un elemento meramente rilevatore del mancato perfezionamento della fattispecie contrattuale negli originari termini di *do ut facias*, dovendosi piuttosto individuare nel *facere* il fattore di riconfigurazione della vicenda negoziale.

un'attuazione dello scambio da parte del contraente evitto.

Se parte della dottrina ha ritenuto di escluderlo, al punto da immaginare che questi non avesse ancora provveduto a effettuare il trasferimento di proprietà, è perché si è data sostanzialmente per scontata l'idoneità di una successiva consegna (debitamente traslativa della *res*) a determinare, *ex nunc*, la costituzione di un valido rapporto contrattuale³⁷.

³⁷ In questo senso (in caso di «evizione della *res* oggetto della prestazione iniziale dopo il corretto adempimento della controprestazione da parte dell'altro permutante [...] il contratto produce effetti obbligatori, poiché è stata compiuta validamente una prestazione»), E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 288 s., di cui non sembra potersi condividere il tentativo di ricondurre l'*actio in factum* di Paul. 33 *ad ed.* nell'ambito degli strumenti attuativi della logica sinallagmatica aristoniana («Grazie all'operatività del *sunE I I*agma aristoniano, dunque il permutante che, dopo aver eseguito correttamente la propria prestazione, si fosse trovato a dover subire l'evizione della cosa a sua volta ricevuta, poteva agire, secondo quanto riferisce Paolo nel § 1, con un'*actio in factum*»), soprattutto se si ammette, come fa l'autore, che «qui[scil. in caso di evizione], invero, il contratto produce effetti obbligatori» o che appunto nella «prospettiva aristoniana, probabilmente accolta da Paolo, si determinava perciò quello squilibrio patrimoniale che faceva sorgere in capo al contraente adempiente il diritto alla controprestazione»: in tal caso avrebbe dovuto trovare semmai applicazione l'azione civile e non l'*actio in factum*, tanto più che è lo stesso studioso a pronunciarsi (seppur con riferimento al punto di vista giuliano relativo a Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.2) nel senso di una incompatibilità del modello di

Sembrerebbe pertanto avvalorata l'ipotesi che proprio l'*actio in factum* pretoria potesse rappresentare lo strumento prescelto da Paolo in Paul. 32 <33> *ad ed.* D.19.4.1.1, con la differenza che il carattere sussidiario dell'*actio de dolo* avrebbe qui impedito il ricorso a tale azione, risultando comunque applicabile la *condictio*²².

zivilrechtlicher Obligerungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit, in 'Collatio iuris romani'. *Études H. Ankum*, Amsterdam, 1995, 68, nt. 35; ID., *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso internazionale ARISTEC* (Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995), Torino, 1997, 38; più recentemente in ID., *L'actio in factum civilis*, in *Iura*, LVII, 2008-2009, 32 e, *ivi*, nt. 45 ('*omoioleuton*'); ID., *Labeone*, cit., 83 e *ivi* nt. 130; nella stessa direzione vd. anche R. KNÜTEL, *La 'causa' nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto*, cit., 138 s.; che qui Paolo si richiami a Giuliano senza però adeguarsi alla soluzione indicata dal giurista adrianeo («"richiamandosi", sembrerebbe testualmente, a soluzioni giuliane, più che "conformandosi" ad esse in *toto*») è sostenuto anche da C. PELLOSO, *'Do ut des'*, cit., 154 s., 157 s., 166, ove si aderisce all'ipotesi di Cannata. Assolutamente impraticabile deve ritenersi la proposta di sopprimere piuttosto le parole *Iulianus scribit [...] in factum* più recentemente avanzata da J. SCHMIDT-OTT, *'Pauli Quaestiones'*, cit., 223 ss., il cui approccio metodologico sul piano della ricostruzione testuale desta, al di là del caso specifico, seri motivi di riflessione; si vedano le valutazioni critiche di M. TALAMANCA, *Recensione a J. SCHMIDT-OTT, 'Pauli Quaestiones'*, cit., in *BIDR*, XCVI-XCVII, 1993-1994, 875; in senso contrario vd. anche C. PELLOSO, *'Do ut des'*, cit., 156, nt. 123.

²² Considerazione evidentemente sfuggita a P. COLLINET, *La genèse*, cit., 219, nt. 1, il quale, nel tentativo di difendere la genuinità del ricorso all'*actio de dolo* attestato in Paul. 5

3. Si è così riproposta la questione di come coordinare la soluzione di Paul. 32 <33> *ad ed.* D.19.4.1.1 con la concessione di un'azione civile per l'ipotesi di adempimento²³. Si è fatto rilevare come, in realtà, non sussista un'assoluta inconciliabilità tra le due prospettive processuali²⁴. In effetti le azioni sarebbero approntate in relazione a ipotesi (perlomeno) 'materialmente' differenti²⁵

quaest. rispetto alla soluzione indicata in Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.2, prendeva posizione per l'origine glossematica di Paul. 32 <33> *ad ed.*: «L'existence au Digeste d'une troisième version de la même solution [...] qui ne relate, elle non plus, que l'*actio in factum*, ne saurait affaiblir l'argumentation; car cette version est manifestement une scolie et non point l'oeuvre de Paul, comme le prouve sa forme impersonnelle (*respondetur*). Paul n'aurait pas manqué de citer Julien et de profiter de l'avantage que lui procurait l'autorité de ce jurisconsulte. La scolie a pur source le D.2.14.7.2».

²³ Non sembra aver colto nella sua effettiva dimensione il problema E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 288 ss.: in proposito vd. *infra* ntt. 31, 37.

²⁴ In questo senso («l'*actio in factum* del § 1 non è, però, a ben vedere antagonista ad una generale accettazione della dottrina aristoniana da parte di Paolo») vd. già M. TALAMANCA, *Pubblicazioni*, cit., 735; che «la scelta paolina non implica comunque un rifiuto dell'impostazione aristoniana» è sostenuto, relativamente alla soluzione di Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.2, di recente anche da E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 291 s.

²⁵ Occorre da questo punto di vista tenere presente che anche l'azione intentata a seguito di evizione potrebbe ritenersi (in specifiche ipotesi applicative) azione diretta all'adempimento: ciò almeno nel caso di azione esercitata

risultando in effetti di difficile individuazione l'interesse da far valere in giudizio³⁵.

Ciò induce a ritenere che il contraente evitto avesse già provveduto all'adempimento della propria prestazione, e che dunque lo scambio avesse trovato completa attuazione³⁶.

D'altra parte, l'ipotesi di un mancato perfezionamento contrattuale (per consegna di cosa altrui da parte del primo esecutore) sembrerebbe offrire margini di praticabilità pur in presenza di

³⁵ Non potendosi ovviamente pensare, in assenza di un valido rapporto contrattuale, all'interesse all'esatto adempimento (così, del resto, implicitamente anche A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., 339), in concreto, l'unico interesse del contraente evitto sarebbe stato quello di non essere chiamato ad adempiere la propria 'prestazione', o meglio di farsi dichiarare sciolto dall'obbligo di darvi esecuzione, attraverso un meccanismo sostanzialmente analogo a quello della c.d. *condictio liberationis*. L'adesione a un'ipotesi di questo tipo, però, equivarrebbe sostanzialmente a rinnegare il ragionamento sin qui svolto, in quanto significherebbe ammettere implicitamente l'idoneità a costituire un valido rapporto permutativo anche a una consegna non traslativa della proprietà della cosa: diversamente non si sarebbe costituita alcuna obbligazione dalla quale essere liberati.

³⁶ Che il brano in questione si riferisca a un'ipotesi di scambio attuato da entrambi i contraenti si trova sostenuto, tra gli studiosi più recenti, già in E. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Basel, 1955, 117, nt. 3; così anche PH. MEYLAN, '*Permutatio*', cit., 53, il quale insiste anche sull'*acceperim-dederim*, tra le righe («in quanto la prima *datio* aveva ad oggetto una *res aliena*») sembra che in quest'ordine di idee si ponesse anche M. TALAMANCA, *Pubblicazioni*, cit., 735.

mancato perfezionamento del contratto sarebbe quella di uno scambio reciproco di cosa altrui.³²

La questione non è sfuggita a Burdese, il quale ha provato a risolvere questa evidente incongruenza, ipotizzando che il contraente evitto non avesse ancora provveduto a eseguire «la propria *datio* traslativa di proprietà», costituendosi altrimenti a carico della controparte un'«obbligazione civile al trasferimento della proprietà della cosa convenuta in cambio»³³: con l'ulteriore conseguenza che il contraente evitto si sarebbe trovato nella condizione di poter agire con l'azione di adempimento per l'*id quod interest*.

La soluzione lascia alquanto perplessi. Non si comprende, infatti, per quale ragione si sarebbe dovuto concedere un'azione a chi non avesse ancora provveduto a eseguire la propria prestazione,³⁴ e soprattutto quale utilità costui avrebbe dovuto attendersi da un rimedio di questo genere,

³² Così F. SITZIA, voce *Permuta*, cit., 112 s. e *ivi* nt. 48: «si può affermare che, se entrambe le parti compiono una *traditio* di cosa altrui, non abbiamo una permuta in quanto all'accordo non è seguita alcuna prestazione di dare».

³³ A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., 339.

³⁴ Se lo chiedeva già PH. MEYLAN, '*Permutatio*', cit., 53; che «l'échangiste évincé de la chose reçue avant d'avoir lui-même opéré la dation convenue, ne saurait exercer aucun recours: l'éviction prouve seulement qu'il n'est pas obligé, que le contrat ne s'est pas formé», si trova sostenuto ancor prima in C. ACCARIAS, *Théorie*, cit., 134; da ultimo anche E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 288 s.

dal primo esecutore, essendo la controparte formalmente obbligata a una consegna traslativa della *res* convenuta in corrispettivo, secondo quanto può *a contrario* ricavarsi, pur nel silenzio del brano, da D.19.4.1.3 (conforme l'interpretazione di Bas.20.3.1 ἔπι δὲ τῆς ἀνταλλαγῆς ἴκτεροῖς ἐναγκάζεται ποιεῖν δεσπότην τὸν ἰαμβένοντα): in tal senso è sufficiente qui richiamare P. BONFANTE, *Istituzioni*, cit., 485 s.; F. SITZIA, voce *Permuta (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 112 s. e *ivi* nt. 51; per una svalutazione della necessità di un consegna traslativa della proprietà nell'ambito dello scambio permutativo vd., con posizione rimasta però isolata, G. NOODT, *Probabilium juris civilis libri IV*, in *Opera omnia*, I, Coloniae Agrippinae, 1732, (*liber II Caput XII*) 47 («*in permutatione & in emptione nisi dictum sit, ut mancipetur, vel cedatur fundus, id est, ut detur, & accipientis fiat, non requiritur*»); in proposito ancora utile F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette. Libro XIX*, trad. it., Milano, 1891, 450 ss.; recentemente L. ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeone e di Aristone*, Milano, 2007, 38 s. A stretto rigore appare invece più difficoltoso ricondurre, nell'ambito della nozione di inadempimento, anche la diversa ipotesi di consegna di cosa altrui da parte del primo esecutore, non rappresentando tale consegna un momento propriamente attuativo del programma obbligatorio, ma costitutivo del vincolo (per quanto anche il primo esecutore sia 'tenuto', ma non obbligato, a una consegna traslativa, non perfezionandosi altrimenti la vicenda contrattuale), ed essendo da questo punto di vista piuttosto incerto il tentativo – certamente arguto e del resto in piena coerenza con l'ipotesi (peraltro prevalente) di un recupero per conversione della fattispecie di Paul. D.19.5.5.2 (da *do ut facias* a *facio ut des*: *infra*, nt. 28) –, di supporre anche qui un fenomeno di conversione, in grado di trasformare la vicenda negoziale in un «*do ut des* invertito»: così C. PELLOSO, '*Do ut des*', cit., 150, nt. 112: «Più precisamente, come già accennato in corpo di testo,

io credo che entro la teorica aristoniana, così come emergente dal solo D. 2.14.7.2, per l'ipotesi di *do ut des* con evizione della *res* oggetto della seconda *datio* (ma altresì, ritengo, già con sola consegna di cosa che l'accipiente, pur non evitto, ha verificata essere altrui), il problema che si poneva era sempre e solo di 'inadempimento', di modo che l'azione *civilis incerti* sarebbe stata proficuamente e pianamente esercitabile; invece, per il caso *do ut des* o di *do ut facias* con evizione della *res* oggetto della prima 'prestazione' di *dare* (seguita da *datio* o *facere* perfetti), la citazione da parte di Ulpiano di Mauriciano rende più probabile congetturare uno sviluppo e una maturazione del pensiero aristoniano, nel senso dell'introduzione mauricianea dell' 'escamotage' della 'conversione' non solo per il caso, testualmente documentato, di *do ut facias* in una ipotesi di *facio ut des*, ma anche per quello di *do ut des* in un *do ut des* invertito (con impiego, dunque, dell'azione aristoniana ancora una volta, non tanto per sanzionare una responsabilità per evizione in sé, quanto per far valere l'inadempimento della controparte verificatosi in occasione dell'avvenuta evizione). Considerazioni analoghe a quelle di Pelloso, ma in un ordine di idee che non si preoccupa di distinguere le due ipotesi evittive, possono trovarsi in P. BONFANTE, *Istituzioni*, cit., 486; F. SITZIA, voce *Permuta*, cit., 112 s.

Profilo problematico, quello qui denunciato, che ovviamente non si configurerebbe nella prospettiva di una (ipotetica) riduzione della permuta al modello dell'*obligatio consensu contracta* anche in ottica procleiana (sul punto vd. favorevolmente gli AA. citt. *infra*, in nt. 50): prospettiva che comunque certamente non era condivisa da Paolo (D.19.4.1.3).

spetto all'ipotesi di *do ut manumittas* affrontata in Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.2. Stando al punto di vista di questi studiosi, infatti, una successiva consegna debitamente traslativa della *res* avrebbe dovuto avere, per così dire, l'effetto di 'sanare' il precedente vizio contrattuale, dovendo ritenersi soddisfatti, a partire da quel momento, i requisiti richiesti ai fini di un inquadramento della fattispecie all'insegna dello schema permutativo³¹. Ciò significa che non vi sarebbero state ragioni per negare al contraente evitto il ricorso all'azione civile di adempimento. In sostanza l'unica situazione seriamente compatibile con l'ipotesi di un

³¹ Così, per quanto relativamente a C.4.64.1, già J. CUJACIUS, *Ad Lib. IV. Codicis Recitationes solennes. Ad Tit. LXIV De rerum permutatione, et praescriptis verbis actione*, in *Opera*, IX, Prati 1839, 605: «*si ex utraque parte impleta sit permutatio, ut si ego tibi rem meam dedi, tu mihi tuam, et mihi evincatur res, quam dedisti, hoc casu agam de evictione actione praescriptis verbis, vel condicam rem, quam dedi, prout elegero*»; nel medesimo ordine di idee («nell'ipotesi in cui entrambe le parti abbiano eseguito la *traditio*, ma uno dei soggetti abbia trasmesso una cosa altrui, la controparte potrà agire con l'*actio praescriptis verbis* o con la *condictio*») vd. F. SITZIA, voce *Permuta*, cit., 112 s. e ivi nt. 48, ove non si prende però posizione su D.19.4.1.1; in questo senso sembrerebbe anche E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 289 s., il cui punto di vista in proposito non pare però del tutto coerente, non comprendendosi in particolare per quale motivo Paolo avrebbe dovuto concedere allora l'*actio in factum* e non l'azione civile: in proposito vd. *infra* nt. 37.

Parte della dottrina ha provato a trasferire il medesimo ragionamento anche con riferimento all'ipotesi di Paul. 32 <33> *ad ed.* D.19.4.1.1. Pure in questa circostanza si è pensato di mettere in relazione la soluzione con il mancato perfezionamento del contratto, dovuto appunto all'altruità della cosa oggetto della prima *datio*³⁰.

Non sempre però ci si è soffermati a riflettere sulla specificità della fattispecie permutativa ri-

Paolo, il quale, invece, seguiva (anche) la prospettiva aristoniana, e per il quale si deve dunque immaginare un'incidenza della qualificazione della fattispecie in termini di *facio ut des*. Più generico il punto di vista espresso in ID., *I contratti*, cit., 79, ove l'A. si limita a evidenziare un generico «rifiuto, da parte di Giuliano, per un caso di *facio ut des*, del ricorso all'azione aristoniana»; che (anche) la soluzione giuliana sia da ricondurre alla configurazione dell'ipotesi affrontata in Ulp. 4 *ad ed.* in termini di *facio ut des*, avendo il giurista adrianeo riproposto fedelmente il modello sinalagmatico aristoniano, circoscritto alle sole ipotesi di *do ut des*, *do ut facias*, si trova invece sostenuto da A. GIFFARD, *L'actio*, cit., 198.

³⁰ Uno spunto in questa direzione («Si la tradition est nulle, il n'y a pas d'échange et le prêteur donnera une *actio in factum*») può trovarsi già in A. GIFFARD, *L'actio*, cit., 197; M. TALAMANCA, *Pubblicazioni*, cit., 735: «l'*actio in factum* [...] si riferisce ad un caso in cui il negozio non ha varcato la soglia della realtà, in quanto la prima *datio* aveva ad oggetto una *res aliena*, ciò che escludeva una valida *permutatio*»; più di recente A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., 339, con un punto di vista molto distante dalla posizione assunta nei precedenti studi, in cui piuttosto si privilegiava l'ipotesi di citazione documentativa di opinione altrui: in proposito vd. *supra*, nt. 7.

(con presupposti differenti)²⁶: adempimento della controprestazione, per l'azione civile, rivalsa in caso di evizione, per l'*actio in factum*.

Resta da chiarire in virtù di quali considerazioni si sarebbe però dovuto concedere un'*actio in factum* e non anche la stessa azione scaturente dal rapporto contrattuale (la si chiami *praescriptis verbis* o *actio civilis incerti*) che indubbiamente avrebbe assicurato al contraente evitto una tutela più soddisfacente.

L'attenzione degli studiosi ha finito (inevitabilmente) per concentrarsi sull'altruità della cosa oggetto del trasferimento, nell'ottica di una sua possibile incidenza sui meccanismi costituiti del rapporto contrattuale.

Le prime riflessioni in tal senso hanno riguardato, com'è ben noto, il già richiamato D.19.-

²⁶ A questo proposito è appena il caso di osservare che l'esercizio dell'azione di rivalsa per intervenuta evizione, presupponeva, analogamente a quanto già previsto per il contratto di compravendita, che il contraente evitto si fosse preventivamente dato carico di coinvolgere il proprio 'dante causa' nel processo di rivendica intentatogli dal terzo, come si ricava tra l'altro, se non da C.4.64.1 – brano estremamente problematico, in cui l'onere di attivazione (*denuntiatio*) è attestato solo in relazione a ipotesi di 'scambio' di *res venalis*, formalmente distinta rispetto allo schema propriamente permutativo, e piuttosto presentata in termini di figura negoziale analoga a *emptio-venditio*, da tutelarsi pertanto *ad exemplum ex empto actionis* –, certamente da C.8.44.29 *posteaquam ad defensionem fuerit denuntiatum*.

5.5.2. Si è per lo più immaginato²⁷ che al verificarsi dell'evizione, dimostratisi insussistenti i presupposti necessari per un inquadramento del rapporto nello schema del *do ut facias*, si sarebbe proceduto a una sorta di riqualificazione della fattispecie nel diverso schema del *facio ut des*²⁸, per il

²⁷ A questa interpretazione si sottrae, come vedremo (*infra*, nt. 39), C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., 72 ss., 79, pur condividendo lo studioso l'assunto di una nullità della fattispecie «per mancanza della *datio*», nella prospettiva ovviamente giuliana.

²⁸ L'idea di una 'trasformazione' dello schema contrattuale in chiave di *facio ut des* è assolutamente risalente: in tal senso vd. H. DONELLUS, *Commentaria ad tit. Digestorum, de praescriptis verbis, et in factum actionibus*, cap. XI, in *Opera omnia*, X, Florentiae, 1847, 1271 ss.; FABER, *Rationalia in tertiam partem Pandectarum*, V. *De praescriptis verbis L. XIX tit. V. ad § 2 a*, Aurelianae, 1626, 651; nello stesso ordine di idee («malgré la place assignée à notre texte, il prévoit très certainement un *negotium facio ut des*») C. ACCARIAS, *Théorie*, cit., 54 ss., 218 s.; tra gli studi più recenti soprattutto A. GIFFARD, *L' 'actio'*, cit., 198: «La situation est la même que s'il y avait eu synallagma *facio ut des*, le *factum* ait été accompli et que la *datio* promise n'ait pas eu lieu»; G. MAC CORMACK, *Contractual theory*, cit., 147 («in the case under discussion, the first act that might have constituted a *causa* is the act of manumission»); A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 135, 137 («si prospetta come caso di *facio ut des*, anziché di *do ut facias*» «si risolve in ipotesi di *facio ut des* a seguito dell'avvenuta evizione di Stico ed esecuzione della manomissione di Panfilo»); ID., *I contratti*, cit., 79; ID., *Divagazioni*, cit., 342 («finiva per risolversi»); ID., *Panoramica sul contratto nelle dottrine della giurisprudenza romana*, in *'Fides Humanitas Ius'*. *Studi in onore di L. Labruna*, I, Napoli, 2007, 574 («ipotesi [...] risolvendosi [...] in un *facio ut des* rimasto ina-

quale, stando almeno a Paolo²⁹, sarebbe rimasto precluso il ricorso ad azione civile (*nulla erit civilis actio*).

demiuto»); («fattispecie [...] strutturalmente ribaltata») S. TONDO, *Note*, cit., 453; R. KNÜTEL, *La causa*, cit., 138 s.; P. GRÖSCHLER, *'Actiones'*, cit., 21, nt. 17; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, 105; ID., *Sul 'responsum' di Aristone in D.2.14.7.2 (Ulp. 4 ad ed.)*; *l'elaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, 293 s.; C. PELLOSO, *Le origini*, cit., 77; ID., *'Do ut des'*, cit., 147 s. e, *ivi*, nt. 110, 168; P. LAMBRINI, *'Actio de dolo malo' e accordi privi di tutela contrattuale*, in *Sem. Compl.*, XXII, 2009, 242 ss. («quello concretamente realizzato è un *facio ut des*»); E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 268, 291 s. nt. 209, 293 nt. 213: «il caso non rientra nello schema *do ut facias*, ma in quello *facio ut des* visto che la prima prestazione compiuta (validamente) consisteva in un *facere*: di «mutamento, in seguito all'evizione, in caso di *facio ut des*» discute sempre lo studioso a p. 293 nt. 213, ancora (268) «si ha l'evizione [...] sicché la fattispecie muta in un'ipotesi di *facio ut des*».

²⁹ Non esclude che per Giuliano potesse valere un altro genere di considerazioni. A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 140, il quale sembra sostanzialmente ridurre il rilievo che la configurabilità della fattispecie in termini di *facio ut des* avrebbe avuto sulla determinazione della soluzione giuliana, imputando piuttosto la concessione dell'*actio in factum concepta* alla mancata individuazione di «affinità della fattispecie con ipotesi di contratti tipici». Si tratta di un punto di vista coerente con la prospettiva, suggerita dallo studioso, di adesione da parte di Giuliano all'impostazione labeoniana costruita sulla concessione dell'*a.p.v.* sul presupposto di analogia con contratto edittale. Diverso discorso per

fetti riflettere il fatto che, dopo aver individuato (parte del)le ragioni che impedivano la riconduzione della permuta alla compravendita (pr.), il giurista passasse ad affrontare, sul piano dei riflessi processuali, direttamente il tema (tutto sommato) marginale dell'evizione, senza aver invece fatto riferimento all'azione da concedere per l'ipotesi, certo più importante, dell'inadempimento della controparte.

Si tratta indubbiamente di una scelta abbastanza discutibile (per quanto notoriamente non isolata)⁵⁶ e che peraltro appare nettamente differente rispetto all'impostazione che troviamo invece in Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.2, in cui, dopo aver egualmente constatato l'irriducibilità della permuta alla compravendita, l'interesse del giurista si indirizza direttamente (e unicamente) sull'azione di adempimento (con l'alternativa della mera ripetizione): *sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta.*

Tale impostazione risulterebbe ancora più sorprendente se, come si è accennato, si dovesse ap-

⁵⁶ Sarebbe a questo proposito sufficiente osservare come la prospettiva dell'evizione torni a occupare un rilievo privilegiato anche in Ulpiano nel notissimo Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.2.

punto aderire alla prospettiva di una differenziazione dei rimedi processuali, a seconda che si agisse per l'adempimento della controprestazione (*actio in factum civilis* o *actio civilis incerti*) o per la subita evizione (*actio in factum* pretoria). Non è irragionevole ritenere che, in tal caso, l'attenzione del giurista si sarebbe innanzi tutto rivolta all'azione di adempimento, salvo poi precisare che in caso di evizione si sarebbe però dovuto fare ricorso a un'*actio in factum*: nel presupposto, magari anche non esplicitamente dichiarato, di un mancato perfezionamento della fattispecie contrattuale. Andamento discorsivo che sostanzialmente si riscontra, relativamente però all'ipotesi di *do ut manumittas*, nel già richiamato Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.2.

Ciò probabilmente contribuisce a chiarire la ragione per cui da taluni autori si sia sostenuto che per i classici la permuta rappresentasse un contratto distinto rispetto al *do ut des*, piuttosto consistente nello scambio immediato⁵⁷, nell'am-

⁵⁷ In questo senso, già A. FABRI, *Coniecturarum Iuris Civilis, Libri Sex*, cit., 285: («Nescio an quisquam adhuc dixerit, quod mihi videtur in eo differre permutationem à contractu Do ut des, quòd permutatio non est priusquam res quæ permutantur vicissim dentur [...] At ex contractu permutationis fieri non potest ut obligeris priusquam permutatio facta sit [...] Sed quoniam qui primus tradidit rei suae dominium in accipientem transtulit, conditioni locum esse necesse est, ut quod datum fuit repetatur [...] Contractus igitur Do ut des, non permutatio est, sed principium permutationis [...]. Denique permutatio non est cum Do ut des, sed cum do: quia tu dedisti»); un accenno in proposito può trovarsi in L. ZHANG, *Contratti*

bito del quale l'unica forma di tutela prospettabile avrebbe riguardato il caso dell'evizione, non essendo ovviamente concepibile un'azione per l'adempimento⁵⁸.

innominati nel diritto romano. Impostazioni di Labeone e di Aristone, Milano, 2007, 38; tra gli studiosi più recenti soprattutto («échange immédiat de deux choses l'une contre l'autre») PH. MEYLAN, 'Permutatio', cit., 47, 50, 53 ss., secondo il quale, il *placitum permutacionis*, in caso di attuazione di una delle due parti, avrebbe piuttosto costituito un'ipotesi di *ob rem datum*; preziose indicazioni sulla letteratura meno recente possono trovarsi in F. GLÜCK, *Commentario*, cit., XIX, 441 ss.; per un'identificazione della *permutatio* con lo schema del *do ut facias* di Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.1 vd. invece, tra gli studi più recenti, A. KREMER, *Die Verhältnisse 'do ut facias' und 'do ut des' als ausgewählte Beispiele der Innominatkontrakte im klassischen römischen Recht*, in *Au-delà des frontières. Mélanges W. Wolodkiewicz*, Varsovie, 2000, 413 s.; un richiamo ai diversi meccanismi di attuazione («in linea teorica») della causa contrattuale della permuta («scambio immediato e contestuale dei due beni», «consegna di uno dei beni nell'attesa che consegua la corrispettiva consegna dell'altro», «accordo preventivo diretto allo scambio da effettuarsi *hinc et inde* in un momento successivo») può trovarsi in M. BALZARINI, voce *Permuta*, cit., 994.

⁵⁸ Si tratta naturalmente di ipotesi assolutamente non divisibile e che viene a scontrarsi irrimediabilmente con Paul. 5. *quaest.* D.19.5.5.1, e che può essere praticata solo se si è disposti a considerare bizantina l'identificazione qui operata tra le due fattispecie: così appunto PH. MEYLAN, 'Permutatio', cit., 53 ss., secondo il quale la *permutatio* sarebbe divenuta un caso di *do ut des* solo ai tempi di Giustiniano.

5. Che l'azione *in factum* sia concessa nel presupposto di una mancata costituzione del rapporto contrattuale, rappresenta un'ipotesi ancor più incerta se si aderisce alla ricostruzione che altrove abbiamo fornito del § 4⁵⁹.

Com'è noto, la versione del brano presente nel *codex Florentinus* appare guasta, al punto che si è reso indispensabile un intervento correttivo.⁶⁰ Si è così proposto di inserire, in base a Bas.20.3.1 e Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.1, la frase *tradita nobis reddatur, sed in id quod interest tra res e nostra*⁶¹:

Paul. 32 <33>⁶² *ad ed.* D. 19.4.1.4: (Ed. Mommsen-Krüger): *Igitur ex altera parte traditione facta si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus ut res <tradita nobis reddatur, sed in id quod interest> nostra illam rem accepisse, de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur, conditioni locus est quasi re non secuta.*

⁵⁹ G. ROMANO, *Brevi considerazioni*, cit., § 3.

⁶⁰ Da ultimi lo ricordano E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 278, 294; C. PELLOSO, '*Do ut des*', cit., 164 e *ivi* nt. 141, 167; per ulteriori indicazioni vd. G. ROMANO, *Brevi considerazioni*, cit., § 3 nt. 45.

⁶¹ TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti*, I, Berolini, 1870, 574.

⁶² In proposito vd. letteratura indicata in G. ROMANO, *Brevi considerazioni*, cit., § 1 nt. 1.

ever uncertain the proposal advanced by others to integrate the text reading: *in factum dandam actionem <praescriptis verbis> respondetur.*

GIUSEPPE ROMANO
Ricercatore in Diritto Romano
Università degli Studi di Palermo
E-mail: giuseppe.romano@unipa.it

tici e non appare comunque coerente con lo sviluppo dell'impianto narrativo dell'intero frammento paolino (D.19.4.1pr.-4). Si è così suggerito di interpretare l'espressione *actio in factum* qui adoperata da Paolo nel senso di *actio in factum civilis*, ritenendosi però incerta la proposta da altri avanzata di integrare il brano leggendo: *in factum dandam actionem <praescriptis verbis> respondetur*.

The present work deals with D.19.4.1.1, text in which Paul seems to grant an *actio in factum* pretoria (Gai 4.46) in favour of the contractor evicted within a relationship of barter, with a solution that not generally seemed consistent with the decision taken elsewhere by the same jurist (Paul. D. 19.5.5.1) to allow a civil action for the hypothesis of non-execution. Many scholars have therefore assumed that Paul was referring someone else's opinion (maybe by Salvio Giuliano) from him not shared, with a proposal though hardly sustainable. Part of the doctrine has so explained the different solution of D.19.4.1.1 with the hypothesis of a failure to improve the contractual situation due to the invalidity of the first *datio*. Also this conjecture introduces however not a few problematic profiles and it does not appear to be consistent with the development of the narrative plant of the whole fragment (D.19.4.1pr.-4). The author has so suggested to interpret the expression *actio in factum* here used by Paul in the sense of *actio in factum civilis*, considering how-

Tranne rare eccezioni⁶³, la ricostruzione di Mommsen è stata generalmente accolta dagli studiosi⁶⁴, i quali non hanno evidentemente tenuto in considerazione la stretta connessione tra la soluzione qui proposta e il principio affermato nel precedente § 3 (*Ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*), che ne costituisce la premessa logica e che a sua volta è da mettere in relazione ai meccanismi perfezionativi del contratto permutativo. Si è così finito per proporre una lettura del tutto sganciata dallo sviluppo narrativo del frammento, come se il § 4 dovesse contenere un'indicazione generale dei rimedi processuali da impiegare in caso di inadempimento della controprestazione in presenza di rapporto contrattuale regolarmente costituitosi⁶⁵.

Non si è così valutato che esso va piuttosto inteso alla luce (*igitur*) del § precedente⁶⁶, in cui

⁶³ CH. APPLETON, *L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine. Fr. 16 D. De cond. causa data XII, 4*, in RHD, XXX, 1906, 773 s., nt. 3 a.

⁶⁴ Da ultimi vi aderiscono E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 278; C. PELLOSO, *'Do ut des'*, cit., 164.

⁶⁵ Non si discosta da questa interpretazione più recentemente E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 295; ulteriori indicazioni possono trovarsi in G. ROMANO, *Brevi considerazioni*, cit., § 2 nt. 39.

⁶⁶ La connessione tra i due brani non era sfuggita agli interpreti più antichi: tra questi vd. in particolare C. ACCARIAS, *Théorie*, cit., 38 nt. 1: «Il me paraît impossible d'isoler la décision de ce § 4, et de la considerer comme statuant sur l'hypothèse d'une tradition faite *a domino* [...]»

Paolo affida a Pedio il compito di insistere sulla necessità di una consegna validamente traslativa del *dominium* ai fini del perfezionamento della fattispecie permutativa, e dunque ai fini della costituzione di una pretesa (contrattuale)⁶⁷ giudizialmente perseguibile.

Nella versione suggerita da Mommsen, il brano giunge però a conclusioni apertamente contraddittorie, che sembrerebbero ammettere (sempur alternativamente) l'esercizio dell'azione di adempimento in presenza di un rapporto non perfezionatosi a causa di una consegna inidonea a determinare l'atteso trasferimento: il che ha in-

Je tiens donc pur certain que ce § 4 déduit une conséquence du précédent».

⁶⁷ Diversamente, nel presupposto di un'adesione da parte di Pedio alla dottrina labeoniana dell'*ultra citroque obligatio*, si pronuncia nel senso di una estraneità della permuta alla nozione di *contractum*, con riconduzione piuttosto allo schema di *obligatio re* di cui in D.2.14.1.3, C. PELLOSO, '*Do ut des*', cit., 105 s.; 107, nt. 38; nell'ottica di un inquadramento contrattuale vd., invece, F. GALLO, '*Synallagma*', cit., II, 85 e *ivi* nt. 12; L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Le dottrine*, cit., 357: «coerentemente si può allora affermare che per Pedio l'accordo relativo a una permuta meritava la qualifica di contratto quando, in esecuzione del medesimo, almeno uno dei soggetti che vi erano addivenuti avesse effettuato la *datio* di sua spettanza» «il paradigma della permuta, sotto il profilo strutturale, non è più – all'evidenza – il contratto labeoniano di D.50.16.19 identificato nella sola *ultra citroque obligatio*».

rivelandosi una soluzione del genere non in linea con l'impostazione 'analogista' proculeiana, adottata da Paolo, essendo piuttosto espressione di una tendenza 'anomalista', come quella sabiniana, diversamente orientata a una forzatura della *res* nel tipo.

ABSTRACT

Nel presente lavoro ci si occupa di D.19.4.1.1, brano in cui Paolo sembrerebbe accordare un'*actio in factum* pretoria (Gai 4.46) a favore del contraente evitto nell'ambito di un rapporto di permuta, con una soluzione che in genere non è parsa coerente con la decisione adottata altrove dallo stesso giurista (D.19.5.5.1) di concedere un'azione civile per l'ipotesi di inadempimento. In molti hanno pertanto ipotizzato che Paolo stesse riferendo un'altrui opinione (forse di Salvio Giuliano) da lui non condivisa, con una proposta però difficilmente sostenibile. Parte della dottrina ha così spiegato la differente soluzione di D.19.4.1.1 con l'ipotesi di un mancato perfezionamento della fattispecie contrattuale per via dell'altruità della *res* oggetto della prima *datio*. Anche questa congettura presenta però non pochi profili problema-

2011.

¹²⁰ Così E. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts*², Basel, 1955, 117: «Hier erhält der Vertragsteil [...] eine Formel nach Analogie der Kaufklage»; in senso contrario già PH. MEYLAN, '*Permutatio*', cit., 53 s.; più recentemente F. GALLO, '*Synallagma*', cit., II, 72, nt. 20.

non in sintonia con D.19.4.1.2-4, la cui sostanziale fragilità, non deve essere sfuggita neppure a Burdese, se si considera che il grande Maestro non abbia preso in considerazione, nel caso qui esaminato, l'ipotesi di un ripiegamento paolino verso un'impostazione labeoniana, preferendo piuttosto indirizzarsi verso l'adozione di una logica giuliana, sul presupposto di una mancata attuazione dello scambio da parte del contraente evitto.

Per concludere va detto che non sembrano esservi margini per pensare ad azione più specificamente costruita sul modello di giudizio dell'*actio empti* (*ad exemplum ex empto actionis*) analogamente a quanto documentato in C.8.44.29,¹¹⁸ e C.4.-64.1,¹¹⁹ secondo quanto suggerito in passato¹²⁰,

che da A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 138 s.; anche da E. BETTI, *Sul valore*, cit., 24; B. BIONDI, *Contratto*, cit., 93 s.; A. SCHIAVONE, *Studi*, cit., 143, nt. 194), ma alla concreta determinazione della disciplina del rapporto (in particolare in relazione alla possibilità di estendere alla permuta la garanzia per vizi occulti), è stato messo (correttamente) in evidenza da R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 224 ss., al cui punto di vista aderiscono M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura*, XXXIX, 1988, 36; M. TALAMANCA, *Pubblicazioni*, cit., 734; T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 196 s.; e ancor più recentemente E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 266 ss.

¹¹⁸ *Supra*, nt. 1.

¹¹⁹ Sul brano da ultimo vd. E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 217 ss.; 360 ss.; per una differente valutazione della costituzione di Gordiano rinviamo a G. ROMANO, *Celio Sabino e la 'venalis possessio' di C.4.64.1 (Gord., a. 238)*, in *D@S*, X,

dotto taluni studiosi a denunciare non meglio precisati guasti testuali⁶⁸.

Inconveniente che si risolve se si torna a leggere, con i più antichi interpreti⁶⁹ :

Igitur ex altera parte traditione facta, si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus, ut interest⁷⁰ nostra illam rem accepisse, de qua convenit, sed, ut res contra nobis reddatur, conditioni locus est, quasi re non secuta.

o in alternativa: *non in hoc agemus, quod interest⁷¹.*

Il senso del brano risulta così chiarissimo: non consentendo la consegna di cosa altrui il perfezionamento del contratto, l'*accipiens* non potrà considerarsi tenuto all'adempimento della controprestazione convenuta. Nell'impossibilità dunque di avvalersi dell'azione contrattuale diretta all'*id quod interest*, all'autore della consegna non rimarrà che agire nei confronti dell'*accipiens* me-

⁶⁸ Di «guasti rilevanti» discute F. GALLO, '*Synallagma*', cit., II, 85, nt. 10; seguito da ultimo da C. PELLOSO, '*Do ut des*', cit., 164, nt. 141.

⁶⁹ Per più precise indicazioni sul punto si rinvia nuovamente a G. ROMANO, *Brevi considerazioni*, cit., § 3.

⁷⁰ Cod. Vaticanus n. 1406: TH. MOMMSEN, *Ed. maior*, cit., 574 nt. l. 30.

⁷¹ Codd. Parisinus n. 4450 e Patavinus n. 941: TH. MOMMSEN, *Ed. maior*, cit., 574 nt. l. 30.

dianche *condictio*, in via di semplice ripetizione (*quasi re non secuta*)⁷².

Quanto all'origine del guasto presente nel manoscritto fiorentino, si può pensare a una svista del copista il quale, dopo aver ricopiato il passaggio *non in hoc agemus*, deve avere inavvertitamente riprodotto, al posto delle parole *UT INTEREST*, le parole *UT RES* presenti due linee più in basso⁷³.

Come si può agevolmente intuire, l'adesione a una tale ipotesi ricostruttiva rende ancor più improbabile che l'azione prevista nel § 1 fosse concessa nel presupposto di un mancato perfezionamento. Se così fosse stato, Paolo non avrebbe certamente atteso il § 4 per precisare le conseguenze processuali di un mancato perfezionamento del contratto, ma già in quell'occasione avrebbe chiarito che in tal caso non si sarebbe agito con l'azione civile diretta all'interesse positivo, ma con azione *in factum* sostanzialmente ripetitiva

⁷² In questo senso vd. già J. CUIACIUS, *Ad Lib. IV. Codicis Recitationes solennes. Ad Tit. LXIV De rerum permutatione, et praescriptis verbis actione*, in *Opera*, IX, Prati, 1839, 605 s.; C. ACCARIAS, *Théorie*, cit., 37 s., 134; con riferimenti alla letteratura più risalente, F. GLÜCK, *Commentario*, cit., XIX, 441 ss.; ulteriori informazioni in G. ROMANO, *Brevi considerazioni*, cit., §§ 3-5.

⁷³ In questo senso, già G.C. GEBAUER, G.A. SPANGENBERG, *Corpus iuris civilis codicibus veteribus manuscriptis et optimis editionibus collatis*, Gottingae, 1776, 344 nt. 10; così anche (non senza equivoci) CH. APPLETON, *L'obligation*, cit., 773 nt. 3 a: vd. G. ROMANO, *Brevi considerazioni*, cit., § 3 nt. 80.

so da parte di Paolo (e ancor prima dello stesso Aristone) a entrambe le logiche processuali al verificarsi dei rispettivi presupposti.

Si tratta però di un'ipotesi scarsamente convincente¹¹⁵, che si fonda su una discutibile (per quanto non isolata) interpretazione di D.19.4.2¹¹⁶ che confonde il profilo regolativo della fattispecie con quello ricognitivo¹¹⁷, e che appare comunque

fide bona», da adoperarsi «solo in via sussidiaria» A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 138 s., 154; in termini più generali, l'ipotesi di un ricorso (da parte di Paolo) a mezzi processuali diversi dall'azione civile, da effettuarsi «solo in via sussidiaria», si trova in A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 53; dello stesso studioso vd. ID., *I contratti*, cit., 78.

¹¹⁵ Per una valutazione critica rispetto all'ipotesi di un impiego aristoniano dell'*a.p.v.* labeoniana avanzata da Burdese, ma anche riguardo alla possibilità di un impiego di diversi mezzi processuali in relazione alla medesima fattispecie negoziale, vd. M. TALAMANCA, *Pubblicazioni*, cit., 734 s.

¹¹⁶ Paul. 5 *ad Plaut.* D.19.4.2: *Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque furtis noxisque solutum et non esse fugitivum servum praestandum, qui ex causa daretur*. La letteratura sul brano, com'è noto, è vastissima, essendo stati in particolare attratti gli studiosi dalla possibilità di individuare una connessione tra la chiusa *qui ex causa daretur* e la dottrina della *causa* di cui in Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.2. In aggiunta agli autori indicati nella nt. seg. ci limitiamo a segnalare F. GALLO, *'Synallagma'*, cit., II, 108 ss.; C. PELLOSO, *Le origini*, cit., 74 s., nt. 157; ID., *'Do ut des'*, cit., 121 ss. e *ivi* nt. 67; C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., 38.

¹¹⁷ Che l'individuazione di una relazione analogica con la compravendita (*quoniam permutatio vicina esset emptioni*) non sia qui finalizzata al riconoscimento della contrattualità dell'operazione (secondo quanto invece sostenuto oltre

più diffuso¹¹³, non si sarebbe arrestata alla sola rimodulazione dei caratteri distintivi della nozione, ma avrebbe significativamente inciso sul versante della tutela, comportando l'adozione di diverso modello processuale, distinto anche sul piano dei presupposti di azionabilità della pretesa: *actio civilis incerti* (aristoniana) spettante sul presupposto di parziale attuazione dello scambio ('Vorleistung'); *a.p.v./actio civilis in factum* (labeoniana) da concedersi in base al semplice accordo (anche solo potenzialmente) costitutivo di obbligazioni in capo a entrambe le parti (*ultra citroque obligatio*).

È evidente che, in quest'ordine di idee, i margini per un'interpretazione della locuzione *in factum* nel senso di azione civile si riducono quasi del tutto, non potendo per questi studiosi essa riferirsi all'*actio civilis incerti*, ma al più all'*actio in factum (civilis)* labeoniana, con un'opzione che risulterebbe però scarsamente coerente con la prospettiva di una recezione della svolta interpretativa aristoniana: a meno di ammettere, come si è anche tentato di fare¹¹⁴, la possibilità di un ricor-

¹¹³ Così A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 133 ss.; F. GALLO, *'Synallagma'*, cit., II, 118; ulteriori indicazioni possono trovarsi in G. ROMANO, *Nota*, cit., 20, nt. 4; tra le più recenti adesioni ci limitiamo a segnalare E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 12 ss., 357 ss.

¹¹⁴ Ipotizza una reciproca azionabilità della permuta «indipendentemente da avvenuta *datio* [...] sulla scia del pensiero labeoniano, tramite *actio in factum* diretta a un *oportere ex*

(tutt'al più orientata al c.d. interesse negativo)⁷⁴: in sostanza, volendo parafrasare la precisazione contenuta nel § 4, sarebbe naturale attendersi che già nel § 1 Paolo specificasse che *si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, non in hoc agemus, ut interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit, sed in factum*.

6. Ma c'è ancora un dato che occorre tener presente, e che appare ancor più determinante sul piano della svalutazione di un'interpretazione per così dire invalidante della vicenda negoziale che starebbe alla base della soluzione di Paul. 33 *ad ed.*

Si deve in effetti rilevare che, se in dottrina si è potuto prendere in considerazione l'ipotesi di un'incidenza (negativa) dell'altruità della *res* sui meccanismi costituiti del rapporto contrattuale, ciò lo si deve al fatto che ci si è concentrati unicamente sull'ipotesi di evizione del primo accipiente, senza prendere in considerazione la diversa eventualità di soccombenza processuale del secondo accipiente (primo esecutore), per la quale non sembra proprio possano emergere gli stessi profili problematici prima evidenziati, sul piano della formazione di un valido rapporto contrattuale, che avrebbero dovuto impedire la concessione dell'azione civile scaturente dal rapporto⁷⁵.

⁷⁴ In proposito vd. *infra* nel § seg.

⁷⁵ Distingue opportunamente le due ipotesi, come si è avuto modo di osservare (*supra* nt. 25), C. PELLOSO, *'Do ut*

Né d'altra parte vi sono sufficienti margini per supporre che la soluzione paolina fosse predisposta per il solo caso di evizione subita dal primo accipiente, non trovando tale conclusione uno specifico supporto nell'attuale versione del brano, ove il modo di esprimersi del giurista severiano orienta piuttosto nel senso di una sostanziale irrilevanza del concreto svolgersi delle vicende evittive, come può del resto desumersi dall'inciso *quam acceperim vel dederim*, il quale dimostra (semmai dovessero sussistere dubbi in proposito) che la soluzione indicata nel § 1 era destinata a trovare applicazione per entrambe le ipotesi di evizione, e dunque anche nel caso in cui a consegnare una *res* altrui fosse stato il 'secondo esecutore': senza considerare che un'ulteriore processo di perimetrazione dell'ambito applicativo della soluzione paolina (alla sola evizione del primo accipiente) non farebbe che rendere ancor più gravi i già denunciati inconvenienti sul piano dell'impianto discorsivo del frammento.

L'insieme delle considerazioni appena svolte inducono pertanto a ritenere che abbia ragione quella parte della dottrina che vede nell'*actio in factum* l'azione a tutela della permuta più che un'azione specifica per la sola ipotesi di evizione⁷⁶. In sostanza l'*actio in factum* sembra essere la

des', cit., 150, nt. 112.

⁷⁶ In questo senso C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., 78: «non mi pare possano sussistere dubbi sul fatto che Paolo intendesse che questa soluzione non debba essere intesa

lis sia in seguito caduto¹¹⁰: anche in questo caso si tratta, però, di integrazione assolutamente non necessaria.

Se parte della dottrina ha ritenuto di non dover prendere in seria considerazione l'ipotesi di un'interpretazione della locuzione *in factum*, nel senso di azione civile extraeditale, lo si deve anche all'idea di un'adesione di Paolo (*ex re tradita = causa*)¹¹¹ alla rielaborazione da parte di Aristone della precedente dottrina sinallagmatica labeoniana¹¹², che, secondo un punto di vista oggi sempre

¹¹⁰ Non sembra però verosimile l'eventualità di una volontaria soppressione compilatoria secondo quanto inizialmente ipotizzato, in termini per la verità ampiamente congetturali («à moins que les compilateurs n'aient eu la singulière étourderie d'effacer le mot *civilem* dans la désignation de l'*actio in factum*»), da P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1896, 572 nt. 4, con una proposta mantenuta almeno sino alla quinta edizione (non consultata: così P. DE FRANCISCI, '*SUNALLAGMA*', cit., I, 131, nt. 4), ma che non si rinviene più nella settima edizione del 1924 (621, nt. 5).

¹¹¹ In questo senso e per un'equivalenza delle due terminologie, vd. già C.A. MASCHI, *Il diritto*, cit., I, 613; M. TALAMANCA, *Pubblicazioni*, cit., 735.

¹¹² A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 154: «Paolo individua nella *permutatio*, con richiamo a Pedio, un negozio a sé stante, di *do ut des*, che richiede per la sua conclusione una avvenuta *datio* e fa sorgere, *ex re tradita*, l'*obligatio* (da presumersi civile)»; a una «matrice» aristoniana pensa anche F. GALLO, '*Synallagma*', cit., II, 85, 89.

quale, peraltro, è proprio l'indicata dottrina ad avanzare il sospetto di una fattura compilatoria¹⁰⁹.

In una prospettiva integrativa sarebbe semmai più verosimile immaginare un originario riferimento ad *actio in factum civilis*, e che l'aggettivo *civi-*

¹⁰⁹ C. PELLOSO, '*Do ut des*', cit., 158 nt. 127: «pacifica la natura compilatoria»; in favore della genuinità della locuzione vd. invece K. MISERA, *Julian-African D.19.5.24. Ein Beitrag zu 'agere praescriptis verbis'*, in '*Sodalitas*', cit., VI, 2603 s.; J. KRANJC, *Die 'actio'*, cit., 457; A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 141 s.; ID., *Sul riconoscimento*, cit., 32 s.; F. GALLO, '*Synallagma*', cit., II, 198; non trova alcun profilo di contraddizione M. ARTNER, '*Agere praescriptis verbis*', cit., 137 s., il quale anzi rivendica la coerenza degli elementi su cui è costruita la locuzione; T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 213 s., il quale vede nella decisione di accordare l'*actio in factum* pretoria preceduta da *praescripta verba* una «significativa innovazione» attribuibile ad Africano, il quale dunque si sarebbe discostato dall'impostazione del maestro Giuliano incentrata sulla concessione della sola *actio in factum*, come si evincerebbe da Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.2: con una proposta da parte dello studioso che però non spiega l'utilità del ricorso a una *praescriptio* 'determinativa', nell'ambito di un programma di giudizio in cui il compito di assicurare l'individuazione della *res de qua agitur* sarebbe stato già efficacemente assolto dall'*intentio (in factum concepta)*, ove appunto si sarebbero trovati indicati gli elementi descrittivi del fatto costitutivo della pretesa; sulla sostanziale incongruenza tra *formula in factum concepta* e *praescripta verba*, si veda già M. ARTNER, '*Agere praescriptis verbis*', cit., 138, nt. 360.

stessa azione alla quale si accenna, pur in termini negativi (se si accetta naturalmente la nostra ricostruzione del brano), nel successivo § 4.

Resta da chiarire la natura dell'azione, e più precisamente se essa debba ricondursi al modello di Gai 4.46 (*actio in factum* pretoria)⁷⁷ o piuttosto a quello dell'azione pretoria civile di Pap. 8 *quaest.* D.19.5.1pr.-1⁷⁸.

In linea di principio entrambe le interpretazioni si dimostrano astrattamente compatibili con l'impiego da parte di Paolo della locuzione *actio in factum*, non avendo qui il giurista severiano motivo di soffermarsi sulle caratteristiche formulari dell'azione, essendo piuttosto suo interesse osservare che, non potendosi fare ricorso alle azioni poste a tutela della compravendita, si sarebbe reso necessario agire attraverso una specifica descrizione *in factum* della fattispecie: al di fuori di

come limitata al caso (quello dell'evizione) che impiegava per enunciarla: Paolo voleva dire che la permuta è tutelata con *actio in factum*; C. PELLOSO, '*Do ut des*', cit., 164 e ivi nt. 141; così, sembrerebbe, anche C.A. MASCHI, *Il diritto*, cit., 598.

⁷⁷ Così P. VOCI, *La dottrina*, cit., 258; B. BIONDI, *Contratto*, cit., 103, nt. 1; da ultimo C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., 78 s.

⁷⁸ Sul brano si vedano R. SANTORO, '*Actio civilis in factum*', '*actio praescriptis verbis*' e '*praescriptio*', in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, 706 ss., al quale si rinvia per un ampio resoconto della letteratura meno recente; A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 20; T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 186 s.; M. ARTNER, '*Agere praescriptis verbis*', cit., 86 ss, 176 s.; C.A. CANNATA, L'*actio*', cit., 9 ss.

appositi schemi prestabiliti a livello edittale⁷⁹. Risultato che avrebbe potuto realizzarsi coll'impiego di entrambi i modelli di giudizio: sia mediante la predisposizione di specifica *formula in factum concepta*, sia attraverso *formula in ius*, con descrizione del fatto in apposita *demonstratio* (o *praescriptio* per chi si orienta piuttosto verso un modello processuale dotato di *praescriptio* descrittiva della *res de qua agitur*).

⁷⁹ In relazione al riconoscimento a livello edittale del contratto vd. favorevolmente M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 556; così anche, non senza però oscillazioni di pensiero, J. KRANJC, *Die 'actio praescriptis verbis' als Formelaufbauproblem*, in *ZSS*, CVI, 1989, 461 e ivi nt. 76; in senso contrario, con argomenti convincenti, F. GALLO, '*Synallagma*', cit., II, 83 ss.; M. ARTNER, '*Agere praescriptis verbis*', cit., 150 e ivi nt. 426; L. GAROFALO, *Contratto*, cit., 356 («figura ben nota nella pratica commerciale, non elevata tuttavia a tipo nell'ordinamento di età classica»); dubbioso («las fuentes no permiten, al menos en mi opinión, disipar todas las dudas») anche J. PARICIO, *Una historia del contrato en la jurisprudencia romana*, in *AUPA*, LIII, 2009, 103, nt. 69, ove sembra non più condividersi la diversa opinione sostenuta in ID, *Recensione a D. MANTOVANI, Le formule del processo privato romano*, Como, 1992, in *Sem. Compl., Suplemento*, 1992-1993, 98 («A mi juicio, es más que probable [...] que la *actio de aestimato* y la *actio ex permutatione* figuraran ya en el Edicto codificado por Juliano»); A. FERNANDEZ BARREIRO, J. PARICIO, *Fundamentos de derecho privado romano*², Madrid, 2007, 397; da ultimi, prendono le distanze dall'ipotesi di un riconoscimento edittale anche E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 286 ss.; C. PELLOSO, '*Do ut des*', cit., 102 s. e ivi nt. 31.

re scelte espressive altrui (almeno se si esclude un riferimento al punto di vista giuliano)¹⁰⁸, non si vede per quale motivo non avrebbe dovuto direttamente affermare che *praescriptis verbis agendum est* oppure *p.v. actionem dandam est*, piuttosto che ricorrere all'espressione *in factum praescriptis verbis*, che, com'è noto, si trova attestata solo in una controversa testimonianza di Africano (Afr. 8 *quaest.* D.19.5.24) in cui a essere riferito è il pensiero del maestro Salvio Giuliano: espressione rispetto alla

esse iudicium, id est praescriptis verbis), ove appunto Gaio («sulla scorta di Labeone») «con l'incidentale *id est praescriptis verbis*» preciserebbe «il tipo di *actio in factum* che intende concedere», a meno che anche in questo caso non si voglia pensare a una citazione, non necessariamente letterale, di un precedente indirizzo giurisprudenziale (*placet*), di ascendenza anche lessicalmente (*quasi de novo negotio*) labeoniana: nel senso di un debito labeoniano, ma con sospetti sulla genuinità dell'inciso, vd. A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 146; ID., *Sul riconoscimento*, cit., 40; ID., *I contratti*, cit., 79; probabile l'ipotesi di un'alterazione testuale anche secondo M. ARTNER, '*Agere praescriptis verbis*', cit., 173, il quale comunque non per questo dubita che Gaio pensasse effettivamente a un adattamento dell'*actio conducti* mediante *praescripta verba*; diversamente si orienta nel senso di una concessione da parte di Gaio di *actio in factum* «in senso stretto» F. GALLO, '*Synallagma*', cit., II, 220 ss.; punto di vista ripreso (pur con riserve circa l'interpretazione dell'inciso *eo nomine* di J.3.24.1, che si pretenderebbe allusivo ad applicazione in via utile delle *actiones locati conducti*) da ultimo da E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 50 s., al quale si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹⁰⁸ In questo senso del resto C. PELLOSO, '*Do ut des*', cit., 158 nt. 127.

la verità ci trovano perplessi, si tratterebbe comunque di precisazione effettuata da Mauriciano rispetto ad altrui opzioni espressive¹⁰⁶, ritenute evidentemente non altrettanto puntuali sul piano dell'individuazione del mezzo processuale da accordarsi¹⁰⁷. Non trovandosi qui Paolo a specifica-

vore della genuinità sembra cogliersi in F. GALLO, *Contratto*, cit., 29; C.A. CANNATA, *Contratto*, cit., 45 nt. 14; ID., *Labeone*, cit., 47; P. GRÖSCHLER, 'Actiones', cit., 41, nt. 62; un tentativo di salvare l'inciso si rinviene anche in T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 184 s., ove, più in particolare, si ipotizza un processo di sintesi, da parte di Mauriciano, delle differenti prospettive labeoniana e aristoniana, attuata attraverso una recezione dei *praescripta verba* all'interno 'Streitprogramm' dell'*actio civilis incerti* di stretto diritto. Contro la classicità dell'inciso ci limitiamo qui a segnalare R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 219; nell'ottica di una differenziazione dei due modelli di giudizio: R. SOTTY, 'Conditio incerti', 'actio ex stipulatu' et 'actio praescriptis verbis', in 'Sodalitas'. Scritti in onore di A. Guarino, V, Napoli, 1984, 2490; M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 101; («insiticia») A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 134, 136; ID., *Divagazioni*, cit., 343, ID., *Sulle nozioni*, cit., 65; sospetti da ultimo anche in E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 244.

¹⁰⁶ Così almeno da quanto sembra doversi ricavare coordinando il pensiero («ammettiamo [...] che Mauriciano [...] aggiunga l'inciso *id est praescriptis verbis*») di C. PELLOSO, 'Do ut des', cit., 168 e *ivi* nt. 148, con il richiamo («a voler qui seguire il pensiero del Cannata») all'opinione di C.A. CANNATA, L'actio', cit., 47: «Mauriciano scriveva così per precisare quel che leggeva in Aristone, oppure è Ulpiano che precisa quel che legge in Mauriciano, ma tutto ciò avveniva per amore di chiarezza a beneficio del lettore».

¹⁰⁷ Più congruente appare invece il riferimento a Gai. 10 *ad ed. prov.* D.19.5.22 (*placet quasi de novo negotio in factum dandum*

Tra le due ipotesi sembra però doversi preferire la seconda⁸⁰, se solo si considera che l'*actio in factum* (pretoria) non pare costituire lo strumento più appropriato per la valutazione dell'interesse all'adempimento⁸¹, essendo essa concessa nel

⁸⁰ In questo senso, com'è noto, già Stefano in sch. 1 *ad Bas.* 20.3.1 (Bas. III 1217; Hb. II 378) ὄquen e, ὄper ᾠ-laben [par] soà prEgma ᾠn tÍ permoutat.oni ½goun paršscon so...] ᾠknikhqÍ met] taàta, 1 „n fEktoum, ½toi praeskr...ptij bšrbij jrm0sei. Per un'attribuzione dello scolio a Stefano vd. G.E. HEIMBACH, *Basilicorum libri LX*, VI, Leipzig, 1870, *Prolegomena*, 278; nello stesso ordine di idee, per un'identificazione con l'*actio p.v.*, vd. J. CUJACIUS, *In L. XXXIII. Pauli ad edictum commentarii seu recitationes solennes anno 1584. Ad L. I. de Res. permut.*, in *Opera*, cit., V, 809; C. ACCARIAS, *Theorie*, cit., 66 e *ivi* nt. 2, 129; E. CUQ, *Institutiones juridiques des romans. Tome second. Le droit classique et le droit du bas-empire*, Paris, 1902, 445, nt. 4; nel senso di una corrispondenza con l'*actio incerti civilis* di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.2, E. RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, I, Leipzig, 1902, 122; tra gli studiosi recenti, ritengono possibile un'interpretazione nel senso di *actio in factum civilis* J. SCHMIDT-OTT, 'Pauli Quaestiones', cit., 225, nt. 65; M. ARTNER, 'Agere praescriptis verbis', cit., 209 nt. 177; da ultimo, respinge un'identificazione con il modello di Gai 4.46 anche C. PELLOSO, 'Do ut des', cit., 165 ss., su cui si veda *infra* in questo stesso §.

⁸¹ Così da ultimo, di azione «restitutoria in senso lato», diretta al conseguimento dell'interesse c.d. negativo, discute C. PELLOSO, 'Do ut des', cit., 159 e *ivi* nt. 131, 170 ss.; in senso contrario C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., 78 s.; per ulteriori indicazioni, per entrambi i diversi orientamenti, si rinvia a G. ROMANO, *Brevi considerazioni*, cit., § 1, nt. 10.

presupposto della mancanza di un vincolo contrattuale⁸².

Nessuna seria indicazione contraria può trarsi, al riguardo, dall'uso della locuzione *in factum dandam actionem*, per sostenere trattarsi di azione pretoria in senso stretto⁸³, e non la (pur sempre) decretale (o se si preferisce extraeditale) *actio in factum civilis*⁸⁴. Che anche in questo caso l'impiego del verbo *dare* debba interpretarsi con riferimento ad azione non spettante di diritto, ma rimessa a discrezionale valutazione del magistrato giudi-

⁸² Nello stesso ordine di idee vd. C. PELLOSO, *'Do ut des'*, cit., 159 nt. 131, 170; A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 139.

⁸³ Così C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., 78; non tiene conto qui (come del resto neppure con riferimento a Gai. 10 *ad ed. prov.* D.19.5.22) del dato lessicale C. PELLOSO, *'Do ut des'*, cit., 152, per quanto con riferimento a Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.2 avesse invece invocato tale uso a supporto della natura decretale dell'azione concessa da Giuliano: «discrezionalmente il pretore “può” (ma non “deve”) concedere al richiedente (*a praetore danda*)».

⁸⁴ Per la natura decretale dell'*actio praescriptis verbis* vd. A. BURDESE, *In margine a D.4.3.9.3, in Sem. Compl.*, VII, 1995, 35; da ultimo E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 133; diversamente, ma in termini che in sostanza non si discostano dalla prospettiva di un rimedio in cui si rivela essenziale l'apporto creativo pretorio, J. KRANJC, *Die 'actio'*, cit., 440: «Die *praescripta verba* sind [...] kein einseitiges Dekret des Prätors (wie eine Klage *in factum concepta*), sondern vielmehr das kreative Ergebnis des Verfahrens *in iure*»; in senso contrario L. GAROFALO, *Gratuità*, cit., 150; si tratterebbe non di «un'azione decretale, ma di un'azione che, in quanto civile, sarebbe spettata *ipso iure*», anche secondo C. PELLOSO, *'Do ut des'*, cit., 156 s.

tivamente malandato¹⁰¹, al punto che si è reso necessario più di un intervento integrativo¹⁰², e benché non si possa di conseguenza escludere che qualcosa sia caduto qua e là¹⁰³, non ci sono elementi concreti per legittimare una ricostruzione nel senso prima indicato.

In più Paolo non avrebbe avuto necessità di ricorrere qui alla formulazione suggerita, al fine di meglio precisare la natura dell'azione¹⁰⁴, non potendosi da questo punto di vista porre una seria connessione con D.2.14.7.2, ove, indipendentemente da più specifiche valutazioni circa la genuinità dell'inciso *id est praescriptis verbis*¹⁰⁵, che per

¹⁰¹ Di stato «precario» discute appunto C. PELLOSO, *'Do ut des'*, cit., 169.

¹⁰² Uno per il pr. ove si è inserita la frase '*permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest*' tra '*pretium esse, non potest*' e '*inveniri*': così TH. MOMMSEN, *Ed. maior*, cit., 574; adesivamente C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., 77 e *ivi* nt. 116; da ultimi segnalano l'integrazione, inserendovi però per evidente *lapsus* anche la parola *potest* prima di *permutatio* (in realtà presente nel *codex Florentinus*), E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 275, 278; C. PELLOSO, *'Do ut des'*, cit., 163; l'altro per il § 4 di cui ci siamo specificamente occupati, e che è stato risolto da Mommsen nel senso prima chiarito (*supra* § prec.).

¹⁰³ C. PELLOSO, *'Do ut des'*, cit., 169: «è congetturabile in teoria, pensare che qualcosa del pensiero paolino sia saltato (credo, anche qui, più per distrazione di un copista che per intervento della mano dei compilatori giustiniani)».

¹⁰⁴ C. PELLOSO, *'Do ut des'*, cit., 168 s.

¹⁰⁵ C. PELLOSO, *'Do ut des'*, cit., 168: «precisazione [...] genuina e non compilatoria finalizzata a meglio connotare l'appena menzionato '*agere incerti*'»; una propensione in fa-

Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.2 e Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.2, sotto il cui condizionamento si è indotti a facili (e non su altro fondate) associazioni tra il nome di questo giurista e soluzioni (magari solo apparentemente) orientate all'applicazione di *actiones in factum*, soprattutto se in relazione al verificarsi di fenomeni evittivi.

Non crediamo invece sia necessario ipotizzare un'integrazione del tipo *in factum dandam actionem <praescriptis verbis> respondetur*, secondo quanto si è recentemente congetturato¹⁰⁰. Per quanto lo stato complessivo del frammento paolino appaia effet-

com'è noto, già J. C. NABER, *Observantiunculae*, cit., 85; C. A. AUDIBERT, *L'expression*, cit., 46 nt. 2; che nella prospettiva anomalista sabiniana la permuta avrebbe trovato tutela attraverso le azioni della compravendita è sostenuto, senza però una specifica valutazione del punto di vista giuliano, da F. SITZIA, voce *Permuta*, cit., 109; negli stessi termini, anche L. GAROFALO, *Contratto*, cit., 356 s.; L. ZHANG, *Osservazioni sulla distinzione tra la compravendita e la permuta nel 'ius controversum' tra i Sabiniani e i Proculiani*, in *'Fides' 'Humanitas'*, cit., VIII, 6051; per una svalutazione del rilievo di Iul. 2 *ad Minic.* D.41.4.10 ai fini della ricostruzione del pensiero del giurista adrianeo, essendo qui piuttosto riferita (*respondit*) l'opinione di Minicio, vd. invece P. DE FRANCISCI, *'SUNALLAGMA'*, cit., I, 132 s.; per un'attribuzione del responso a Minicio, già O. LENEL, *Pal.* 1.486, nt. 2; diversamente, si orienta di recente per una paternità giuliana della soluzione («Un caso particolare, nel quale Giuliano prese posizione») P. FERRETTI, *'In rerum natura esse, in rebus humanis nondum esse': l'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico*, Milano, 2008, 57, nt. 109.

¹⁰⁰ In questo senso C. PELLOSO, *'Do ut des'*, cit., 169.

cente, è osservazione che si trova tralattivamente ripetuta in dottrina, in base a un'antica⁸⁵, e non sempre rettamente intesa⁸⁶, convinzione che pretenderebbe di attribuire ai giuristi romani un uso rigoroso delle espressioni *competere* e *dare(i) actionem*, in ragione, rispettivamente, della natura civile o onoraria del mezzo processuale da accordare⁸⁷.

⁸⁵ In questo senso già M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, I, Leipzig, 1888, 45 s.; soprattutto P. KRÜGER, *Über 'dare actionem' und 'actionem competere' in der justinianischen Compilationen*, in *ZSS*, XVI, 1895, 1 ss.

⁸⁶ La notazione si trova già in A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, Milano, 1972, 87 e *ivi* nt. 44.

⁸⁷ Tra le principali adesioni ci limitiamo a segnalare A. GIFFARD, *Les maitres*, cit., 187, nt. 31; N. BELLOCCI, *La genesi della "litis contestatio" nel procedimento formulare*, Napoli, 1965, 143 ss.; J.P. CORIAT, *Le Prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat*, Roma, 1997, 358, nt. 230, spec. 352 ss.; M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I. *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino, 2006, 226 ss.; ID., *Sulla storia dell'editto 'de pecunia constituta'*, in *AUPA*, LII, 2007-2008, 340, nt. 33; che le espressioni *'actio competit'*, *'actionem habere'* fossero utilizzate per esprimere l'«idée romaine de droit subjectif» era sostenuto anche da M. VILLEY, *L'idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, in *RHD*, XXIV-XXV, 1946-47, 223 s., che, com'è noto, figura tra i maggiori critici dell'applicabilità della nozione di diritto soggettivo al diritto romano: sulla questione si vedano da ultimi E. STOLFI, *Riflessioni attorno al problema dei "diritti soggettivi" fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, in *Studi Senesi*, CXVIII, 2006, 120 ss.; N. RAMPAZZO, *Diritto soggettivo e 'ius' nella visione di Michel Villey*, in *RIDA*, LV, 2008, 379

Si tratta di un punto di vista che non sembra potersi accettare e che non tiene conto dell'assoluta fluidità del linguaggio dei giuristi romani in materia⁸⁸, che sarebbe oggi quantomeno dubbio pensare di poter risolvere attraverso l'ipotesi di sistematiche contaminazioni postclassiche o peggio di deliberate alterazioni compilatorie⁸⁹, e che

ss.; C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di M. Talamanca, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 129 ss.

⁸⁸ In questo senso, per un uso da parte dei giuristi classici del verbo *competere* in riferimento a istituti pretori, già L. VINCI, *'Actionem dare' e 'actionem competere' nei testi giuridici romani*, in *Ann. Catania*, II, 1948, 365 ss.; ma anche, in effetti, P. KRÜGER, *Über 'dare actionem'*, cit., 2; un invito alla prudenza sul piano della diagnosi interpolazionistica si trova anche in F. BONIFACIO, *'Cognitor', 'procurator' e rapporto processuale*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, cit., IV, 545, nt. 2; R. MARTINI, *Il problema della 'causae cognitio' pretoria*, Milano, 1960, 60 e, *ivi*, nt. 16; M. KASER, *'Ius honorarium' und 'ius civile'*, in *ZSS*, CI, 1984, 81; M. MICELI, *L'interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita conclusa tramite intermediario libero ('institor' o 'procurator')*, in *La compravendita*, cit., II, 115 (il riferimento è a D.19.1.13.25); R. FERCIÀ, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padova, 2008, 155, nt. 26.

⁸⁹ Così M. VARVARO, *Studi*, cit., 226 nt. 625; ID., *Sulla storia*, cit., 340, nt. 33; con maggiore aderenza all'impostazione di Krüger, limita i propri sospetti ai soli casi di impiego del verbo *competere* in relazione a rimedi processuali accordati in via decretale A. METRO, *La 'denegatio'*, cit., 88 s.; da questo punto di vista, più recentemente non esclude che nel ricorso al verbo *competere*, in relazione a impieghi

cui fondare, in termini quantomeno verosimili, una tale congettura.

Del resto l'interpretazione della locuzione paolina ai sensi di Gai 4.46, è in larga misura condizionata dall'idea di una citazione (naturalmente adesiva) del punto di vista giuliano⁹⁷: ipotesi che, come si è avuto modo di osservare, potrebbe essere resa ancor più suggestiva se si dovesse ammettere, come saremmo inclini a ritenere, un'adesione paolina al punto di vista del giurista adrianeo relativamente al caso di Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.2⁹⁸.

Nel nostro brano non vi è, però, nulla che costringa a intravedere una relazione con il pensiero del giurista adrianeo (certamente non il *respondetur*)⁹⁹, se non generiche suggestioni ricavabili da

⁹⁷ A un debito rispetto all'impostazione giuliana pensa, come del resto si è osservato, pure C.A. CANNATA, *Labone*, cit., 80; così in sostanza, anche E. SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 290 ss.

⁹⁸ In proposito vd. *supra* § 2.

⁹⁹ Esclude una connessione con il punto di vista giuliano e piuttosto ritiene che l'intero frammento «sia dominato [...] da una logica di matrice squisitamente pediana e, quindi, da una impostazione dei problemi e da una concezione degli istituti altresì di tipo "aristoniano-mauricianeo"», C. PELLOSO, *'Do ut des'*, cit., 162 s., 165 s., il quale, anche in base a Iul. 2 *ad Minic.* D.41.4.10, arriva alla conclusione per cui il sabiniano Giuliano si sarebbe fatto piuttosto patrocinatore dell'*actio empti*: «è giocoforza supporre che lo stesso Giuliano, in conformità all'orientamento della sua *secta* piuttosto che un'*actio* decretale concedesse [...] un'*actio ex empto vendito*»; in questo senso,

presentato lo svantaggio di rendere assai meno agevole la formulazione del programma di giudizio.

Si può immaginare una descrizione della fattispecie generatrice della pretesa *in factum contractus* (ad es. *QUOD A^s A^s N^o N^o SERVUM STICHUM DEDIT UT SERVUM PAMPHILUM ACCIPERET*), per *nomen iuris* (*QUOD A^s A^s SERVUM STICHUM [...] PERMUTAVIT*), ma non *in factum evictionis* (che con buona approssimazione si potrebbe così ricostruire nel suo impianto essenziale: *QUOD A.^sA.^s N.^oN.^o SERVUM STICHUM DEDIT UT SERVUM PAMPHILUM ACCIPERET [...] ISQUE PAMPHILUS A.^oA.^o EVICTUS EST*).

Ammettere che l'azione qui proposta sia la stessa *actio civilis in factum*, consentirebbe di risolvere l'incongruenza rispetto a Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 senza dover ricorrere alla congettura di un percorso di allontanamento rispetto all'impostazione giuliana⁹⁵, in assenza peraltro di più precise indicazioni sul piano dei rapporti cronologici tra le opere del giurista severiano⁹⁶, su

a mio avviso, tralasciare la considerazione che nella descrizione coi *praescripta verba* del $\pi_Q^{\textcircled{C}}\gamma m\alpha$, di cui discorre Schol. Maqèn ad Bas. 11.1.7 e da cui deriva l'*actio* in una con l'*obligatio civilis*, potesse non solo menzionarsi in generale il tipo di negozio, ma anche precisarsi nel dettaglio (essendo l'azione, tra l'altro, *in factum*) il concreto *factum*».

⁹⁵ C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., 78 ss., 85.

⁹⁶ Ad ammetterlo è lo stesso C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., 85.

su un piano più generale riposa su un'accen-
tuazione dei profili formali della *conceptio iudicii*, ai fini di una valutazione della 'misura' della spet-
tanza dell'azione in capo all'attore, quale contrap-
punto logico della maggiore o ridotta discreziona-
lità magistratuale sul piano della concessione della
stessa⁹⁰, senza tener invece conto della comune
natura non editale e della controversa applicabili-
tà delle azioni in questione (*actio in factum, in factum
civilis*)⁹¹.

dell'*a.p.v.*, si possa intravedere un indizio del fatto che già in epoca tardoclassica fosse andata smarrita la distinzione terminologica tra *competere* e *dari*, M. ARTNER, *'Agere praescriptis verbis'*, cit., 200: «Doch dürfte diese Vokabel eher ein Zeichen dafür sein, daß in spätklassischer Zeit die zwischen *competere* und *dari* unterscheidende Terminologie bereits verwischt war».

⁹⁰ In questo senso vd. soprattutto R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 98 s.; seguito più recentemente da L. GAROFALO, *Contratto*, cit., 366 s. e, *ivi*, nt. 64; ID., *Gratuità*, cit., 149 s., ove viene ribadita l'idea di una tutela «automatica [...] assicurata [] dalla generale *actio praescriptis verbis*, senza necessità di rivolgersi volta per volta al pretore confidando nella concessione, comunque subordinata alla sua valutazione discrezionale, di un'azione decretale»; nello stesso ordine di idee C. PELLOSO, *'Do ut des'*, cit., 157.

⁹¹ Da questo punto di vista si rinvia a M. SARGENTI, *L'actio*, cit., 276 s.; in sostanza anche A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 134 ss.; ID., *Sul riconoscimento*, cit., 18 s., 23, ove, in un'ottica di discontinuità (anche) processuale tra le dottrine labeoniana e aristoniana, si tende ad attribuire alla sola editale *actio civilis incerti* aristoniana la qualifica di azione civile in senso stretto (e dunque) spettante di diritto, a differenza della decretale *actio in factum* labeoniana, la cui con-

Né pare si possa egualmente condividere l'osservazione per cui il modo di esprimersi di Paolo lascerebbe «intendere che l'azione concessa nel § 2 [*id est*: 1] e quella in *id quod interest* del § 4 sono due azioni diverse, il che risulterebbe perfettamente comprensibile se egli alludesse a due azioni pretorie *in factum*, nella prima delle quali il *factum* descritto nell'*intentio* (l'evizione) era diverso dal *factum* previsto nell'*intentio* della seconda (la

cessione, in quanto azione pretoria, sarebbe dipesa da una «valutazione discrezionale della fattispecie concreta da parte del magistrato»; adesivamente T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 186 ss., ove si segnala un percorso di «“civiltà” dell'azione contrattuale» dal passaggio dall'azione labeoniana a quella aristoniana-mauricianea; scettico sul punto (ma in termini che in realtà non fanno altro che rafforzare la sensazione che occorra una sostanziale riconsiderazione del rapporto tra i diversi meccanismi di tutela sul piano della configurazione delle sottostanti situazioni giuridiche soggettive) M. TALAMANCA, *Pubblicazioni*, cit., 734 («né [...] credo possa incidere il profilo [...] che col mezzo aristoniano si veniva ad “eludere la discrezionalità pretoria”, ché neppure l'*actio incerti* era editale, nel senso che vi fosse una formula di portata generale proposta nell'editto, cui l'attore potesse direttamente riferirsi, ché da tale punto di vista, l'azione veniva sempre concessa dal pretore»: con un punto di vista che sembra segnare un significativo allontanamento rispetto a quanto sostenuto dallo stesso studioso in ID., voce *Processo civile*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 53 s., ove piuttosto sembrava addirittura configurarsi la sussistenza di un obbligo «costituzionale» da parte del magistrato giudicante alla concessione di azione civile, pur in assenza di previsione a livello editale.

mancata *datio* del soggetto che aveva già ricevuto una *datio*). Se invece l'azione fosse stata quella *praescriptis verbis* essa avrebbe avuto sempre la stessa formula, perché l'*actio in factum civilis* descriveva in ogni caso, nella *demonstratio*, il contratto intervenuto fra le parti»⁹².

Nel brano non sembrano esservi elementi concreti che avvalorino una siffatta interpretazione⁹³, per quanto si deve invece concordare con l'idea di una invarianza dello 'Streitprogramm' nelle diverse ipotesi applicative, non sembrando da questo punto di vista seriamente praticabile la congettura di un'*actio in factum civilis* specificamente calibrata sul fatto in concreto fondativo della pretesa (evizione, inadempimento della controprestazione)⁹⁴, che tra l'altro, avrebbe

⁹² C.A. CANNATA, *Labeone*, cit., 79.

⁹³ Lo nota già correttamente C. PELLOSO, '*Do ut des*', cit., 161, nt. 133 («mi pare un'impressione dello studioso più che un dato emergente dal testo»).

⁹⁴ Così parrebbe, ma in termini che lasciano un po' perplessi e che in sostanza rischiano di enfatizzare il rilievo del notissimo sch. Maqèn di Stefano ('¼tij dihg<tai men æj ʳn demonstrat..wni tŌ pr©gma) sul piano della individuazione del fatto fondativo della pretesa, e che non tengono invece conto del fatto che nella prospettiva dei giuristi romani ciò che individua la ragione dell'azione, non è l'inadempimento della prestazione o la subita evizione, ma il rapporto contrattuale unitariamente considerato, C. PELLOSO, '*Do ut des*', cit., 161, nt. 133: «in secondo luogo il sostenere che l'*actio praescriptis verbis* descriva “immutabilmente” solo il contratto (ossia, nell'impostazione del Cannata, l'accordo o l'affare divisato dalle parti), significa,