



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

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

Paola Pasquino

**G. ZARRO, *Aspetti dell'autonomia negoziale dei Romani. Dalla 'fides' ai 'nova negotia'*,
Napoli, 2015**

Numero X Anno 2017
www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile

Laura Solidoro

Comitato Scientifico

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

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Seconda Univ. Napoli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Triscioglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Centola, A. Cernigliaro, D. Ceccarelli Morolli, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, S. Di Salvo, I. Fagnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambrini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Martino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

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

Con il patrocinio di:



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

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

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

Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attenta considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.

**G. ZARRO, ASPETTI DELL'AUTONOMIA NEGOZIALE
DEI ROMANI. DALLA 'FIDES' AI 'NOVA NEGOTIA',
NAPOLI, 2015**

Il multifaccettato rapporto tra il diritto romano e il diritto vigente rappresenta uno degli aspetti più concreti nell'ambito del dibattito circa la *ratio essendi* della storia del diritto, e delle discipline storiche in generale. Dibattito dalle origini lontane, ma ancora pienamente vivo, accesissimo e foriero di spunti sempre nuovi: si pensi, per fare un esempio assai recente, alle relazioni tenute in occasione del Convegno organizzato nel 2015 dalla Società Italiana di Storia del Diritto, il cui Direttivo, a seguito della riforma che poco prima aveva investito la laurea magistrale in Giurisprudenza, aveva ritenuto opportuno «...avviare una sorta di processo di 'autocoscienza' delle nostre discipline e ... aprire il dibattito sul passato, ma anche sul presente e sul futuro, dei metodi, della funzione e degli obiettivi della ricerca storico-giuridica e della didattica»¹.

¹ C. STORTI, *Le ragioni di un Convegno*, in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. Birocchi e M. Brutti, Torino, 2016, volume che appunto raccoglie gli atti del relativo Convegno. Tematiche analoghe erano state altresì affrontate da diversi studiosi nell'ambito di un Convegno organizzato dall'ARISTEC, i cui atti sono stati da poco pubblicati: *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC (Roma, 10-11 ottobre 2014)*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2017. Del resto, non molto tempo prima (novembre 2010), si era tenuto presso l'Università di Roma 'Sapienza' un Incontro di studio dedicato a *Diritto romano e formazione del giurista negli anni duemila*, in occasione del quale Capogrossi Colognesi paventò pressoché la morte dell'involontariamente celeberrima anatra goethiana, così suscitando varie reazioni, tra cui quella di Laura Solidoro Maruotti, contenuta nell'*Editoriale* 2013 di questa rivista.

Lo storico del diritto che approcci ad una ricerca, quindi, sentendo risuonare gli echi di tale intenso dibattito, comprende bene quali siano le implicazioni della scelta di metodo² che egli è necessariamente tenuto a compiere: una scelta che investe lo stesso strumentario d'indagine³ e persino, a monte, il linguaggio da adoperare⁴. Una volta operata, questa scelta si appaleserà poi a quanti vorranno conoscere i risultati di quella ricerca, trasparendo talvolta dallo stesso titolo.

Queste le prime riflessioni suscitate dalla lettura della pubblicazione di G. Zarro, *Aspetti dell'autonomia negoziale dei Romani. Dalla 'fides' ai nova 'negotia'*, Napoli, 2015, in cui il ricorso a concetti e categorie moderni appare sollecitato anche dai risvolti attuali delle questioni in essa presentate.

Lo studio ha il merito di proporre nuovamente problemi centrali per gli storici del diritto, racchiudendo sotto la veste formale di un unico testo diversi saggi, che spaziano dalle origini della procedura *per formulas* (cap. I), ad alcune complesse tematiche in ordine a quella che odiernamente potrebbe definirsi la

² Pur nella piena consapevolezza che «la pluralità di interessi, di approcci, di stili e di metodi interna alla romanistica merita “di essere riscoperta come ricchezza”»: così, citando A. Banfi, L. GAROFALO, *Itinerari della romanistica italiana*, in *Nel mondo*, cit., 48; v. anche p. 72.

³ Più che noto il contrasto tra la posizione di Emilio Betti (che, nel rivendicare alla dogmatica moderna un primato assoluto, riconosceva a quest'ultima il monopolio ermeneutico del diritto passato) e quella di Pietro de Francisci (per il quale l'esperienza giuridica romana andava studiata con gli strumenti degli stessi giuristi romani), su cui cfr. G. SANTUCCI, «*Decifrando scritti che non hanno nessun potere*». *La crisi della romanistica fra le due guerre*, in *Storia*, cit., 63 ss., *precipue* 92 ss.

⁴ Cfr. A. GUARINO, *Cinquant'anni dalla «Krise»*, in *Labeo*, 34, 1988, 43 ss., ora in *Pagine di Diritto Romano*, I, Napoli, 1993, 276 ss., favorevole ad un linguaggio 'attualizzato', nel solo senso di un linguaggio conforme a quello della teoria generale del diritto.

‘sistematica dei contratti’ (capp. II, III, IV), giungendo, dopo l’analisi di un problema di critica testuale (cap. V), a trattare anche della tutela delle obbligazioni con pluralità di soggetti (cap. VI) e della configurazione della cd. *mutua fideiusio* (cap. VII). Filo conduttore: l’autonomia dei privati. Ai quali viene riconosciuto, nella prospettiva delineata e rimarcata da Vincenzo Giuffrè nella prima Prefazione, il ruolo di reali artefici del diritto, definito «Quasi un c.d. diritto umano congenito che non debba essere attribuito dall’autorità sovrana, ma che è preesistente allo Stato e gli ordinamenti positivi devono soltanto riconoscere e proteggere...» (p. XI). Perché, come ricorda Francesco Lucrezi nella seconda Prefazione, il diritto resta sempre «*hominum causa constitutum*», stando al celeberrimo insegnamento di una giurisprudenza, «*iniusti atque iniusti scientia*», orientata verso «Una *ratio* (e una *iustitia*) a servizio dell’uomo...» (p. XVIII), quale emerge dai «...raffinati ragionamenti sui *bonae fidei iudicia*, le *conventiones iuris gentium*, le *actiones in factum*, l’*agere praescriptis verbis*, i contratti “*do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*”, elaborati, in chi sa quante notti insonni, dai giuristi del principato, e attentamente catalogati, nella sua investigazione, da Zarro» (p. XVII). Si tratta – l’evidenza è immediata – di tematiche assai complesse, che per giunta presuppongono quanto meno un accenno a molte questioni in ordine alle quali si registrano ferventi (e in alcuni casi non ancora sopite) dispute dottrinali.

Le suaccennate riflessioni circa l’approccio alla ricerca sono state indotte in particolar modo dalla lettura del primo capitolo (*Cic. de off. 3.17.70. Alle origini dell’autonomia privata romana*), in cui si ricorre più volte ad una espressione (‘volontaria giurisdizione’), di cui, a nostro modesto avviso, non si può sottovalutare il significato specialistico nell’ambito del diritto vigente e che, d’altro canto, non possiamo – almeno allo stato delle nostre conoscenze –

considerare come la mera traduzione in lingua italiana di una realtà giuridica romana.

Vediamo il contesto. Nel saggio in questione, argomentando a favore della nota tesi di wlassakiana memoria circa l'origine 'arbitrale' delle procedure formulari⁵ (primogenitura degli *arbitria bonae fidei* – il cui schema originario si sarebbe formato, secondo alcuni, nella prassi giurisprudenziale 'come portato degli arbitri compromissori ed in seguito sarebbe stato recepito nella giurisprudenza del pretore' (p. 13) – e loro trasformazione in *iudicia bonae fidei*), viene richiamata la disputa intorno alla nascita, in ambito civile o pretorio, dei *iudicia bonae fidei*; si affrontano problematiche inerenti al significato dei lemmi *arbiter* e *arbitrium*⁶; si discetta della funzione originaria di *demonstratio* e *praescriptio*.

In questo amplissimo sfondo, l'A., nel dare risalto al ruolo svolto dagli 'arbitrati' per mettere in luce la risoluzione in via privata delle controversie come manifestazione dell'autonomia negoziale, adopera, a tale ultimo riguardo, l'espressione 'volontaria giurisdizione' in contrapposizione alla *iurisdictio* esercitata dal magistrato.

⁵ Tesi che, ad accedere alle conclusioni cui giunge G. NICOSIA, *Dalla creazione di un secondo 'praetor' alla autonomizzazione della 'iurisdictio peregrina'*, in *BIDR*, 106, 2017, 17 s. (dell'estratto), andrebbe completamente rivista: «Occorre dunque constatare che le varie (pur diversissime) ricostruzioni della nascita e degli sviluppi dell'*agere per formulas* sono tutte infondate... E che pertanto va rimessa in discussione la sterminata letteratura che si è accumulata negli ultimi circa centocinquanta anni, a partire da Bethmann-Hollweg, Bekker, Eisele, e soprattutto da Wlassak in poi».

⁶ Su quest'ultimo termine in relazione al potere del giudice nelle cd. *actiones arbitrariae*, con annessa differenza rispetto alle *actiones bonae fidei*, si v., oltre alla letteratura citata da Zarro, anche la pregevole analisi di S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo' nella formule del processo privato romano*, Napoli, 2012, in particolare 140 ss.

Orbene, se è ben possibile che le modalità fissate dai privati in appositi accordi per la composizione di liti possano aver ispirato la redazione delle prime formule di giudizio, ci sembra di dover dissentire sul fatto che tali accordi (e la conseguente devoluzione della decisione ad un *arbiter*) possano essere ricondotti nell'ambito di quella che oggi viene qualificata come 'giurisdizione volontaria' in senso tecnico. Le difficoltà sorgono innanzitutto perché si registrano ancora notevoli incertezze definitorie, legate all'assenza di una espressa menzione codicistica⁷ e al mero richiamo di un dato formale attraverso la locuzione «procedimenti in camera di consiglio» (artt. 737 ss. cod. proc. civ.). Ma, anche a seguire l'orientamento⁸ secondo cui il minimo comun denominatore di questi procedimenti va individuato, da un lato, nel loro svolgimento davanti ad organi giurisdizionali e, dall'altro, nella inidoneità a dar luogo alla cosa giudicata, comunque non sembrerebbe possibile farvi rientrare gli arbitrati di età romana⁹, quanto meno perché essi non prevedevano la partecipazione di un

⁷ Il legislatore invero non adopera quasi mai l'espressione 'giurisdizione volontaria' (un cenno vi è soltanto nell'art. 801 cod. proc. civ., ora abrogato, e nell'art. 32 disp. att. cod. civ.); e ciò per l'evidente preoccupazione, ben messa in luce da C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III. *I procedimenti speciali di cognizione*¹⁹, Torino, 2007, 327, «di evitare di impegnarsi su questioni di ordine sistematico».

⁸ C. MANDRIOLI, *Diritto*, cit., 327 ss.

⁹ Per quelli attuali, ci sembra che il dubbio sia ampiamente fugato dalla stessa disciplina codicistica, che prevede l'arbitrato sì tra i procedimenti speciali, ma in un titolo a parte: artt. 806 – 840 cod. proc. civ. (riformati dal d.lgs. n. 40/2006). Ancora, basti pensare che, rispetto alla forte volontà di ampliare la portata dello strumento arbitrale (cfr. <http://www.cassaforense.it/giustizia-archivio/il-nuovo-arbitrato-guadagna-materie/>), non a caso si parla di 'degiurisdizionalizzazione'.

magistrato inteso come organo pubblico, investito della *iurisdictio*¹⁰. Gli arbitrati possono quindi essere tutt'al più considerati come una forma di giurisdizione alternativa, convenzionale, ma non volontaria in senso tecnico.

Questo rilievo consente di compiere un ulteriore passo avanti: si può invero affermare che l'uso dell'espressione 'volontaria giurisdizione' si presenta non del tutto appropriata anche qualora la si consideri come equivalente italiano della locuzione '*voluntaria iurisdictio*'¹¹. Invero, pur a voler ipotizzare (ma il rischio di una forzatura storica è notevole) che la celebre – e unica nel *Corpus iuris* – menzione, ad opera di Marciano (1 *inst.* D. 1.16.2 pr.¹²), di una *voluntaria iurisdictio* possa riferirsi altresì ad un contesto

¹⁰ Sui rapporti tra arbitrato e *iurisdictio* si segnala lo studio di T. DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e 'iudicium': un itinerario nella giurisprudenza classica*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2012, 113 ss. (cfr. in part. 169 ss.), con ampia discussione della precedente letteratura.

¹¹ Se risulta ben chiaro, anche alla luce di quanto si è molto sommariamente accennato, che la romana '*iurisdictio*' non è la nostra 'giurisdizione', meno palese è la mancanza di corrispondenza tra i due aggettivi, '*voluntaria*'/'volontaria': al riguardo, si ritiene opportuno sottolineare che il termine latino ha destato non poche perplessità in dottrina, atteso che esso indica di solito un atto libero, spontaneo, laddove, per il titolare della *iurisdictio*, l'esercizio della funzione dovrebbe costituire un dovere, un '*officium*'. Tuttavia, alcuni autori non escludono che, a certe condizioni, rispetto a certi atti, l'intervento del magistrato potesse profilarsi come 'discrezionale': secondo A. WACKE, *Zur 'iurisdictio voluntaria'*, in *ZSS*, 106, 1989, 192 s., l'aggettivo '*voluntaria*' si attaglierrebbe al magistrato che viaggia, con riferimento agli atti da compiere al di fuori della propria provincia.

¹² Marc. 1 *inst.* D. 1.16.2 pr.: *Omnes proconsules statim quam urbem egressi fuerint habent iurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam: ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri.*

storico e processuale di molti secoli addietro, non si conosce ancora l'esatto significato della locuzione adoperata dal giurista severiano¹³ e meno che mai è possibile farlo coincidere tout court con quello attuale. A tutto ciò si aggiunga che gli atti ricollegati dal summenzionato giurista severiano alla *iurisdictio voluntaria*, e cioè *adoptio*, *manumissio*, e, indirettamente, *emancipatio*, sono comunque applicazioni di un istituto con molta verisimiglianza squisitamente processuale, ovverosia *l'in iure cessio*.

Oltrepassando queste riflessioni – che peraltro concernono uno specifico, esiguo aspetto della trattazione –, si può comunque

¹³ Imprescindibili in materia gli studi di S. SOLAZZI, *'Iurisdictio contentiosa' e 'voluntaria' nelle fonti romane*, in *AG*, 98, 1927, 3 ss., ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III. (1925-1937), Napoli, 1960, 163 ss.; F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, Padova, 1937, 279 ss.; P. GONNET, *Le droit du magistrat romain de faire, dans son propre intérêt, acte de jurisdiction volontaire*, in *RHD*, 16, 1937, 193 ss.; M. LAURIA, *'Iurisdictio'*, in *Studii e Ricordi*, Napoli, 1983, *passim*. Più di recente, del tema (sia per il diritto romano sia per il vigente diritto spagnolo) si è occupato, in numerosissimi lavori, A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN: v., *ex multis*, *Jurisdicción voluntaria en derecho romano*³, Madrid, 1999; *Jurisdicción y arbitraje en derecho romano*, Madrid, 2006; *Reflexiones a propósito del anteproyecto de ley de jurisdicción voluntaria de octubre de 2005*, in *'Fides' 'Humanitas' 'Ius'*. *Studi in onore di Luigi Labruna*, III, a cura di C. Casione e C. Masi Doria, Napoli, 2007, 1791 ss. Ad essi si aggiungano il denso articolo di A. WACKE, *Zur 'iurisdictio voluntaria'*, cit., nonché: L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli, 1989, 48 s., nt. 98; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *'Imperium mixtum'. Ulpiano, Alessandro e la giurisdizione procuratoria*, in *Index*, 18, 1990, in part. 127 ss.; A. BELLODI ANSALONI, *Un caso di 'iurisdictio voluntaria'. La 'transactio alimentorum'*, in *BIDR*, 101-102, 1998-1999, 465 ss.; L. FANIZZA, *L'amministrazione della giustizia nel principato. Aspetti, problemi*, Roma, 1999, 65 ss.; diversi spunti anche in S. BARBATTI, *Studi sui 'iudices' nel diritto romano tardo antico*, Milano, 2012, in part. 639 ss., e in J.-P. CORIAT, *I tribunali dell'Impero tra I e III secolo: 'status quaestionis' e prospettive*, in *I tribunali dell'Impero. Relazioni del convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 7-10 giugno 2006)*, a cura di F. Milazzo, Milano, 2015, 3 ss.

notare il ricorso al linguaggio e agli schemi propri della dogmatica moderna anche nella impostazione degli altri saggi.

Di grande attualità e densità di implicazioni sono le tematiche affrontate nei tre capitoli seguenti, tra di loro intimamente connessi: *Contratto e causa nella concezione di Labeone, L'agere praescriptis verbis' secondo Celso figlio, Ulpiano ed una disputa a riguardo dei contratti innominati*¹⁴. In essi, il discorso si snoda attraverso il richiamo ad alcuni noti testi giurisprudenziali (tra cui spiccano i celeberrimi passi ulpiani contenuti in Ulp. 11 *ad ed.* 50.16.16 e in Ulp. 4 *ad ed.* 2.14.7), in ordine ai quali le riflessioni della romanistica continuano incessanti¹⁵. Dopo aver sottolineato che la concezione del *contractus* elaborata da Labeone non si estendeva a negoziazioni diverse da quelle dello *ius gentium*, l'A. individua un «ulteriore risultato innovativo...nella disponibilità della scuola proculiana ad ammettere il consenso costitutivo per le negoziazioni *re e verbis contractae*, addirittura prima di quelle che in Gaio saranno le *obligationes consensu contractae*» (p. 193, p. 271). L'idea secondo cui le forme contrattuali atipiche furono riconosciute soltanto con Ulpiano, «che elaborò una dottrina consensualistica del contratto», va poi di pari passo con la constatazione che Celso ammise con una certa prudenza la tutela di convenzioni innominate, ammettendo «l'alternatività dell'*agere praescriptis verbis*, nelle forme escogitate da Labeone» (p. 145).

¹⁴ Intorno a queste tematiche, si v. anche l'interessante studio di E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento, 2011.

¹⁵ Si pensi al recentissimo contributo di C. PELLOSO, *Giustizia correttiva e rapporti sinallagmatici tra dottrina etica e declinazioni positive*, in TSDP, 9, 2016, sez. 'Contributi', il quale ha ulteriormente approfondito la nozione aristotelica di '*sinallagma*', con riferimento soprattutto al concetto di giustizia cd. diortotica o correttiva.

Il riferimento ai *praescripta verba* non può non richiamare alla mente le ricostruzioni elaborate dalla recente romanistica circa le funzioni della *praescriptio*¹⁶, che sono alla base anche della problematica di cui Zarro si occupa nel capitolo sesto: *Gai 4.136. Aspetti processuali dell'autonomia negoziale nelle obbligazioni plurisoggettive*. Qui l'A. si riferisce in particolar modo a quella che oggi potrebbe definirsi 'solidarietà accessoria', in quanto prende in specifica considerazione i rapporti che legano i cd. garanti personali (*sponsores*, *fideipromissores* e *fideiussores*) al debitore principale, ponendosi al riguardo il problema delle ragioni per cui contro *fideiussores* e *sponsores* si adoperassero *praescriptiones* diverse da quella a disposizione contro il *promissor incerti*, come si evince dal raffronto tra i paragrafi 4.136 e 4.137 del manuale gaiano. Occorre premettere che la tematica delle obbligazioni solidali, di grande complessità ed attualità, è stata recentemente fatta oggetto di nuovi studi, alcuni dei quali si sono avvicendati persino in un ristretto torno di anni¹⁷; ma l'A. non intende soffermarsi sui profili

¹⁶ Numerosi e notevoli spunti sono offerti dall'acuto dibattito sulla *praescriptio* che ha visto il susseguirsi di una mole di scritti, in cui le singole argomentazioni vengono reciprocamente esaminate con grande acribia: ci si riferisce in particolare agli studi di L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova, 2003 (convinto di una funzione della clausola meramente limitativa del *petitum*, funzione connessa all'esigenza di delimitare gli effetti della consumazione processuale; a giudizio dello studioso, «le *praescriptiones* usate contro i garanti potevano essere accordate anche soltanto quando vi fosse la necessità di evitare, grazie all'inciso '*cuius rei dies fuit*', le conseguenze d'una *petitio ante diem*; e questo senza che il resto della loro *conceptio* rispondesse a ulteriori esigenze di tipo formulare», p. 335), e di M. VARVARO, *Ricerche sulla 'praescriptio'*, Torino, 2008, in part. 112 ss. (che attribuisce alla *praescriptio* anche una funzione 'dimostrativa', volta alla individuazione della *causa petendi*), con le relative recensioni.

¹⁷ Si pensi, tra gli altri, a F. BRIGUGLIO, *Fideiussoribus succurri solet?*, Milano, 1999; L. PARENTI, *In solidum obligari? Contributi allo studio della solidarietà da atto lecito*, Napoli, 2012; G. ROSSETTI, *Le obbligazioni in solido. Modelli romani e disciplina*

‘strutturali’ delle obbligazioni plurisoggettive, quali l’annosa questione, oggi risolta in senso assai diverso dalla impostazione pandettistica, sulla differenza tra obbligazioni solidali e correali o le difformità di disciplina tra la solidarietà esistente tra più condebitori e quella esistente tra debitore e garante/garanti. Zarro, dando per presupposto il regime classico della estinzione dell’obbligazione solidale in seguito a *litis contestatio* cui il creditore fosse addivenuto con anche uno solo dei coobbligati (regime superato, come noto, in epoca giustiniana, allorquando si stabilì – C. 8.40.28 – che l’obbligazione si sarebbe estinta soltanto con il soddisfacimento del creditore), si interroga sulla *conceptio verborum* delle *formulae* previste da Gaio per l’escussione di un *promissor incerti* da un lato (4.136) e lo *sponsor* e il *fideiusor* dall’altro; e, riprendendo argomentazioni già prospettate in letteratura, sottende alle conclusioni l’attuale elaborazione circa la distinzione tra le obbligazioni solidali tutelate da *iudicia stricti iuris* e quelle azionabili con *iudicia bonae fidei*, accedendo all’ipotesi secondo cui la funzione della *praescriptio* sarebbe stata, oltre che di riserva alle prestazioni già scadute, quella di precisare che veniva dedotta in giudizio una stipulazione di garanzia.

La prospettiva processuale cede invece il passo¹⁸ a considerazioni di carattere sostanziale nel saggio dedicato alla

attuale, Napoli, 2013. A riprova della grande vivacità della problematica, significative appaiono anche le pagine in cui S. DI SALVO, *Solidarietà passiva, diritto romano e politica del diritto*, in *Studi in onore di A. Metro*, II, a cura di C. Russo Ruggeri, Milano, 2010, 225 ss., ora in ID., *Dal diritto romano. Percorsi e questioni*, Torino, 2013, 71 ss., tratteggiando l’evoluzione storica del rapporto di regola/eccezione che lega solidarietà e parziarietà – rapporto più volte sovvertito – discute una nota (e ‘rivoluzionaria’) sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (n. 9458 del giorno 8 aprile 2008), in tema di obbligazioni assunte dai condomini di un edificio.

¹⁸ Una lettura in chiave processuale della complessa Nov. 99 (sulla cui corretta interpretazione non si è ancora raggiunta unanimità di vedute: cfr. L. PARENTI,

mutua fideiussio (capitolo settimo: *Un esempio di autonomia privata nel tardo antico: la mutua fideiussione*), riletta alla luce di una originale interpretazione di un documento papiraceo risalente al 149 d.C.¹⁹, con ciò adducendo indirettamente un'ulteriore dimostrazione a riprova dell'importanza che tali documenti possono fornire per gettare nuova luce su dati, per dir così, acquisiti.

Questioni di natura per lo più filologica vengono invece affrontate nel capitolo quinto, intitolato *D. 2.14.48 (Gai. 3 Ad Leg. Duod. Tab.)*. *Congetture, iconoclastie, 'epoché'*, in cui, attraverso la lettura 'multistrato' del passo gaiano e la conseguente discussione intorno all'ammissibilità di 'pattuizioni' da aggiungere alla *traditio* già per l'epoca decemvirale, viene tratteggiata qualche riflessione sul «formalismo degli atti antichi» (p. 195).

Il richiamo al '*pactum*' non è casuale: da quanto lascia intendere lo stesso Zarro (p. 193), la sua prossima ricerca verterà su tale tematica. Che involge ancora una volta questioni assai interessanti, altrettanto intricate e di indubbia attualità.

Paola Pasquino
Assegnista di ricerca (Ius/18)
Università degli Studi di Salerno
paolapasquino@yahoo.it

In solidum obligari?, cit., 35 ss.) è stata offerta da P. CAPONE, *De consortibus eiusdem litis*. *Storia di un titolo del Codice di Giustiniano*, Napoli, 2012, 421 ss.

¹⁹ G. THÜR, *Arnaldo Biscardi e il diritto greco (riflessioni sul prestito marittimo SB VI 9571)*, in *Dike*, 3, 2000, 177 ss.

