

GIUSEPPE ROMANO

Note a margine di Ulp. 26

ad ed. D.12.4.3.3-4

(A proposito di una nota interpretazione
di Filippo Gallo)*

* Il presente contributo è destinato agli Scritti in onore di Generoso Melillo.

È ben noto che intorno alla natura (reale) delle fattispecie contrattuali atipiche si è aperto da tempo un acceso dibattito. Mentre in passato era possibile registrare un generale accordo nel ritenere, soprattutto alla luce di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.2¹ e dell'ancor più esplicito Paul. 32 *ad ed.* D.19.4.1.2,² che ai fini del perfezionamento e dun-

¹ D.2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Sed si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem.* Della sterminata letteratura al riguardo ci limitiamo qui a segnalare, tra gli studi più recenti, A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli, 1971, 178 ss.; ID., *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro ad edictum*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di diritto romano*, a cura di Nicla Bellocci, Siena 14-15 aprile 1989 (pubbl. 1991), 125 ss.; P. CERAMI, D.2.14.5. *Congetture sulle 'tres species conventionum'*, in *Atti Accad. sc. mor. pol. Napoli*, 85 (1974), ora in *AUPA*. 36 (1976), 174 ss.; G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, 1994, 212 ss.; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA*. 37 (1983), 1 ss.; ID., *La causa delle convenzioni atipiche*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico comparatistica, II Congresso internazionale ARISTEC*, Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995 (pubbl. 1997), 85 ss.; C. A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Causa e contratto*, cit., 35 ss.; A. BURDESE, *Contratto e convenzioni atipiche da Labeone a Papiniano*, in *SDHI*. 62 (1996), 515 ss.; ID., *Ultime prospettive romanistiche in tema di contratto*, in *Atti del II convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 1998, 32 s.; ID., *Divagazioni in tema di contratto romano, tra forma consenso e causa*, in *Vincula iuris. Studi in onore di Mario Talamanca*, I, Napoli, 2001, 334 ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, II, Torino, 1995, *passim*; ID., *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in *Causa e contratto*, cit., 63 ss.; ID., *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, Roma, 1999, 25 ss.; S. TONDO, *Note ulpianee alla rubrica edittale per i 'pacta conventa'*, in *SDHI*. 64 (1998), 441 ss.; M. SARGENTI, *'Actio civilis in factum' e 'actio praescriptis verbis'. Ancora una riflessione*, in *Studi M. Talamanca*, VII, cit., 269 s.; da ultimi v. anche T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, *passim*; 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*, Padova, 2006, 281 ss.; L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Le dottrine*, cit., 359 ss.

² D.19.4.1.2 (Paul. 32 <33> *ad ed.*): *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.* Il brano era ritenuto integralmente interpolato da S. PEROZZI, *Il contratto consensuale classico*, in *Scritti Schupfer*, I, Torino, 1898, 170 ss., ora in *Scritti giuridici. II Servitù e obbliga-*

que azionabilità dei rapporti contrattuali extraedittali si rendesse necessaria la spontanea esecuzione di una delle due prestazioni convenute,³ oggi non sono pochi gli studiosi che, sebbene da angolazioni non sempre coincidenti, propongono una significativa revisione di tale convincimento, insinuando piuttosto l'idea (in verità non del tutto

zioni, Milano, 1948, 570 ss.; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ*, *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia, 1916, 321 nt. 3; in senso contrario B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953, 104; G. MELILLO, *Forme e teorie contrattuali nell'età del principato*, ANRW, II 14, Berlin-New York, 1982, 119; ID., *Contrahere*, cit., 211; sulla genuinità del § almeno fino 'praebeſ', in linea con C. A. MASCHI, *Il diritto romano*, I, 2^a ed., 598 s.; R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 153 nt. 231; ID., *La causa*, cit., 93 s.; G. MAC CORMACK, *Contractual theory and the innominate contractus*, in *SDHI*. 51 (1985), 136 s.; M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura* 39 (1988), 70; più di recente non sembra muovere rilievi alla fonte F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 71; ID., *Ai primordi*, cit., 69; sospetta invece del brano C. A. CANNATA, *Contratto e causa*, cit., 42, per il quale si tratterebbe di un 'glossema basato su di un'interpretazione scorretta' di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.1-2'; in proposito v. da ultimi T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., 200 ss.; L. GAROFALO, *Contratto*, cit., 357 nt. 48.

³ Preziose indicazioni sulla letteratura più risalente si trovano in U. GRECO, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, tra. it., XIX, Milano, 1891, 401 nt. h); all'elenco degli autori ivi citati vanno quantomeno aggiunti A. PERNICE, *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in *ZSS*. 9 (1888), 248 ss.; P. F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, trad. it. a cura di Carlo Longo, Milano, 1909, 605; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*,¹⁰ Torino, 1946, 499 ss.; P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 282; K. MISERA, *Julian-African D.19.5.24. Ein Beitrag zu "agere praescriptis verbis"*, in *Sodalitas*, VI, Napoli, 1984, 2605 s. e nt. 88 ('Gestaltung nach dem Muster der Realkontrakte'). Alla necessità di una attribuzione patrimoniale sembra credere persino R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 274 ss., nonostante lo Studioso sia da tempo impegnato in una decisa revisione della interpretazione tradizionale della categoria contrattuale labeoniana, che lo ha peraltro portato a suggerire una relazione tra la nozione labeoniana di *contractus* e la promessa pretoria di *pacta conventa servare*, nel senso che la valorizzazione dell'elemento consensualistico sarebbe servita a Labeone per garantire un riconoscimento ai *nova negotia*; nella prestazione scorge una condizione di esigibilità per le obbligazioni scaturenti in capo ad entrambe le parti dalle convenzioni atipiche G. MAC CORMACK, *Contractual theory*, cit., 131 ss. (assimilazione al negozio condizionale contestata da R. SANTORO, *La causa*, cit., 93 nt. 34); il ruolo della *datio* nella costituzione di un vincolo obbligatorio è recentemente ribadito anche da V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in «*Ostraka*», 5.1, 1996, 66 ss., il quale anzi, sul piano della ricostruzione storica, è incline a scorgervi un residuo della più antica prassi della giurisdizione pretoria, che, nell'ambito dei rapporti di scambio, avrebbe subordinato 'la concessione dell'*actio* all'adempimento di una delle parti, ovvero alla consegna'; l'impostazione tradizionale sembra essere difesa ultimamente anche da T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., 143 ss., anche se, attenendosi ad una valutazione complessiva del pensiero dell'A., si ha piuttosto la sensazione che l'essenzialità della prestazione venga predicata limitatamente alla dottrina aristoniana del *synallagma* (così soprattutto 198, 316 ss., 349 ss.); il punto di vista dell'A. è ora riproposto in *Sul responsum di Aristone*, cit., 319 ss.

nuova)⁴ di una vincolatività direttamente ricollegabile alla forza della *conventio*, al di là di una ‘Vorleistung’.⁵

Fra gli Autori che più di altri sembrano essersi distinti in questo senso, arrivando a riconsiderare la presunta necessità di un principio d’esecuzione nei processi formativi delle fattispecie contrattuali atipiche, va innanzitutto segnalato Cannata, il quale ha ritenuto di poter ricondurre l’origine della natura reale dei contratti innominati ad un travisamento che, maturato già in epoca bizantina, si sarebbe definitivamente consolidato nello sforzo di elaborazione dogmatica compiuto dagli interpreti medievali. Tanto più che la configurazione di tale categoria contrattuale all’insegna dello schema del *contractus realis*, messo a punto dai Glossatori,⁶ avrebbe di fatto portato ad un superamento e al tempo stesso ad un allontanamento persino rispetto alla nozione (non classica) di *obligatio re contracta* delineata estensivamente in Gai. 2 *aur.* D.44.7.1.2-6,⁷ dando così vita al concetto

⁴ In questo senso, com’è noto, E. GANS, *Über römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatkontrakten und jus poenitendi*, 1819 (trad. it., *Il diritto romano delle obbligazioni e specialmente intorno alla teorica dei contratti innominati e del jus poenitendi*, Napoli, 1856).

⁵ Un’apertura in questa direzione si può cogliere anche in M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla direzione*, in *BIDR.* 92-93 (1989-1990), 733 s.; di cui si veda però, in linea con l’indirizzo tradizionale, *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Digesto IV*, 1989, 70, 72.

⁶ In proposito v. la glossa *nomen suum habent* a Paul. D.19.4.1.2.

⁷ C. A. CANNATA, *Sulla ‘divisio obligationum’ nel diritto romano classico*, in *Iura* 21 (1970), 67 ss.; ID., *La classificazione delle fonti delle obbligazioni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV, Bologna, 1974, cit., 66; ID., *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, Digesto IV, Torino, 1995, 426, il quale per l’appunto ne attribuisce la paternità all’Autore delle *res cottidianae*, ‘ignoto ma non sprovveduto giurista di fine III sec.’: per i giuristi classici (in tal senso soprattutto Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.1 ‘*ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*’) deposito, comodato, pegno sarebbero rientrati nel *genus* delle obbligazioni *consensu contractae*. *genus* non del tutto omogeneo, visto che in taluni casi la sola *conventio* non sarebbe stata sufficiente a determinare il sorgere delle obbligazioni, rendendosi necessaria una “executed consideration” (*La classificazione*, cit., 51). Della consegna come ‘condizione imprescindibile per l’efficacia obbligatoria della convenzione’ discute sempre l’A. (*Obbligazioni*, cit., 445). La tesi della rielaborazione postclassica delle Istituzioni gaiane è ultimamente riproposta da J. PARICIO, *Sull’idea di contratto in Gaio*, in *Causa e contratto*, cit., 157; J.M. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en la Res cottidianae*, Madrid, 1996, (94 sull’*obligatio re*). In favore della classicità delle *Res cottidianae*, e dunque per una attribuzione allo stesso Gaio della rielaborazione della classificazione delle fonti dell’obbligazione, G. MELILLO, *Forme e teorie contrattuali*, cit., 490 ss.; S. TONDO, *Classificazioni delle*

moderno di contratto per il cui perfezionamento si richiede l'esecuzione di una prestazione.⁸

Anche se in una prospettiva meno radicale, una revisione critica dell'impianto tradizionale si rinviene nei punti di vista ripetutamente ribaditi da Burdese⁹ e Gallo.¹⁰ Com'è noto, il nucleo centrale dell'ipotesi di entrambi gli studiosi va rintracciato nel convincimento per cui il dibattito giurisprudenziale delineatosi in materia di atipicità contrattuale avrebbe dato fondamentalmente vita a due differenti teoriche, nettamente distinte quanto a modalità e presupposti d'azione.¹¹ Una, più antica, risalente a Labeone, l'altra, più recente, elaborata da Aristone.

Al di là delle questioni legate al tipo di tutela approntata, che in questa sede interessano solo marginalmente, e che comunque hanno indotto ambedue gli studiosi ad ipotizzare l'adozione di due differenti moduli processuali – un'*actio in factum* (*praescriptis verbis*) da parte di Labeone e un'*actio civilis incerti* per Aristone –,¹² sia Burdese che Gal-

fonti d'obbligazione, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini*, Torino, 1996, 48 s.; con ampia indicazione della letteratura G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, I, Napoli, 1999, 203 ss.; G. FALCONE, '*Obligatio est iuris vinculum*', Torino, 2004, 30 s. nt. 73 (ove ulteriori ragguagli bibliografici); L. GAROFALO, *Contratto*, cit., 377 s.

⁸ C. A. CANNATA, *Contratto e causa*, cit., 38 s.

⁹ A. BURDESE, *Contratto e convenzioni atipiche*, cit., 515 ss.; ID., *Ultime prospettive romanistiche*, cit., 32 s.; ID., *Divagazioni*, cit., 317 ss.

¹⁰ F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., *passim*; ID., *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità*, cit., 63 ss.; ID., *Contratto e atto secondo Labeone*, cit., 25 ss.; ID., «*Agere praescriptis verbis*» e editto alla luce di testimonianze celsine, in *Labeo* 44 (1998), 7 ss. (ma anche in *Atti del II convegno sulla problematica contrattuale*, cit., 35 ss.).

¹¹ Così in particolare A. BURDESE, *Osservazioni in tema di c. d. contratti innominati*, in *Estudios Iglecias*, I, Madrid, 1988, 138, il quale comunque invita a sottrarsi ad un irrigidimento su facili schematismi ispirati a 'contrapposte posizioni di scuola' (154 s.).

¹² L'azione suggerita dal giurista augusteo sarebbe stata un'azione *in factum*, nel senso di azione concessa per il caso concreto, sul modello dei *iudicia bonae fidei* e dunque con *praescriptio-demonstratio* ed *intentio ex fide bona* (A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 133 ss.), l'*actio civilis incerti* introdotta da Aristone avrebbe presentato piuttosto un'*intentio incerta* (ma non *ex fide bona*) e *condemnatio cum taxatione* del tipo '*eius N.m N.m A.o A.o dumtaxat X milia condemnna, si non paret absolvet*', con la possibilità di inserire 'a miglior chiarimento della pretesa, una *praescriptio* fuori della *formula*' (A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 137 s.; ID., *Divagazioni*, cit., 343). Di fronte all'impossibilità di ravvisare la prescritta relazione analogica si sarebbe fatto ricorso ad un'azione con *formula in factum concepta*, negandosi così però implicitamente la natura contrattuale del rapporto in questione (A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 139). Nel senso di una differenziazione dei due mezzi processuali v. già R. SOTTY, '*Condictio incerti*', '*actio ex stipulatu*' et '*actio praescriptis verbis*', in *So-*

lo sono dell'idea che mentre Labeone sarebbe pervenuto alla tutela delle sole fattispecie atipiche riconducibili allo schema del *synallagma*, inteso come accordo produttivo anche solo potenzialmente di obbligazioni in capo ad entrambe le parti (ipotesi per lo più affini a contratti consensuali),¹³ in conformità al modello definitorio contenuto in Ulp. 11 *ad ed.* D.50.16.19,¹⁴ Aristone al contrario, attraverso una profonda

dalitas 5 (1984), 2477 ss.; più di recente anche A. KREMER, *Die Verhältnisse do ut facias und facio ut des als Ausgewählte Beispiele der Innominatkontrakte im klassischen römischen Recht*, in *Au delà des frontières, Mélanges Wolodkiewicz*, Varsovie, 2000, 411 nt. 5; ad una diversità formulare, legata però alla natura non di buona fede dell'*actio civilis incerti*, pensa anche M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *Atti Copanello*, IV, 1988, 101: convincimento ribadito in *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, cit., 732 ss. Per l'identificazione dei due rimedi processuali, ci limitiamo a segnalare, con differente prospettiva sul piano della ricostruzione formulare, R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 73, 96, al quale si rinvia peraltro per gli opportuni riferimenti bibliografici; e C. A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum'*, cit., 65 ss.; ID., *Contratto e causa*, cit., 46, il cui punto di vista è ultimamente fatto proprio da L. GAROFALO, *Contratto*, cit., 349 s. nt. 33.

¹³ Insiste più sul profilo del vincolo che su quello dell'atto dal quale il vincolo scaturisce A. BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in *Sem. Compl.*, V, 1993, 59 s., il quale comunque non esclude una oscillazione nello stesso impiego labeoniano tra il profilo del rapporto e quello dell'atto ('reciprocamente obbligante').

¹⁴ D.50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo libro primo praetoris urbani definit... contractum autem ultro citroque obligationem, quod Greci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem locationem conductionem societatem*: *rell.* Oltre che da Burdese e Gallo (di cui si veda soprattutto *Synallagma*, I, cit., 82 ss.), l'interpretazione tradizionale dell'*ultra citroque obligatio* negli indicati termini di bilateralità oggettiva è sostanzialmente accolta, in un pur variegato quadro di opinioni in relazione alla concreta estensione della categoria, da M. SARGENTI, *La sistematica pregaiana delle obbligazioni e la nascita dell'idea di contratto*, in *AA.VV., Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, 475 ss.; ID., *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura* 38 (1987), 25 ss.; ID., *Da Labeone ad Aristone. Continuità o antitesi?*, in *Causa e contratto*, cit., 145 ss.; ID., *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in *SDHI*. 72 (2006), 240; G. MELILLO, *Contrahere*, cit., 162 ss., 170 ss.; A. MANTELLO, *Le 'classi nominali' per i giuristi romani. Il caso di Ulpiano*, in *SDHI*. 61 (1995), 259; M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 96 s.; V. MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., 65 s.; A. DI PIETRO, *El regimen del los contractos en el derecho romano. Prospectivas e incidencias para el tema de los negocios en una unificación legislativa latinoamericana*, in *Roma e America*, 1999, 67 ss.; G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., 46 nt. 67; E. STOLFI, *Studi sui «Libri ad edictum» di Pomponio. II Contesti e pensiero*, Milano, 2001, 197; B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano, 2002, 429 ss.; C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, 211 s., 416 ss.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., 115 ss.; ID., *Sul responsum di Aristone*, cit., 310 ss.; L. GAROFALO, *Contratto*, cit., 339 ss. Risolve al contrario l'ul-

rivisitazione della dottrina labeoniana, avrebbe legato la concessione dell'azione ('più largamente')¹⁵ alla corrispettività delle prestazioni, anche se però avrebbe finito per richiedere che almeno una delle due prestazioni avesse già trovato esecuzione.¹⁶

Situazione, quella appena delineata, che sarebbe significativamente mutata, per lo meno facendo affidamento a quanto congetturato da Gallo, a seguito della codificazione adrianea dell'editto.¹⁷ A partire da questo momento, infatti, il riconoscimento di fattispecie contrattuali atipiche non sarebbe più dipeso dalla loro riconducibilità all'interno di un modello astratto e prefissato di 'contrattualità' (per l'appunto il *συνάλλαγμα*) pur se non univocamente determinato, ma sarebbe stato piuttosto precettivamente legato,¹⁸ alla individuazio-

tro citroque obligatio nell'accordo soprattutto R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 23 ss.; ID., *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, Napoli, 1991, 83 ss.; ID., *La causa delle convenzioni atipiche*, in *Causa e contratto*, cit., 85 ss.; seguito più di recente da J. J. DE LOS MOZOS TOUYA, *La clasificación de las fuentes de las obligaciones en las Institutiones de Gayo y de Giustiniano Y sul valor sistematico en el moderno derecho civil*, in *Sem. Compl.*, VI, 1994, 110 ss.: per ulteriori indicazioni ci permettiamo di rinviare al nostro *Conventio e consensus*. (*A proposito di Ulp. 4 ad ed. D.2.14.1.3*), in *AUPA*, 48 (2003), 286 s. nt. 147.

¹⁵ A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 137.

¹⁶ In questo senso A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 132 ss., il quale, d'altro punto di vista (138, 154), parrebbe orientato ad ammettere una parziale adesione da parte di Aristone alla differente dottrina labeoniana, sul duplice piano dei presupposti e della modalità di tutela, se non altro in materia di permuta (a giudicare per lo meno da Paul. 5 *ad Plaut.* D.19.4.2, testo, la cui pertinenza ci pare in verità estremamente dubbia): punto di vista ribadito in *Contratto e convenzioni atipiche*, cit., 520; dello stesso Autore vedasi anche *Sulle nozioni*, cit., 58 ss.; ID., *Divagazioni*, cit., 334 ss.; F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 121 ss., con la precisazione che nel solco della dottrina aristotelica espressa in *Eth. Nic.* 5.2.12-13, 'il profilo essenziale del *συνάλλαγμα*' aristoniano andrebbe più correttamente ricercato 'nell'idea del riequilibrio'; ID., *Ai primordi*, cit., 69 ss.

¹⁷ F. GALLO, *Alle origini dell'analogia*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del Seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994, 39 ss.; ID., *Synallagma*, II, cit., 127 ss.

¹⁸ Il profilo della vincolatività sotteso all'estensione analogica dei rimedi edittali sarebbe sottolineato dall'impiego del verbo *debere* in *Iul. 15 dig.* D.1.3.12 (F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 129); non diversamente già V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano, 1987, 96, il quale più precisamente inquadra tale disposizione in un più generale indirizzo di politica legislativa che, per il tramite di una subordinazione dell'attività giurisdicente rispetto al potere normativo imperiale, avrebbe più specificamente mirato ad assicurare la necessaria certezza del diritto; più di recente una intonazione precettiva nel brano giuliano viene colta anche da L. VACCA, *La svolta adrianea e l'interpretazione analogica*, in *Nozione formazione e interpreta-*

ne di affinità sul piano analogico con il caso contemplato all'interno dell'editto. Significativo in tal senso si rivelerebbe la parte conclusiva del § 18 della *constitutio* Δέδωκεν,¹⁹ il cui contenuto, peraltro più aderente al dato storico rispetto all'omologo latino della *constitutio Tanta*,²⁰ sarebbe rispecchiato secondo l'Autore in Iul. 15 *dig.* D.1.3.12,²¹ mentre in Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.1.3.13²² sarebbe testimoniato l'ulteriore passo compiuto da Pedio verso l'estensione della prescrizione analogica dall'ambito della *iurisdictio* a quello della *interpretatio* giu-

zione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne, Ricerche dedicate al professor F. Gallo, IV, Torino, 1997, 441 ss., ora in L. VACCA, *Metodo casistico e sistema giurisprudenziale. Ricerche*, Padova, 2006, 51 ss., la quale, però, esclude che la testimonianza vada letta nel senso di una limitazione al potere d'intervento del magistrato nell'«introdurre una tutela affatto nuova per casi meritevoli di tutela»: punto di vista ribadito in *Casistica e Sistema da Labeone a Giuliano*, in *Ius controversum* e *auctoritas principum. Giuristi, principe e diritto nel primo Impero, Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello 11-13 giugno 1998)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 2003, ora in L. VACCA, *Metodo casistica e sistema giurisprudenziale*, cit., 212 ss.; ad un principio normativo pensa da ultimo anche E. STOLFI, *Studi*, II, cit., 58 ss., il quale semmai si interroga se l'estensione analogica dei precetti edittali fosse preclusa ai giuristi non muniti di *ius respondendi*.

¹⁹ 'Αὐτο δὴ τοῦτο φησίν, ὡς εἶ παρὰ τὸ διατεταγμένον ἀνακύψειεν, προσήκον ἐστὶν τοὺς ἐν ἀρχαῖς τοῦτο περᾶσθαι διαχεῖν καὶ θεραπεύειν κατὰ τὴν ἐκ τῶν ἡδὴ διατεταγμένων ἀκολουθίαν'.

²⁰ 'Si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas': sulle differenze rispetto alla versione greca ed in particolare sulle diverse interpretazioni fornite in dottrina circa le locuzioni 'nova auctoritas' e 'οἱ ἐν ἀρχαῖς' v., con discussione della letteratura e delle fonti, F. GALLO, *Alle origini dell'analogia*, cit., 45 ss.

²¹ D.1.3.12 (Iul. 15 *dig.*): *Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendere: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet.* Dubbi su una piena riconducibilità della prevista 'estensione ad similia' al criterio analogico si trovano in L. VACCA, *Metodo casistico*, cit., 52 ss.; più in generale sul tema dell'analogia, in aggiunta agli autori indicati in nt. 18, risulta ancora utile l'indagine di R. REGGI, *L'interpretazione analogica in Salvio Giuliano*, in *Studi Parmensi* 2 (1952), 105 ss.; per una delimitazione della nozione rispetto a figure affini, U. ROBBE, *La fictio iuris e la finzione di adempimento della condizione nel diritto romano*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, IV, Milano, 1978, 651 ss.; con spunti critici rispetto alla tesi di Gallo, v. anche A. GUARINO, *Il problema dogmatico e storico del diritto singolare. Postilla seconda: Analogia e dintorni*, in *Pagine di diritto romano*, VI, Napoli, 1995, 79 s.

²² D.1.3.13 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri.*

risprudenziale.²³ Per i casi non propriamente atipici, ma piuttosto di incerta qualificazione, ci si sarebbe infine avvalsi di un'applicazione utile dell'*actio de aestimato*.²⁴

In questo quadro, un ruolo di primissimo rilievo ha finito per assumere Ulp. 26 *ad ed.* D.12.4.3.3-4, le cui dirette implicazioni in ordine alla tenuta della impostazione tradizionale non sono passate inosservate, ed hanno anzi costretto gli studiosi di impostazione 'realista', ad intervenire cercando di circoscriverne gli effetti potenzialmente dirompenti.²⁵

Né d'altra parte poteva essere altrimenti, se solo si riflette sul fat-

²³ F. GALLO, *Alle origini*, cit., 65 s. nt 46; ID., *Synallagma*, II, cit., 129 ss. Diversamente, attribuisce un'impostazione volontaristica al pensiero di Pedio V. SCARANO USSANI, *L'utilità*, cit., 96, il quale insiste sulla natura meramente facoltativa ('*bona occasio*') dell'intervento integrativo magistratuale o giurisprudenziale. La connessione qui indicata tra i due brani è recentemente contestata anche da C. GIACHI, *Per una biografia di Sesto Pedio*, in *SDHI*. 52 (1996), 101 ss., la quale del resto propone di inquadrare la figura di Sesto Pedio nella seconda metà del I sec. d. C.: considerazioni riproposte in C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano, 2005, 44 ss. Più in generale, sui delicati aspetti legati alla datazione di Sesto Pedio si vedano, nel senso suggerito da Gallo di una collocazione nel II secolo avanzato, W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*,² Graz-Wien-Köln, 1967, 168 ss.; G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, 15 ss., 29 ss., 47 s.; M. BRETONE, *Storia del diritto romano*,⁸ Roma-Bari, 1993, 430; J. PARICIO, *Sull'idea*, cit., 158 s. nt. 22. Diversamente, per un inquadramento in età traiana, immediatamente prima di Giuliano, si schierava C. FERRINI, *Sesto Pedio*, in *RISG* 1 (1886), 34 (= *Opere*, II, 40 nt. 1); seguito da G. LA PIRA, *La personalità scientifica di Sestio Pedio*, in *BIDR*. 45 (1938), 141 ss. Infine, sulla scia (tra gli altri) di O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig, 1889 (rist. Graz, 1960), 2, n. 1 ('*sub Nerone et eius successoribus*'), propongono una datazione nella seconda metà del I sec. d. C., oltre a Giachi, A. CENDERELLI, *Ricerche su Sesto Pedio*, in *SDHI*. 44 (1978), 371 ss., al quale peraltro si rinvia per un quadro della letteratura meno recente; L. GAROFALO, *Contratto*, cit., 359; seppur cautamente, mostra di condividere una collocazione a cavaliere tra l'età neroniana e quella dei Flavi anche A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994, 203 ss.

²⁴ Tracce della prescrizione analogica si potrebbero ancora rinvenire, secondo l'A. (*Synallagma*, II, cit., 148 ss.), nel celebre Ulp. 32 *ad ed.* D.19.3.1pr., in cui le mende apportate dai compilatori non avrebbero cancellato del tutto l'impianto originario del pensiero ulpiano: decisivo soprattutto il tratto '*quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem*'; in senso critico v. le acute osservazioni di A. BURDESE, *Tra causa e tipo negoziale in tema di transazione*, in *Sem. Compl. de Derecho Romano*, IX-X, 1997-1998, 54.

²⁵ In difesa della dottrina canonica ad es. già C. ACCARIAS, *Théorie des contrats innommés et explication du titre de praescriptis verbis au digeste*, Paris, 1866, 242 ss.; A. PERNICE, *Zur Vertragslehre*, cit., 251 nt. 5, per il quale il brano era da ritenersi 'doch in der Absicht interpolirt'; per ulteriori riferimenti bibliografici v. *infra* nel testo e soprattutto alle nntt. 78, 83.

to che in effetti questo è il brano nel quale sembrerebbe profilarsi più concretamente un'apertura verso un riconoscimento di tipo consensualistico, ancorato dunque alla forza vincolante della *conventio* più che ad un suo adempimento.

Conviene dunque muovere, riportando il testo di

D.12.4.3.3-4 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Quid si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas? si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio, nisi poenitat: quod si praeteriit, condici poterit. Sed si Stichus decesserit, an repeti quod datum est possit? Proculus ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse, si minus cessare. 4 Quin immo et si nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est conditionem defuncto quoque eo.*

Il caso qui prospettato ('*Quid si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas?*') costituisce una variante rispetto alla più generale ipotesi di *datio ut manumittas*, che, sebbene meno presente nei dibattiti giurisprudenziali, al pari comunque di quest'ultima, doveva beneficiare di una apprezzabile diffusione nella prassi economico-sociale, al punto da essere specificamente analizzata nel celebre Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.2, in cui l'attenzione dedicata dal giurista severiano invita ad attribuirle un ruolo quasi paradigmatico nell'ambito dello schema sinallagmatico del *do ut facias*, avente ad oggetto 'opere non locative': '*Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur*'.²⁶

Più in particolare ad essere prese in esame sono le conseguenze scaturenti dalla apposizione di un termine iniziale per l'esecuzione della manomissione (c.d. *dies a quo: certus*),²⁷ in ordine all'esercizio della

²⁶ In relazione alle non poche difficoltà sorte in sede di interpretazione della locuzione '*factum, quod locari non possit*' v., con discussione delle proposte più risalenti, C. ACCARIAS, *Théorie*, cit., 152 ss.; fra gli studiosi recenti, sembra orientato a cogliere un riferimento 'a comportamenti del debitore...non suscettibili di valutazione patrimoniale' M. TALAMANCA, *Contratto e patto*, cit., 71 nt. 87.

²⁷ Sui riflessi dell'apposizione di un termine iniziale nell'ambito di un negozio avente effetti obbligatori si veda, per una panoramica generale, G. GROSSO, *Prospettive in materia di termine iniziale e finale spunti sistematici di Paolo*, in *BIDR.* 64 (1961), 104 ss.; F. MUSUMECI, "Termine", in *ED*, 181 ss.

facoltà di agire in via di ripetizione da parte del *dans* e soprattutto in relazione alla sopravvenuta impossibilità della prestazione non imputabile al debitore, a seconda che quest'ultima fosse sopraggiunta prima o dopo il maturare del termine.

Che il passo noto alla critica sia andato incontro ad alterazioni sul piano testuale è un dato che può ritenersi assolutamente pacifico. Incertezze continuano a permanere piuttosto sull'ampiezza ed ancor prima sulla paternità delle stesse.

Per ciò che concerne il § 3, è sufficiente ricordare che oggi possono ritenersi sostanzialmente superati i dubbi sorti in relazione alla stessa classicità della decisione qui adottata, più che altro determinati dall'antinomia che pare profilarsi sul piano della soluzione giuridica, rispetto al differente regime attestato nel dibattutissimo Cels. 3 <8> *dig.* D.12.4.16,²⁸ in cui Celso, com'è ampiamente risaputo, si muove in un quadro regolamentare che sembra ammettere la ripetibilità di quanto trasferito, a prescindere da qualsivoglia tipo di valutazione in ordine al-

²⁸ D.12.4.16 (Cels. 3 *dig.*): *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares.* *rell.* Per la letteratura più risalente v. H. APPLETON, *L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine.* *Fr. 16 D. De cond. causa data XII, 4*, in *NRHD* (1906), 739 ss.; V. SCIALOJA, *La l. 16 dig. de cond. causa data 12,4 e l'obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana*, in *BIDR.* 19 (1907), 161 ss.; E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi proculeiani e sabiniani*, in *BIDR.* 28 (1915), 24 ss.; ID., *Lezioni di diritto romano. Rischio contrattuale-Atto illecito-Negoziio giuridico*, 1958-1959, Roma, 130 s.; V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954, 151 ss.; B. BIONDI, *Contratto*, cit., 103; J.A.C. THOMAS, *Celsus, Sale and passage of property*, in *Studies de Zulueta*, 1959, 160 ss.; D.E.C. YALE, *Celsus: Sale and conditional gift*, in *Studies in the Roman Law of Sale*, 1959, 171 ss.; PH. MEYLAN, *Nouvelle explication de Celse, D.12.4.16*, in *Iura* 20 (1969), 287 ss. Per gli studi più recenti si rimanda a A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., 152 nt. 217; ID., *La scrittura di Ulpiano*, cit., 125 ss.; D. PUGSLEY, *D.12.4.16*, in *Acta Juridica*, 1972, 165 ss.; M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto*, cit., 30 ss.; R. SANTORO, *Studi sulla condictio*, in *AUPA.* 32 (1971), 283 nt. 95; V. SCARANO USSANI, *Valori e storia della cultura giuridica tra Nerva e Adriano, Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, 141 ss.; P. CERAMI, *'Vulgaria actionum nomina' ed 'agere praescriptis verbis' in D.19.5.2 (Cels. 8 dig.)*, in *Iura* 33 (1982), 122 nt. 4 e 125 ss.; F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 156 ss.; ID., *Ai primordi*, cit., 69 s.; R. KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto*, cit., 135; M. TALAMANCA, *'Vendita'*, in *ED*, 380 s.; TONDO, *Note ulpianee*, cit., 453 nt. 59; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., 233 ss.; da ultimo si veda, con ampio ragguaglio bibliografico, S. A. CRISTALDI, « *Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares* ». *A margine di D.12.4.16*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, III, Milano 2007, 67 ss.

le cause determinanti l'impossibilità della prestazione a cui era indirizzato il primo spostamento patrimoniale ('*si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares*').²⁹ Dubbi che comunque sono destinati a risolversi se ci si pone nella prospettiva, già opportunamente segnalata da Schiavone,³⁰ di intravedere un nesso tra la posizione espressa nel brano e la ricostruzione in termini contrattualistici della fattispecie suggerita per l'appunto da Proculo-Ulpiano, ed invece negata da Celso.³¹

Prospettiva che semmai andrebbe ulteriormente precisata, ricorrendo ad una più adeguata valorizzazione del concreto contenuto negoziale, con specifico riferimento all'elemento dell'apposizione di un termine,³² col risultato così di risolvere la discordanza denunciata rispetto alla soluzione messa a punto sempre da Ulpiano nell'ipotesi trattata in Ulp. 2 *disp.* D.12.4.5.3-4.³³ Contrasto che per la verità, an-

²⁹ Così principalmente per la dottrina meno recente F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischem Obligationenrecht*, in *ZSS.* 41 (1920), 167 s.; la decisione adottata in Ulp. 26 *ad ed.* D.12.4.3.3 era ritenuta inconciliabile con la logica del sinallagma condizionale da E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Padova 1960, 429 s., il quale suggeriva pertanto di espungere il tratto '*si minus cessare*': la soluzione costituirebbe un travisamento della netta distinzione per i classici (così soprattutto Afr. 8 *quaest.* D.19.2.33 e Ulp. 32 *ad ed.* 19.1.11.18) tra il profilo della responsabilità per inadempimento (dalla quale sarebbe sorto l'obbligo di riparazione nella misura dell'interesse positivo) e quello dell'incidenza del rischio (che, operando nei 'limiti dell'interesse negativo', avrebbe piuttosto determinato il solo 'obbligo di restituire il corrispettivo pattuito'); punto di vista condiviso più recentemente da F. M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, II, Bari, 1982, 621 ss.; in proposito v. anche P. CERAMI, "Risoluzione" (*diritto romano*), in *ED* 40 (1989), 1291.

³⁰ A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., 124; non muove rilievi alla fonte F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 44 ss.

³¹ In senso contrario, un mutamento di prospettiva rispetto alla regola indicata nel nostro testo viene denunciato ultimamente anche da L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione e le qualificazioni del dare in Paul. 17 ad Plaut. D.12.6.65. Contributo allo studio della condicio*, in *SDHI.* 64 (1988), 75 ss., il quale anche per questa ragione ritiene non sufficiente, al fine di spiegare la soluzione escogitata in Proc.-Ulp., l'ipotesi di una estensione della regola del *periculum emptoris*, secondo quanto invece suggerito da A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *Iura* 36 (1985), 25.

³² Tende invece a svalutare la presenza di un termine L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione*, cit., 77.

³³ Sul brano v. P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I, Pavia, 1913, 197 s.; D. NÖRR, 'Causa mortis'. *Auf den Spuren einer Redewendung*, München, 1986, 196 ss.

che a non volerli addentrare nell'esame della testimonianza, non sembra assumere i contorni che invece recentemente è orientato ad attribuirle Pellecchi,³⁴ potendosi qui tutt'al più cogliere una maggiore accentuazione del profilo problematico di una decisione che, in un quadro indubbiamente più articolato, non pare comunque ispirarsi ad un differente modello valutativo sul piano della connessione sinallagmatica, e che in ogni caso non può dirsi sorretta dalla medesima logica che supporta invece il punto di vista espresso in Cels. 3 <8> dig. D.12.4.16.

D'altra parte occorre anche tenere presente che il medesimo quadro di riferimento operante in Ulp. 26 *ad ed.* D.12.4.3.3 riemerge nel già richiamato Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.2, in cui ancora una volta e in termini decisamente più espliciti viene fissata una relazione tra la concessione della *condictio* in via di ripetizione (e dell'*actio praescriptis verbis* in via di adempimento) e la sopravvivenza del servo oltre il termine accordato per il compimento della manomissione: *...puta ut servum manumittas, sive certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit...condictio ei potest vel praescriptis verbis agi.*³⁵

Decisamente più seri sono invece i rilievi formulati e che ancora in varia misura persistono in relazione alla complessiva genuinità del § 4, anche perché è proprio questa la parte della testimonianza che offre maggiori profili di incompatibilità con l'impianto tradizionale, visto che la spettanza dell'azione sembra essere qui svincolata da un principio di esecuzione (*si nihil tibi dedi*) per essere più propriamente collegata all'accordo intercorso tra le parti (*placuerat tamen, ut darem*).³⁶

³⁴ L. PELLECCHI, *L'azione in ripetizione*, cit., 78, il quale attribuisce ad Ulpiano 'l'idea che la mancata manomissione, anche non imputabile all'accipiente, importi la restituzione di quanto ricevuto'.

³⁵ Sulla parte del brano richiamata si rinvia, per una diagnosi interpolazionistica, a P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ*, I, cit., 168 ss., 192 ss.; fra gli studi più recenti ci limitiamo a segnalare, con diversi punti di vista, R. SOTTY, '*Condictio incerti*', cit., 2483 s., 2489 s.; A. BURDESE, *In margine ai contratti innominati*, in *BIDR.* 88 (1985), 402 s. (= rec. a R. SOTTY, *Condictio incerti*, cit.); ID., *Sul riconoscimento*, cit., 52 s.; M. SARGENTI, *Actio civilis in factum (SDHI. 72)*, cit., 289 e nt. 152.

³⁶ Non pare condivisibile l'interpretazione di A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., 124, di riferire '*placuerat*' a Proculo o alternativamente 'ad una generica dottrina giurisprudenziale formatasi prima di Ulpiano'.

A questo proposito ci pare comunque si possa tranquillamente affermare che, se si fa eccezione per il punto di vista ancora mantenuto da Sargenti,³⁷ la dottrina è unanime nel respingere la critica radicale al testo avanzata già da Pernice,³⁸ e variamente ripresa in dottrina,³⁹ che proponeva di uncinare l'intero tratto *'ultra tibi-quoque eo'*.

Più di una riserva però continua giustamente a sussistere in relazione alla genuinità della chiusa *'id est-eo'*. La quasi totalità degli studiosi è sostanzialmente d'accordo nel sopprimere l'inciso *'id est condictionem'*, visto che l'impiego della *condictio* non sembra trovare adeguata giustificazione neanche ad ammettere che l'azione fosse concessa al *dominus* affrancatore a seguito di una eventuale *manumissio*, essendo impensabile che il giurista potesse suggerire il ricorso alla *condictio* riguardo ad un'attività di *facere*.⁴⁰

³⁷ M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto*, cit., 26 ss., secondo il quale, Proculo avrebbe avuto presente la sola ipotesi della restituzione del *datum* a prescindere poi dal fatto marginale se tale restituzione dovesse avvenire mediante *condictio* o piuttosto, ad ammettere che si fosse trattato di *mancipatio fiduciae causa*, attraverso l'*actio fiduciae*.

³⁸ A. PERNICE, *Zur Vertragslehre*, cit., 251.

³⁹ Espungeva l'intero passaggio *'ultra-quoque eo'* anche G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, 159, il quale ascriveva ai compilatori il tentativo di introdurre l'azione contrattuale (*actio praescriptis verbis*), costituendo piuttosto l'inciso *'id est condictionem'* un glossema di un annotatore che non avrebbe esattamente colto il senso dell'interpolazione giustiniana. Congettura fatta propria anche da P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ*, I, cit., 196: per l'ipotesi in questione i giuristi classici avrebbero ammesso la sola applicabilità della *condictio*, come risulterebbe anche dall'esame del pur corrotto Ulp. 2 *dis* D.12.4.5.4, la cui prima parte, al di là della forma — forse bizantino il tratto *'consequens-quod accepit'* — sarebbe sostanzialmente classica; il brano avrebbe contenuto un tentativo giustiniano di assimilare il *pactum* al *contractus* anche per B. BIONDI, *Contratto*, cit., 217 s. Per l'origine glossematica del tratto *'ultra tibi-quoque eo'* anche P. VOCI, *La dottrina romana*, cit., 37.

⁴⁰ In questo senso già C. ACCARIAS, *Théorie*, cit., 242; in proposito v. anche F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 50. Diversamente, se si dovesse invece pensare ad un riferimento alla *condictio incerti*, la cui classicità però è estremamente dubbia, nonostante le molte aperture registrate in tal senso: per l'origine compilatoria o comunque postclassica dell'istituto O. LENEL, *Das Edictum*, 3^a ed., 156 ss.; (con indicazione della letteratura più risalente) P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ*, I, cit., 58 ss.; una 'contraddizione in termini' per E. BETTI, *Sul valore*, cit., 28; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln, 1952, 204 s.; in difesa della classicità v. soprattutto Giffard, il quale in una serie di studi della prima metà del '900 ora raccolti in *Études de droit romain*, Paris, 1972, 150 ss., ne ha proposto una identificazione con l'*actio qua incertum petimus* di Gai. 4.131 e Gai.4.41; J.C. WOLF, *Causa stipulationis*, Köln-Wien, 1970, 190 ss.; più recentemente H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181, Die Kontraktobligationen. Text und Commentar*, Berlin, 1992, 88; D. MANTOVANI, *Le formule del*

Non sembra pertanto accettabile l'ipotesi avanzata da Burdese, di attribuire a Proculo un impiego della *condictio (certi)*, nel presupposto di un'avvenuta *manumissio* o di sopravvenuta impossibilità derivante da morte per caso fortuito, prima dello scadere del termine convenuto.⁴¹ Così come ancor meno praticabile ci pare la proposta di identificazione con la *condictio certi (ex stipulatu)*, suggerita in tempi oramai lontanissimi da Savigny, in base alla congettura di una intervenuta stipulazione tra le parti, implicitamente evocata dall'inciso '*ex hoc contractu*'.⁴²

Né infine è seriamente sostenibile che il sostantivo *condictio* debba essere qui inteso nell'accezione ampia attestata in Gai 4.5 ('*appellantur... in personam vero actiones, quibus dari fierive oportere intendimus, condictiones*'), secondo quanto ipotizzato a suo tempo da Gans.⁴³

Margini di dissenso semmai persistono in ordine alla natura dell'alterazione testuale, nel senso che rimane da chiarire se questa vada ascritta ad un intervento compilatorio, come sembra recentemente suggerire Gallo,⁴⁴ o se piuttosto, come per la verità pare più ragionevole, costituisca un semplice glossema, secondo quanto sostenuto, in

processo privato romano. Per la didattica del processo privato romano,² Padova, 1999, 50 nt. 107. Pur con molte riserve sul piano della struttura formulare, un'importante apertura sull'esistenza della nostra azione si può cogliere anche in M. TALAMANCA, *Pubblicazioni*, cit., 739 s., il quale però altrove (*Contratto e patto*, cit., 71 nt. 88) sottolinea come nelle fonti non vengano prospettati casi di applicazione della *condictio* con riferimento all'esecuzione di prestazioni di *facere*.

⁴¹ A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 26; ID., *Divagazioni*, cit., 344 s.; soluzione indicata, in base a Ulp. 26 *ad ed.* D.12.1.9pr., già da S. DI MARZO, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XII, trad. it., Milano, 1905, 564 s. nt. 89; *contra*, per una identificazione dell'*actio, quae ex hoc contractu nascitur*' con l'*a.p.v.*, addirittura J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes ad Tit. V. De praescriptis verbis, et in factum actionibus. Repetita praelectio. Ad § Quod si faciam*, in *Opera*, VII, Prati, 1839, 1341 s. (sul quale v. nt. 45); medesima prospettiva anche in C. ACCARIAS, *Théorie*, cit., 242.

⁴² F. VON SAVIGNY, *Sistema di diritto romano attuale*, V, trad. it. Vittorio Scialoja, Torino, 1893, 659 s., per il quale, per l'appunto, 'il *placitum* può chiamarsi *contractus* e generare azione, soltanto nel presupposto che sia rinforzato con la stipulazione'; eventualità già presa in considerazione in B. CHESIUS, *Differentiarum iuris*, cap. 51 nt. 8, citato da S. DI MARZO, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XII, cit., 565 nt. 89.

⁴³ E. GANS, *Il diritto romano delle obbligazioni*, cit., 217 nt. 1.

⁴⁴ F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 46 ss., su cui v. *infra* nel testo; per l'origine compilatoria anche E. BETTI, *Sul valore*, cit., 26 s.

base ad un indirizzo interpretativo assai risalente, dalla quasi totalità degli studiosi.⁴⁵

Se, come si è detto, in dottrina si registra un sostanziale accordo nel sopprimere l'inciso '*id est condictionem*, c'è chi ha altresì proposto di uncinare la parte conclusiva della chiusa '*defuncto quoque eo*', ritenuta malamente riassuntiva del tratto precedente, non essendo peraltro 'mai menzionato in tutto il §' il soggetto a cui andrebbe riferito l'uso del pronome '*eo*'.⁴⁶

È chiaro che l'importanza della questione affrontata, unitamente alla ampiezza della letteratura sviluppatasi in materia, impediscono che in questa sede si possa provare ad affrontare con la dovuta attenzione i molti interrogativi ad esso connessi, dovendoci qui accontentare di offrire rapidissime considerazioni per lo più legate alle conclusioni cui è pervenuto in uno studio, non proprio recentissimo, Filippo Gallo.⁴⁷

Va detto che l'Autore mostra di condividere i sospetti da tempo circolanti in dottrina in ordine alla genuinità dell'inciso '*nisi paenitentat*',⁴⁸ il quale rinvierebbe alla discussa *condictio ex poenitentia*, la cui classicità, com'è noto risulta estremamente incerta.⁴⁹ Molti dei rilievi sollevati dagli studiosi si rivelerebbero però privi di fondamento. Del

⁴⁵ In tal senso, sebbene in via meramente eventuale, già J. CUJACIUS, *Opera*, VII, cit., 1341 s., il quale optava comunque per un più probabile riferimento all'*a.p.v.*: '*Itaque illo loco, ut Graeci interpretantur, et ex Latinis quoque nonnulli, condictionem accipi pro actione praescriptis verbis... Ergo illo loco intellige condictionem incerti scilicet sive praescriptis verbis actionem: aut sane quod ait, condictionem, glossema est, non auctoris interpretatio*'; per l'origine glossematica si vedano pure C. ACCARIAS, *Théorie*, cit., 242; G. BESELER, *Beiträge*, II, cit., 159; seguito da P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ*, I, cit., 196; più recentemente M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto*, cit., 26 ss.; C. A. CANNATA, *Contratto e causa*, cit., 42.

⁴⁶ In questo senso, in un primo momento, A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 25; più di recente espunge come glossematica l'intera chiusa '*id est-quoque eo*' anche C. A. CANNATA, *Contratto e causa*, cit., 42.

⁴⁷ F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 44 ss.; considerazioni ribadite in *Sulle tracce di indirizzi sabiniani e procleiani nella materia contrattuale*, in *Per la storia*, cit., 27 ss.

⁴⁸ F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 44 nt. 11; per l'interpolazione dell'inciso *nisi poenitentat*, già O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, Berlin, 1887, 150; seguito da P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ*, I, cit., 195 s.; più recentemente, A. BURDESE, *Osservazioni*, cit., 151.

⁴⁹ Tra i primi a negarla E. GANS, *Il diritto romano delle obbligazioni*, cit., 222 ss.; nello stesso ordine di idee anche O. GRADENWITZ, *Interpolationen*, cit., 150; P. BONFANTE, *Istituzioni*, cit., 503; per una panoramica generale e con un quadro della letteratura più risalente, si veda P. F. GIRARD, *Manuale*, cit., 607 s.; per l'origine bizantina anche G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*,³ Torino, 1963, 165 s.

tutto insospettabile sarebbe ad esempio l'uso del pronome 'is', riferendosi chiaramente questo al servo nominato nel § precedente, tanto più che, come correttamente si preoccupa di rilevare lo studioso, la suddivisione in §§ è stata introdotta, per evidenti ragioni di comodità, dagli interpreti medievali. Non sarebbe pertanto da ritenere spurio il tratto finale 'defuncto quoque eo'.⁵⁰

Quanto alla paternità della soluzione prospettata nel § 4, è opinione del Maestro torinese che la ricostruzione in termini contrattualistici dell'ipotesi ivi adombrata non sia da attribuire ad Ulpiano o peggio ancora ai commissari, secondo quanto suggerito dalla dottrina meno recente,⁵¹ ma a Proculo. Questo perché i primi, sulla scia dell'insegnamento aristoniano, avrebbero preteso un principio d'esecuzione ai fini della nascita del rapporto obbligatorio, come si evincerebbe innanzitutto dalla lettura di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.2. Requisito che invece non sarebbe stato richiesto da Proculo, che, in qualità di successore di Nerva a capo della scuola che da lui avrebbe poi preso il nome, si sarebbe piuttosto ispirato alla teorica labeoniana, intendendo dunque per συνάλλαγμα, ogni accordo produttivo di obbligazioni in capo ad entrambe le parti.⁵²

L'accettazione da parte di Proculo della dottrina labeoniana e di riflesso la paternità della soluzione patrocinata nel § 4, troverebbero d'altra parte conferma anche sotto il profilo squisitamente terminologico nell'utilizzo dell'espressione 'ultra tibi competere actionem', in cui l'*ultra tibi* adoperato da Proculo conterrebbe un consapevole richiamo all'idea dell'*ultra citroque obligatio* labeoniana.⁵³ Dottrina che Ulpiano, seguace dell'opposto indirizzo aristoniano, avrebbe contestato, prendendo le distanze dal punto di vista proculeiano, con una critica che sarebbe stata in seguito soppressa dai compilatori, i quali nel tentativo di coprire il dissenso, avrebbero pensato bene di passare sotto silenzio l'opinione del giurista severiano.

⁵⁰ F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 46, 50.

⁵¹ In tal senso, come si è visto, G. BESELER, *Beiträge*, II, cit., 159; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ*, I, cit., 196; B. BIONDI, *Contratto*, cit., 217 s.

⁵² F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 48 s.

⁵³ F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 51 s.; richiamo che ad avviso dell'A. (F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 241 s. e nt. 39; ID., *Sulle tracce*, cit., 32 nt. 41) sarebbe possibile cogliere anche in Ulp. 33 *ad ed.* D.17.1.19 '*ultra convenire posse*', su cui v. *infra* nel testo.

Proposito, questo, che li avrebbe peraltro condotti ad avvalersi dell'inserzione congiunta dell'inciso '*id est conditionem*' e dell'attacco iniziale '*quin immo et*',⁵⁴ il quale, in particolare, nelle intenzioni dei commissari avrebbe dovuto essere letto in riferimento alla prima delle eventualità temporali prospettate nel § precedente ('*si post id temporis decesserit*') e cioè all'eventualità che il servo fosse morto una volta maturato il termine, col proposito di assimilare all'azione contrattuale (scil. *praescriptis verbis*) la *condictio* in via di ripetizione.

Le ragioni dell'evidente insuccesso del tentativo di assimilazione andrebbero ricercate, sempre secondo l'Autore, nell'impiego dei pronomi *ego* e *tu* che avrebbero finito per indurre in errore il commissario giustiniano, il quale non si sarebbe reso conto che, ad interpolazione avvenuta, l'azione contrattuale finiva per essere accordata al *dominus* dello schiavo.

Al di là delle riserve che più in generale ci pare si debbano mantenere in ordine alla ventilata possibilità di distinguere (per lo meno nel senso indicato) tra le due categorie sinallagmatiche, che comunque sembra ultimamente riscuotere ampio apprezzamento tra gli studiosi,⁵⁵

⁵⁴ F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 48 ss.

⁵⁵ L'ipotesi di una trasformazione del sinallagma labeoniano, inteso come 'reciprocità di obbligazione', nel sinallagma aristoniano, piuttosto impostato in termini di 'reciprocità di prestazioni', è sostenuta anche da S. TONDO, *Note ulpianee*, cit., 454; di un 'nesso di consequenzialità', piuttosto che di un'identità discute A. SCHIAVONE, *La scrittura*, cit., 159, (diversa la posizione prima espressa in *Studi sulle logiche*, cit., 141 ss.); il concetto labeoniano sarebbe andato 'completamente perduto' in Aristone, il quale avrebbe legato l'idea di contratto alla *causa* piuttosto che all'*ultra citroque obligatio* per M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto*, cit., 31 s., 54: punto di vista ribadito in *Da Labeone ad Aristone*, cit., 145 s., con l'ulteriore precisazione per cui in Aristone sarebbe addirittura mancata una 'generale enunciazione del concetto di contratto'; sempre nell'ottica di una differenziazione, ma con accentuazione dei toni critici, A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990, 23 s.: posizione ancor più marcata in *Le 'classi nominali'*, cit., 258 s., in cui l'Autore ritiene di 'poter individuare un'insofferenza d'Aristone rispetto alla tesi di Labeone'; una nota polemica rispetto al punto di vista labeoniano è colta ultimamente anche da L. GAROFALO, *Contratto*, cit., 362 s., il quale suggerisce piuttosto una relazione con la 'dottrina del contratto messa a punto da Pedio'; all'idea di una diversificazione tra le due nozioni aderiscono anche V. SCARANO USSANI, *Il «probabilismo» di Titius Aristo*, in «*Ostraka*», 4.2, 1995, 239; E. STOLFI, *Studi*, II, cit., 197; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, cit., 111 ss. Per l'impostazione tradizionale v. comunque E. BETTI, *Sul valore*, cit., 21; e tra gli studiosi recenti soprattutto R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 277 ss.; C. A. CANNATA, *Contratto e causa*, cit., 47 ss.

ci pare che gli elementi addotti, a sostegno del collegamento colto dall'Autore tra la prospettiva proculiana e la dottrina labeoniana del sinallagma, non siano sufficientemente probanti.

Va detto che a non convincere è innanzitutto l'idea – sulla quale peraltro viene a fondarsi l'intera congettura di Gallo – di un intervento dei commissari diretto a sopprimere ogni traccia del dissenso ulpiano. Anche perché, non lo si può negare, l'errore in cui sarebbe incorso l'incognito commissario apparirebbe troppo grossolano per risultare seriamente plausibile. Del resto, se proprio si fosse voluto cancellare traccia del contrasto – ma poi perché mai, visto che le fonti sono piene di *dissensiones* fra i giuristi –, piuttosto che percorrere la complessa strada indicata dall'Autore, si sarebbe rivelato sicuramente più agevole procedere attraverso la soppressione dell'impostazione proculiana, mantenendo invece quella ulpiana, depurata magari di ogni *vis* polemica. Tanto più che, sempre a detta di Gallo, il punto di vista del giurista severiano avrebbe di fatto coinciso con quello dei commissari giustiniane, rifacendosi, sia l'uno che gli altri, all'insegnamento dell'opposto indirizzo aristoniano. Il che renderebbe ancor più paradossale e realmente incomprensibile l'intervento repressivo loro attribuito dall'Autore.

Semmai, proprio l'assenza di ogni considerazione critica da parte di Ulpiano dovrebbe invitare a riflettere seriamente sulla effettiva esistenza di un contrasto in ordine ai caratteri della categoria sinallagmatica, e soprattutto sulle ricadute che tale contrasto avrebbe sortito sul piano concreto della riconoscibilità e dunque tutelabilità delle fattispecie contrattuali atipiche.

È superfluo in effetti rilevare che se si ragiona nell'ottica di una divergenza di opinioni come quella ipotizzata da Gallo, una presa di posizione da parte di Ulpiano in relazione al punto di vista proculiano più che ragionevole, si sarebbe rivelata addirittura doverosa.

Peraltro, se si aderisce all'idea di un dissenso maturato all'interno della giurisprudenza in relazione al tipo di tutela da accordare, nel senso precedentemente chiarito (*a.p.v.* o piuttosto *actio civilis incerti*), riesce difficile ammettere che Proculo potesse così genericamente affermare '*ultra tibi competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur*', senza preoccuparsi di individuare con la dovuta precisione l'azione spettante in concreto. Proprio in considerazione del debito ipotizzato nei confronti della dottrina labeoniana, verrebbe del tutto spontaneo pen-

sare ad un originario riferimento all'*actio praescriptis verbis*, per cui si dovrebbe immaginare, caso forse più unico che raro, un intervento dei compilatori sostitutivo di un eventuale riferimento all'*a.p.v.* con l'inciso '*id est condictionem*' che oggi leggiamo nel testo.

D'altro punto di vista, occorre egualmente osservare come appaia decisamente da ridimensionare anche il riferimento alla dottrina labeoniana dell'*ultra citroque obligatio* che l'Autore ha ritenuto di poter scorgere nell'impiego dell'avverbio '*ultra*' da parte di Proculo. Ipotesi di collegamento che peraltro è stata di recente respinta anche da Burdese, per il quale nella locuzione '*ultra tibi competere actionem*' si dovrebbe più modestamente ravvisare una 'semplice contrapposizione al caso precedente in cui chi agisce è la controparte che ha dato'.⁵⁶

A questo proposito è sufficiente una rapida lettura delle testimonianze in cui per l'appunto è riscontrabile siffatto uso terminologico, in associazione ovviamente con l'idea dell'agire (processuale), per rendersi immediatamente conto della mancanza di ogni serio aggancio con la dottrina sinallagmatica labeoniana, per lo meno nel senso supposto dallo studioso. Non solo e non tanto infatti l'avverbio '*ultra*' o addirittura la medesima locuzione '*ultra citro(que)*' impiegata in Ulp. 11 *ad ed.* D.50.16.19 ricorrono in contesti assolutamente estranei alla stessa tematica contrattuale,⁵⁷ ma per di più e soprattutto si trovano ampiamente adoperati in una nutrita serie di brani per i quali l'ipotesi stessa di un nesso con la dottrina contrattualistica labeoniana dovrebbe risultare preclusa all'origine.

⁵⁶ A. BURDESE, *Contratto e convenzioni atipiche*, cit., 522; ID., *Divagazioni*, cit., 345. Contro l'ipotesi di un ricorso all'azione *in factum* labeoniana deporrebbe, sempre sul piano lessicale, anche l'impiego del verbo *competere*, che, sempre secondo lo studioso, si adatterebbe meglio alla *condictio* che all'*actio in factum* (anche se *civilis*). Con diverse conclusioni, sull'impiego della locuzione '*ultra agere*', v. anche B. BIONDI, *Contratto*, cit., 254, il quale piuttosto vi intravedeva un'allusione al diritto di agire in via riconvenzionale mediante *iudicium contrarium*, al fine di far valere l'obbligazione inversa: nella medesima prospettiva anche Iul. 3 *ad Min.* D.47.2.60 '*interfuit eius potius per retentionem eas servare quam ultra commodati agere, ideoque furti actionem habebit*'.

⁵⁷ In questo senso si considerino Scaev. 18 *dig.* D.32.37.4 '*doli mali exceptione se tueri possit et an ultra ex causa fideicommissi actio ei competit*'; o ancora Ulp. 37 *ad ed.* D.9.4.38.2 '*locus erit furti actioni ultra citroque*', in cui l'estraneità a dinamiche negoziali non potrebbe essere più evidente, trattandosi qui di una reciprocità di legittimazione all'azione scaturente da una duplicità di condotte illecite.

Si tratta per l'appunto di testimonianze appartenenti a giuristi che, per rimanere rigidamente aderenti al pensiero di Gallo, non avrebbero recepito l'indirizzo labeoniano o che comunque, trovandosi ad operare in epoca successiva alla codificazione dell'editto, avrebbero dovuto svincolare la tutela del contrattualismo atipico dalla pregiudiziale riconducibilità all'interno dei diversi modelli sinallagmatici, legandola piuttosto alla individuazione di affinità di tipo analogico con gli schemi contrattuali edittali.

A parte il caso, al quale già si è accennato, di Pomponio-Ulp. 33 *ad ed.* D.17.1.19, in cui a denunciare la corrispondenza della locuzione 'ultra convenire posse' con l'espressione usata (*ultra...competere actionem*) da Proculo è stato proprio lo Studioso torinese,⁵⁸ andrebbero innanzi tutto ricordati Iul. 2 *ad Urs. Fer.* D.10.2.52.2 'pensatione ultra citroque condemnationis facta'⁵⁹ e l'ancora più emblematico Gai. 3 *ad ed. prov.* D.3.5.2 'ultra citroque nascitur actio',⁶⁰ i quali, è realmente inutile sottolinearlo, denotano incontestabilmente un impiego della locuzione 'ultra-ultra citroque' in nessun modo confinabile nel ristretto ambito della dottrina sinallagmatica labeoniana.⁶¹

Né il valore, che questi brani indubbiamente assumono nel ridi-

⁵⁸ In proposito v. *supra* nt. 53. Proponeva di sostituire *actio* con *obligatio* G. SEGRÈ, *Sulle formule relative alla negotiorum gestio e sull'editto e il iudicium de operis libertorum*, in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 6 nt. 2. Più in generale per un'analisi del contributo di Pomponio in tema di fattispecie contrattuali atipiche o 'di confine' si rinvia, anche per gli opportuni ragguagli bibliografici, allo studio di E. STOLFI, *Studi*, II, cit., 196 ss., il quale, in particolare, individua tracce riconducibili ad entrambi gli orientamenti (labeoniano e aristoniano), senza però un irrigidimento in nessuna delle due dogmatiche, con una tendenza anzi alla rielaborazione in funzione pragmatica.

⁵⁹ Unitamente a Gai.3.24 (su cui v. *infra* nt. seg.), la testimonianza è richiamata da F. GALLO, *Synallagma*, I, cit., 154, per contestare l'interpretazione consensualistica della locuzione *ultra citroque* proposta da Santoro relativamente a Ulp. 11 *ad ed.* D.50.16.19. Sempre di Giuliano si veda anche il già ricordato Iul. 3 *ad Min.* D.47.2.60.

⁶⁰ Che l'espressione 'ultra citroque nascitur actio' riecheggi 'in maniera impressionante l'*ultra citroque obligatio*' labeoniana è sostenuto recentemente da G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., 211; una relazione era già colta da M. TALAMANCA, *Lecture*, in *Labeo* 17 (1971), 223; M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto*, cit., 58; sempre di Gaio si legga anche Gai.3.24 'nec inter matrem et filium filiamve ultra citroque hereditatis capiendae ius competat'.

⁶¹ Oltre ai brani già citati, vanno anche segnalati Paul. 23 *ad ed.* D.10.2.29 'etiam ultra est actio debitori'; Paul. 34 *ad ed.* D.14.2.2pr. 'ultra ex locato habiturus est actionem cum vectoribus'; Paul. 10 *quaest.* D.34.3.25 'et utroque casu competit ultra ad liberandum debitori actio'; Pap. 2 *resp.* D.3.5.30.2 'amicus ultra egi'.

mensionamento della logica argomentativa sviluppata dall'Autore, può essere realmente sminuito insinuando l'idea di una recezione 'della visuale labeoniana della sinallagmaticità anche al di fuori della scuola proculiana', seppur limitatamente alla categoria dei contratti consensuali.⁶²

Anche perché, se è lo stesso studioso ad ammettere un impiego del segno *ultra*, 'per esprimere il profilo corrispettivo dell'azione nascente a favore di uno dei contraenti nei negozi sinallagmatici', non circoscrivibile alla cerchia degli 'immediati seguaci di Labeone', si deve ancor più opportunamente precisare che ad adoperare con maggiore insistenza, se non la locuzione '*ultra citro(que)*', certamente l'avverbio '*ultra*' in ambito processuale è proprio Ulpiano:⁶³ giurista che, all'impostazione labeoniano-proculiana, avrebbe piuttosto preferito l'insegnamento aristoniano, subordinando l'azionabilità della pretesa ad un principio d'esecuzione. Lo stesso Ulpiano, è appena il caso di aggiungere, che, sempre secondo quanto ipotizzato da Gallo, avrebbe preso le distanze dalla soluzione suggerita da Proculo in Ulp. 26 *ad ed.* D.12.4.3.4.

Ecco che in definitiva l'unico elemento che consentirebbe di credere ad una adesione alla dottrina labeoniana sarebbe offerto dall'appartenenza alla medesima scuola.

Va peraltro detto che un considerevole margine di incertezza grava su uno dei presupposti che hanno reso praticabile l'ipotesi formulata da Gallo.

Ci riferiamo alla questione della paternità del tratto '*quin immoquoque eo*', che dallo Studioso, peraltro sull'autorevole precedente di

⁶² F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 241 s. e nt. 39; ID., *Sulle tracce*, cit., 32 nt. 41.

⁶³ Se si fa eccezione per Ulp. 4 *ad ed.* D.2.13.6.3 '*ultra citro dandi accipiendi*' e l'ancor più noto Ulp. 11 *ad ed.* D.50.16.19 '*contractum ultra citroque obligationem*', in cui l'uso è da ritenersi indubbiamente labeoniano e che comunque esulano dall'indicata prospettiva processualistica, o si prescinde ancora da Ulp. 43 *ad Sab.* 17.1.19 ('*Pomponius eleganter tractat, an is, qui servum redemerit, ultra convenire possit venditorem, ut servum recipiat, quoniam mandati actio ultra citroque est. Sed esse iniquissimum Pomponius ait*'), in cui la paternità del tratto '*quoniam-est*' sembrerebbe già risalire a Pomponio, è possibile comunque qui ricordare Ulp. 1 *de off. proc.* D.1.16.9.5, Ulp. 10 *ad ed.* D.3.5.9pr. '*an ultra mihi tribuitur actio sumptuum*'; Ulp. 37 *ad ed.* D.9.4.38.2 '*locus erit furti actioni ultra citroque*'; Ulp. 11 *ad ed.* D.3.5.9pr. '*sed an ultra mihi tribuitur actio*'; Ulp. 2 *fideic.* D.32.11.3 '*ultra petere ipsum fideicommissum ab herede posse*'; Ulp. 69 *ad ed.* 43.17.1.6 '*actio enim numquam ultra possessori datur, quippe sufficit ei quod possideat*'; Ulp. 10 *de off. proc.* D.48.20.6. '*neque speculatores ultra sibi vindicent*'.

Lenel,⁶⁴ viene attribuita a Proculo.⁶⁵ Attribuzione recentemente condivisa, com'è noto, anche da Burdese.⁶⁶

Diciamo subito che a nostro avviso appare assai più verosimile un'attribuzione ad Ulpiano.⁶⁷ Tale conclusione sembra confortata innanzi tutto sotto il profilo prettamente stilistico. Con molta probabilità ulpiano è da ritenersi l'uso della congiunzione 'quin immo', attribuita invece come si è detto da Gallo ai compilatori giustiniani. Se andiamo infatti ad analizzare tutte le fonti in cui viene adoperata la locuzione, potremo agevolmente osservare che, se si prescinde da tre isolate testimonianze tratte da Paolo (Paul. 9 *quaest.* D.28.6.43.3,⁶⁸ Paul. 78 *ad ed.* D.39.2.27⁶⁹) e Meciano (Maec. 8 *fideic.* D.36.1.71),⁷⁰ tutti i rimanenti impieghi ci riconducono ad Ulpiano.⁷¹

Così come ancora ad Ulpiano deve risalire l'uso della congiunzione 'et' (anch'essa peraltro sospettata dall'Autore), la quale altrimenti andrebbe necessariamente ricollegata alla successiva fattispecie 'si nihil tibi dedi', facendo però insorgere non risolvibili profili di contradditto-

⁶⁴ O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., col. 173.

⁶⁵ Ovviamente fatta eccezione per l'attacco 'quin immo et' giudicato spurio. Non prende espressamente posizione A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., 124, il quale reputa il dato comunque ininfluenza sul fatto che (anche) Proculo si muovesse nella prospettiva di un riconoscimento in termini contrattualistici della fattispecie qui discussa.

⁶⁶ Così A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., 344; più cauta la posizione precedentemente assunta in A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 25, in cui veniva parimenti prospettata, anche se in via di mera ipotesi, una possibile paternità mauricianea della soluzione: al riguardo v. *infra* nel testo.

⁶⁷ Per un'attribuzione in favore di Ulpiano già C. ACCARIAS, *Théorie*, cit., 243 s. Che la seconda parte del brano non rifletta il pensiero di Proculo, il quale dunque non si muoverebbe nell'ottica dell'individuazione di un *novum negotium* sulla base dell'individuazione dell'*ultra citroque obligatio* labeoniana, è sostenuto anche da M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto*, cit., 26 ss.

⁶⁸ Paul. 9 *quaest.* D.28.6.43.3 'Quin immo etsi si desineret heres esse...'

⁶⁹ Paul. 78 *ad ed.* D.39.2.27 'Quin immo pars adiecta partis partem faciet...'

⁷⁰ Maec. 8 *fideic.* D.36.1.71 'Quin immo in contrarium caveri heredi oportet...'

⁷¹ Si tratta più precisamente di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.5; 6 *ad ed.* D.3.2.4.4; 6 *fideic.* D.5.1.52.4; 15 *ad ed.* D.5.3.25.7; 5 *ad ed.* D.5.4.1.2; 10 *ad Sab.* D.8.4.10; 41 *ad Sab.* D.9.4.35; 20 *ad ed.* D.10.3.7.13; 28 *ad ed.* D.13.6.5.8; 33 *ad Sab.* D.24.1.32.5; 34 *ad ed.* D.25.3.1.8; 36 *ad Sab.* D.26.2.10.4; 35 *ad ed.* D.26.2.17.1; 35 *ad ed.* D.26.10.1.7; 36 *ad ed.* D.27.3.1.2; 25 *ad ed.* D.27.3.9.4; 4 *disp.* D.29.1.19pr.; 52 *ad ed.* D.36.4.5.21-22; 43 *ad ed.* D.38.2.8pr.; 5 *disp.* D.40.4.13pr.; 5 *fideic.* D.40.5.24.21; 71 *ad ed.* D.43.24.15.2; 30 *ad Sab.* D.46.3.14.4; 29 *ad Sab.* D.47.2.12.2; 38 *ad ed.* D.47.4.1.2; 6 *ad ed.* D.47.15.1pr.; 3 *ad l. Iul. et Pap.* D.50.16.131.1. Tale dato stilistico non si trova segnalato in T. HONORÉ, *Ulpian*, Oxford, 1982.

rietà sul piano logico-argomentativo. Se infatti dovessimo supporre che l'intero tratto dipendesse ancora dal *Proculus ait* del § 3, anche a voler escludere l'ulpiano *'quin immo'*, ci troveremmo innanzi ad un'affermazione del tipo: *'Proculus ait et si nihil dedi tibi dedi ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem, ultro tibi competere actionem rell'*, in cui, com'è evidente, la spettanza dell'azione di adempimento in favore del proprietario affrancatore finirebbe per essere ammessa in via generale: anche nell'ipotesi (chiaramente inaccettabile) che questi avesse già ricevuto quanto previsto a titolo di corrispettivo della manomissione.

È realmente inutile sottolineare, invece, che la spettanza (in concreto) dell'azione di adempimento in favore del proprietario dello schiavo è prospettabile nella *sola* eventualità che non vi sia stato un precedente trasferimento in suo favore, e *non anche se* non vi sia stato un precedente trasferimento.

Visto del resto che nella versione attuale del brano non rimane altro a cui ricollegare la congiunzione *'et'*, ed escluso per le ragioni già chiarite che la *si* debba considerare bizantina, occorre necessariamente ipotizzare che sia sottinteso, o sia semplice caduto per una mera svista, il verbo da cui è retta l'infinitiva *'si nihil- ultro tibi competere'*. Se è vero che nell'ottica di una attribuzione in favore di Proculo si potrebbe pur sempre ricostruire il testo: *'quin immo et <ait, putat>, si nihil dedi tibi dedi ut manumitteres rell.*, in cui solo la parte sottolineata andrebbe riferita alla 'penna' di Ulpiano, non si può però escludere che il brano vada piuttosto reso *'quin immo et <aio, puto>'* e che dunque l'intero § 4 conservi piuttosto l'opinione del giurista severiano.⁷²

Ipotesi che è a nostro avviso si rivela decisamente preferibile, anche a volerci limitare alla sola constatazione che rientra certamente tra le abitudini di Ulpiano manifestare il proprio punto di vista rispetto alle posizioni assunte da Proculo.⁷³

⁷² Nessun ausilio al riguardo può venire da un'analisi sul piano stilistico, visto che al consueto impiego da parte di Ulpiano di espressioni del tipo *'et puto'*, *'et credo'*, *'et dico'*, etc., per raccordarsi alle opinioni espresse da altri giuristi, si accompagna un uso, non meno frequente, della locuzione *'et ait'* 'followed by the name of a jurist, sometimes understood': in proposito v. T. HONORÉ, *Ulpian*, cit., 52 ss.

⁷³ Diversamente, non coglie una particolare attenzione di Ulpiano nei confronti di Proculo, segnalando semmai un 'più accentuato utilizzo dello scolarca da parte di Paolo' (38 citazioni contro le 37 ulpianee) E. STOLFI, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le «sententiae prudentium» nella scrittura di Papiniano, Paolo*

Sia quando si tratta (raramente) di contestarne il pensiero,⁷⁴ sia quando si tratta, come nella maggior parte dei casi, di mostrare apprezzamento.⁷⁵

Stupirebbe pertanto un silenzio da parte di Ulpiano su un tema peraltro così rilevante e dibattuto. C'è allora da chiedersi se per caso

e Ulpiano, in *Rivista di diritto romano* 1 (2001), 373 e nt. 197, sulle cui conclusioni pesa però l'adozione di una prospettiva circoscritta alle sole (sei) citazioni (ulpianee) in cui l'opinione proculiana viene riferita nei termini di 'sententia' (intesa come 'innovazione giurisprudenziale a carattere spiccatamente precettivo': 351, 382 ss.). Brani ai quali andrebbe comunque aggiunto Ulp. 1 *ad l. Iul. et Pap.* D.1.9.7.1 'Proculus et Pegasus opinantur... quorum sententia vera est'. Più in generale sulle tecniche di citazione di Ulpiano (soprattutto in senso adesivo) si veda T. HONORÉ, *Ulpian*, cit., 59 s.

⁷⁴ Con precisazione critica vanno qui ricordati Ulp. 13 *ad ed.* D.4.8.21.9 'Proculus et Aticilinius aiunt... sed hoc ita demum verum erit, si...'; Ulp. 13 *ad ed.* D.4.8.23.1, in cui il 'sed ipse recte putat' va riferito al diverso punto di vista celsino; Ulp. 25 *ad ed.* D.11.7.14.11 'Trebatius et Proculus putat. Puto tamen'; Ulp. 36 *ad Sab.* D.26.2.10.3 'sed est verius quod et Pomponius ait'; Ulp. 11 *ad l. Iul. et Pap.* D.37.14.17.1 'et Proculus in hac fuit opinione... Iulianus autem negavit... sed hic idem quod Iulianus erit dicendum'.

⁷⁵ Per una presa di posizione orientata all'adesione vanno citati, oltre il già citato Ulp. 1 *ad l. Iul. et Pap.* D.1.9.7.1; (indirettamente, per il tramite di Celso) Ulp. 10 *ad ed.* D.3.5.9.1; Ulp. 15 *ad ed.* D.5.3.11pr.; Ulp. 18 *ad Sab.* D.7.5.3 'sed est verius quod Cassius et Proculus existimant'; Ulp. 17 *ad Sab.* D.7.8.10.2 'quod est verum'; Ulp. 17 *ad Sab.* D.7.8.12.1 (argomentando dalla adesione all'indirizzo più radicale di Celso 'Iuventius... quae sententia mihi vera videtur'); Ulp. 79 *ad ed.* D.7.9.7pr. 'quae sententia habet rationem'; Ulp. 17 *ad Sab.* D.7.8.10.2 'Proculus et Neratius putant... quod est verum'; probabilmente Ulp. 18 *ad ed.* D.9.2.11pr. (per lo meno se si ritiene ulpiano il tratto 'et sane finé'); Ulp. 18 *ad ed.* D.9.2.27.1 'quod puto verum esse'; adesivo, ma con opportuna precisazione sul piano della concreta tutela processuale, Ulp. 18 *ad ed.* D.9.2.27.10 'ait Proculus agi non posse... et ideo aequius puto in factum actionem dandam'; Ulp. 18 *ad ed.* D.9.2.27.11 'quae sententia habet rationem'; Ulp. 26 *ad ed.* D.12.1.9.9 'et est verum'; Ulp. 26 *ad ed.* D.12.1.11.1 'Proculus ait... et recte'; Ulp. 29 *ad ed.* D.14.5.4.5 'et ita Proculus existimat'; Ulp. 29 *ad ed.* D.15.1.30pr. 'quae sententia et a nobis probanda est'; Ulp. 32 *ad ed.* D.19.2.15.8 'et ita Proculus in procuratore respondit'; Ulp. 3 *ad Sab.* D.28.2.6.1 'Iulianus Proculi opinionem secutus non putat... quo iure utimur'; probabilmente Ulp. 5 *ad Sab.* D.28.5.9.3; Ulp. 22 *ad Sab.* D.32.49.6 'Proculus scripsit et verum est'; Ulp. 22 *ad Sab.* D.33.9.3.2 'Proculus recte scribit'; Ulp. 20 *ad Sab.* D.34.2.19.3 'quae sententia habet rationem'; Ulp. 81 *ad ed.* D.39.2.26 'mihi videtur vera esse Proculi sententia'; Ulp. 66 *ad ed.* D.42.8.6.13 'quod nequaquam dubium est'; Ulp. 57 *ad ed.* D.47.10.11.4 'Proculus recte ait'. Non è esplicitato il punto di vista ulpiano in Ulp. 17 *ad Sab.* D.7.8.4pr.; Ulp. 17 *ad ed.* D.8.3.5.1 (in cui a riferire adesivamente l'opinione di Proculo è Nerazio); Ulp. 18 *ad ed.* D.9.2.7.3; Ulp. 18 *ad ed.* D.9.2.7.8; Ulp. 18 *ad ed.* D.9.2.11.5; Ulp. 18 *ad ed.* D.9.2.29.1-3; Ulp. 29 *ad ed.* D.15.1.17; Ulp. 1 *ad ed. edil. cur.* D.21.1.17.4; Ulp. 5 *ad Sab.* D.28.5.9.3; Ulp. 69 *ad ed.* D.43.16.1.25; Ulp. 18 *ad ed.* Coll.12.7.8-10. Non rileva invece ai nostri fini Ulp. 11 *ad l. Iul. et Pap.* D.37.14.17pr., dove a manifestare un'adesione all'opinione proculiana sono gli imperatori: 'Divi fratres in hac verba rescripserunt:... et Proculum, sane non levem iuris auctorem, in hac opinione fuisse'.

non appartengano al giurista severiano le parole ‘*quin immo-nascitur*’ e se dunque non sia proprio Ulpiano a rafforzare la soluzione proculiana di negare la *condictio* per la morte *intra certum tempus*, adducendo l’argomento risolutivo della spettanza dell’azione di adempimento. Il brano potrebbe essere così restituito: ‘*Quin immo et <puto>, si nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem, ultra tibi competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur*’.

Occorre peraltro osservare che ai molti interrogativi che come si vede ancora permangono in ordine alla paternità della soluzione patrocinata nel § 4, che già di per sé impediscono di aderire all’ipotesi avanzata da Gallo, si aggiungono i non meno gravi dubbi relativi alla questione di fondo da questi affrontata, rimanendo in effetti da stabilire se ci troviamo realmente in presenza di un caso di concessione di azione direttamente collegabile all’accordo delle parti, al di fuori quindi di un preventivo adempimento, come per l’appunto sembra suggerire il Maestro torinese.⁷⁶

Bisogna riconoscere che in linea di principio tale eventualità non può essere categoricamente respinta, soprattutto se arrestiamo l’analisi al solo § 4 e dunque al tratto <*quin immo-nascitur*>.

Senonché, prima di muoverci in tale direzione, ipotizzando un’apertura verso un contrattualismo atipico di matrice consensualistica, al di là poi dell’ampiezza⁷⁷ e soprattutto della paternità di tale apertura, dobbiamo chiederci se per caso non si possano prospettare ulteriori spiegazioni, che consentano di mantenerci nel solco dell’insegnamento tradizionale.

Com’è noto, in base a un risalente indirizzo interpretativo, già am-

⁷⁶ In questa direzione sembra muoversi pure C. A. CANNATA, *Contratto e causa*, cit., 43, anche se poi l’Autore finisce per subordinare, in concreto, l’esperimento utile (nel senso di proficuo) delle azioni alla preventiva esecuzione di una delle due prestazioni, richiamandosi al principio della interdipendenza sinallagmatica delle prestazioni stesse.

⁷⁷ Se si vuole in effetti rimanere scrupolosamente aderenti al tenore del brano, bisognerà ammettere (in proposito v. *infra* nel testo) che esso si limita semplicemente a riconoscere, al soggetto che si era impegnato ad affrancare il servo, il diritto di agire per il corrispettivo promesso, ma non ancora ricevuto, nell’ipotesi che il servo fosse morto (ovviamente per causa a lui non imputabile) prima del termine convenuto. Riconoscimento che, come correttamente si preoccupa di rilevare (in una prospettiva comunque più ampia) A. BURDESE, *Contratto e convenzioni atipiche*, cit., 523 s., non implica necessariamente l’adesione ad una teorica contrattualistica in cui l’azionabilità del rapporto venga *normalmente* posta in relazione al semplice accordo intercorso, anche se non necessariamente integrato da un principio di esecuzione.

piamente diffuso nel XIX sec., si è provato a giustificare il ricorso all'azione di adempimento, ipotizzando che la soluzione adottata nel brano tenesse conto, seppur solo implicitamente, dell'avvenuta manomissione del servo.⁷⁸ Ipotesi che, com'è risaputo, in tempi decisamente più recenti è stata rilanciata da Burdese, il quale peraltro ha suggerito (per lo meno in un primo momento) di integrare il brano, inserendo un originario riferimento al compimento dell'atto manumissorio: *'si nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerat tamen, ut darem, <et manumiserit> ultro tibi competere actionem, rell.*⁷⁹

Va detto però che l'ipotesi, per quanto certamente suggestiva ed autorevolmente sostenuta, pare scarsamente convincente, se si considera che il testo ulpiano non contiene elementi che autorizzino a supporre un atto di affrancazione da parte del *dominus*.⁸⁰ Anzi, proprio la strettissima relazione intercorrente con il § precedente, relazione non sfuggita peraltro a Gallo, e per la verità neppure a Burdese,⁸¹ dovrebbe invitare a ritenere operante anche nel § 4 la prospettiva dell'avvenuta morte del servo prima dello spirare del termine stabilito, il che, da altro punto di vista, ci mette nella condizione di espungere dal brano l'inciso *'defunto quoque eo'*, da Gallo ritenuto invece genuino.⁸²

⁷⁸ In quest'ottica, K. Schmitthenner, A. Erxleben, F. A. Schilling; al riguardo v., con ulteriori ragguagli bibliografici, U. GRECO, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XIX, cit., 402 s. nt. *ij*; C. ACCARIAS, *Théorie*, cit., 243 s.

⁷⁹ A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 25; punto di vista modificato in *Divagazioni*, cit., 344.

⁸⁰ Non sembrava dar seguito all'ipotesi dell'avvenuta manomissione neppure F. VON SAVIGNY, *Sistema*, cit., 659.

⁸¹ A. BURDESE, *Contratto e convenzioni atipiche*, cit., 521; ID., *Divagazioni*, cit., 344; nell'ottica di un'autonomia rispetto alla questione affrontata nel § 3, v. comunque, dello stesso Autore, *Sul riconoscimento*, cit., 25 s.

⁸² Va da sé, infatti, che se l'intero § 4 rappresenta, sul piano della trama narrativa, uno sviluppo esplicativo del tratto *'si minus cessare'*, in cui la morte del servo *intra certum tempus* viene ad essere assunta ad elemento essenziale della fattispecie – conclusione cui conduce innanzi tutto l'uso in funzione continuativo-rafforzativa, della congiunzione *'quin immo'*, alla quale non si può che attribuire il significato di 'anzi, per di più': in proposito v. CALONGHI, *Dizionario della lingua latina*,³ Torino, 1972, s.v. *'quin'*, II, B); HEU-MANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, s.v. *'quin'*, 2); diversamente, nel *'quin immo'* coglieva un'antitesi rispetto all'ipotesi analizzata nel § precedente C. ACCARIAS, *Théorie*, cit., 244 –, non può non insospettire l'impiego dell'avverbio *'quoque'* che invece sembra prescindere, proiettando la soluzione su un piano più generale. È dunque lecito ritenere che la chiusa *'defunto quoque eo'* costituisca un glossema interpretativo, peraltro determinato da una non perfetta intelligenza del brano.

Se dobbiamo quindi guardare con scetticismo alla possibilità di legare la soluzione patrocinata nel § 4 ad una avvenuta manomissione, più plausibilmente possiamo immaginare, sempre con Burdese, un condizionamento derivante da una sostanziale equiparazione della morte *ante tempus* all'atto di adempimento,⁸³ attraverso l'adozione di un meccanismo di finzione giuridica certamente non sconosciuto ai giuristi romani, e che si trova ad es. adoperato, anche se in altro contesto, in Iul. 15 *dig.* D.18.5.5.2 (discusso brano giuliano in tema di *periculum rei venditae*), in cui il giurista suggerisce il ricorso allo strumento della *fictio traditionis* al fine di addossare il rischio della *mors litis* in capo al compratore: '*Mortuo autem homine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset*'.⁸⁴ Congettura che certo andrebbe meglio approfondita, anche in relazione al frequentissimo ricorso all'istituto della finzione di adempimento della condizione proprio nell'ambito delle disposizioni manumissorie.⁸⁵

Va peraltro rilevato che l'adesione a tale ipotesi – ma ovviamente lo stesso varrebbe per la prima delle ipotesi contemplate – porterebbe a configurare la fattispecie in termini di *facio ut des*.⁸⁶ Circostanza che

⁸³ Chiave di lettura suggerita, seppur con cautela, già in A. BURDESE, *Contratto e convenzioni atipiche*, cit., 521; più netta la posizione assunta in ID., *Divagazioni*, cit., 344 s. L'idea si trova già formulata in J. CUJACIUS, *Opera*, VII, cit., 1341 s.: '*mortuo servo intra tempus, quia res pro secuta seu impleta haberetur...ita si servus decesserit, antequam per te staret, quominus eum manumitteres ante moram tuam, perinde ac si manumisisses, et ultro placiti fidem exsolvisse*'; non diversamente v. anche F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XII, cit., 564: 'Ul-piano credeva anzi che in questo caso il semplice zelo di prestare il fatto dovesse tanto parificarsi alla *causa secuta* da concedere l'*actio in factum* pel conseguimento della cosa promessa'.

⁸⁴ D.18.5.5.2 (Iul. 15 *dig.*): *Mortuo autem homine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et emptori homo pereat: quare nisi iusta conventio intervenerit, actiones ex empto et vendito manebunt*. Sul brano v., anche per i necessari ragguagli bibliografici, M. TALAMANCA, *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'*, in *Seminarios complutenses*, VII, 1995, 253 ss.

⁸⁵ In proposito si veda, con indicazione della letteratura più risalente, lo studio di U. ROBBE, *La fictio iuris*, cit., 627 ss., 670 ss., 696 ss.; da ultima, P. STARACE, *Lo statuliber e l'adempimento fittizio della condizione. Uno studio sul favor libertatis fra tarda Repubblica ed età antonina*, Bari, 2006, 175 ss.

⁸⁶ In questo senso già E. GANS, *Il diritto romano delle obbligazioni*, cit., 217; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ*, I, cit., 197; più di recente, come si è accennato, anche A. BURDESE, *Contratto e convenzione*, cit., 521; ID., *Divagazioni*, cit., 344 s.; diversamente, attenendosi al ben noto criterio del '*modus ineundae conventionis*', propendeva per una riconduzione all'interno dello schema del *do ut facias* J. CUJACIUS, *Opera*, VII, cit., 1342: '*nacitur ex do ut facias, quamvis tu prior feceris, quam is daret, quia modus ineundae conventionis spectatur...et conventio inita est: dabo ut tu manumittas: non inspicitur modus implendi contractus...an incoeperit a facto, an a datione*'.

potrebbe offrire a nostro avviso elementi aggiuntivi in favore di una decisa attribuzione della paternità del tratto ‘*quin immo-nascitur*’ ad Ulpiano, piuttosto che a Proculo, se non persino a Mauriciano, secondo quanto supposto in passato da Burdese, il quale proponeva di restituire il brano <et manumiserit> *ultra tibi competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur*, <Mauricianus ait>, o <ipse Proculus putat>.⁸⁷

Non bisogna dimenticare, infatti, che è proprio con Ulpiano che per la prima volta viene assicurata una tutela civilistica in favore delle fattispecie riconducibili allo schema del *facio ut des*,⁸⁸ così come chiaramente risulta dall’analisi del ben noto Ulp. 42 *ad Sab.* D.19.5.15,⁸⁹ letto congiuntamente al pur discusso Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.3 ‘*Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur*’.⁹⁰

Se già appare estremamente fragile la proposta avanzata da Giffard di attribuire a Mauriciano un riconoscimento sul piano dello *ius civi-*

⁸⁷ A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 25 s.; l’ipotesi dell’attribuzione dell’infinitiva ‘*quin-competere actionem*’ a Mauriciano, o ad altro giurista non indicato nel brano, è giustamente ritenuta priva di basi testuali da F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 44 s., nt. 14.

⁸⁸ In questo senso v. E. BETTI, *Sulla categoria*, cit., 35 s.; ultimamente R. KNÜTEL, *La causa*, cit., 139.

⁸⁹ D.19.5.15 (Ulp. 42 *ad Sab.*):... *Quodsi solutum quidem nihil est, sed pactio interces- sit ob indicium, hoc est, ut si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere? Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, sed habeat in se negotium aliquid; ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis, nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur*. Sul brano per la letteratura più recente v., con diverse proposte di emendazione, R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 242 ss.; G. MAC CORMACK, *Contractual theory*, cit., 148 s.; A. BURDESE, *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone*, in *SDHI*. 51 (1985), 471; ID., *Divagazioni*, cit., 343 s., ove si ipotizza una identificazione della *civilis actio* con la *condictio certi* in funzione di adempimento; G. MELILLO, *Un rescritto severiano e la identificazione dei ‘nuda pacta’*, in *Estudios Iglesias*, II, Madrid, 1988, 587; ID., *Contrahere*, cit., 61 s.; C. A. CANNATA, *Contratto*, cit., 50 ss.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., 225 ss.

⁹⁰ Sul brano si veda, con diagnosi interpolazionistica, O. GRADENWITZ, *Interpolationen*, cit., 133 (originario riferimento all’*actio conducti*); B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrae e l’arbitrium iudicis*, Palermo, 1913, 104; P. COLLINET, *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l’oeuvre de Justinien*, Nemours, 1947, 372 nt. 4; per la genuinità già P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ*, I, cit., 203 ss.; B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, cit., 96; più di recente G. MAC CORMACK, *Contractual theory*, cit., 146 s.; F. GALLO, *Synallagma*, II, cit., 119 s.; A. BURDESE, *Sul riconoscimento*, cit., 53; A. KREMER, *Die Verhältnisse*, cit., 422 ss. Contro l’ipotesi avanzata da Donello di un concorso tra *a.p.v.* e *actio de dolo* v. già C. ACCARIAS, *Contracts*, cit., 192 ss.; seguito da P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ*, I, cit., 203 ss.

le a questo tipo di rapporti,⁹¹ la quale in definitiva veniva unicamente a fondarsi sul presupposto di interpretare la soluzione mauriziana contenuta in Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.2 nell'ottica di un recupero della fattispecie in chiave di *facio ut des*,⁹² addirittura inverosimile si presenta il tentativo di un'anticipazione a Proculo,⁹³ seppur nei diversi termini prospettati sul piano processuale da Burdese (*condictio certae rei* anziché *actio civilis incerti*).⁹⁴ In entrambi i casi una così significativa retrodatazione della tutela della suddetta fattispecie renderebbe di difficile comprensione, sul piano della ricostruzione storica, il netto rifiuto di Paolo, in piena età severiana, in ordine ad una possibile estensione della categoria sinallagmatica anche alle operazioni di *facio ut des*.

In definitiva, per quanto attiene al tema principale, benché i limiti di spazio non consentano di affrontare in questa sede un aspetto così complesso e controverso, anche in considerazione dello stato alterato o anche solo rabberciato del testo e dei molti interrogativi che di conseguenza permangono,⁹⁵ ci pare comunque di poter affermare che non sono emersi elementi tali da costringere ad un ripensamento sulla struttura dei rapporti contrattuali atipici, al punto da dover abbandonare l'opinione tradizionale che come si è più volte ripetuto collega

⁹¹ A. GIFFARD, *Études*, cit., 198 s.

⁹² L'idea della trasformazione dello schema contrattuale affrontato in Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.2 ('*dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus*') si inserisce in realtà nel solco di un indirizzo interpretativo di assoluta risalenza: sostenuta già da Bartolo, ad essa avevano aderito (con forti toni polemicici nei confronti di Accursio) Donello (*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), e nella metà dell'800 Accarias (*Théorie*, cit., 54 ss., 218 s.). Tra gli studiosi più recenti, il punto di vista di Giffard viene accolto da R. KNÜTEL, *La causa*, cit., 138 s.; vi aderiscono sostanzialmente (oltre Burdese, su cui v. *infra* nel testo) anche G. MAC CORMACK, *Contractual theory*, cit., 147; T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 105, 145, 317, i quali semmai sono propensi ad imputare già ad Aristone la concessione di un'*actio civilis incerti* per la fattispecie in questione.

⁹³ Uno spunto in tale direzione sembra potersi già cogliere in (non consultato) F. A. SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts*, III, Leipzig, 1846, citato da U. GRECO, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XIX, cit., p. 423 nt. p).

⁹⁴ A. BURDESE, *Contratto e convenzione*, cit., 521; ID., *Divagazioni*, cit., 344 s.

⁹⁵ La difficoltà a ricostruire il testo primitivo era denunciata già da P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ*, I, cit., 196.

il perfezionamento contrattuale e la connessa azionabilità della pretesa all'avvenuta esecuzione di una delle due prestazioni sinallagmatiche.

Questione, questa, che va chiaramente tenuta distinta dall'ulteriore aspetto della eventuale riconducibilità dell'intera categoria dei contratti innominati (*facio ud des* o *facio ut facias* compresi) all'interno dello schema dell'*obligatio re contracta*, da ultimo messa in dubbio da Cannata.⁹⁶

Ciò che realmente conta stabilire, infatti, non è se i giuristi romani si fossero effettivamente pronunciati per un formale inquadramento all'interno della categoria dell'*obligatio re contracta*. Piuttosto interessa verificare se l'adempimento di una delle due prestazioni fosse richiesta o meno ai fini della nascita dell'obbligazione, ipotesi che non postula logicamente la prima.

E a questo proposito non è del tutto inutile ricordare che le difficoltà di riferire l'obbligazione contrattuale atipica all'interno di uno degli schemi tradizionali della quadripartizione gaiana non sono sfuggite neppure agli studiosi che si sono pronunciati contro l'idea di un'atipicità contrattuale di tipo consensuale. Anzi furono proprio costoro i primi a denunciare l'inadeguatezza dell'articolazione gaiana.

Basti riflettere sul fatto che le prime perplessità sulla tendenza ampiamente diffusa presso gli interpreti medievali di assimilare i contratti innominati alla categoria dei contratti reali, si trovano già lucidamente formulate, a tacer di esempi ancor più risalenti,⁹⁷ nei lontani studi di Accarias⁹⁸ e Pernice.⁹⁹ Si può anzi affermare che l'inidoneità dell'impianto classificatorio gaiano ad assicurare un appropriato inserimento dei contratti innominati ha rappresentato sostanzialmente l'unico aspetto realmente condiviso nell'ambito del dibattito sviluppato intorno al contrattualismo (atipico) romano.¹⁰⁰

⁹⁶ C. A. CANNATA, *Contratto*, cit., 38 s.

⁹⁷ In particolare F. A. SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen*, citato da U. GRECO, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XIX, cit., p. 401 nt. h).

⁹⁸ C. ACCARIAS, *Théorie*, cit., 17 ss.

⁹⁹ A. PERNICE, *Zur Vertragslehre*, cit., 251 s.: non sarebbero stati contratti reali 'weil diese wesentlich einseitig sind', ma soprattutto non sarebbero stati consensuali 'weil sie erst mit der Leistung klagbar werden'.

¹⁰⁰ In questo senso, ad es., P. BONFANTE, *Diritto romano*, Firenze, 1900, 390 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*,¹⁰ Napoli, 1949, 302 ss.; E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni*, III, 336 ss.; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ*, II, cit., 258; G. LA PIRA, *La personalità*, cit., 305; giudicava postclassico l'accostamento con la figura anfibia dei contratti sinallagmatici non nominati con prestazione anticipata (in

Se discussione v'è stata, questa, senza comunque assumere mai i toni di una vera disputa, ha piuttosto riguardato lo stato del diritto giustiniano, e comunque si è rapidamente sopita, visto che l'ipotesi di un allargamento della nozione di contratto reale da parte dei bizantini diretta ad un inserimento dei contratti innominati, avanzata da Bonfante,¹⁰¹ è stata presto superata, finendo per prevalere la tesi di una persistente estraneità alla sistematica tradizionale anche nelle vedute bizantine.¹⁰² Estraneità provata tra l'altro anche dallo sch. *Μαθῶν* di Stefano, in cui i 'contratti innominati costituiscono una classificazione autonoma'.¹⁰³ Da Grosso, in poi, v'è accordo nel fissare solo nell'età intermedia l'origine di un loro compiuto inquadramento, come proverebbe per l'appunto *Brachyl. Iur. Civ.* 3.3-4: *Re contractus est, cum res intercedit ad contrahendam obligationem. 4. Huius species sunt duae: alius est nominatus, alius innominatus.*¹⁰⁴

Fu subito osservato che nel caso dei contratti innominati a essere reclamato non sarebbe stato l'oggetto stesso, secondo per l'appunto il modello proprio dei contratti reali, ma 'come nei contratti consensuali, un'altra prestazione'.¹⁰⁵ Così come nell'ottica della differenziazione è stato invocato anche il carattere non temporaneo ma definitivo della *datio*;¹⁰⁶ o ancora si è fatto riferimento al differente rilievo della prestazione (*datio*) nelle dinamiche costitutive del vincolo obbligatorio.¹⁰⁷

funzione c.d. costitutiva)' E. BETTI, *Istituzioni*, cit., 101 s., 320, 330 ss., il quale li considerava più propriamente una 'estensione...delle *obligationes consensu contractae*, dal momento che importavano un obbligo non alla restituzione ma alla controprestazione'; G. GROSSO, *Il sistema romano*,³ cit., 80 ss., 170; C. A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, Milano, 1973, 366 ss.

¹⁰¹ P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 404 s.; adesivamente E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano*, cit., 336 ss.; ID., *P. Ryl. III*, 474 fr. B. recto = fr. I § I *De reb. cred. XII, I*, in *SDHI.* 4 (1938), 546 ss., ora in *Studi*, VI, Milano, 1953, 457 ss.

¹⁰² In questo ordine di idee innanzitutto S. PEROZZI, *Istituzioni*, II, Firenze, 1908, 23; G. GROSSO, *Il sistema romano*,³ cit., 80 ss., 170; U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, in *Studi Bonfante*, II, 1930, 579; C. A. MASCHI, *La categoria*, cit., 366 ss.

¹⁰³ C. A. MASCHI, *La categoria*, cit., 370.

¹⁰⁴ G. GROSSO, *Il sistema romano*,³ cit., 83.

¹⁰⁵ Così P. BONFANTE, *Diritto romano*, cit., 390.

¹⁰⁶ C. A. MASCHI, *La categoria*, cit., 368.

¹⁰⁷ G. GROSSO, *Il sistema romano*,³ cit., 87, 200, il quale per l'appunto notava come nei contratti innominati la prestazione non assurgesse 'a elemento da cui scaturisce l'obbligazione, come nelle *obligationes re contractae*, in cui la stessa obbligazione ne risulta qualificata; essa verrebbe a dar forza all'accordo, a renderlo vincolante'.

Considerazioni, che, com'è noto, sono state recentemente raccolte, tra gli altri, anche da Santoro, il quale, nel presupposto comunque della necessità di un principio di esecuzione, ha suggerito di ricorrere alla costruzione dogmatica labeoniana del *convenire re* delineata in Ulp. 11 *ad ed.* D.2.14.2pr., la cui peculiarità andrebbe per l'appunto ricercata nel diverso ruolo assunto dalla *datio* sul piano della struttura contrattuale, costituendo essa il momento iniziale, ma non genetico dell'*obligatio* (così in particolare Paul. 32 *ad ed.* D.19.4.1.2: *initium obligationi praebet*), la quale in effetti nascerebbe pur sempre dal consenso, anche se non si tratterebbe propriamente di un nudo consenso.¹⁰⁸

È inutile dire, per concludere, che l'ipotesi quantomeno di un accostamento alla categoria dell'*obligatio re* risulterebbe indubbiamente meno problematica, se nell'espressione *re obligari* si dovesse cogliere, seguendo un'antica opinione professata da Pernice,¹⁰⁹ un'allusione all'idea di un'obbligazione contratta *col fatto*,¹¹⁰ come sembrerebbe suggerire

¹⁰⁸ R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 185 s.; ID., *La causa*, cit., 93 s.; aderisce all'ipotesi che con l'espressione *convenire re* Labeone intendesse riferirsi alle 'convenzioni atipiche, presupponenti una *datio*' B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa*, cit., 436 nt. 34; alle conclusioni di Grosso fa riferimento, ma limitatamente al solo punto di vista di Mauriciano, anche R. KNÜTEL, *La causa*, cit., 143; differente l'ottica di Aristone, la quale avrebbe piuttosto assunto 'come punto di partenza la *datio ob rem*'; la non esaustività 'dello schema quadripartito' è denunciata pure da A. BURDESE, *Ultime prospettive romanistiche*, cit., 33 s.; di 'inadeguatezza logica' dei modelli dell'*obligatio re* e *consensu contracta* rispetto alla categoria dei contratti innominati (per lo meno nell'impostazione aristoniana) discute ultimamente anche T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa*, cit., 201, 323 ss., 349 ss.

¹⁰⁹ A. PERNICE, *Labeo*, I, Halle, 1873, 419 s.; seguito in un primo momento da S. PEROZZI, *Il contratto consensuale (Scritti Schupfer)*, cit., 190 s. (diverso il punto di vista in *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, 42 ss.); e parzialmente da U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, cit., 541 ss., 576 ss., in cui il fatto viene in definitiva a coincidere con (il fatto del)la consegna.

¹¹⁰ Che il termine *res* nella locuzione *re contrahitur obligatio* potesse in origine alludere alla circostanza che l'obbligazione 'si contrae, anziché con dei *verba*, col fatto', non era escluso neppure da G. GROSSO, *Il sistema romano*,³ cit., 73 ss., 112, il quale comunque, al pari di Brasiello, pensava più propriamente al fatto della dazione; al punto di vista di Grosso più recentemente si richiama G. MELILLO, *Forme e teorie contrattuali*, cit., 491, il quale legge nel '*re obligatur*' di Gai. 3.91 un riferimento ad 'un fatto materiale'; *contra* v. però P. VOICI, *La dottrina romana*, cit., 122 ss.; contestava l'eccessiva genericità del concetto, visto che un *fatto* vi sarebbe anche nelle altre categorie, un po' meno in quelle *consensu contractae*, pure B. BIONDI, *Contratto*, cit., 61 ss., il quale però finiva con l'ammettere (64) che la 'vastità e indeterminatezza del concetto di *res*' avrebbe consentito alla giurisprudenza di giungere ad una significativa dilatazione dell'ambito denotativo della no-

re il ricorrere dell'analoga locuzione 'consistere re' in Gai. 3 *aur.* D.44.7.4, in una prospettiva che non rimane circoscritta alle sole obbligazioni derivanti da contratto ('*ex contractu obligationes non tantum re consistent, sed etiam verbis et consensu*'), ma viene più generalmente estesa all'intero ambito dei rapporti obbligatori, compresi quelli di origine delittuosa, ed in cui la *res* viene fatta coincidere con lo stesso fatto illecito: *Ex maleficio nascuntur obligationes... Quae omnia unius generis sunt: nam hae re tantum consistunt, id est ipso maleficio.*¹¹¹

zione, al punto da indicare non soltanto la 'consegna della cosa', ma in termini decisamente più ampi il 'fatto produttivo di *obligatio*', con un processo sorretto, più che da esigenze classificatorie, dall'intenzione di trarne conseguenze sul piano pratico-operativo, come nel caso di Paul. 7 *ad Plaut.* D.44.7.46, richiamato *infra* nella nt. seg.

¹¹¹ D.44.7.4 (Gai. 3 *aur.*): *Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex iniuria. Quae omnia unius generis sunt: nam hae re tantum consistunt, id est ipso maleficio, cum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistent, sed etiam verbis et consensu.* Per un ridimensionamento del valore della testimonianza v. però B. BIONDI, *Contratto*, cit., 64; questa sarebbe l'unica ipotesi in cui l'espressione *obligatio re* 'deve intendersi come obbligazione nascente dal fatto' secondo P. VOGLI, *La dottrina romana*, cit., 23, il quale però considerava il brano interpolato; si tratterebbe di un'annotazione di un maestro postclassico secondo G. GROSSO, *Il sistema romano*,³ cit., 83; non diversamente discute di 'offuscamento tecnico' della nozione di *re obligari* C. A. CANNATA, *La classificazione*, cit., 68 s.; dello stesso Autore v. anche *Obbligazioni*, cit., 426; sul brano, ma anche per un approfondimento della nozione di *obligatio re* accolta nella Parafrasi di Teofilo, anch'essa costruita intorno al significato di *res* come 'comportamento materiale' ('φάκτων'), v. G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in *AUPA*. 45.1 (1998), 328 ss., ove è affrontata l'ulteriore questione della paternità di I.4.1pr.; da ultimo si veda, con ulteriori indicazioni bibliografiche, anche C. CASCIONE, *Consensus*, cit., 451 s. Sempre sul versante squisitamente lessicale, si è anche invocato l'isolato ricorso all'espressione '*ex re venit actio*' in Paul. 7 *ad Plaut.* D.44.7.46, la quale per la verità si trova adoperata in una prospettiva e con modalità che la rendono difficilmente riconducibile al tema qui dibattuto delle *obligationes re contractae*, dovendosi senza dubbio convenire con la proposta avanzata da Labruna di identificare la "*res* da cui viene l'azione" con "l'oggetto materiale, il *fundus*", non diversamente dal più esplicito Paul. 2 *quaest.* D.10.3.29pr. '*magis ex re, in quam impenditur, quam ex persona socii actio nascitur*' (L. LABRUNA, *Rescriptum Divi Pii. Gli atti del pupillo sine tutoris auctoritate*, Napoli, 1962, 118 ss., al quale si rimanda anche per gli opportuni ragguagli bibliografici).