

EMANUELE STOLFI

I segni della tecnica. Alcune considerazioni
attorno a rigore terminologico
e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELLA
UNIVERSITÀ DI PALERMO
(AUPA)

Estratto

VOLUME LIX
(2016)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORE
Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Aricò Anselmo	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Jan H.A. Lokin	Groningen
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzaella	Palermo
Enrico Mazzaese Fardella	Palermo
Antonino Metro	Messina
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Gianfranco Purpura	Palermo
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: redazioneaup@unipa.it

INDICE DEL VOLUME

LESSICI E MODELLI PRECETTIVI NEL DISCORSO GIURIDICO ROMANO GIORNATA DI STUDIO CON GIANFRANCO PURPURA (Palermo, 28 gennaio 2016)

G. FALCONE, Una giornata di studio con Gianfranco Purpura	9
P. BUONGIORNO, <i>Senatus consulta</i> : struttura, formulazioni linguistiche, tecniche (189 a.C.-138 d.C.)	17
E. POOL, Significati diversi di <i>causa</i> in tema di <i>possessio</i> e di <i>usucapio</i> . Interpretazioni di qualche testo chiave. Parte I	61
G. PURPURA, Il linguaggio precettivo delle immagini e il cd. <i>Missorium</i> di Teodosio	85
G. SANTUCCI, <i>Verba edicti</i> e <i>definitiones</i> : Labeone e Pedio nel commento ulpiano <i>de pactis</i>	101
E. STOLFI, I segni di una tecnica. Alcune considerazioni attorno a rigore terminologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani	111

ARTICOLI

P. CERAMI, Riflessioni in tema di ' <i>condictio Iuventiana</i> ' e ' <i>iniusta locupletatio</i> '	153
P. CERAMI, <i>Iuris publici interpretatio</i> e <i>contentio de iure publico</i> (a proposito di alcune riflessioni di Alberto Burdese)	183
A. CHERCHI, Riflessioni sulla condizione giuridica delle <i>metallariae</i> nel tardo impero. A proposito di C. 11.7(6).7	209
G. FALCONE, A proposito di Paul. 29 <i>ad ed.</i> - D. 13.6.17.3 (<i>officium, beneficium, commodare</i>)	241
R. LAURENDI, Riflessioni sul fenomeno associativo in diritto romano. I <i>collegia iuuenum</i> tra documentazione epigrafica e giurisprudenza: Callistrato <i>de cognitionibus</i> D. 48.19.28.3	261

NOTE

G. FALCONE, La versione greca della cost. <i>Imperatoriam</i> e la sua attribuzione	289
G. NICOSIA, La nascita postdecemvirale della ' <i>mancipatio</i> ' e quella ancora posteriore della distinzione tra ' <i>res Mancipi</i> ' e ' <i>res nec Mancipi</i> '	303
F. TERRANOVA, Nota minima sul comodato c.d. <i>ad pompam vel ostentationem</i> ...	317
M. VARVARO, Gai 4.21 e la presunta <i>manus iniectio ex lege Aquilia</i>	333

EMANUELE STOLFI
(Università di Siena)

I segni di una tecnica. Alcune considerazioni
attorno a rigore terminologico
e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani

ABSTRACT

Through the investigation of a few (exemplary) fragments coming from the jurisprudential literature between II and III century A.D., this article examines some peculiar features of language and argumentation of the Roman jurists. In particular, the author dwells upon their (flexible, but) strict terminology in describing cases, explaining and justifying the respective solutions, quoting and praising – or causing a difference of opinions – the thought of other *prudentes* (especially through valuations of *veritas*, *elegantia* or *ratio* with regard to previous interpretations and theories).

PAROLE CHIAVE

Giuristi romani; lessico e argomentazione giuridica; tecniche di citazione.

I SEGNI DI UNA TECNICA. ALCUNE CONSIDERAZIONI ATTORNO A RIGORE TERMINOLOGICO E LESSICO DELLE CITAZIONI NELLA SCRITTURA DEI GIURISTI ROMANI

SOMMARIO. 1. Tra luoghi comuni ed esigenze di metodo. 2. Il peso delle parole. 3. Di vere o apparenti improprietà linguistiche. 4. Tecniche di citazione e forme di approvazione (o parziale dissenso): i giudizi di «verità». 5. *Elegantia e ratio*.

1. Come in occasione dell'intervento orale di cui questo contributo riproduce fedelmente lo schema¹ (salvo un essenziale apparato di riferimenti bibliografici e qualche spunto ulteriore), inizierei da una constatazione pressoché ovvia. Che il diritto, in qualsiasi esperienza storica – ma tanto più ove supportato da una solida riflessione scientifica –, sia connotato da un estremo rigore terminologico, che non tollera approssimazioni e vaghezze né usi linguistici impropri o fuorvianti, è infatti affermazione indiscutibile, ma che rasenta la banalità. Un autentico «luogo comune», in ogni senso: sia in quello, alto, della teoria retorica antica, che in quello oggi corrente, indicativo di un dato talmente scontato da renderne superflua e quasi risibile la riproposizione. Tutti noi dobbiamo misurarci, soprattutto nei confronti degli studenti di primo anno (ma non solo, purtroppo), con la difficoltà di formare i giovani alla precisione tecnica e alla correttezza comunicativa, cercando di far loro comprendere come non si tratti solo di un'accortezza estetica, estrinseca e ininfluyente rispetto alla disciplina che devono apprendere e alle nozioni che intendono illustrare, ma che coinvolge la sostanza di quel sapere, il cui linguaggio – ai loro occhi, di frequente, nient'altro che un gergo gratuitamente esoterico – non è solo strumentale rispetto a dati precostituiti, ma concorre in modo decisivo all'elaborazione di questi ultimi, alla loro messa a punto concettuale, al progressivo affinamento e rimodulazione.

Eppure, anche senza soffermarsi sulla fioritura, da vari decenni, di contributi di analisi linguistica del diritto – ai quali non sono rimasti insensibili alcuni cultori dell'esperienza

¹ Ossia la relazione, dal titolo quasi identico all'attuale (*I segni di una tecnica. Rigore terminologico e lessico delle citazioni nella scrittura dei giuristi romani*) tenuta a Palermo, su invito dell'amico Giuseppe Falcone, il 28 gennaio 2016, in occasione dell'incontro *Lessici e modelli precettivi nel linguaggio giuridico romano. Giornata di studio con Gianfranco Purpura*. A quest'ultimo, in segno di stima profonda e autentica, queste pagine continuano a essere dedicate. Un pensiero di devozione e gratitudine va anche al Professor Matteo Marrone, che ha formulato attorno alle riflessioni proposte in quella sede rilievi importanti, e parole fin troppo benevole, per me non dimenticabili.

giuridica antica² (soprattutto da quando le indagini attorno al metodo dei giuristi, coi loro stili di ragionamento e argomentazione, hanno riacquisito la dovuta importanza) –, le cose non sono così semplici. Basterebbe rievocare formule note, come quella secondo cui il lavoro del giurista si risolve sempre, essenzialmente, nel «fare cose con parole»;³ e forse ancor più calzante (non solo perché proveniente proprio da uno studioso di diritto romano) è l'osservazione – leggibile in uno dei lavori, fin dal titolo, più dichiaratamente foucaultiani di Yan Thomas⁴ – secondo cui il diritto «de toutes les instances discursives, reste le seule à produire le monde qu'elle désigne». ⁵ Una produzione che, appunto, si realizza tramite «l'ordine del discorso» (per attingere ancora al lessico del filosofo francese),⁶ l'uso sorvegliato della lingua e la costruzione di un vocabolario tecnico (ove l'invenzione di termini nuovi e il ricorso ad

² Si veda soprattutto L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (Repertorio di strumenti per una lettura ideologica)*, in F. BONA, F. GALLO, F. GORIA, L. LANTELLA, M. SARGENTI, N. SCAPINI, P.L. ZANNINI, *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino 1976, spec. 41 ss. e ID., *Dinamica semantica e modelli strutturali nella terminologia giuridica romana*, in S. SCHIPANI, N. SCIVOLETTO (a cura di), *Atti del Convegno internazionale «Il latino del diritto»*, Roma 1994, 39 ss. (anche per una ricognizione sui più rilevanti studi dedicati in precedenza al linguaggio del diritto a Roma: da alcuni lavori di Biondi e Kaser a quelli di Carcaterra). Sulla lingua giuridica latina, anche in merito a profili per noi ora meno rilevanti, sempre importanti G. PASCUCCI, *Aspetti del latino giuridico*, in *Studi Italiani di Filologia Classica* 40, 1968, 3 ss. e C. DE MEO, *Lingue tecniche del latino*, Bologna 1986², 67 ss. Cfr. altresì, più di recente, D. MANTOVANI, *Lingua e diritto. Prospettive di ricerca fra sociolinguistica e pragmatica*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano 2009, 673 ss. e L. PEPPE, *Concretezza ed astrattezza nella terminologia giuridica romana. Alcune riflessioni. Un tema interessante: la fiducia*, in *BIDR* 108, 2014, 125 ss., entrambi con altra bibl.

³ Cfr. J.L. AUSTIN, *How to do Things with Words*, Oxford 1982² (trad. it. Milano 1987). Per un'utile rassegna delle sue posizioni e del dibattito da esse suscitato si vedano almeno M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari 2008³, 229 ss. e G. BERNARDINI, *Le parole preparate*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, cit., 227 ss., spec. 231 ss. Richiama, in apertura del suo itinerario, la formula di Austin anche G. COSÌ, *Legge, diritto, giustizia. Un percorso nell'esperienza giuridica*, Torino 2013, 1 s.

⁴ Il quale, evidentemente, aveva la fortuna – accanto a meriti indubbi, che sempre più riusciamo ad apprezzare – di lavorare in un ambiente in cui certe letture non venivano stigmatizzate, come invece è accaduto anche a chi scrive (cfr. il perentorio ammonimento a leggere «meno Foucault, più Plauto, Demostene, Livio, Cicerone, Gaio, Ulpiano», da parte di C. CASCIONE, Rec. a E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna 2010, in *Iura* 62, 2014, 477).

⁵ Così Y. THOMAS, *Le droit entre les mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome*, in *Archives de Philosophie du Droit* 23, 1978, 93, in apertura di un saggio di penetrante densità, in cui le ricordate ascendenze foucaultiane – sul punto alquanto incisive e durature, se è vero (come rileva giustamente M. SPANÒ, *Le parole e le cose (del diritto)*, in Y. THOMAS, *Il valore delle cose*, trad. it. Macerata 2015, 87) che «l'analisi del rapporto tra parole e cose attraversa ... tutta intera la traiettoria di Thomas» – si coniugavano con lo sforzo di cogliere e valorizzare le peculiarità del giuridico. Un motivo emergente sin dallo scarto fra la lingua tecnica a esso propria e quella comune, con la precettività e la valenza performativa che contraddistingue la prima: su quest'aspetto lo stesso autore si era soffermato in *La langue du droit romain. Problèmes et méthodes*, in *Archives de Philosophie du Droit* 19, 1974, 103 ss., spec. 109 ss. Sottolinea come già agli antichi non fosse affatto estranea la consapevolezza «che la lingua giuridica si distingue all'interno della lingua comune» D. MANTOVANI, *Lingua e diritto*, cit., 676 ss.

⁶ Sia pure messo a punto in tutt'altro contesto: mi riferisco infatti a M. FOUCAULT, *L'ordine del discorso e altri interventi*, trad. it. Torino 2004 (ed. or. 1971).

astrazioni e ipostasi si accompagna a vari altri fenomeni, a cominciare da ridefinizioni semantiche tramite slittamenti metaforici e/o metonimici).⁷

Ecco così che il *tópos* dal quale ho preso le mosse inizia a rivelarsi un po' meno banale, anche se poi rimane tutto da calare nel vivo dell'indagine storico-giuridica, da misurare e approfondire traverso concreti riscontri esegetici. E il tutto, naturalmente, non per riproporre trite apologie dell'antico, volte a elevare gli esperti romani di *ius* a maestri insuperati, provvisti di un valore esemplare e immediatamente spendibile nell'oggi (quasi in ragione di una «Aktualisierung» che abbia spostato il proprio oggetto dagli istituti alle figure e metodiche giurisprudenziali), ma piuttosto proprio per contestualizzare storicamente ogni frammento della produzione letteraria cui essi dettero vita, saggiare la tenuta di certe loro possibili interpretazioni e valorizzare quanto dell'antica *scientia iuris*, a mio avviso, rimane più stimolante nella ricerca e più formativo nell'insegnamento (ossia, molto più dei segmenti di disciplina e di pretesi 'dogmi'⁸ sottratti al mutare dei tempi, il metodo di lavoro dei *prudentes*, ove si coniugavano capacità di astrazione e approccio casistico,⁹ rigore terminologico e flessibilità delle categorie, libertà critica e autorevolezza argomentativa).¹⁰

Uno scenario variegato e composito, quasi mai riducibile a chiavi di lettura univoche, contraddistinto – in un ulteriore e delicato equilibrio fra istanze diverse e per alcuni aspetti confliggenti – da uno spiccato tradizionalismo (quel procedere senza strappi e quel riconoscersi in un comune statuto epistemologico che non poco hanno contribuito alla mitologia della «fungibilità» dei giuristi romani)¹¹ e da sensibili difformità. Difformità che, come per

⁷ Un aspetto che meriterebbe, probabilmente, di essere illustrato anche in sede didattica, come abbiamo cercato di fare, pur nell'inevitabile sforzo di semplificazione e di sintesi, in L. LANTELLA, E. STOLFI, *Profili diacronici di diritto romano*, Torino 2005, 171 ss.

⁸ Che intendo qui nell'accezione (fra le non poche possibili) che ho tentato di precisare in E. STOLFI, *I casi e la regola: una dialettica incessante*, in L. VACCA (a cura di), *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARI-STEAC*. Roma, 22-23 febbraio 2013, Napoli 2014, 40 s. ove bibl. (cui si aggiunga almeno, in una direzione non dissimile, P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, Milano 2009, 61 ss.).

⁹ In quella composita e feconda circolarità posta in luce da A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 177, laddove illustra la capacità, da parte dei giuristi romani, di «combinare positività ed astrazione – dalla concretezza del caso alla forza del concetto che determina la regola, per tornare poi al caso, ma rischiarato dall'astrazione disciplinante, e perciò regolato dalla norma». Su un *modus procedendi* che non è deduttivo ma neppure si esaurisce nella sola pratica inversa, di carattere induttivo, istituendo piuttosto una frequente polarità dinamica fra diagnosi qualitativa del singolo evento, enucleazione di direttive di più vasta portata e quindi revisione della loro tenuta alla luce di un'ulteriore casistica, mi sono soffermato in E. STOLFI, *I casi e la regola*, cit., spec. 42 ss.

¹⁰ Circa questi ultimi profili posso rinviare a quanto osservavo, da ultimo, in E. STOLFI, *Brevi note su «interpretatio» e «auctoritas» fra tarda repubblica ed età dei Severi*, in *Interpretatio prudentium* 1, 2016, spec. 171 ss., ove altra bibl.

¹¹ Immagine che, come noto, è soprattutto legata a un passaggio del *Beruf* savigniano; ma si tratta di un motivo dall'ampia circolazione, al di là delle formule impiegate, nella prima metà del XIX secolo, e destinato a incidere lungamente sugli studi attorno al pensiero giuridico (e al diritto privato) romano. Per qualche indicazione – in merito sia alle voci ottocentesche che al più recente quadro storiografico sul punto – cfr. E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*. I. *Trasmissione e fonti*, Napoli 2002, 9 s. nt. 11 ove bibl., cui *adde* almeno L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Dalla storia di Roma alle origini della società civile. Un dibattito ottocentesco*, Bologna 2008, spec. 40. A testimonianza della maggior risalenza di certi orientamenti, le cui

ogni profilo che attiene allo stile (in senso alto) di scrittura, sono riscontrabili fra generi letterari, ma anche all'interno di ciascuno di essi,¹² in ragione del diverso approccio di ciascun autore (per richiamare un solo esempio, le tecniche espressive, le rappresentazioni dei casi, le *rationes decidendi* e le forme di argomentazione non permangono certo invariate fra i *libri digestorum* di Alfeno e quelli di Celso, Giuliano o Cervidio Scevola), se addirittura non meriterebbero un'accurata disamina, semplicemente, testo per testo.

Più in generale, in effetti, dovremmo interrogarci sulla rinnovata (ma, come sempre, per certi versi inedita nei modi e obiettivi) esigenza di un approccio che potremmo denominare, volendo attingere a formule in voga, «neo-esegesi».¹³ Un approccio cioè che, pur senza rima-

radici sono già individuabili nell'Umanesimo, si veda anche D. MANTOVANI, *L'elogio dei giuristi romani nel proemio al III libro delle Elegantiae di Lorenzo Valla "Per quotidianam lectionem digestorum semper incolumis et in honore fuit lingua Romana"*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, V, Milano 2007, spec. 171 s. e nt. 60, 198 ss.

¹² La cui importanza, pur incontestabile, in molte ricostruzioni moderne è riuscita forse sin troppo assorbente, nella tensione verso una «Kunstgeschichte» destinata a lasciare alquanto defilata qualsiasi «Kunstlergeschichte». Mi servo, non a caso, di una terminologia risalente a Schulz (cfr. in effetti *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 4 = *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. Firenze 1968, 12): il più influente fra gli studiosi che hanno organizzato un'ampia ricognizione della scienza giuridica romana e della sua produzione letteraria scandendola secondo le vicende dei vari *genera scribendi*. Il rifiuto dell'approccio biografico che vi era sotteso – ma anche, aggiungerei, la preclusione della possibilità di far emergere con nettezza i tratti distintivi (nelle sue peculiarità a livello di ragionamento giuridico e soluzioni espositive) di ciascuno dei *prudentes* che praticò l'una tipologia di opere o l'altra –, così come l'incidenza che esercitava la nozione di «stile», quale canone in cui nettamente prevalevano l'uniformità nel tempo e nei diversi protagonisti, rinviano a un preciso disegno storiografico, sino a costituire quelli che M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, rist. Napoli 19842, 335 ss., ha descritto (e finemente indagato) quali autentici «postulati» di quel libro così fortunato. Su questi e ulteriori aspetti del lavoro di Schulz – e sulle reazioni da esso suscitate in Italia, con particolare riguardo proprio all'orientamento di Bretone –, cfr. più di recente anche G. SANTUCCI, *La scienza romanistica tedesca vista dall'Italia: il «dogma» della fungibilità dei giuristi romani*, in C. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI (a cura di), *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale* (Montepulciano 14-17 giugno 2011), Trento 2012, 150 ss. Più specificamente, si interroga su come «la categoria di genere letterario funzioni per Schulz» T. MASEILLO, *Le Quaestiones di Cervidio Scevola*, Bari 1999, 96 ss.; mentre, da altra prospettiva, si concentra sul «disinteresse per i generi letterari» (e in certa misura anche «per l'opera come artefatto autonomo»), quale emergerebbe dalle citazioni dei giuristi romani, secondo un atteggiamento essenzialmente ricondotto (p. 66 ss.) alla loro «concretezza culturale» e al «principio di autorità» da cui sarebbero stati guidati, L. LANTELLA, *Le opere della giurisprudenza romana nella storiografia*, Torino 1979, 63 ss., 74 ss. (il quale peraltro non rinunciava [p. 48 ss. e 54 ss.] a individuare, almeno nell'*Enchiridion* pomponiano, tracce di una «presenza latente di una storia della letteratura» e addirittura di «una teoria (storicista) dei generi letterari»). Da ultimo, un'acuta analisi di come operassero (soprattutto) in Schulz le nozioni di genere e forma letteraria (in lui, peraltro, indebitamente sovrapposte) e della distanza che separa questi moderni schemi classificatori dalle idee – quasi sempre implicite, almeno ai nostri occhi – che guidavano l'effettiva prassi di scrittura dei giuristi romani, è in F. D'IPPOLITO, *Saggi di storia della storiografia romanistica*, Napoli 2009, XIX ss., spec. XXIX ss. A mia volta ho avuto occasione di soffermarmi su questo tema (con la relazione Fra «Kunstgeschichte» e «Kunstlergeschichte». *Il problema dei generi letterari*), al convegno romano su *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis al progetto Scriptores iuris Romani* (14-15 ottobre 2016), di cui saranno presto editi gli *Atti*.

¹³ Anche se l'odierna riscoperta dell'«antico esercizio dell'esegesi» (sono parole di N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari 2007, 40) si caratterizza talvolta per presupposti e obiettivi affatto nuovi e peculiari, come appunto nella visione irtiana del «nichilismo giuridico» (con le reazioni critiche, a mio avviso in buona parte condivisibili, che esso suscita: cfr., anche tra i romanisti, F. GALLO, *Una critica del nichilismo giuridico*,

nere prigioniero del dettaglio – giacché ogni ‘microstoria’, anche testuale, ha senso solo se valutata in serrato confronto con scenari ricostruttivi di più vasto respiro¹⁴ –, privilegi un’analisi radente e capillare delle fonti, assunte in primo luogo nella loro dimensione letteraria e stilistica:¹⁵ il che poi, alla luce di quanto appena ricordato, non significa affatto sacrificarne lo spessore giuridico. Una «neo-esegesi», insomma, che francamente – dopo aver deposto ogni criterio di lettura sbrigativo e univoco (se non prevenuto),¹⁶ ma aver anche rimeditato criticamente, ora che il fuoco di certe polemiche pare sopito, alcuni orientamenti che rischiavano di smarrire la peculiarità del giuridico in più vaghe temperie culturali¹⁷ – mi sembra l’unica strada in grado di sorreggere adeguatamente una matura storia del pensiero giuridico e delle metodologie dei *prudentes*, come ieri supportava la ricostruzione ‘dogmatica’ degli istituti.

2. Mi rendo perfettamente conto di essere passato, in poche battute, dall’enunciare qualche ovvietà all’evocare snodi storiografici fin troppo complessi, additando una direttiva d’indagine che, per riuscire fruttuosa (e coerente), richiederebbe di dispiegarsi su nutriti

in *Studi per Giovanni Nicosia*, cit., III, 469 ss., spec. 476 ss. e L. GAROFALO, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova 2008, 212 nt. 124 ove bibl.).

¹⁴ Ho toccato quest’aspetto, pur in una prospettiva sensibilmente diversa, in E. STOLFI, *I casi e la regula*, cit., 38 ss. ove bibl.

¹⁵ Un punto su cui ha insistito, con rilievi originali e suggestivi, soprattutto Giovanni Negri: si veda almeno quanto egli scriveva – in termini generali, riproponibili ben al di là dell’opera cui si stava riferendo – in *Per una stilistica dei Digesti di Alfeno*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall’età dei pontefici alla scuola di Servio*, Torino 1996, 135 ss., spec. 148 ss. Spunti interessanti erano già in ID., *Prolegomeni ad una ricerca sui generi letterari nella giurisprudenza romana*, in *Seminario romanistico gardesano (19-21 maggio 1976)*, Milano 1976, 3 ss., spec. 6 ss.

¹⁶ Come nelle esasperazioni di certo interpolazionismo, sulla cui parabola negli studi romanistici fra XIX e XX secolo è qui, evidentemente, inopportuno dilungarsi. Per qualche orientamento, e lucide prese di posizione, cfr. almeno, di recente, F. D’IPPOLITO, *Saggi di storia della storiografia romanistica*, cit., XIV ss. e M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI (a cura di), *Problemi e prospettive della critica testuale. Atti del ‘Seminario internazionale di diritto romano’ e della ‘Presentazione’ del terzo volume dei ‘Iustiniani Digesta seu Pandectae’ Digesti o Pandette dell’imperatore Giustiniano. Testo e traduzione a cura di Sandro Schipani* (Trento, 14 e 15 dicembre 2007), Trento, 2011 (con particolare riguardo al contributo di Mantovani e a quello, già apparso nel 1998 e qui ripubblicato in appendice, di Talamanca), nonché M. BRUTTI, *I romanisti italiani in Europa*, in M. BUSSANI (a cura di), *Il diritto italiano in Europa (1861-2014). Scienza, giurisprudenza, legislazione (Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 5, 2014)*, 231 ss. Circa il mio personale orientamento, si vedano i rilievi che ho cercato di formulare in E. STOLFI, *Citazioni e ‘dissensiones prudentium’ nella tradizione dei testi giurisprudenziali in età tardoantica. Alcune riflessioni*, in *Studi in onore di A. Metro*, VI, Milano 2010, spec. 199 ss. (poi ripresi da L. VACCA, *Controversialità del diritto e impianto casistico*, in V. MAROTTA, E. STOLFI [a cura di], *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi. Atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010)*, Roma 2012, 71 s.); ID., *I casi e la regula*, cit., 25 s. e nt. 60; ID., *Studio e insegnamento del diritto romano dagli ultimi decenni dell’Ottocento alla prima guerra mondiale*, in I. BIROCCHI, M. BRUTTI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino 2016, 19 ss., ove altra bibl.

¹⁷ Almeno, s’intende, nelle declinazioni meno felici: posso rinviare, in proposito, a E. STOLFI, *Il contesto culturale*, in C. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI (a cura di), *Dogmengeschichte*, cit., 251 ss., spec. 257 ss. ove bibl.; ma si veda ora anche ID., *Diritto romano e storia del pensiero giuridico*, in corso di pubblicazione in L. VACCA (a cura di), *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC*. Roma, 10-11 ottobre 2014, spec. § 3.

campioni testuali. Qui non sarà possibile, naturalmente, seguire questa strada, così che converrà concentrarsi su pochi aspetti, con riferimento ai quali tornerò a soffermarmi su alcune testimonianze della giurisprudenza fra I e III secolo d.C. alla cui disamina, ma da altra angolatura, già in passato mi ero dedicato.

Trovo interessante, in primo luogo, la circostanza che – a parte rare eccezioni, concentrate soprattutto nelle descrizioni fattuali di qualche giurista, come (Servio-)Alfeno e Cervidio Scevola¹⁸ – il rigore del linguaggio giurisprudenziale imponga il ricorso a una prosa asciutta e sorvegliatissima, disincantata e severa, in cui a essere enunciato è solo quanto possa risultare essenziale, all'occhio selettivo dell'esperto, per tratteggiare il problema (esposto talora tramite la classica cesura fra *casus* e *quaestio*, altre volte senza una distinzione così netta) e rinvenirne la soluzione. Ogni parola, nella stilizzazione più o meno accentuata dei casi¹⁹ rinvenibile nella prosa dei *prudentes*, ha comunque sempre un peso, designa realtà precise e distinte («le parole e le cose», verrebbe di nuovo da dire),²⁰ senza ricercatezze gratuite e locuzioni superflue o ridondanti.²¹

In genere, e al di là delle distinzioni sempre necessarie a questi riguardi, possiamo rilevare che i giuristi romani non temono ripetizioni ed espressioni quotidiane, quasi banali; ma non sprecano parole. Né le usano in modo disinvolto, sovrapprendendole come (perfetti o parziali) sinonimi: anche laddove ciò poteva riscontrarsi nel lessico comune, e rischiava di proiettarsi anche sulle soluzioni espressive del diritto. Basti, a quest'ultimo proposito, ricordare la notissima testimonianza di D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*), il cui tritico di verbi da definire *per differentiam* (e che traeva verosimilmente spunto dalla terminologia editale) mi sembra da confrontare, più di quanto usualmente sia accaduto,²² con l'analoga operazione definitoria

¹⁸ Ho richiamato alcuni testi che, in quest'ottica, appaiono pressoché esemplari in E. STOLFI, *I casi e la regula*, cit., 42 ss. ove bibl.

¹⁹ In ragione, ancora una volta, non solo delle differenze fra tipologie di opere: si pensi alla distanza fra quella che (a partire soprattutto da F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946, 223 ss. = *Geschichte*, cit., 281 ss. = *Storia*, cit., 401 ss.) denominiamo «letteratura problematica» (nella versione inglese e tedesca dell'opera di Schulz, rispettivamente, «Literature of Problemata» o «Problematic Literature» e «Literatur der Problemata») rispetto ai commentari all'edito, a leggi o a scritti di *ius civile*, o ancora ai *libri regularum* e *definitionum*. Vi incidono anche, e in misura non trascurabile, le personali e diverse inclinazioni di ciascun autore. Cfr. anche *supra*, nt. 12.

²⁰ Si veda *supra*, § 1 e nt. 5.

²¹ Nel complesso – ha osservato M. BRETONE, *Il testo giuridico* [1989], ora in Id., *Diritto romano e coscienza moderna. Dalla tradizione alla storia. Scritti nomadi*, Madrid 2011, 185 s. – nelle opere dei giuristi romani il «caso», diversamente da quanto avviene negli *Year books* o nei *Law reports* dei giudici inglesi, viene formulato in termini generali: i dettagli, le circostanze di luogo e di tempo, i nomi delle parti mancano del tutto; solo in qualche rara occasione se ne conserva una traccia. Ciò che conta, in definitiva, è la *quaestio* giuridica che il caso racchiude come in un involucro». Più in generale, circa il «tipizzare» quale «operazione che ha come risultato di trasformare concrete esperienze di vita in modelli ideali di comportamento» cfr. C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio del razionalismo giuridico*, Bologna 1984, 6. Si veda anche E. STOLFI, *I casi e la regula*, cit., spec. 18 ss. ove altra bibl.

²² Poco più di uno spunto è rinvenibile anche in B. ALBANESE, *'Agerè', 'gererè' e 'contrahere' in D. 50,16,19. Congetture su una definizione di Labeone*, in AUPA 38, 1972, 201 nt. 15 (il quale comunque insisteva sul «rigore linguistico» e il carattere «filologico» della *definitio* labeoniana: *op. cit.*, spec. 224 ss., 246) e F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, I, Torino 1992, 120 nt. 119.

che Varrone²³ aveva riservato a *facere, agere e gerere* (ove rilevante appare anche l'omissione, da parte di Labeone e Ulpiano, del primo verbo, sin troppo generico e perciò atecnico, sostituito dal ben più impegnativo *contrahere*).²⁴

Simili caratteristiche del linguaggio giurisprudenziale impongono innanzi tutto di interrogarsi a lungo – senza l'espedito del ricorso (strumentale, ove non supportato da concreti riscontri) a congetture di interpolazione – sui testi che presentino modalità espressive (almeno *prima facie*) improprie e/o difficilmente comprensibili. Ma richiedono anche di soffermarsi su ogni vocabolo o sintagma, anche se a una prima lettura pleonastico e insignificante, per valutare attentamente se possa rinviare a qualche aspetto, forse più defilato ma non privo di implicazioni giuridiche.

Mi limito, in proposito, a un solo esempio, tramandato in un frammento assai studiato, sia per le complesse elaborazioni antiche che vi sono riferite, sia per la ricca e originale opera di reinterpretazione che ha innescato sin dall'età dei glossatori (che ne trassero spunto per giungere all'innovativa distinzione fra *dolus causam dans* e *dolus incidens*).²⁵ Si tratta di D. 4.3.7 pr. (Ulp. 11 *ad ed.*):

²³ *De lingua Latina* 6.8.77-78: *Tertium gradum agendi esse dicunt, ubi quid faciant; in eo propter similitudinem agendi et faciendi et gerendi quidam error his qui putant esse unum. Potest enim aliquid facere et non agere, ut poeta facit fabulam et non agit, contra actor agit et <non> facit, et sic a poeta fabula fit, non agitur, ab actore agitur, non fit. Contra imperator quod dicitur res gerere, in eo neque facit neque agit, sed gerit, id est sustinet, tralatum ab his qui onera gerunt, quod hi sustinet. (78) Proprio nomine dicitur facere a facie, qui rei quam facit imponit faciem ... quicquid amministrat, cuius opus non extat quod sub sensu <m> veniat, ab agitato, ut dixi, magis agere quam facere putatur; sed quod his magis promiscue quam diligenter consuetudo est usa, translaticius utimur verbis: nam et qui dicit, facere verba dicimus, et qui aliquid agit, non esse inficientem.* Mi sono soffermato su un confronto tra questo passo e D. 50.16.19 – cercando di mostrarne la possibile incidenza anche in merito ad alcuni aspetti controversi dell'elaborazione di Labeone e Ulpiano – in E. STOLFI, *Il contesto culturale*, cit., 278 ss. ove bibl.

²⁴ Non è certo questa l'occasione per soffermarsi sugli innumerevoli problemi suscitati dal passo ulpiano, fra i più discussi dalla storiografia romanistica dell'ultimo secolo (a partire, cioè, almeno da P. DE FRANCISCI, *SYNALLAGMA. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia 1916, spec. 331 ss.). Quanto osservato nel testo muove comunque dalla convinzione che al centro della definizione (almeno) labeoniana fosse il verbo *contrahere* più probabilmente che il sostantivo *contractus*: in tal senso, fra gli altri, E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria «contrahere» in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in *BIDR* 28, 1915, 10 s.; R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966, 148 s. ove altra conforme bibl.; B. ALBANESE, *'Agere', 'gerere' e 'contrahere'*, cit., 193 s. e nt. 5; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo 1983, spec. 11 ove altra bibl.; M. SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura* 38, 1987, 27, 30 ss.; A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*. Milano, 7-9 aprile 1987, I, Milano, 1988, 21 ss.; ID., *Recenti prospettive in tema di contratti*, in *Labeo* 30, 1992, 203 ss.; M. BRETONE, *Labeone e l'editto*, in *SCDR* 5, 1993, spec. 31, 35; G. MELILLO, *Contrahere pacisci transigere. Contributo allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli 1994, spec. 133 s., 158 ss.; S. TONDO, *Classificazioni delle fonti d'obbligazione*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini*, Torino 1996, 45 ss.; V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in *Ostraka* 5, 1996, 127; A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 282 ss.; E. STOLFI, *Il contesto culturale*, cit., 276 s.

²⁵ Circa questo secondo aspetto si vedano, per tutti, M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano 1973, 18 ss., spec. 36 ss. nonché, più di recente, M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli 2008, 133 ss., spec. 146 ss.; E. STOLFI, *I casi e la regola*, cit., 69 s.; T. DALLA MASSARA, *L'impiego dell'azione di dolo quale rimedio risarcitorio a fronte di una condotta maliziosa: la figura del dolo incidente*, in L. GAROFALO (a cura di), *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, Torino 2015, 322 ss., spec. 350 s., con altra bibl.

Et eleganter Pomponius haec verba “si alia actio non sit” sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem (hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit) aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est. et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.

Questa testimonianza si iscrive nel ricco lavoro interpretativo a cui i commentatori dell'editto – da Servio a Labeone, a Pedio e Pomponio, sino a Ulpiano – sottoposero la previsione edittale dell'*actio de dolo*, e in particolare la sua sussidiarietà (dal momento che, come noto, il pretore ne subordinava la concessione alla circostanza che '*alia actio non erit*').²⁶ Un impegno giurisprudenziale sul quale più volte mi è occorso di insistere²⁷, perché davvero paradigmatico sia dell'atteggiarsi della sinergia fra magistrati provvisti di *iurisdictio* e *prudentes*, sia dello stile di lavoro di questi ultimi. Essi pervennero infatti, sull'arco di varie generazioni, a una dilatazione tale del concetto di '*alia actio*' – stimato ormai comprensivo di *in integrum restitutio*, azione divenuta inespugnabile per ragioni di tempo (a meno che il suo mancato esercizio fosse a sua volta causato da dolo), interdetto, eccezione e persino una sicura *denegatio actionis* – da poter mettere a punto con Pomponio, come meglio vedremo, una felice sintesi di portata generale,²⁸ nel senso che l'azione penale contemplata dal pretore sarebbe stata da concedere ove non fosse rintracciabile alcun altro mezzo processuale idoneo a garantire l'integrità patrimoniale della vittima dei raggiri (*quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit*).

Ma una simile conclusione – che quasi distillava in una onnicomprensiva direttiva ermeneutica secoli di più circoscritti interventi, conciliando linee ricostruttive almeno in parte divergenti²⁹ – non esauriva affatto il problema.³⁰ Ulpiano stimava infatti necessario vagliare la tenuta dell'approdo pomponiano (che, per così dire, superava la prova: *nec vide-*

²⁶ Vi torneremo al § 5.

²⁷ Posso in effetti fin d'ora rinviare a quanto scrivevo in *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*. I. *Trasmissione e fonti*, Napoli 2002, 367 ss. e *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*. II. *Contesti e pensiero*, Milano 2002, 260 ss. (ma con prevalente attenzione alla prima parte del nostro testo, in merito alla citazione pomponiana) e poi – con riguardo soprattutto al suo rapporto col caso contemplato da Giuliano – *I casi e la regola*, cit., 66 ss., nonché ora *Dal ius controversum alle antinomie*, in corso di pubblicazione in *Legal Roots*, § IV, tutti con bibl.

²⁸ Che Ulpiano recepirà senz'altro, rilevandone l'«eleganza»: *infra*, § 5.

²⁹ Anche su questo punto torneremo più distesamente: *infra*, § 5.

³⁰ Confermando come la logica induttiva coprisse solo un primo tratto del ragionamento giurisprudenziale: cfr. E. STOLFI, *I casi e la regola*, cit., spec. 31, 42 ss., 63 ss. Non mi sembra restituire correttamente il senso del rapporto che Ulpiano mirava a instaurare fra le iniziali enunciazioni di D. 4.3.7.pr. e la casistica rinvenuta in Giuliano M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 81, ove si sofferma sul «perché il parere di Giuliano non sembra a Ulpiano in contrasto con il principio edittale della sussidiarietà dell'actio de dolo». In realtà, come stiamo verificando, il giurista severiano intendeva illustrare come la logica seguita da Giuliano non si discostasse dall'elaborazione di Pomponio: il termine di raffronto non era tanto il tenore letterale dell'editto, ma la creativa (re)interpretazione cui l'aveva sottoposto il commentatore di età antoniniana, con esiti dalla portata parimenti normativa (approdando cioè a una vera e propria *sententia*).

tur huic sententiae adversari ...) confrontandolo con un'ipotesi specifica, tratta da Giuliano. Questi, nel quarto libro dei *digesta*,³¹ aveva esaminato il caso di un minore di venticinque anni il quale era stato indotto dai fraudolenti consigli del proprio schiavo a venderlo, *cum peculio*, a un soggetto che, ignaro del dolo, lo aveva più tardi³² manomesso. Da qui l'esame di quattro possibili rimedi processuali: fra essi venivano scartate l'*actio venditi* in astratto esperibile contro il compratore (ove anche da parte sua fosse riscontrabile un dolo: il che appunto non si era verificato) e la *restitutio in integrum* che potrebbe spettare a un infraventicinquenne, qui vanificata dalla circostanza che la manomissione costituiva un atto non suscettibile di rimessa in pristino;³³ mentre si riteneva fosse da concedere l'*actio de dolo* contro il liberto oppure³⁴ fosse riconosciuta la nullità della vendita (ove il raggio fosse stato decisivo per la conclusione della medesima, che altrimenti non sarebbe stata compiuta, neppure a condizioni diverse).³⁵

Anche senza poter approfondire l'analisi della soluzione di Giuliano, e in particolare il controverso rapporto fra queste ultime due forme di tutela,³⁶ interessano ora soprattutto due parole ('*cum peculio*') spesso poco valorizzate nella lettura del nostro passo. Perché l'autore dei *Digesta* aveva voluto precisare (e Ulpiano si era ancora sentito in dovere di riportare) che il minore di venticinque anni aveva venduto lo schiavo provvisto di peculio? Il caso è illustrato solo nel suo schema essenziale, giuridicamente rilevante, eppure vi trova spazio questo

³¹ Anch'egli, con ogni probabilità, in tema '*de dolo malo*': cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889, 325.

³² Ossia, verosimilmente, dopo che ne era divenuto proprietario in forza dell'usucapione garantita dalla *possessio* in cui era stato immesso *emptiois causa*: è peraltro probabile che già nel II secolo d.C. vigesse la regola (che apprendiamo da Tit. Ulp. 22.8) secondo cui il titolare dell'*in bonis habere* sullo schiavo (il suo proprietario «pretorio» o «bonitario», diremmo noi) potesse già manometterlo, anche se per conferirgli solo la *Latinitas Iuniana* (laddove la cittadinanza romana sarebbe scaturita solo dall'ulteriore affrancazione a opera del *dominus ex iure Quiritium*).

³³ Sia pure in forza di un principio assai meno scontato di quanto potremmo supporre, la cui applicazione, nell'ipotesi in questione, è quindi forse da ricondurre a una precisa scelta giuliana, come posto in luce da M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, I, cit., 22 ss. (al cui panorama di testi rilevanti in proposito aggiungerei la possibilità che un analogo orientamento fosse sotteso alla scelta del medesimo giurista di concedere un'*actio in factum* nell'ipotesi del noto D. 2.14.7.2 [Ulp. 4 *ad ed.*]). Diversamente – nel contesto di uno studio importante, su cui torneremo (in particolare, *infra*, § 4), ma che non mi sentirei di seguire integralmente nell'esegesi di D. 4.3.7.pr, soprattutto ove stimava corrotta la previsione di un'*actio de dolo* da concedere contro il liberto (il che, a tacer d'altro, mi parrebbe privare di senso il rapporto che Ulpiano mirava a instaurare fra la *sententia* di Pomponio e il caso affrontato da Giuliano) – B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, estr. da AUPA 28, 1961, 21 ss. Affrontano il problema in questione anche M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 82 e nt. 41 e T. DALLA MASSARA, *L'impiego dell'azione di dolo*, cit., 329 ss. ove altra bibl.

³⁴ Sempre che non sia da negare la genuinità del relativo tratto testuale, come invece ancora ritiene M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, I, cit., 23. Una approccio più fiducioso nella genuinità del passo è in M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 73 ss. (ove ampia disamina anche delle altre ipotesi di alterazione prospettate in passato).

³⁵ Proprio su questo punto insisterà la ricordata *interpretatio* medievale, muovendo dalle parole '*in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*'.

³⁶ Sul punto, di recente, M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 74 ss. e T. DALLA MASSARA, *L'impiego dell'azione di dolo*, cit., 316 ss., spec. 327 ss. ove bibl.

dettaglio. Escluderei si tratti di un'annotazione volta a conservare traccia di un episodio concreto: e non solo per le peculiarità dell'opera giuliana, la cui casistica (diversamente che in altri scritti dello stesso tipo) in genere non sembra riprodurre questioni reali sottoposte alla valutazione del giurista.

Ritengo, piuttosto, che quell'accento alle condizioni pratiche dell'accordo e degli interessi coinvolti – tutti calati nel composito e per certi aspetti ambivalente regime della schiavitù romana³⁷ – rivesta anch'esso un significato tecnico, e contribuisca perciò a gettare qualche luce sulla soluzione di Giuliano. In effetti, la circostanza che la vendita abbia interessato uno schiavo col suo peculio spiega bene sia il comportamento del compratore (che lo ha prima acquistato e poi manomesso, evidentemente non per spirito filantropico o premiale, ma perché a ciò indotto dalla disponibilità economica del *servus*), sia il disegno di quest'ultimo, che aveva approfittato dell'inesperienza del (primo) padrone per ottenere non solo (e non tanto) un mutamento di proprietà, ma per precostituirsi le condizioni onde acquistare la libertà (ed eventualmente anche la cittadinanza, ove l'*emptor* fosse divenuto frattanto suo *dominus ex iure Quiritium*³⁸ e avesse provveduto a una delle cosiddette manomissioni civili). E la medesima circostanza potrebbe spiegare anche il tenore della distinzione giuliana circa le modalità di protezione dell'infraventicinquenne raggirato. Nulla, cioè, sarebbe stata la compravendita solo ove fosse dimostrato che il giovane non l'avrebbe affatto conclusa se non fosse stato *circumscripatus*, mentre sarebbe esperibile l'*actio de dolo* contro il liberto se il raggirato fosse stato unicamente volto a realizzare la compravendita a quelle e non altre condizioni: ossia, verosimilmente, appunto *cum peculio* anziché senza (o con un peculio di entità effettivamente diversa da quella che il *servus* ha fatto credere al venditore).³⁹

³⁷ Ove lo schiavo era *res*, e dunque merce, ma anche uomo, e perciò provvisto di (quella che noi denominiamo) capacità di agire, titolare di un peculio e in grado di concludere negozi, anche con scaltrezza, sino al punto di potersi guadagnare col denaro la propria libertà. Anche in riferimento al nostro testo, e alla duplice veste che il *servus* vi assume, mi sembra dunque legittimo servirsi di quella formula («reificazione imperfetta») che suggerivo fin dai tempi di *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, cit., 395 ss., ed è stata poi ripresa anche da U. AGNATI, «*Persona iuris vocabulum*». Per un'interpretazione giuridica di «*persona*» nelle opere di Gaio, estr. da *Rivista di diritto romano* 9, 2009, 32 nt. 129. Si veda inoltre E. STOLFI, *La soggettività commerciale dello schiavo nel mondo antico: soluzioni greche e romane*, estr. da *Teoria e Storia del Diritto Privato* 2, 2009, 11 ss. e Id., *Padroni e schiavi: i dispositivi del potere*, in corso di pubblicazione in A. CERNIGLIARO (a cura di), *Diritto e controllo sociale. Persone e status nelle prassi giuridiche. Atti del Convegno della Società Italiana di Storia del Diritto*, Napoli 22-23 novembre 2012, §§ 1 ss.

³⁸ Cfr. *supra*, nt. 32.

³⁹ Così, da ultimo, T. DALLA MASSARA, *L'impiego dell'azione di dolo*, cit., 329: uno dei non molti studiosi ad aver prestato la dovuta attenzione all'espressione che ci riguarda. Si vedano comunque, a tale proposito, già J.C. VAN OVEN, *D.4.3.7.pr. Contribution a l'histoire du dol dans les conventions*, in *Studi E. Albertario*, I, Milano 1953, 276 (che non mi sembra meritasse la perentoria censura di M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, I, cit., 22 nt. 24; opportunamente meno drastica M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 78 s.); A. WACKE, *Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List*, in *ZSS* 94, 1977, spec. 237 e 241 (che tende a identificare l'effetto del raggirato non nella falsa rappresentazione dell'entità del peculio, ma nel fatto stesso che questo fosse stato coinvolto nella compravendita); A. D'ORS, *Una accion de dolo dada al menor contra su esclavo manumitido: una revision de Ulp. D. 4, 3, 7 pr y 4, 4, 11 pr.*, in *SDHI* 46, 1980, 33 s. Solo un cenno (che si esaurisce in pochi rinvii bibliografici) è rinvenibile in G. MACCORMACK, *'Dolus' in Decisions of the Mid-classical Jurists (Julian-Marcellus)*, in *BIDR* 96-97, 1993-1994, 88 e nt. 14.

Una conclusione che – ne sono consapevole – può essere prospettata solo con cautela, e in via di mera ipotesi, ma che mi sembra davvero molto plausibile, e contribuisce almeno a confermare l'estrema attenzione con cui abbiamo il dovere di considerare ogni parola dei testi giurisprudenziali, la quale, anche se in apparenza superflua, potrebbe invece svelare non poco del ragionamento dell'autore, in qualche misura opaco o sommerso.

3. In altri testi certe locuzioni hanno conosciuto, presso la maggior parte degli interpreti, un destino affatto diverso, ma nella nostra prospettiva altrettanto significativo. Anziché trascurate, esse hanno suscitato interesse e discussioni, proprio in quanto non agevolmente spiegabili, contraddistinte come sono (o sarebbero) da una portata tecnica che il contenuto del frammento parrebbe smentire, o rivelare incongrua. Da qui il fiorire, per restituire una logica coerenza ai passi che le contengono, di molteplici congetture: dal ricorso (un tempo pressoché inevitabile) a ipotesi di interpolazione a ricostruzioni meno drastiche e invasive, sino a letture tese a valorizzare il contesto palinogenetico e le chiavi di comprensione che esso può offrire (è proprio in simili frangenti, osservo per inciso, che le indagini sui nuclei normativi dei frammenti del Digesto, il loro scavo esegetico e la ricomposizione degli originari ambiti di scrittura giurisprudenziale hanno una delle più felici occasioni di integrarsi).

Quello a cui ho appena accennato è appunto il caso di un primo brano che – procedendo ancora in via meramente esemplificativa – possiamo richiamare. Alludo all'espressione 'accepta fieri' leggibile in D. 19.2.21 (Iav. 11 *epist.*):⁴⁰

Cum venderem fundum, convenit, ut, donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet: an soluta pecunia merces accepta fieri debeat? respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset.

Viene qui contemplato un congegno negoziale che – nell'impossibilità, dettata dalla tipicità delle azioni e dei contratti caratteristica dell'esperienza antica, di allestire uno degli odierni «contratti misti» – combina due convenzioni, sì provviste di *nomen* e auto-

⁴⁰ Per un esame più dettagliato di questo passo, anche in riferimento ad aspetti tecnici (come il ruolo che vi assolve il richiamo alla *bona fides*) sui quali non preme adesso tornare, si vedano, fra gli altri, D. DAUBE, *Tenancy of Purchaser (D.19. 2. 21)*, in *Cambridge Law Journal* 10, 1950, 77 ss.; T. MAYER MALLY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München 1956, 60 ss.; B. ECKARDT, *Iavoleni epistulae*, Berlin 1978, 46 ss.; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, IV, Padova 2003, 127 s.; E. STOLFI, 'Bonae fidei interpretatio'. *Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli 2004, 99 ss. ove altra bibl.; F. MANCUSO, *Per la storia del leasing in Italia*, Bologna 2008, 52 ss.; A. MANTELLO, *Etica e mercato tra filosofia e giurisprudenza* [2008], ora in ID., *Variae*, I, Lecce, 2014, 759 s.; R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, Napoli 2011, 222 ss. (convinto, diversamente dalla *communis opinio* e nonostante le formulazioni giavoleniane che a mio avviso rimangono esplicite in tal senso, che neppure in questo passo saremmo di fronte a «un valore della *bona fides* come principio di rispetto dell'accordo»: sul punto cfr. ora E. STOLFI, *Ancora sulla buona fede (oggettiva): uno sguardo da lontano*, in corso di pubblicazione in *Studi Senesi*, § 2).

nome, ma che concorrono a determinare un unitario assetto di interessi. Nel concludere la vendita di un fondo (per il quale, evidentemente, l'*emptor* non disponeva di tutto il denaro richiesto), era stato infatti previsto il pagamento dilazionato del prezzo e, finché esso non fosse integralmente corrisposto, il costituirsi, sul medesimo bene, di un rapporto di locazione. Questo secondo contratto – lungi dal porre problemi di ammissibilità giuridica, come ad avviso di quanti hanno scorto nel passo un'ipotesi di conduzione di cosa propria⁴¹ – assolveva evidentemente una pluralità di funzioni: operando sia come incentivo (prima a non far sfumare l'affare e poi) a ottenere il versamento del residuo *pretium*, sia come atto ricognitivo del dominio (onde scongiurare il rischio di usucapione), sia come meccanismo volto ad assicurare al venditore un vantaggio economico (tramite il pagamento dei canoni) equivalente, nella sostanza, agli interessi sul prezzo non ancora riscosso.

Le maggiori difficoltà sono suscitate, da un lato, dalla formulazione del quesito (*an soluta pecunia merces accepta fieri debeat?*) e, dall'altro, dalla parte conclusiva del testo, che fa seguito alla perentoria (ma di per sé piuttosto vaga) affermazione secondo cui *bona fides exigit, ut quod convenit fiat*.⁴² Naturalmente i due aspetti non sono scindibili – dal momento che solo l'esatta comprensione dell'interrogativo consente di cogliere il senso della risposta di Giavoleno⁴³ –, ma è sul primo che conviene adesso soffermarsi maggiormente. Vi compare infatti, come anticipato, il sintagma '*accepta fieri*' che usualmente, nella sua accezione tecnica, rinvia al compimento di un'*acceptilatio*, quale atto estintivo di un'*obligatio verbis contracta*. Ma questo comporterebbe, dal momento che le parti hanno concluso due contratti consensuali, di dover immaginare un elemento che nel passo non è affatto menzionato, ossia l'intervento di una terza operazione, con cui il corrispettivo della locazione fosse stato riversato nell'oggetto di un'apposita *stipulatio*: il che a sua volta costringerebbe a pensare che la durata della *locatio* non fosse semplicemente stabilita (come invece leggiamo nel frammento) sino al versamento del residuo prezzo, ma che tale versamento dovesse essere compiuto entro un termine determinato. Inconvenienti non lievi – dal momento che un elementare canone ermeneutico esige che un testo venga spiegato alla luce di quanto vi è scritto, e non di ciò che vi è taciuto, e inserito solo dall'interprete – e ai quali dobbiamo aggiungere l'ulteriore incoerenza cui la risposta di Giavoleno darebbe luogo, dal momento che essa non solo manca di qualsiasi ri-

⁴¹ Viceversa esclusa dall'effetto, notoriamente non traslativo di proprietà, dell'*emptio venditio* (avente qui a oggetto una *res Mancipi*), e anche dalla circostanza che neppure era configurabile una *possessio ad usucapionem*, proprio in forza della veste (anche) di conduttore con cui il compratore veniva immesso nella disponibilità del bene. Sul punto si veda già E. STOLFI, '*Bonae fidei interpretatio*', cit., spec. 102 s. ove bibl.

⁴² Espressiva di una prestazione della *bona fides*, quale parametro volto a garantire piena attuazione a quanto effettivamente voluto dalle parti, che troverà ulteriori e più ampie attestazioni con la giurisprudenza severiana. Emblematico in tal senso è soprattutto D. 19.1.11.1 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate*. Circa l'analisi di questo testo, posso rinviare a E. STOLFI, '*Bonae fidei interpretatio*', cit., 86 ss. ove altra bibl.

⁴³ In merito alla quale non mi sentirei di discostarmi (nonostante la diversa lettura di Fiori: *supra*, nt. 40) dalla ricostruzione che proponevo in '*Bonae fidei interpretatio*', cit., spec. 104 ss., cui ha pienamente aderito anche F. MANCUSO, *Per la storia del leasing*, cit., 52 ss.

chiamo a un'*acceptilatio*, ma viene tutta centrata sull'impatto della *bona fides*, notoriamente non inerente al *iudicium* cui dava luogo l'azione a tutela della *stipulatio*.

Continuo pertanto a ritenere⁴⁴ che la coerenza e il senso giuridico del nostro frammento possano essere rispettati solo conferendo alla locuzione '*accepta fieri*' una portata atecnica, la quale sarebbe estremamente sorprendente alla luce di quanto è stato sinora osservato (e, anzi, con esso in aperto contrasto), ma solo se ritenessimo che a impiegarla, direttamente ed esclusivamente, fosse stato lo stesso Giavoleno. Il contesto palinogenetico ci rivela però che siamo nelle *epistulae*, e non è affatto da escludere che in quest'opera, al di là della scelta di rendere anonimi i propri interlocutori, fossero confluite anche reali risposte a privati che si erano rivolti allo scolarca cassiano.⁴⁵ Diviene così estremamente plausibile⁴⁶ che quelle parole risalissero al suo effettivo interpellante, il quale aveva forse pensato (magari per propria maggiore tranquillità, come spesso accade a chi si rivolge a un tecnico del diritto) a un possibile, specifico atto estintivo dell'obbligazione, o ancor più probabilmente chiedeva, senza riferirsi affatto a un'*acceptilatio*, se la mercede dovesse essere trattenuta o restituita.

La situazione cui egli faceva riferimento doveva essere in effetti, a mio avviso, quella in cui non era intervenuta alcuna *stipulatio* né era stato previsto un termine per la locazione (diverso e ulteriore rispetto al momento in cui *pecunia omnīs persolveretur*), ma il versamento del prezzo residuo era intervenuto in un momento non coincidente con quello del pagamento (naturalmente periodico e usualmente preventivo) dell'ultimo canone di locazione. Da qui la risposta di Giavoleno, ad avviso del quale la *bona fides* esige il più fedele rispetto dell'accordo e pertanto non tutta la (ultima) *merces* potrà essere legittimamente trattenuta dal venditore-locatore, ma sarà da considerare non dovuto (e quindi ripetibile) il denaro relativo a quella frazione del periodo di riferimento del canone (ad esempio un mese o un anno) posteriore alla *numeratio pecuniae*.

Se in quest'occasione l'incongruenza tecnica di alcune parole può trovare spiegazione nelle caratteristiche dell'opera da cui è tratto il frammento che le conserva, altrove le cose risultano ancor più complicate. Per averne un riscontro possiamo tornare al commentario all'editto di Ulpiano, all'altezza della sua ricca analisi in materia di dolo e relativa *actio*. Il passo cui riferirsi coinvolge ancora quell'aspetto del suo regime (la sussidiarietà) cui già si è accennato e sul quale ancora tornerò.⁴⁷ Di nuovo sarà possibile concentrarsi solo su un aspetto, di natura terminologica, lasciando più defilati innumerevoli altri problemi interpretativi che pone questo passo, fra i più discussi (soprattutto per quanto attiene al possibile mutamento, fra l'età di Labeone e quella di Pomponio, dei requisiti alla cui integrazione era subordinata la concessione di un rimedio così importante e controverso quale l'*agere prae-scriptis verbis*).⁴⁸ Si tratta infatti di D. 4.3.9.3 (Ulp 11 *ad ed.*):

⁴⁴ Come già scrivevo in '*Bonae fidei interpretatio*', cit., 106 ss.

⁴⁵ In tal senso G. VIARENGO, *I destinatari delle lettere di Giavoleno*, in AUGÉ 20.1-2, 1984-1985, 223 ss.

⁴⁶ Come riconosciuto anche da M. TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 128, discostandosi dall'orientamento assunto in propri precedenti contributi, con una scelta tanto più significativa poiché in lui non frequente, attesa l'enorme ponderazione e l'accanimento analitico che sorreggeva ogni suo risultato esegetico.

⁴⁷ Cfr. *supra*, § 2 e *infra*, §§ 4 e 5.

⁴⁸ Fondamentale, anche per la consueta acribia con cui vi era passata in rassegna la letteratura su questo testo, rimane l'analisi di M. TALAMANCA, *Note su Ulp. 11 'ad ed.' D.4.3.9.3. Contributo alla storia dei c.d.*

Labeo libro trigensimo septimo posteriorum scribit, si oleum tuum quasi suum defendat Titius, et tu hoc oleum deposueris apud Seium, ut is hoc venderet et pretium servaret, donec inter vos deiudicaretur cuius oleum esset, neque Titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati neque sequestraria Seium convenire potes nondum impleta condicione depositionis, de dolo adversus Titium agendum. sed Pomponius libro vicensimo septimo posse cum sequestre praescriptis verbis actione agi, vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo. quae distinctio vera esse videtur.

Il caso è noto: essendovi una controversia circa l'appartenenza di una quantità d'olio, uno dei contendenti (Tu) lo consegna – con un'iniziativa che, a quanto sembra, non coinvolge l'altro litigante – a un terzo (Seio) affinché questi lo venda, ne conservi il ricavato e quindi lo corrisponda a chi, in sede processuale, ne sarà accertato titolare. Dal momento che l'altro contendente (Tizio) rifiuta di *iudicium accipere*, e quindi propriamente non si perviene a una sentenza che individui chi sia proprietario dell'olio, il denaro viene trattenuto da Seio. Né questi, ad avviso di Labeone, dovrà risponderne, dal momento che Tu potrà disporre (solo) di un'*actio de dolo* contro Tizio (il che, attesa la natura sussidiaria di quest'azione, ha fatto pensare che il giurista augusteo stimasse inutilizzabile qualsiasi altro mezzo di tutela).⁴⁹ Una soluzione cui invece Pomponio – seguito da Ulpiano – propendeva solo in via subordinata, ove cioè il rimedio principale che egli suggeriva (l'*agere*, o *actio, praescriptis verbis* da esperire contro Seio) fosse di fatto vanificato dall'insolubilità di quest'ultimo.

Il punto su cui preme soffermarsi attiene proprio alle parole con cui viene descritto il contegno processuale di Tizio. La circostanza che egli si rifiuti di *iudicium accipere* sembra infatti alludere, evocando la tipica terminologia della procedura formulare,⁵⁰ a una sua po-

contratti innominati, in *Scritti Fazzalari*, I, Milano 1993, 195 ss. (il quale stimava che il ricorso di Labeone all'*actio de dolo* contro Tizio, contendente la proprietà dell'olio, presupponga l'esclusione, da parte del medesimo giurista, dell'*agere praescriptis verbis*, soprattutto in quanto procedura per lui ancora necessariamente da modellare sulla falsariga di un'azione che desse luogo a un *iudicium bonae fidei*, quale non sarebbe stata riscontrabile, almeno alla sua epoca, per alcuna delle ipotesi contrattuali più vicine all'accordo concluso nel caso di specie). Si vedano anche, fra gli altri, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 85 ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio*, I, cit., 208 ss.; A. BURDESE, *In margine a D. 4.3.9.3*, in SCDR 7, 1995, 27 ss.; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002, spec. 78 ss. (che sembra peraltro ignorare gran parte del dibattito storiografico in merito, soprattutto italiano); M. SARGENTI, *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in SDHI 72, 2006, 237 ss., 271 (all'interno di una ricostruzione che, nel complesso, trovo difficilmente condivisibile); M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 55 ss. e F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in BIDR 105, 2011, 160 ss., spec. 164 s. (con una diversa spiegazione circa l'omessa menzione labeoniana dell'*agere praescriptis verbis*, ricondotta alla circostanza che il mancato verificarsi della condizione, cui era subordinata la restituzione del prezzo dell'olio, non era imputabile al sequestratario-mandatario Seio, al quale non sarebbe stata perciò imputabile alcuna violazione della buona fede, anche se, mi sentirei di aggiungere, vi era stato in lui un comportamento estremamente formalistico, tutto volto a proprio vantaggio, onde trattenere il ricavato della vendita dell'olio). Circa la mia posizione in merito al punto ricordato nel testo, e su altri problemi destati da D. 4.3.9.3, posso rinviare a E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, cit., 215 ss. ove altra bibl., e a ID., *I casi e la regula*, cit., 68 s. nt. 173.

⁴⁹ Ma sul punto dovremo tornare: *infra*, § 4.

⁵⁰ Simmetrica e giustapposta al '*dictare iudicium*' da parte dell'attore, ed espressiva, come noto, dell'ac-

sizione di convenuto: il che, se non configge con l'iniziale descrizione del caso (... *si oleum tuum quasi suum defendat Titius*), ma neppure ne è confermato in modo decisivo,⁵¹ contrasta invece col fatto che l'olio fosse nella materiale disponibilità di Tu, che è stato in effetti il soggetto (l'unico) che ne ha compiuto la consegna a Seio, lasciando così intendere di essere il legittimato passivo alla *rei vindicatio* (qualifica che, come noto, spettava di regola al possessore),⁵² mentre Tizio avrebbe assunto la veste di attore.

Da qui varie spiegazioni da parte degli interpreti, anche recenti, la cui inventiva esegetica è stata incoraggiata dalla circostanza che in questo caso è davvero difficile – e in effetti, a quanto mi consta, mai prospettato anche nella stagione dell'interpolazionismo più intransigente, che non risparmiò invece altri passaggi del testo ulpiano⁵³ – addossare al solito, sprovvedutissimo compilatore giustiniano, o copista tardoantico, la colpa di un'inserzione, o variazione lessicale, gratuita e maldestra, con la quale sarebbe stata compromessa la chiarezza del testo col solo vantaggio (non si comprende poi quale) di evocare un linguaggio processuale vecchio di secoli. Più plausibili altre strade, battute dagli studiosi cui accennavo: nel senso o di ammettere una sorta di deroga al consueto uso linguistico, oppure di mantenerne la semantica consolidata, ma ipotizzando qualche peculiarità nello scenario processuale.

Nella prima prospettiva si pongono quanti ritengono che Tizio fosse effettivamente l'attore e che l'espressione qui esaminata alludesse semplicemente al fatto che egli non avrebbe accettato il '*dare iudicium*' del magistrato⁵⁴ (per motivi non chiariti, e neppure agevoli da immaginare)⁵⁵. Sia per queste ulteriori incertezze che verrebbero in tal modo a determinarsi, sia per la vistosa deroga, che così permarrebbe, rispetto a usi linguistici flessibili ma rigorosi nel loro tecnicismo, propenderei per altre ricostruzioni, soprattutto nella loro ultima variante.

cettazione della *formula*, in modo da poter concludere la *litis contestatio*. Sul significato di '*iudicium accipere*' nel nostro frammento, per tutti, M. TALAMANCA, *Note*, cit., 199 s. e ntt. 11 s. ove bibl.

⁵¹ In quanto quella frase può essere benissimo intesa nel senso (non che Tizio 'si difende' in giudizio, operando quindi in qualità di convenuto, ma) che «prende l'iniziativa di minacciare una lite a *Ti*»: così B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 86. Ritieni che «qui il termine *defendere* appare usato ... nel senso generico di sostenere (essere proprio l'olio in effetti altrui)» anche A. BURDESE, *In margine a D.4.3.9.3*, cit., 28.

⁵² O al solo non possessore che dolosamente *liti se optulit*, mentre più controverso è il caso di colui che *ante litem contestatam dolo desiit possidere* (per il quale si ritiene, anche a livello manualistico, che l'estensione della legittimazione passiva alla *rei vindicatio* fosse estranea alla prassi processuale e alla riflessione dei giuristi del principato, per essere introdotta solo più tardi: cfr., per tutti, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 442 e M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 2006³, 327 e nt. 108).

⁵³ Indicazioni più puntuali già in B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 86. Cfr. anche E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, cit., 216 nt. 327.

⁵⁴ Si veda in tal senso G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro 'omittendae possessionis causa'*, in AUPA 40, 1988, 252 nt. 101, coi rilievi critici di M. TALAMANCA, *Note*, cit., 199 s. e ntt. 11 s.

⁵⁵ Dal momento che è piuttosto complicato pensare a un attore che trovasse la *formula* di una *rei vindicatio* da lui promossa così lontana dalle proprie aspettative da non concludere la *litis contestatio*, o vi si sottraesse perché si era frattanto convinto dell'infondatezza della pretesa e mirava pertanto a privare la controparte del ricavato della vendita dell'olio (ma con la conseguenza di essere poi esposto, almeno secondo la soluzione prospettata da Labeone, al rischio di una condanna infamante in sede di *actio de dolo*).

Una prima tesi,⁵⁶ infatti, faceva leva sulla possibilità che, al tempo di Labeone, la tutela processuale fosse ancora costituita, nella nostra fattispecie, (non dalla *rei vindicatio* formulare, ma) dall'*agere in rem per sponsionem*: il che però, se in astratto non può essere escluso (pur destando notevoli perplessità),⁵⁷ parrebbe ancor più implausibile al tempo di Pomponio, a proposito del cui intervento Ulpiano sembra registrare l'assoluta identità della questione esaminata (tanto da rendere credibile che egli già citasse il giurista augusteo).⁵⁸

Il contesto processuale potrebbe essere stato allora decisivo, ma da un altro punto di vista: a venire promossa sarebbe stata una rivendica formulare, ma in essa i contendenti avrebbero assunto, prima e dopo il deposito dell'olio a Seio, una veste processuale diversa, in quanto, successivamente a essa, «Tu si è venuto indubbiamente a spogliare della posizione che lo legittimava in via passiva alla *rei vindicatio*»,⁵⁹ verosimilmente sulla scorta di un accordo con la controparte, col quale era stato previsto che «lo stesso Tu si sarebbe assunta la più scomoda posizione di attore, con relativo onere della prova».⁶⁰

Una ricostruzione che, se – diversamente da quanto riscontrato per D. 19.2.21 – non può far a meno di ipotizzare l'esistenza di dati non resi (completamente) espliciti nel testo, si rivela comunque più persuasiva, anche per lo sforzo di escludere qualsiasi improprietà linguistica (o almeno ogni ricorrenza fortemente eterodossa) nella scrittura di Labeone e dei due giuristi che si posero sulle sue orme. Un intento che indubbiamente, in generale, non possiamo assumere in termini assoluti e meccanici, sino a farne una sorta di canone pre-costituito e sempre vincolante, ma che ritengo possa (e debba) essere tenuto presente, almeno alla stregua di una presunzione semplice.

4. Pur procedendo, come inevitabile, attraverso riscontri testuali sin troppo circoscritti, spero che inizi a divenire meno generico e banale quanto intendevo evocare all'avvio, riferendomi al rigore terminologico dei giuristi romani e alla loro cura nel tracciare e rispettare i confini ideali delle nozioni evocate dalle parole (trovo perciò felice, benché in sé piuttosto

⁵⁶ Risalente a S. SCHLOSSMANN, *Litis contestatio*, Leipzig 1905, 146 ss. e sostanzialmente ripresa, almeno per quanto concerne il punto per noi più rilevante, da B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 86 s. e nt. 111.

⁵⁷ Dovremmo infatti supporre (e a me sembra un'ipotesi quasi disperata) che almeno la prima spettazione del caso poi inserito nei *Posteriores* fosse anteriore al 17 a.C., allorché la piena «legittimazione» augustea del processo formulare, rese sì praticabili le modalità di quest'ultimo anche per l'*agere ex sponsione*, ma di fatto – sostituendo, anche nella produttività di effetti *iure civili*, la *legis actio sacramento in rem* con la *rei vindicatio* – elise gran parte delle ragioni per cui ricorrere a questa forma di tutela anziché direttamente all'azione posta a difesa della proprietà (nella veste, appunto, della rivendica formulare).

⁵⁸ Anche se poi il referente severiano sembra consultasse entrambi di prima mano, come indica il richiamo puntuale (con indicazione del libro, che è invece rarissima nei frammenti tratti dai lavori dello stesso Pomponio) alle opere dell'uno e dell'altro: cfr. E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 370.

⁵⁹ Cfr. M. TALAMANCA, *Note*, cit., 198 ss. ove altra bibl. (sue le parole citate), con una ricostruzione – alla quale sostanzialmente già aderivo in *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, cit., 217 s., così come poi anche F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali*, cit., 161 e nt. 64 (che però parlano [p. 161] di una controversia fin dall'inizio «instaurata da Tu nei confronti di Tizio») – analitica e complessa, della quale viene qui richiamata solo la conclusione di fondo.

⁶⁰ In questi termini, a integrazione della tesi (sostanzialmente condivisa) di Talamanca, A. BURDESE, *In margine a D.4.3.9.3*, cit., 30.

tautologico, parlare di «definizioni perimetrali» nel loro lavoro⁶¹: e a una *definitio* vera e propria, pur nella valenza topica che quasi sempre vi era impressa, dovremo in effetti riferirci fra breve).

Un ulteriore, fecondo, terreno di lavoro mi sembra sia costituito dalle modalità espressive impiegate dai *prudentes* nell'interagire fra loro, ossia dagli stilemi di cui si servivano per riferire precedenti soluzioni giurisprudenziali ed (eventualmente) esprimere la loro condivisione (totale o tendenziale, attesa la frequente introduzione di integrazioni e parziali rettifiche). Inutile insistere, ancora una volta,⁶² sul ruolo fondamentale che quella fittissima rete di richiami, con gli autentici «dialoghi fuori dal tempo» che instaurava,⁶³ assolveva nel concreto operare della *scientia iuris*, tanto che l'abbondanza di citazioni, da cui muovere nell'affrontare quasi ogni problema, doveva apparire una prerogativa di quella disciplina già agli occhi dei contemporanei, impegnati in altri saperi (come nel caso celebre di Cicerone, che giungeva a ironizzare su quel dato, volgendolo in ridicolo).⁶⁴

E una prerogativa che – se in genere assumeva un rilievo elevatissimo, in ragione dell'assetto giurisprudenziale e dell'impianto casistico di quell'esperienza giuridica, con lo spiccato

⁶¹ Si veda in tal senso, pur con riferimento a un'elaborazione specifica (quanto all'oggetto e ai protagonisti), R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999, spec. 183 ss.

⁶² Mi sono infatti soffermato più volte su questi aspetti, ai miei occhi davvero cruciali: cfr. almeno E. STOLFI, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le «sententiae prudentium» nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, in *Rivista di diritto romano* 1, 2001, 345 ss., spec. 351 ss.; ID., *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 29 ss., spec. 40 ss., 261 ss.; ID., *Argumentum auctoritatis, citazioni e forme di approvazione nella scrittura dei giuristi romani*, in A. LOVATO (a cura di), *Tra retorica e diritto. Linguaggi e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di studio Trani, 22-23 maggio 2009*, Bari 2011, 85 ss., spec. 123 ss.; ID., *Brevi note su «interpretatio» e «auctoritas»*, cit., spec. 172 ss.

⁶³ Riprendo una terminologia di M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 1993⁸, 309 ss. In senso non difforme già M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR* 80, 1977, 266. Si vedano anche, con particolare riguardo alle citazioni ulpianee, A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994, spec. 222, 241 s., ed E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 192 ss. Per un felice esempio di un montaggio che, nel richiamare autori cronologicamente distanti fra loro, «quasi restituisce alla *dissensio* la cadenza di un contraddittorio», si veda Coll. 12.7.10, su cui, per tutti, D. MANTOVANI, *I giuristi, il retore e le api. Ius controversum e natura nella Declamatio maior XIII*, in D. MANTOVANI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, 331 ss. ove bibl. (sue [a p. 332] le parole citate).

⁶⁴ Un sarcasmo che, al di là dei condizionamenti del contesto amicale e scherzoso, si rivela particolarmente significativo, in quanto l'Arpinate – mai pienamente integrato nella tradizione della *scientia iuris*, pur avendo ovviamente con essa un'assidua frequentazione – poteva cogliere dall'esterno alcuni tratti salienti, e anche i limiti, del lavoro giurisprudenziale. I testi da tener presente sono soprattutto *ep. ad fam.* 7.10 e 7.17 (che possiamo leggere congiuntamente a *Horat., sat.* 2.1, come suggeriva F. SCHULZ, *Storia*, cit., 118): oggetto d'ironia erano sempre il tono sentenzioso dei giuristi e il loro ricorso a prestigiose citazioni anche quando venivano affrontati problemi banali, facilmente risolvibili senza scomodare alcun sapiente. Sui due passaggi ciceroniani si veda, di recente, F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana*. I. *Cicerone*, Napoli 2013, 278 ss. ove bibl.

tradizionalismo,⁶⁵ ma anche la forte controversialità⁶⁶ che per secoli la connotarono – era comunque destinata a conoscere intensità e modulazioni diverse, in ragione del mutare sia dei tempi che dei protagonisti, e non solo (ancora una volta) dei differenti generi letterari, coi protocolli di scrittura cui essi di regola si attenevano, anche a questo proposito. I dibattiti fra giuristi che dovevano trovare, nei *libri iuris civilis* di Quinto Mucio, uno spazio superiore a quello che lascerebbero immaginare i lemmi che ne conservava Pomponio,⁶⁷ non erano certo proposti con le medesime forme e finalità che ritroveremo nei lavori civilistici di II e III secolo d.C. Non diversamente, anche nell'altro grande filone di opere ove si condensava la maggior parte dei riferimenti giurisprudenziali – ossia i *libri ad edictum* – registriamo modalità molto diverse quanto alla loro densità, al ruolo e al montaggio, anche laddove poniamo a confronto scritti coevi e dagli obiettivi non dissimili (penso soprattutto ai lavori di Paolo e Ulpiano).⁶⁸

Dietro a un dato incontestabile e lineare – la frequenza dei richiami a dottrine anteriori, non per gusto erudito e neppure per sola serietà scientifica, ma per un costante e capillare censimento circa quanto, fra i molteplici e spesso divergenti approdi dell'*interpretatio prudentium*, fosse tuttora da accogliere, e quindi spendibile con maggior profitto anche nella prassi forense – affiora di nuovo uno scenario differenziato e complesso, che richiederebbe ampie ricerche, in grado di combinare comparazioni fra autori, epoche e tipologie di opere. In queste pagine dovremo invece limitarci ad affrontare un unico aspetto (che potremmo indicare come il “lessico delle approvazioni”, e talora dei dissensi, almeno parziali)⁶⁹ e a posare

⁶⁵ In merito al quale è d'obbligo il rinvio a D. NÖRR, *I giuristi romani: tradizionalismo o progresso? Riflessioni su un problema inesattamente impostato*, in BIDR 84, 1981, 9 ss. Sul senso della tradizione (in cui era individuato un atteggiamento ben diverso dal mero «conformismo») sono da tener presente anche i contributi ora leggibili in G. GROSSO, *Tradizione e misura umana del diritto*, Milano 1976, 25 ss., spec. 55 ss. Si vedano inoltre – dopo le classiche, ma talora discutibili, pagine di F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. it. Firenze 1946, rist. an. 1995, 74 ss. – almeno M. BRETONE, *Storia*, cit., spec. 61 ss.; T. GIARO, *Diritto come prassi. Vicende del discorso giurisprudenziale*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, IV, Napoli 2007, 2254 ss., spec. 2260; G. VALDITARA, *Lo stato nell'antica Roma*, Soveria Mannelli (CZ) 2008, 240 ss.; M. BRETONE, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei. Anno CDV – 2008. Classe di scienze morali, storiche e filologiche*, Roma 2008, 765 ss. ove altra bibl.

⁶⁶ Su quest'aspetto cfr., di recente, M. BRETONE, *Ius controversum*, cit., nonché i contributi raccolti in V. MAROTTA, E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo*, cit. e A. PALMA, *Lo ius controversum quale espressione dell'artificialità del diritto romano*, in SDHI 81, 2015, 45 ss., spec. 49 ss. Ho insistito più volte sulla consapevolezza già antica – percepibile soprattutto nell'*Enchiridion* – circa la centralità di questo fenomeno nelle dinamiche giurisprudenziali, tanto più (almeno nella prospettiva di Pomponio) dall'età augustea in poi: cfr., in particolare, E. STOLFI, *Die Juristenausbildung in der römischen Republik und im Prinzipat*, in C. BALDUS, T. FINKENAUER, T. RÜFNER (Herausgg.), *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, Tübingen 2008, 23 ss. e ID., *Dissensiones prudentium, dispute di scuole e interventi imperiali*, in *Ius controversum e processo*, cit., 292 ss., spec. 300 ss. ove altra bibl.

⁶⁷ In tal senso A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 309 e 476 nt. 81, che attribuisce a Pomponio l'intento di elidere il ricordo di ogni dibattito giurisprudenziale anteriore a Quinto Mucio, così da «distinguere il pensiero dell'autore repubblicano presentandolo in un isolamento esemplare (sebbene storicamente fittizio), per accentuare l'impressione di una svolta decisiva».

⁶⁸ Vi ho accennato – sia pure con prevalente attenzione alle modalità di richiamo, da parte loro, di un'opera in particolare – in *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., spec. 40 ss.

⁶⁹ Dovranno rimanere invece deflati, nel presente contributo, profili in sé senz'altro meritevoli di analisi, come le scelte verbali seguite per introdurre il pensiero dell'autore citato (fra i quali troviamo di frequente

l'attenzione su alcuni passi provenienti da un solo libro, l'undicesimo *ad edictum* di Ulpiano. Un luogo ove possiamo rintracciare alcune delle più felici conferme circa la varietà delle forme di valutazione dei precedenti apporti, e soprattutto del carattere tutt'altro che casuale o fungibile dei moduli espressivi a ciò deputati, tesi piuttosto a isolare, di volta in volta, un tratto preciso e saliente dell'elaborazione richiamata (anche se indubbiamente, ancora una volta, alla puntualità tecnica si coniugava una duttile empiria, e certe difformità che cercheremo di isolare non possono essere assunte in modo univoco e assoluto).

Il contesto è quello cui già in precedenza si è fatto riferimento, ossia la disamina dell'*actio de dolo*, con particolare riguardo alla definizione del suo principale requisito (che cioè fosse stato integrato un *dolus malus*, di cui ovviamente il pretore non forniva la nozione) e all'elaborazione giurisprudenziale in merito alla portata in cui intendere la sussidiarietà della relativa azione, introdotta nell'editto, come noto, proprio da un giurista (Aquilio Gallo)⁷⁰ – sussidiarietà della quale rimane peraltro controverso stabilire la ragione di fondo: verosimilmente non solo l'*infamia* risultante dalla condanna dell'*actio* in questione⁷¹ (a cui nel suo commento Ulpiano tendeva a ricondurla),⁷² ma la stessa portata generale con cui tale mezzo pretorio sorse, quale rimedio polivalente e perciò a carattere tendenzialmente residuale, posto «in stretta connessione implicita con le azioni preesistenti».⁷³

termini piuttosto neutri [*ait, scribit, dicit* ecc.], ma talora altri dalla semantica più significativa e peculiare, come *definit* o *respondit*); i vocaboli impiegati per designare le varie dottrine (qualificate come *sententia*, *definitio*, *opinio* ecc.); il montaggio della scrittura, con collocazioni e strategie diverse per i richiami ai precedenti apporti; dislocazione per materia e modalità di tali citazioni (puntuale, ossia con citazione di libro e/o opera, o meno). Per qualche approfondimento in merito posso ancora rinviare a E. STOLFI, *Per uno studio del lessico*, cit., 347 ss.; ID., *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 29 ss. ove altra bibl.; ID., 'Argumentum auctoritatis', cit., 123 ss. Si vedano, negli ultimi anni, anche C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano 2005, spec. 110 ss., 159 ss., 219 ss. e M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*». *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana – Prolegomena I*, Trento 2010, 216 ss.

⁷⁰ Per un quadro dei principali problemi (e dibattiti storiografici) attorno all'operato di questo giurista e alla collocazione cronologica della sua magistratura cfr., negli ultimi anni, D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, in ID. (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, cit., 80 e nt. 74; A. BURDESE, *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*, in L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, 99 ss. ove ampia bibl.; L. GAROFALO, *Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica*, Santiago de Compostela 2015, 263 s. Si veda anche *infra*, nel testo e nt. 88.

⁷¹ Considerato che esistevano altre azioni che comportavano anch'esse una condanna infamante (e anche nel multiplo, diversamente dalla nostra) ma non rivestivano il medesimo carattere: vi insisteva opportunamente già B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., spec. 7 ss., 135 ss., seguito da M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, I, cit. spec. 148 e nt. 37 e, più di recente, da P. LAMBRINI, *Raggio colposo e actio de dolo malo*, in *Tutele rimediali*, cit., 278 ss., spec. 280.

⁷² Cfr. D. 4.3.1.4 (... *merito praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri* ...) su cui *infra*, § 5.

⁷³ Così B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 144, nel contesto di una ricostruzione che appare tuttora esemplare per rigore esegetico e sensibilità storica (anche se su alcuni aspetti trovo necessario discostarmene) e la cui rilettura non nascondo abbia avuto, nell'orientarmi su questa selezione di testi da discutere a Palermo, una certa rilevanza. Sulla «generalità» dell'*actio de dolo* cfr. ora anche F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali*, cit., 145 ss., spec. 161 ss.

Se dunque, come già segnalato,⁷⁴ siamo di fronte a uno snodo paradigmatico delle tecniche d'intervento del pretore e poi di *interpretatio* (come sempre)⁷⁵ libera e creativa da parte dei *prudentes*, nella nostra prospettiva questi luoghi del commentario ulpiano si rivelano ulteriormente significativi perché, nel ripercorrere una pluralità di indirizzi giurisprudenziali,⁷⁶ illustrano quasi integralmente, e con una valenza ben distinta, la gamma delle ragioni che inducevano ad approvare (e talora anche a superare) dottrine anteriori. In particolare, nei passi che esamineremo più da vicino, sono richiamate *veritas*, *elegantia* e *ratio*; mentre fra le assenze di un certo peso⁷⁷ (riscontrabili anche nelle restanti testimonianze dell'undicesimo libro in tema di *dolus malus*, salvo un'eccezione)⁷⁸ ricorderei almeno il riconoscimento in termini di «correttezza»⁷⁹ (con prevalente riferimento alla coerenza e solidità del percorso

⁷⁴ *Supra*, § 2.

⁷⁵ Tanto che, in genere, ritengo per molti versi impoverente la sua usuale restituzione con l'italiano 'interpretazione': soprattutto nell'accezione in cui, fino a pochi decenni or sono, si è teso a relegare, nel lavoro giuridico, l'operazione così designata, schiacciata dalla legalità statutale o dalla ferrea dogmatica del 'sistema'. Ho insistito su questo punto, da ultimo, in *Quartum datur. Note in tema di interpretazione «diffusa»*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, II, Padova 2016, 1342 s. e nt. 24, e in *Brevi note su «interpretatio» e «auctoritas»*, cit., 162 ss. entrambi con bibl.

⁷⁶ Emersi soprattutto nei precedenti commentari editi, da Servio a Labeone sino a Pedio e Pomponio, con la sola (e non certo sorprendente) esclusione di Gaio.

⁷⁷ Accanto ad altre espressioni meno pregnanti, anche se da non trascurare ('*non male*', '*bellissime*', '*nec immerito*', talora anche '*consequenter*': su alcune loro ricorrenze mi soffermavo in *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 130 ss.) e a ulteriori formulazioni (come '*placet*', '*quo iure utimur*', '*optinuit*' ecc.) che peraltro mirano, più che a illustrare i motivi dell'adesione a un certo parere, a registrarne il (definitivo, a quanto sembra) successo, la sua conclamata transizione da *ius* (verosimilmente) *controversum* a *ius* (ormai) *receptum* – secondo un motivo ampiamente attestato soprattutto nei vasti commentari di età severiana, con le autentiche «consolidazioni» giurisprudenziali che vi si realizzarono, e che in certa misura preludeva, mutato quel che è da mutare, all'assai più drastica selezione delle direttive giurisprudenziali che incontriamo in opere posteriori, come le *Epitomae iuris* di Ermogeniano e le *Pauli sententiae* (il cui accostamento, quanto a struttura e obiettivi, è ormai ricorrente: cfr., tra gli altri, D. MANTOVANI, *Il diritto da Augusto al Theodosianus*, in E. GABBA, D. FORABOSCHI, D. MANTOVANI, E. LO CASCIO, L. TROIANI, *Introduzione alla storia di Roma*, Milano 1999, 513; E. DOVERE, *De iure. L'esordio delle epitomi di Ermogeniano*, Napoli 2005², 190 s. ove bibl.; I. RUGGIERO, *Il maestro delle Pauli sententiae: storiografia romanistica e nuovi spunti ricostruttivi*, in C. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI [a cura di], *Dogmengeschichte*, cit., spec. 496).

⁷⁸ Ossia, se vedo bene, solo D. 13.7.36.pr. (... *rectissime Sabinus scribit* ...), riguardo al quale è peraltro impossibile ricostruire opera e contesto di provenienza della dottrina dello scolarca, che mi parrebbe alquanto azzardato immaginare fosse stata elaborata in quel suo commentario all'editto, della cui esistenza – attestata solo da D. 38.1.18 (Paul. 40 *ad ed.*) – si è anche, non a torto, dubitato. Passando al commento ulpiano alla rubrica editale *De minoribus XXV annis*, ricorderei invece almeno la citazione di Celso in D. 4.4.3.1: particolarmente interessante sia per la modalità di approvazione (*non ineleganter*), vicina alla seconda che qui esamineremo (su significato e altre ricorrenze di quel sintagma, rilievi condivisibili in M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*», cit., 157 ss.), sia per la puntuale menzione di due diverse opere e libri in cui la medesima soluzione sarebbe stata prospettata (undicesimo libro delle *epistulae* e secondo dei *digesta*).

⁷⁹ Su questo tipo di valutazioni, per tutti, F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in M. SARGENTI, G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova 1987, 121 ss.; M. MIGLIETTA, «*Servus dolo occisus*». *Contributo allo studio del concorso tra «actio legis Aquiliae» e «iudicium ex lege Cornelia de sicariis»*, Napoli 2001, 313 e nt. 89; E. STOLFI, *Per uno studio del lessico*, cit., 351 s.; Id., *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 88 ss.; C. GIACHI, *Studi su Sesto*

ermeneutico seguito, soprattutto rispetto al dettato e alla *ratio* di una previsione presente nell'editto o in altro atto normativo) e le valutazioni circa la «utilità» posta alla base di un apporto giurisprudenziale (come pure di uno o più provvedimenti magistratuali)⁸⁰ e/o poi determinante nella scelta di accoglierlo e preferirlo ad altri.

Nella nostra catena di testimonianze spicca dunque, in primo luogo, il riconoscimento della «verità» di una certa impostazione giurisprudenziale e del risultato *lato sensu* normativo cui essa aveva condotto,⁸¹ nel suo nucleo che possiamo considerare più immediatamente precettivo (tutt'altro che casuale appare, del resto, la stretta e ricorrente connessione, in numerose altre fonti, fra tale giudizio e la qualifica dell'apporto di un giurista in termini di *sententia*).⁸² Il rilievo circa l'essere 'vera' di quest'ultima – come, nel nostro caso, di una *definitio* – o anche l'essere 'verum' (o 'verius') di quanto un predecessore aveva sostenuto,

Pedio, cit., 224, 545 s.; E. STOLFI, 'Argumentum auctoritatis', cit., 128; M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*», cit., 137 s. Sulla semantica di 'recte', sia pure in un contesto diverso da quello che più rileva nella nostra prospettiva, cfr. anche M.A. FINO, *Idee romane in tema di giurisdizione. Alle radici del diritto europeo oltre la tradizione romanistica*, Napoli 2012, 2 ss.

⁸⁰ Pensiamo solo all'espressione 'propter utilitatem publicam' nel celebre frammento che conserva la definizione del *ius praetorium*, ossia D. 1.1.7.1 (Pap. 2 def.), il quale meriterebbe in quest'ottica un'attenzione probabilmente maggiore di quella dedicatagli, di recente, da R. SCEVOLA, 'Utilitas publica'. II. *Elaborazione della giurisprudenza severiana*, Padova 2012, 4 s., 380 s.

⁸¹ Ho insistito più volte sul significato delle adesioni espresse con questa terminologia: cfr. E. STOLFI, *Per uno studio del lessico*, cit., spec. 351 ss.; ID., *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 105 ss. ove bibl.; ID., 'Argumentum auctoritatis', cit., 127 ss. Sulla *veritas* nel lessico dei *prudentes* si vedano inoltre, e più in generale, T. GIARO, *Echtheitsindizien. Eine Fallstudie zu verus, verius, verissimus*, in *Orbis Iuris Romani. Journal of Ancient Law Studies* 1, 1995, spec. 88 ss.; ID., *Römische Rechtswahrheiten. Ein Gedankenexperiment*, Frankfurt a.M. 2007 (uno studio importante, che passa in rassegna un'amplessima gamma di fonti: condivisibili, in particolare, i rilievi alle pp. 344 ss. [a proposito della presunta sinonimia fra giudizi di verità e altre «Validationswörter» quali *placet, hoc iure utimur, constat, certum, manifestum* ecc.], 409 ss. [sulla *veritas* quale «juristischer Argumente»] e 424 ss. [sul rapporto fra i giudizi di verità e quelli centrati sulla *ratio* o la *utilitas*]); M. BRETONE, *Ius controversum*, cit., 799 ss., 834 ss.; F. GALLO, *La 'verità': valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, in A. TRISCIUOGGIO (a cura di), *Valori e principi del diritto romano. Atti della giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)*, Napoli 2009, 83 ss.; M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*», cit., 70 nt. 62, 164 ss. nt. 227 ove bibl.; C. MASI DORIA, *Linee per una storia della 'verità' nell'esperienza giuridica romana. I. Dalle basi culturali al diritto classico*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, Napoli 2013, spec. 5 ss. ove altra bibl.; M. MIGLIETTA, 'Est vir qui adest', *ibid.*, 305 ss., spec. 311 ss.; T. GIARO, *Verità fattuale e verità normativa nell'argomentazione dei giuristi romani*, *ibid.*, 359 ss. (che giustamente insiste [p. 368] sul carattere di «verità d'ordine normativo», assai più che fattuale, insito nelle valutazioni così formulate).

⁸² Sull'impiego di questo termine per indicare precedenti dottrine – spesso individuate, soprattutto in quanto «vere», quali interventi idonei a chiudere dibattiti e divergenze, secondo una scelta stilistica tutt'altro che neutra, che tende a concentrarsi a proposito di alcuni giuristi, sia come citati che come referenti – posso ancora rinviare a E. STOLFI, *Per uno studio del lessico*, cit., spec. 348 ss. e ID., *Dissensiones prudentium*, cit., spec. 317 s. ove altra bibl. Cfr. inoltre T. GIARO, *Römische Rechtswahrheiten*, cit., 335 ss. e ID., *Diritto come prassi*, cit., spec. 2248 ss. È peraltro da precisare come quest'idoneità di una '*sententia*' a risolvere situazioni controversiali affiora, in modo piuttosto nitido, nelle ricorrenze del vocabolo presso i giuristi di (II e soprattutto) III secolo, ma non certo nello sguardo che sull'assetto giuridico anteriore gettava Giustiniano, il quale anzi segnalava come, in passato, *per contrarias interpretantium sententias totum ius paene conturbatum est (Deo auctore 12)*.

non esprime certo riflessioni di natura meramente speculativa. Pur non potendosi escludere qualche eco delle elaborazioni attorno ai giudizi aletici in altri saperi (la filosofia, in primo luogo),⁸³ ritengo che i *prudentes* ricorressero a un simile lessico soprattutto per una puntuale e concreta strategia comunicativa, predisponendo un argomento decisivo per superare preesistenti difformità di vedute,⁸⁴ e consistente nel riconoscimento di una piena rispondenza alla realtà (in primo luogo giuridica, ancor più che naturale) della soluzione approntata da uno degli autori in virtuale dialogo.

È esattamente quanto riscontriamo nella nostra prima ricorrenza di una simile valutazione, in riferimento alla fissazione labeoniana della nozione di *dolus malus* (laddove le successive attestazioni coinvolgeranno ancora il giurista augusteo: ma con esiti, come vedremo, sensibilmente diversi). Si tratta di un passo notissimo, che, ancora una volta, converrà esaminare da un'unica e peculiare prospettiva, senza soffermarsi su numerosi altri aspetti, da tempo al centro dell'attenzione storiografica. Ci troviamo nelle battute iniziali del commento ulpiano alla rubrica edittale in materia di *dolus malus*, di cui sono stati appena evocati la *ratio* (D. 4.3.1.pr.) e trascritti i *verba*.⁸⁵ La prima esigenza è ora quella di stabilire in cosa consista quel contegno al cui verificarsi il magistrato aveva subordinato – assieme ad altre condizioni, quali la ricordata inespugnabilità di altra *actio* e la sussistenza di una *iusta causa*⁸⁶ – il proprio intervento. Non era un impegno di poco conto, considerate le ricadute operative che doveva determinare: e con esso, in effetti, si era lungamente misurata la giurisprudenza fra tarda

⁸³ Un discorso ovviamente più ampio e complesso dovrebbe essere svolto (ma ci condurrebbe davvero troppo lontano) a proposito di altre ricorrenze giurisprudenziali, nelle quali la valutazione di 'verità' compare con altri oggetti e significati: così ad esempio nella nota qualifica ulpiana del *ius* quale '*vera non simulata philosophia*', in D. 1.1.1.1 – il cui retroterra culturale è indagato da tempo, anche se rimane indubbio (secondo una direttiva di lavoro valevole non solo per questo specifico caso) che, sebbene sia probabile che l'autore severiano muovesse dalla contrapposizione tra *vera* e *falsa philosophia* quale «motivo fluttuante nella tradizione fra Origene e Gregorio Taumaturgo», «identificare la provenienza di un certo materiale concettuale, rispetto al discorso [*scil.* del giurista] che lo avvolge e in cui lo abbiamo scoperto, non è mai sufficiente; il punto è – stabilirne l'origine – ricostruirne la funzione e il significato nella rete dei pensieri di chi lo sta (ri)adoperando» (così A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 370). Cfr. inoltre, negli ultimi anni, almeno G. FALCONE, *La «vera philosophia» dei «sacerdotes iuris»*. Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D.1.1.1.1), in AUPA 49, 2004, 3 ss.; V. MAROTTA, *Iustitia, vera philosophia e natura. Una nota sulle Institutiones di Ulpiano*, in D. MANTOVANI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, cit., 563 ss. ove altra bibl., spec. 565 ss.; A. MANTELLO, *Etica e mercato tra filosofia e giurisprudenza* [2008], ora in Id., *Variae*, I, Lecce 2014, spec. 770 s. e nt. 132; M. BRETONE, *La «verità» di Ulpiano* [2010], ora in *Diritto romano e coscienza moderna*, cit., 402 ss. ove altra bibl.

⁸⁴ Salvo, naturalmente, eventuali successivi interventi, che riaprirono il problema, atteso il carattere fluido e (pressoché) mai definitivo tipico delle dinamiche di un diritto giurisprudenziale, con quella sua natura – per riprendere una terminologia tante volte rievocata (e risalente a D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974, 16; ma si vedano anche L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, rist. Milano 1975, spec. 70 ed E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 263 ss. nt. 4 ove altra bibl.) – «unstabil und überstabil zu gleichen Zeit».

⁸⁵ '*Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo*': D. 4.3.1.1.

⁸⁶ Sul rapporto fra questi due aspetti, di recente, M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 27 s. e nt. 8. Si soffermava, in particolare, sul carattere logicamente preliminare dell'accertamento circa il primo elemento rispetto a quello relativo al secondo, per tutti, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 11.

repubblica⁸⁷ e primo principato, dallo stesso Aquilio Gallo (come apprendiamo però da Cicerone,⁸⁸ non da Ulpiano) a Servio sino a Labeone. Leggiamo infatti in D. 4.3.1.2:

Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tumentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.

Ulpiano non esitava a parlare di definizioni a proposito dell'apporto tanto di Servio che di Labeone (una scelta del resto non infrequente, in riferimento ai contributi di quest'ultimo):⁸⁹ ma cogliendo fra loro una decisiva sfasatura. La nozione messa a punto da Labeone (celebre e

⁸⁷ A quell'epoca sembrano infatti da ricondurre – pur con la cautela che sempre impone la collocazione cronologica dei *prudentes* indicati con tale espressione (di cui non è affatto da escludere una portata relativa, a seconda e del contesto e del referente: F. HORAK, *Wer waren die "veteres"? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen*, in *Vestigia iuris romani. Festschrift G. Wesener*, Graz 1992, 201 ss., spec. 205 ss., 232 ss. ove bibl.) – anche i *veteres* che Ulpiano menzionava al successivo § del nostro frammento (D. 4.3.1.3), riguardo all'aggettivo 'malus' impiegato nell'editto: *Non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur.*

⁸⁸ Si vedano *off.* 3.14.60 (*Stomachari Canius, sed quid faceret? Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolum malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum ...*), *off.* 3.15.61 (... *Dolus autem malus in simulatione, ut ait Aquilius, continetur ...*) e *nat. deor.* 3.74 (... *inde everriculum malitiarum omnium, iudicium de dolo malo, quod C. Aquilius familiaris noster protulit; quem dolum idem Aquilius tum teneri putat, cum aliud sit simulatum, aliud actum*) nonché – pur senza espressa menzione di Aquilio Gallo, ma riproducendone ancora la terminologia – *top.* 40 (... *Si dolum malus est, cum aliud agitur, aliud simulatur, enumerare licet quibus id modis fiat, deinde in eorum aliquem id quod arguas dolo malo factum includere ...*). Su questo contributo definitorio anteriore a Servio – risalente proprio al giurista cui è attribuita l'introduzione, durante la pretura ricoperta, dell'*actio de dolo* –, per tutti, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 140 ss.; A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo mezzi e fini*, Napoli 1966, 161 ss.; Id., *Dolus bonus/dolus malus. Egesesi di D. 4.3.1.2-3*, Napoli 1970, spec. 63 ss. (con attenzione anche a certe coincidenze riscontrabili con Varro, *de lingua Lat.* 6.55); M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, I, cit., 131 ss.; G. MACCORMACK, *Aliud simulatum, aliud actum*, in *ZSS* 104, 1987, 639 ss.; M. TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 131 ss., spec. 151 s.; A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 261, 462 e ntt. 63 s.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli 2007, 52 s.; M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 26 ss.; R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011, 310 ss.; P. LAMBRINI, *Studi sull'azione di dolo*, Napoli 2013, 20 s. (con un interessante confronto fra la nozione di dolo messa a punto da Aquilio Gallo e la semantica del termine greco δόλος); EAD., *Raggirò colposo*, cit., 283 s.; L. GAROFALO, *Figure e tutele contrattuali*, cit., 263 ss.; E. STOLFI, *Dal ius controversum alle antinomie*, cit., § IV ove altra bibl.

⁸⁹ Come indicano altre sei ricorrenze ulpiane a noi pervenute, quasi sempre in visibile riferimento a *verba* editali (si tratta di D. 3.2.2.5 [Ulp. 6 *ad ed.*], D. 50.16.19 [Ulp. 11 *ad ed.*], D. 50.16.38 [Ulp. 25 *ad ed.*], D. 47.10.15.16 [Ulp. 57 *ad ed.*], D. 43.8.2.3 [Ulp. 68 *ad ed.*], D. 21.1.17.14 [Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*]), cui sono da aggiungere Gell., *noct. Att.* 4.2.3, D. 36.2.22.1 (Pomp. 5 *ad Q. Muc.*), D. 48.13.11.2 (Paul. *lib. sing. de iud. publ.*) e D. 22.6.9.2 (Paul. *lib. sing. de iur. et fact. ignor.*): cfr., per tutti, E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 79 ss. ove bibl. e A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 282, 467 ntt. 59 ss.

fortunatissima, anche oltre i confini dell'esperienza antica)⁹⁰ gli appariva ancora tanto aderente alla realtà (*vera*, appunto) che con essa il dibattito già poteva ritenersi concluso – come attesta l'assenza di richiami a elaborazioni successive, anche se sette libri prima, nella trattazione *De pactis et conventionibus*,⁹¹ lo stesso autore severiano aveva ricordato (e non confutato) la posizione di Pedio,⁹² sostanzialmente aderente all'approccio serviano.⁹³ In particolare, il trittico di contegni che il giurista augusteo stimava rilevanti – disposti secondo una visibile *apax* di crescente gravità: *calliditas, fallacia, machinatio* – e il loro nesso teleologico rispetto all'errore in cui altri era incorso apparivano a Ulpiano elementi necessari e sufficienti a circoscrivere con esattezza la nozione impiegata dal magistrato. Orientamento valutato quale un netto passo avanti (lo desumiamo dalla sua approvazione) rispetto ad apporti anteriori, come quello di Servio (e già di Aquilio Gallo), secondo cui il comportamento doloso non poteva prescindere da una pratica simulatoria.

Proprio su quest'aspetto si concentrava la critica di Labeone. Se a una definizione è richiesto, secondo la sua etimologia, di tracciare con precisione i confini concettuali del *definiendum*, così che nessun elemento a esso estraneo possa esservi incluso e nessun elemento che vi afferisce essere tralasciato,⁹⁴ ritenere che il *dolus malus* fosse integrato quando *aliud simulatur et aliud agitur*

⁹⁰ Basti pensare al fatto che, per quanto a sua volta criticabile rispetto a certe ipotesi di dolo che potevano prospettarsi nell'esperienza romana (vi ha insistito, di recente, P. LAMBRINI, *Studi sull'azione di dolo*, cit., 26 ss.; ma si veda già M. TALAMANCA, *La bona fides*, cit., 152 s. nt. 423), la definizione in esame è stata, per secoli, al centro delle teorie in tema di dolo (anche se per subire talvolta radicali obiezioni, come nella riflessione di Donello e Accarias che, a sua volta, A. CARCATERA, *Dolus bonus/dolus malus*, cit., 97 ss. ha sottoposto a una critica stringente). Ed è probabilmente proprio la presenza di simili elaborazioni, così radicata nella nostra tradizione, che ha indotto il legislatore italiano – come in altre analoghe occasioni: ad esempio riguardo all'usufrutto – a non fornire la nozione di dolo, limitandosi a proporle la distinzione tra essenziale e incidente (distinzione che, come verificato al § 2, risale alla riflessione medievale innescata da D. 4.3.7.pr.). Per un quadro circa le scelte (ora analoghe, ora difformi, con interessanti sforzi definitivi) operate in altri codici europei, e un confronto con alcune elaborazioni della scienza giuridica medievale e moderna, da Azone a Pothier, cfr. G. LUCHETTI, A. PETRUCCI, *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference. II. Materiali e commento*, Bologna 2010, 32 ss. Si veda inoltre M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 133 ss. (per le costruzioni medievali in materia di dolo, da Bulgaro in poi) e 167 ss. (per quelle successive, a partire dalle «sistematiche degli umanisti»).

⁹¹ Si veda O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., 433 e ID., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig 1927³, 64 s.

⁹² D. 2.14.7.7 e 9 (Ulp. 4 ad ed.): *Ait praetor: 'Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo'. (9) Dolo malo ait praetor pactum se non servaturum. dolus malus fit calliditate et fallacia: et ut ait Pedius, dolo malo pactum fit, quotiens circumscribendi alterius causa aliud agitur et aliud agi simulatur.*

⁹³ È stato merito di Gianni Santucci, con la relazione (nell'incontro palermitano ricordato alla nt. 1) dedicata a *Verba edicti et definitiones: Labeone e Pedio nel commento ulpiano de pactis*, sottoporre a un nuovo e serrato confronto le due (divergenti) elaborazioni ulpianee. Proprio traendo (dichiaratamente) spunto dalle sue riflessioni, ho cercato a mia volta di proporre una diversa spiegazione circa il contrasto fra le posizioni assunte dal giurista severiano nei due diversi contesti (mostrando come proprio questi ultimi, atteso il consueto incidere topico dei *prudentes*, potrebbero aver indotto ad assumere, prima, come ancora valida, tramite Pedio, l'impostazione serviana, e poi ad abbandonarla a tutto vantaggio della definitio labeoniana): cfr. E. STOLFI, *Dal ius controversum alle antinomie*, cit., § IV ove altra bibl.

⁹⁴ Si veda L. LANTELLA, *La definizione*, in L. LANTELLA, E. STOLFI, M. DEGANELLO, *Operazioni elementari di discorso e sapere giuridico*, rist. integrata e corretta Torino 2007, 65 ss.

dava luogo, secondo il giurista augusteo, a una definizione doppiamente difettosa: perché, in realtà, poteva aversi dolo senza simulazione e anche simulazione senza dolo, così che nel primo caso la nozione serviana sarebbe risultata troppo stretta, nel secondo troppo larga. La sensazione, leggendo questo testo (ma le cose si complicano, come ricordato, ponendolo a confronto con D. 2.14.7.9), è che il necessario legame, in materia di dolo, con un elemento simulatorio fosse uscito di scena già in età augustea, e che Ulpiano registrasse quest'esito come un dato, da tempo, non più riposto in discussione, proprio perché aveva in sé (o comunque gli si voleva attribuire) la forza inoppugnabile della «verità», tale da disinnescare ulteriori dibattiti degni di menzione.

Lo stesso tipo di giudizio – sia pure lievemente più sfumato (in quanto nel primo caso espresso al grado comparativo e, nel secondo, riferito alla *distinctio* introdotta da un giurista successivo, ossia Pomponio) – incontriamo in altri due testi sul medesimo tema, e sempre in riferimento a contributi di Labeone. La valutazione aletica è però, in queste occasioni, posta a fondamento di una presa di distanze dai risultati cui egli era pervenuto,⁹⁵ apportando rettifiche alle forme di tutela da lui prospettate riguardo a una particolare casistica.

La prima ipotesi è riscontrabile nella seconda parte di un passo non meno indagato e discusso, ove l'esame di una complessa fattispecie è volto a illustrare un'innovativa lettura labeoniana (conservata nelle battute iniziali del medesimo testo), ancora in merito alla sussidiarietà dell'*actio de dolo* – interpretazione che sarebbe stato merito di Pomponio, come vedremo fra breve, recuperare in una sintesi felice ed «elegante», integrandola con indirizzi ermeneutici di per sé divergenti. Si tratta di D. 4.3.7.3 (Ulp. 11 *ad ed.*):

Non solum autem si alia actio non sit, sed et si dubitetur an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem et adfert talem speciem. qui servum mihi debebat vel ex venditione vel ex sti-

⁹⁵ Soluzione, di per sé, tutt'altro che sorprendente. I giuristi impiegavano, ormai da tempo, simili giudizi anche per esprimere differenziate valutazioni di precedenti apporti, al fine di sancirne il parziale accoglimento proprio in quanto «vero», respingendone invece, con eguale nettezza (in quanto «falso»), un determinato aspetto – o negando, ancor più spesso, la tenuta della medesima soluzione in riferimento a una variante fattuale, o comunque con riguardo a una situazione che il predecessore non aveva considerato, mancando di articolare debitamente la disciplina. Una delle testimonianze più significative mi sembra D. 34.2.34 pr. (Pomp. 9 *ad Q. Muc.*): *Scribit Quintus Mucius: si aurum suum omne pater familias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifici faciendum dedisset aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur. POMPONIUS: hoc ex parte verum est, ex parte falsum. nam de eo, quod debetur, sine dubio <verum est>: ut puta si auri libras stipulatus fuerit, hoc aurum, quod ei deberetur ex stipulatu, non pertinet ad uxorem, cum illius factum adhuc non sit: id enim, quod suum esset, non quod in actione haberet, legavit. in aurifice falsum est, si aurum dederit ita, ut ex eo auro aliquid sibi faceret: nam tunc, licet apud aurificem sit aurum, dominium [tamen non mutavit] manet tamen eius qui dedit et tantum videtur mercedem praestaturus pro opera aurifici: per quod eo perducimur, ut nihilo minus uxori debeatur. quod si aurum dedit aurifici, ut non tamen ex eo auro fieret sibi aliquid corpusculum, sed ex alio, tunc, quatenus dominium transit eius auri ad aurificem (quippe quasi permutationem fecisse videatur), et hoc aurum non transibit ad uxorem.* Riguardo a questo passo – e quindi, in particolare, alle ragioni dell'orientamento assunto da Pomponio rispetto alla soluzione muciana – si vedano, fra gli altri, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, Milano 1963², 291; R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, Padova 1969, 228 s.; R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, cit., 50 ss. (con un'analisi assai puntuale, e in larga parte condivisibile); B. COCHIS, *Una presunta disputa di scuola in Gai.*, *Inst.* 3.147, in *Rivista di diritto romano* 3, 2003, 281 s.; M. BREONE, *Ius controversum*, cit., 815; M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*», cit., 180 ss. ove altra bibl.

pulatu, venenum ei dedit et sic eum tradidit: vel fundum, et dum tradit, imposuit ei servitutum vel aedificia diruit, arbores excidit vel extirpavit: ait Labeo, sive cavit de dolo sive non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam si cavit, dubium est, an competat ex stipulatu actio. sed est verius, si quidem de dolo cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio: si non est cautum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto, in ex stipulatu de dolo actio necessaria est.

Al centro dell'attenzione di Labeone, con la direttiva ermeneutica che ritenne di formulare (*putat*: altro verbo dalla peculiare semantica) e poi della fattispecie con cui la illustrò, era la possibilità di ottenere l'*actio de dolo* non solo – come espressamente previsto nell'editto – qualora non vi fosse '*alia actio*' (nell'ampia accezione che, come torneremo presto a verificare, i giuristi vi attribuirono), ma anche ove apparisse semplicemente dubbia la fruttuosa esperibilità di altro mezzo processuale. Si trattava, ancora una volta, di un intervento originale e assai libero⁹⁶ rispetto alle disposizioni del pretore, il cui tenore letterale finiva con l'essere nettamente oltrepassato dalla pragmatica considerazione della *ratio* che vi era sottesa. Tale soluzione, indubbiamente ardita – ma una cui eco potrebbe scorgersi anche nel già richiamato D. 4.3.9.3,⁹⁷ ove non escluderei che la concessione dell'*actio de dolo* sia da spiegare non in ragione dell'esclusione dell'*agere praescriptis verbis*, ma in quanto non sarebbe comunque certa la tutela da esso garantita⁹⁸ –, sembra comunque non avesse conosciuto, da parte dei successivi commentatori dell'editto, disfavore o ridimensionamenti. Come accennato (e come tra breve meglio verificheremo),⁹⁹ è anzi probabile che Pomponio avesse tenuto ben presente, e sostanzialmente recepito, l'orientamento del giurista augusteo, coniugandolo a ulteriori indirizzi (del medesimo autore e di altri posteriori), così da pervenire all'enunciazione che incontriamo in D. 4.3.7.pr. Né, nel passo ora in esame, Ulpiano annotava alcuna critica rispetto a questa prima parte del contributo labeoniano, per esprimere piuttosto decise riserve a proposito dell'articolata casistica (e relative soluzioni) che a suo tempo dovette

⁹⁶ Nel segno della tipica, feconda autonomia dell'*interpretatio prudentium* (*supra*, in questo § e nt. 75), e anche della *fiducia doctrinae* caratteristica del giurista augusteo (stando a quanto leggiamo nell'encomiastica raffigurazione che ne fornì Pomponio in D. 1.2.2.47 [*lib. sing. ench.*]).

⁹⁷ Cfr. *supra*, § 3. Di questo testo, da un ulteriore punto di vista, torneremo a occuparci fra breve.

⁹⁸ Attesa l'assoluta discrezionalità che presiedeva alla sua concessione, così da renderla, in tale prospettiva, un'*actio (civilis, ma) in factum*. Quella suggerita nel testo non vuole essere, come ovvio, che un'ipotesi di lavoro, che andrebbe ulteriormente verificata, e non solo per il nutrito e composito dibattito storiografico attorno alla natura tecnica dell'*agere* (e poi *actio*) *praescriptis verbis*, coi diversi requisiti e obiettivi che, nel corso di secoli, vi attribuirono molteplici giuristi. Neppure un accenno a questa possibile ricostruzione è rinvenibile, se vedo bene, nelle puntuali analisi che a D. 4.3.9.3 hanno ad esempio dedicato (nei contributi a suo luogo richiamati) Talamanca, Gallo, Burdese, Cursi e Fiori. Proponeva una lettura congiunta di D. 4.3.9.3 e D. 4.3.7.3, ma solo per spiegare come, nel primo testo, «Labeone non doveva già escludere perentoriamente l'*actio mandati*, ma piuttosto esprimere un dubbio sulla sua applicabilità» (con la conseguenza, appunto, di propendere per la concessione dell'*actio de dolo*), B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 90 s. Ritiene piuttosto, a proposito di D. 4.3.9.3, che «la risolutezza con la quale Labeone propone l'azione di dolo non lascia trasparire alcuna incertezza sulla possibile concorrenza con l'*agere praescriptis verbis*» M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 59.

⁹⁹ *Infra*, § 5.

fornire un esempio (o illustrazione)¹⁰⁰ di quell'enunciazione generale, e un suo primo banco di prova.

In effetti, nella porzione di D. 4.3.7.3 che si apre con le parole '*qui servum mihi debebat*' – e nella quale non vedrei necessariamente la presenza di guasti testuali e modifiche posteriori di portata sostanziale¹⁰¹ –, vengono prospettate una serie di ipotesi¹⁰² in cui il contegno doloso non era stato volto a far concludere un affare, ma era intervenuto successivamente al suo perfezionamento, in sede di esecuzione del contratto (anche per mezzo di un ulteriore negozio, se stimiamo, come verosimile, che almeno il secondo '*tradit*' costituisca un'interpolazione, in luogo dell'originario '*mancipavit*').¹⁰³ Così, tanto per l'ipotesi del

¹⁰⁰ Per il senso che, riguardo alla scrittura dei *prudentes*, può avere la distinzione tra le due figure (su cui, più in generale, cfr. C. PERELMAN, L. OLBRECHTS TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it. Torino 2001 [ed. or. 1958], 377 ss. e C. PERELMAN, *Il dominio retorico. Retorica e argomentazione*, trad. it. Torino 1981 [ed. or. 1977], spec. 119) e per quanto sia sempre difficile, nel concreto del loro lavoro, individuare una casistica affrontata solo a scopo esemplificativo: posso rinviare, circa questo secondo aspetto, a E. STOLFI, *I casi e la regula*, cit., 32 ss. ove altra bibl.

¹⁰¹ Come invece ancora riteneva, in particolare, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 63 ss. ove altra bibl., la cui critica testuale, alquanto severa, giungeva a espungere come insiticio il riferimento sia alla vendita dello schiavo che all'alienazione del fondo e alla *clausola doli*, così da ridurre l'intera problematica alla sola ipotesi (che avrebbe creato dubbi circa l'effettiva tutela perseguibile con l'azione contrattuale, inducendo perciò alla concessione dell'*actio de dolo*) di uno schiavo dovuto *ex stipulatu* e avvelenato prima della consegna – il che peraltro non sembra integrare una situazione così diversa da quella illustrata a proposito del fondo gravato di servitù o materialmente deteriorato, come riteneva lo stesso B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 64 s. (condivisibili, sul punto, i rilievi di P. LAMBRINI, *Studi sull'azione di dolo*, cit., 34 s.). L'orientamento di Albanese, almeno per quanto concerne il riferimento alla *clausola doli*, era invece assai diverso (nel segno di un'aperta autocritica, dettata da rara onestà intellettuale), e sostanzialmente conservativo, in '*Rei vindicationi se offerre*' e '*actio de dolo*', in AUPA 33, 1972, 354 ss., 376 s. Di recente, propendono per scorgere nel testo la presenza di rimaneggiamenti, ma di natura essenzialmente formale, D. NÖRR, '*Exceptio doli*' und '*clausola doli*', in L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, 372; M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 62 ss.; F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali*, cit., 178 s. ove altra bibl.; P. LAMBRINI, *Studi sull'azione di dolo*, cit., 29 ss. (ove un'analitica rassegna delle diverse, e più radicali, ipotesi di alterazione), spec. 31 ss.

¹⁰² Fra loro anche eterogenee, ma accostate dall'analogia funzionalità al medesimo ragionamento giuridico, secondo un'organizzazione del discorso (e del pensiero) assai ricorrente nei giuristi romani, come ho cercato di porre in luce in E. STOLFI, *I casi e la regula*, cit., 28 ss. Cfr. anche R. KNÜTEL, *Zur Rechtsfindung der Römer*, in *Gedächtnisschrift M. Heinze*, München 2005, 490 ss.

¹⁰³ In genere (e nonostante il silenzio di Mommsen nell'*editio maior* del Digesto *ad h.l.*) entrambi i riferimenti alla *traditio* presenti nel testo sono stati attribuiti e un intervento dei compilatori (ai quali, nella migliore delle ipotesi, è stata ascritta la traduzione in quei termini dell'originaria menzione di una *mancipatio*): in tal senso, per tutti, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 63 s. ove altra bibl. e P. LAMBRINI, *Studi sull'azione di dolo*, cit., 30, 33 ss. Tuttavia, mentre la seconda ricorrenza (... *dum tradit* ...) rivela effettivamente un'assoluta incongruenza col regime vigente fra I e III secolo d.C. – giacché vi incontriamo una costituzione di servitù che si realizza contestualmente alla presunta *traditio* (in modo da farci supporre che si trattasse, in realtà, di un'*exceptio servitutis* realizzata con apposita *nuncupatio* nell'ambito di quella *mancipatio* del fondo a cui evidentemente l'alienante si era in precedenza impegnato: cfr. ad esempio S. RANDAZZO, *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano 1998, 47 e nt. 20) –, non altrettanto deve necessariamente dirsi a proposito del '*tradidit*' anteriore, relativo alla consegna sì di una *res mancipi* quale lo schiavo, ma alla quale il (futuro) *deceptor* era

venditore o promittente che avesse avvelenato lo schiavo (dopo la conclusione dell'*emptio venditio* o della *stipulatio*, ma) prima della sua consegna, quanto di colui che nel trasferire un fondo lo deteriorasse in fatto (recidendo o estirpando alberi) oppure in diritto (gravandolo di una servitù), Labeone stimava esperibile l'*actio de dolo*. E ciò non solo qualora non fosse stata prestata apposita *cautio de dolo*, ma anche ove lo fosse stata, in quanto ai suoi occhi rimaneva comunque dubbio, sulla base di essa, l'impiego di un'*actio ex stipulatu* (e questo era probabilmente l'aspetto che più tendeva a confermare il principio interpretativo precedentemente fissato).

Proprio il regime indifferenziato per cui propendeva il giurista augusteo doveva indurre Ulpiano a ritenere, appunto, «più vera» – ossia maggiormente consona alla realtà (quella, come già rilevato, virtuale del diritto ancor più che quella fattuale) – una disciplina più articolata, aderente alle diverse varianti già contemplate da Labeone, ma da lui non debitamente considerate (o almeno lette sulla scorta di un assetto giuridico ormai inaccoglibile nel III secolo d.C.). L'autore severiano riproponeva così l'*actio de dolo* solo per l'ipotesi in cui non fosse stata garantita l'assenza di dolo e fosse stata deteriorata una *res* dovuta in base a *stipulatio* (protetta, come noto, da un'azione che dava luogo a un *iudicium stricti iuris*). Anche in assenza di apposita *cautio*, egli valutava invece non fosse da concedere l'*actio de dolo* qualora lo schiavo avvelenato (o comunque il bene di cui, prima della consegna, venisse peggiorato lo stato) fosse dovuto in base a *emptio venditio*, dal momento che il compratore avrebbe potuto fruire dell'*actio empti* (col relativo *iudicium bonae fidei*); e ove poi quella garanzia fosse stata prestata, non nutriva dubbi circa la possibilità di farla valere con apposita *actio ex stipulatu* (con conseguente esclusione dell'azione penale per dolo). È molto plausibile che alla base di queste ultime due soluzioni operasse un duplice mutamento di prospettiva intervenuto fra Labeone e Ulpiano (e al quale forse quest'ultimo dette un ulteriore contributo): nel senso, da un lato, di una più ampia e duttile interpretazione della *clausola doli*, e dall'altro di una più elastica nozione della *bona fides* che presiedeva al giudizio *ex empto* – in modo da superare, in entrambi i casi, le incertezze determinate dal momento in cui era intervenuto il comportamento doloso.¹⁰⁴

Quel che poi più rileva nella nostra prospettiva è che il giudizio di «verità» (*rectius*, «di maggior verità») supporti qui non l'approvazione di una precedente dottrina, ma il suo superamento (quasi completo, salvo una sola eventualità), per privilegiare una disciplina più complessa e differenziata. «Vero» (anzi, «più vero») appare, in questo passo, quanto sfugge a opzioni univoche e perentorie, per rivelarsi più idoneo a seguire la varietà delle situazioni,

tenuto in base a *stipulatio* o a *emptio venditio*. Non trovo quindi infondata la soluzione già suggerita da O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, cit., I, 506 nt. 1 e II, 466 nt. 2: ossia di diversificare la ricostruzione testuale, stimando che solo '*dum tradii*' debba essere sostituito con '*dum mancipat*' (ancor meglio, a mio avviso, '*dum mancipavit*').

¹⁰⁴ Così, di recente, F. CURSI, R. FIORI, *Le azioni generali*, cit., 179 s. Cfr., in una direzione sostanzialmente analoga, anche P. LAMBRINI, *Studi sull'azione di dolo*, cit., 32 s. ove altra bibl., 37 s. Neppure è da escludere che all'epoca di Labeone la *clausola doli* fosse diversamente configurata, e rivolta soltanto al dolo passato e presente (mentre in età severiana si sarebbe ormai garantito che *dolum malum abesse afuturumque esse*): cfr. D. NÖRR, '*Exceptio doli*', cit., spec. 374, che peraltro vi connette – e ciò indica come tale spiegazione può affiancarsi, più che opporsi, a quella prospettata nel testo – una difformità anche nelle forme di interpretazione giurisprudenziale, decisamente più restrittiva in età augustea.

modellandosi sulle diverse esigenze di un congruo trattamento giuridico e sul regime delle figure e delle nozioni tecniche che vi sono coinvolte. Anche in questo, evidentemente, si risolveva l'incessante tessitura di una «rete di casi e di azioni»¹⁰⁵ orientata dal *bonum et aequum*.¹⁰⁶

Ed è anche quanto possiamo rilevare riguardo all'ultima ricorrenza di una valutazione di «verità» su cui proporrei di soffermarmi in materia di *actio de dolo*. La incontriamo nelle battute conclusive di un testo che già abbiamo esaminato (D. 4.3.9.3),¹⁰⁷ laddove in quei termini torna a essere espressa l'adesione a un orientamento giurisprudenziale (in particolare alla *distinctio* suggerita da Pomponio), ma sempre nel senso di preferirla, con la sfasatura di soluzioni che introduceva, all'indifferenziato regime processuale per cui aveva inclinato Labeone. Se infatti, ad avviso di quest'ultimo, sarebbe stata (sempre e solo)¹⁰⁸ da concedere l'*actio de dolo* contro Tizio, che si era rifiutato di *iudicium accipere*, diversa (e articolata su due eventualità) era stata la soluzione di Pomponio, convinto che contro Seio (in posizione non coincidente, ma assimilabile, a quella di un sequestratario) potesse essere allestita un'*actio praescriptis verbis*, e che esclusivamente in caso di sua insolvibilità si sarebbe dovuto fare ricorso – alla stregua di una sussidiarietà, per così dire, empirica, da riscontrare nell'effettività degli interessi e della concreta situazione dei soggetti coinvolti – all'*actio de dolo* contro Tizio. Così come a proposito della variegata casistica di D. 4.3.7.3, il risultato cui era pervenuto Labeone non veniva (da Ulpiano, e in questo caso già da Pomponio) respinto in modo radicale e completo: esso era però stimato valido solo per un'ipotesi più defilata e sostanzialmente residuale. E qui è proprio la *distinctio* – col differenziarsi della regolamentazione processuale che vi presiede – a ottenere, espressamente, l'approvazione in termini di verità: ma con un esito, nella sostanza, solo linguisticamente difforme da quanto verificato anche per D. 4.3.7.3.

5. Protagonisti in larga parte immutati rinveniamo anche a proposito del più significativo giudizio di «eleganza» conservato attorno al medesimo tema, a cui già abbiamo fatto riferimen-

¹⁰⁵ Nel senso in cui, da ultimo, abbiamo impiegato quest'espressione Aldo Schiavone (*Età della repubblica. La produzione normativa*) ed io (*Età del principato. Il diritto privato*) in A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia giuridica di Roma*, Torino 2016, 131 e 313.

¹⁰⁶ Secondo la celeberrima terminologia impiegata in D. 1.1.1.pr. (Ulp. 1 *inst.*), in merito alla quale sarebbe arduo anche solo dar conto delle innumerevoli letture cui ha dato vita, soprattutto negli ultimi decenni. Particolarmente degne di menzione, e ai miei occhi in larga parte più persuasive di altre, appaiono comunque le ipotesi ricostruttive di Filippo Gallo (di cui si vedano almeno *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino 1997, 221 ss., spec. 247 ss.; *La definizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, estr. da *Teoria e Storia del Diritto Privato* 3, 2010, spec. 37 ss.; *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino 2010, spec. 26 ss.) in merito sia all'attribuzione al segno *ars* del significato di 'attività umana' – inclusiva, dunque, non del solo sapere dei giuristi, ma anche dell'impegno, non meno rilevante, dei magistrati provvisti di *iurisdictio* – che all'individuazione nel binomio *bonum et aequum* di un'autentica endiadi.

¹⁰⁷ *Supra*, § 3 ove bibl.

¹⁰⁸ Pur tenendo conto di quanto abbiamo suggerito poco sopra nel testo e alla nt. 98.

to.¹⁰⁹ Si tratta di quanto rinveniamo in apertura di D. 4.3.7.pr. (*Et eleganter Pomponius haec verba "si alia actio non sit" sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit*), da leggere contestualmente all'itinerario interpretativo che – dopo aver riprodotto i *verba edicti* e averne compiuto la *laudatio* – Ulpiano ripercorreva in D. 4.3.1.4-6.¹¹⁰

Ait praetor: "si de his rebus alia actio non erit". merito praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri: usque adeo, ut et Pedius libro octavo scribit, etiam si interdictum sit quo quis experiri, vel exceptio qua se tueri possit, cessare hoc edictum. idem et Pomponius libro vicensimo octavo: et adicit, et si stipulatione tutus sit quis, eum actionem de dolo habere non posse, ut puta si de dolo stipulatum sit. (5) Idem Pomponius ait et si actionem in nos dari non oporteat, veluti si stipulatio tam turpis dolo malo facta sit, ut nemo daturus sit ex ea actionem, non debere laborare, ut habeam de dolo malo actionem, cum nemo sit adversus me daturus actionem. (6) Idem Pomponius refert Labeonem existimare, etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere: et si alia actio tempore finita sit, hanc competere non debere, sibi imputaturo eo qui agere supersedit: nisi in hoc quoque dolus malus admissus sit ut tempus exiret.

Siamo per fortuna ormai lontani dai tempi in cui, in genere, approvazioni espresse in termini di *'elegantia'* (quasi sempre tramite il relativo avverbio) erano percepite come indicative di una raffinatezza solo estrinseca, da confinare alla mera resa espositiva,¹¹¹ e in cui, con più specifico riguardo a D. 4.3.7.pr., si giungeva a contestare lo stesso giudizio di Ulpiano, stimando che egli avesse infondatamente apprezzato una formulazione, in realtà, vuota e

¹⁰⁹ *Supra*, § 2.

¹¹⁰ Un testo, ancora una volta, al centro di innumerevole analisi (con una congiunta lettura, molto spesso, proprio di D. 4.3.7.pr.), tra cui ricorderei almeno B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 11 ss.; A. GUARINO, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in *Labeo* 8, 1962, 271 s.; A. WACKE, *Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum?*, in *ZSS* 88, 1971, 107 ss.; F. STURM, *Stipulatio Aquiliana. Textgestalt und Tragweite der aquilianischen Ausgleichsquittung im klassischen römischen Recht*, München 1972, 253 s.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, II, cit., spec. 339 s.; E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 362 ss. ove altra bibl. e II, cit., 261 ss., spec. 267 ss.; C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio*, cit., spec. 23 ss., 374 ss., 534 s.; M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo*, cit., 26 e nt. 5, 72 e nt. 14, 97 nt. 5.

¹¹¹ Si veda, in senso difforme (e pienamente condivisibile), soprattutto F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano 1973, 129, secondo il quale *'elegantior'* (in particolare, proprio in Ulpiano) «non qualifica quasi mai l'eleganza stilistica o la purezza del linguaggio dei diversi giuristi che richiama, ma solitamente la soluzione suggerita in contrapposizione con altra, la maggior adeguatezza del nuovo pensiero, talvolta la posizione stessa di una *quaestio*». Cfr. altresì M. PHILONENKO, *Elegantia*, in *Studi P. De Francisci*, II, Milano 1956, 515 ss., spec. 525; C.A. MASCHI, *La critica del diritto nell'ambito degli ordinamenti giuridici romani*, in *Studi B. Biondi*, II, Milano 1965, spec. 735 ss.; H. HAUSMANINGER, *Publius Iuventius Celsus: Persönlichkeit und juristische Argumentation*, in *ANRW*. II.15, Berlin-New York 1976, 389 s.; A. CARCATERRA, *Concezioni epistemiche dei giuristi romani*, in *SDHI* 54, 1988, 60 ss.; E. STOLFI, *Per uno studio del lessico*, cit., 352 s.; ID., *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 119 ss. ove altra bibl.; C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio*, cit., 223 s. e nt. 241; E. STOLFI, *'Argumentum auctoritatis'*, cit., 129; M. MIGLIETTA, *«Servius respondi»*, cit., 150 ss. e nt. 213 ove altra bibl.

nebulosa¹¹² (un atteggiamento che peraltro vedeva il nostro passo in ottima compagnia, se è vero che coinvolgeva, presso altri studiosi, testimonianze ancor più celebri, come la definizione celsina del *ius* riportata dallo stesso giurista severiano in D. 1.1.1.pr.).¹¹³ L'*elegantia* è piuttosto, qui come altrove, una qualifica che attiene alla brillantezza non solo della formulazione, ma anche della scelta (etimologicamente) di una certa soluzione giuridica (rispetto, evidentemente, ad altre in astratto praticabili),¹¹⁴ e quindi del ragionamento che vi era sotteso e in essa veniva riversato in modo preciso e perentorio (non a caso l'apporto di Pomponio era poco dopo¹¹⁵ indicato come una *sententia*, la cui tenuta doveva essere confermata alla luce della casistica che già abbiamo esaminato).

È dunque l'eleganza del pensiero giuridico, assai più che della prosa, a essere posta da Ulpiano alla base della sua condivisione del contributo pomponiano, con tutte le implicazioni pratiche che esso comportava – si trattava, in definitiva, non di esprimere un concetto in modo brillante e suggestivo, ma di stabilire in termini precisi (e tuttavia conformi al *bonum et aequum*) i requisiti ai quali era concretamente subordinata la concessione di uno strumento processuale delicato (anche per la possibile condanna infamante che comportava) quale l'*actio de dolo*. E quell'enunciazione di Pomponio riusciva «elegante» – con tutta la libera creatività che connotava la sua interpretazione, assai più teleologica che letterale, e che suggeriva probabilmente di esprimerne la condivisione con questa e non con altre formule (basate ad esempio sulla sua «verità» o «correttezza») – anche perché era stata in grado di conciliare due diversi filoni giurisprudenziali, ricomposti in una felice sintesi di più ampio respiro.¹¹⁶

In effetti, affermare che l'*actio de dolo* fosse da concedere ove irreperibile alcun altro mezzo processuale effettivamente idoneo a garantire l'integrità patrimoniale della vittima dei raggiri (che perciò, di fatto, non risultasse danneggiata da questi ultimi), non solo restituiva in termini generali la direttiva che abbiamo visto seguita dal medesimo giurista per casi specifici (come con la *distinctio* operata in D. 4.3.9.3), ma soprattutto temperava brillantemente due linee interpretative di per sé divergenti. L'una, che abbiamo verificato risalire a Labeone (come attesta D. 4.3.7.3)¹¹⁷ tendeva a dilatare l'ambito applicativo dell'*actio de dolo*, considerando sufficiente, ai fini della sua concessione, che fosse anche solo dubbia l'esperibilità di altra forma di tutela; l'altra (nella quale erano state impegnate generazioni di commentatori dell'editto, a partire dal medesimo Labeone, come apprendiamo dal richiamato D. 4.3.1.4-6) era invece volta a comprimere lo spazio operativo della stessa *actio de*

¹¹² «Un'interpretazione dell'editto fondata su una approssimazione», come scriveva G. SCIASCIA, *Elegantiae iuris*, in BIDR 51-52, 1948, 379.

¹¹³ Niente più che «una vuota frase retorica», nel noto (e scoraggiante) giudizio di F. SCHULZ, *Storia*, cit., 242, su cui si veda l'equilibrata posizione di G. FALCONE, *Un'ipotesi sulla nozione ulpianea di «ius publicum»*, in M.P. BACCARI, C. CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e costituzione*, II, Napoli 2006, 1173 nt. 17.

¹¹⁴ Su *eleganter* come legato «al concetto di 'scelta' [*eligere*] di una opinione su altre logicamente concorrenti», perspicui rilievi in M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*», cit., 150 ove bibl.

¹¹⁵ In apertura del tratto di D. 4.3.7.pr. che abbiamo esaminato *supra*, al § 2.

¹¹⁶ Coglieva bene, e giustamente valorizzava, quest'aspetto B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 11 ss., spec. 20. Cfr. anche ID., *Ancora in tema di sussidiarietà dell'actio de dolo*, in *Labeo* 9, 1963, 42 ss., spec. 50

¹¹⁷ Su cui *supra*, § 4.

dolo, sottoponendo a una lettura estensiva la nozione di (*alia*) '*actio*',¹¹⁸ alla cui inesistenza il pretore aveva appunto subordinato il proprio intervento.

Nel dar conto di questo segmento di storia del pensiero giuridico Ulpiano si affidava essenzialmente a Pedio e Pomponio¹¹⁹ – richiamati in modo puntuale, indicando il libro (evidentemente del rispettivo *ad edictum*),¹²⁰ che era l'ottavo per l'uno e il ventottesimo per l'altro –, ma dal secondo attingeva¹²¹ anche il ricordo del contributo di Labeone. Questi aveva dunque inaugurato anche tale seconda linea interpretativa, nel senso di valutare equipollente alla fruibilità di una '*alia actio*' (così da precludere l'impiego dell'*actio de dolo*) la possibilità di ricorrere a una in *integrum restitutio*. Ipotesi alla quale probabilmente già il giurista augusteo¹²² aggiungeva quella in cui di per sé, subito dopo il comportamento doloso, un'altra azione sarebbe stata utilizzabile, ma fosse poi divenuta inespugnabile per ragioni di tempo (a meno che il suo mancato esercizio fosse, a sua volta, causato da *dolo*).¹²³ La nozione di '*alia*

¹¹⁸ Nella peculiare portata topica che essa qui assume, presentandosi cioè in un'accezione (sostanzialmente coestensiva di ogni mezzo processuale in grado di tutelare il *deceptus*) che non potrebbe essere mantenuta in altri contesti, laddove *actio*, *interdictum*, *exceptio* e *in integrum restitutio* avrebbero recuperato le loro distinte fisionomie tecniche. Ho insistito su questo punto, da ultimo, in *Dal ius controversum alle antinomie*, cit., § IV.

¹¹⁹ È pressoché impossibile stabilire se il primo fosse già richiamato dal secondo: non risulta conclusiva, in effetti, la terminologia impiegata da Ulpiano (*idem et Pomponius libro vicentesimo octavo: et adicit ...*), con la quale egli avrebbe potuto evocare una citazione già pomponiana (con relativa integrazione) ma anche, semplicemente, registrare l'oggettiva concordanza fra i due giuristi riguardo all'*interdictum*, per segnalare poi l'ulteriore passo avanti proposto dall'autore più recente per il caso della *stipulatio*: cfr., in tal senso, E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., spec. 507 ove altra bibl. e C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio*, cit., 23 ss.

¹²⁰ Non aveva dubbi, in proposito, O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., 2 fr. 9 e 21 fr. 44.

¹²¹ Rendendo esplicita la citazione di seconda mano (*Idem Pomponius refert Labeonem existimare ...*). Circa questa tecnica di lavoro ulpiana, e la prudenza con cui inferirne qualsiasi conclusione circa il suo complessivo impiego delle opere precedenti – poiché non è affatto da escludere che un autore, da lui ricordato attraverso mediazioni posteriori in un determinato contesto, venisse poi richiamato in modo più diretto e puntuale in luoghi diversi del suo commentario –, mi sono soffermato in *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., spec. 200 ove altra bibl., ma si veda anche C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio*, cit., 143 ss., spec. 155 ss.

¹²² In quanto l'infinitiva '*... hanc competere non debere ...*' di D. 4.3.1.6 sembra retta da '*Labeonem existimare*' più probabilmente che da '*Pomponius refert*'. Circa le ricorrenze di quest'ultimo verbo per introdurre altri contributi di Pomponio – quasi sempre per riferire posizioni giurisprudenziali di cui egli già dava conto (così da costituire la tipica formula con cui introdurre citazioni di seconda mano) più che casi direttamente ed esclusivamente da lui prospettati e risolti (il che appunto conforta la lettura di D. 4.3.1.6 appena suggerita) – posso rinviare a E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 73 ss.

¹²³ Precisazione che varie ragioni – di natura sia sintattica (dal momento che siamo ormai fuori dall'infinitiva retta da *Pomponius refert Labeonem existimare*) che di contenuto (trattandosi, di nuovo, di una distinzione di cui Ulpiano poteva aver scorto la carenza nella costruzione labeoniana – inducono però ad attribuire all'ultimo referente (come ad esempio riteneva T. MAYER MALY, *De se queri debere, officia erga se und Verschulden gegen sich selbst*, in *Festschrift M. Kaser*, München 1976, 253), anche se non possiamo affatto escludere fosse già presente nel ragionamento di Pomponio, se non addirittura del giurista augusteo (così pensava probabilmente O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, cit., I, 506 fr. 34 e II, 21 fr. 44, optando per includere il tratto in questione tanto *sub* Labeone che *sub* Pomponio). L'eventualità cui stiamo facendo riferimento doveva poi essere alla base del richiamo, da parte di Ulpiano (al § successivo, senza menzione, questa

actio aveva conosciuto un'ulteriore dilatazione con Pedio, il quale vi aveva attratto l'eccezione¹²⁴ e anche l'interdetto (nonostante la sua natura processuale sensibilmente diversa).¹²⁵

Al medesimo risultato – difficile dire se riprendendo esplicitamente l'apporto pediano oppure in via autonoma¹²⁶ (i due contributi erano posti da Ulpiano sullo stesso piano e con ogni probabilità, come segnalato, consultati entrambi direttamente) – era approdato Pomponio, al quale risaliva un ulteriore, e duplice, passo in avanti. Innanzi tutto egli aveva richiamato anche l'ipotesi in cui il *deceptus* fosse in grado di neutralizzare gli effetti del dolo perché a suo favore era stata conclusa un'apposita *stipulatio*: torna così, sempre che sia genuino il tratto conclusivo di D. 4.3.1.4 (dal tono effettivamente sospetto, che induce a pensare a una glossa esplicativa),¹²⁷ l'ipotesi della *cautio de dolo* che abbiamo incontrato nell'analisi

volta, di elaborazioni precedenti: il che potrebbe confermare l'ipotesi formulata riguardo a D. 4.3.1.6), di una fattispecie ulteriore, vicina nella *ratio* che ne orienta la soluzione ma ancor più complessa. Si tratta del caso in cui il *deceptus*, avendo a disposizione un'azione civile od onoraria, avesse riversato il credito che con esse poteva far valere in una *stipulatio* (si tratterebbe, più precisamente, di una *stipulatio Aquiliana*, almeno ad avviso di B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 13), e successivamente l'avesse estinta con *acceptilatio* o altro mezzo. Anche quest'ipotesi – pur in difetto, propriamente, di un'alternativa praticabile al momento della richiesta dell'*actio de dolo* – era valutata in senso ostativo alla concessione di quest'ultima, a meno che la stessa rinuncia a una (diversa) tutela processuale, che così si era determinata, non fosse stata a sua volta cagionata da *dolus malus*. Cfr. in effetti D. 4.3.1.7: *Si quis cum actionem civilem haberet vel honorariam, in stipulatum deductam acceptilatione vel alio modo sustulerit, de dolo experiri non poterit, quoniam habuit aliam actionem: nisi in amittenda actione dolum malum passus est.*

¹²⁴ Scongiurando, in tal modo, l'assurda conseguenza di stimare proponibile l'*actio de dolo* anche da parte di colui che, dopo essere stato indotto dai raggiri ad assumere un'obbligazione, ma non avendola ancora adempiuta, avrebbe comunque evitato la relativa condanna facendo inserire nella formula un'apposita *exceptio doli*: inserimento indispensabile, come noto, per ottenere l'assoluzione del convenuto nel caso di un *iudicium stricti iuris*, ma evidentemente consigliabile anche nell'ambito di un *iudicium bonae fidei*.

¹²⁵ Anche se poi non mancavano altri contesti in cui esso veniva ricondotto nello spazio semantico designato nell'editto esclusivamente col termine *actio*, al fine di attrarlo nella medesima disciplina approntata per quest'ultima. È il caso, in particolare, dell'esame del *De edendo*, con le formalità ivi contemplate ai fini della corretta informazione della controparte circa (secondo la rilettura giurisprudenziale, non la sola azione, ma) qualsiasi mezzo processuale si intendesse promuovere contro di essa. Si veda in effetti D. 44.7.37.pr. (Ulp. 4 ad ed.): *Actionis verbo continentur in rem, in personam: directa, utilis: praeiudicium, sicut ait Pomponius: stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent, ut damni infecti, legatorum et si quae similes sunt. interdicta quoque actionis verbo continentur.* Circa l'esame di questo testo – e anche il problema dell'attribuzione del richiamo agli interdetti, che sembra da ricondurre a Ulpiano e non già a Pomponio – posso rinviare a E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, cit., 54 s., 79 ss. ove bibl. e ID., *Dal ius controversum alle antinomie*, cit., § IV; ma si vedano anche, fra gli altri, J. AICHER, *D.44.7.37.pr.*, in SDHI 35, 1969, 360 ss. ove altra bibl.; A. FERNANDEZ BARREIRO, *La previa informacion del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona 1969, 58 ss. (con sospetti di alterazione, sulla scorta della letteratura interpolazionistica, proprio in merito alla menzione degli *interdicta*); A. BÜRGE, *Zum Edikt De edendo. Ein Beitrag zur Struktur des römischen Zivilprozesses*, in ZSS 112, 1995, 8; F.M. SILLA, *Genera actionum. Itinerari gaiani*, Lecce 2012, 59 s. (che giustamente sottolinea la specifica portata delle elaborazioni giurisprudenziali attorno alla categoria di *actio*, non suscettibili di assumere «valenze di tipo dogmatico e sistematico»).

¹²⁶ Si veda *supra*, nt. 119 ove bibl.

¹²⁷ Ma senza che ciò possa condurre a sospettare fondatamente del riferimento pomponiano-ulpiano alla *stipulatio*: così, per tutti, B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 12 s. e nt. 10 e A. WATSON, *Actio de dolo and actiones in factum*, in ZSS 78, 1961, 401.

labeoniana riferita in D. 4.3.7.3. In secondo luogo, e soprattutto, il giurista antoniniano giungeva a equiparare alla fruibilità di un'azione anche quanto, formalmente, ne costituiva l'inverso, ossia una sicura *denegatio actionis*, con cui la vittima del dolo (di un dolo talmente evidente da rendere *'turpis'* il contratto concluso, e non ancora eseguito) potesse confidare venisse respinta la pretesa all'adempimento dell'obbligazione così sorta, e fosse perciò salvaguardata la propria integrità patrimoniale.

Un approdo simile rivela, per l'ennesima volta, un'estrema libertà interpretativa, in quanto la lettera dei *verba edicti* (*'alia actio'*) veniva pressoché rovesciata onde dare piena attuazione all'obiettivo di fondo che il magistrato si era prefisso, e che col tempo si era sempre più precisato sulla scorta delle riflessioni giurisprudenziali. Si trattava di un esito che Ulpiano registrava senza alcuna riserva – egli neppure spendeva una parola in merito all'eclatante innovazione che così era introdotta rispetto al testo commentato – e che era destinato a confluire nella *'sententia'* di D. 4.3.7.pr., con l'«eleganza» che, come verificato, la connotava agli occhi del referente severiano.

Un'ultima soluzione espressiva di cui – già lo abbiamo anticipato – Ulpiano si serviva (anche) in questo contesto per valutare la soluzione suggerita da un giurista precedente è rinvenibile in un frammento che (nonostante la diversa collocazione nella silloge giustiniana, nel titolo *De actionibus empti venditi*) risale chiaramente, anch'esso, all'analisi attorno al *De dolo malo*.¹²⁸ Si tratta di D. 19.1.32:¹²⁹

Si quis a me oleum quod emisset adhibitis iniquis ponderibus accepisset, ut in modo me falleret, vel emptor circumscriptus sit a venditore ponderibus minoribus, Pomponius ait posse dici venditorem sibi dare oportere quod plus est petere: quod habet rationem: ergo et emptor ex empto habebit actionem, qua contentus esse possit.

¹²⁸ Come indica chiaramente la provenienza dall'undicesimo libro ulpiano, nonché il contenuto del passo, anche a prescindere dalle perplessità sollevate in merito alla genuinità del tratto conclusivo (*ergo et emptor ex empto habebit actionem, qua contentus esse possit*), che però non escluderei affatto di poter attribuire a Ulpiano (a integrazione della fattispecie contemplata da Pomponio, e introducendo così un'ulteriore distinzione) e che comunque, nella peggiore delle ipotesi, costituirebbe poco più di una glossa esplicativa, senza che venga stravolto il senso delle posizioni dei due giuristi, e anche le ragioni appena indicate in merito all'individuazione della *sedes materiae* – su quest'ultimo punto cfr., del resto, già O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, 22 (*sub* Pomponio) e 468 e nt. 3 (*sub* Ulpiano). In un ordine d'idee non troppo dissimile (pur con un approccio meno conservativo rispetto all'attuale tenore di D. 19.1.32) già B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 97 e nt. 129, secondo il quale «sebbene alterata, la frase finale contiene un riferimento prezioso, nell'espressione *contentus esse*, manifestamente allusiva all'esclusione dell'*a. de dolo*» (tema a cui sembrano rinviare anche espressioni quali *falleret* e *circumscriptus*: cfr. lo stesso B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, in AUPA 25, 1956, 126).

¹²⁹ In merito al quale si vedano, fra gli altri, P. STEIN, *False measures in the Roman Law of Sale*, in Cambridge Law Journal 4, 1955, 226 ss.; B. ALBANESE, *La nozione del furtum*, cit., spec. 126 s.; F. HAYMANN, *Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl bei der Sachebergabe im römischen Recht*, in BIDR 59-60, 1956, 33 s.; P. STEIN, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburgh-London 1958, 92 ss. ove bibl.; B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 96 ss.; E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 114 ss. ove altra bibl. e II, cit., 181; F. PROCCHI, *Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova 2007, 208 s.

Il caso verte ancora, come in D. 4.3.9.3, su una certa quantità d'olio: non perché, stavolta, al centro di una controversia in merito alla sua titolarità, ma perché oggetto di una compravendita in cui o il compratore o il venditore si siano dolosamente serviti di sistemi di pesatura contraffatti, al fine, rispettivamente, di ottenerne una misura maggiore oppure consegnarne una minore rispetto a quanto pattuito (ed, evidentemente, pagato). Due ipotesi speculari – difficile dire se ambedue presenti già in Pomponio oppure (come consiglierebbe la lettera del passo) esclusivamente in Ulpiano¹³⁰ –, ma che conservavano un'identità di regime solo nel senso che in entrambe veniva esclusa (sempre alla luce della sua sussidiarietà) la concessione dell'*actio de dolo*. Diversa era però, stando a quanto apprendiamo dalla versione testuale a noi pervenuta (e che appare, peraltro, tutt'altro che carente di logica giuridica), la tutela processuale suggerita per l'una situazione e per l'altra. Ove infatti a essere raggirato nel modo descritto fosse stato il venditore – che pertanto, con la *traditio* della merce, aveva visto uscire indebitamente dal suo patrimonio una parte dell'olio (pari alla differenza fra quel che era stato indotto a consegnare rispetto a quanto contrattualmente stabilito) –, la richiesta di un'*actio de dolo* sarebbe stata frustrata dalla possibilità di ricorrere a una *condictio*.¹³¹ Qualora invece *deceptus* fosse stato il compratore, egli avrebbe potuto lamentare un imperfetto adempimento da parte del *venditor* (che aveva effettivamente corrisposto solo una porzione di quanto dovuto *ex contractu*), con la conseguenza di poter ricorrere alla relativa azione contrattuale (*ex empto habebit actionem*).¹³²

¹³⁰ Al quale, più che a un annotatore tardoantico o a un compilatore giustiniano, tenderei in effetti ad attribuire (ai fini del completamento e dell'ulteriore articolazione della problematica rinvenuta in Pomponio) sia il tratto relativo alla seconda eventualità (*vel emptor circumscriptus sit a venditore ponderibus minoribus*) sia il finale del passo (su cui *supra*, nt. 128). Mi discosterei lievemente, quindi, da quanto scrivevo in *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, cit., 181, laddove lasciavo aperta la possibilità che la situazione del compratore raggirato fosse già stata prospettata dal giurista antoniniano, e da lui risolta con quel particolare impiego dell'*actio empti* (eventualità a favore della quale potrebbe militare, ma solo come un tenue indizio, una certa vicinanza con la logica attribuita al medesimo Pomponio in D. 18.1.34.3 [Paul. 33 *ad ed.*]). Il problema non si pone invece, come ovvio, per quanti ritenevano che «nel testo genuino, probabilmente, la sola fattispecie prevista era quella dell'inganno subito dal venditore» (così B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 97 nt. 128 ove altra conforme bibl.; meno radicali le ipotesi di alterazione in P. STEIN, *Fault in the Formation*, cit., 93 s.).

¹³¹ A cui allude chiaramente la terminologia impiegata (... *venditorem sibi dare oportere quod plus est petere* ...), mentre rimane controverso se si trattasse di *condictio indebiti* (come già riteneva Cuiacio, e poi, ad esempio, Stein) oppure furtiva (come pensava Haymann): per ulteriori e più puntuali ragguagli su questo punto posso rinviare ai miei *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, cit., 115 nt. 239. Diversamente – ma non comprendo su quali basi – parla di un «parere di Pomponio secondo cui, come all'acquirente viene riconosciuta l'*actio ex empto* ..., così dovrà concedersi anche al venditore l'azione contrattuale per recuperare la differenza di prezzo lucrata con la predisposizione di pesi maggiori», F. PROCCHI, *'Dolus'*, cit., 208. Una lettura resa ancor meno convincente da un duplice dato: da una parte la sbrigativa (e discutibilissima) attribuzione a Pomponio di un intervento più verosimilmente ascrivibile solo a Ulpiano (*supra*, nt. 130); dall'altra la circostanza che, nell'ultima ipotesi contemplata, a essere «lucrata» dal *deceptor* è, propriamente, una quantità d'olio più che «la differenza di prezzo» (con le conseguenze che, come rilevato nel testo e alla nt. 132, vediamo derivarne).

¹³² Il punto era già colto, con l'usuale lucidissima acutezza, da J. CUIACIUS, *Ad Titulum I. De actionibus empti et venditi. Lib. XIX Digest.*, ora in *Opera*, VII, Neapoli 1722, 801: «*alia autem actio mihi competit, puta, condictio indebiti, ut quod amplius emptor accipit, mihi reddat atque restituat: condictio, inquam, indebiti, non actio ex vendito: quia id quod amplius est olei, id quod plus olei venditor dedit, vel ego dedi, qui vendidi,*

Proprio riguardo alla prima eventualità – l'unica, del resto, che possiamo ascrivere con certezza a Pomponio – incontriamo il giudizio che ci interessa: *quod habet rationem*. Il fondamento e la «logica giuridica» (così renderei la locuzione ulpiana) non rinviavano affatto a un'astratta razionalità – e neppure evocavano il solo esame nel merito di una dottrina rispetto all'*auctoritas* di chi aveva sostenuto quella o altra disciplina¹³³ –, per costituire piuttosto un tipico argomento invocato nella selezione fra più possibili soluzioni giurisprudenziali (selezione non semplicemente dettata dalla maggiore aderenza a testi normativi, più o meno «correttamente» interpretati), entro un approccio spiccatamente fluido e topico.¹³⁴ Siamo di fronte, in definitiva, a una peculiare manifestazione del modo di procedere dei giuristi romani, con ragionamenti che vertevano spesso (in visibile contiguità rispetto a retorica e dialettica)¹³⁵ sul plausibile e il verosimile, assai più che essere

venditione non continetur. Per contrarium quoque cum venditore ipse dolo malo adhibuit pondera minora, ut emptorem deciperet in modo, quod minus accepit petere emptor potest actione ex empto, quia non totum quod emit accepit».

¹³³ Come accade invece in una nota, e sotto più aspetti illuminante, testimonianza di Celso, conservata in D. 33.10.7.2 (19 dig.): *Servius fatetur sententiam eius qui legaverit aspicere oportere, in quam rationem ea solitus sit referre: verum si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent, ut puta escarium argentum aut paenulas et togas, supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere supellectili legata ea quoque contineri: non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere. id Tubero parum sibi liquere ait: nam quorsum nomina, inquit, nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? Equidem non arbitror quemquam dicere, quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet: nam vocis ministerio utimur: ceterum nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit. sed etsi magnopere me Tuberonis et ratio et auctoritas movet, non tamen a Servio dissentio non videri quemquam dixisse, cuius non suo nomine usus sit. nam etsi prior atque potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur.* Su questo testo, per tutti, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II, cit., 839 s.; R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati*, II, cit., spec. 168 ss.; H. HAUSMANINGER, *Publius Iuventius Celsus*, cit., 386 s.; F. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, 114 ss.; G. NEGRI, *Diritto minerario romano. I. Studi esegetici sul regime delle cave private nel pensiero dei giuristi classici*, Milano 1985, spec. 84 ss.; V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Torino 1989, 110 s.; J.D. HARKE, *Argumenta Iuventiana. Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen*, Berlin 1999, 20 ss.; M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*», cit., 296 ss. ove altra bibl.; E. STOLFI, *Brevi note su «interpretatio» e «auctoritas»*, cit., 169 ss.

¹³⁴ Attraverso i richiami alla '*ratio*' appare dunque preminente l'attenzione per il percorso interpretativo e il ragionamento che lo guidava, e non solo per gli esiti cui esso era approdato (e la loro plausibilità sul piano esegetico): sarà designata con quei termini soprattutto la costruzione giurisprudenziale relativa a fattispecie non immediatamente riconducibili a una previsione dell'editto (o di altro testo normativo), o in cui più di uno potrebbero essere i rimedi astrattamente fruibili. Trovo in effetti significativa la (relativa) frequenza di un riconoscimento di *ratio* per certe soluzioni risalenti ad opere, come i *digesta* di Celso e Giuliano, che dell'editto seguivano l'ordine ma non si articolavano nella sua analisi lemmatica. Su tutto ciò, fra gli altri, D. NÖRR, *Rechtskritik*, cit., spec. 138 s.; E. STOLFI, *Per uno studio del lessico*, cit., 352; M. BRETONE, *Ius controversum*, cit., 799 ss. Si veda ora anche G. COSSA, *'Regula sabiniana'. Elaborazioni giurisprudenziali in materia di condizioni impossibili*, Milano 2013, 38 ss. ove altra bibl.

¹³⁵ Sui cui compositi, e spesso determinanti, rapporti col sapere giuridico esiste ormai una folta letteratura (anche se talora impostata secondo schematiche e compatte giustapposizioni, inidonee a cogliere la pluralità di orientamenti e problemi su un versante e sull'altro): una ricognizione puntuale, con ponderate prese di posizione, è stata recentemente offerta da G. COSSA, *I giuristi e la retorica*, in C. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI (a cura di), *Dogmengeschichte*, cit., 299 ss. È poi pressoché superfluo precisare che il riferimento è qui alla dialettica principalmente nell'accezione (di «logica del probabile») che assume in

imposti dal rigore deduttivo di certi sistemi giuridici della modernità e della ragione matematica da cui li si voleva plasmati.

Trovo quindi assolutamente condivisibile quanto, a proposito di D. 19.1.32, segnalava Albanese (pur nel contesto di un'esegesi che, sotto altri aspetti, faticherei a seguire),¹³⁶ laddove percepiva nel tenore del giudizio ulpiano (così come nel precedente '*posse dici*') una «impressione di esitazione».¹³⁷ Un incedere, mi permetterei di aggiungere, cauto e ponderato, che si muoveva attraverso il reticolo di *interpretationes* che aveva avvolto lo scarno dettato editale, per compararne a ogni passo gli approdi diversi, e non di rado confliggenti. Questo, con specifico riguardo al nostro testo, doveva essere accaduto a proposito dell'esclusione pomponiana dell'*actio de dolo*, posta a raffronto con la ricordata tesi di Labeone secondo cui essa sarebbe stata invece da concedere anche qualora fosse semplicemente dubbia la pertinenza ed esperibilità di altra azione: eventualità che poteva essere stata prospettata, dallo stesso Labeone o da altri, anche in merito al caso (almeno) del venditore raggirato nella misurazione dell'olio, che integrava in effetti una fattispecie (alla pari di quelle rinvenibili, appunto, in D. 4.3.7.3) di dolo intervenuto (non anteriormente alla conclusione di un contratto, ma) in sede di esecuzione.¹³⁸

Si tratta, come avvertito più volte, solo di esempi, nel ripercorrere i quali occorre tenersi distanti dalla tentazione di chiudersi nel dettaglio esegetico non meno che da quella di inferirne linee interpretative troppo ampie e univoche. Se con un luogo comune ho iniziato, con un altro rischio di chiudere: e ciò col monito (rivolto ovviamente a me stesso, prima di tutto) a sforzarsi di attribuire il massimo peso a ogni dettaglio della scrittura giurisprudenziale romana, impegnandosi a recuperare il più possibile di quell'universo in gran parte sepolto – composto di concetti, metodi di analisi giuridica, forme di argomentazione – che anche una semplice parola, in un guizzo di senso (pur non sempre invariato al mutare del contesto), può riportare alla luce. Ma è forse anche questo – destinati come siamo a fare anche noi, essenzialmente, «cose con le parole» – qualcosa più che una banalità, se calato con rigore e (faticosa) coerenza nella concreta disamina di una molteplicità di problemi (del linguaggio, ma non solo) di cui quelli affrontati in queste pagine non possono rappresentare che un primo, provvisorio censimento.

Aristotele (in primo luogo nei *Topiká*), col rapporto di analogia e corrispondenza che la lega proprio alla retorica (esplicito, in tal senso, Arist., *rhet.* 1.1354a1).

¹³⁶ In particolare per i radicali sospetti di «un travaglio riassuntivo e semplificativo dei compilatori» (sono appunto parole di B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 97), ai quali andrebbe ascritta non solo l'inserzione di tutta la seconda ipotesi (quella del raggio sofferto dal compratore), con la relativa soluzione (*supra*, nt. 130), ma anche la soppressione di un originario riferimento (nel caso di venditore *deceptus*) all'*actio furti*.

¹³⁷ Così B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 97.

¹³⁸ Già insisteva (pur senza, in verità, richiamare l'ultimo aspetto menzionato nel testo) sulla «connessione di D. 19.1.32 ... con gli sviluppi del principio labeoniano '*et si dubitetur ...*'» B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, cit., 97 s.

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato Scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 31 maggio, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2016
presso le Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Palermo)

