

**BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO**  
**« VITTORIO SCIALOJA »**

Quarta Serie Vol. I (2011)

Volume CV della collezione

*(Estratto)*

M. FLORIANA CURSI - ROBERTO FIORI

LE AZIONI GENERALI DI BUONA FEDE  
E DI DOLO NEL PENSIERO DI LABEONE



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

ISBN 88-14-17315-X

© Copyright Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A. Milano - 2011  
VIA BUSTO ARSIZIO, 40 - 20151 MILANO - Sito Internet: [www.giuffre.it](http://www.giuffre.it)

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

---

Tipografia «MORI & C. S.p.A.» - 21100 VARESE - Via F. Guicciardini 66

M. FLORIANA CURSI  
ROBERTO FIORI

## LE AZIONI GENERALI DI BUONA FEDE E DI DOLO NEL PENSIERO DI LABEONE\*

### 1. *Premessa.*

Nella *communis opinio*, il ruolo di Labeone nell'elaborazione di forme atipiche di tutela è stato ricondotto pressoché esclusivamente alla materia dei contratti innominati, a protezione dei quali egli avrebbe applicato, per la prima volta, l'*agere praescriptis verbis*.

Un rinnovato esame delle fonti parrebbe invece indirizzare verso un quadro del tutto diverso. Sembra cioè potersi dimostrare, da un lato, che egli abbia consigliato l'impiego dell'*agere praescriptis verbis* a fini differenti dalla tutela dei contratti innominati, lavorando sulla residualità dell'azione; dall'altro, che il suo contributo si sia esteso anche all'interpretazione del criterio della sussidiarietà di un'altra azione 'generale', e cioè dell'*actio de dolo*. Inoltre, sembrerebbe possibile ravvisare, in questa duplice elaborazione, alcuni tratti comuni che varrà la pena di verificare.

### 2. *I dubbi della locazione marittima (D. 19, 5, 1, 1).*

Partiamo dagli impieghi labeoniani dell'*agere praescriptis verbis*<sup>1</sup>.

\* I §§ 1, 7 e 13 sono stati scritti in comune; i §§ 2-6 da Roberto Fiori; i §§ 8-12 da Floriana Cursi.

<sup>1</sup> Impieghi di cui non ci si può liberare attribuendo — in modo fortemente congetturale — tutti i riferimenti contenuti nei passi alla scrittura di giuristi successivi o a interpolazione, come vorrebbe M. SARGENTI, *Labeone e la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in «Jura» 38 (1987) 54 ss.; ID., *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in «SDHI» 72 (2006) 237 ss. Per quanto attiene alla costruzione formulare dell'*agere praescriptis verbis*, deve con ogni probabilità pensarsi, con R. SANTORO, *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis e praescriptio*, in *Studi C. Sanfilippo*, IV, Milano 1983, 683 ss. = *Scritti minori*, I, Torino 2009, 257 ss. (cfr. anche ID., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in AA.VV., *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* [Atti Milano 1987], I, Milano 1988, 131 ss.; M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 1998, 131 ss., che tuttavia identifica la *praescriptio* dell'*agere praescriptis verbis* con

In un primo frammento, riportato da Papiniano, Labeone afferma debba essere data un'*actio civilis in factum* — ossia un'azione decretale<sup>2</sup> verisimilmente costruita come *agere praescriptis verbis*<sup>3</sup> — quando vi sia assoluta incertezza rispetto al modello negoziale<sup>4</sup> adottato nel contratto di locazione

una *praescriptio pro actore*, il che non appare condivisibile), alla descrizione della fattispecie in una *praescriptio* — in modo analogo a quanto avviene nella *demonstratio*, ma in alternativa a questa e in un testo estraneo alla formula vera e propria, così da non vincolare il giudice nella qualificazione del rapporto — mentre la pretesa era contenuta in una *intentio incerta* di natura civilistica. Questa ipotesi si basa essenzialmente sulla preziosa testimonianza di Stefano, sch. μαθῶν a Bas. 11, 1, 7 (B I, 188 Sch. = I, 559 s. Heimb.), che non può essere ridimensionata sulla base del presupposto indimostrato che lo scoliasta non potesse avere sotto gli occhi la formula, o addirittura non potesse parlare in termini formulari, come vorrebbe SARGENTI, *Labeone*, cit., 59 s., il quale dimentica che in molti casi i testi della giurisprudenza classica erano a disposizione dei maestri bizantini (così, esattamente, VARVARO, *op. cit.*, 139 e nt. 516). La diversa ipotesi di M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, Berlin 2002, 46 ss., di una *praescriptio* non sostitutiva della *demonstratio*, ma ad essa premessa, non solo si pone in contrasto con quanto testimoniato dallo scolio di Stefano — il quale afferma che nell'*actio praescriptis verbis* il fatto (τὸ πρᾶγμα) è descritto «come in una *demonstratio*» (ὡς ἐν δεμονστρατίῳ), dunque evidentemente in alternativa alla *demonstratio* — ma, mantenendo la *demonstratio* con il suo riferimento a un contratto tipico, non consente di risolvere i problemi di tutela cui l'*agere praescriptis verbis* è preposto (una notazione analoga a questa in SARGENTI, *Actio*, cit., 250, che però non richiama Artner). Non sembra possa accogliersi neanche la proposta di inserire la descrizione 'fattuale' dell'accordo nella *demonstratio*, ossia all'interno della *formula*, come suggerisce C. A. CANNATA, *L'actio civilis in factum*, in «Iura» 57 (2008-2009) 24: sia perché ciò potrebbe giustificare la denominazione di *actio civilis in factum*, ma non quella di *agere praescriptis verbis* (che pure l'a. fa coincidere), la quale allude evidentemente a una (almeno iniziale) collocazione dei *verba* prima della formula vera e propria; sia perché, se è possibile costruire una *demonstratio in factum* rispetto a rapporti cd. atipici, assai più difficile è fare lo stesso in casi in cui — come in quelli che analizzeremo — non vi è dubbio che il contratto sia tipico, ma anche che sia pericoloso utilizzare le azioni tipiche: se ad esempio, in un caso come D. 19, 5, 1, 1, il contratto è certamente di locazione e il dubbio è solo sulla scelta tra *actio locati* e *actio conducti*, appare difficile descrivere la fattispecie senza far alcun riferimento alla *locatio conductio*, ma se il riferimento è presente non sarà agevole distinguere l'*actio civilis in factum* dalla normale azione di locazione.

<sup>2</sup> M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in AA.VV., *Contractus et pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana* (Atti Copanella 1988), Napoli 1990, 100 nt. 250; P. GRÖSCHLER, *Actiones in factum*, Berlin 2002, 13 s.

<sup>3</sup> Per l'accostamento all'*agere praescriptis verbis* cfr. per tutti F. GALLO, 'Synallagma' e 'conventio' nel contratto. *Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*. *Corso di diritto romano*, I, Torino, 1992 237; GRÖSCHLER, *Actiones*, cit., 19. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 86 ss e spec. 89 (cfr. 94), pur cogliendo una stretta vicinanza tra *agere praescriptis verbis* e *actio civilis in factum*, vede una differenza tra i due strumenti nell'essere caratterizzati il primo dalla premessa di *verba* alla *demonstratio*, che così è mutata; e la seconda dall'inserimento di una nuova *demonstratio*: ma cfr. *supra*, nt. 1.

<sup>4</sup> Sulla distinzione tra 'modello negoziale' e 'tipo' cfr. R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999, 297 ss. La

marittima realizzato dalle parti, se si tratti cioè di una *conductio navis* o di una *locatio mercium vebendarum*.

Lab. *ad ed. fr.* 98 Lenel = Pap. 8 *quaest.* D. 19, 5, 1, 1: *domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conducxerit an merces vebendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit.*

La scelta labeoniana deve essere in questo caso spiegata con il rischio, per l'attore, di perdere la lite, qualora avesse utilizzato un'azione errata. Usando l'*actio locati*, infatti, il *dominus mercium* attore avrebbe rappresentato al giudice la fattispecie nei termini di un contratto di trasporto (in cui il *dominus mercium* è *locator*), mentre usando l'*actio conducti* avrebbe fatto necessariamente riferimento a una locazione di nave (in cui il *dominus mercium* è *conductor*). Ciò avrebbe potuto portare all'assoluzione del convenuto qualora il giudice avesse ricostruito il rapporto in modo diverso dall'attore, perché questi non avrebbe evidentemente potuto vedere soddisfatte le medesime pretese nei due distinti assetti di interessi, nei quali il regime del rischio e della responsabilità variano notevolmente.

L'*agere praescriptis verbis* costituisce una valida soluzione perché i *verba praescripta* alla *formula*, non definendo in maniera netta le posizioni di ciascuna parte ma limitandosi a rappresentare il rapporto in una porzione del testo formulare che è in senso proprio esterno alla *formula*, non vincolano il giudice nella sua decisione.

È chiaro però che nella fattispecie non vi è alcun dubbio che si tratti — nell'uno o nell'altro senso — di *locatio conductio*<sup>5</sup>: le perplessità non riguardano l'individuazione del 'tipo' contrattuale, ma solo la scelta dell'azione più adeguata tra quelle offerte dal tipo<sup>6</sup>. Il frammento non può dunque testimoniare alcunché in relazione alla tutela dei contratti innominati, cui pure spesso viene accostato<sup>7</sup>. Piuttosto, esso denuncia un dato spesso oscurato dagli interpreti, e cioè che l'*agere praescriptis verbis* ha un campo di applicazione più ampio di quello dei contratti atipici, potendo garantire una tutela atipica anche a rapporti tipici. L'*agere praescriptis verbis* si presenta infatti come residuale, nel senso che il pretore tende a prediligere la concessione di azioni tipiche, ma è questa una forma di residua-

distinzione è impiegata anche da V. MAROTTA in A. SCHIAVONE (a cura di), *Diritto privato romano*, Torino 2003, 418 ss., che tuttavia parrebbe non conoscere l'opera sopra citata (cfr. *ibid.*, 489).

<sup>5</sup> E ciò nonostante la collocazione palinogenetica ipotizzata dal Lenel, nella rubrica *de aestimato*: O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, I, Leipzig 1899, 514.

<sup>6</sup> Per una più accurata esegesi del testo cfr. FIORI, *La definizione*, cit., 128 ss. L'estraneità al problema dei contratti innominati è ora riconosciuta anche da CANNATA, *L'actio*, cit., 9 ss.

<sup>7</sup> Cfr. ad es. SANTORO, *Il contratto*, cit., 102; BURDESE, *Sul concetto*, cit., 129.

lità che potremmo chiamare ‘relativa’: non è necessario che manchi in assoluto un’azione tipica a tutela del rapporto, essendo sufficiente che l’esperienza dell’azione tipica, pur esistente, possa risultare pericoloso per l’attore.

### 3. *La vendita condizionata della biblioteca (D. 18, 1, 50).*

Un altro frammento riguarda l’acquisto di una *bibliotheca*, condizionato a un secondo negozio, e cioè alla vendita, a favore del medesimo acquirente, dell’area in cui collocare la *bibliotheca*. Poiché la condizione è mista<sup>8</sup>, essendo subordinata a una richiesta da parte dell’acquirente, il mancato avveramento della condizione determina una responsabilità di quest’ultimo per essere divenuta la prima vendita definitivamente inefficace:

Lab. *ad ed. fr. 36 Lenel* = Ulp. 11 *ad ed. D. 18, 1, 50*: *Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impletur.*

È questa un’ipotesi che oggi ricondurremmo alla violazione della buona fede in pendenza della condizione: il principio di correttezza serve a evitare che l’assetto di interessi possa dar spazio a comportamenti arbitrari nel segmento potestativo<sup>9</sup>. Ed è chiaro che, per quanto l’obbligazione principale sia sospesa sino all’avveramento della condizione, simili doveri — in quanto finalizzati a garantire che il comportamento delle parti sia corretto proprio durante tale sospensione — devono essere attuali<sup>10</sup>.

Anche nella fattispecie descritta da Labeone è verisimile che il dovere accessorio, inserendosi all’interno di una compravendita, ossia di un rapporto in cui sorgeva un *oportere ex fide bona*, fosse configurato in termini

<sup>8</sup> GALLO, *Synallagma*, cit., I, 194: «una condizione mista, della quale nel testo è preso in considerazione il momento potestativo». La condizione è potestativa per BURDESE, *Sul contratto*, cit., 129, e ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 72 e nt. 32, ma alla condizione potestativa semplice non è verisimilmente riferibile la cd. finzione di avveramento.

<sup>9</sup> Cfr. L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede (art. 1358 c.c.)*, Milano 1975, 57 ss. Sulla natura di tali doveri cfr. M. FACCIOLO, *Il dovere di comportamento secondo buona fede in pendenza della condizione contrattuale*, Padova 2006, 76 ss.

<sup>10</sup> Diverso è il problema della loro esigibilità in pendenza della condizione: la esclude G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano 1974, 220 ss., mentre la ammette la maggioranza degli autori: cfr. per tutti BRUSCUGLIA, *Pendenza*, cit., 106; FACCIOLO, *Il dovere*, cit., 130 ss.

di buona fede<sup>11</sup>. Senonché, mentre Ulpiano propende per ammettere anche l'*actio venditi*, in applicazione del principio della finzione di avveramento della condizione<sup>12</sup>, Labeone parrebbe ritenere doversi utilizzare l'*agere praescriptis verbis*<sup>13</sup>: una scelta che potrebbe essere stata determinata dal non essersi ancora affermata la regola della finzione di avveramento e, conseguentemente, dall'impossibilità di utilizzare le azioni del contratto di compravendita<sup>14</sup>.

Se così è, non è però possibile pensare che Labeone intendesse la fattispecie come convenzione atipica<sup>15</sup>: una compravendita sottoposta a condizione sospensiva, per quanto divenuta inefficace, non si trasforma per ciò stesso in un *novum negotium*<sup>16</sup>.

È impossibile tuttavia non notare che l'obbligo che viene tutelato è per così dire 'nudo': non nel senso che coincida con la *nuda pactio* di cui parla Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 1, 7, 4, perché il consenso era stato espresso rispetto a un contratto tipico (*emptio-venditio*), cosicché l'azione atipica viene concessa semplicemente perché le azioni tipiche non sono utilizzabili, ma non viene creata alcuna 'nuova' figura contrattuale. Piuttosto, l'obbligo è 'nudo' perché, pur inserendosi in un accordo 'vestito', l'*oportere* accessorio *ex fide bona* viene tutelato in sé, a prescindere dal tipo contrattuale di riferimento<sup>17</sup>.

Il dato, per il diritto romano, non è irrilevante. Nella moderna concezione del contratto come accordo di volontà l'inefficacia dell'obbligazione princi-

<sup>11</sup> Cfr. anche ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 79, pur se all'interno di una differente ricostruzione della formula, su cui cfr. *supra*, nt. 1.

<sup>12</sup> Espresso dal medesimo giurista in Ulp. 77 *ad ed.* D. 50, 17, 161: *in iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset. quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditioni pareret.*

<sup>13</sup> Sui problemi di genuinità del riferimento cfr. per tutti ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 73 s. In realtà, Labeone non afferma esplicitamente che questa è l'unica soluzione, ma si limita a sostenere che non si può dubitare che si possa *agere praescriptis verbis* — il che, in sé, non escluderebbe l'esperibilità, per quanto dubbia, dell'azione di vendita. Tuttavia se così non fosse l'aggiunta ulpianea sarebbe inutile, o al più dovremmo immaginare un fraintendimento da parte del giurista severiano.

<sup>14</sup> GALLO, *Synallagma*, cit., I, 194 s.

<sup>15</sup> Così invece BURDESE, *Sul concetto*, cit., 130; C. A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in L. VACCA (a cura di) *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (Palermo, 7-8 giugno 1995) Torino 1997, 194 s.; C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche del συναλλάγμα di Aristone*, in L. GAROFALO (a cura di) *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova 2007, 56 nt. 114.

<sup>16</sup> Così, esattamente, GALLO, *Synallagma*, cit., I, 194.

<sup>17</sup> Ciò non significa, naturalmente, che la tutela prescindesse dalle regole sostanziali del tipo: il rispetto dell'*oportere* accessorio sarà verisimilmente valutato tenendo conto delle regole dell'*emptio venditio*, pur non potendosi agire *ex vendito*.

pale non fa venir meno la natura contrattuale del risarcimento, né il sistema aperto pone problemi di tipicità della tutela. In diritto romano invece, posta la sostanziale coincidenza tra contratto e obbligazione<sup>18</sup>, la definitiva inefficacia dell'obbligazione principale dovrebbe travolgere l'intero contratto. Un giurista romano, infatti, non comprenderebbe come possa ritenersi esistente un contratto definitivamente inefficace, da cui cioè non è nata un'*obligatio*<sup>19</sup>, perché per i *prudentes* un simile negozio è *nullus*<sup>20</sup>: non essendo sorta l'*obligatio* tipica, non è nato neanche un contratto tipico<sup>21</sup> e dunque — se non interviene una qualche finzione — non sono utilizzabili azioni tipiche.

Ma quando un *oportere*, per quanto non principale, sopravvive, si pone il problema della sua tutela. Il rapporto tipico inefficace non può certo trasformarsi in un contratto atipico, ma dal contratto tipico inefficace nasce un obbligo che, sopravvivendo al contratto cui inerisce, diviene autonomo rispetto al *nomen contractus*, al punto di non poter essere tutelato dall'azione tipica. Qualora il pretore attribuisse all'attore l'azione tipica per la tutela di questo *oportere*, pertanto, ciò porterebbe con certezza — all'epoca di Labone: diverso sarà per Ulpiano che ammetterà una finzione — a una sconfitta dell'attore. Ciò può far tornare in mente la situazione esaminata nel paragrafo precedente, di dubbio rispetto alla correttezza dell'azione: anche in questo caso non vi è una residualità 'formale', nel senso che non vi è una assenza assoluta di azione rispetto al rapporto (che è tipico). Tuttavia non vi è nemmeno una residualità 'relativa' come nel § 2, perché non vi è alcun dubbio circa il fatto che l'azione tipica non possa essere in concreto utilizzata.

<sup>18</sup> Cfr. quanto scritto in R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli 2003, 176 ss.

<sup>19</sup> Ed è per questa stessa ragione che un grande romanista come M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed efficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in «BIDR» 101-102 (1998-1999) 1 ss., talmente compenetrato nella logica dei *prudentes* da non riuscire a spiegarsi l'impostazione moderna, scriveva che «la predicazione di esistenza di un atto giuridico senza che se ne siano verificati gli effetti è — dal punto di vista della logica del diritto, che del resto s'identifica qui con la logica in generale — una *contradictio in terminis*» (*ibid.*, 4; ma cfr. già ID., *Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca*, in «Riv. dir. civ.» 10 [1964] I, 150 ss. e spec. 158 ss.), e rilevava come la produzione preliminare di effetti del negozio inefficace sia «una fattispecie diversa da quella del negozio che produce i suoi effetti tipici».

<sup>20</sup> Cfr., con particolare riferimento all'ipotesi della condizione sospensiva non avveratasi, i passi raccolti da TALAMANCA, *Inesistenza*, cit., 25 ss. (il quale rileva che nei testi romani il contratto sospensivamente condizionato non è detto né *nullus* né *inutilis* durante il periodo di pendenza della condizione: cfr. *ibid.*, 25 nt. 133 e 31).

<sup>21</sup> L'aggettivo, come notava TALAMANCA, *Inesistenza*, cit., 16 s., «non equivale al nostro 'nullo', come aggettivo qualificativo, bensì al nostro 'nessuno', usato come aggettivo indefinito», cosicché «nelle frasi in cui di qualcosa si predica il *nullum esse*, si afferma che non esiste il soggetto — nel caso nostro la figura negoziale — cui si riferisce l'aggettivo». Cfr. anche, per la sostanziale coincidenza di significato con *inutilis*, *ibid.*, 21 ss.



È piuttosto un tipo di residualità che potremmo chiamare ‘sostanziale’: l’*agere praescriptis verbis* viene concesso per tutelare un *oportere ex fide bona* tipico, ma accessorio rispetto a un *oportere* principale inefficace.

#### 4. La vendita delle perle (D. 19, 5, 17, 1).

In un terzo frammento è discussa la consegna di perle stimate, con l’accordo che l’acquirente restituisca le stesse o il loro prezzo; prima della vendita, le perle periscono, cosicché si pone il problema di chi debba sopportare il rischio e di quale azione debba essere utilizzata:

Lab. *ad ed. fr.* 99 Lenel = Ulp. 28 *ad ed. D.* 19, 5, 17, 1: *si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.*

Labeone adotta quale criterio per l’attribuzione del rischio l’interesse al negozio e la conseguente iniziativa alla realizzazione del contratto, aggiungendo che, se nessuno ha assunto l’iniziativa ma vi è stato un accordo congiunto, il possibile acquirente è tenuto solo a titolo di responsabilità<sup>22</sup>. In ogni caso deve essere concessa un’*actio praescriptis verbis*.

Il rapporto provvisoriamente instauratosi tra le parti è stato letto da alcuni come contratto estimatorio<sup>23</sup>, da altri come vendita condizionata al gradimento (*pactum displicentiae*)<sup>24</sup>. Qualunque soluzione si accolga, il ricorso all’*agere praescriptis verbis* si giustifica sempre in relazione all’incertezza o all’impossibilità dell’uso di azioni tipiche.

Rispetto al contratto estimatorio, sappiamo che la relativa *actio* è stata inserita nell’editto per eliminare i dubbi sorti nella giurisprudenza, la quale a volte

<sup>22</sup> In testo vengono usate le espressioni ‘rischio’ e ‘responsabilità’ nel senso usuale delle stesse; ma cfr. l’importante ripensamento di queste categorie in relazione al *praestare* in R. CARDILLI, *L’obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano 1995, *passim* (sul passo cfr. *ibid.*, 382).

<sup>23</sup> E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria ‘contrahere’ in giuristi proculiani e sabiniani*, in «BIDR» 28 (1915) 31; P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, 257; L. LOMBARDI, *L’actio aestimatoria e i bonae fidei iudicia*, in «BIDR» 63 (1960) 135; TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 90; GALLO, *Synallagma*, cit., I, 197 ss. Altra bibliografia in E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento 2011, 174 nt. 226.

<sup>24</sup> Cfr. per tutti SANTORO, *Il contratto*, cit., 119; BURDESE, *Sul concetto*, cit., 130; ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 201 s. (ove anche altre indicazioni bibliografiche, in nt. 133); SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 170 ss.

attribuiva l'*actio venditi*, sul presupposto che la *res aestimata* era stata data per essere venduta; altre volte l'*actio locati*, come se fosse stato affidato il compito di vendere la *res*; altre ancora l'*actio conducti*, come se fossero stati locati i servizi finalizzati alla vendita; oppure l'*actio mandati*, verisimilmente nella stessa logica con la quale si pensava a una locazione conduzione, ma rispetto ai casi di rapporto gratuito. È probabile però che all'epoca di Labeone l'*actio aestimatoria* fosse costruita nelle forme di un *agere praescriptis verbis*<sup>25</sup>, cosicché la fattispecie non sarebbe molto diversa da quella che abbiamo ravvisato in D. 19, 5, 1, 1: anche in questo caso, infatti, la discussione tra i *prudentes* si svolge tutta nel confronto tra contratti tipici: l'atipicità dell'azione non si lega neanche in questo caso a una atipicità del rapporto, ma solo a una difficoltà di qualificazione<sup>26</sup>.

Contro l'ipotesi del contratto estimatorio si pongono due dati. Il primo è che il proprietario della *res* nel passo viene definito *venditor*: ma ciò potrebbe giustificarsi in relazione al fatto che la *res* viene data in vista di una futura vendita<sup>27</sup>. Il secondo è che il regime del contratto estimatorio — per quel che ne sappiamo — poneva senz'altro il *periculum* a carico dell'*accipiens*<sup>28</sup>, mentre le soluzioni di Labeone e Pomponio, che parrebbero accolte anche da Ulpiano, offrono un quadro più articolato, tenendo conto dell'interesse alla conclusione del negozio<sup>29</sup>. Potrebbe allora propendersi per l'ipotesi che ravvisa nel rapporto una vendita sospensivamente condizionata al gradimento. Se però così fosse, certo non potrebbe parlarsi di contratto innominato<sup>30</sup>: ancora una volta, occorre ripetere che una vendita condizionata, per quanto inefficace, non trasforma il rapporto in una convenzione atipica.

Resta il problema di come intendere il richiamo labeoniano all'*agere praescriptis verbis*. Apparentemente, in questo caso non vi è una violazione della buona

<sup>25</sup> Cfr. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 3, 1 pr.: *actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia: fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conducissem, an mandati. melius itaque visum est banc actionem proponi: quotiens enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem: est enim negotium civile gestum et quidem bona fide. quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus.* Sul problema cfr. ora ampiamente SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 132 ss. Sulla base di questi dati, qualora si riconducesse la fattispecie ad *aestimatum*, dovrebbe forse riferirsi l'ultima frase a Labeone e non a Ulpiano, come ritengono GALLO, *Synallagma*, cit., I, 201; SANTORO, *Il contratto*, cit., 120; BURDESE, *Sul concetto*, cit., 130.

<sup>26</sup> Cfr. anche CANNATA, *L'actio*, cit., 21 s.

<sup>27</sup> GALLO, *Synallagma*, cit., I, 200 s. Sul problema vedi ora SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 174 ss.

<sup>28</sup> Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 3, 1, 1: *aestimatio autem periculum facit eius qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit.*

<sup>29</sup> SANTORO, *Il contratto*, cit., 118 s. nt. 136 (con bibliografia precedente).

<sup>30</sup> Così invece SANTORO, *Il contratto*, cit., 120; BURDESE, *Sul concetto*, cit., 129 s.; CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., 377 ss.

fede da parte di uno dei contraenti, ma solo un problema di allocazione del rischio. Se però riflettiamo sul fatto che anche nell'*intentio* di un'azione tipica di compravendita la richiesta di risarcimento del danno determinata da un problema di rischio viene espressa in termini di *oportere ex fide bona*, comprendiamo che i Romani dovevano considerare come rientrante nella nozione di *obligatio* e di buona fede anche il dovere di sopportare il rischio, e non solo quello di adempiere il contratto<sup>31</sup>: la razionalità economica che sovrintende all'equilibrio tra le prestazioni e all'*utilitas contrabentium*, espressa dalla buona fede<sup>32</sup>, si esprime anche nei criteri di allocazione del rischio.

Anche in questo caso, l'*agere praescriptis verbis* viene utilizzato in termini di residualità 'sostanziale', ossia per tutelare obbligazioni che non determinano la nascita di un contratto atipico, ma non si inseriscono in un contratto tipico efficace: l'*agere praescriptis verbis* tutela il 'nudo' *oportere ex fide bona*.

##### 5. *La vendita con patto di gradimento dei cavalli (D. 19, 5, 20 pr.)*

Il passo successivo riguarda un *pactum displicentiae* stipulato per la vendita di cavalli: *Ego* li ha dati a *Tu* per acquistarli o per restituirli entro tre giorni, ma *Tu*, che è un corridore acrobata (*desultor*), dopo averli impiegati per partecipare a delle gare, che peraltro vince, si rifiuta di acquistarli:

Lab. inc. fr. 296 Lenel = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 5, 20 pr.: *apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dedero, ut, si in triduo displicissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares.*

Labeone si interroga se si possa dare a *Ego* un'*actio venditi*, evidentemente prendendo in considerazione anche altre possibilità; Ulpiano afferma di preferire l'*agere praescriptis verbis*: è possibile che con questa scelta egli si sia uniformato a una opzione già indicata da Labeone<sup>33</sup>, oppure che il giurista augusteo avesse in mente un'altra azione — si è pensato all'*actio de dolo*<sup>34</sup>.

Se si tiene conto dei passi già citati, e in particolare di D. 18, 1, 50, verrebbe da pensare che i dubbi di Labeone riguardassero appunto la scelta tra

<sup>31</sup> Il che, nuovamente, riporta alla teoria di CARDILLI, *L'obbligazione*, cit.

<sup>32</sup> Sul rapporto tra *utilitas* e *bona fides* cfr. G. SANTUCCI, *Utilitas contrabentium. Note minime su una regola che 'cacciata dalla porta rientrò dalla finestra'*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli 2008, 281 ss.

<sup>33</sup> SANTORO, *Il contratto*, cit., 132 s.; TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 88 s.; BURDESE, *Sul concetto*, cit., 130.

<sup>34</sup> SARGENTI, *Labeone*, cit., 62 ss.; ID., *Actio*, cit., 253; GALLO, *Synallagma*, cit., I, 202 ss.

*l'actio venditi* e *l'agere praescriptis verbis*. Infatti, sulla base del confronto con gli altri testi, dovrebbe escludersi che il giurista augusteo giudicasse utilizzabile *l'actio venditi*, poiché nella sua epoca il *pactum displicentiae* era inteso come condizione sospensiva e dunque *l'emptio venditio* sarebbe rimasta inefficace. È invece possibile che Labeone seguisse l'opinione, testimoniata da Paolo, che in simili ipotesi riteneva necessaria un'*actio proxima empti in factum*<sup>35</sup>, verisimilmente da interpretare come *agere praescriptis verbis*<sup>36</sup>. In questo caso, potrebbe ritenersi che l'apparente contraddizione tra Labeone e Ulpiano sia il frutto di un accorciamento compilatorio<sup>37</sup>.

Le ragioni di Labeone e di Ulpiano dovevano essere però differenti.

Considerando che la motivazione finale (*nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares*) è espressa da Ulpiano in una forma che parrebbe indicare un parere personale, è probabile che non fosse questa la *ratio* labeoniana, e che invece il giurista augusteo ragionasse sulla natura potestativa della condizione apposta alla vendita: questa, per non essere meramente potestativa, doveva conformarsi a una valutazione di razionalità economica, verisimilmente espressa dalla *bona fides* del negozio<sup>38</sup>, che viene violata dall'acquirente allorché questi, contro la palese bontà dei cavalli e in una sorta di *venire contra factum proprium*<sup>39</sup>, rifiuta di comprarli, mostrando di esser stato sin dall'inizio disinteressato all'acquisto. In tal modo, Labeone recuperava dal punto di vista risarcitorio ciò che la finzione di avveramento avrebbe più tardi determinato in termini di adempimento<sup>40</sup>.

La motivazione di Ulpiano è parzialmente diversa. Ci si è chiesti per quale ragione egli non conceda *l'actio venditi*, posto che, come si è detto, nella sua

<sup>35</sup> Paul. 2 ad ed. D. 18, 5, 6: *si convenit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex empto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima empti in factum datur.*

<sup>36</sup> ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 180.

<sup>37</sup> Così anche TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 89.

<sup>38</sup> Sotto un diverso profilo, rileva la possibilità di incidenza della *bona fides* anche TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 88 nt. 207.

<sup>39</sup> Per il riferimento al *venire contra factum proprium* cfr. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 181 nt. 23.

<sup>40</sup> È, sostanzialmente, il problema del rapporto tra violazione della buona fede ex art. 1358 cod. civ. e finzione di avveramento della condizione ex art. 1359 cod. civ., per i quali la dottrina civilistica e la giurisprudenza tendono a ravvisare un fondamento comune (mi limito a rinviare ai dati raccolti da G. PETRELLI, *La condizione 'elemento essenziale' del negozio giuridico*, Milano 2000, 197 ss. e spec. 199 nt. 79; G. CHIESI, *La buona fede in pendenza della condizione*, Padova 2006, 41 ss.; *contra*, FACCIOLO, *Il dovere*, cit., 6 ss.). D'altronde, il raccordo è esplicito nella *Relazione al Re* sul codice civile (n. 620). In questo senso, può essere interessante notare che la dottrina civilistica tenda a superare l'idea dell'inapplicabilità del disposto dell'art. 1358 cod. civ. alle condizioni potestative: cfr. BRUSCUGLIA, *Pendenza*, cit., 57 ss.

epoca era ammessa la finzione di avveramento<sup>41</sup>, e la ragione deve essere vista — ad avviso di chi scrive — nel fatto che, a differenza di D. 18, 1, 50, in questo caso la condizione è (non mista, bensì) potestativa, il che poteva rendere dubbia l'applicabilità della cd. finzione di avveramento<sup>42</sup>. Poiché però, come si è detto, per non essere meramente potestativa la condizione doveva rispondere a parametri oggettivi di razionalità espressi dalla *bona fides*, è probabile che Ulpiano ritenesse che qualcosa fosse comunque dovuto al proprietario dei cavalli con i quali era stata vinta la gara. Infatti si era convenuto tra le parti per un *experimentum gratuitum*, mentre è chiaro che un uso dei cavalli in una competizione sarebbe stato in generale oneroso. Perciò, anche tenendo conto del paragrafo immediatamente successivo — nel quale, in un'ipotesi analoga, era stata stabilita una *merces* per il caso in cui gli animali, pur utilizzati, non fossero stati poi acquistati<sup>43</sup> — è probabile che Ulpiano attribuisse l'*agere praescriptis verbis* per ottenere un risarcimento *ex fide bona* in relazione a un negozio rispetto al quale l'esperimento dell'*actio venditi* non avrebbe portato ad alcun risultato ma che, in quanto finalizzato all'acquisto e non all'uso, non poteva neanche essere ricondotto a *locatio conductio*.

Ancora una volta, la soluzione labeoniana (e ulpiana) si giustifica non ipotizzando la trasformazione di una compravendita inefficace in un contratto atipico<sup>44</sup>, bensì postulando un impiego dell'*agere praescriptis verbis* in termini di residualità 'sostanziale', per tutelare la buona fede in sé considerata<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 90 e 213.

<sup>42</sup> È quel che avviene per larga parte della dottrina e della giurisprudenza italiana: cfr. F. PECCENINI, *La finzione di avveramento della condizione*, Padova 1994, 73 ss.; PETRELLI, *La condizione*, cit., 290 ss. (benché una parte della dottrina abbia obiettato che la potestatività deve essere essa stessa valutata secondo buona fede, ossia secondo razionalità, e che per questo dovrebbe ritenersi applicabile la finzione anche alle condizioni potestative: PECCENINI, *op. cit.*, 74 ss.; PETRELLI, *op. cit.*, 291 s. e nt. 92).

<sup>43</sup> Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 5, 20, 1: *item apud Melam quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris et, si placuissent, emeris, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mulae a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum, utrum pretium et merces an merces tantum. et ait Mela interesse, utrum emptio iam erat contracta an futura, ut si facta, pretium petatur, si futura, merces petatur: sed non exprimit de actionibus. puto autem, si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari. La qualificazione del denaro come *merces* da parte di Mela potrebbe indicare che quest'ultimo pensasse, per l'ipotesi dell'*emptio futura*, a un'*actio locati*; Ulpiano però la esclude e propende per l'*agere praescriptis verbis*, probabilmente in considerazione del fatto che il negozio era finalizzato, in ultima istanza, a una compravendita, e non a una concessione di uso a titolo oneroso.*

<sup>44</sup> Così invece SANTORO, *Il contratto*, cit., 123 ss. Cautamente sulla riconducibilità allo schema delle convenzioni atipiche è questa volta GALLO, *Synallagma*, cit., I, 202 ss.

<sup>45</sup> Analoghe considerazioni potrebbero farsi per il passo che segue, talmente legato a quello appena discusso da essere inserito dal Lenel nel medesimo frammento di Labeone (*inc. fr.* 296 Lenel): Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 5, 20, 2: *si, cum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit et reliquerit*

6. *Il mutuo irrealizzato* (D. 19, 5, 19 pr.).

A prima vista, una fattispecie di *novum negotium* parrebbe invece risultare da

Lab. *ad ed. fr.* 100 Lenel = Ulp. 31 *ad ed. D.* 19, 5, 19 pr.: *rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.*

*Tu* chiede a *Ego* del denaro a mutuo; *Ego*, non avendone a disposizione, gli dà una *res* da vendere per usarne il prezzo. Se *Tu* non la vende oppure, avendola venduta, non ha ricevuto il denaro in prestito, secondo Labeone è più sicuro *agere praescriptis verbis*, come se fra le parti fosse stato realizzato un qualche negozio riferibile a un *proprius contractus*<sup>46</sup>.

La fattispecie appare più complessa del contratto estimatorio, nonostante la collocazione palinogenetica ipotizzata dal Lenel, nella rubrica *de aestimato*<sup>47</sup>. A quel che sembra, le parti vogliono raggiungere il risultato economico attraverso due contratti:

a) il primo, che coincide con lo scopo finale dell'operazione economica, è dichiaratamente un mutuo, e il dato si accorda con ciò che sappiamo da altre fonti circa la riconduzione a tale contratto di fattispecie analoghe<sup>48</sup>;

b) il secondo, che al primo è finalizzato, consiste nell'incarico di vendere, e può essere configurato alternativamente:

*et, cum displicisset tibi, servo tuo referendum dedisti et sine dolo malo et culpa tua perierit, vascularii esse detrimentum, quia eius quoque causa sit missum. certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te oportere Labeo ait, et puto praescriptis verbis actionem in hoc competere. Tu vuole comprare dell'argento, e un *vascularius* glielo porta e glielo lascia per decidere se acquistarlo. *Tu* non gradisce l'argento e manda un proprio servo per riportarlo: se l'argento perisce senza dolo o colpa di *Tu*, il danno è sopportato dal *vascularius*, perché lo schiavo era stato mandato anche nel suo interesse. Labeone però precisava che si è tenuti per la *culpa* di coloro ai quali viene affidato un bene in custodia o per il trasporto, e Ulpiano afferma di ritenere che in simili casi competa l'*actio praescriptis verbis*. È forse da seguire l'opinione di TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 90 nt. 211, nel ritenere che anche Labeone avrebbe concesso la medesima azione, ma non abbiamo al riguardo alcuna certezza: GALLO, *Synallagma*, cit., I, 208, pensa a un'azione nossale.*

<sup>46</sup> Per la genuinità del testo cfr. per tutti SANTORO, *Il contratto*, cit., 135 s.

<sup>47</sup> LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, cit., I, 514; critico E. BETTI, *Sul valore*, cit., 31 s.

<sup>48</sup> Cfr. Ulp. 26 *ad ed. D.* 12, 1, 11 pr.: *rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. si vendideris, puto mutuam pecuniam factam*; sul rapporto tra i passi cfr. SANTORO, *Il contratto*, cit., 136 ss. e ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 82 s. ntt. 81 e 87; cfr. anche A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle condictiones dei giustinianeae*, Milano 2002, 408 (*ibid.*, 392 ss. sulla differente soluzione di Afr. 8 *quaest. D.* 17, 1, 34 pr.).

b<sub>1</sub>) come un contratto estimatorio affine al mandato<sup>49</sup>, posto che la richiesta di *nummi* da parte di *Tu* costituisce un parametro pecuniario cui corrisponde la scelta di *Ego* di fornire una *res* evidentemente stimata proporzionale alla richiesta, cosicché l'*aestimatio* risulta *per facta concludentia* dalla stessa struttura del negozio<sup>50</sup>;

b<sub>2</sub>) senz'altro come mandato, benché in questo secondo caso, essendo la vendita finalizzata alla concessione del mutuo a favore di *Tu*, potrebbe anche sostenersi che, in quanto *tua gratia*, il mandato fosse invalido<sup>51</sup>.

La complessità del negozio, scisso in due contratti, è però ulteriormente complicata dal fatto che il mutuo non si è realizzato per un fatto riconducibile a *Tu*, il quale non ha fatto venire ad esistenza la *pecunia* vendendo la *res*, oppure ha venduto la *res* ma non ha preso in prestito la *pecunia*<sup>52</sup>. Quale tutela ha *Ego*?

Labeone, opportunamente, non distingue tra il caso in cui la vendita della *res* si sia compiuta o meno: nelle due ipotesi si perviene infatti a esiti analoghi.

Se la *res* non è stata venduta vi è stato inadempimento del mandato o del contratto estimatorio, tutelati (rispettivamente) con un'*actio mandati* o un

<sup>49</sup> Sappiamo che al contratto estimatorio si è giunti per le difficoltà di qualificazione che abbiamo ricordato (cfr. *supra*, § 4), tuttavia, essendo finalizzato a un mutuo, si tratterà verisimilmente di un contratto gratuito, il che esclude la confusione con l'*emptio venditio* e la *locatio conductio*, lasciando il mandato come unica possibilità.

<sup>50</sup> Con questa considerazione si può forse superare la prima delle obiezioni di SANTORO, *Il contratto*, cit., 137 s. (seguito da SCIANDRELLO, *Studi*, cit., 191 s.), all'ipotesi del contratto estimatorio. L'a. aggiunge altri due argomenti: (a) che, qualora vi fosse stata un'*aestimatio*, si sarebbe immediatamente determinato un mutuo, come in C. 4, 2, 8: ma in questo testo la *res* sostituisce la *pecunia* inizialmente chiesta, non essendoci nessun incarico di venderla, mentre nel nostro caso oggetto del mutuo non è la *res*, ma la *pecunia* che se ne ricaverà; (b) che nel passo non si dice che l'incaricato potrà tenere a un titolo diverso dal mutuo il denaro risultato dalla vendita eventualmente eccedente la somma prevista dalle parti: in realtà, i passi da cui risulta che l'incaricato poteva trattenere il *surplus* risultante dalla vendita rispetto al *pretium certum* predeterminato dalle parti (Ulp. 30 *ad Sab.* D. 19, 5, 13 pr. e 31 *ad ed.* D. 17, 2, 44) non parlano di *aestimatio*, e parrebbero costituire ipotesi particolari, tutelate da *agere praescriptis verbis*; sembrerebbe che la dottrina deduca la natura di contratto estimatorio del rapporto solo dal tipo di tutela (cfr. ad es. L. LOMBARDI, *L'actio aestimatoria*, cit., 133), ma non pare lecito desumere dagli stessi un dato strutturale di tale contratto: non è forse casuale che i due testi si trovino, palinogeneticamente, in sezioni dedicate alla *societas* (rispettivamente, fr. 920 e 2747 Lenel).

<sup>51</sup> Così TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 87 e 98; ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 83; SARGENTI, *Actio*, cit., 252.

<sup>52</sup> Non vi è alcun motivo di ritenere interpolata l'ultima parola del passo (*mutuam*; riferimenti in SANTORO, *Il contratto*, cit., 135 nt. 171; ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 81 nt. 76).

*agere praescriptis verbis*, che in entrambi i casi avrebbero portato a una condanna a un *incertum* computato su un *oportere ex fide bona*, comprensivo degli interessi eventualmente convenuti sulla somma che si sarebbe ottenuta dalla vendita, qualora realizzata, e che sarebbe stata oggetto di mutuo. Ma limitatamente al recupero della *res*, ossia qualora non fossero stati previsti interessi, sarebbe stata una valida alternativa anche la *condictio*, la cui natura di azione generale di restituzione non richiedeva che fosse integrato il mutuo.

Se la *res* è invece stata venduta, ma non è nato il mutuo perché *Tu* non ha preso la *pecunia* come *mutua*, non vi è stato inadempimento del mandato o del contratto estimatorio. Tuttavia, qualora fossero stati previsti degli interessi, *Tu* sarebbe stato verisimilmente obbligato a corrisponderli a *Ego*: infatti, essendo l'operazione economica a favore di *Tu*, non potrebbe in questo caso sostenersi che sia conforme alla *bona fides* che gli interessi siano trattenuti dal mandatario<sup>53</sup>; *Ego* avrebbe dunque nuovamente potuto agire con un'*actio mandati* oppure *praescriptis verbis*. E ancora una volta, qualora non fossero stati previsti interessi, si sarebbe comunque potuta usare la *condictio* per chiedere la cosa — ottenendo la somma ricavata dalla vendita<sup>54</sup> — benché questa non sia divenuta oggetto di mutuo.

Labeone ritiene però *tutius* agire *praescriptis verbis*: egli, evidentemente, non vuole escludere la possibilità di altre azioni — e cioè l'azione 'tipica' di mandato o l'azione generale e parzialmente 'atipica' costituita dalla *condictio* — ma ritiene che sia maggiormente 'protettivo' per l'attore l'impiego dell'*agere praescriptis verbis*. Ciò, probabilmente, perché questa modalità di azione poteva da un lato garantire risultati più ampi della *condictio*, e dall'altro superare i dubbi di qualificazione giuridica dell'incarico di vendere, anche in considerazione della struttura del mandato costruito dalle parti, pericolosamente vicino a un *mandatum tua gratia*.

È in questa logica che deve essere spiegata, ad avviso di chi scrive, la frase finale *quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus*, che non vi è motivo di ritenere interpolata o ulpiana<sup>55</sup>. Per comprendere il testo, è importante non scindere il *quasi* dal *quodam*<sup>56</sup>, perché — com'è noto — l'accostamento

<sup>53</sup> Come invece si fa in Lab. fr. 96 Lenel = Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 1, 10, 8, su cui R. CARDILLI, *Il periculum e le usurae nei giudizi di buona fede*, in S. TAFARO (a cura di), *L'usura ieri e oggi (Atti Foggia 1995)*, Bari 1997, 19 ss.

<sup>54</sup> Nella *condictio* si chiede (nell'*intentio*) la cosa sinché questa è esistente, anche se è stata venduta e anche se si otterrà solo il *pretium* (ossia il valore pecuniario della cosa chiesto nella *condemnatio*): solo quando la cosa non esiste più oggetto della *condictio* sarà direttamente il *pretium* (cfr. ad. es. Afr. 2 *quaest.* D. 12, 1, 23; Paul. 17 *ad Plant.* D. 12, 6, 65, 6).

<sup>55</sup> Entrambe le ipotesi in ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 85 nt. 96; la seconda in SARGENTI, *Labeone*, cit., 48.

<sup>56</sup> Come invece fa SANTORO, *Il contratto*, cit., 140 s., che discute della frase elidendo il *quasi*; SARGENTI, *Actio*, cit., 251, forse per errore materiale, elimina il *quodam*.



dei due termini esprime una sfumatura di significato ben precisa, e cioè la volontà di attenuare l'arditezza di un paragone. Ebbene:

1) se si intende *proprius contractus* nel senso di contratto «a sé stante» rispetto ai contratti tipici, si farebbe dire a Labeone che è 'come se' (*quasi*) il rapporto fosse atipico, il che potrebbe intendersi nel senso che in realtà è tipico, in contraddizione con quanto appena affermato. Certo l'intera affermazione non potrebbe essere letta nel senso che «un negozio atipico è stato posto in essere dalla concorde volontà delle parti»<sup>57</sup>;

2) se si interpreta *proprius contractus* come «specifico contratto, evidentemente tipico»<sup>58</sup>, ossia come un'espressione che mira a creare una contrapposizione con i contratti innominati, si dà per scontato ciò che deve ancora essere dimostrato, e cioè che Labeone leggesse la complessa operazione economica come un negozio atipico.

Sembra allora verisimile che Labeone intendesse affermare che mediante l'*agere praescriptis verbis* la complessa fattispecie poteva essere trattata unitariamente, come se fosse stato realizzato tra le parti un negozio riferibile a un contratto *proprius* 'in sé consistente'<sup>59</sup>, ossia unitario. È questa infatti evidentemente un'affermazione non rispondente a realtà (di qui il *quasi ... quodam*), ma che si giustifica per il fatto che alle parti è concessa una tutela unitaria 'come se' tale contratto unitario ci fosse. È chiaro però che sarebbe arbitrario desumerne che il giurista volesse qualificare il contratto come atipico, oppure attribuire a *proprius contractus* un valore oppositivo rispetto alla categoria dei contratti innominati: egli usa il termine *contractus* senza particolari qualificazioni, con ciò mostrando di non attribuire molta attenzione alla problematica — forse ancora non emersa — delle convenzioni atipiche<sup>60</sup>.

D'altra parte, è impossibile non rilevare che il rapporto non può essere identificato con un contratto atipico — e tantomeno con un contratto sinalagmatico, non essendo caratterizzato da un'*ultra citroque obligatio* né nella parte riconducibile al mandato (o a un contratto estimatorio ad esso affine) né in quella coincidente con un mutuo<sup>61</sup>. La mancata integrazione di un

<sup>57</sup> SANTORO, *Il contratto*, cit., 141.

<sup>58</sup> GALLO, *Synallagma*, cit., I, 181.

<sup>59</sup> Per questo valore traslato di *proprius* cfr. I. HAJDÚ, *proprius*, in *Thesaurus linguae Latinae*, X, 2, München-Leipzig 2004, 2105 ss.

<sup>60</sup> La soluzione proposta in testo si accorda con quanto sostenuto da GALLO, *Synallagma*, cit., I, 181, rispetto al fatto che con *contractus* si indichi nella sostanza un contratto tipico, non nel senso che tale tipicità sia espressa da *proprius*: non ponendosi il problema delle convenzioni atipiche, per Labeone il *contractus* è sempre tipico.

<sup>61</sup> Cfr. anche G. MACCORMACK, *Contractual theory and the innominate contracts*, in «SDHI» 51 (1985) 136. Ipotizza una «sinallagmaticità implicita», forse indotto dal luogo comune che ravvisa un contratto sinalagmatico ogni volta che c'è un *agere praescriptis verbis* (cfr. *infra*, § 11), SACCOCCIO, *Si certum*, cit., 408. Dunque esso sarebbe comunque estraneo anche rispetto

contratto tipico è infatti puramente accidentale, derivando dalla circostanza che una parte non ha dato corretta esecuzione alla *conventio*; qualora quest'ultima fosse stata rispettata, il mutuo avrebbe assorbito il profilo dell'incarico, senza lasciare tracce, come avviene in altri casi<sup>62</sup>. Al contrario, per potersi parlare di contratto atipico, è necessario che le parti abbiano voluto porre in essere un negozio la cui struttura abbia sin dall'inizio caratteristiche di atipicità. (Con ciò, è superfluo dirlo, non si intende affermare che per parlarsi di contratto atipico le parti dovessero essere consapevoli di porre in essere un rapporto al di fuori del sistema tipico, ma piuttosto che è necessario che essi lo avessero comunque oggettivamente realizzato, ne fossero o meno consapevoli, sin dall'inizio.)

L'ipotesi appare dunque vicina al caso di residualità 'relativa' discusso per primo (§ 2): è possibile esperire delle azioni tipiche, ma con il rischio che il giudice ricostruisca il negozio (o i negozi) in modo differente, con la conseguente perdita della lite per l'attore. È preferibile allora *agere praescriptis verbis*.

#### 7. Il sequestro condizionato (D. 4, 3, 9, 3).

Terminata l'analisi dei frammenti riconducibili alla materia dell'*agere praescriptis verbis*<sup>63</sup>, è interessante occuparsi di un passo nel quale Labeone,

alla teoria labeoniana del *contractus* come atto bilaterale produttivo di obbligazioni reciproche, così come ipotizzata dal Gallo (cfr. *supra*, nt. 14). Peraltro, se si pensasse di spiegare la cautela del giurista proprio a partire dalla mancata corrispondenza con la sua (ipotizzata) concettualizzazione del contratto come sinallagma, si porrebbe comunque il problema della utilizzazione dello strumento dell'*agere praescriptis verbis* al di là delle ipotesi di *contractus*, ossia si dovrebbe ammettere in ogni caso che i passi in tema di tutela atipica non sono utilizzabili per ipotizzare l'esistenza di contratti atipici.

<sup>62</sup> Cfr. Ulp. 26 *ad ed.* D. 12, 1, 11 pr., riportato *supra*, nt. 48.

<sup>63</sup> È difficile pronunciarsi rispetto a Lab. 6 *post. a Ian. epit.* D. 16, 3, 33, nel quale è estremamente problematico non solo il riferimento all'*actio incerti*, ma anche la identificazione con questa dell'*actio ad exhibendum*: *servus tuus pecuniam cum Attio in sequestre deposuit apud Maevium ea condicione, ut ea tibi redderetur, si tuam esse probasses, si minus, ut Attio redderetur. posse dixi cum eo, apud quem deposita esset, incerti agere, id est ad exhibendum, et exhibitam vindicare, quia servus in deponendo tuum ius deterius facere non potuisset*. Il fatto che il negozio fosse stato realizzato da uno schiavo sembra essere la giustificazione per la mancata attribuzione al *dominus* della normale *actio sequestraria* (su cui cfr. O. LENEL, *Das edictum perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig 1927, 290, che pensa a una *formula in factum*), ma è problematica l'identificazione con l'*actio ad exhibendum* che aveva una *intentio certa* (sull'*intentio* dell'*actio ad exhibendum* cfr. R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, 217 s.). Ciò fa pensare a una intervento postclassico indotto inconsapevolmente dall'essere l'*actio ad exhibendum* un'azione *in personam* che però tutela situazioni giuridiche reali (così TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 94 s., il quale esclude l'interpolazione compilatoria, ritenendo che manchi ogni giustificazione di una consapevole

rispetto a una fattispecie che poteva apparentemente legittimare la concessione di questa modalità di *agere* — indicata peraltro da Pomponio e Ulpiano come soluzione preferibile —, concede invece l'*actio de dolo*:

Lab. fr. 233 Lenel = Ulp. 11 *ad ed. D. 4, 3, 9, 3*: *Labeo libro trigentesimo 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 deindictetur 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 vicentesimo septimo posse cum sequestre praescriptis verbis actione agi, vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo. quae distinctio vera esse videtur.*

*Tu* ha depositato presso Seio dell'olio proprio, oggetto di pretese da parte di Tizio. Al deposito si aggiunge l'incarico di vendere la cosa e conservarne il prezzo finché non sia deciso di chi sia l'olio. Tizio, però, rifiuta di *accipere iudicium*, cosicché la condizione non si realizza. Labeone esclude possa essere concessa a *Tu* sia l'*actio mandati* sia l'*actio sequestraria* nei confronti di Seio, e ammette solo l'*actio de dolo* nei confronti di Tizio. Pomponio, seguito da Ulpiano, afferma invece che l'*actio de dolo* può essere data contro Tizio solo dopo aver esperito infruttuosamente un'*actio praescriptis verbis* contro Seio.

Tentiamo di ricostruire la fattispecie.

Il sequestro era verisimilmente preventivo rispetto alla *litis contestatio* di una controversia instaurata da *Tu* nei confronti di Tizio — la cui posizione di convenuto parrebbe dimostrata dal fatto che di lui si dice che non ha voluto *accipere iudicium* — nei termini di una *rei vindicatio*<sup>64</sup>. A stare al dettato letterale,

interpolazione), oppure giustiniano, qualora si ritenesse che il riferimento sia stato causato dalla volontà di spiegare la funzione esibitoria dell'*actio sequestraria* (...*et exhibitam vindicare* ...; su questa funzione cfr. Ulp. 30 *ad ed. D. 16, 3, 5, 1* e LENEL, *loc. cit.*). Un'altra ipotesi è quella — che però potrebbe apparire meno convincente — che contro gli usi normali dell'espressione con *actio incerti* si faccia riferimento a un'azione (quella, appunto, *ad exhibendum*) caratterizzata da (*intentio certa* e da) *condemnatio incerta*: così M. KASER, *Oportere und ius civile*, in «ZSS» 83 (1966) 22 nt. 97; ID., *Die formula der actio ad exhibendum*, in «RIDA» 14 (1967) 275 s. seguito da ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 92 e da SARGENTI, *Actio*, cit., 241. Sembra invece sia senz'altro da escludere il rilievo di Iav. 5 *ex post. Lab. D. 18, 1, 79*, dove manca ogni accenno all'*agere praescriptis verbis*, ipotizzato invece da SANTORO, *Il contratto*, cit., 145 e GALLO, *Synallagma*, cit., I, 197.

<sup>64</sup> Si rinvia, sul punto, a M. TALAMANCA, *Note su Ulp. 11 ad ed. D. 4. 3. 9. 3. Contributo alla storia dei cd. contratti innominati*, in *Studi E. Fazzolari*, I, Milano 1993, 198 ss. (con discussione della letteratura precedente cui *adde*, adesivamente, A. BURDESE, *In margine a D. 4.3.9.3*, in «Seminarios Complutenses» 7 [1995] 28), il quale propone di distinguere tra il periodo anteriore alla *depositio* nel quale avendo *Tu* la disponibilità dell'olio è probabile che fosse conve-

e cioè alla forma *deposueris*, parrebbe che il sequestro sia stato un'iniziativa unilaterale di *Tu*<sup>65</sup>: non è necessario pensare a un accordo con Tizio, essendo sufficiente, perché *Tu* potesse accusare l'altra parte di comportamento doloso nel non *accipere iudicium*, che questi fosse *sciens*<sup>66</sup>. Dovremmo dunque pensare a un contratto (tra *Tu* e Seio) parzialmente a favore di un terzo (Tizio).

Oltre alla custodia della *res*, però, *Tu* chiede a Seio di vendere la cosa e di custodire il prezzo finché non si giunga alla sentenza. Questo elemento complica indubbiamente la fattispecie, che può essere ricostruita essenzialmente in due modi.

Innanzitutto è possibile che Labeone ravvisasse nel rapporto due distinti contratti, uno di mandato e l'altro di sequestro<sup>67</sup>. In questo caso sarebbe necessario riferire la condizione necessariamente al solo sequestro, visto che oggetto del mandato era unicamente la vendita della *res* e l'assunzione

nuto nel giudizio intentato da Tizio, e il periodo successivo a tale *depositio*, nel quale al contrario il *notit iudicium accipere* indicherebbe inequivocabilmente la posizione di convenuto di Tizio (anche se *ibid.*, 203: «... che si fosse stabilito che Tizio assumesse la posizione di attore in un processo formulare è dato in sé possibile né l'ipotesi trova difficoltà in attestazioni testuali: a favore di una tale interpretazione si ha lo spunto a mio avviso decisivo offerto dalla frase *neque Titius velit iudicium accipere*»).

<sup>65</sup> Così B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in «Ann. Palermo» 28 (1961) 256 e TALAMANCA, *Note*, cit., 197 e 201.

<sup>66</sup> TALAMANCA, *Note*, cit., 201 e nt. 17, ritiene dovesse esservi stata «una qualche intesa tra *Tu* e Tizio, in quanto (...) non si riuscirebbe a spiegare la possibilità di configurare come doloso l'atteggiamento della controparte», «presupposto indispensabile per intentare l'*actio de dolo*», immaginando che siano intervenute ignote «circostanze di fatto che impedissero loro di procedere congiuntamente» al deposito. L'a. potrebbe però in ciò essere condizionato dalla sua ricostruzione del dolo come «comportamento contrario alla buona fede» (*ibid.*, 201 nt. 17), così da essere indotto a ritenere necessario un rapporto almeno patizzio tra *Tu* e Tizio (ipotizza un accordo tra le parti anche A. WACKE, *Sul concetto di dolus nell'actio de dolo*, in «Iura» 28 [1977] 32). Per l'esercizio dell'*actio de dolo* non è però necessario che vi sia un accordo tra le parti: cfr. ad es. Ulp. 11 *ad ed. D.* 4, 3, 7 pr.; Paul. 11 *ad ed. D.* 4, 3, 18, 5; Ulp. 11 *ad ed. D.* 4, 3, 9, 1, su cui M. F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli 2008, 71 ss. e 82 ss., 96 s. Non è neanche necessario immaginare che vi sia stata, da parte di Tizio, una *simulatio*, come ipotizzano G. MACCORMACK, *Dolus in the law of the early classical period (Labeo-Celsus)*, in «SDHI» 52 (1986) 237 s.; ID., *Dolus in decisions of the mid-classical jurists (Iulian-Marcellus)*, in «BIDR» 96-97 (1993-1994) 88 s., e R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1990, 665: lo stesso Labeone precisa che essa non è necessaria per aversi dolo (Lab. *ad ed. fr.* 34 Lenel = Ulp. 11 *ad ed. D.* 4, 3, 2). L'ipotesi è in realtà spiegabile senza ipotizzare accordi o inganni: *Tu* e Tizio hanno instaurato un procedimento; poi, nella pendenza della fase *in iure*, *Tu* ha autonomamente deciso di depositare il bene presso Seio, condizionando la restituzione all'esito della sentenza; infine Tizio, *sciens* del deposito, come mero atto di emulazione — forse prevedendo un esito negativo della controversia — rifiuta dolosamente di *accipere iudicium* al fine di danneggiare *Tu*.

<sup>67</sup> Cfr. per tutti GALLO, *Synallagma*, cit., I, 208 ss.; e TALAMANCA, *Note*, cit., 218 s.

in sequestro della somma, ma non la conservazione e restituzione del prezzo, che erano invece oggetto del sequestro<sup>68</sup> — né potrebbe sostenersi che tale ultima attività potesse in concreto essere riferibile al mandato<sup>69</sup>, perché i giuristi romani l'avrebbero piuttosto riferita al deposito<sup>70</sup>. In realtà, non solo il mandato era stato correttamente adempiuto<sup>71</sup> — a quanto parrebbe dal tenore del passo —, ma l'*actio mandati* non avrebbe comunque permesso a *Tu* di riottenere la somma, perché se si ipotizzano due distinti contratti deve ritenersi che nel mandato non figurasse alcun obbligo di restituzione (da riferire invece al sequestro). D'altronde l'*actio sequestraria* non poteva essere esperita non solo perché era mancato il requisito della *duorum in solidum depositio*<sup>72</sup>, ma soprattutto perché l'adempimento di Seio era condizionato al venire in essere della sentenza<sup>73</sup>, che non è stata emessa e che era imprescindibile non solo, o forse addirittura non tanto, per rendere attuale il dovere di restituzione, quanto per capire a chi si dovesse restituire, cosicché l'eventuale restituzione a una delle due parti avrebbe determinato un possibile danno per l'altra<sup>74</sup>.

Una seconda possibilità è che Labeone pensasse a un contratto unitario, da inquadrare alternativamente nel mandato oppure nel sequestro<sup>75</sup>. In questo caso, la *condicio depositionis* si dovrebbe riferire all'intero negozio — intendendosi il termine *depositio* in senso fisico, e non giuridico — e dunque sarebbe di impedimento sia all'*actio sequestraria*, sia all'*actio mandati*<sup>76</sup>.

<sup>68</sup> Così, esattamente, TALAMANCA, *Note*, cit., 217 e nt. 68. Al contrario, ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., 256 ss. riferisce la *condicio depositionis* direttamente al mandato — cui il rapporto dovrebbe essere ricondotto nella sua interezza: il che però richiederebbe che si immaginasse interpolato il riferimento all'*actio sequestraria*, e non ve n'è motivo (TALAMANCA, *op. ult. cit.*, 212 s.) — ritenendo perciò che l'azione fosse esclusa per il mancato avverarsi della condizione. Non lontana la ricostruzione di ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 79, secondo il quale la condizione, pur legandosi direttamente al sequestro, si riferirebbe anche al mandato per la sovrapposizione a questo del deposito.

<sup>69</sup> Così TALAMANCA, *Note*, cit., 225.

<sup>70</sup> Sono significative in questo senso le discussioni dei *prudentes* sulla qualificazione di negozi in cui interviene o meno una *merces*, ponendosi il problema della distinzione tra locazione e mandato e tra locazione e deposito: cfr. FIORI, *La definizione*, cit., 263 ss. e 270 ss. Nella medesima direzione parrebbe porsi BURDESE, *In margine*, cit., 34.

<sup>71</sup> TALAMANCA, *Note*, cit., 217; ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 79.

<sup>72</sup> Cfr. Paul. 2 *ad ed. D.* 16, 3, 6 e ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., 256; TALAMANCA, *Note*, cit., 213 e 221 ss.

<sup>73</sup> Cfr. in tal senso GALLO, *Synallagma*, cit., I, 210; TALAMANCA, *Note*, cit., 214; BURDESE, *In margine*, cit., 33.

<sup>74</sup> Questo secondo profilo è evidenziato anche da ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., 259 s.

<sup>75</sup> TALAMANCA, *Note*, cit., 214 ss.

<sup>76</sup> TALAMANCA, *Note*, cit., 216 e 228.

È difficile scegliere tra l'una e l'altra soluzione, ma a ben vedere non è necessario: Labeone appare interessato a comprendere quale strumento di tutela sia più utile, piuttosto che a qualificare in assoluto la fattispecie, e non approfondisce il problema, una volta stabilito che né l'*actio mandati* né l'*actio sequestraria* sono esperibili<sup>77</sup>.

Il problema è piuttosto un altro, e cioè la ragione per la quale egli non dà nei confronti di Seio non solo l'*actio mandati* e/o l'*actio sequestraria*, ma neanche l'*actio praescriptis verbis* — che invece sarà ammessa da Pomponio e da Ulpiano — riconoscendo soltanto l'*actio de dolo* nei confronti di Tizio.

Il dato potrebbe apparire strano, considerando che, come abbiamo visto, l'*agere praescriptis verbis* era stata la soluzione preferita da Labeone proprio in ipotesi di negozi (tipici) inefficaci per il mancato avverarsi della condizione. Ma in realtà non vi è bisogno né di sopravvalutare la circostanza, assumendo il passo come (unica) prova per dimostrare che Labeone non conosceva la forma di tutela realizzata mediante l'*agere praescriptis verbis*<sup>78</sup>, né di immaginare difficoltà di tecnica formulare<sup>79</sup>. Ad avviso di chi scrive la soluzione è piuttosto un'altra, e cioè che — a differenza di quanto era avvenuto nei casi di compravendita condizionata sopra esaminati — qui il mancato verificarsi della condizione non era imputabile a Seio<sup>80</sup>,

<sup>77</sup> Cfr. comunque TALAMANCA, *Note*, cit., 228 ss. Questo a. ne discute, essenzialmente perché egli ritiene di dover provare una assoluta irriducibilità del rapporto all'uno o all'altro contratto; ma per Labeone è sufficiente — come mostra D. 19, 5, 1, 1, che è certamente un caso di *locatio conductio*: cfr. *supra*, § 2 — che vi sia una difficoltà concreta di inquadramento del negozio.

<sup>78</sup> SARGENTI, *Labeone*, cit., 65 s. (cfr. anche ID., *Actio*, cit., 250), giustamente criticato da GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., I, 208 ss. e TALAMANCA, *Note*, cit., 206 e nt. 33.

<sup>79</sup> Ossia alla difficoltà, ipotizzata da TALAMANCA, *Note*, cit., 232 (seguito da BURDESE, *In margine*, cit., 36 ss.), di costruire l'*agere praescriptis verbis* su una *formula in factum concepta* come quella dell'*actio sequestraria*: non solo poteva essere assunto come modello il *iudicium bonae fidei* dell'*actio mandati* — il che è ammesso anche da Talamanca, benché egli noti come ciò possa contrastare con la dottrina labeoniana del rilievo da attribuire all'*initium* e alla *causa* del *contractus*, nella qualificazione delle figure espressa in Lab. *ad ed. fr.* 95 Lenel = Ulp. 31 *ad ed. D.* 17, 1, 8 pr. — ma, una volta abbandonata la figura tipica del sequestro, qualora nella fattispecie fosse stata ravvisata l'esistenza un *oportere (ex fide bona)*, ben si sarebbe potuta utilizzare come modello la *formula in ius* del deposito. Quest'ultima possibilità è ammessa in astratto da BURDESE, *op. ult. cit.*, 38, il quale però ritiene che tale formula non fosse ancora nata all'epoca di Labeone. Di ciò è lecito dubitare: della storia delle formule del deposito non è possibile discutere in questa sede (cfr. lo *status quaestionis* in G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano 1976, 79 ss.), ma si può ricordare che Lab. 2 *publ.* D. 16, 4, 34 parrebbe doversi interpretare come un riferimento alla *formula in ius* (GANDOLFI, *op. cit.*, 88 s.).

<sup>80</sup> Così GALLO, *Synallagma*, cit., I, 210, e TALAMANCA, *Note*, cit., 233; ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 79 s.; CURSI, *L'eredità*, cit., 60. Contrario BURDESE, *In margine*, cit., 35 s.,

e dunque da parte di questi non vi era stata alcuna violazione della buona fede: anzi, qualora egli avesse effettuato la restituzione a favore di uno dei due litiganti, avrebbe addirittura violato l'impegno assunto di conservare la somma fino alla sentenza e di restituirla al vincitore. Nei confronti di Seio, che non aveva violato alcun dovere di prestazione, non era dunque possibile neanche *agere praescriptis verbis*: l'unica soluzione per *Tu* era quella di agire *de dolo* contro Tizio — con il quale *Tu* non ha alcun rapporto contrattuale — per aver quest'ultimo dolosamente provocato il danno.

Il passo mostra, insomma, che nella riflessione labeoniana, per l'impiego dell'*agere praescriptis verbis*, non è sufficiente una ragione di dubbio sulla configurazione del negozio o la riconducibilità dello stesso a un rapporto atipico. È necessario invece che si sia determinato uno squilibrio contrattuale imputabile a una parte in termini di responsabilità (§§ 2-3, 5-6) oppure di rischio (§ 4), determinando il sopravvivere di un *oportere ex fide bona*: nella fattispecie, poiché la prestazione (principale) di restituzione non è dovuta, né risultano violazione del dovere (accessorio) di comportarsi secondo buona fede in pendenza della condizione, non è possibile neanche *agere praescriptis verbis*.

La scelta di Pomponio è differente. Egli, probabilmente in virtù di una diversa e nuova elaborazione dell'*agere praescriptis verbis*<sup>81</sup>, supera gli ostacoli ravvisati da Labeone e concede l'*actio praescriptis verbis* nei confronti di Seio. L'*actio de dolo* nei confronti di Tizio, per il giurista antoniniano, potrà essere concessa solo a seguito dell'insolvenza di Seio — il che, a ben vedere, ha l'effetto di raddoppiare la tutela a favore di *Tu*.

È curioso però rilevare che, nel distaccarsi dal pensiero di Labeone rispetto all'*agere praescriptis verbis*, Pomponio non fa altro che applicare un'altra elaborazione del giurista augusteo, questa volta in tema di sussidiarietà dell'*actio de dolo*. Per far emergere a pieno l'originalità dell'apporto del giurista augusteo, converrà esaminare le testimonianze in cui Labeone discute il funzionamento dell'azione di dolo.

per il quale non vi sarebbe una «netta diversità» con gli altri casi, anche perché a suo avviso in D. 19, 5, 19 pr. non sarebbe «espressamente detto che la mancata vendita o la mancata riscossione del prezzo sia dovuta al contraente» (sul passo, cfr. *supra*, § 6); l'a. non offre però una spiegazione alternativa della scelta di Labeone.

<sup>81</sup> Ci si può limitare a dire che è possibile immaginare che i giuristi successivi abbiano, a differenza di Labeone, letto il rapporto come contratto atipico a prestazioni corrispettive (così invece TALAMANCA, *Note*, cit., 236 s. e nt. 129): nello stesso modo in cui manca una sinallagmaticità nel mandato e nel sequestro, non può costruirsi in termini di prestazione il *dare* di *Tu*, posto che è un comportamento la cui *utilitas* è tutta a vantaggio del medesimo (contro la sinallagmaticità del rapporto cfr. ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., 256 e nt. 113, con letteratura).

8. *Il falso giuramento in giudizio (D. 4, 3, 21).*

Labeone e Pomponio sono ancora una volta contrapposti, in una testimonianza di Ulpiano, nella scelta del rimedio più opportuno per sanzionare un caso di falso giuramento in giudizio:

Lab. *ad ed. fr. 40 Lenel* = Ulp. 11 *ad ed. D. 4, 3, 21*: *Quod si deferente me iuraveris et absolutus sis, postea periurium fuerit adprobatum, Labeo ait de dolo actionem in eum dandam: Pomponius (fr. 47 Lenel) autem per iusiurandum transactum videri, quam sententiam et Marcellus (fr. 112 Lenel) libro octavo digestorum probat: stari enim religioni debet.*

Labeone ritiene che quando, a seguito del giuramento deferitogli, il convenuto sia stato assolto, e successivamente sia stata accertata la falsità del giuramento, lo spergiuro debba essere nuovamente convenuto in giudizio con l'azione di dolo<sup>82</sup>. La soluzione di Labeone parrebbe però isolata<sup>83</sup>, visto che Pomponio richiama la vincolatività del giuramento (*religio*): soluzione, quest'ultima, condivisa da Marcello nei medesimi termini.

L'attenzione della dottrina si è rivolta essenzialmente alla natura del giuramento richiamato da Labeone: se fosse da intendere come un *iusiurandum in iudicio*<sup>84</sup> o, invece, come un giuramento prestato prima della *litis contestatio*<sup>85</sup> — soluzione, quest'ultima, che presuppone un meccanismo di funziona-

<sup>82</sup> Anche questa ipotesi viene interpretata da MACCORMACK, *Dolus in the law*, cit., 238; ID., *Dolus in decisions*, cit., 89, come un caso di *aliud simulatum aliud actum*, ma cfr. *supra*, nt. 66.

<sup>83</sup> Anche se una testimonianza di Gaio sembrerebbe dimostrare il contrario: Gai. 4 *ad ed. prov. D. 4, 3, 23*: *si legatarius, cui supra modum legis Falcidiae legatum est, heredi adhuc ignoranti substantiam hereditatis ultro iurando vel quadam alia fallacia persuaserit, tamquam satis abundeque ad solida legata solvenda sufficiat hereditas, atque eo modo solida legata fuerit consecutus: datur de dolo actio*. Il legatario, al quale sono stati lasciati legati in misura superiore al limite fissato dalla legge Falcidia, persuade con un falso giuramento o altre infondate dichiarazioni l'erede, ancora ignaro dell'ammontare dell'eredità, che l'asse ereditario sarebbe stato sufficiente a pagare per intero i legati. In tal modo consegue per intero i suoi legati. Nei suoi confronti si potrà agire con l'azione di dolo. M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano 1973, 292 ss., ritiene che il passo testimoni come il parere di Labeone non sia rimasto del tutto privo di seguito.

<sup>84</sup> Cfr. FR. L. KELLER, *Der römische Civilprozess und die Actionen*, Leipzig 1883, 332 s. nt. 765 (§ 66); B. BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Palermo 1913, 80, il quale pone a fondamento di una simile conclusione la stretta connessione tra giuramento e assoluzione creata da Ulpiano nell'espone la fattispecie.

<sup>85</sup> G. DEMELIUS, *Schiedseid und Beweiseid im römischen Civilprozesse*, Leipzig 1887, 92 s., ritiene trattarsi di un giuramento volontario stragiudiziale che avrebbe aperto la possibilità al convenuto di essere assolto con l'*exceptio iusiurandi* nell'azione intentata dall'avversario. Riprende questa tesi L. AMIRANTE, *Dubbi e riflessioni in tema di 'iusiurandum in iudicio'*, in *Studi E. Betti*, III, Milano 1962, 24 ss., il quale evidenzia come non vi sia alcun argomento per ricondurre il testo al tema



mento più artificioso a confronto dell'immediatezza della connessione tra giuramento e assoluzione del convenuto che costituisce il presupposto della prima ipotesi. Sarebbe proprio questo nesso a rappresentare, se concepito in concreto in termini di causalità — come suggerisce Brutti<sup>86</sup> —, la *iusta causa* cui risulta subordinata la concessione dell'*actio de dolo*.

Altro problema è invece riportare la scelta rimediabile di Labeone all'ingiustizia della sentenza viziata dal *iusiurandum* — indipendentemente dal momento in cui esso è stato prestato. Brutti<sup>87</sup> ha messo in evidenza l'esigenza di Labeone di laicizzare il giuramento, superando la logica tradizionale legata alla religiosità del *iusiurandum*. La soluzione del giurista, in effetti, non interviene a modificare precedenti assetti rimediali che potrebbero porre problemi di sussidiarietà con altri mezzi processuali; al contrario, essa si configura come un'innovativa ipotesi di applicazione dell'azione di dolo che insiste sul collegamento tra spergiuro e ingiustizia della sentenza.

Nel richiamare in questa circostanza l'*actio de dolo*, Labeone interpreta la residualità dell'azione, superandone il primo livello — quella dell'assenza dell'azione tipica —, per costruire un nuovo spazio di applicazione del rimedio. Pur in presenza di un'azione tipica, verificatane l'infruttuosa applicazione per l'attore a seguito dello spergiuro del convenuto, il giurista tenta di ribaltare la decisione puntando sulla condotta fraudolenta del convenuto. E così facendo, piega l'applicazione del rimedio a un'interpretazione della residualità in senso 'sostanziale'.

#### 9. Un'ipotesi di *collusio* (D. 17, 1, 8, 1 e D. 4, 3, 7, 9).

È riconducibile a Labeone la trattazione di un caso di *collusio*<sup>88</sup> — il procuratore di una parte si accorda con l'avversario consentendogli di venire assolto — riportato in due testimonianze di Ulpiano, una delle quali rinvierebbe indirettamente alla soluzione proposta da Labeone:

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17, 1, 8, 1: *Sed et si per collusionem procuratoris absolutus sit adversarius, mandati eum teneri: sed si solvendo non sit, tunc de dolo actionem adversus reum, qui per collusionem absolutus sit, dandam* (sc. Labeo)<sup>89</sup> ait.

del *iusiurandum in iudicio*. Anche l'ipotesi del Demelius — sostiene Amirante — consentirebbe, tra l'altro, di collegare strettamente l'assoluzione alla prestazione del giuramento.

<sup>86</sup> BRUTTI, *La problematica*, cit., I, 283 ss.

<sup>87</sup> BRUTTI, *La problematica*, cit., I, 288 ss.

<sup>88</sup> Per l'uso del termine *collusio* nel linguaggio giuridico rinvio a BRUTTI, *La problematica*, cit., I, 254 ss.

<sup>89</sup> Cfr. Lab. *ad ed.* fr. 95 Lenel, sull'attribuzione a Labeone del parere contenuto in D. 17, 1, 8, 1, giustificato del resto, sul piano formale, dalla costruzione della frase mancante di soggetto. Si veda anche BRUTTI, *La problematica*, cit., I, 254 nt. 72.

Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 3, 7, 9: *Si dolo malo procurator passus sit vincere adversarium meum, ut absolveretur, an de dolo mihi actio adversus eum qui vicit competat, potest quaeri. et puto non competere, si paratus sit reus transferre iudicium sub exceptione hac 'si collusum est': alioquin de dolo actio erit danda, scilicet si cum procuratore agi non possit, quia non esset solvendo.*

Nonostante le perplessità avanzate dalla dottrina più risalente circa la genuinità formale e sostanziale dei due frammenti<sup>90</sup>, mancano solidi argomenti per considerare gravemente alterato il senso delle testimonianze che peraltro, come appare già a una prima lettura, si confermano reciprocamente.

L'azione di dolo si configura in entrambi i casi come il rimedio concesso nei confronti della controparte, fraudolentemente assolta nel giudizio, nell'ipotesi in cui l'*actio mandati* intentata nei confronti del *procurator*, autore della collusione processuale, non producesse l'effetto sperato per l'insolvenza di quest'ultimo.

Soltanto nel secondo frammento il ventaglio delle tutele è più ampio perché all'*actio mandati* e, sussidiariamente, all'*actio de dolo* si aggiunge la *translatio iudicii*<sup>91</sup>. L'ultimo rimedio alluderebbe a una ripetizione del giudizio con l'inserimento di un'anomala clausola (*exceptio*) in favore dell'attore<sup>92</sup> (*si collusum est*).

Di fronte al dubbio sulla concessione dell'azione di dolo nell'ipotesi della collusione processuale, Ulpiano dunque nega in prima battuta l'applicazione dell'azione, prospettando il ricorso alla *translatio*. E aggiunge immediatamente di seguito che può concedersi l'azione di dolo se non è possibile usare l'azione di mandato per l'insolvenza del procuratore infedele.

Indubbiamente il quadro rimediale è più variegato e possiamo ipotizzare che alla parte danneggiata dalla collusione processuale spetti la scelta di

<sup>90</sup> Cfr. Fr. PRINGSHEIM, *Subsidiarität und Insolvenz*, in «ZSS» 41 (1920) 260; G. LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova 1937, 154; F. SERRAO, *Il procurator*, Milano 1947, 168; Th. MAYER-MALY, *Collusio im Zivilprozeß*, in «ZSS» 61 (1954) 252 s.; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in «Ann. Palermo» 24 (1955) 184 ss. e nt. 175, il quale, pur sostenendo la sostanziale classicità di D. 4, 3, 7, 9, ritiene che la chiusa sia una *summa* compilatoria; ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., 215, il quale segnala la difficoltà di cogliere il rapporto del testo originario con il filo espositivo del commentario ulpiano in questo tratto, senza pur tuttavia dubitare della classicità del rilievo dell'insolvenza ai fini della concessione dell'*a. de dolo*. A. GUARINO, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in «Labeo» 8 (1962) 275 ss., criticando l'esegesi di D. 4, 3, 7, 9 proposta da Albanese, considera interpolato il passo nella parte in cui subordina all'insolvenza la concessione dell'azione di dolo. Analoghe considerazioni sono formulate a proposito di D. 17, 1, 8, 1. *Contra* B. ALBANESE, *Ancora in tema di sussidiarietà dell'a. de dolo*, in «Labeo» 9 (1963) 50 ss.

<sup>91</sup> Cfr. MAYER-MALY, *Collusio*, cit., 252.

<sup>92</sup> Manifesta perplessità su questa figura, tanto da ipotizzare una sostanziale manipolazione del testo in epoca postclassica o giustiniana, BRUTTI, *La problematica*, cit., II, 480.

agire con la *restitutio* o con l'*actio mandati* cui si lega, in caso di insolvenza, l'*actio de dolo* nei confronti della controparte<sup>93</sup>. Brutti<sup>94</sup> ritiene che la *restitutio in integrum* contro il dolo commesso nelle liti private — la *translatio iudicii* —, in quanto strumento legato all'uso della prassi processuale, si sarebbe affermata piuttosto lentamente nella tutela del dolo processuale<sup>95</sup>, alludendo a una preferenza per l'*actio mandati*.

<sup>93</sup> Non lascia margini di scelta la testimonianza di Ulp. 11 *ad ed. D. 4, 3, 9, 4: et si servum pigneratum noscae mihi dederis per iudicem et sis absolutus: de dolo teneris, si apparuerit esse eum pigneri datum*. Il giurista severiano ritiene senz'altro esperibile l'*actio de dolo* per superare gli effetti dell'assoluzione in un processo nossale nel quale lo schiavo autore dell'illecito consegnato a nostra era risultato in realtà *pigneratus*. La sottoposizione al vincolo reale nei confronti di un terzo sminuisce, evidentemente, l'utilità del risarcimento. L'azione di dolo appare l'unico strumento utilizzabile: il giurista non lascia trapelare alcuna incertezza circa la possibilità di ricorrere a strumenti diversi, come ad esempio l'eventuale *restitutio* del giudizio (cfr. in questo senso BRUTTI, *La problematica*, cit., II, 616). Va ricordato che il carattere tipico della valutazione del giurista può ben giustificare una simile posizione.

<sup>94</sup> BRUTTI, *La problematica*, cit., II, 616 ss.

<sup>95</sup> BRUTTI, *La problematica*, cit., I, 269 ss., ravvisa anche in una testimonianza di Marciano, nella quale si riporta il parere di Sabino, la tendenza della giurisprudenza più risalente a considerare l'azione di dolo come l'unico strumento contro la collusione processuale. Orientamento che viene superato dalla più recente elaborazione dei *prudentes* — in questo caso da Marciano, nella prospettiva di un uso generalizzato dell'appello —: Marc. 5 *reg. D. 8, 5, 19: si de communi servitute quis bene quidem deberi intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpa sua, non est aequum hoc ceteris damno esse: sed si per collusionem cessit lite adversario, ceteris dandam esse actionem de dolo Celsus* (fr. 12 Lenel) *scripsit, idque ait Sabino* (fr. 49 Lenel) *placuisse*. La fattispecie riguarda, nella lettura più probabile (così G. BESELER, *Romanistische Studien*, in «ZSS» 46 [1926] 92 s.; E. EIN, *Le azioni dei condomini*, in «BIDR» 39 [1931] 141 s.; MARRONE, *L'efficacia*, cit., 233 s.; BRUTTI, *op. cit.*, 270), una *vindicatio servitutis* da parte di un condomino il quale, secondo la regola generale, rappresentava in giudizio anche la pretesa degli altri contitolari del diritto di servitù. Nel caso di perdita della lite per *culpa* del condomino non è equo, precisa il testo, che la sconfitta si rifletta anche sugli altri contitolari della servitù. Nell'ipotesi in cui, però, vi sia stata collusione tra attore e convenuto, i condomini potranno agire con l'*actio de dolo* per il risarcimento del danno subito (cfr. MAYER-MALY, *Collusio*, cit., 268, su alcune incertezze che la fonte non colmerebbe rispetto all'esperimento dell'*actio de dolo*; così anche P. J. KOUWENBERG, *Servitude et copropriété*, in «RIDA» 24 [1977] 286 ss., che ipotizza un concorso tra l'*actio communi dividundo* e l'*actio de dolo*, recuperando un precedente orientamento dottrinario). La genuinità della testimonianza è stata messa in discussione dalla dottrina maggioritaria che ha seguito strade diverse, criticando soprattutto l'espressione '*non est aequum*'. In alcuni casi (BESELER, *op. cit.*, 92 s.), sostituendola con una proposta profondamente modificativa del testo, difficile da condividere; in altri (EIN, *op. cit.*, 141 s.; MARRONE, *op. cit.*, 233 ss.), escludendone la genuinità per la contraddizione con la soluzione classica che avrebbe esteso, e non negato, il danno agli altri condomini. BRUTTI, *op. cit.*, 270 ss., invece, ritiene che la frase *non est aequum hoc ceteris damno esse* esprimerebbe un'esi-

Nonostante l'ampliamento dei rimedi processuali, anche Ulpiano tiene comunque fermo l'orientamento di Labeone, instaurando un rapporto di sussidiarietà tra *actio de dolo* e *actio mandati*, sulla base dell'insolvenza del *procurator*.

Anche in questo caso, come nel precedente, Labeone interpreta la nozione di residualità per tentare di applicare l'azione di dolo. Questa volta è l'insolvenza del *procurator*, convenuto nell'azione tipica, a creare lo spazio per il rimedio da rivolgere nei confronti della controparte processuale coinvolta nella collusione.

10. *La partecipazione del terzo al danno prodotto dall'animale altrui* (D. 4, 3, 7, 6-7).

Un ulteriore esempio del criterio della sussidiarietà 'sostanziale' dell'azione di dolo si trova in una testimonianza di Ulpiano nella quale viene riportato il parere di Labeone in due distinte ipotesi:

Lab. *ad ed.* fr. 35 Lenel = Ulp. 11 *ad ed.* D. 4, 3, 7, 6: *Si quadrupes tua dolo alterius damnum tibi dederit, quaeritur, an de dolo habeam adversus eum actionem. et placuit mihi, quod Labeo scribit, si dominus quadrupedis non sit solvendo, dari debere de dolo, quamvis si noxae deditio sit secuta, non puto dandam nec in id quod excedit.* 7. *Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere.*

Nel primo caso un animale arreca un danno a un terzo *dolo alterius*. Ulpiano si domanda se si debba applicare l'azione di dolo. Il giurista severiano accede alla soluzione già a suo tempo prospettata da Labeone il quale ritiene che il ricorso all'azione sia giustificato soltanto se il proprietario dell'animale non sia solvibile. Ma nell'ipotesi in cui l'animale sia stato

genza in linea con il pensiero di Marciano circa la *facultas appellandi* dei terzi interessati, ammettendo i condomini danneggiati dalla *culpa* dell'attore a proporre appello avverso la sentenza in loro danno. Questo orientamento sarebbe stato nuovo al confronto con il contesto normativo nel quale invece trova collocazione il responso di Sabino. La scelta del giurista in favore dell'azione residuale di dolo avrebbe indirettamente testimoniato l'assenza di altri strumenti di tutela. In caso di dolo e, a maggior ragione, in caso di colpa. In quest'ultima circostanza, l'efficacia della sentenza si sarebbe estesa anche ai terzi condomini che nulla avrebbero potuto fare per ovviare al danno. Il nuovo orientamento sull'uso dell'appello attestato da Marciano non escluderebbe — continua Brutti — il ricorso all'appello neppure in ipotesi di dolo, contribuendo così a configurare, nel regime di coesistenza tra processo formulare e *cognitio extra ordinem*, l'azione di dolo come un rimedio sussidiario e non alternativo all'appello.

consegnato a nosa, pur senza coprire l'intero valore del danno, Labeone esclude l'applicazione dell'azione di dolo.

Nella seconda fattispecie, Labeone si interroga sulla possibilità di concedere l'*actio de dolo* nell'ipotesi in cui un terzo abbia liberato dai vincoli uno schiavo per consentirne la fuga. Ulpiano non ricorda il parere di Labeone, ma soltanto la soluzione proposta più tardi dal giurista Quinto il quale, spostando il discorso su binari alternativi all'azione di dolo, mette ancora una volta in evidenza il carattere sussidiario del rimedio.

Cominciamo dal primo esempio. La genuinità della testimonianza è stata posta seriamente in discussione<sup>96</sup>. Il principale motivo di perplessità consiste nell'indiretto riferimento all'*actio de pauperie*, attraverso l'espresso richiamo alla consegna a nosa dell'animale. Come è noto, l'azione non trova applicazione qualora l'animale abbia arrecato un danno su istigazione di un terzo<sup>97</sup>. E la maggior parte della dottrina legge nell'espresso riferimento al *dolo alterius* un indizio dell'istigazione del terzo, giungendo quindi alla conclusione che il parere di Labeone sia stato rimaneggiato<sup>98</sup>.

Soltanto a partire dall'analisi di Haymann<sup>99</sup> — che si fonda su un'opportuna distinzione elaborata da Cujas<sup>100</sup>, richiamata di recente anche da

<sup>96</sup> A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II, 1<sup>2</sup>, Halle, 1895, 210 e nt. 1; PRINGSHEIM, *Subsidiarität*, cit., 257; B. BIONDI, *Le 'actiones noxales' nel diritto romano classico*, in «Ann. Palermo» 10 (1925) 17 e nt. 1; U. ROBBE, *L'actio de pauperie*, in «RISG» 7 (1932) 340 s.; LONGO, *Contributi*, cit., 160 s.; B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in «Ann. Palermo» 23 (1953) 98; ID., *La sussidiarietà*, cit., 217 s.

<sup>97</sup> Ulp. 18 ad ed. D. 9, 1, 1, 6: *sed et si instigatu alterius fera damnum dederit, cessabit haec actio*. Sull'istigazione dell'animale e la responsabilità dell'autore, cfr. M. V. GIANGRIECO PESSI, *Ricerche sull'actio de pauperie. Dalle XII tavole ad Ulpiano*, Napoli 1995, 70 ss.

<sup>98</sup> Così PRINGSHEIM, *Subsidiarität*, cit., 257, il quale pensa a un intervento che avrebbe sostituito l'*actio de pauperie* all'*actio legis Aquiliae utilis*, seguito da ROBBE, *L'actio*, cit., 340 s.; LONGO, *Contributi*, cit., 160 s.; ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., 217 s.

<sup>99</sup> F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in «ZSS» 42 (1921) 380 ss.

<sup>100</sup> J. CUJACII *Commentarius ad tit. de dolo malo*, in *Opera omnia*, I, Neapoli 1758, 976 s.: «si instigatu, vel culpa alterius quadrupes damnum dederit, in eum est actio legis Aquiliae: vel utilis in factum, et cessat in dominum quadrupedis de pauperie noxalis actio. Quod si dolo alterius quadrupes damnum dederit, ut si fraude tua incidero in equum calcitrosus, et equus me calce percusserit, in te non est actio legis Aquiliae vel utilis, quoniam non tua culpa, non tuo instigatu, sed ex se equus commotus feritate nocuit. Esset vero in te de dolo actio, si non esset in dominum equi de pauperie, ex qua si conventus noxae dederit, ne in id quidem quod excedit de dolo in te actio supererit. Ceterum si neque noxae dedat, neque ad noxae aestimationem solvendam sufficiat, in te de dolo actio dabitur, quia inanis est actio de pauperie».

Masi<sup>101</sup> — la fattispecie ha assunto una sua autonomia rispetto all'ipotesi dell'istigazione. Cujas, infatti, fa il caso di un terzo che, senza incitare direttamente un cavallo, abbia intenzionalmente creato le condizioni perché l'animale *calcitrosus* potesse risultare effettivamente dannoso. Si può immaginare che il terzo abbia fatto in modo che una persona o una cosa altrui si trovassero nelle vicinanze dell'animale e che la bestia abbia arrecato un danno anche senza il diretto intervento del terzo. In questo caso, pure in assenza di una vera e propria istigazione, il danno può essere mediamente ricondotto alla malizia del terzo. Il suo ruolo nella condotta lesiva dell'animale è però marginale, così come residuale è la sua responsabilità. Labeone, infatti, lo chiama in causa solo se il *dominus* dell'animale, che risponde in prima battuta, non sia in grado di risarcire il danno mediante il pagamento della pena pecuniaria — sempre sul presupposto che l'animale, dopo la *litis contestatio*<sup>102</sup>, muoia e non possa essere più consegnato a nozza<sup>103</sup>.

Che quella ipotizzata da Cujas sia la soluzione più vicina alla *ratio* labeoniana sembra trovare conferma nella descrizione della successiva fattispecie: lo schiavo che un terzo libera dalle catene onde consentirne la fuga. Non sappiamo quale fosse l'orientamento di Labeone, se cioè favorevole o contrario alla concessione dell'*actio de dolo*<sup>104</sup>, sappiamo soltanto, per la

<sup>101</sup> A. MASI, *Insolvenza dell'obligatio e sussidiarietà dell'actio de dolo*, in «Studi Senesi» 74 (1962) 48 ss.

<sup>102</sup> Cfr. Ulp. 18 *ad ed. D.* 9, 1, 1, 13: *plane si ante litem contestatam decesserit animal, extincta erit actio.*

<sup>103</sup> Tra le ragioni che spingono una parte della dottrina a considerare insitico il riferimento all'*actio de pauperie* c'è la difficoltà di conciliare l'insolvenza del *dominus* nonostante che la *noxae deditio sit secuta*, visto che l'*actio de pauperie* ammette anche la cessione dell'animale (cfr. ROBBE, *L'actio*, cit., 340 s.; LONGO, *Contributi*, cit., 160 s.). Si veda, tuttavia, HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., 382 s.

<sup>104</sup> Nonostante una parte della dottrina abbia avanzato diverse ipotesi circa l'orientamento di Labeone sull'applicazione dell'*actio de dolo* nel caso specifico, non mi sembra che le diverse soluzioni poggino su dati significativi: PERNICE, *Labeo*, cit., II, 1<sup>2</sup>, 211, ritiene che Labeone fosse contrario all'azione di dolo, ma senza indicazioni sulla ragione; diversamente ALBANESE, *La nozione del furtum*, cit., 98, pensa a un orientamento favorevole di Labeone, sulla base del generale atteggiamento del giurista circa la concessione dell'*actio de dolo*, non soltanto nell'ipotesi in cui non si avesse altra azione, ma anche in quella nella quale si dubitasse dell'esistenza del rimedio specifico (cfr. Ulp. 11 *ad ed. D.* 4, 3, 7). Una simile connessione, però, non riguarda il nostro caso: qui Labeone dubita dell'applicabilità dell'*actio de dolo* e non sappiamo quali fossero i motivi del dubbio. Nello stesso senso, A. WATSON, *Actio de dolo and actiones in factum*, in «ZSS» 78 (1961) 393 s., il quale, inserendo il parere di Labeone all'interno della tendenza del giurista a estendere l'applicazione dell'azione di dolo al di fuori della frode negoziale, pensa che Labeone fosse favorevole all'esperimento dell'*actio de dolo*. Il parere dissen-

natura dell'azione richiamata, che rispetto a questo caso mancava un rimedio tipico e che il dibattito giurisprudenziale stava vagliando diverse possibilità, senza essere giunto a una conclusione definitiva<sup>105</sup>. Questa impressione trova conferma nella più articolata soluzione avanzata da Quinto — giurista di difficile identificazione, ma successivo a Labeone<sup>106</sup> —, il quale, nel riprendere il dubbio labeoniano (*apud eum notans*)<sup>107</sup>, introduce ulteriori elementi di valutazione utili a distinguere tra *actio furti*, se non si è

ziente di Quinto sarebbe da ricollegare all'opposto tentativo di restringere la sfera di applicazione dell'azione, mentre Ulpiano avrebbe condiviso quest'ultima soluzione per ragioni esclusivamente morali, legate al riferimento alla condotta misericordiosa. Così G. MACCORMACK, *Aquilian Studies*, in «SDHI» 41 (1975) 33 s.; ID., *Dolus in the law*, cit., 242, ma senza argomenti circa l'estensione della nozione di *dolus*. Da ultimo, negando la possibilità di definire la risposta fornita da Labeone, A. D. MANFREDINI, *Misericordia ductus*, in «RIDA» 39 (1992) 207 e nt. 10 s.

<sup>105</sup> Cfr. U. VON LÜBTOW, *Die bei Befreiung eines gefesselten Sklaven eingreifende actio*, in *Mélanges P. Meylan*, I, Lausanne 1963, 211 ss., sulla tarda affermazione dell'*actio in factum* quanto alla tutela di un danno non necessariamente materiale del patrimonio del *dominus*.

<sup>106</sup> C. ARNÒ, *Actio in factum accomodata legi Aquiliae*, in *Studi per il XIV centenario delle Pandette*, Pavia 1933, 34 ss., identifica il Quinto richiamato nella testimonianza con Quinto Mucio Scevola, ritenendo corrotto l'inciso nel quale si lega l'intervento di Quinto al commento dell'opera di Labeone. Difende il riferimento a un giurista precedente a Labeone, la ricostruzione di ALBANESE, *La nozione*, cit., 107 ss., il quale, portando l'attenzione sul fatto che la costruzione dell'*apud* e l'accusativo può essere usata per indicare l'opinione citata presso un altro giurista non necessariamente precedente a quello il cui parere viene richiamato nel testo, ma anche successivo, ritiene che Labeone avesse annotato il lavoro di un giurista, non meglio identificato, che avrebbe opinato per l'*actio furti*. Pur escludendo per ragioni formali l'identificazione con Q. Mucio Scevola, l'Albanese ricostruisce il rapporto tra i due giuristi, evidenziandone il disaccordo sostanziale che avrebbe indotto Labeone a ritenere applicabile l'*actio de dolo*, in luogo dell'*actio furti*. A prescindere dalla difficoltà di interpretare coerentemente, nella ricostruzione di Albanese, i nessi sintattici della porzione di frammento relativa all'annotazione che pongono Quinto come soggetto della glossa a Labeone, e non il contrario (cfr. MACCORMACK, *Aquilian Studies*, cit., 33 s. e nt. 59), lo stesso a. pone in crisi la propria ipotesi, vedendosi costretto a supporre il rimaneggiamento del passo che, per ragioni sostanziali, non può testimoniare, nel periodo precedente a Labeone, l'applicazione dell'*actio in factum*. Per questi motivi, sintattici e formali, appare preferibile rivolgersi all'ipotesi di chi ravvisa in Quinto o Q. Saturnino — come suggerisce W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*<sup>2</sup>, Graz-Wien-Köln 1967, 181 nt. 321 — o Q. Cervidio Scevola — secondo l'alternativa indicata da P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*<sup>2</sup>, München-Leipzig 1912, 157 nt. 24 e 200; possibilista su Cervidio Scevola, G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1992, 144 nt. 400. Più netto A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano*, Padova 2005, 185, per il quale non vi sarebbero elementi per qualificare il Quinto richiamato nel passo.

<sup>107</sup> Cfr. nt. precedente sul soggetto dell'annotazione.

agito con misericordia<sup>108</sup>, e *actio in factum* (aquiliana<sup>109</sup>), se lo schiavo è stato liberato per compassione<sup>110</sup>.

Il dubbio di Labeone nasce probabilmente in relazione al fatto che l'intervento del terzo, marginale se considerato in sé, abbia realizzato la condizione per la successiva liberazione dello schiavo, con il prevedibile danno per il *dominus*. Un'attività iniziale, volontaria, quella del terzo che non appare differente da quella realizzata nella fattispecie nella quale il terzo crea le condizioni perché l'animale possa risultare lesivo.

In entrambi i casi il terzo si limita a creare le condizioni per il successivo svolgersi del comportamento dannoso. Ma con una differenza. Nel caso dell'animale il danno, eventuale, viene realizzato dal successivo comportamento della bestia del quale il *dominus* deve rispondere. Nell'ipotesi dello schiavo fuggitivo il danno viene realizzato, sia pure con la collaborazione attiva del *servus*, direttamente dal terzo per il fatto stesso di aver sciolto lo schiavo dai vincoli.

La differenza, come è evidente, si riflette anche sulla tutela. In un caso, il terzo risponde con l'azione di dolo nei termini di una residualità 'sostanziale'; nell'altro, invece, riconosciuta la responsabilità del terzo, si discute soltanto sul mezzo più adeguato per farla valere. Al dubbio di Labeone sull'*actio de dolo* segue una distinzione più sofisticata tra azione di furto e *actio in factum*. L'ultima azione viene concessa se — come esplicita la fonte — è la misericordia<sup>111</sup> a ispirare la condotta del terzo: elemento questo che si configura come un criterio alternativo all'intento lucrativo che spinge, invece, a preferire l'azione di furto. Ciò non toglie, tuttavia, che il carattere atipico

<sup>108</sup> Sulla nozione di *misericordia* e sulla sua incidenza nella soluzione fornita da Quinto, rinvio a MANFREDINI, *Misericordia ductus*, cit., 209 ss.

<sup>109</sup> È ormai superata la perplessità di una parte della dottrina, soprattutto più risalente, circa la riferibilità dell'*actio in factum* richiamata da Quinto alla *lex Aquilia*. Il dibattito giurisprudenziale successivo e la sistemazione giustiniana consentono di ancorare stabilmente il rimedio alla risoluzione delle problematiche relative all'*interpretatio* della *lex Aquilia*. Si veda in questo senso, con valide argomentazioni ispirate a logiche di sistema, B. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, I, in «Ann. Palermo» 21 (1950) 85 ss.; ID., *La nozione*, cit., 110 ss.; MACCORMACK, *Aquilian Studies*, cit., 30 s. e nt. 50; MANFREDINI, *Misericordia ductus*, cit., 208 e nt. 11.

<sup>110</sup> Si allinea a questo criterio la soluzione di Sabino, richiamata da Gellio (Gell. 11, 18, 14), circa la configurazione di un furto nell'ipotesi di chi abbia favorito la fuga di uno schiavo, sventolando la toga allo scopo di impedire al padrone di vedere.

<sup>111</sup> Non appare convincente il ruolo della misericordia che MANFREDINI, *Misericordia ductus*, cit., 219, delinea nel nostro caso, quale attenuante funzionale a evitare l'infamia derivante dall'*actio de dolo*, attraverso l'*actio in factum*. Una simile configurazione pare calibrare il ruolo della misericordia in funzione del dolo e, in corrispondenza, creare un rapporto tra l'*actio in factum legis Aquiliae* e l'*actio de dolo* che non passa per la misericordia ma per un criterio di residualità molto più generale.



dell'*actio in factum* favorisca il concorso con l'azione di dolo con esiti che sono variabili e rispondono alla preferenza del singolo giurista<sup>112</sup>.

11. *Il mutuo di denaro richiesto dallo schiavo insolvente (D. 4, 3, 20 pr.).*

In una testimonianza di Paolo viene espressamente riportato il parere del giurista augusteo circa la concessione dell'*actio de dolo*:

Lab. *ad ed. fr. 37 Lenel = Paul. 11 ad ed. D. 4, 3, 20 pr.: Servus tuus cum tibi deberet nec solvendo esset, hortatu tuo pecuniam mutuam a me accepit et tibi solvit: Labeo ait de dolo malo actionem in te dandam, quia nec de peculio utilis sit, cum in peculio nihil sit, nec in rem domini versum videatur, cum ob debitum dominus acceperit.*

Uno schiavo, debitore insolvente del proprio *dominus*, su esortazione di quest'ultimo riceve a mutuo denaro da un terzo e con la somma prestata riesce ad adempiere il proprio debito con il padrone. Labeone ritiene che in favore del mutuante si debba concedere l'*actio de dolo* contro il *dominus*, considerata, da una parte, l'inutilità di agire *de peculio*, perché incapiente, e, dall'altra, l'impossibilità di ricorrere all'*actio de in rem verso*, non essendovi stato alcun arricchimento per il *dominus*.

La fattispecie è piuttosto lineare e l'opinione di Labeone non suscita particolari perplessità circa la sua genuinità<sup>113</sup>: il *dominus*, nell'esortare il proprio

<sup>112</sup> Recuperando probabilmente il dubbio labeoniano sull'*actio de dolo*, Ulpiano, di fronte all'alternativa *actio furti / actio in factum*, amplia il ventaglio delle soluzioni ricavando uno spazio anche all'applicazione dell'azione di dolo: Ulp. 41 *ad Sab. D. 19, 5, 14 pr.: qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare protexit, nulla tenetur actione: sed si sine causa id fecisset, in factum, si dolo, de dolo tenetur*. Nel caso in cui qualcuno, durante la navigazione, getti in mare la merce altrui, per salvare la propria, non incorre in alcuna sanzione, considerato lo stato di necessità che lo ha spinto a una simile condotta. Qualora, invece, lo abbia fatto senza ragione, troverà applicazione l'*actio in factum*, se lo abbia fatto con intento doloso, sarà tenuto con l'*actio de dolo*. Nonostante i dubbi manifestati sulla genuinità della testimonianza (F. DE MARTINO, *Lex Rhodia. Note di diritto romano marittimo*, in «Riv. dir. nav.» 4.1 [1938] 182 ss. *Contra* ALBANESE, *Studi*, cit., I, 72 ss.), non sembra vi siano elementi sostanziali per negarla: il che porta a dar credito a una distinzione che pone l'*actio de dolo* — fondata su un dolo che diverge dall'intento lucrativo proprio del furto: ipotesi che qui non viene presa in considerazione, anche se il testo è estratto dal libro 41 del commento ulpiano relativo al furto (cfr. Lenel, fr. 2867; PERNICE, *Labeo*, cit., II, 1<sup>2</sup>, 72 s.) — in alternativa all'*actio in factum* la quale può però contemplare anche una condotta dolosa e porsi in concorrenza con l'*actio de dolo*. A ben vedere, la fonte, non individuando una reale distinzione tra le due azioni, testimonia l'incertezza giurisprudenziale circa il loro ambito di applicazione che viene sciolta soltanto dalla valutazione operata in concreto dal singolo giurista.

<sup>113</sup> Cfr. LONGO, *Contributi*, cit., 153; ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., 278 ss.

schiavo<sup>114</sup> a contrarre un mutuo, non solo mostra di essere a conoscenza dell'incapienza del peculio, ma in più sceglie di aggirare l'assunzione della responsabilità diretta nei confronti del terzo che si avrebbe nell'ipotesi di uno *iussum* rivolto o comunque reso noto direttamente al mutuante<sup>115</sup>. Nella scelta di consigliare lo schiavo, il *dominus* manifesta pertanto l'intento doloso che trova compiuta realizzazione nella macchinazione ai danni del mutuante<sup>116</sup>.

Attraverso la somma ottenuta in prestito dal *servus*, il padrone può soddisfare il proprio credito nei confronti dello schiavo<sup>117</sup>, oltre a impedire al mutuante di ottenere quanto prestato, seguendo i canali dei rimedi predisposti dal pretore. Nel caso dell'*actio de peculio*, l'azione diviene vana perché il peculio è incapiente<sup>118</sup>; rispetto all'*actio de in rem verso*, verrebbe a mancare il presupposto dell'azione consistente nell'utile riconosciuto in capo al *dominus*<sup>119</sup>. Non resta che ricorrere all'azione di dolo che risponde non solo

<sup>114</sup> E. VALIÑO, *Las acciones adiecticiae qualitatis y sus relaciones basicas en derecho romano*, in «AHDE» 37 (1967) 417, lascia aperta la possibilità che l'esortazione potesse rivolgersi sia allo schiavo che all'altro contraente. A parte il fatto che la soluzione della questione a livello rimediale non muterebbe, la costruzione della frase che vede il servo soggetto attivo della fattispecie induce a preferire l'interpretazione che rivolge il consiglio allo schiavo.

<sup>115</sup> Cfr. BRUTTI, *La problematica*, cit., I, 262 s.; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, Napoli 1976, 75 e nt. 4; A. WACKE, *Fideiusio = iussum? Bürgschaften für den eigenen Gewaltunterworfenen oder Gewalthaber*, in «Index» 27 (1999) 533 s.

<sup>116</sup> Sulla mancata corrispondenza tra la condotta fraudolenta descritta nella testimonianza e la definizione dell'*aliud simulare, aliud agere*, cfr. MACCORMACK, *Dolus in the law*, cit., 241.

<sup>117</sup> Cfr. A. MANTELLO, *Beneficium servile – debitum naturale. Sen., de ben. 3.18.1 ss. - D. 35.1.40.3 (Iav., 2 ex post. Lab.)*, Milano 1979, 264 ss., circa l'elasticità mostrata da Labeone nel registrare il rapporto *dominus-servus* rispetto al peculio.

<sup>118</sup> Non sembra condivisibile la lettura di ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., 279 ss., circa le ragioni che spingono Labeone a concedere l'*actio de dolo*. Qui il giurista non sceglie l'azione di dolo, perché dubitava dell'applicabilità di *alia actio*, nello specifico *de peculio*, sulla quale l'a. ritiene fosse aperto un dibattito (perplesso sull'esistenza di tale dibattito BRUTTI, *La problematica*, cit., I, 265 nt. 87). Pure a voler concedere che Labeone avesse cognizione del dibattito, va detto che il giurista supera la questione, giustificando l'inapplicabilità dell'*actio de peculio* a partire dall'inutilità dell'azione, non dal dubbio sulla sua concessione. Né, rispetto a questo punto, appare condivisibile l'interpretazione che della scelta di Labeone avanza BRUTTI, *op. cit.*, 263, quando ritiene che il giurista abbia proposto un'interpretazione restrittiva della clausola editale *si alia actio non erit*, avvicinando all'assenza di *alia actio* l'ipotesi della sua inutilità. La sua interpretazione parrebbe anzi estendere la logica della sussidiarietà, da intendersi non soltanto in senso formale, ma sostanziale, rispetto all'effettiva riparazione del danno.

<sup>119</sup> In questo senso, cfr. Ulp. 29 *ad ed. D. 15, 3, 10, 7: si domini debitor sit servus et ab alio mutuatus ei solverit, hactenus non vertit, quatenus domino debet: quod excedit, vertit. proinde si, cum domino deberet triginta, mutuatus quadraginta creditori eius solverit vel familiam exhibuerit, dicendum*

al requisito della sussidiarietà formale ma, rispetto all'*actio de peculio*, interviene a superare anche l'incapienza del peculio servile che l'esperimento dell'azione, in sé possibile<sup>120</sup>, non riuscirebbe a colmare. Anche in questo caso, la sussidiarietà dell'azione di dolo non si lega soltanto all'assenza di azioni tipiche, ma anche all'impossibilità concreta di veder soddisfatta la pretesa del danneggiato<sup>121</sup>.

12. *La sussidiarietà 'relativa' dell'actio de dolo a garanzia del danneggiato (D. 4, 3, 7, 3).*

Labeone si preoccupa di assicurare il risarcimento del danno causato dall'altrui condotta fraudolenta, non solo interpretando il criterio della sussidiarietà in termini 'sostanziali', ma ricorrendo all'azione di dolo qualora l'applicazione del rimedio previsto nel caso concreto lasci emergere qualche perplessità.

Quest'ultimo principio trova la sua più compiuta enunciazione in una testimonianza nella quale, nonostante la chiarezza della regola, nascono alcuni problemi nell'adattamento del criterio della sussidiarietà alla casistica riportata:

*erit de in rem verso in decem competere actionem: aut si tantundem debeat, nihil videtur versum ...*, ricordato giustamente da ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., 279; G. MACCORMACK, *The early history of the actio de in rem verso (Afenus to Labeo)*, in *Studi A. Biscardi*, II, Milano 1982, 335.

<sup>120</sup> Cfr. G. E. LONGO, *Concetto e limiti dell'obbligazione naturale dello schiavo nel diritto romano classico*, in «SDHI» 16 (1950) 109; ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., 279, per il dibattito giurisprudenziale circa l'esperibilità dell'azione in caso di peculio ridotto a nulla. Si veda, in corrispondenza, anche la discussione circa l'esistenza del peculio anche in mancanza di attivo: sul punto cfr. R. SOTTY, *Recherche sur les utiles actiones. La notion d'action utile en droit romain classique*, Grenoble 1977, 107; F. REDUZZI MEROLA, *Servo parere*, Napoli 1990, 99 ss.

<sup>121</sup> Questo è il risultato finale anche dell'esame di ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., 280 e di BRUTTI, *La problematica*, cit., I, 266. Sembra rispondere a una logica diversa l'estensione dell'azione di dolo contro soggetti che solo indirettamente si sono avvantaggiati della condotta dolosa di un terzo. Ulpiano riporta una serie di esempi in Ulp. 11 *ad ed. D. 4, 3, 15: sed et ex dolo tutoris, si factus est locupletior; puto in eum dandam actionem, sicut exceptio datur. Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam. de dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio. Item si quid ex dolo procuratoris ad dominum pervenit, datur in dominum de dolo actio in quantum ad eum pervenit: nam procurator ex dolo suo procul dubio tenetur. In hac actione designari oportet, cuius dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse.* Dal vantaggio del pupillo per il dolo del tutore, dei municipi per la condotta dolosa dei loro amministratori, del mandante per l'inganno del procuratore. In tutte queste situazioni l'obiettivo è senza dubbio eliminare il vantaggio derivante dal dolo del terzo che non è impossibile leggere nella prospettiva dell'integrale risarcimento del danno subito dal dolo del terzo (cfr. H.-P. BENÖHR, *Arglist und Kenntnis der Hilfspersonen beim Abschluß schuldrechtlicher Geschäfte*, in «ZSS» 87 [1970] 171 ss.).

Lab. *ad ed. fr.* 35 Lenel = Ulp. 11 *ad ed. D.* 4, 3, 7, 3: *non solum autem si alia actio non sit, sed et si dubietur an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem et adfert talem speciem. qui servum mihi debebat vel ex venditione vel ex stipulatu, venenum ei dedit et sic eum tradidit: vel fundum, et dum tradit, imposuit ei servitatem vel aedificia diruit, arbores excidit: vel extirpavit: ait Labeo, sive cavet de dolo sive non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam si cavet, 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.*

La regola fissata da Labeone è chiara: il giurista estende l'ambito di applicazione dell'azione di dolo anche alle ipotesi nelle quali si dubiti dell'esistenza di idonei mezzi di tutela. È, invece, l'esempio immediatamente successivo a lasciare perplessi: Labeone sostiene che si debba agire con l'azione di dolo contro il venditore di uno schiavo che, intervenuta la vendita o la stipulazione, gli diede il veleno e lo consegnò al compratore; oppure di un fondo che, nel trasferirlo, vi impose una servitù, o ne distrusse gli edifici, o sradicò gli alberi: e ciò indipendentemente dal fatto che abbia dato o meno cauzione per il dolo. Nel primo caso, infatti, è dubbio se competeva l'*actio ex stipulatu*. Ma è più probabile che se si è garantito per il dolo, non si applichi l'*actio de dolo*, poiché vale l'*actio ex stipulatu*. Se non è stata data cauzione di dolo, ma si può agire con l'azione di compravendita non si userà l'azione di dolo che sarà invece necessaria qualora si abbia a che fare con una *stipulatio*.

Non c'è dubbio che le perplessità che l'esempio suscita siano da ricondurre in gran parte al rimaneggiamento compilatorio del testo<sup>122</sup> che — pure

<sup>122</sup> LONGO, *Contributi*, cit., 149 s., ritiene il passo immune da mende sostanziali; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*<sup>2</sup>, Napoli 1958, 13 s., considera interpolati i riferimenti alla vendita; ALBANESE, *La sussidiarietà*, cit., 231 ss., ritiene che nell'articolata esemplificazione labeoniana si debba espungere l'ipotesi del fondo per motivi formali e sostanziali, oltre che l'inciso *sive cavet de dolo sive non*, rispetto al quale l'a. non riesce a spiegare il dubbio sulla concessione dell'*actio ex stipulatu*, nell'ipotesi in cui vi sia stata la clausola sul dolo futuro. L'unica perplessità che avrebbe indotto Labeone a ipotizzare l'estensione dell'*actio de dolo* sarebbe da ravvisare, secondo la ricostruzione di Albanese, nell'incertezza sulla concessione dell'*actio ex stipulatu* nell'ipotesi di una generale stipulazione intervenuta tra le parti senza *clausola doli* a tutela della condotta dolosa del venditore. Anche il periodo finale del frammento (*sed est-necessaria est*) sarebbe un tratto alterato. ID., *Rei vindicationi se offerre e actio de dolo*, in «Ann. Palermo» 33 (1972) 354 ss., circoscrive però la portata dell'iniziale perplessità sulla genuinità del passo, motivando il dubbio di Labeone con l'incertezza della giurisprudenza circa l'efficacia della *clausola doli*. Non ritiene, invece, interpolato il passo F. BETANCOURT, *La stipulatio iudicialis de dolo en el derecho romano clasico*, in «AHDE» 49 (1979) 166 ss. nt. 13; da ultimo P. LAMBRINI, *Labeone, l'azione di dolo e l'inadempimento: per una rilettura critica*

a voler limitare al taglio, senza arrivare a una modificazione della sostanza del passo — ne altera la linearità e la chiarezza. È evidente la frizione tra le soluzioni che vengono fornite con maggiore ponderazione nella parte finale del passo — l'*actio ex stipulatu* a tutela della *cautio de dolo*, l'azione di compravendita in caso di trasferimento del bene — a confronto con l'enunciazione garantista sull'applicabilità dell'*actio de dolo* anche nei casi di dubbio sul ricorso all'azione tipica. Di fronte a questa difficoltà che si riflette, in termini di coerenza, nel rapporto tra regola e valutazione della fattispecie concreta, un possibile tentativo di spiegazione può forse ravvisarsi nella sovrapposizione della rilettura ulpiana al pensiero di Labeone che la sintesi compilatoria ha fatto emergere con maggiore forza.

È Labeone a ritenere che si debba concedere l'azione di dolo sia in assenza che in presenza dell'apposita *cautio de dolo*: nel primo caso per l'impossibilità di sanzionare la condotta dolosa in mancanza dell'apposita stipulazione; nel secondo, sulla base del mero dubbio che possa usarsi l'*actio ex stipulatu*.

A ben vedere, dalla prima fattispecie derivano due inevitabili conseguenze: l'una riguarda l'impossibilità di sanzionare la condotta dolosa del venditore con un'azione di buona fede, quale è l'*actio ex empto*<sup>123</sup>. L'altra, che ne è un corollario, si riferisce alla possibilità che la *clausola doli* potesse essere aggiunta anche ai negozi di buona fede.

Rispetto alla seconda fattispecie, invece, il rinvio all'*actio de dolo* discende dal dubbio sul funzionamento della clausola di dolo e della relativa *actio ex stipulatu*. Nulla viene aggiunto sui motivi della perplessità nutrita da Labeone che pertanto è necessario tentare di ricostruire.

Appare verisimile ipotizzare che alle radici sia del dubbio sull'efficacia della *cautio de dolo* sia dell'inapplicabilità dell'*actio ex empto* si possa ravvisare la medesima *ratio*.

Si è detto che Labeone avrebbe dubitato della portata della *clausola doli* per via del carattere troppo rigido della stessa, difficilmente adattabile a coprire ogni genere di dolo, come ad esempio quello successivo alla conclusione del contratto. Nelle fattispecie concrete esaminate da Labeone, la vendita o la stipulazione si perfezionano in assenza di dolo: elemento che invece vizia la fase successiva del negozio, incidendo sulla consegna della cosa venduta. Si può immaginare che Labeone, non fidando sull'elasticità della *clausola doli* a ricomprendere anche la condotta dolosa successiva alla conclusione del contratto ma precedente alla consegna del bene, abbia preferito rivolgersi alla più ampia *actio de dolo*.

di D. 4.3.7.3 (*Ulp. 11 ad ed.*), in «Iura» 57 (2008-2009) = EAD., *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova 2010, 58 s., si pone sulla linea della conservazione del testo.

<sup>123</sup> A meno di non voler considerare interpolato il riferimento alla *venditio*, ma *contra* giustamente LAMBRINI, *Labeone*, cit., 63 s.

Se questa è la ragione del dubbio, non c'è da meravigliarsi se lo stesso giurista si ponga nella medesima prospettiva rispetto all'applicazione dell'azione di compravendita. Il negozio consensuale si è infatti concluso in assenza di dolo: il che impedirebbe, nella ricostruzione di Labeone, di applicare l'azione di buona fede. Non c'è dubbio, però, che il venditore si sia comportato dolosamente tra la conclusione del contratto e la *traditio* del bene. Anche in questo caso, come nel precedente, si ricorre all'*actio de dolo*, in mancanza di altra azione che possa garantire il compratore<sup>124</sup>.

Seguendo questa linea interpretativa, sembra difficile sostenere l'apponibilità della *clausola doli* alla compravendita — come pure è stato detto<sup>125</sup> — sulla base della lezione approssimativa del frammento nella parte in questione che appare oggetto se non di rimaneggiamento sostanziale, sicuramente di qualche taglio.

Del tutto diversa è invece la logica rimediale di Ulpiano, rispetto alla quale, evidentemente, interviene una più ampia interpretazione della *clausola doli*<sup>26</sup> e coerentemente una più elastica nozione di buona fede, riconducibile non soltanto alla fase di formazione della compravendita ma anche alla successiva esecuzione del contratto.

Ulpiano infatti si pronuncia, nell'ipotesi che la *cautio* sia stata prestata, in favore dell'applicazione dell'*actio ex stipulatu*, superando le perplessità di Labeone. E ancora, nella parte finale del passo, il giurista severiano, nel circoscrivere la portata dell'iniziale propensione alla generalizzata applicazione dell'azione di dolo manifestata da Labeone, precisa che, in mancanza della conclusione di un'apposita *cautio*, si debba agire contro l'eventuale condotta dolosa del venditore direttamente con l'azione di compravendita, se è stato concluso un contratto consensuale di compravendita, con l'azione sussidiaria di dolo, nell'ipotesi di una *stipulatio*. E ciò in coerenza con la natura di buona fede o di stretto diritto dei contratti in esame.

### 13. *Atipicità dell'azione e atipicità della fattispecie.*

Terminata l'analisi dei frammenti, si possono formulare alcune riflessioni.

Come abbiamo detto all'inizio, il rapporto di Labeone con gli strumenti atipici di tutela è stato generalmente ricondotto alla protezione dei contratti

<sup>124</sup> Non può perciò concordarsi con quanto sostenuto da LAMBRINI, *Labeone*, 64 s., circa la generica inidoneità dell'azione di buona fede a sanzionare qualunque condotta dolosa. Per Labeone l'azione di compravendita poteva essere utilmente usata contro le condotte dolose, quanto meno perché una simile possibilità viene attestata a partire da Cicerone nei casi di dolo enunciati nel *de officiis*, e solo la particolarità del caso concreto non consente al giurista di avvalersene.

<sup>125</sup> In questo senso LAMBRINI, *Labeone*, 65.

<sup>126</sup> Cfr. per tutti LAMBRINI, *Labeone*, cit., 59 s.

innominati. Si è addirittura affermato che egli avrebbe ideato una teoria generale del contratto basata sul semplice consenso, proprio al fine di dare tutela alle convenzioni atipiche.

Tuttavia, dai testi esaminati emerge un quadro notevolmente diverso. Labeone non sembra occuparsi mai di *nova negotia*, e comunque non concede mai l'*agere praescriptis verbis* a tutela di contratti innominati<sup>127</sup>. Non solo, ma neanche negli impieghi dell'*actio de dolo* — per la verità, assai poco studiati in dottrina — egli utilizza lo strumento processuale atipico per tutelare fattispecie atipiche sul piano del diritto sostanziale.

Al contrario, egli propone di utilizzare le due azioni sostanzialmente in due casi:

1) il primo, che abbiamo definito di residualità 'relativa', si ha quando la fattispecie sostanziale è tipica, ma vi è dubbio sull'azione (tipica) da utilizzare;

2) il secondo, di residualità 'sostanziale', si determina allorché la fattispecie sostanziale è tipica, ma l'uso dell'azione tipica non porterebbe a risultati utili per l'attore, nel senso che: (2a) si concede l'*agere praescriptis verbis* quando l'azione contrattuale tipica porterebbe sicuramente alla perdita della lite (almeno all'epoca di Labeone: con Ulpiano invece in questi casi l'azione tipica diviene efficace); (2b) si concede l'*actio de dolo* dopo che sia stata prima esperita l'azione tipica contrattuale o da illecito: nella maggior parte dei casi, è l'insolvenza del convenuto nell'azione tipica a imporre il ricorso all'azione di dolo; in un solo caso, è l'assoluzione del convenuto, viziata da spergiuro dello stesso, a favorire l'esperimento dell'azione di dolo.

In tutte queste fattispecie, quando si vuole tutelare un *oportere ex fide bona* 'accessorio'<sup>128</sup>, Labeone concede l'*agere praescriptis verbis*; quando invece si intende sanzionare un comportamento doloso, impiega l'*actio de dolo*. Data la natura atipica dei due rimedi, si determina così una tutela generale della buona fede e una sanzione generale del dolo.

Non bisogna infatti confondere — lo rilevava già Alfred Pernice più di cento anni fa<sup>129</sup> — l'atipicità della tutela con l'atipicità del rapporto: il con-

<sup>127</sup> Lo rilevava, per quanto cautamente, anche TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 105 e nt. 270: «è molto dubbio se ed in quale misura il giurista volesse consapevolmente risolvere, con quello che Ulpiano chiama l'*agere praescriptis verbis*, il problema dei *nova negotia* in senso ampio», anche in considerazione della «circostanza che l'*agere praescriptis verbis* si trova, assai spesso, in una connessione piuttosto lontana da codesta tematica». Cfr. anche ID., *Note*, cit., 238.

<sup>128</sup> La prospettiva qui accolta si avvicina dunque a quella di ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 75 ss., ma non nel senso che l'obbligazione accessoria conservi caratteristiche di tipicità.

<sup>129</sup> A. PERNICE, *Parerga*. III. *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in «ZSS» 9 (1888) 252 ss.: «wenn man das Wesen der *actiones in factum civiles* festzustellen versuchen will, so muss man das *agere praescriptis verbis* und den Synallagmabegriff genau von einander scheidern. Beiden

tratto o l'illecito sono atipici quando non sono neanche in astratto riconducibili a un *nomen contractus* o a un *delictum*, mentre la tutela è atipica quando in concreto (oltre che in astratto) le azioni tipiche non sono utilizzabili<sup>130</sup>.

L'impiego di azioni atipiche per tutelare fattispecie anch'esse atipiche sarà piuttosto opera della giurisprudenza successiva a Labeone, aggiungendo ai precedenti un terzo impiego degli strumenti atipici.

a) Per quanto riguarda i contratti, il problema della tutela delle convenzioni atipiche si porrà infatti quando Sabiniani e Proculiani inizieranno a definire il perimetro dei contratti tipici, e i secondi propugneranno una applicazione più rigorosa delle regole emerse all'interno dei tipi<sup>131</sup>. Ciò determinerà l'uscita di una serie di negozi dal sistema tipico — la permuta, lo scambio di *res utendae fructuariae*, ecc., ossia le fattispecie che saranno sistematizzate da Paolo (5 *quaest.* D. 19, 5, 5) come *do ut des, do ut facias, facio ut des e facio ut facias*<sup>132</sup> — ponendo il problema di una loro tutela: non è casuale che Ulpiano in D. 2, 14, 7, 2 richiami Mauriciano, e non Labeone, come il promotore dell'uso dell'*agere praescriptis verbis* rispetto ai contratti innominati<sup>133</sup>. D'altronde, se ciò non si com-

decken sich ganz und gar nicht und haben in ihrem Ursprunge nichts mit einander gemein. Die Verkenning dieser einfachen Thatsache hat dazu geführt, dass man überall wo *praesor. n.* geklagt werden durfte, einen Innominatvertrag annahm, also auch da, wo eine Sache unter Abrede der Rückgewähr, zur Ansicht, zur Probe hingegeben war». Cfr. anche *ibid.*, 256, rispetto al *dictum* di Mauriciano in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 2. Di un rapporto non esclusivo tra *agere praescriptis verbis* e contratti atipici parrebbe accorgersi CANNATA, *Contratto*, cit., 190, quando afferma essere l'«*actio praescriptis verbis*, impiegata soprattutto, ma non esclusivamente, per offrire protezione alle convenzioni contrattuali atipiche»; ma poi l'a. parrebbe instaurare una corrispondenza più meccanica, allorché in D. 18, 1, 50 desume la natura atipica del rapporto dal ricorrere dell'*agere praescriptis verbis* (*ibid.*, 195: Labeone recupererebbe «con l'azione contrattuale generale, e quindi sotto il profilo del contratto innominato, un contratto di vendita inefficace»; cfr. anche l'esegesi di D. 19, 5, 17, 1 e, adesso l'esame compiuto in ID., *L'actio*, cit., 9 ss., spec. 16 s. su D. 19, 5, 1, 1). Chiara, invece, la distinzione in TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 105 nt. 270 (riportata *supra*, nt. 127).

<sup>130</sup> Ciò perché l'azione non protegge il contratto, che in sé non esiste, ma l'obbligazione, che coincide con il contratto. Pertanto l'azione tipica tutela il contratto tipico quando le obbligazioni principali, ossia quelle che 'tipizzano' il contratto, sono vitali; e in questo caso protegge anche gli obblighi accessori. Ma quando le obbligazioni principali (ossia tipiche) vengono meno e sopravvivono solo obbligazioni accessorie (ossia atipiche), le azioni tipiche non sono più utilizzabili, e bisogna fare ricorso a uno strumento generale di tutela.

<sup>131</sup> Cfr. FIORI, *La definizione*, cit., 183 ss., con particolare riferimento alla *locatio conductio*.

<sup>132</sup> Ma che — come mostra Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 2 — erano discusse in questi termini almeno a partire da Aristone.

<sup>133</sup> Così, correttamente, anche SARGENTI, *Actio*, cit., 257. D'altronde, se si ammette che il problema dei *nova negotia* era stato già affrontato e risolto da Labeone, da un lato si è costretti a leggere la soluzione sabiniana come «un ripiego» su soluzioni più primitive (GALLO, *Synallagma*, cit., I, 197).



prende e si confonde la materia dei contratti innominati con quella dell'*agere praescriptis verbis*, si ipotizzerà erroneamente il ricorrere di contratti innominati tutte le volte che si trova una tutela atipica<sup>134</sup>.

b) Per ciò che riguarda l'azione di dolo, l'interpretazione della residualità labeoniana troverà largo seguito fra i giuristi successivi: basti ricordare l'adesione di Pomponio e di Ulpiano all'opinione di Labeone nei frammenti prima esaminati in materia di residualità 'sostanziale' (§§ 7, 9, 10). Così come, sul versante della residualità 'relativa' (§ 12), è Sabino a maturare una posizione analoga a quella di Labeone in un caso di dolo processuale<sup>135</sup>.

<sup>134</sup> Peraltro, questo dato induce a formulare, per quanto in forma congetturale, un'ulteriore ipotesi, e cioè che, almeno per i *iudicia bonae fidei*, un'azione contrattuale generale abbia preceduto la genesi delle azioni tipiche. A ben vedere, infatti, la tipicità è un requisito necessario delle azioni pretorie, che devono essere enumerate dal pretore nell'editto, ma non delle azioni civili, che non a caso nelle *legis actiones* potevano trovare espressione in *actiones* 'generalì' come la *legis actio sacramenti*: se anche le azioni civili si sono indirizzate in senso tipico, ciò è verisimilmente dovuto alla circostanza che il processo formulare è nato e si è inizialmente affermato in relazione a *formulae in factum*. Posto tutto ciò, non è da escludere che a tutela dei *iudicia bonae fidei* fossero inizialmente concesse formule in cui la *demonstratio* aveva un contenuto non rigidamente tipizzato, ma mirasse solo a descrivere le circostanze entro cui era nato l'*oportere ex fide bona* indicato nell'*intentio*: ciò che peraltro potrebbe spiegare l'oscillazione terminologica tra tipi contrattuali presente in Plauto e Catone senza immaginare che i rapporti fossero tutelati da *legis actiones* (così invece FIORI, *La definizione* cit., 20 e 27 s.). Se questa possibilità fosse accettabile, non potrebbe escludersi che l'*agere praescriptis verbis* — che, ricordiamolo, con ogni probabilità non è inizialmente un'*actio*, ma una modalità dell'*agere* — sia nato come estrapolazione della *demonstratio* dalla formula, al fine di non vincolare il *index*, avendo però come modello una *demonstratio* ancora non rigidamente tipizzata.

<sup>135</sup> Gai. 27 *ad ed. pron.* D. 4, 3, 39: *si te Titio optuleris de ea re quam non possidebas in hoc ut alius usucipiat, et indicatum solvi satisdederis: quamvis absolutus sis, de dolo malo tamen teneberis: et ita Sabino (fr. 29 Lenel) placet*. Sabino propone l'applicazione dell'azione di dolo nei confronti di chi si sia dolosamente prestatato, garantendo l'adempimento del giudicato, a essere convenuto in un giudizio di rivendica per consentire al possessore di usucapire. E ciò nonostante sia intervenuta l'assoluzione del convenuto. Secondo la lettura che si ritiene preferibile la responsabilità del convenuto discenderebbe *ex stipulatu* dalla *clausola doli* contenuta nella *cautio indicatum solvi* prestata dal *liti se offerens* (cfr. O. LENEL, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, in «Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart» 37 [1910] 532 e nt. 28; M. TALAMANCA, *Studi sulla legittimazione passiva alla hereditatis petitio*, Milano 1956, 44; ID., *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle actiones in rem*, in «Studi Cagliari» 43 [1964] 146 s.; S. SCHIPANI, *Responsabilità del convenuto per la cosa oggetto di azione reale*, Torino 1971, 95; A. WACKE, *Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum?*, in «ZSS» 88 [1971] 121. Non prende invece posizione nel dibattito della dottrina BRUTTI, *La problematica*, cit., II, 360, il quale parla, in termini ampi, di una *restitutio ob dolum*. Altri hanno ritenuto di leggere nel frammento una testimonianza della condannabilità con l'*actio de dolo* del non possessore che *liti se optulit* nel giudizio di rivendica: cfr. A. CARCATERRA, *L'azione ereditaria nel diritto romano*, II, Roma 1948, 26 ss. e nt. 17, anche se il pensiero dell'a. non è sempre limpidamente esposto, tanto che viene il dubbio che la responsabilità del *liti se offerens* possa discendere anche dalla *clausola doli* contenuta nella

Ma il consolidamento dell'interpretazione labeoniana circa la sussidiarietà dell'azione non impedisce ai giuristi più tardi di spostare il piano della discussione. Se Labeone ha affrontato il problema della sussidiarietà a partire da fattispecie tipizzate, ritagliando al loro interno uno spazio all'azione di dolo, la giurisprudenza successiva si preoccupa principalmente di valutare l'uso dell'*actio de dolo* in presenza di altri strumenti atipici di tutela (*actio in factum, restitutio in integrum*), rispetto a situazioni evidentemente atipiche. Il dibattito è testimoniato dalla giurisprudenza del II secolo d.C. e trova nei contributi dei giuristi severiani la sua definitiva cristallizzazione<sup>136</sup>. In particolare, la casistica di Ulpiano sull'*actio de dolo* lascia emergere uno spazio non tipizzato tra i contratti e i delitti che il concorso con altre forme sussidiarie di tutela gradualmente restringe e che, nonostante l'atipicità del rimedio, viene a caratterizzarsi per l'immaterialità della condotta lesiva. E questo diventerà il principale ambito di applicazione dell'azione di dolo.

*cautio indicatum solvi* [cfr. anche la critica di TALAMANCA, *Studi*, cit., 44 nt. 112]; ALBANESE, 'Rei vindicationi se offerre' et 'actio de dolo', in «Ann. Palermo» 33 (1972) 348 ss.). La possibilità di ricorrere all'*actio de dolo* — verisimilmente richiamata nel *de dolo malo teneri*, quantomeno per l'inserimento compilatorio del frammento all'interno del titolo relativo al *dolus malus* — crea però un problema perché significherebbe ammettere — come ha evidenziato l'ALBANESE, *op. cit.*, 353 ss. — che, in forza del principio della sussidiarietà dell'azione di dolo, il *liti se offerens* possa essere stato assolto nell'*actio ex stipulatu* nascente dalla cauzione effettivamente prestata. E questa assoluzione potrebbe apparire paradossale, in considerazione della *clausola de dolo malo* contenuta nella *cautio*. Per giustificare il ricorso all'azione di dolo, si è ipotizzato che i giuristi dubitassero della piena efficacia della *clausula de dolo malo* nella *cautio indicatum solvi* prestata dal *liti se offerens* e, preferendo andare sul sicuro, applicassero l'*actio de dolo*. Secondo l'ALBANESE, *op. cit.*, 355 ss., l'incertezza sulla responsabilità *ex stipulatu* troverebbe il suo fondamento nella ricostruzione della vicenda che avrebbe portato la giurisprudenza romana a interpretare estensivamente la portata della *clausula doli* originariamente più circoscritta. L'a. prende in esame un frammento di Ven. 9 *stip.* D. 46, 7, 19 — di cui mette in dubbio la genuinità — anche alla luce di un passo di Ulp. 78 *ad ed.* D. 50, 16, 69, nel quale si costruisce la validità della *clausula doli* al futuro. La giurisprudenza tardo classica sarebbe giunta, secondo l'a., ad applicare la clausola al dolo successivo alla stipulazione soltanto in via interpretativa, con le relative incertezze di applicazione.

<sup>136</sup> Si rinvia a CURSI, *L'eredità*, cit., 121 ss.