

## *Giurisprudenza e convenzioni atipiche*

La monografia di Giuseppe Romano si inserisce nel vasto ambito della letteratura sulle dottrine romane del contratto e sviluppa un percorso di indagine che mira a esplorare il più specifico tema della tutela delle fattispecie contrattuali atipiche «tra l'età traianea e l'età dei Severi», così come esplicitato nel sottotitolo dei due tomi in cui è suddivisa l'opera.

Si tratta di un lavoro corposo, che consta di 842 pagine: il primo volume si articola in tre capitoli, mentre il secondo si concentra in due capitoli. Tale separazione è, tuttavia, meramente formale: «la complessità delle questioni (...), ma anche l'estensione che il lavoro nel suo insieme finirebbe inevitabilmente per assumere, suggeriscono di tenere formalmente separata questa seconda parte della ricerca, per quanto essa si inserisca in un percorso di indagine che si snoda lungo un sentiero logico-argomentativo sostanzialmente unitario. Di qui peraltro la decisione di una numerazione in sequenza dei capitoli della seconda parte, per meglio evidenziare continuità e organicità della ricerca nel suo complesso»<sup>1</sup>. Così si apprende nella Premessa del tomo I, ove Romano chiarisce gli obiettivi dello studio e i risultati attesi.

Come indica il titolo dell'opera, il tema – tutt'oggi estremamente dibattuto – posto al centro dell'attenzione è quello dei contratti innominati. L'Autore, nel fitto panorama di studi in argomento e, dunque, di elaborazioni teoriche susseguitesi nel tempo, ritiene di impostare la ricerca innanzitutto valorizzando i due distinti indirizzi nei quali, nella prospettiva della giurisprudenza romana, si è sedimentata la materia in questione: per un verso, quello riferibile a Labeone, per altro verso, quello ascrivibile ad Aristone.

Più in dettaglio, Romano riferisce che il primo orientamento, sulla scorta dell'esegesi di D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*)<sup>2</sup>, riconosce protezione alle convenzioni atipiche secondo lo schema dell'*ultra citroque obligatio*, quale «atto anche solo potenzialmente produttivo di obbligazioni in capo a entrambe le parti»<sup>3</sup>. Diversamente, il secondo orientamento, secondo l'Autore in revisione profonda del pensiero labeoniano, ricollega la tutela dei contratti atipici alla presenza di un sinallagma condizionale, ossia alla corrispettività delle prestazioni contrattuali, implicando però l'esecuzione di almeno una delle due attribuzioni patrimoniali.

\* A proposito di Giuseppe Romano, *Giuliano e i 'nova negotia'. Sulla tutela dei c.d. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi*, Dipartimento di Giurisprudenza – Università di Palermo, Annali del Seminario Giuridico, Monografie 16, I-II, G. Giappichelli Editore, Torino 2021-2022, pp. 800, ISBN 9788892122062.

<sup>1</sup> G. Romano, *Giuliano e i 'nova negotia'. Sulla tutela dei cd. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi*, I, Torino 2021, 4.

<sup>2</sup> D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur': et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultra citroque obligationem, quod Graeci sinallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

<sup>3</sup> Romano, *Giuliano* I cit. 1.

In tale contesto, Romano ritiene di focalizzarsi sulla posizione assunta da Salvio Giuliano in tema di *nova negotia*, notoriamente fondata sulla testimonianza di D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*)<sup>4</sup>, allo scopo di – secondo le parole dell’Autore – «rileggere in una luce ben differente rispetto a quella ancor oggi prevalente»<sup>5</sup> il frammento di Ulpiano dalla specola della tutela processuale in essa prevista.

Invero, secondo il convincimento di Romano, «il torto principale dell’interpretazione tradizionale consiste (...) nell’aver trasformato la testimonianza ulpiana in una sorta di manifesto del pensiero di Giuliano, non prendendo in reale considerazione la possibilità che il dissenso rispetto a Mauriciano riguardasse piuttosto e più modestamente il caso specifico (*do ut manumittas*) riferitoci da Ulpiano, senza che da questo si debbano (o possano) necessariamente trarre precise e ulteriori implicazioni in relazione all’atteggiamento più generalmente assunto dal giurista adrianeo in tema di tutela delle convenzioni atipiche»<sup>6</sup>.

Ebbene, l’indagine illustra sin da subito il suo obiettivo, ovvero sia quello di individuare una plausibile giustificazione per la concessione, da parte di Giuliano, in ipotesi di convenzione atipica, di un’azione pretoria e non di quella contrattuale. Ciò consentirebbe, infatti, secondo l’Autore, una «lettura non ideologica di D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*), compatibile, dunque, con un atteggiamento solutivo in linea con quegli indirizzi pratici e dogmatici che, proprio in base a Ulp. 4 *ad ed.* § 2, si vorrebbe piuttosto attribuire ad Aristone e ai suoi seguaci»<sup>7</sup>.

Il primo capitolo è dedicato alla ricostruzione dello stato della dottrina in tema di *nova negotia* e contratto nel pensiero di Giuliano, a partire dagli autori di diritto comune.

Romano, dapprima, recupera l’indirizzo interpretativo più consolidato, tracciato già a partire dai glossatori<sup>8</sup>, ma ad oggi del tutto inservibile<sup>9</sup>, il quale si fonda sull’idea che la tutela riconosciuta ora mediante un’*actio praescriptis verbis*, ora attraverso un’*actio civilis incerti*, ora con un’*actio in factum civilis*, comporti, a dispetto della varietà di denominazioni degli strumenti rimediali, una sostanziale uniformità del meccanismo di protezione accordato alle fattispecie contrattuali atipiche. In buona sostanza, l’*actio in factum* contenente la descrizione della *res gesta* rappresenterebbe, dal punto di vista di Giuliano, il paradigma processuale in materia di contratti atipici.

Successivamente, superata l’impostazione più radicale riconducibile alla dottri-

<sup>4</sup> D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc sunallagma esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo Sunallagma dicit, unde haec nascitur actio.*

<sup>5</sup> Romano, *Giuliano* I cit. 4.

<sup>6</sup> Romano, *Giuliano* I cit. 3.

<sup>7</sup> Romano, *Giuliano* I cit. 3.

<sup>8</sup> Romano, *Giuliano* I cit. 8 e ntt. 13 e 14.

<sup>9</sup> Tale considerazione si deve al fatto che, come è noto, l’elaborazione concettuale in parola non tiene conto del ritrovamento del manuale gaiano. Cfr. Romano, *Giuliano* I cit. in specie 10, nt. 19.

na interpolazionistica – secondo la quale la soluzione giuliana dell'*actio in factum concepta* dovrebbe indicarsi quale modello di tutela delle convenzioni atipiche fatto proprio dalla giurisprudenza romana<sup>10</sup> –, l'Autore si sofferma sulla letteratura degli ultimi decenni del XIX secolo, tutt'ora imprescindibile nel contesto degli studi romanistici in argomento.

Romano prosegue quindi riportando le tesi dottrinali affermatesi in seguito al ritrovamento del manuale gaiano. In tale contesto, spicca, soprattutto, la posizione di Eduard Gans, al quale va riconosciuto il merito, da un lato, di valorizzare la diversità di prospettive tra Sabiniani e Proculiani in tema di contratti atipici e, dall'altro, di mettere in discussione lo schema dell'*obligatio re contracta*, a favore di quello consensuale, in materia di perfezionamento del contratto atipico<sup>11</sup>. A tal riguardo, l'Autore puntualizza che, dalla prospettiva della tutela accordata a quest'ultimo, ossia quella di precipuo interesse nella sua opera, il pensiero di Gans permane essenzialmente entro i confini dell'insegnamento tradizionale dianzi descritto.

Le pagine che seguono ripercorrono nei loro tratti essenziali le principali teorie sul contratto romano; tra queste, un ruolo centrale è ricoperto dalla ricostruzione di Callixte Accarias<sup>12</sup>, la quale funge 'da ponte' tra l'impostazione tradizionale e le opinioni dominanti nel dibattito scientifico del Novecento. In proposito, riprendendo testualmente Romano, «si può senz'altro affermare che è con Accarias che prende definitivamente e compiutamente corpo l'idea moderna, e non raramente fraintesa, di un'azione generale (*actio propria*) di buona fede da causalizzare in concreto, che già da qualche decennio andava circolando in dottrina e che era destinata a soppiantare il modello di un'azione *ad exemplum (utilis)* e per lo più di stretto diritto»<sup>13</sup>.

Si deve però ad Alfred Pernice il consolidamento della posizione teorica che segna il contrasto definitivo tra Sabiniani e Proculiani<sup>14</sup>. In tale scenario – prosegue l'Autore –, si collocherebbe, dunque, anche il pensiero di Salvio Giuliano, favorevole, come il suo maestro Giavoleno, alla concessione di un'*actio in factum*, quale spia di un atteggiamento di chiusura del giurista nei confronti del riconoscimento dei contratti atipici all'interno dell'esperienza giuridica romana.

Il primo capitolo si conclude tracciando gli esiti e gli approdi dell'indirizzo interpretativo fatto proprio dalla dottrina italiana del Novecento. Dopo aver citato i lavori di Ferrini<sup>15</sup>, Bon-

<sup>10</sup> Il riferimento va, in specie, a S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, II, Firenze 1908 e a P. de Francisci, '*Synallagma*'. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I, Pavia 1913, nonché Id., '*Synallagma*'. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia 1916.

<sup>11</sup> Cfr. E. Gans, *Ueber römisches Obligationenrecht, insbesondere über die Lehre von den Innominatkontrakten und 'jus poenitendi'*, Heidelberg 1819.

<sup>12</sup> Cfr. C. Accarias, *Théorie des contrats innommés et explication du titre de 'praescriptis verbis' au Digeste*, Paris 1866.

<sup>13</sup> Romano, *Giuliano* I cit. 29-30.

<sup>14</sup> Cfr. A. Pernice, *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in *ZSS*. 9, 1888, 195 ss.

<sup>15</sup> Cfr. C. Ferrini, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in *AG*. 52, 1894, 257 ss.

fante<sup>16</sup> e Riccobono<sup>17</sup>, Romano si sofferma sul fondamentale studio di Betti<sup>18</sup>, ancora oggi diffusamente accolto, nonostante «i non lievi profili di contraddittorietà che si colgono (...) e che investono in egual misura i diversi piani delle soluzioni processuali e delle sottostanti logiche argomentative»<sup>19</sup>.

Il secondo capitolo è dedicato all'esegesi D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*), in specie all'analisi della posizione di Salvio Giuliano così come ricostruita nel contesto del più recente dibattito storiografico.

Sulla genuinità del brano, come noto inserito nella rubrica *de pactis*, è possibile riconoscere, ad oggi, un generale accordo tra gli studiosi; tuttavia, molte permangono le questioni che lo stesso brano, anche secondo il punto di vista di Romano, continua a sollevare.

A questo riguardo, l'Autore, dopo aver concentrato l'attenzione sugli interrogativi ancora aperti ricollegati al frammento (si pensi, a titolo esemplificativo, alla collocazione di Scuola di Aristone, all'estensione del sinallagma aristoniano alle sole ipotesi previste nel testo quali le fattispecie di *do ut des* e *do ut facias*, ovvero a qualsivoglia relazione di scambio<sup>20</sup>), volge lo sguardo al punto di vista di Giuliano e, dunque, nell'ottica della tutela processuale fatta propria nella sua indagine, alla concessione dell'*actio in factum* come azione pretoria in senso stretto.

La ricerca di Romano entra così nel vivo: l'Autore, mettendo in chiaro gli aspetti problematici dell'interpretazione più consolidata, sottolinea che «l'immagine consegnataci dalla dottrina tradizionale, di un Giuliano strenuo difensore della tipicità contrattuale e al più disposto a cedimenti sul piano del diritto onorario in senso stretto, rischia di apparire artefatta, se non peggio gravemente caricaturale»<sup>21</sup>.

Ripercorrendo le principali ricostruzioni teoriche in argomento (dapprima gli studi di Sargenti<sup>22</sup> e Giffard<sup>23</sup>, successivamente quelli di Burdese<sup>24</sup> e Gallo<sup>25</sup> e, infine, quelli di Can-

<sup>16</sup> Cfr. P. Bonfante, *Diritto romano*, Firenze 1900, 389 ss.

<sup>17</sup> Cfr. S. Riccobono, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1911, 592 s.

<sup>18</sup> Cfr. E. Betti, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere' in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in *BIDR* 28, 1915, 3 ss.

<sup>19</sup> Romano, *Giuliano I* cit. 45-46.

<sup>20</sup> Romano, *Giuliano I* cit. 75 ss.

<sup>21</sup> Romano, *Giuliano I* cit. 118.

<sup>22</sup> Cfr. M. Sargenti, '*Actio civilis in factum*' e '*actio praescriptis verbis*'. Ancora una riflessione, in '*Vincula iuris*'. Studi in onore di M. Talamanca, VII, Napoli 2001, 237 ss.; Id., '*Actio civilis in factum*' e '*actio praescriptis verbis*', in *SDHI* 72, 2006, 229 ss.

<sup>23</sup> Cfr. A. Giffard, '*L'actio civilis incerti et le synallagma (D. 2.14.7)*', in *TR* 35, 1957, 337 ss. (anche in *Études de droit romain*, Paris 1972, 194 ss.).

<sup>24</sup> Cfr., in specie, A. Burdese, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7-9 aprile 1987)*, I, Milano 1988, 39 ss.

<sup>25</sup> Cfr. F. Gallo, '*Agere praescriptis verbis*' e editto alla luce di testimonianze celsine, in *Labeo* 44, 1998, 7 ss.; Id., *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in *Roma e America. Diritto romano comune* 7, 1999, 25 ss.; Id., '*Synallagma*' e '*conventio*' nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di Diritto romano, II, Torino 1995, 112 ss.

nata<sup>26</sup>), Romano pone in risalto i profili di maggiore continuità e discontinuità tra le stesse.

Ebbene, tutte le questioni interpretative che, a partire dalla celeberrima testimonianza di ulpiana, riguardano il fenomeno del contrattualismo atipico sono ora ‘sul tavolo’.

Alla critica del punto di vista tradizionale è dunque dedicato il terzo e ultimo capitolo del tomo I dell’opera.

L’Autore sceglie di procedere in questa direzione avvalendosi dell’apporto offerto dalle soluzioni adottate da Giuliano in numerosi casi concreti, ossia, in particolare, quelli previsti in D. 19.5.13.1 (Ulp. 30 *ad Sab.*)<sup>27</sup>, D. 19.5.24 (Afr. 8 *quaest.*)<sup>28</sup>, D. 43.26.19.2 (Iul. 13 *dig.*)<sup>29</sup>, D. 19.5.3 (Iul. 14 *dig.*)<sup>30</sup> e D. 19.3.1 (Ulp. 32 *ad ed.*)<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> Cfr., in specie, C.A. Cannata, *Sulla ‘divisio obligationum’ nel diritto romano repubblicano e classico*, in *Iura* 21, 1970, 64 ss.; Id., *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *Iura* 58, 2010, 33 ss.; Id., *Corso di istituzioni di diritto romano*, II.2, Torino 2017, 207 ss.

<sup>27</sup> Romano, *Giuliano I cit.* 196 ss. D. 19.5.13.1 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Julianus libro undecimo digestorum scribit, si tibi areae meae dominium dedero, ut insula aedificata partem mihi reddas, neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meae recipio, neque mandatam, quia non est gratuitum, neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suae dominus esse desinit. Sed si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dedero vel puerum nutriendum ita, ut, si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur, abhorretere haec ab area eo, quod hic dominus esse non desinit qui prius fuit: competit igitur pro socio actio. Sed si forte puerum dominii tui fecero, idem se quod in area dicturum, quia dominium desinit ad primum dominum pertinere. Quid ergo est? In factum putat actionem iulianus dandam, id est praescriptis verbis. Ergo si quis areae dominium non transtulerit, sed passus sit te sic aedificare, ut communicaretur vel ipsa vel pretium, erit societas. Idemque et si partis areae dominium transtulerit, partis non, et eadem lege aedificare passus sit.*

<sup>28</sup> Romano, *Giuliano I cit.* 254 ss. D. 19.5.24 (Afr. 8 *quaest.*): *Titius Sempronio triginta dedit pactique sunt, ut ex reditu eius pecuniae tributum, quod Titius pendere deberet, Sempronius praestaret computatis usuris semissibus, quantoque minus tributorum nomine praestitum foret, quam earum usurarum quantitas esset, ut id Titio restitueret, quod amplius praestitum esset, id ex sorte decederet, aut, si et sortem et usuras summa tributorum excessisset, id quod amplius esset Titius Sempronio praestaret: neque de ea re ulla stipulatio interposita est. Titius consulebat, id quod amplius ex usuris Sempronius redegisset, quam tributorum nomine praestitisset, qua actione ab eo consequi possit. Respondit pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi: verum in proposito videndum, ne non tam faenerata pecunia intellegi debeat, quam quasi mandatam inter eos contractam, nisi quod ultra semissem consecuturus esset: sed ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniae creditae fuisse, quando, si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset vel vacuam habuisset, dicendum nihil eum eo nomine praestare debuisset. Quare tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari, praesertim cum illud quoque convenisset, ut quod amplius praestitum esset, quam ex usuris redigeretur, sorti decederet: quod ipsum ius et causam pecuniae creditae excedat.*

<sup>29</sup> Romano, *Giuliano I cit.* 308 ss. D. 43.26.19.2 (Iul. 13 *dig.*): *Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti conditione, id est praescriptis verbis.*

<sup>30</sup> Romano, *Giuliano I cit.* 347 ss. D. 19.5.3 (Iul. 14 *dig.*): *In quam necesse est configere, quotiens contractus existunt, quorum appellationes nullae iure civili proditae sunt.*

<sup>31</sup> Romano, *Giuliano I cit.* 371 ss. D. 19.3.1 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Aestimatio autem periculum facit eius qui susceperit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit.*

La prima parte della ricerca giunge così al termine e due sono i risultati raggiunti, così come chiarito anche nella sintesi finale dallo stesso Autore<sup>32</sup>.

Per un verso, egli mette in discussione l'idea di una chiusura rigorosa da parte di Salvio Giuliano rispetto al riconoscimento dei contratti atipici.

Per altro verso, Romano dimostra l'impossibilità di considerare la soluzione giuliana contenuta in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*) entro i confini dello schema labeoniano di sinallagma e, pertanto, la necessità, per così dire, di scartare «un approccio valutativo di tipo paradigmatico, in cui dunque a pesare sulla decisione del giurista sarebbe stata la rilevata assenza di affinità rispetto a vicende contrattuali tipiche»<sup>33</sup>.

In buona sostanza, gli esiti conseguiti nella prima parte dell'indagine, nel mettere in discussione la solidità dell'indirizzo tradizionale (che, giova ribadirlo, attribuisce a Salvio Giuliano una posizione assai poco propensa al riconoscimento dei *nova negotia*), consentono a Romano di concentrarsi sul senso da attribuire alla posizione giuliana espressa in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*).

La seconda parte della ricerca, come anticipato, si articola in due capitoli, progressivi nella numerazione rispetto al primo volume. L'obiettivo del tomo II è duplice, ovvero, in primo luogo, quello di delucidare il significato della soluzione di Giuliano prevista in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*), in secondo luogo, quello di chiarire il legame tra quest'ultima testimonianza e la dottrina aristoniana del sinallagma.

Ebbene, nel quarto capitolo Romano si dedica in modo puntuale al confronto con la ricostruzione teorica di Giffard concernente il frammento ulpiano<sup>34</sup>. Più precisamente, secondo lo studioso francese, Giuliano, nell'ipotesi di una *datio* di uno schiavo finalizzata alla manomissione di un altro – appare in questo modo delinearsi lo schema del *do ut facias* –, avrebbe concesso l'*actio in factum* per la sola ipotesi dell'evizione, che avrebbe configurato nei termini di *facio ut des*.

Tale tesi viene confutata dall'Autore, attraverso l'analisi di molteplici testimonianze già richiamate dallo stesso Giffard<sup>35</sup>.

A questo proposito, Romano ritiene che la concessione giuliana integra, piuttosto, un'azione civile *in factum* (ovvero extraedittale), non accordata limitatamente al caso dell'evizione, ma quale rimedio ordinario posto a tutela del rapporto negoziale. Invero, riprendendo le parole dell'Autore, «le motivazioni del rifiuto giuliano andrebbero ricercate nell'ossequioso rispetto della dottrina aristoniana, la quale avrebbe richiesto ai fini dell'esercizio dell'azione contrattuale una (valida) *datio ob rem*, con un punto di vista che avrebbe peraltro trovato consensi più in là nel tempo, anche in Paolo, dovendosi (e potendosi) così spiegare l'adozione da parte del giurista severiano in D. 19.5.5.2 (Paul. 5 *quaest.*) della soluzione giuliana che

<sup>32</sup> Romano, *Giuliano* I cit. 385 ss.

<sup>33</sup> Romano, *Giuliano* I cit. 398.

<sup>34</sup> Cfr. A. Giffard, *L'actio in factum* cit. 196 ss.

<sup>35</sup> Cfr. D. 19.5.5 pr.-5 (Paul. 5 *quaest.*), in lettura coordinata con D. 4.3.7 pr. (Ulp. 11 *ad ed.*) e D. 19.1.13 pr. (Ulp. 32 *ad ed.*); Gai 3.146, in collegamento con Gai 3.91; infine, D. 19.4.1.1 (Paul. 32 *ad ed.*).

prevedeva l'impiego dell'*a. in factum* pretoria o se, del caso, dell'*a. de dolo* (...)»<sup>36</sup>.

Il percorso argomentativo di Romano se, da un lato, giunge a 'smantellare' passo passo la visione proposta da Giffard, dall'altro lato, continua ad evidenziare la necessità di tenere in debita considerazione le notevoli differenze che, in specie dal punto di vista delle modalità attuative, riguardano la vicenda negoziale descritta in Paul. 5 *quaest.* D. 19.5.5.2 rispetto al ben noto schema della permuta<sup>37</sup>. Si tratta di differenze che, va da sé, impattano anche sul piano rimediabile.

A tal riguardo, l'Autore, ponendo l'accento sull'intelaiatura discorsiva del brano paolino, ritiene plausibile il fatto che, a giustificazione della soluzione giuliana di una tutela non contrattuale in tema di evizione, si possa nascondere la condivisione del punto di vista del giurista adrianeo. In altre parole, Romano ritiene che il brano, in specie nella parte riferita alla soluzione processuale prospettata dal giurista severiano, sia stato manipolato, non prevedendo nella formulazione originaria una differenziazione dei rimedi processuali<sup>38</sup>.

Ebbene, proprio la comunanza di soluzioni rimediali proposte dai due giuristi, Paolo e Giuliano, conduce l'Autore a valorizzare, anche con riferimento al punto di vista giuliano, una valutazione funzionale del rapporto.

Per meglio dire, Romano è convinto che il contrasto di opinioni tra Giuliano e Mauriciano in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*) possa a tutti gli effetti poggiarsi sull'opportunità di riconoscere una relazione sinallagmatica, «considerato che il manomittente non aveva ricevuto un effettivo vantaggio economico a fronte del suo sacrificio patrimoniale: Giu-

<sup>36</sup> Romano, *Giuliano II* cit. 2 s.

<sup>37</sup> D. 19.5.5.2 (Paul. 5 *quaest.*): *At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum conditio. Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest vel praescriptis verbis agi: quod his quae diximus convenit. Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumissisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem.*

<sup>38</sup> Sia consentito riportare, nelle parole dello stesso Autore, il significato del frammento paolino in commento: «In questo modo il brano torna a essere così pienamente intellegibile: si prendono le mosse dalle opere locative per le quali era riconosciuto il ricorso all'azione contrattuale, tipica o atipica (*civilis actio in hoc quod mea interest*) a seconda che fosse prevista o meno una *merces* nummaria, per poi passare all'esame delle opere non locative, per le quali era diversamente (*Quod si*) ammesso, a favore del primo esecutore, il ricorso alla sola azione di ripetizione (*condici ei potest*). Di qui in poi il discorso si sviluppa tutto all'interno del *factum, quod locari non possit*, attraverso una serie di precisazioni che hanno la funzione di chiarire la portata della soluzione appena indicata (*condici ei potest* [...] *Sed si*). Si introducono così una serie di deviazioni sul piano della tutela, che dipendono unicamente dai limiti che gravano sull'azione di ripetizione, la quale non poteva essere accordata al proprietario del servo manomesso, per via del tipo di prestazione da questi eseguita (*manumissio* del servo). Da ciò la necessità di ricorrere, sull'esempio di Giuliano, al combinato impiego dell'*a. de dolo* e dell'*a. in factum* pretoria».

liano, in assenza di uno specifico arricchimento, avrebbe pertanto concesso un'*actio in factum*, Mauriciano avrebbe invece guardato allo scambio fra prestazioni piuttosto che ad un reciproco arricchimento delle parti»<sup>39</sup>.

Romano, inoltre, reputa di dare spazio a considerazioni di carattere lessicale, in quanto idonee a porre in risalto tanto le affinità, quanto le divergenze delle formule espressive utilizzate per la descrizione delle fattispecie, quali quelle di *donatio*, *negotium*, *contractum*, autonome sul piano dogmatico<sup>40</sup>.

Sotto questo aspetto, unitamente alle riflessioni svolte con riguardo a D. 19.5.5.2 (Paul. 5 *quaest.*), vi è un ulteriore frammento che Romano esamina: mi riferisco a D. 39.5.18 pr.-1 (Ulp. 71 *ad ed.*)<sup>41</sup>, fattispecie di *do ut facias*, nella quale un servo è trasferito, con l'intesa che il soggetto beneficiario di tale trasferimento lo manometta dopo il decorso di cinque anni.

L'esegesi del passo permette all'Autore di confermare l'insufficienza del mero profilo strutturale, allo scopo di individuare la presenza di una relazione sinallagmatica idonea a fondare il ricorso all'azione contrattuale atipica. Nella vicenda negoziale descritta, infatti, mancano gli elementi propri di un rapporto di scambio ovvero, in altre parole, non è possibile rinvenire tra l'atto di trasferimento dello schiavo e quello di affrancaamento una relazione di corresponsività, la quale, come sappiamo, costituisce la struttura portante della teoria aristoniana.

Piuttosto – evidenzia Romano – si deve ritenere che Aristone stia considerando l'ipotesi di agire mediante *condictio sine causa* o, eventualmente, attraverso il ricorso a ulteriori rimedi.

La logica appena descritta viene messa alla prova anche con riguardo a D. 44.7.25.1 (Ulp. *l. s. reg.*)<sup>42</sup>, nella quale si evidenzia il ricorso a un'*actio ex contractu quotiens quis sui lucri causa cum aliquo contrahit*; in buona sostanza, nel passo dianzi menzionato,

<sup>39</sup> In questi termini già F. Lamberti, *Segnalazione* a Giuseppe Romano, *Giuliano e i 'nova negotia'*. Sulla tutela dei c.d. contratti innominati tra l'età traianea e l'età dei Severi II, Dipartimento di Giurisprudenza – Università di Palermo, *Annali del Seminario Giuridico, Monografie 16*, G. Giappichelli Editore, Torino 2022, pp. 880, ISBN 9788892122062, in Quaderni Lupiensis di Storia e Diritto 12, 2022, 489.

<sup>40</sup> Significativi in argomento sono i rinvii a C. 4.6.2; D. 39.6.35.3 (Paul. 6 *ad l. Iul. et Pap.*).

<sup>41</sup> D. 39.5.18 pr.-1 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert. 1. Denique refert aristonem putare, si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua inesse videtur: aliter atque, inquit, si ob hoc tibi tradidisses, ut continuo manumittas: hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem. Sed et superiore casu quid acti sit, inspiciendum Pomponius ait: potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur.*

<sup>42</sup> D. 44.7.25.1 (Ulp. *l. s. reg.*): *Actionum autem quaedam ex contractu, quaedam ex facto, quaedam in factum sunt. Ex contractu actio est, quotiens quis sui lucri causa cum aliquo contrahit, veluti emendo vendendo locando conducendo et ceteris similibus. Ex facto actio est, quotiens ex eo teneri quis incipit, quod ipse admisit, veluti furtum vel iniuriam commisit vel damnum dedit. In factum actio dicitur, qualis est exempli gratia actio, quae datur patrono adversus libertum, a quo contra edictum praetoris in ius vocatus est.*

anche Ulpiano sembra confermare quella visione economica dello scambio per la prospettazione, sul piano rimediabile, dell'azione contrattuale.

Nuovi spunti di riflessione in argomento vengono rintracciati dall'Autore nella testimonianza contenuta in D. 19.5.15 (Ulp. 42 *ad Sab.*)<sup>43</sup>, considerata genuina nella sua attuale formulazione, nella quale – come noto – si ravvisa la concessione dell'*actio praescriptis verbis* a tutela di un rapporto del tipo *facio ut des*. Si tratta di un testo fondamentale: quest'ultimo, offrendo una rinnovata chiave di lettura della celeberrima *dissensio opinionum* di D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*), si rivela infatti utile allo scopo di chiarire il senso della dottrina del sinallagma di Aristone, non in quanto teoria in sé, ma quale sua concreta applicazione.

Più in dettaglio, Romano, mettendo in luce le affermazioni di Ulpiano a sostegno della soluzione rimediabile proposta (l'azione civile sul presupposto di un sinallagma), afferma di rintracciare anche le ragioni che, *a contrario*, avrebbero dovuto condurre alla soluzione opposta rispetto a quella prospettata (*actio doli*, ove non sia possibile rinvenire la presenza di una relazione di corrispettività).

Le informazioni ricavabili dal frammento ulpiano consentono di chiarire che il ricorso all'*actio praescriptis verbis* può dirsi previsto in caso di relazione sinallagmatica qualificabile nei termini di *negotium* in senso stretto, ossia di un rapporto nel quale entrambe le prestazioni si giustificano sulla base di una causa non donativa. Al riguardo, Romano, argomentando sulla base di D. 12.6.33 (Iul. 39 *dig.*)<sup>44</sup>, presume che per Giuliano, ai fini della sussistenza di un *negotium* (nel senso del *dare*, come nella fattispecie in parola), sia necessario il compimento di un atto in grado di produrre in modo diretto un acquisto della proprietà.

Si tratta, a ben vedere, del medesimo ragionamento posto alla base del contrasto giurisprudenziale contenuto in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*). Invero, quanto testé affermato sembra confermare – nella ricostruzione proposta da Romano – anche la logica in forza della quale Giuliano non concede l'azione civile a tutela del contraente evitto in ipotesi

<sup>43</sup> D. 19.5.15 (Ulp. 42 *ad Sab.*): *Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis ubi celentur: quae res non facit eos fures. Solent etiam mercedem huius rei accipere et sic indicare, nec videtur illicitum esse hoc quod datur. Quare qui accepit, quia ob causam accepit nec improbam causam, non timet conditionem. Quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est ut, si indicasset adprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere. Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod: ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis. Nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur.*

<sup>44</sup> D. 12.6.33 (Iul. 39 *dig.*): *Si in area tua aedificassem et tu aedes possideres, conductio locum non habebit, quia nullum negotium inter nos contraheretur: nam is, qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit: cum autem aedificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit. Sed et si is, qui in aliena area aedificasset, ipse possessionem tradidisset, conditionem non habebit, quia nihil accipientis faceret, sed suam rem dominus habere incipiat. Et ideo constat, si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse.*

di *do ut manumittas*. Giuliano, in altre parole, si sarebbe rifiutato di accordare il rimedio civile, non rinvenendo la sussistenza di una causa negoziale in senso stretto: a fronte di una corrispettività delle prestazioni, non segue però una reciprocità dei vantaggi patrimoniali, dato che, dalla manomissione dello schiavo Stico, il proprietario di Panfilo non avrebbe ottenuto alcun vantaggio economicamente compensativo del sacrificio sopportato dal trasferimento del servo.

Infine, Romano, sempre in argomento di D. 19.5.15 (Ulp. 42 *ad Sab.*), riflette sulla possibilità che l'*actio praescriptis verbis* concessa da Ulpiano possa leggersi nei termini di *condictio certi* in funzione di adempimento. Più precisamente, l'Autore si spinge a congetturare il ricorso alla *condictio* preceduta da *praescripta verba* descrittivi del fatto posto a fondamento della pretesa attorea.

La rilevanza dello schema del *negotium* quale ipotesi di sinallagma cui è subordinata la concessione dell'azione civile è confermata anche in D. 19.5.16.1 (Pomp. 22 *ad Sab.*)<sup>45</sup>, passo nel quale si discute della semina e della raccolta dei frutti sul fondo di *Tu* e dal quale si evince il ricorso all'*actio de dolo*.

Ebbene, secondo l'indagine sviluppata da Romano, dal resoconto di Pomponio, il diniego dell'azione civile è da ricercarsi nella natura non propriamente negoziale dell'operazione economica dedotta nella fattispecie, nella quale il proprietario del fondo non riceve alcun compenso economico a fronte del sacrificio sopportato.

Le riflessioni svolte da Romano in argomento di D. 19.5.15 (Ulp. 42 *ad Sab.*) mettono al centro dell'idea aristoniana di sinallagma la figura del *negotium*.

Se ciò, per un verso, costituisce un'importante acquisizione, dall'altro lato, aggiunge, per dir così, sul terreno di gioco, un nuovo elemento, quale è il concetto di *negotium*, «per certi versi ancora più incerto e vago»<sup>46</sup>, sul quale si poggia, come noto, anche la teorica della ripetizione.

Per meglio dire, se il *focus* sulla nozione di *negotium* opera quale valido criterio discrezionale nell'ipotesi di D. 19.5.15 (Ulp. 42 *ad Sab.*), in cui, sul piano processuale, il rimedio dell'azione civile si confronta con l'azione di dolo, lo stesso non può affermarsi in modo sicuro là ove l'alternativa processuale sia costituita da un'azione di ripetizione.

Effettivamente, le due prospettive – quella del sinallagma e quella della ripetizione – condividono il medesimo apparato dogmatico. Riprendendo testualmente Romano, si può rammentare che «tra i due piani esiste una strettissima relazione, anche dal punto di vista storico, se solo si considera che quello della ripetizione deve aver costituito lo spunto di riflessione e di maturazione dell'altro»<sup>47</sup>.

In tale contesto, la teoria aristoniana del sinallagma accentua il profilo dell'adempimento della controprestazione concordata, non più come semplice causa giustificatrice del sacrificio economico già sopportato. Invero, Aristone, al fine di rinvenire la sussi-

<sup>45</sup> D. 19.5.16.1 (Pomp. 22 *ad Sab.*): *Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. Nullam turis civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo.*

<sup>46</sup> Così Romano, *Giuliano II* cit. 343.

<sup>47</sup> Così Romano, *Giuliano II* cit. 344.

stenza di una relazione di scambio, non pensa al mero riequilibrio patrimoniale tra le prestazioni, ma richiede che entrambi i soggetti coinvolti in tale relazione traggano un effettivo vantaggio patrimoniale idoneo a giustificare, dal punto di vista patologico della vicenda negoziale, la richiesta di adempimento.

In definitiva, «con una certa approssimazione si potrebbe affermare che *negotium* e *συνάλλαγμα* rappresentano due nozioni formalmente autonome ma legate in una visione dottrinale unitaria, in cui la seconda (il *συνάλλαγμα*) rappresenta una *species* della prima (il *negotium*). Non ogni messo funzionale tra prestazioni è un *συνάλλαγμα* (in senso stretto): lo è solo se realizza un interesse economicamente apprezzabile per entrambe le parti in causa»<sup>48</sup>.

Infine, sempre in tema di *negotium*, Romano ritiene di concentrarsi sul punto di vista di Paolo e, a questo proposito, esamina la testimonianza contenuta in D. 13.6.17.3 (Paul. 29 *ad ed.*). Secondo l'Autore, il riferimento al *negotium invicem gerere* sarebbe indice non tanto di una prospettiva di reciprocità negoziale implicata nella fattispecie del comodato, quanto dell'assenza di intenti donativi da parte di entrambi i soggetti coinvolti nell'operazione economica.

Le pagine conclusive della seconda parte dell'indagine di Romano sono dedicate alla ricerca di una possibile persistenza dell'indirizzo giuliano-paolino in epoca diocleziana. Invero, come sappiamo, l'ammissibilità dell'azione contrattuale nel caso di rapporti non idonei a garantire una reale utilità economica per le parti resta dibattuta ben oltre l'età dei Severi<sup>49</sup>.

L'opera si chiude con un indice bibliografico e un indice delle fonti, predisposti in entrambi i volumi.

Il lavoro di Romano torna a riflettere su un 'grande classico' della letteratura romanistica; in specie, la ricerca dell'Autore si inserisce in quel filone di pensiero dedicato alla definizione dell'idea di contratto da parte della giurisprudenza classica.

La prospettiva dalla quale Romano sceglie di guardare al fenomeno è quella dell'atipicità contrattuale. Si tratta di una visuale che naturalmente si sovrappone a quella che concerne il tema della causa<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Così Romano, *Giuliano II* cit. 345.

<sup>49</sup> Cfr. in specie C. 2.20(21).4 Diocl.-Maxim. AA. et CC. Menandrae: *Cum proponas inter te et eum, quem in contubernio ancillam tuam sibi coniunxisse memorasti, placuisse, ut tibi pro eadem daret mancipium, intellegis, quod, si manumisisti vel ei tradidisti et ille manumisit, revocandae libertatis potestatem non habes, sed solum, si necdum statutum tempus de dolo tibi decerni actionem. Quod si penes te dominium eius remansit, adito praeside provinciae cum natis hanc potes recuperare, si nulla moveatur status quaestio*. Dat. III. k. Mai. Heracliae CC. cons. (a. 294).

<sup>50</sup> In argomento v. i lavori di T. dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004; Id., *Sul 'responsum' di Aristone in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 'ad ed')*: l'elaborazione del concetto di causa del contratto, in A. Burdese (a c. di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova 2006, 279 ss.; Id., *La causa del contratto nel pensiero di Aristone: della necessità di un concetto*, in L. Garofalo (a c. di), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova 2011, 175 ss.; Id., *Come nasce un'idea: la causa del contratto*, in *Legal Roots* 2, 2013, 355 ss.

Attraverso un approfondito esame delle molteplici opinioni espresse in dottrina, nonché, per il tramite di un'esegesi minuziosa e accuratissima, l'Autore, come ho cercato di evidenziare nelle pagine precedenti, perviene a sue personali ipotesi circa il significato della soluzione giuliana prevista in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*), nonché, da un punto di vista più generale, sul modo in cui questa celebre testimonianza si connette con la dottrina del *synallagma* riconducibile ad Aristone.

Inoltre, i due volumi hanno il pregio di condensare molti degli aspetti problematici dell'argomento descritto, grazie anche alla vastità e alla precisione delle informazioni e della bibliografia. Si tratta, infatti, di un libro ricco e completo dal punto di vista della letteratura consultata.

Tutti i frammenti prescelti sono esaminati nel dettaglio: l'esegesi critica di ogni passo accompagna il lettore lungo l'arco del discorso, ricomponendo così, in modo originale, l'architettura d'insieme delle principali questioni in materia. La lettura dell'opera appare infine alquanto piacevole per la gradevolezza dello stile espositivo.

A Romano si deve il merito – ulteriore rispetto a quanto ho già tentato di mettere in risalto in queste brevi riflessioni – di riportare al centro del dibattito della scienza romanistica un tema di primaria rilevanza, un 'grande classico', appunto, il quale, riprendendo Italo Calvino, «non ha mai finito di dire quel che ha da dire»<sup>51</sup>.

Marta Beghini  
Università degli Studi Roma Tre  
marta.beghini@uniroma3.it

### Postilla

Quando Francesca Lamberti mi fece cenno all'interesse dei *Quaderni Lupiensi* per il libro di Giuseppe Romano – libro che sarebbe stato poi affidato alla lettura critica di Marta Beghini –, pensai subito che quell'attenzione per i temi del contratto e delle convenzioni atipiche, della causa e del *synallagma*, oggi si sarebbe potuta ritenere nient'affatto scontata. Davvero c'era il bisogno di dedicare nuovi sforzi ad argomenti tante volte studiati e ridiscussi nel tempo?

Beninteso, la domanda merita di essere posta un passo prima di valutare se gli itinerari percorsi da Giuseppe Romano conducano a esiti rilevanti, prima di soppesare quanto di originale vi sia nelle sue conclusioni e via scorrendo (a margine posso dire che l'impressione ricavata dalla lettura del libro è che si tratti di un lavoro molto serio).

Il punto, invece, è se certi temi abbiano esaurito la loro capacità di parlare alla comunità scientifica; in altre parole, se quella comunità scientifica si sia ormai incamminata lungo traiettorie che conducono ad approdi diversi e lontani rispetto a quelli esplorati e discussi – con tanta passione – fino a non molti anni fa.

<sup>51</sup> I. Calvino, *Perché leggere i classici*, Milano 2010, 126.

Ebbene, credo che la risposta si possa trovare in quel che nel finale dice Marta Beghini: questi temi rappresentano dei ‘classici’; e ciò è da intendersi precisamente nel senso di Italo Calvino.

Il contratto, la causa, lo scambio: lo studio di queste grandi architetture di pensiero che l’antichità romana ha consegnato alla storia del pensiero giuridico, architetture giunte fino al contemporaneo, offre l’occasione per infinite rivisitazioni. Ciascuna di queste rivisitazioni non smette di interessare non tanto perché l’una o l’altra di queste possa svelare ‘verità’ rimaste finora arcane (sarà poi questo lo scopo ultimo? Crediamo davvero sia attingibile il pensiero ‘autentico’ di Labeone o di Aristone?), ma perché quelle stesse architetture sono in grado di parlare incessantemente al presente. Ecco allora che la riuscita del lavoro ha a che vedere soprattutto con la qualità della produzione di un pensiero che, solidamente agganciato alle fonti, sempre è da intendersi come nuovo.

Ogni libro su questi temi rappresenta in qualche misura una ‘variazione’ su uno spartito celebre e antico, sicché ogni esecuzione merita di essere presa in considerazione come un ‘fatto’ da valutarci in sé.

Insomma, il confronto con le idee dei giuristi antichi conduce a un’immersione in vicende lontane, ma al contempo impone un impegno sulla scena più vasta di quelli che Giuseppe Grosso usava chiamare i ‘problemi generali’: ogni volta che si arrivi a sollecitare una riflessione rilevante su quei ‘problemi generali’, avremo reso più ricco il nostro patrimonio di giuristi dell’oggi.

Tommaso dalla Massara  
Università degli Studi Roma Tre  
tommaso.dallamassara@uniroma3.it

