

## ***Lo ius controversum di D. 13.5.27: alcune osservazioni a margine di un'antica disputa***

### *I. Introduzione*

#### 1. *Ius controversum e receptum argentarii*

Abrogato da una costituzione giustiniana del 531 d.C. che lo condannava esplicitamente all'oblio<sup>1</sup>, il *receptum argentarii* è un istituto di diritto romano rimasto a lungo avvolto nel mistero, ed è solo grazie alla grandiosa opera palinogenetica di Lenel<sup>2</sup> che ne è stata possibile una parziale riscoperta. Una volta individuata la *sedes materiae* editale<sup>3</sup> dell'*actio recepticia* ed isolati (non senza incertezze)<sup>4</sup>, i brani dei giuristi<sup>5</sup> originariamente dedicati al commento

\* Esprimo un sentito ringraziamento al dott. Stefano Chiaramonte per l'attentissimo contributo nella correzione delle bozze di stampa del presente lavoro.

<sup>1</sup> C. 4.18.2.1a (Iust. a. 531): *...omnia, quae de recepticia in diversis libris legislatorum posita sunt, aboleantur...*

<sup>2</sup> Cfr. in particolare O. Lenel, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, in ZSS. 2, 1881, 62 ss.

<sup>3</sup> Posta in coda alla trattazione degli altri *recepta* (*arbitri, nautarum couponum et stabulariorum*) e prima della sezione *de satisfando* (O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1927<sup>3</sup>, 132 ss.).

<sup>4</sup> Il riferimento è qui, soprattutto, a due frammenti: il primo è D. 12.2.27 (Gai. 5 *ad ed. prov.*), la cui collocazione tra i frammenti relativi al *receptum argentarii* – in un primo tempo affermata dal Lenel (*Beiträge zur Kunde* cit. 67) – è stata in séguito revocata in dubbio dall'A. stesso (*Das Edictum Perpetuum* cit. 132 nt. 4 e 135 nt. 1); il secondo è D. 13.5.26 (Scaev. 1 *resp.*), sulla cui originaria ubicazione il Lenel non prese mai una posizione sicura: dapprima ventilò la possibilità che Scevola trattasse qui della lettera di un *argentarius* (*Beiträge zur Kunde* cit. 64 nt. 137; *Palingenesia Iuris Civilis* II, Leipzig 1889, 290 nt. 1); poi, però, non ripropose la congettura in nessuna delle tre edizioni dell'*Edictum Perpetuum*. La dottrina successiva, tuttavia, è in massima parte concorde nel vedere in tale ultimo frammento di Scevola il *receptum* di un banchiere romano: cfr. A. Rossello, *Receptum argentariorum*, in AG. 45, 1890, 22 ss. e 41 nt. 1; G. Astuti, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito* 2, Milano 1941, 238-239 e 280; A. Petrucci, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a.C. – III secolo d.C.)*, Napoli 1991, 378 ss.; F. La Rosa, *Il formalismo del pretore: «constituta» e «recepta»*, in *Labeo* 43, 1997, 209; F. Fasolino, *Sulle tecniche negoziali bancarie: il «receptum argentarii»*, in *Labeo* 46, 2000, 188; A.M. Rodríguez González, *El receptum argentarii en el derecho clásico. Una propuesta de análisis*, Madrid 2004; *contra*, recentemente, J. Platschek, *Das Edikt De pecunia constituta*, München 2013, 161 ss.

<sup>5</sup> Lenel, *Beiträge zur Kunde* cit. 62. Si tratta, al netto di quelli individuati nella nota precedente, di alcuni brani tratti dal quattordicesimo libro del commentario di Ulpiano all'editto (D. 13.5.27;

"  
"  
"  
"

di quest'ultima, la dottrina ha finalmente potuto portare a più avanzati esiti<sup>6</sup> la ricerca su tale negozio bancario. Esso – volendo limitarsi ai soli aspetti sui quali si può dire si sia formata una *communis opinio* – può essere definito come l'accordo pretorio con il quale un banchiere romano<sup>7</sup> prometteva di pagare ad un terzo un debito del cliente<sup>8</sup>.

Tra le “fonti ritrovate” di cui si è appena detto, un ruolo di primo piano è svolto da D. 13.5.27, un passo tratto dal quattordicesimo libro del commentario ulpiano all'editto, ove si discute il tema, estremamente significativo, della rilevanza accordata alla volontà del cliente nella disciplina del *receptum argentarii*. Si tratta, come vedremo, di un passo suscettibile di stimolare fortemente l'interesse dell'esegeta in merito a numerosi profili operativi e di disciplina della promessa bancaria (modalità di conclusione del negozio, parti coinvolte, accessoria/autonomia dell'obbligazione dell'*argentarius*, esercizio della rivalsa...),

D. 17.1.28; D. 46.3.52), dal tredicesimo libro di Paolo all'editto (D. 13.5.12) e dal quinto libro di Gaio all'editto provinciale (D. 13.5.28; D. 46.1.30; D. 46.3.53), cui deve aggiungersi D. 2.13.6.3 (Ulp. 4 *ad ed.*), ove l'originario riferimento al *recipere* dell'*argentarius* era svolto a commento dell'*edictum de argentariis rationibus edendis*.

<sup>6</sup> Tra gli studi successivi che più specificamente trattano la tematica v. ad es.: E.I. Bekker, 'Recipere' und 'permutare' bei Cicero, in *ZSS.* 3, 1882, 1 ss.; Rossello, *Receptum argentariorum* cit. 1 ss.; J. Partsch, *Der ediktale Garantievertrag durch receptum*, in *ZSS.* 29, 1908, 412 ss.; P. Collinet, *Études historiques sur le droit de Justinien* 1, Paris 1912, 270 ss.; G. Segré, *Corso di diritto romano. Le garanzie personali e reali delle obbligazioni (Anno accademico 1933-1934)* 1, Torino 1934, 270 ss.; Astuti, *Studi intorno alla promessa di pagamento* 2 cit. 281 ss.; A. Magdelain, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris 1958, 152-156; P. Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano 1. Le garanzie personali*, Padova 1962, 274 ss.; A. Bürge, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, in *ZSS.* 104, 1987, 527 ss.; J. Andreau, *La vie financière dans le monde romain: les métiers de manieurs d'argent (IV siècle av. J.C. – III siècle ap. J.C.)*, Roma 1989, 597 ss.; Petrucci, *Mensam exercere* cit. 196-204 e 378 ss.; La Rosa, *Il formalismo del pretore* cit. 202 ss.; Fasolino, *Sulle tecniche negoziali* cit. 169 ss.; Rodríguez González, *El receptum argentarii* cit.

<sup>7</sup> La natura professionale dell'istituto è confermata anche da Teoph. *Par.* 4.6.8. L'azione a tutela della promessa di pagamento del banchiere romano, introdotta dal pretore probabilmente a partire dal II sec. a.C. (cfr. Petrucci, *Mensam exercere* cit. 197 ss.) per i *recepta* degli *argentarii*, dovette estendersi anche alle analoghe convenzioni concluse dai *nummularii* (Andreau, *La vie financière* cit. 597) in un momento da collocarsi presumibilmente tra la metà del II e l'inizio del III sec. d.C. in ragione della progressiva osmosi tra la *mensa nummularia* e la *mensa argentaria* (v. Petrucci, *Mensam exercere* cit. 274 ss.). Quello che si dirà in séguito a proposito degli *argentarii* (per comodità espositiva) potrà pertanto essere riferito anche ai *nummularii* in base al periodo storico di riferimento.

<sup>8</sup> Pressoché del tutto isolata, infatti, è rimasta la proposta ricostruttiva formulata da Bekker ('*Recipere*' und '*permutare*' cit. 8), che vedeva nel *receptum argentarii* un accordo tra cliente e *argentarius*, mirante ad ottenere da quest'ultimo l'esecuzione di un ordine di pagamento nei confronti di un terzo.

offrendo una prospettiva – per certi versi – privilegiata ai fini dello studio di tale istituto. Al contempo, tuttavia, il frammento in questione risulta intrinsecamente problematico, in quanto testimonia l'esistenza di una frattura giurisprudenziale su un punto fondamentale: la rilevanza della *voluntas domini* nell'esecuzione del *receptum*, affermata da Labeone e recisamente negata da Pomponio ed Ulpiano.

D. 13.5.27 rappresenta, dunque, un esempio di *ius controversum*, ovvero di quel fenomeno (divenuto, per usare le parole di M. Brutti, «una categoria generale»<sup>9</sup> del pensiero romanistico contemporaneo) che si registra «wenn innerhalb einer geltenden Rechtsordnung in bezug auf eine Frage verschiedene Standpunkte einander gegenüberstehen»<sup>10</sup>. Si tratta – come noto – di un concetto che, in tali termini, non si ritrova espresso in alcun luogo delle fonti giurisprudenziali romane<sup>11</sup>, ma compare formalizzato nelle opere retoriche<sup>12</sup> a partire dalla tarda repubblica proprio con riferimento alle dispute tra *prudentes*. Ciò, ovviamente, non tanto perché i dissidî fossero rari o i giureconsulti romani non ne fossero coscienti. È cosa risaputa, al contrario, che nelle loro opere le opposizioni siano frequentissimamente attestate<sup>13</sup>; peraltro, nonostante i compilatori – in ottemperanza alle velleità giustinianee di appianamento delle *iuris altercationes*<sup>14</sup> – abbiano operato una consistente semplificazione del quadro dottrinale, i brani del Digesto rimangono un'autentica miniera di *dissensiones prudentium*<sup>15</sup>. Come è stato persuasivamente sostenuto, la nozione di *ius controversum* rimane estranea dal linguaggio delle fonti giuridiche proprio in quanto la dialettica tra diffe-

<sup>9</sup> M. Brutti, *L'indipendenza dei giuristi (dallo ius controversum all'autorità del principe)*, in F. Milazzo (a c. di), *Ius controversum e auctoritas principis. Giuristi, principe e diritto nel primo impero. Atti del convegno internazionale di diritto romano e del IV Premio romanistico «G. Boulvert»*, Copanella 11-13 giugno 1998, Napoli 2004, 405.

<sup>10</sup> A.B. Schwarz, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Festschrift Fritz Schulz* 2, Weimar 1951, 201. Sul concetto e sull'evoluzione dello *ius controversum* nell'esperienza giuridica romana v. inoltre i numerosi contributi editi in F. Milazzo (a c. di), *Ius controversum e auctoritas principis* cit. ed in V. Marotta - E. Stolfi (a c. di), *Ius controversum e processo nella tarda repubblica ed età dei Severi. Atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010)*, Roma 2012, nonché il recente studio di M. Bretone, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, Roma 2008, 757 ss.

<sup>11</sup> Il termine *controversia*, infatti, vi compare con il significato di disputa giurisprudenziale una sola volta, segnatamente in D. 29.7.4 (Scaev. 8 *quaest.*). Maggiore è l'incidenza di *controversia* e *controversus* nelle costituzioni imperiali: CTh. 4.8.6.5; C. 3.31.12.1; C. 6.23.30; C. 6.37.23.2a. Cfr. Bretone, *Ius controversum* cit. 772.

<sup>12</sup> *Auct. ad Herenn.* 2.19-20; *Cic. Mur.* 28; *Cic. Off.* 3.91; *Cic. De or.* 1.241; *Liv.* 3.55.3; *Gell.* 12.13.3; *Quint. Inst.* 7.6.1.

<sup>13</sup> Si vedano i numerosissimi casi riportati, a titolo esemplificativo, da Bretone in appendice a *Ius controversum* cit. 823 ss.

<sup>14</sup> I. 1.5.3.

<sup>15</sup> In questo senso Schwarz, *Das strittige Recht* cit. 212-213; M. Bretone, *Ius controversum* cit. 757 e 770.

renti opinioni giuridiche non era avvertita dai giuristi come una patologia dello *ius*, bensì come una fisiologia della sua attività interpretativa<sup>16</sup>: nell'esperienza giuridica romana, ove lo *Juristenrecht* costituiva a tutti gli effetti una fonte del diritto<sup>17</sup>, il «movimento interno della giurisprudenza»<sup>18</sup> era indicativo della vitalità del sistema, della sua capacità di superare i propri limiti per adattarsi alle esigenze di una società in evoluzione<sup>19</sup>.

Muovendo da tali assunti, l'opportunità di soffermarsi sull'interpretazione di D. 13.5.27 acquista nuova evidenza, nella misura in cui lo scopo di approfondire e chiarire il quadro delle conoscenze sulla disciplina del *receptum argentarii* – a tutt'oggi frammentarie – si pone di pari passo con l'indagine sulla natura del già menzionato dissenso giurisprudenziale, alla ricerca delle sue ragioni più profonde: rivalità scolastiche, divergenze concettuali, o forse istanze di una prassi commerciale in evoluzione?

## 2. D. 13.5.27: ricostruzione del testo e collocazione sistematica

D. 13.5.27 (Ulp. 14 *ad ed.*) *Utrum praesente debitore an absente [constituat] <recipiat> quis, parvi refert. Hoc amplius etiam invito [constituere] <recipere> eum posse Pomponius libro trigensimo quarto scribit: unde falsam putat opinionem Labeonis existimantis, si, postquam quis [constituit] <recepit> pro alio, dominus ei denuntiet ne solvat, in factum exceptionem dandam: nec immerito Pomponius: nam cum semel sit obligatus qui [constituit] <recepit>, factum debitoris non debet eum excusare.*

Secondo il tenore del brano, poco importa che l'assunzione di un *receptum* avvenga in presenza o in assenza del debitore. Tanto più che Pomponio aveva già sostenuto la possibilità di obbligarsi contro la sua volontà, così reputando fallace l'opinione di Labeone, il quale era invece favorevole alla concessione di un'eccezione *in factum* laddove – dopo la conclusione del *receptum* – il titola-

<sup>16</sup> Cfr. Schwarz, *Das strittige Recht* cit. 209-210, recentemente ripreso (con ampliamenti e sfumature critiche) da Bretone, *Ius controversum* cit. 766.

<sup>17</sup> Il collegamento tra *Juristenrecht* e *ius controversum* è sottolineato da Schwarz, *Das strittige Recht* cit. 220.

<sup>18</sup> L'immagine è proposta da Brutti, *L'indipendenza dei giuristi* cit. 415 ss.

<sup>19</sup> Si tratta di un'idea (come ricorda sempre Brutti, *ibidem*) presente già nel pensiero di G.F.W. Hegel (cfr. l'elogio dell'«Inkonsequenz der römischen Rechtsgelehrten» in coda al §3 dell'introduzione dei *Grundlinien der Philosophie des Rechts* [Ed. it. *Lineamenti di Filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato*, a c. di V. Cicero, Milano 2006, 84 ss.] e di S. Riccobono (*Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, Milano 1949, 123: «Se la vita è molto complessa, varia, illogica, anche il diritto deve per necessità adattarsi a tutte le circostanze e non può essere un sistema di logica matematica, una tavola di logaritmi»).

re del rapporto<sup>20</sup> avesse diffidato formalmente l'*argentarius* a non adempiere. Ulpiano, in chiusura, si accoda all'opinione di Pomponio, ritenendo che l'ina-dempimento di chi abbia prestato una promessa di pagamento non possa essere scusato dal fatto del debitore.

Per quanto riguarda la ricostruzione del testo, è senza dubbio da accogliersi l'opinione pressoché unanime in dottrina<sup>21</sup>, che – sulla scorta di Lenel<sup>22</sup> – sostituisce *constituere* con *recipere* in ragione dell'iscrizione del frammento (*libro decimo quarto ad edictum, sedes materiae* del commento ulpiano al *receptum argentarii*). L'interpolazione in esame, in effetti, si pone come estremamente probabile alla stregua della già menzionata costituzione giustiniana del 531, ove si stabilisce che *omnia, quae de recepticia in diversis libris legislatorum posita sunt, aboleantur et sit pecunia constituta omnes casus complectens*<sup>23</sup>. Il passo, dunque, sarebbe stato ricollocato nel *Corpus Iuris Civilis* in D. 13.5 in séguito all'abolizione del *receptum* ed alla sua confluenza nel *constitutum*.

## II. Alcuni rilievi sui rapporti tra *receptum argentarii* e garanzie personali del credito, ed in particolare sull'*absentia debitoris*

Passando all'analisi dei contenuti, la prima informazione che il brano ci fornisce concerne le modalità di conclusione della promessa bancaria di pagamento, e segnatamente la possibilità di essere indifferentemente compiuta in presenza o in assenza del cliente.

Si tratta di un dato non irrilevante, nella misura in cui consente di distinguere il

<sup>20</sup> Isolata è rimasta in dottrina l'opinione di Bürge, *Fiktion und Wirklichkeit* cit. 532-534, il quale ritiene sintatticamente e stilisticamente più corretto ricostruire il caso prospettato come un rapporto tra quattro soggetti (il creditore principale, destinatario del *receptum*; l'*argentarius*, che presta il *receptum pro alio*; il *dominus*, che ordina e poi revoca la conclusione del *receptum pro alio*; il *debitor/alius*, debitore principale). Cfr. in senso critico le condivisibili osservazioni di Petrucci, *Mensam exercere* cit. 201 ss., fatte proprie anche da Fasolino (*Sulle tecniche negoziali* cit. 180 nt. 34) e E. Stolfi (*Studi sui libri ad edictum di Pomponio* 1, Napoli 2002, 411 nt. 175).

<sup>21</sup> A. Petrucci, *Mensam exercere* cit. 200 ss.; Fasolino, *Sulle tecniche negoziali* cit. 173-174 (nt. 18); Stolfi, *Studi sui libri ad edictum* 1 cit. 409 ss. *Contra* C.A. Cannata, *Per una storia della scienza giuridica europea* 1, Torino 1997, 315.

<sup>22</sup> Lenel, *Beiträge zur Kunde* cit. 64-65.

<sup>23</sup> C. 4.18.2.1a. Per un'analisi approfondita della costituzione imperiale cfr. Astuti, *Studi intorno alla promessa di pagamento* 2 cit. 262 ss.; G.G. Archi, *Contributi alla critica del Corpus juris. 2. Riforme giustiniane in tema di garanzie personali*, in *BIDR.* 65, 1962, 131 ss.; A. Diaz Bautista, *Les garanties bancaires dans la législation de Justinien*, in *RIDA.* 29, 1982, 165 ss.; A. Petrucci, *Osservazioni in tema di legislazione giustiniana sul receptum argentarii e sull'antiphonesis*, in *Fides, humanitas, ius. Scritti in onore di Luigi Labruna* 6, 2007, 4219 ss.

*receptum argentarii* da alcune forme di assunzione di responsabilità *pro alio*, quali la *sponsio* e la *fidepromissio*, che dovevano essere compiute contestualmente all'insorgenza dell'obbligazione del debitore principale ed al cospetto di questi, secondo il principio dell'*unitas actus*<sup>24</sup>. Da questo punto di vista, dunque, l'impegno del banchiere romano si atteggiava in modo affine alle più moderne figure di garanzie personali dell'esperienza giuridica romana, che potevano essere prestate *absente debitor*: la *fideiussio*, il *mandatum pecuniae credendae* ed il *constitutum debiti alieni*<sup>25</sup>.

Nonostante il suo apparente sapore scolastico, questo esercizio di distinzione ed assimilazione risulta tutt'altro che sterile sul piano interpretativo, poiché esso riflette la multiformità delle modalità operative del *receptum argentarii* e permette di decrittare i riferimenti contenuti nel Digesto.

A ben vedere, del resto, l'opera palinogenetica di Lenel ci restituisce delle informazioni perfettamente coincidenti con tale inquadramento. Nonostante il tenore del citato inciso di C. 4.18.2.1a, infatti, non tutti i brani originariamente riguardanti l'*a. recepticia* furono poi riferiti alla *pecunia constituta*: alcuni di essi, bensì, furono trasfusi proprio nella trattazione del mandato di credito<sup>26</sup> e della fideiussione<sup>27</sup>.

A prescindere dalla delicata questione dell'effettiva interpolazione di tutti i brani *de quibus*<sup>28</sup>, tali ricorrenze dimostrano che la prossimità tra *receptum argentarii* e dette garanzie personali romane non appartiene solo alle ipotesi ricostruttive ed alle attitudini sistematizzanti dei moderni. Essa, al contrario, era reale, e come tale era stata percepita dai giureconsulti romani e/o dai compilatori giustiniani, probabilmente in virtù della versatilità di tale tipo negoziale.

<sup>24</sup> Su *sponsio* e *fidepromissio* v. E. Levy, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio*, Berlin 1907; M. Talamanca, *Fideiussione (storia)*, in *ED.* 7, Milano 1968, 326 ss.; M. Kaser, *Das römische Privatrecht* 1, München 1971<sup>2</sup>, 661 ss.

<sup>25</sup> Sul quale v. A. Philippin, *Le pacte de constitut*, Paris 1929; G. Astuti, *Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito* 1, Napoli 1937; Id., *Studi intorno alla promessa di pagamento* 2 cit.; J. Roussier, *Le constitut*, in *Varia. Études de droit romain* 3, Paris 1958, 74 ss.; Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni* 1 cit. 223 ss.; La Rosa, *Il formalismo del pretore* cit. 202 ss.; M. Varvaro, *Sulla storia dell'edictum de pecunia constituta*, in *Studi in onore di Remo Martini* 3, Milano 2009, 829 ss.; Platschek, *Das Edikt De pecunia constituta* cit.

<sup>26</sup> È il caso di D. 17.1.28 (Ulp. 14 *ad ed.*); v. il testo *infra*, nt. 45. Cfr. l'intuizione di O. Lenel, *Beiträge zur Kunde* cit. 66, poi recepita dalle più recenti traduzioni del Digesto: S. Schipani (a c. di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae* 3, Milano 2007, 281; O. Behrends, R. Knütel, B. Kupisch, H.H.Seiler (a c. di), *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung* 3, Heidelberg 1999, 380.

<sup>27</sup> D. 46.1.30 (Gai. 5 *ad ed. prov.*).

<sup>28</sup> La dottrina non ha infatti taciuto, anche in tempi recenti, la sussistenza di un «minimo» ma ragionevole dubbio che i giuristi, nel contesto del commento del *receptum argentarii*, potessero svolgere riferimenti anche a negozi affini, magari a fini di comparazione. Cfr. Fasolino, *Sulle tecniche negoziali* cit. 173-174; Rodríguez González, *El receptum argentarii* cit. 38-39.

### III. Inquadramento dei termini della controversia

Se Labeone, Pomponio ed Ulpiano sembrano concordi<sup>29</sup> nel riconoscere l'autonomia del banchiere romano in sede di conclusione di un *receptum absente debitore*, tuttavia, le loro opinioni divergono sensibilmente quando la medesima questione si pone nei suoi profili applicativi: Pomponio ed Ulpiano, da un canto, portano alle estreme conseguenze l'assolutezza della responsabilità dell'*argentarius* di fronte al creditore *ex recepto*, mantenendo il debitore principale al di fuori delle vicende del rapporto secondario; Labeone, dal suo canto, è incline ad attribuire un rilievo determinante alla *voluntas domini* per lo meno in fase di esecuzione del rapporto, concedendo al *recipiens* il diritto di essere esonerato dall'adempimento della prestazione promessa, opponendo al creditore un'apposita eccezione *in factum*.

Come inquadrare, spiegare e come risolvere tale situazione di *ius controversum*? È possibile, analizzando i termini di questa disputa, trarne delle informazioni sulla disciplina del *receptum argentarii* e sulla sua evoluzione? A queste domande si può tentare di fornire una risposta, che ovviamente non potrebbe prescindere dall'analisi del pensiero dei giuristi e dell'oggetto della controversia.

Come è stato accortamente notato<sup>30</sup>, D. 4.9.3.pr.-1<sup>31</sup> permette di confrontare le opinioni dei medesimi giureconsulti su una questione per molti versi affine, riguardante il *receptum nautarum, cauponum et stabulariorum*. Al di là di alcune curiose somiglianze formali<sup>32</sup>, i due brani hanno come comune *Leitmotiv*

<sup>29</sup> Cfr. anche Stolfi, *Studi sui libri ad edictum* 1 cit. 410 nt. 272.

<sup>30</sup> Fasolino, *Sulle tecniche negoziali* cit. 179; Stolfi, *Studi sui Libri ad edictum* 1 cit. 398 ss.

<sup>31</sup> D. 4.9.3 (Ulp. 14 ad ed.): pr. *Et ita de facto vectorum etiam Pomponius libro trigentesimo quarto scribit. idem ait, etiamsi nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierint, quas semel recepit, periculum ad eum pertinere. 1. Ait praetor: «nisi restituent, in eos iudicium dabo».* *Ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces intervenerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui receperit tenetur, etiam si sine culpa eius res perit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.*

<sup>32</sup> Sia D. 13.5.27 che D. 4.9.3 sono frammenti tratti dal quattordicesimo libro del commentario ulpiano all'editto del pretore; in entrambi i casi la trattazione prende le mosse dalla dottrina esposta nel trentaquattresimo dei *libri ad edictum* di Pomponio, introducendo in un secondo momento il pensiero di Labeone ed inserendo in coda l'eventuale approvazione, confutazione o ampliamento originale di Ulpiano (cui, infatti, si deve l'*explicit [idem erit dicendum...]* di D. 4.9.3.1: cfr. A. Petrucci, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori* 1, Torino 2007, 135).

l'assolutezza della responsabilità *ex recepto*: nel caso dell'*argentarius*, per il pagamento promesso al terzo creditore; nel caso del *nauta*<sup>33</sup>, per la custodia dei beni dei clienti ricevuti in affidamento durante lo svolgimento dell'*exercitio navis*. Come in D. 13.5.27, anche in D. 4.9.3.1 Ulpiano riporta una dottrina labeoniana finalizzata al temperamento della responsabilità del *negotiator*, proponendo di accordargli un'eccezione per il caso in cui l'inadempimento della sua obbligazione sia dovuto ad un fatto a lui non imputabile.

L'atteggiamento che Ulpiano (e forse anche Pomponio<sup>34</sup>) riservano alla soluzione proposta dal giurista augusteo, tuttavia, è stavolta di segno completamente opposto: l'*exceptio labeoniana* in tema di *receptum nautarum*, infatti, fu con ogni probabilità recepita dal pretore<sup>35</sup> e trovò generale accoglimento, al punto che il giurista di Tiro, nella chiusa di D. 4.9.3.1, ritenne di estenderne l'applicazione a *caupones* e *stabularii* in caso di perimento per *vis maior* dei beni loro affidati<sup>36</sup>.

Il confronto tra i due passi, dunque, non fornisce uno strumento di comprensione dello *ius controversum* di D. 13.5.27; per molti versi, anzi, la divergenza di atteggiamento di Ulpiano e (probabilmente) Pomponio di fronte alle due *exceptiones labeoniana*e sembra quasi amplificare la singolarità (e quindi la pregnanza) della *dissensio* in tema di *receptum argentarii*.

#### IV. Lo stato dell'arte della riflessione romanistica

Il significativo rilievo storico-giuridico della *querelle* non è sfuggito alla più attenta dottrina contemporanea, che si è profusa in sforzi di un certo pregio nel tentativo di ricomporre il mosaico delle diverse opinioni dottrinali, sì da consentirne una contestualizzazione ed una più profonda comprensione.

Una prima ipotesi è stata avanzata all'inizio del secolo scorso da J. Partsch<sup>37</sup>, il quale prende le mosse da due premesse ben precise. Innanzitutto, la necessità di inquadrare il *receptum argentarii* nel novero dei negozi afferenti al rapporto di ra-

<sup>33</sup> Sul senso da attribuire in questo caso al lemma *nauta* e sui soggetti abilitati a concludere il *receptum nautarum* cfr. A. Petrucci, *Particolari aspetti giuridici dell'organizzazione e delle attività delle imprese di navigazione*, in P. Cerami-A. Petrucci, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino 2010, 263-264.

<sup>34</sup> Così *generaliter* Fasolino, *Sulle tecniche negoziali* cit. 179; nello specifico cfr. Stolfi (*Studi sui libri ad edictum* 1 cit. 399-407) che, nonostante i «tenui indizi» che il parere di Labeone fosse contemplato nel commentario del giureconsulto antoniniano, ritiene che «questi si confrontasse con quel contributo prestigioso».

<sup>35</sup> Cfr. bibliografia in Stolfi, *Studi sui libri ad edictum* 1 cit. 407 nt. 265.

<sup>36</sup> V. sempre Petrucci, *Per una storia* cit. 135.

<sup>37</sup> Partsch, *Der ediktale Garantievertrag* cit. 413-414.

tio, in conformità con quanto emerge dalla ricostruzione leneliana del frammento riportato in D. 2.13.6.3<sup>38</sup>, ancora oggi comunemente accettata. In *secundis*, ricollegandosi ad alcuni spunti contenuti in un celeberrimo saggio di L. Mitteis di poco precedente<sup>39</sup>, lo studioso di Breslavia ritiene che Labeone fosse incline a concedere l'eccezione all'*argentarius* per il fatto che questi, erogando pagamenti a partire dai depositi bancari del cliente, agiva come suo «rappresentante diretto»<sup>40</sup>.

Partendo da tali presupposti Partsch ricostruisce – sul modello di quello che, a suo avviso, sarebbe stato sottoposto al giurista augusteo – un caso pratico<sup>41</sup>: il proprietario di uno schiavo fuggitivo ha incaricato un investigatore di rintracciare il luogo di residenza di quello, promettendogli una ricompensa ed indirizzandolo per il pagamento al suo banchiere, il quale si è impegnato con *receptum*; laddove l'investigatore affermi di aver adempiuto alla condizione ed il proprietario lo contesti, dovrebbe forse consentirsi che il banchiere sia sottoposto alla pretesa del *detective*, e così obbligarlo a produrre al *dominus* la prova (s'intende, per giustificare l'addebito della somma pagata in base al *receptum*) del fatto contestato, benché inerente ad una questione a lui estranea?

Partsch ritiene che al quesito debba risponderci negativamente, concordando con Labeone sull'opportunità di attribuire al banchiere romano un'adeguata *exceptio in factum* (che altro non sarebbe che un'*exceptio doli*<sup>42</sup>); il mancato recepimento di tale difesa processuale da parte dei più tardi giuristi, conclude pertanto, sarebbe «molto verosimilmente» da imputarsi ad un'insufficiente considerazione della singolarità del caso concreto.

La spiegazione proposta dal Maestro tedesco, tuttavia, non risulta per molti versi soddisfacente. In primo luogo, vi sono serie riserve da avanzare rispetto alla seconda delle premesse da lui fatte proprie, ovvero all'esistenza di un rapporto di *unmittelbare Stellvertretung* tra cliente e banchiere romano<sup>43</sup>. Ciò non tanto e non solo per il fatto<sup>44</sup> che in D. 17.1.28<sup>45</sup> i «jüngere Juristen» – da identi-

<sup>38</sup> V. *supra*, nt. 5; sul punto cfr. Petrucci, *Mensam exercere* cit. 196 ss.

<sup>39</sup> L. Mitteis, *Trapezitika*, in ZSS. 19, 1898, 198 ss. (*precipue* 244 ss.).

<sup>40</sup> «Labeo hatte die Anschauung verfochten, daß der Bankier bei der Zahlung aus dem *receptum* nur als Vertreter des Schuldners handle... Dies deutet offenbar auf den Kontokorrentverkehr zwischen Guthabensinhabern, in welchem der *argentarius* als direkter Stellvertreter eines Kunden handelt» (Partsch, *Der ediktale Garantievertrag* cit. 413-414).

<sup>41</sup> Partsch, *Der ediktale Garantievertrag* cit. 414 nt. 2.

<sup>42</sup> Id., *ibidem*.

<sup>43</sup> Cfr. *supra*, nt. 40.

<sup>44</sup> Riconosciuto dallo stesso Partsch (*Der ediktale Garantievertrag* cit. 414 nt. 2).

<sup>45</sup> D. 17.1.28 (Ulp. 14 *ad ed.*): *Papinianus libro tertio quaestionum ait mandatorum debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere.*

ficarsi con Papiniano e, forse, Ulpiano – affermino che il pagamento del *receptum* fosse compiuto dall'*argentarius* in nome proprio (asserzione che potrebbe anche giustificarsi in base alla specificità di tale fattispecie, ove è inevitabile che il banchiere romano paghi *propter mandatum suum* e *suo nomine*, essendosi realizzata la promessa di pagamento sotto forma di mandato di credito<sup>46</sup>).

Quel che rende più difficile accogliere la tesi in oggetto è, piuttosto, l'impossibilità di affermare *tout court* che il cliente potesse essere personalmente obbligato dalla promessa di pagamento prestata dall'*argentarius*. Pur senza voler ignorare le autorevolissime opinioni<sup>47</sup> tese a dimostrare che, soprattutto nell'ambito del diritto onorario e delle *negotiationes*, il dogma della generale inesistenza della rappresentanza diretta<sup>48</sup> in diritto romano conoscesse significative eccezioni, occorre tener presente come esse, all'esito di un'indagine puntuale, si siano rivelate più apparenti che sostanziali<sup>49</sup>. Ciò, aggiungiamo, deve affermarsi tanto più convintamente in materia di *receptum argentarii*, ove lo specifico mezzo processuale di tutela e la professionalità del banchiere romano sono legati da una correlazione così intima e inscindibile<sup>50</sup> da non lasciar spazio ad alcuna confusione tra rapporti di titolarità dell'*argentarius* e rapporti di titolarità del *dominus*<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> Cfr. *supra*, nt. 26, ove bibliografia.

<sup>47</sup> Cfr. le pagine di Mitteis (v. nt. 39) e L. Wenger (*Die Stellvertretung im Rechte der Papyri*, Leipzig 1906, 207 ss.), entrambe fortemente influenzate dal diritto provinciale di matrice ellenistica, e S. Riccobono, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in Diritto Romano*, in *AUPA*. 14, 1930, 389 ss.

<sup>48</sup> Sui rapporti tra rappresentanza diretta ed efficacia diretta di un atto sulle situazioni giuridiche di un terzo v. G. Finazzi, *L'agire per altri nei rapporti obbligatori*, in A. Padoa Schioppa (a c. di), *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica*. Convegno Università di Roma Tre, 15-17 novembre 2007, Napoli 2010, 31 ss., ove bibliografia.

<sup>49</sup> Cfr. Finazzi, *L'agire per altri* cit. 242 ss.

<sup>50</sup> V. *supra*, nt. 7.

<sup>51</sup> La persistente autonomia tra l'obbligazione del cliente e l'obbligazione del banchiere romano fino all'età giustiniana, del resto, sarebbe indirettamente confermata da C. 4.18.2.1a (Iust. a. 531): *...sit pecuniae constitutae actio per nostram constitutionem sibi in omnia sufficiens, ita tamen, ut hoc ei inhaereat, ut pro debito fiat constitutum (cum secundum antiquam recepticiam actionem exigebatur et si quid non fuerat debitum), cum satis absurdum et tam nostris temporibus quam iustis legibus contrarium est permittere per actionem recepticiam res indebitas consequi et iterum multas proponere conditiones, quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui definiunt...*

Non persuade, per questo, la tesi di chi (C. Emunds, *Solvendo quisque pro alio liberat eum. Studien zur befreienden Drittleistung im klassischen römischen Recht*, Berlin 2007, 367-368) ritiene che all'epoca di Labeone il *receptum argentarii* non avesse ancora il valore di garanzia personale («bürgschaftsähnliches Garantieverprechen»), ma costituisse semplicemente uno strumento di agevolazione pratica nei pagamenti. Nella sua radicalità tale teoria – non solo non trova alcun sostegno nelle fonti, ma – costringerebbe a dedurre che il *receptum argentarii* non avesse alcuna efficacia obbligatoria nel I sec. a.C.; v. sul punto Petrucci, *Mensam exercere* cit. 197-198, ove si replica ad una simile teoria di Bürge (*Fiktion und Wirklichkeit* cit. 528-529). cfr. Fasolino, *Sulle tecniche negoziali* cit. 177.

Le serie perplessità testé enunciate in merito ai presupposti ricostruttivi dai quali muove Partsch, in definitiva, infirmano anche la persuasività della sua ipotesi circa i motivi del disaccordo tra Labeone e Pomponio/Ulpiano sulla concessione dell'*exceptio in factum*: dal momento che l'indipendenza delle posizioni debitorie di *dominus* ed *argentarius* rappresentava un dato effettivo, l'opinione dei giuristi del II e III sec. d.C. non appare dettata da scarsa attenzione alla fattispecie concreta, ma – al contrario – sembra scaturire da una consapevole valutazione dei profili giuridici legati alla conclusione del *receptum*.

Un'altra autorevole tesi<sup>52</sup> scorge nella disparità di vedute tra il giurista augusteo e Pomponio-Ulpiano un riflesso del mutato assetto della prassi negoziale. Il favore con il quale Labeone guarda alla concessione dell'*exceptio in factum* in caso di diffida del debitore, infatti, potrebbe essere indicativo del rilievo attribuito alla volontà del *dominus negotii* fino al I sec. a.C.: in tale ottica, l'assunzione della promessa bancaria di pagamento avrebbe dapprima richiesto il conferimento di una forma d'incarico<sup>53</sup> da parte del *dominus negotii*, di talché il *receptum* concluso contro la sua volontà<sup>54</sup> sarebbe stato viziato da inefficacia opponibile anche al creditore. La divergente opinione degli altri due giuristi, in questo scenario, rivelerebbe l'irrelevanza del requisito dell'incarico, sopravvenuta già nell'età degli Antonini e dei Severi con il raggiungimento di una più completa separazione tra posizione del debitore principale e posizione dell'*argentarius recipiens*.

Si tratta di una supposizione, invero, piuttosto ragionevole, nella misura in cui la tesi ha il merito di valorizzare un elemento (il collegamento tra ordine di pagamento da parte del cliente e promessa del banchiere) già presente nella tesi di Partsch<sup>55</sup>, senza tuttavia porsi in contrasto con risultanze storiografiche o principî dogmatici generalmente condivisi dalla romanistica. L'ipotesi, peraltro, pare ben armonizzarsi anche con un'altra opzione ricostruttiva<sup>56</sup>, che riconduce la progres-

<sup>52</sup> Petrucci, *Mensam exercere* cit. 202-203.

<sup>53</sup> Contrariamente ad Andreau (*La vie financière* cit. 600), Petrucci (*Mensam exercere* cit. 202) non esclude che l'incarico potesse presentarsi *sub specie mandati*, in questo ricollegandosi alle proprie convincenti osservazioni a margine di D. 2.13.6.3 (Id., *op. ult. cit.* 170 ss. e in particolare 190 ss.).

<sup>54</sup> Stolfi (*Studi sui libri ad edictum* 1 cit. 412 nt. 280) – esplicando un ragionamento già leggibile, per quanto *per incidens*, nel pensiero di Petrucci (*Mensam exercere* cit. 201-202) – precisa che la possibilità di concludere il *receptum absente domino*, ritenuta nota già a Labeone, è logicamente compatibile con l'asserita necessità dell'incarico, in quanto la problematica dell'*absentia* si pone non sul piano della (mancata) espressione di volontà negoziale da parte del cliente, quanto su quello della sua assenza fisica al momento dell'assunzione del debito. Critico sulla possibilità di dedurre da D. 13.5.27 che già al tempo di Labeone il *receptum argentarii* potesse essere concluso *absente debitore* è Fasolino, *Sulle tecniche negoziali* cit. 180 nt. 34.

<sup>55</sup> Partsch, *Der ediktale Garantievertrag* cit. 413.

<sup>56</sup> Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni* 1 cit. 180-181.

siva affermazione dell'autonomia del *receptum* alla necessità di assecondare la «esigenza del mondo degli affari, cui tornava opportuno un negozio di sollecita e semplice realizzazione»<sup>57</sup>. In altri termini, il crescente sviluppo commerciale avrebbe richiesto soluzioni in concreto più efficaci per i traffici giuridici, sacrificando – in nome di una maggiore sicurezza e speditezza nella realizzazione dei crediti – la rilevanza precedentemente accordata all'incarico del cliente<sup>58</sup>.

Guardando da questa prospettiva, innegabilmente, lo *ius controversum* di D. 13.5.27 troverebbe una più esauriente composizione. I diversi indirizzi espressi dal giureconsulto augusteo e dai suoi colleghi dei secoli successivi, infatti, potrebbero spiegarsi alla luce dell'evoluzione delle pratiche commerciali e contrattuali, sicché Labeone risulterebbe ancora legato ad un requisito che si configurava come fondamentale nel I sec. d.C., mentre i pareri di Pomponio ed Ulpiano si inquadrerebbero in una diversa cornice storica, all'interno della quale il ruolo e la responsabilità dei banchieri romani hanno assunto profili di maggiore autonomia. I *prudentes* romani, insomma, non farebbero eccezione al vecchio adagio arabo, caro a Marc Bloch<sup>59</sup>, per cui «gli uomini somigliano più ai loro tempi che ai loro padri».

#### V. Alcune riflessioni sull'*exceptio labeoniana* e sull'*opportunità di contestualizzarla all'interno delle dinamiche legate al regresso dell'argentarius*

Pur positivamente valutata la tenuta delle ipotesi da ultimo prospettate, la ricerca di una più profonda comprensione della questione impone un ulteriore quesito: a chi giovava l'*exceptio labeoniana*? Ovvero, il che è lo stesso, l'interesse di quale soggetto si trova al centro di questa antica disputa dottrinale?

La domanda, per peregrina che possa sembrare *prima facie*, è tutt'altro che illegittima, una volta attentamente considerata la natura dell'istituto in esame. Come risulta piuttosto chiaramente dal combinato disposto delle opinioni di Labeone ed Ulpiano<sup>60</sup>, infatti, ciò che differenziava l'adempimento di un *receptum*

<sup>57</sup> Id., *ibidem*.

<sup>58</sup> Idea sulla quale sembrerebbe convergere anche Fasolino, *Sulle tecniche negoziali* cit. 180.

<sup>59</sup> M. Bloch, *Apologia della storia*, Torino 1969, 48.

<sup>60</sup> D. 2.13.6.3 (Ulp. 4 ad ed.): *Rationem autem esse Labeo ait ultro citro dandi accipiendi, <debendi> credendi, obligandi solvendi sui causa negotiationem: nec ullam rationem nuda dumtaxat solutione debiti incipere. Nec si pignus acceperit aut mandatam, compellendum edere: hoc enim extra rationem esse. Sed et quod solvi [constituit] <recepti>, argentarius edere debet: nam et hoc ex argentaria venit.*

Sulla ricostruzione del testo si vedano: T. Mommsen, P. Krüger, *Digesta Iustiniani Augusti. Editio maior* 1, Berolini 1870, 60 nt. 1 (per l'inserito *debendi*); Lenel, *Beiträge zur Kunde* cit. 62 ss. (per la sostituzione di *constituit* con *recepti*); in generale, Petrucci, *Mensam exercere* cit. 182 ss.

*argentarii* da una *nuda solutio debiti* effettuata da un banchiere romano era che il primo si inseriva nel contesto di un duraturo rapporto di *ratio*<sup>61</sup> (*ex argentaria venit*), mentre la seconda si compiva in modo puntuale al di fuori di un conto. Ne risulta – come, del resto, parte della dottrina<sup>62</sup> ha intuito – che i *recepta* assunti dagli *argentarii* erano di regola coperti dal denaro già depositato dal *dominus negotii* presso la *mensa*.

Se, dunque, i banchieri romani facevano normalmente affidamento sulle somme dei clienti medesimi per il pagamento dei *recepta*, ecco che diventa meno chiaro il motivo per il quale essi avrebbero dovuto giovare di un'*exceptio in factum* per essere dispensati dal pagamento. In altre parole: che interesse avrebbero avuto gli *argentarii* a rifiutare di adempiere – *de facto* – con del denaro altrui<sup>63</sup>?

Risultando decisamente inverosimile la possibilità che Labeone accordasse un'eccezione ai banchieri romani per tutelare indirettamente i loro clienti, la risposta dev'essere ricercata – ad avviso di chi scrive – guardando alle modalità di riequilibrio dei loro rapporti interni e in particolar modo al ruolo che proprio l'incarico e, più in generale, la *voluntas domini* ricoprivano in sede di regresso.

A tal proposito, lasciando da parte l'ipotesi in cui la promessa di pagamento dell'*argentarius* fosse stata conclusa secondo lo schema operativo del mandato di credito<sup>64</sup>, la dottrina distingue due ipotesi:

- nel caso in cui il banchiere romano avesse prestato *receptum* su incarico del proprio cliente, si ritiene piuttosto pacificamente<sup>65</sup> che l'esercizio del regresso nei confronti di quest'ultimo si sarebbe giustificato in base ad un

<sup>61</sup> Cfr. Petrucci, *loc. ult. cit.*

<sup>62</sup> Oltre al già citato Partsch (*Der ediktale Garantievertrag* cit. 413-414), v. nella dottrina recente anche Fasolino, *Sulle tecniche negoziali* cit. 182.

<sup>63</sup> Si noti che il riferimento all'altruità *de facto* è svolto qui con riferimento ai profili del riequilibrio economico delle prestazioni, e quindi – in sostanza – della compensazione delle reciproche obbligazioni tra *argentarius* e *dominus rationis*. Non si intende qui far riferimento all'altruità dei *nummi* sul piano dei diritti reali, la quale parrebbe peraltro doversi escludere per il fatto che l'*argentarius* prometteva di dare genericamente una somma di denaro e non le monete altrui (v. però, sulla *vexata quaestio* della possibilità di dedurre in *receptum* cose infungibili, C. 4.18.2.pr.-1; Theoph. Par. 4.6.8; Segré, *Corso di diritto romano* 1 cit. 272; Astuti, *Studi intorno alla promessa di pagamento* 2 cit. 309 ss.; Fasolino, *Sulle tecniche negoziali* cit. 175-176). Per approfondimenti sulla questione del passaggio di proprietà delle monete e sulla natura giuridica del deposito aperto v. G. Segré, *Recensione ad Alfredo Ascoli, Contributo alla teoria della confusione e della commistione in diritto romano*, in *Il Filangieri* 13, 1888, 116 ss. (= *Scritti vari di diritto romano*, Torino 1952, 579 ss.); A. Petrucci, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino 2015, 267; e Id., *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino 2002, 30 ss. e 164 ss.

<sup>64</sup> V. *supra*, nt. 45.

<sup>65</sup> Sulla contraria opinione di Andreau v. *supra*, nt. 53.

rapporto di mandato<sup>66</sup>, a guisa di come accadeva nella *fideiussio*;

- laddove l'assunzione del *receptum* fosse avvenuta al di fuori di un apposito incarico conferito dal *dominus rationis*<sup>67</sup>, è opinione comune<sup>68</sup> che il titolo per la rivalsa fosse da identificarsi nella *negotiorum gestio*, avendo l'*argentarius* effettuato l'esborso per adempiere spontaneamente un debito del cliente.

Sui rapporti tra *receptum argentarii* e *negotiorum gestio*, tuttavia, è necessario svolgere alcune precisazioni. Se, infatti, è certo che, laddove la promessa di pagamento del banchiere romano fosse stata compiuta *ignorante domino*<sup>69</sup> (dunque, s'intende, senza incarico), si sarebbe potuta applicare la disciplina generale della gestione d'affari altrui<sup>70</sup>, decisamente più problematica risulta la possibilità di sussumervi l'ipotesi di *receptum* concluso contro la volontà del cliente. Il quadro giurisprudenziale in materia di *negotiorum gestio invito domino* era, in effetti, piuttosto complesso.

## VI. Le divergenze giurisprudenziali in tema di *negotiorum gestio invito domino*

Da un lato, è noto che Labeone<sup>71</sup>, Giuliano<sup>72</sup> e Ulpiano<sup>73</sup>, Papiniano<sup>74</sup>, Paolo e Pomponio<sup>75</sup> – peraltro non senza diverse rilevanti sfumature, sulle quali ci si soffermerà in séguito – negavano che il *dominus negotii*, contro la cui volontà

<sup>66</sup> Partsch, *Der ediktale Garantievertrag* cit. 412-413; Bürge, *Fiktion und Wirklichkeit* cit. 533-534; Petrucci, *Mensam exercere* cit. 202; Fasolino, *Sulle tecniche negoziali* cit. 180.

<sup>67</sup> Cfr. D. 46.1.30 (Gai. 5 *ad ed. prov.*) e D. 46.3.53 (Gai. 5 *ad ed. prov.*).

<sup>68</sup> Rossello, *Receptum argentarii* cit. 63 ss.; Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni* 1 cit. 281; Petrucci, *L'impresa bancaria: attività, modelli organizzativi, funzionamento e cessazione*, in Cerami, Petrucci, *Diritto commerciale romano* cit. 147.

<sup>69</sup> D. 46.1.30 (Gai. 5 *ad ed. prov.*): *Fideiubere [recipere?] pro alio potest quisque, etiamsi promissor ignoret*. In merito alla ricostruzione del testo, Lenel (*Palingenesia* 2 cit. 198) – pur riconoscendo l'originaria afferenza del passo all'originaria *sedes materiae* del *receptum argentarii* nel commentario gaiano – non vi apporta modifiche, probabilmente in ragione del fatto che non vi compare il lemma *constituere*, ma *fideiubere*. Ritenendo decisamente apprezzabile la prudenza di questa posizione, proponiamo l'eventuale interpolazione più per sottolinearne l'astratta possibilità che per la sua concreta probabilità. Si concorda, peraltro, con la posizione di chi (Fasolino, *Sulle tecniche negoziali* cit. 181) ritiene che il principio espresso nel passo sia molto verisimilmente valido sia per la fideiussione che per il *receptum*, a prescindere dalla ricostruzione testuale.

<sup>70</sup> Cfr. D. 17.1.20.1 (Paul. 11 *ad Sab.*); D. 3.5.3.11 (Ulp. 11 *ad ed.*); D. 3.5.4 (Ulp. 44 *ad Sab.*); la prima parte di D. 3.5.42(43) (Lab. 6 *post. ep. a Iav.*) e di D. 3.5.45(46) (Afr. 7 *quaest.*).

<sup>71</sup> D. 3.5.42(43).

<sup>72</sup> D. 3.5.7(8).3.

<sup>73</sup> D. 17.1.6.2; D. 3.5.7(8).3.

<sup>74</sup> D. 17.1.53.

<sup>75</sup> D. 17.1.40.

l'affare fosse stato gerito, potesse essere validamente convenuto per la ripetizione delle spese legate alla gestione.

Da un'altra parte, D. 17.1.40<sup>76</sup> (Paul. 9 *ad ed.*) ci informa che vi erano alcuni (*quidam*) che reputavano che al gestore dovesse essere data un'azione utile contro il gerito per il rimborso delle spese, nonostante si versasse in un caso di *gestio vetante domino*. Sull'identità dei giuristi in questione<sup>77</sup> e sull'esatta natura dell'azione utile<sup>78</sup> non disponiamo di conoscenze sufficientemente solide da consentire una qualsivoglia ipotesi. Ciò che pare certo è che tale opinione si contrappone nettamente a quella dei giureconsulti citati in precedenza.

Dell'esistenza di uno *ius controversum* in merito, peraltro, si fa esplicita menzione in C. 2.18(19).24<sup>79</sup>, una delle *quingenta decisiones*<sup>80</sup> con le quali Giustiniano si propone di dirimere i maggiori dissidî giurisprudenziali dell'epoca. Nel *principium*, appunto, si afferma che *apud magnos auctores* v'era un

<sup>76</sup> V. il testo *infra*, nt. 88.

<sup>77</sup> Si vedano V. Scialoja, *Della negotiorum gestio prohibente domino ed in ispecie dell'azione di regresso di un terzo che paghi un debito altrui contro la volontà del debitore*, in *Il Foro Italiano* 16, 1889, 7 ss.; G. Finazzi, *Ricerche in tema di 'Negotiorum gestio' 2.1*, Napoli 2003, 563-564, nt. 193 (ove ampia bibliografia); Stolfi, *Studi sui libri ad edictum* 1 cit. 52 nt. 54.

<sup>78</sup> Mentre R. Sotty (*Les actions qualifiées d'«utiles»*, in *Labeo* 25, 1979, 152) ipotizza che si trattasse della medesima azione spettante al creditore principale, da concedersi al fideiussore con formula con trasposizione di soggetti anche in assenza di apposita cessione, R. Seiler (*Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, Köln-Graz 1968, p. 89) parla di *actio utilis negotiorum gestorum* (come forse già Scialoja, *Della negotiorum gestio prohibente domino* cit. 5; nella dottrina successiva, con ampliamenti e sfumature personali, sembrerebbe aderire a tale prospettazione anche Finazzi, *Ricerche* 2.1 cit. 563), laddove invece E. Valiño (*Actiones utiles*, Pamplona 1974, 217-218) non esclude potesse trattarsi di un *actio mandati utilis «en función de regreso»*.

<sup>79</sup> C. 2.18(19).24 (Iust. a. 530): *Si quis nolente et specialiter prohibente domino rerum administrationi earum sese immiscuit, apud magnos auctores dubitabatur, si pro expensis, quae circa res factae sunt, talis negotiorum gestor habeat aliquam adversus dominum actionem. 1. Quam quibusdam pollicentibus directam vel utilem, aliis negantibus, in quibus et Salvius Iulianus fuit, haec decidentes sancimus, si contradixerit dominus et eum res suas administrare prohibuerit, secundum Iuliani sententiam nullam esse adversus eum contrariam actionem, scilicet post denuntiationem, quam ei dominus transmiserit nec concedens ei res eius attingere, licet res bene ab eo gestae sint. 2. Quid enim, si dominus adspexerit ab administratore multas expensas utiliter factas et tunc dolosa adsimulatione habita eum prohibuerit, ut neque anteriores expensas praestet? Quod nullo patimur modo: sed ex quo die attestatio ad eum facta est vel in scriptis vel sine scriptis, sub testificatione tamen aliarum personarum, ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam ei actionem competere, super anterioribus autem, si utiliter factae sunt, habere eum actionem contra dominum concedimus sua natura currentem.*

<sup>80</sup> Finazzi, *Ricerche* 2.1 cit. 559. Sulle *quingenta decisiones* si vedano i recenti lavori di C. Russo Ruggeri (*Studi sulle quingenta decisiones*, Milano 1999) e M. Varvaro (*Contributo allo studio delle Quingenta decisiones*, in *AUPA*. 46, 2000, 359 ss.).

dubbio circa l'esperibilità di un'azione di regresso in caso di affare gestito *no-lente et specialiter prohibente domino*. Nel §1, dopo la menzione dei generici *quidam* favorevoli alla concessione di un'azione utile, si ricorda il parere dei giuristi che ne negavano l'applicazione, tra i quali spicca il nome di Salvio Giuliano<sup>81</sup>. Aderendo al parere di quest'ultimo, dunque, l'imperatore sancisce definitivamente l'impossibilità di ripetere le spese sostenute nel corso della *gestio prohibente domino*; tuttavia, per evitare che il gerito abusasse di tale regola – attendendo dolosamente che il gestore effettuasse personalmente molte spese, e manifestando solo in un momento successivo la propria (simulata) *noluntas* circa la gestione dell'affare – gli viene imposto l'onere di esternalarla con una formale *denuntiatio* (attestata *vel in scriptis vel sine scriptis sub testificatione*). Ne risulta una disciplina, in base alla quale gli atti di gestione compiuti successivamente all'apposita diffida resteranno a carico del gestore, mentre quelli precedenti dovranno comunque essere rimborsati. Ecco, dunque, che la situazione (psicologico-soggettiva) della *noluntas* viene ad essere distinta da quella (formale-obiettiva) della *prohibitio*, di modo che la prima diviene irrilevante se non vi consegue la seconda. Volendo esemplificare: il gestore che abbia intrapreso la ristrutturazione di una vecchia bicocca cadente potrà rivalersi sul proprietario per tutte le spese di ristrutturazione utilmente compiute fino al momento in cui non abbia ricevuto un rituale divieto ad effettuare lavori, malgrado il padrone non fosse mai stato intenzionato al recupero della casupola, o fosse addirittura contrario.

A questo punto, occorre chiedersi se ed in quale misura le opinioni dei *prudentes* sul nostro D. 13.5.27 possano essere state influenzate dalla riflessione giurisprudenziale sulla *negotiorum gestio invito domino*. A tal fine, è opportuno considerare singolarmente le opinioni che Labeone, Pomponio ed Ulpiano avevano rispettivamente espresso in proposito.

Per quanto riguarda quest'ultimo, il suo pensiero sul tema emerge in due passi in particolare. In D. 17.1.6.2<sup>82</sup>, ove nella seconda parte<sup>83</sup> Ulpiano precisa che la configurabilità del regresso tramite l'*a. mandati* è esclusa laddove sussistano

<sup>81</sup> Si allude, con ogni probabilità, a D. 3.5.7(8).3 (Ulp. 10 *ad ed.*): v. *infra* in nt. 87.

<sup>82</sup> D. 17.1.6.2 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Si passus sim aliquem pro me fideiubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio.*

<sup>83</sup> Di cui, anche di recente, la dottrina ha denunciato la natura insitica: v. F. Pringsheim, *Animus donandi*, in ZSS. 42, 1921, 293-294; più di recente Finazzi, *Ricerche* 2.1 cit. 217 ss., che vede nel finale *nisi ... actio* una «aggiunta completomane», che pertanto non farebbe fede per il pensiero di Ulpiano. Per la genuinità del passo v. invece M. Kaser, *'Unmittelbare Vollstreckbarkeit' und Bürgergreß*, in ZSS. 100, 1983, 125 nt. 168.

i requisiti della *negotiorum gestio*<sup>84</sup>, o lo spirito di liberalità<sup>85</sup>, o se vi fosse la contraria volontà del *dominus negotii*. A prescindere dalle gravi riserve opposte dagli Autori che contestano *in re ipsa* l'astratta configurabilità di un *reus patiens et invitus*<sup>86</sup>, il dato significativo del brano ai fini della nostra ricerca consiste nel fatto che Ulpiano, contrapponendo la *negotiorum gestio* all'affare gerito *invito domino*, esclude implicitamente che le due fattispecie siano compatibili. Nel secondo brano<sup>87</sup>, che contiene la citazione del parere giuliano accolto da Giustiniano, si affronta il caso di un soggetto che, con l'accondiscendenza di un socio e la proibizione dell'altro, gestisca alcuni affari della società. Ulpiano, approvando la soluzione di Giuliano, ritiene che il gerente possa ripetere le spese soltanto nei confronti del socio che non aveva manifestato il proprio divieto; nella chiusa del frammento, difatti, il giurista di Tiro spiega che sarebbe iniquo sia che l'inerzia di un socio possa creare delle obbligazioni nei confronti dell'altro, che invece si era opposto, sia che il socio che abbia consentito la gestione venga poi ad essere liberato dalle relative obbligazioni in virtù di un fatto del terzo, quale il veto dell'altro socio.

In base ai due brani appena considerati, dunque, sembra potersi affermare che Ulpiano si esprima – implicitamente e incidentalmente nel primo frammento (che, del resto, tratta del mandato e non specificamente della *negotiorum gestio*), esplicitamente e specificamente nel secondo – contro l'esperibilità dell'azione da

<sup>84</sup> Finazzi (*loc. ult. cit.*), argomentando a partire da D. 17.1.53 e da D. 17.1.20.1, sostiene che la *praesentia* del *dominus* escluderebbe alla radice la configurabilità della *negotiorum gestio*, dovendosi applicare dunque il mandato. Pur volendo assumere la correttezza dell'opinione dell'A. sul fatto che l'operato del *procurator omnium bonorum* fosse stato ricondotto all'*a. mandati* già nella seconda metà del II sec. d.C. (Id., *Ricerche in tema di 'Negotiorum gestio'* 1, Napoli 1999, 252-277), residua tuttavia la possibilità che Ulpiano facesse qui riferimento alle ipotesi di gestione necessaria (e.g. *cura furiosi, cura minoris XXV annorum...*), che – per «marginali» che fossero (Id., *Ricerche* 1 cit. 428) – continuarono ad ogni modo ad essere disciplinate dall'*a. negotiorum gestorum* (come l'A. stesso sostiene nella medesima opera, 279 ss. e 428).

<sup>85</sup> Cfr. S. Broise, *Animus donandi. Concetto romano e i suoi riflessi sulla dogmatica odierna* 2, Pisa 1975, 136-138, nt. 20, con relativa bibliografia; e Pringsheim, *Animus donandi* cit. 293-294.

<sup>86</sup> Si veda, per tutti, Finazzi, *Ricerche* 2.1 cit. 218 in nt. 337; *contra*, Broise (*loc. ult. cit.*), che sostiene doversi distinguere tra *patientia* e contrarietà del *reus*, e Kaser ('*Unmittelbare Vollstreckbarkeit*' cit. 125, nt. 171), che sembra ricollegare il caso del *reus patiens* ad un *reus praesens et vetans*.

<sup>87</sup> D. 3.5.7(8).3 (Ulp. 10 *ad ed.*): *Iulianus libro tertio tractat, si ex duobus sociis alter me prohibuerit administrare, alter non: an adversus eum qui non prohibuit habeam negotiorum gestorum actionem? Movetur eo, quod, si data fuerit adversus eum actio, necesse erit et eum pertingi qui vetuit: sed et illud esse iniquum eum qui non prohibuit alieno facto liberari, cum et si mutuum pecuniam alteri ex sociis prohibente socio dedissem, utique eum obligarem. Et puto secundum Iulianum debere dici superesse contra eum qui non prohibuit negotiorum gestorum actionem, ita tamen ut is qui prohibuit ex nulla parte neque per socium neque per ipsum aliquid damni sentiat.*

gestione d'affari altrui nei confronti di un soggetto che lo abbia proibito.

Per quel che concerne il pensiero di Pomponio, esso ci è noto da una citazione che ne fa Paolo nel già menzionato D. 17.1.40<sup>88</sup>, ove si tratta il caso di un soggetto che si costituisca fideiussore di fronte al creditore, nonostante il debitore si opponga esplicitamente e sin già dal momento della conclusione della garanzia. L'autore del frammento – scartata l'opportunità di concedere per il regresso l'*actio utilis* accordata dai consueti *quidam*<sup>89</sup>, di cui è possibile avesse solo conoscenza indiretta<sup>90</sup> – nega la configurabilità delle azioni da mandato e da *negotiorum gestio*, dichiarando di seguire in ciò il parere di Pomponio<sup>91</sup>. Il passo, pertanto, ci consente di desumere che quest'ultimo, come Ulpiano (e Giuliano) non fosse favorevole alla concessione di un'azione di regresso in favore di chi avesse gestito un affare altrui malgrado l'esplicito divieto del *dominus*.

Al termine di questo percorso (compiuto, per comodità espositiva, à *rebours*) sulle dottrine *de negotiis invito domino gestis* dei *prudentes* coinvolti nella disputa di D. 13.5.27, una particolare attenzione dev'essere dedicata all'opinione di Labeone. Essa si trova espressa in D. 3.5.42(43)<sup>92</sup>, brano che presenta profili di estremo interesse. Esso prende in considerazione, dapprima, l'ipotesi di un soggetto che paghi un debito altrui senza aver all'uopo ricevuto un apposito mandato. In tale ipotesi, secondo le regole generali, il giurista appare incline a consentire al terzo pagatore l'esercizio dell'*a. negotiorum gestorum*, facendo leva sull'obiettiva

<sup>88</sup> D. 17.1.40 (Paul. 9 *ad ed.*): *Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur.*

Come è stato notato in dottrina (J.C. Prado Rodríguez, *La solutio del tercero 'ignorante vel invito debitore' y sus vías de regreso contra el deudor*, in *Iura* 59, 2011, 243), il passo di Pomponio (24 *ad Sab.*) riportato in D. 46.3.23 affronta esclusivamente la questione dell'atto liberatorio compiuto *invito vel ignorante debitore*, senza invece soffermarsi sui profili relativi all'eventuale concessione dell'*a. negotiorum gestorum* in via di regresso.

<sup>89</sup> Sui quali cfr. C. 2.18(19).24 (v. *supra* nt. 77 e 79).

<sup>90</sup> Stolfi, *Studi sui libri ad edictum* 1 cit. 51 nt. 53.

<sup>91</sup> Che costituiva probabilmente «la nervatura della riflessione paolina» (Id., *op. ult. cit.* 52).

<sup>92</sup> D. 3.5.42(43) (Lab. 6 *post. epit. a Iav.*): *Cum pecuniam eius nomine solveres, qui tibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi competit, cum ea solutione debitor a creditore liberatus sit: nisi si quid debitoris interfuit eam pecuniam non solvi.*

Per quanto riguarda invece D. 46.3.91 (Lab. 6 *post. a Paul. epit.*), nonostante gli sforzi della dottrina più recente (Emunds, *Solvendo quisque pro alio* cit. 352 ss.), sia sul piano dell'esegesi testuale che su quello della sistematica giuridica rimane più persuasiva la lettura tradizionale (già di C. Manenti, *Della necessità dell'accettazione per la renuncia ai diritti di credito in diritto romano. A proposito del fr. 91 De solutionibus Dig. 46,3*, in *BIDR.* 23, 1911, 29 ss.) che riferisce il frammento alla remissione del debito e non al suo pagamento *invito debitore*.

Per una rassegna sulle critiche testuali di tipo interpolazionista e sulle contrarie diagnosi conservative si veda Finazzi, *Ricerche* 2.1 cit. 376.

sussistenza del profilo dell'*utilitas*<sup>93</sup> derivante al gerito dall'adempimento. Nella chiusa del passo, tuttavia, si svolge un esplicito riferimento al profilo psicologico della *contemplatio domini*<sup>94</sup>, ovvero al fatto che il gestore abbia avuto riguardo all'interesse del gerito nell'amministrarne l'affare. Nel caso in cui, dunque, l'adempimento del debito non corrisponda all'*interesse* del debitore medesimo, Labeone<sup>95</sup> afferma che al terzo pagatore non compete l'*a. negotiorum gestorum* per il recupero delle spese.

Come giustamente notato dalla dottrina<sup>96</sup>, nella prima parte del brano vengono in rilievo i requisiti obiettivi dell'*a. negotiorum gestorum* (altruità dell'affare e *utilitas*, entrambe evidenti nella liberazione del *reus* da parte di un estraneo), mentre nella seconda si introduce un elemento provvisto di una componente soggettiva, che si rivela nondimeno dirimente: l'*interesse debitoris*. Dal testo, sfortunatamente, non risulta se tale interesse dovesse essere declinato in senso obiettivo<sup>97</sup> o soggettivo. Una serie di considerazioni anche extratestuali induce, con tutta la cautela del caso, ad attribuire rilevanza proprio all'elemento soggettivo della *voluntas domini*<sup>98</sup>. Seppur ciò parrebbe assimilare il parere del giurista augusteo a quello di Paolo-Pomponio e Ulpiano-Giuliano, ad un più attento esame s'impone la necessità di compiere almeno due distinguo.

In primo luogo, sul piano delle fattispecie prospettate: è d'uopo notare che in D. 3.5.42(43) non si fa menzione di un divieto già espresso dal gerito al momento dell'assunzione della gestione, diversamente da quanto evidentemente accade sia in D. 3.5.7(8).3, ove il socio ha già espressamente proibito al terzo

<sup>93</sup> Sulla questione generale della natura soggettiva o obiettiva dell'*utiliter gestum* v. Id., *op. ult. cit.* 501 ss. ed in specie 555 ss.; sui rapporti tra *utilitas* e *contemplatio domini* v. *infra*, nt. 108.

<sup>94</sup> Id., *op. ult. cit.* 375 ss.

<sup>95</sup> Sull'irrisolta questione della paternità labeoniana o giavoleniana dell'opinione, si veda ancora Id., *op. ult. cit.* 557-558; sulla base delle riflessioni condotte dal medesimo tale A. (*op. ult. cit.* 122 ss. e 375 ss.), tuttavia, vi sono a nostro avviso elementi sufficienti per propendere, cautamente, per l'effettiva paternità labeoniana.

<sup>96</sup> Cfr. Id., *op. ult. cit.* 557, con relativa bibliografia in nt. 171.

<sup>97</sup> Finazzi (*op. ult. cit.* 558) nota come l'autore dello Schol. 1 *ad Bas.* 17.1.42 propendesse per una qualificazione obiettivata dell'*id quod interest*, prospettando a tal proposito il caso in cui il *reus* fosse a propria volta titolare di un credito *ex alia causa* nei confronti del suo stesso creditore, il che gli avrebbe consentito di invocare la liberazione in via di compensazione, evitando il pagamento. Bisogna tuttavia ricordare che, all'epoca di Labeone, la compensazione non costituiva un modo generale di estinzione delle obbligazioni, il che si verificherà soltanto a partire dal II sec. d.C. (cfr. Petrucci, *Lezioni di diritto privato romano* cit. 384-385); la congettura del giurista bizantino si fonda, dunque, sul postulato indimostrato (e difficilmente dimostrabile) che la *solutio* del passo labeoniano si inserisse in un negozio di buona fede, o che il gerito fosse un *argentarius*.

<sup>98</sup> Finazzi, *Ricerche* 2.1 cit. 558. Alla stessa conclusione, seppur sulla base di presupposti che non condividiamo, perviene Emunds, *Solvendo quisque pro alio* cit. 358 s.

di gerire l'affare, che in D. 17.1.40, ove il *dominus* è *praesens et vetans*. Ciò rende assai probabile che Labeone intendesse riferirsi non tanto alle ipotesi in cui l'opposizione del *dominus* sia formalizzata al gestore prima dell'inizio della gestione, bensì ai casi in cui questa emerga in un momento successivo<sup>99</sup>. A meno di voler ritenere il passo interpolato, infatti, il testo menziona unicamente l'assenza del mandato, e non vi sono indici interpretativi che inducano a supporre l'omissione di eventuali ulteriori fatti rilevanti. Ciò non vuol dire, si badi, che la contraria volontà del gerito non potesse essere già esistente (seppure in forma inespressa) al principio della gestione: al contrario, è plausibile che il *dominus* fosse – per così dire, *in interiore homine* – contrario *ab origine*<sup>100</sup>. La differenza è che il passo labeoniano descrive una *gestio invito domino*, gli altri una *gestio vetante vel prohibente domino*.

In secondo luogo (e di conseguenza), la rilevanza della *noluntas domini* nella gestione d'affari si atteggia in termini diversi per Pomponio-Ulpiano e per Labeone. Se per i primi essa deve manifestarsi nella forma della *prohibitio*, quale elemento esteriorizzato ed obiettivo, per il secondo è sufficiente che essa abbia consistenza soggettiva, cioè come fatto squisitamente psicologico da accertarsi in capo ad entrambi i soggetti. Ciò non deve poi troppo sorprendere, essendo stato ampiamente sottolineato in dottrina come dalle fonti emerga, da parte del giurista augusteo, una spiccata sensibilità verso i profili subiettivi della *negotiorum gestio*, e segnatamente per il presupposto della *contemplatio domini* quale intenzione del gestore di condurre l'affare nell'interesse del gerito<sup>101</sup>.

Riassumendo, la relazione tra le dottrine di Labeone e dei *jüngere Juristen* sembra svolgersi nel solco del medesimo dualismo (*rectius*, rapporto di genere a specie) tra contrarietà e divieto che si ritrova espresso nell'*incipit* di C. 2.18(19).24. pr.<sup>102</sup>, ove si legge *si quis nolente et specialiter prohibente domino rerum administrationi earum sese immiscuit...* Il prosieguo della costituzione imperiale, peraltro, si snoda esattamente sulla tensione tra i due concetti: da un lato, attribuisce valore discriminante alla rituale *prohibitio* ai fini della configurabilità di un valido rapporto di gestione degli affari; dall'altro, nega efficacia giuridica alla semplice *noluntas*, facendo salvo il diritto del gestore ad agire con *a. negotiorum gestorum* per gli atti compiuti *medio tempore*. In un certo senso,

<sup>99</sup> La prospettazione proposta, per altro, non costituirebbe affatto un *hapax* nelle fonti, poiché troverebbe un perfetto *pendant* in C. 2.18(19).24 (v. già in nt. 79 e *infra*), oltre che in D. 13.5.27.

<sup>100</sup> «... sembrerebbe strano che [...] una volta ammessa la rilevanza dell'interesse del debitore non si tenesse conto anche della sua volontà previamente espressa e nota al gestore e forse anche di quella da quest'ultimo conoscibile con l'ordinaria diligenza» (Id., *ibidem*).

<sup>101</sup> Id., *op. ult. cit.* 122 ss. e 375-378; D. 3.5.5.5(6.3).

<sup>102</sup> V. ancora *supra*, nt. 79.

si potrebbe dire, la *decisio* giustiniana ripercorre e compone (non possiamo dire se consapevolmente o meno) la *dissensio* – per così dire ‘interna’<sup>103</sup> – tra tali giuristi.

## VII. *Tra negotiorum gestio e receptum argentarii: riflessioni conclusive su D. 13.5.27 alla luce dell'analisi delle rispettive dottrine di Labeone, Pomponio ed Ulpiano*

Cercando di tirare le fila della disamina sin qui svolta riguardo ai rapporti tra *receptum argentarii* e *negotiorum gestio invito debitore*, ed in particolare riguardo all'influenza che le dottrine di Labeone, Pomponio ed Ulpiano in materia possano aver avuto sullo *ius controversum* fotografato in D. 13.5.27, è possibile affermare quanto segue:

- il parere di Labeone – favorevole a concedere all'*argentarius* un'eccezione basata sul fatto, per il caso in cui questi avesse ricevuto dal cliente una diffida tardiva (formale<sup>104</sup>, o quantomeno formalizzata) a non adempiere – parrebbe compatibile con le posizioni espresse dallo stesso giurista in materia di *negotiorum gestio*. Infatti, dal momento che l'*argentarius*, nell'ottica labeoniana, non avrebbe potuto giustificare il regresso a titolo di *negotiorum gestio*, avrebbe ben potuto considerarsi iniquo che egli fosse tenuto comunque a dar séguito alla gestione (*i.e.* ad adempiere al *receptum*) senza poter ripetere dal cliente-debitore quanto avrebbe pagato per liberarlo<sup>105</sup>;

- ragionando *a contrario*, si potrebbe pensare che Pomponio ed Ulpiano, che al banchiere romano negavano la facoltà di eccepire la ricevuta *prohibitio*, fossero di conseguenza proclivi a consentirgli di rivalersi nei confronti del cliente in base a gestione d'affari, per evitare che questi – attraverso un'intempestiva proibizione – potesse al contempo ottenere la liberazione dal proprio creditore da parte del banchiere e sottrarsi alla ripetizione delle spese da questo sostenute. Si tratterebbe, a sommosso avviso di chi scrive, di un'opzione plausibile, anche

<sup>103</sup> S'intende, rispetto alla controversia 'esterna' con i *quidam* che invece concedevano l'*actio utilis* (v. *supra*).

<sup>104</sup> Alla luce di C. 2.18(19).24 si potrebbe ventilare l'ipotesi che il riferimento al *denuntiare* in D. 13.5.27 possa essere anche il frutto dell'intervento interpolativo formale dei compilatori, ma – al di là del fatto che ciò richiederebbe forti argomenti ed estrema cautela – la sostanza della questione rimarrebbe invariata anche immaginando che invece il testo originale presentasse un *vetare* o un *prohibere*.

<sup>105</sup> *Contra*: Emunds, *Solvendo quisque pro alio* cit. 361 ss., il quale afferma l'inefficacia dell'eventuale pagamento *invito domino* dell'*argentarius* a partire dai due non condivisibili presupposti di cui *supra* alle ntt. 51 e 92.

considerando che la soluzione poi adottata da Giustiniano (che, appunto, si fonda sulla medesima *ratio*) potrebbe non essere originale.

Se una tale deduzione fosse corretta, vi sarebbero almeno due ricadute sulla nostra conoscenza della materia.

Per un verso, la disputa giurisprudenziale testimoniata da D. 13.5.27 troverebbe un possibile chiarimento non solo sul fronte dei presumibili mutamenti della prassi negoziale intervenuti tra primo e secondo secolo a.C., magari in ragione delle spinte derivanti dai traffici commerciali<sup>106</sup>, ma anche con riguardo al pensiero giurisprudenziale. In questo senso, contestualizzando le *sententiae* dei singoli giuristi su casi concreti, come il nostro, all'interno delle loro rispettive dottrine su principî più generali, è possibile ipotizzare che lo *ius controversum* in materia di *receptum argentarii invito domino* non rappresenti che una manifestazione del più ampio (noto e studiato) dibattito dottrinale in tema di *negotiorum gestio*, e non una disputa isolata sulla quale – stante la scarsità di fonti sulla promessa bancaria di pagamento – risulta quasi proibitivo formulare alcuna congettura allo stato dell'arte.

Per altro verso, sul fronte dei rapporti tra *receptum argentarii* e *voluntas domini* dovrebbe giungersi ad una più compiuta ricostruzione in termini di disciplina, in particolar modo sottolineando la necessità di distinguere il piano delle vicende fondative ed esecutive della promessa di pagamento da quello riguardante l'esercizio del regresso nei confronti del cliente. Seppure, infatti, le fonti si premurino di precisare che l'ingresso autonomo – ovvero *invito vel ignorante debitore* – dell'*argentarius* come debitore *ex recepto*, e il conseguente pagamento al creditore, realizzassero una situazione conforme a diritto ed ai suoi principî generali (anche laddove il banchiere fosse intervenuto al di fuori di un invito del cliente, o addirittura contro la volontà di questi<sup>107</sup>), ciò non significa che al banchiere romano fosse automaticamente garantito il diritto di ottenere quanto prestato in adempimento della promessa così effettuata. Qualora il *receptum* fosse stato concluso contro l'espreso divieto del *dominus*, anzi, le fonti inducono a ritenere che il regresso a titolo di *negotiorum gestio* non sarebbe

<sup>106</sup> Il riferimento è alle teorie di Frezza, Petrucci e Fasolino esplicate *supra*, delle quali la nostra ipotesi non intende che essere un complemento.

<sup>107</sup> Si vedano, oltre al già citato (*supra*, nt. 69) D. 46.1.30 (Gai. 5 *ad ed.*), D. 46.3.53 (Gai. 5 *ad ed. Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere*), anch'esso tratto dall'originaria *sedes materiae* del *receptum argentarii* (*supra*, nt. 5); D. 3.5.38(39) (Gai. 3 *de verb. obl.*: *Solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum: quod autem alicui debetur, alius sine voluntate eius non potest iure exigere. Naturalis enim simul et civilis ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriore non posse*), del medesimo tenore, ma dettato in tema di *negotiorum gestio*.

stato consentito, seppure il pagamento risultasse obiettivamente utile<sup>108</sup> al debitore, che ne veniva liberato<sup>109</sup>. Nel caso in cui, invece, l'opposizione del cliente fosse intervenuta dopo l'assunzione del suo debito ad opera dell'*argentarius*, le soluzioni proposte dalla giurisprudenza variavano in base al giurista (e all'epoca) secondo quanto ampiamente illustrato, pur mantenendo come *trait-d'union* la finalità di tutelare il banchiere-gestore da esborsi non ripetibili.

Se si conviene con tali conclusioni, è significativo notare come – scavando nella miniera delle opinioni dei *prudentes* – possa pervenirsi non solo ad una migliore conoscenza del pensiero dei giuristi e dello stato e delle dinamiche del «movimento interno della giurisprudenza», ma anche ad una più completa comprensione degli istituti medesimi.

Michele Pedone  
Università di Pisa  
mi.pedone@gmail.com

<sup>108</sup> Sui rapporti tra *contemplatio domini* ed *utilitas* e in generale sulla questione della natura soggettiva o obiettiva dell'*utiliter gestum* v. Finazzi, *Ricerche* 2.1 cit. 501 ss., ed in specie 555 e ss.

<sup>109</sup> D. 17.1.53 (Pap. 9 *quaest.*): *Qui fide [alterutrius] <alterius> pro alio fideiussit praesente et non recusante, utrosque obligatos habet iure mandati: quod si pro invito vel ignorante alterius mandatum secutus fideiussit, eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi: nec me movet, quod pecunia fideiussoris reus liberetur: id enim contingit et si meo mandato pro alio solvas.*

Sulla ricostruzione del testo v. Mommsen, Krüger, *Digesta* 1 cit. 495 nt. 1; Behrends, Knütel, Kupisch, Seiler, *Corpus Iuris Civilis* 3 cit., 394; Schipani (a c. di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae* 3 cit. 273; e Finazzi (*Ricerche* 1 cit. 349), che per ragioni meramente stilistiche propone anche *utrumque obligatum* in vece di *utrosque obligatos*.

Sui rapporti tra il passo e D. 3.5.38(39) (appena citato in nt. 107) è da condividersi, con il sostegno della dottrina più recente (Seiler, *Der Tatbestand* cit., 90 nt. 27; Finazzi, *Ricerche* 2.1 cit. 565 nt. 199), l'opinione di G. Pacchioni (*Trattato della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano e civile*, Lanciano 1893, 670), per il quale «la L. 38 cit. dice soltanto che ogni terzo estraneo può validamente pagare i debiti altrui coll'effetto di estinguerli, anche *invito debitore*; nulla dice in riguardo all'azione di regresso del solvente contro il debitore». Sul punto v. anche, recentemente, Prado Rodríguez, *La solutio del tercero* cit. 242-256.

