

TESI DI DOTTORATO IN
«DIRITTO ROMANO E DIRITTI DELL'ANTICHITÀ»
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA – SAPIENZA UNIVERSITÀ DI ROMA
XXX CICLO

RICERCHE
SU CERTEZZA DEL DIRITTO E *BONAE FIDEI IUDICIA*.
FRA «CONOSCIBILITÀ» DELLO *IUS* E «PREVEDIBILITÀ»
DEGLI ESITI GIUDIZIALI (II SEC. A. C. – III SEC. D. C.)

DOTTORANDO
DOTT. ANTONIO ANGELOSANTO

TUTOR
PROF. ANDREA DI PORTO

INDICE

PREMESSA	1
-----------------------	---

CAPITOLO I

IL «PROBLEMA» DELLA CERTEZZA DEL DIRITTO IN ETÀ ROMANA

1. IL DIBATTITO ROMANISTICO E IL CONCETTO DI «CERTEZZA» DEL DIRITTO COME «CONOSCIBILITÀ» DEL SISTEMA.....	5
2. L'OPPOSIZIONE TRA «CERTEZZA-CONOSCIBILITÀ» DEL SISTEMA E «GIUSTIZIA» DEL CASO CONCRETO.....	10
3. «CERTEZZA-CONOSCIBILITÀ» DELLA LEGGE E «SICUREZZA» GARANTITA DALL'INTERPRETAZIONE.....	12
4. «SICUREZZA» GIURIDICA E <i>IUS CONTROVERSUM</i>	16
5. IL VALORE RELATIVO DI «CERTEZZA» E «SICUREZZA».....	18
6. QUADRO DI SINTESI E PROFILI DI INDAGINE PRESCELTI: «CERTEZZA» COME «CONOSCIBILITÀ» DEL DIRITTO E «SICUREZZA» COME «PREVEDIBILITÀ» DEGLI ESITI GIUDIZIALI.....	20

CAPITOLO II

LA CERTEZZA DEL DIRITTO NEGLI STUDI SUL «*LIBERUM OFFICIUM IUDICIS*» NEI *BONAE FIDEI IUDICIA*

1. SAVIGNY, WINDSCHEID E LA DESCRIZIONE DEI POTERI DEL GIUDICE NEI <i>BONAE FIDEI IUDICIA</i>	25
2. LE PROLUSIONI DI SCIALOJA DEL 1879 E DI FADDA DEL 1881. LA RICERCA DI UNA «SICUREZZA-PREVEDIBILITÀ» NEI <i>BONAE FIDEI IUDICIA</i>	30

A) L'«EQUILIBRIO» DI SCIALOJA.	30
B) LO «SPIRITO FEBBRILE» DI FADDA.	37
 3. DOPO FADDA E SCIALOJA: UNA PROGRESSIVA ATTENUAZIONE DELL'ISTANZA DI SICUREZZA GIURIDICA.....	41
 4. UN ALTERNATIVO PUNTO DI RIFERIMENTO PER IL RINNOVATO DIBATTITO ATTUALE: L'EQUILIBRIO INTUITO DA SCIALOJA.....	48

CAPITOLO III

«CONOSCIBILITÀ» DEL DIRITTO E *BONAE FIDEI IUDICIA* NELL'ETÀ DELLA GIURISPRUDENZA (II SEC. A. C. – III SEC. D. C.)

1. «CONOSCIBILITÀ» DELLA <i>LEX</i> E DELL' <i>EDICTUM PRAETORIS</i> IN CICERONE E POMPONIO.....	54
 2. IL RUOLO DEL GIURISTA NELLA «CONOSCIBILITÀ» DEL DIRITTO	58
A) RAPPORTO TRA «CERTEZZA» E PRINCIPIO « <i>IGNORANTIA IURIS NOCET</i> ». LO « <i>IUS FINITUM</i> » DI NERAZIO (D. 22, 6, 2).	58
B) L'ONERE DI CONSULTAZIONE DEI GIURECONSULTI A PARTIRE DA LABEONE (D. 22, 6, 9, 3).	65
C) GIURISTI E CONOSCIBILITÀ DELLO <i>IUS</i> TRA 'MODELLO' REPUBBLICANO E 'MODELLO' IMPERIALE.	72
 3. INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLA <i>FIDES BONA</i>	79
A) CONOSCIBILITÀ DIFFUSA DELLA <i>FIDES BONA</i> E DELLE ALTRE CLAUSOLE FORMULARI AFFINI.	79
B) CICERONE E LA TRADIZIONE GIURISPRUDENZIALE IN TEMA DI <i>FIDES BONA</i> (CIC. <i>TOP.</i> 17, 65-66).	81
C) NERAZIO E L'« <i>INTERPRETATIO BONAE FIDEI</i> » AFFIDATA AI GIURISTI (<i>LIBRO TERTIO MEMBRANARUM</i> IN D. 2, 14, 58).	86
D) IL TENTATIVO DI ASTRAZIONE IN SABINO (PAOLO <i>LIBRO SEXTO AD SABINUM</i> IN D. 17, 2, 38 PR.) E POMPONIO (D. 2, 14, 7, 6; D. 15, 1, 36 ET AL.). L'ESPRESSIONE « <i>IN OMNIBUS BONAE FIDEI IUDICIIS</i> ».	90

E) LE <i>USURAE EX OFFICIO IUDICIS</i> : UN POSSIBILE INTERVENTO IMPERIALE VOLTO A RENDERE PIÙ CERTA UNA DELLE «CONSEGUENZE» DEI <i>BONAE FIDEI IUDICIA</i> (PAPINIANO <i>LIBRO NONO QUAESTIONUM</i> IN D. 16, 3, 24).	95
--	----

CAPITOLO IV

IL POSSIBILE RUOLO DEL GIUDICE NEI *BONAE FIDEI IUDICIA* NEI CASI DI *IUS CONTROVERSUM*

1) <i>FIDES BONA</i> E <i>IUS CONTROVERSUM</i> : CONTROVERSE INTERPRETAZIONI DEL <i>TURPE</i> E DELL' <i>HONESTUM</i>	107
A) DIVERGENTI MODELLI DI <i>FIDES BONA</i> E DI <i>BONUS VIR</i>	107
B) UN <i>ARBITRIUM BONAE FIDEI</i> « <i>NOTUM SUIS TEMPORIBUS</i> » (CIC. <i>DE OFF.</i> 3, 16, 65-67; VAL. MAX. 8, 2, 1-2) NELL'AMBITO DI UNA NON UNIFORME PERCEZIONE DEL <i>TURPE</i> E DELL' <i>HONESTUM</i>	111
C) LE « <i>ANCIPITES</i> » («INCERTEZZE») DEI GIUDIZI CHE COINVOLGONO IL <i>TURPE</i> E L' <i>HONESTUM</i> NON CONDIVISI « <i>AB OMNIBUS</i> » (CIC. <i>INV.</i> 1, 20; VAL. MAX. 8, 1 <i>INIT.</i>).	126
2) LA « <i>MAGNA QUAESTIO</i> » SUI « <i>BONIS</i> » E SUL « <i>BENE AGI</i> » TESTIMONIATA DA CICERONE (CIC. <i>DE OFF.</i> 3, 17, 70): IL POSSIBILE RUOLO DELLO <i>IUDEX</i>	132

CAPITOLO V

«PREVEDIBILITÀ» DEGLI ESITI GIUDIZIALI E *BONAE FIDEI IUDICIA* NELL'ETÀ DEL PROCESSO FORMULARE (II SEC. A. C. – III SEC. D. C.)

1. «PREVEDIBILITÀ» DEGLI ESITI GIUDIZIALI E <i>CONCEPTA VERBA</i> DELLE <i>FORMULAE</i>	140
2. LA <i>FORMULA-IUDICIUM</i> GARANZIA DELLA PREVEDIBILITÀ PROCESSUALE.....	155
A) GIUDIZI « <i>SUB FORMULA</i> » E « <i>ARBITRIA EX AEQUO ET BONO</i> ».	155
B) LA <i>FORMULA-IUDICIUM</i> GARANZIA DELLE « <i>BONAE CAUSAE</i> » IN CUI «CONFIDARE» (CIC. <i>PRO ROSC. COM.</i> 11; SEN. <i>DE BEN.</i> 3, 7, 5).	176
C) PERIODO IPOTETICO ALTERNATIVO DELLA <i>FORMULA</i> E 'SILLOGISMO GIURIDICO' (« <i>SI PARET ... SI NON PARET</i> »; « <i>QUOD ... SI NON PARET</i> »).	181

3. LE ESIGENZE DELLA «PREVEDIBILITÀ» NELLA COSTRUZIONE DELLA <i>FORMULA-IUDICIUM</i> . IL CASO EMBLEMATICO DEI <i>BONAE FIDEI IUDICIA</i>	191
A) «PREVEDIBILITÀ» DEGLI ESITI GIUDIZIALI FRA <i>IUS CONTROVERSUM</i> E « <i>LIBERUM OFFICIUM IUDICIS</i> » NEI <i>BONAE FIDEI IUDICIA</i>	191
B) LE « <i>ADIECTIONES</i> » AL TESTO FORMULARE PER UNA MAGGIORE SICUREZZA DELLE PARTI (« <i>TUTTIUS EST</i> ») NEI CASI DI <i>IUS CONTROVERSUM</i>	192
C) LE <i>EXCEPTIONES DOLI</i> E <i>PACTI</i> RICHIESTE DAL CONVENUTO NEI <i>BONAE FIDEI IUDICIA</i> IN RAPPORTO AL <i>LIBERUM OFFICIUM IUDICIS</i>	206
D) L' <i>ACTIO PRAESCRIPTIS VERBIS</i> E LA SCELTA « <i>TUTTIUS</i> » («PIÙ SICURA») PER L'ATTORE NEI CASI DI «INCERTEZZA CONTRATTUALE».	229
CONSIDERAZIONI FINALI	236
INDICE DELLE FONTI	246

«La vita [...] è essenzialmente insicurezza. [...]
Siamo persino insicuri se domani continueremo ad esistere; ma
ancora più insicuri di ciò che succederà dei contenuti particolari
della nostra vita: salute, fortuna, successo, amore, dolore, piacere
... Per questo l'uomo ha bisogno che qualche dimensione della
sua vita sia sicura, di poter contare su di essa, per affrontare
partendo da essa, con brio, il problematico resto.
Questo era il diritto per i romani»

J. ORTEGA Y GASSET, *Una interpretazione della storia universale*,
Milano 1978 (trad. it.), p. 245

PREMESSA

L'ambito di indagine entro cui si inseriscono queste ricerche è rappresentato da un particolare periodo della storia giuridica di Roma: quello che va dal II sec. a. C. al III sec. d. C. e che dal punto di vista delle fonti del diritto privato viene comunemente contraddistinto con la locuzione «età della giurisprudenza»¹. Le ragioni di questa limitazione risiedono nell'oggetto specifico del presente studio, qui preso in esame sotto la particolare chiave di lettura della c.d. «certezza del diritto» e rappresentato dai *bonae fidei iudicia*, i quali per lo più si sviluppano e prendono compiutamente forma in questo arco temporale.

L'argomento oggetto della presente tesi di dottorato concerne, infatti, la problematica e spinosa questione della «certezza del diritto» nel sistema giuridico romano, vista sotto due profili: quello della «conoscibilità» (*sub cap. III*) e quello della «prevedibilità» degli esiti processuali (*sub cap. V*).

«Conoscibilità» del diritto e «prevedibilità» degli esiti giudiziari sono stati esaminati, in ciascuna delle relative sezioni, prima dal punto di vista generale e poi, in modo specifico, nell'ambito tutto particolare dei *bonae fidei iudicia*. I protagonisti delle vicende che interessano i due aspetti sono risultati essere – per la «conoscibilità» – i giureconsulti, principalmente nella loro attività rispondente e consulente, e – per la «prevedibilità» – il pretore, in modo particolare nella redazione, assieme alle parti, della concreta *formula-iudicium*.

Dopo una disamina dello stato dell'arte, sia sul generale «problema» della certezza del diritto in età romana (*sub cap. I*), sia sulla specifica incidenza che questo tema ha avuto sugli studi circa i *bonae fidei iudicia* (*sub cap. II*), mi sono dedicato preliminarmente al profilo della «conoscibilità» del «contenuto» del sistema giuridico in generale e, successivamente, del «contenuto» giuridico della «*ex fide bona*» formulare (*sub cap. III*)². Come si vedrà, queste ricerche prendono piede proprio dalla constatazione che la «conoscibilità» del «contenuto» del sistema giuridico nel suo insieme e, di conseguenza, in modo specifico della *fides bona* nell'ambito dei giudizi di buona fede, sia stata direttamente garantita dall'attività mediatrice dell'*interpretatio prudentium*.

¹ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*², Torino 2017, pp. 33 e ss.; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*³, Torino 2015, p. XV.

² Sulla differenza tra «contenuto» ed «esistenza» delle norme è doveroso prendere piede da L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, p. 576.

L'attuale ravvivata attenzione per il ruolo dello *iudex privatus* nel processo formulare – testimoniata da numerosi e recenti studi in materia³ – nonché il rinnovato dibattito in tema di «certezza» del diritto e «calcolabilità» giuridica, tanto negli studi sul diritto positivo⁴ quanto in riferimento all'esperienza giuridica di Roma⁵, mi hanno condotto ad approfondire, successivamente, le questioni attinenti alla «prevedibilità» degli esiti processuali, con particolare riguardo ai noti e accertati casi in cui lo *iudex* romano del processo *per formulas* viene tradizionalmente considerato maggiormente 'libero'.

Questi sono, seguendo direttamente le espressioni rinvenibili nelle fonti, in generale, i casi di *ius controversum* – dove al giudice è permesso seguire il parere giurisprudenziale che preferisce (esemplarmente, Gai. 1, 7: «*si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi*») – e, in modo specifico, il caso emblematico dei *bonae fidei iudicia* – dove l'«*officium iudicis*» viene detto «*liberum*» (Gai. 4, 63 e 114), nel senso che il giudicante è libero di esercitare un potere in quanto non espressamente («*nec aperte*») previsto nel dettato formulare.

I *bonae fidei iudicia*, in ragione delle loro caratteristiche peculiari che rendono *liber* il giudice, rappresentano il 'banco di prova' di entrambi i due profili attinenti alla «certezza del diritto», in modo particolare della «prevedibilità».

Infatti, ho infine associato questa generale incertezza legata agli «inconvenienti»⁶ dello *ius controversum*, anche nell'ambito dei *bonae fidei iudicia* (*sub cap. IV*), all'accertata libertà dello *iudex* nei giudizi di buona fede, espressa dal noto inciso gaiano «*in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis*» (Gai. 4, 114). Mi sono così soffermato sulla percezione che i Romani possano aver avuto, sotto questo profilo, della *conceptio verborum* delle *formulae-iudicia*, in particolare quando prospettata dai giureconsulti come «più sicura» («*tutius est*»), perché predeterminante una delle

³ L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, I-II-III, Padova 2012-2015; L. GAROFALO (a cura di), *Res indicata*, I-II, Napoli 2015; A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino 2016.

⁴ P. GROSSI, *Sull'odierna 'incertezza' del diritto*, in *Giustizia civile* 4, 2014, pp. 921 e ss., ora in *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015, pp. 51 e ss. (da cui per l'innanzi cito); N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. Dir. Proc.* 4, 2015, pp. 1115 e ss.; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016; A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna 2017.

⁵ La *Società Italiana di Storia del Diritto* ha organizzato presso l'Aula Magna della Facoltà di Giurisprudenza di Modena nei giorni 2, 3, e 4 dicembre 2010 un incontro di studio dal titolo *La certezza del diritto nell'esperienza storica e attuale*, con interventi, tra gli altri, di O. DILIBERTO e D. MANTOVANI, su cui si vedano gli atti-video telematici disponibili su <http://tv.unimore.it/index.php/archivio/video-societa/786-la-certezza-del-diritto-nellesperienza-storica-attuale>. Più di recente D. MANTOVANI è intervenuto con una relazione dal titolo *Sine lege certa, sine iure certo: ideologie romane e moderne sulla certezza del diritto* nell'ambito di un confronto sulla certezza del diritto, tenutosi tra studiosi di diverse discipline giuridiche, in occasione del convegno su *Le dimensioni della certezza del diritto* svoltosi presso l'Università di Milano-Bicocca il 9 giugno 2015.

⁶ E. STOLFI, *Citazioni e 'dissensiones prudentium' nella tradizione dei testi giurisprudenziali in età tardoantica. Alcune riflessioni*, in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, VI, Milano 2010, pp. 197 e ss.

molteplici e possibili strade che avrebbe invece liberamente potuto percorrere il giudicante (*sub cap. V*).

Queste due peculiari circostanze entro le quali poteva trovarsi lo *iudex* – la libertà di scelta di fronte allo *ius controversum*, in generale e nei giudizi *ex fide bona*, e la libertà di esercizio del suo *officium*, specificamente nei *bonae fidei iudicia* – quanto possono aver reso più incerte, e quindi più imprevedibili agli occhi delle parti processuali, le decisioni giudiziali? E, se così è stato, che tipo di soluzioni tecnico-giuridiche i giureconsulti possono aver consigliato di adottare?

Ho cercato prima di tutto di dare risposta a questi interrogativi, partendo dalla suggestione che l'esito di un giudizio può risultare maggiormente prevedibile se a guidarlo è un 'testo' che ne condizioni il ragionamento e lo sviluppo argomentativo⁷.

L'impostazione che emerge dalla dottrina che più di recente si è occupata del ruolo dello *iudex* nel processo formulare si fonda per lo più sul rapporto fra giudice e legge, nel senso della totale assenza di una soggezione del primo alla seconda⁸. Se ciò è assolutamente indiscutibile, non è scontata la conseguenza diretta di questa constatazione: e cioè la carenza di 'testi' pienamente capaci di guidare e veicolare la *sententia iudicis*, che così risulterebbe libera e incontrollata nel determinare gli esiti del giudizio.

Quale 'testo', allora, potrebbe esser stato utilizzato per veicolare, indirizzare, prevedere, rendere più certo e sicuro l'esito di un giudizio? Per l'esperienza processuale qui presa in considerazione, ho ritenuto di dover concentrare la mia attenzione esattamente su quel 'testo' che a questa tipologia processuale dava il nome: la *formula* del pretore.

Alcuni suggerimenti che in tal senso sono, anche se non compiutamente, già apparsi in dottrina⁹, mi hanno così spinto ad esaminare, da 'dentro il processo', la *conceptio verborum* delle *formulae-iudicia*, la quale sembra variare a seconda dell'esigenza, dettata in modo più o meno

⁷ Cfr., per tale suggestione, A. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit., pp. 119 e ss.

⁸ Su cui si vedano, da ultimi, L. LABRUNA, *Un tema «senza tempo»: il «difficile rapporto» tra il giudice e la legge. Qualche riflessione a proposito di un recente volume*, in A. PALMA (a cura di), *Civitas et civilitatis. Studi in onore di Francesco Guizzardi*, I, Torino 2013, pp. 453 e ss.; F. GALLO, *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, Torino 2014, *passim*; A. PALMA, *Legge e giudice, norma e regola*, in *BIDR* 109, 2015, pp. 19 e ss. = *Regulae iuris e categorie processuali*, in *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, cit., pp. 75 e ss. nonché *Note sulla autonomia e discrezionalità del giudicante: non liquet e denegatio actionis*, in *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, cit., pp. 95 e ss.

⁹ Per lo *ius controversum*, A. CORBINO, *Iudicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, in M. G. DI RENZO VILLATA, *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, Atti del convegno (Napoli, 18-20 ottobre 2001), Napoli 2003, pp. 155 e ss. Per il processo per *formulas*, C. A. CANNATA, «*Omnia iudicia absolutoria esse*», in *Rivista di Diritto Romano* 1, 2001, Atti del convegno «*Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*» in memoria di Arnaldo Biscardi (Siena, 13-15 dicembre 2001), p. 68.

evidente dai casi di *ius controversum* o dal *liberum officium* del giudice nei *bonae fidei iudicia*, di veicolare in modo più certo e prevedibile il risultato del processo.

Come si avrà modo di vedere, credo che ciò potrà autorizzarci ad ipotizzare, per la Roma dell'età della giurisprudenza, l'uso anziché di un «calcolo giuridico secondo la legge» o di un «calcolo giuridico secondo i precedenti»¹⁰, di un «calcolo giuridico secondo la *formula*», in quanto principale «momento di determinazione e definizione formale del diritto»¹¹.

¹⁰ N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit., pp. 17 e ss.

¹¹ Sono le illuminanti affermazioni di G. GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*⁴, Torino 1960, pp. 147 e ss. del capitolo «Struttura formulare e diritto privato», dove il Maestro torinese enfatizzava il valore e la posizione della *formula* «come momento di determinazione e definizione formale del diritto». La formula poneva «al giudice lo schema su cui deve giudicare» e per quest'ultimo essa «costituisce la determinazione formale del diritto, con riferimento alla sanzione, in rapporto al caso concreto sottoposto al suo giudizio» (p. 152). Cfr. S. SCHIPANI, *La nascita del modello di codice*, in *Roma e America* 27, 2009, p. 42.

CAPITOLO I

IL «PROBLEMA» DELLA CERTEZZA DEL DIRITTO IN ETÀ ROMANA

1. IL DIBATTITO ROMANISTICO E IL CONCETTO DI «CERTEZZA» DEL DIRITTO COME «CONOSCIBILITÀ» DEL SISTEMA

Il rapporto fra giustizia e certezza rappresenta, per i giuristi, il «problema dei problemi»¹².

Come è stato riconosciuto, il «pluralismo ideologico» dell'età contemporanea comporta una variegata percezione della 'giustizia' che incide in un certo qual modo sulla stessa concezione della 'certezza' del diritto¹³.

Gli studiosi del diritto romano¹⁴ – come gli altri giuristi contemporanei – hanno così dato prova di concepire in modo vario le nozioni di «certezza» e «sicurezza» del diritto in riferimento alla plurisecolare esperienza giuridica di Roma¹⁵.

Nella prima metà dell'800, in Germania, la nota polemica tra Thibaut e Savigny sulla codificazione investiva direttamente la problematica relativa alla «certezza» del diritto per gli ordinamenti giuridici dell'epoca e, di riflesso, anche per l'esperienza giuridica romana. Per

¹² A. BISCARDI, *Prologo*, in M. SARGENTI – G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 1; e poi ID., *Epilogo*, in M. SARGENTI – G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 248.

¹³ In riferimento al pensiero giuridico contemporaneo sulla certezza del diritto, ciò è affermato anche da G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli 2006, p. 16: «se è vero che questo è un tema che il giurista porta con sé nel corso dei secoli, è anche vero che il suo modo di intenderlo e di descriverlo, di risolverlo o anche di accantonarlo, è frutto non solo della sensibilità e della cultura del giurista, ma anche delle esigenze dei tempi».

¹⁴ L'argomento relativo alla «certezza» nell'esperienza giuridica di Roma, al di là dei contributi che di seguito saranno esaminati, è stato, ed è tutt'ora, oggetto di trattazione in via incidentale da parte di un numero molto vasto di romanisti, in particolare nelle opere istituzionali (*ex multis* M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, pp. 25, 32, 59, 301; A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*⁵, Napoli 1990, pp. 107 es ss., 126, 204 e ss., 488 e ss.; P. CERAMI – G. PURPURA, *Profilo storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, Torino 2007, pp. 277, 322, 340).

¹⁵ Come si vedrà molteplici sono stati i tentativi di ricostruzione dei plurimi significati attribuiti dalla dottrina contemporanea – civilistica e romanistica – ai concetti di «certezza» e «sicurezza». Per qualche tentativo di ricostruzione sistematica si veda E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, in *Atti del Convegno degli amici de "Il diritto dell'economia"* (Torino, 20-21 ottobre 1956), in *Il diritto dell'economia* 2.10, 1956, pp. 1203-1205; L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 567 e ss.; M. LONGO, *s.v. Certezza del diritto*, in *NNDI II*, Torino 1979, pp. 124 e ss.; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, cit., pp. 14 e ss.; G. COSSA, *Tra mitologia e concretezza: alcuni spunti storico-comparatistici in tema di certezza del diritto*, in *Il Merito*, 27 novembre 2015.

entrambi, le proprie posizioni – rispettivamente, a favore e contraria alla codificazione – soddisfacevano le medesime istanze di «certezza» e «sicurezza» giuridiche¹⁶.

Accanto all'espressione «certezza» – concetto fiorito nella stagione delle codificazioni e del giuspositivismo con un'accezione coinvolgente per lo più la «conoscibilità» della legge¹⁷ – tra

¹⁶ A. F. J. THIBAUT – F. C. VON SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione* (ed. a cura di G. MARINI, trad. it. a cura di M. PERETTI), Napoli 1982. B. ALBANESE, *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del diritto*, in *Jus* 10, 1959, pp. 431 e ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Palermo 1991, p. 178 (da cui per l'innanzi cito) vedeva nella celebre disputa tra Thibaut e Savigny «il riemergere in una nuova forma del dissidio perenne tra le ragioni della concretezza e le ragioni della certezza del diritto». Thibaut parlava di «*Klarheit und Gewißheit*» della codificazione («chiarezza e certezza», A. F. J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland* (Heidelberg 1814), Goldbach 1997, p. 17), che mancava invece al diritto romano in quanto la giurisprudenza faceva troppo uso di «un'equità sempre più incerta» («*immer mehr in eine schwankende Billigkeit*», A. F. J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*, cit., p. 19); Savigny, nonostante riconoscesse alla legislazione – sulla scorta dell'esempio romano – la capacità di eliminare alcune «incertezze» prodotte dal diritto consuetudinario («*Unbestimmtheitem*», F. C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Heidelberg 1814), Goldbach 1997, p. 17), affermava che solo il diritto scientifico fosse in grado di garantire una «sicurezza che non si trova altrove se non nella matematica» («*Sicherheit, wie sie sich sonst außer der Mathematik nicht findet*», F. C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, cit., p. 29). Per Thibaut invece è la «certezza» dei codici a comportare «sicurezza» a livello sociale: al contrario la confusa dottrina romanistica mina la «*Sicherheit des Bürgers*» («la sicurezza dei cittadini», A. F. J. THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*, cit., p. 23). C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, cit., p. 29 si spinse oltre anticipando – ma in realtà recuperando una linea di pensiero che aveva avuto una sua massima espressione già in G. W. VON LEIBNIZ, *Il nuovo metodo di apprendere ed insegnare la giurisprudenza*, Milano 2012 (trad. it. a cura di C. M. DE IULIIS) e su cui si veda la recente biografia di U. PAGALLO, *Leibniz: una breve biografia intellettuale*, Padova 2016 – il concetto weberiano di «calcolabilità giuridica» (M. WEBER, *Economia e società*, II, Milano 1974 (trad. it. a cura di P. ROSSI), pp. 270 e ss.) che l'autore del *Beruf* scorgeva nei ragionamenti della scienza giuridica: «*man kann ohne Uebertreibung sagen, daß sie mit ihren Begriffen rechnen*». Sulla «calcolabilità weberiana» si veda da ultimo N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto civile* 5, 2014, pp. 36 e ss., ora in *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 33 e ss. Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, pp. 536 e ss. e le riflessioni su «*Calcolo romano e ragione moderna*» di A. SCHIAVONE in *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994, pp. 276 e ss. e su *Calcolo, formalismo ed uguaglianza* in *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Bari 1984, pp. 44-45 e 66 e ss. spec. 73-74. Circa il diritto romano nelle riflessioni weberiane sul diritto, si veda da ultimo L. CAPOGROSSI-COLOGNESI, *Alle origini della specificità occidentale: il diritto romano nella riflessione weberiana sul diritto*, in *Index* 45, 2017, pp. 677 e ss.

¹⁷ Sul giuspositivismo si veda per tutti F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania* (trad. it. a cura di U. SANTARELLI – S.-A. FUSCO), II, Milano 1980, pp. 124-125 = *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1967 (2. Neubearbeitete Auflage 1957). È proprio nella seconda metà dell'ottocento che si manifesta la necessità per l'«ordine giuridico borghese [...] di un diritto civile certo» di cui si fa portavoce – come si vedrà *infra* cap. II § 2.A – Scialoja (M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja. Diritto romano e sistema nel tardo ottocento*, in *BIDR* 105, 2011, p. 14, n. 3, ora in *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino 2013, p. 2 n. 3 [da cui per l'innanzi cito]) ed è «nei paesi di *civil law*» che si consuma «il dramma del secolo XIX, [...] momento culminante dell'atteggiamento assolutistico» della legge e di un legislatore «affannato» a cercare di «controllare l'incertezza del processo» interpretativo (P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, pp. 7-8). Sul rapporto tra giuspositivismo ottocentesco e certezza del diritto si vedano – in un'accezione negativa – tra i tanti altri, P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., pp. 51 e ss.; N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., pp. 1115 e ss.; A. DE NITTO, *A proposito di certezza*, in *Il giurista e il diritto. Studi per Federico Spantigati*, Milano 2010; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, cit., *passim*; A. PALMA, *Giustizia e senso comune*, Torino 2006 e ora più diffusamente in *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, cit., *passim* spec. pp. 2 e ss., 19 e 87. In un'accezione positiva, N. IRTI,

il XIX e il XX secolo si veniva delineando l'uso di un nuovo termine – «sicurezza» – con un significato più largo e onnicomprensivo¹⁸.

Ne abbiamo una chiara testimonianza nei *Prinzipien* di Schulz¹⁹, il quale individuava nel più ampio principio della «Sicurezza» («*Sicherheit*») sia la «certezza» («*Genißheit*») che «nella lotta contro il torto» sia il diritto a prevalere, sia la «certezza del diritto esistente». Quest'ultimo concetto coinvolgeva, per lo studioso tedesco, da un lato, la «sicura riconoscibilità [«*Erkennbarkeit*»] dell'ordinamento giuridico» e, dall'altro, la «prevedibilità [«*Voraussehbarkeit*»] degli effetti giuridici» che possano scaturire da una determinata situazione di fatto²⁰.

Il più che noto 'squarcio' prodotto dall'opera di Lopez de Oñate²¹ nel 1942 inaugurò un nuovo filone di studi sulla «certezza» del diritto, anche in riferimento all'esperienza giuridica di Roma, stimolando così la rinascita di interessi per lo spinoso argomento, protratta senza soluzione di continuità sino ai giorni nostri²².

Un diritto incalcolabile, cit., *passim*; ID., *L'età della decodificazione*⁴, Milano 1999; N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Milano 1965, il quale, come è noto, ha tessuto un elogio alla certezza del diritto riconoscendone la qualità di «elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto» (N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 28, 1951, p. 150).

¹⁸ G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, cit., pp. 13-14. Tra «certezza» e «sicurezza» c'è una sfumatura di significato, che getta una luce chiarificatrice sulle intenzioni dei giuristi che si accostano al «problema»: «l'italiano *certezza* del diritto ha un connotato peculiare rispetto alla *sicurezza*, perché la certezza allude alla chiarezza nell'espressione [...] piuttosto che al significato di "schermo dai rischi"» tra cui si deve annoverare la «discrezionalità dell'interpretazione». Per Alpa questa varietà di termini e significati non si riscontra in altre lingue dove invece si evince l'utilizzo di un unico termine con un unico significato: «*Rechtsicherheit*» per il tedesco (si veda F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Leipzig 1934, pp. 162 e ss. = *I principi del diritto romano*, Firenze 1995 (trad. it. a cura di V. ARANGIO-RUIZ, ristampa anastatica Firenze 1946), pp. 206 e ss.) e «*sûreté juridique*» per il francese (si veda R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, II.1, Leipzig 1880, pp. 67 e ss. = *L'esprit du droit romain*, II, Bologna 2004 (trad. fr. a cura di O. DE MEULENAERE, ristampa anastatica Parigi 1886-1888), pp. 66 e ss.). Ma si veda, almeno per il tedesco, il differente uso di «sicurezza» («*Sicherheit*») e «certezza» («*Genißheit*») nel dibattito tra Savigny e Thibaut così come anche nei *Prinzipien* di Schulz.

¹⁹ F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, cit., p. 206 = *Prinzipien des römischen Rechts*, cit., p. 162.

²⁰ Affermava altresì che «per quel che riguarda la sicurezza del diritto nel secondo dei sensi sopra indicati [sub 2] è fra i tratti caratteristici del diritto romano l'importanza straordinariamente piccola che si dava a questa sicurezza» (F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, cit., p. 210 = *Prinzipien des römischen Rechts*, cit., p. 165). Per l'autore dei *Prinzipien*, dato che la sicurezza del diritto nel primo senso [sub 1] «dipende essenzialmente dal vedere se lo Stato garantisca in maniera sufficiente la tutela giurisdizionale» (F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, cit., p. 207 = *Prinzipien des römischen Rechts*, cit., p. 165), essa nella storia giuridica romana si è manifestata attraverso il controllo delle qualificazioni personali – sociali e culturali, ma non giuridiche – delle persone preposte all'amministrazione della giustizia – magistrati e giudici – e attraverso la a di regole sul processo, circa le spese processuali e la durata dei giudizi.

²¹ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma 1942 (ristampa postuma 1950 e seconda edizione ampliata 1968), su cui vedi *infra* le recensioni e prefazioni. Le parole dedicate dall'autore al diritto romano sono scarsissime (solo a p. 47 dell'edizione del 1968: «estremamente fugaci», come ha rilevato anche E. STOLFI, *Citazioni e 'dissensiones prudentium' nella tradizione dei testi giurisprudenziali in età tardoantica. Alcune riflessioni*, in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, VI, Milano 2010, p. 215 n. 65).

²² In uno dei convegni della *Società Italiana di Storia del Diritto* tenutosi presso l'Aula Magna della Facoltà di Giurisprudenza di Modena i giorni 2, 3, e 4 dicembre 2010 si è parlato de *La certezza del diritto nell'esperienza storica e attuale*, tra gli altri, con O. DILIBERTO e D. MANTOVANI, su cui si vedano gli atti-

Da subito il dibattito romanistico si è incentrato per lo più sulla possibilità di rintracciare nel sistema giuridico romano (in particolare di *ius privatum*)²³ la «certezza» del diritto nel senso di una «conoscibilità» delle norme giuridiche, abbandonando il tentativo di Schulz di individuare nel concetto di «*Sicherheit*» una categoria unitaria che comprendesse i due poli complementari della questione: la «conoscibilità» del diritto esistente e la «prevedibilità» nell'applicazione delle conseguenze giuridiche alle proprie azioni.

video telematici disponibili su <http://tv.unimore.it/index.php/archivio/video-societa/786-la-certezza-del-diritto-nellesperienza-storica-attuale>. Più di recente D. MANTOVANI è intervenuto con una relazione dal titolo *Sine lege certa, sine iure certo: ideologie romane e moderne sulla certezza del diritto* nell'ambito di un confronto sulla certezza del diritto, tenutosi tra studiosi di diverse discipline giuridiche, in occasione del convegno su *Le dimensioni della certezza del diritto* svoltosi presso l'Università di Milano-Bicocca il 9 giugno 2015 (tra i tanti altri anche C. FARALLI, *Certezza del diritto, prevedibilità o diritto alla certezza? Dall'illuminismo all'età della decodificazione* e C. LUZZATI, *Certezza del diritto, vaghezza delle norme e linguaggio giuridico: l'interpretazione e la funzione nomofilattica dei giudici supremi*, per la filosofia del diritto; A. PADOA SCHIOPPA, *Evoluzione storica di alcuni strumenti della certezza del diritto: codici, costituzioni, funzione nomofilattica del giudice*, per la storia del diritto italiano). Da ultimo (Roma, 23 giugno 2016) si è svolto presso l'Accademia dei Lincei un convegno sulla *Calcolabilità giuridica* organizzato da N. IRTI e a cui hanno aderito, tra gli altri, G. ALPA (*Note sulla calcolabilità nel diritto nordamericano*), G. DE NOVA (*Lo stato di informazione circa le future sentenze giudiziarie*), A. DI PORTO (*Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*) e V. ONIDA (*Calcolo giuridico e tutela dell'affidamento*) – di cui si vedano ora gli atti in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit., *passim* – a coronamento di una serie di scritti e riflessioni dell'organizzatore sul tema, densi di spunti e suggestioni (anche romanistiche): tra cui N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, cit., pp. 36 e ss.; ID., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Proc.* 1, 2014, pp. 43 e ss.; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Rivista di diritto civile* 1, 2015, pp. 11 e ss.; ID., *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. Dir. Proc.* 1, 2015, pp. 17 e ss.; ID., *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Rivista delle società* 5, 2015, pp. 801 e ss. (ora tutti in N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., *passim*). Infine, proprio nei giorni precedenti al licenziamento del mio lavoro, la «certezza» del diritto e la «variabile prevedibilità» delle decisioni giudiziali sono state i *Leitmotive* del convegno di presentazione del volume *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano di Antonio Palma (Legge e giudice. Norma e regola del giudizio*, 25 gennaio 2018 Roma), a cui hanno preso parte – oltre ad insigni studiosi romanisti e non solo (Oliviero Diliberto, Aldo Schiavone ed Enrico del Prato) – anche autorevoli rappresentanti della magistratura italiana (Giovanni Canzio, Arturo Martucci di Scarfizzi e Filippo Patroni Griffi; con le conclusioni del Sottosegretario di Stato presso il Ministero della Giustizia Cosimo Maria Ferri). Per una ricognizione storica della «certezza» del diritto nella dottrina civilistica contemporanea si vedano le voci enciclopediche di L. GIANFORMAGGIO, *s.v. Certezza del diritto*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civ.* II, Torino 1995 (rist. 1988), pp. 274 e ss.; M. CORSALE, *s.v. Certezza del diritto. Profili teorici*, in *Enc. Giur.* VI, Roma 1988, pp. 274 e ss.; M. LONGO, *s.v. Certezza del diritto*, cit., pp. 124 e ss.; S. PUGLIATTI, *s.v. Conoscenza*, in *ED IX*, Milano 1961, pp. 56 e ss. e gli scritti recenti di G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, cit., pp. 1 e ss. e N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., pp. 1115 e ss. Una valida disamina della questione «certezza/prevedibilità» è stata condotta – dal punto di vista del filosofo del diritto – da ultima da C. CARIA, *Certezza del diritto e prevedibilità. Una riflessione sul tema*, in *Diritto@Storia* 14, 2016. Si veda anche l'utilissimo volume di C. NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo novecento*, Milano 2012.

²³ Per alcune riflessioni sulla certezza del diritto nell'ambito dello *ius publicum*, si vedano, per il diritto criminale, F. BARBERIS, *Legislazione sillana e certezza del diritto*, in M. SARGENTI – G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 179 e ss. e C. VENTURINI, *Quaestiones sillane e certezza del diritto: una precisazione*, in M. SARGENTI – G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 233 e ss. Sulla «certezza» nell'ambito del diritto augurale si veda P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, I, Torino 1960, pp. 379 e ss. Profili giuridico-religiosi anche in O. SACCHI, *Religione e legge in Roma tardo repubblicana dal 'ritus' alla 'certa lex'*, in *Ius Antiquum* 26, 2013, pp. 38 e ss.

Nel secondo dopoguerra, nell'ambito di un dibattito sugli ordinamenti contemporanei, Grosso, riaprendo le riflessioni giusromanistiche sul tema e concentrandosi sul profilo della «conoscibilità», ribadì la netta contrapposizione – che si andò consolidando successivamente in letteratura – tra i diritti «basati su uno sviluppo essenzialmente consuetudinario» con «pluralità di fonti» – quale fu il sistema giuridico romano – e i diritti – dell'età contemporanea – dove «domina» invece la legge quale «fonte di cui i teorici vantano sempre la priorità sulle altre, proprio nel senso di assicurare la certezza del diritto»²⁴. Per i primi, e quindi per il diritto romano, il «caos dell'incertezza del diritto», la «crisi nella certezza del diritto» – secondo il Maestro torinese – non si era manifestata sotto questo profilo, o almeno non aveva assunto una forma così «acuta» come nell'età contemporanea²⁵.

²⁴ G. GROSSO, *Intervento di chiusura*, in *Atti del Convegno degli amici de "Il diritto dell'economia"* (Torino, 20-21 ottobre 1956), in *Il diritto dell'economia* 2.10, 1956, pp. 1319-1320, che ritenne inoltre non corretto paragonare il numero delle leggi romane con quello delle leggi contemporanee, in quanto il sistema romano non riconobbe l'idea della legge come «unica fonte» del diritto. Per lo scarso, o comunque marginale, valore che appare avere la legislazione nello sviluppo dello *ius civile* si vedano G. ROTONDI, *Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato*, in *Il Filangieri* 35, 1910, pp. 641 e ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Milano 1922, pp. 1 e ss.; ID., *Leges publicae populi Romani. Elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, cit., p. 100 n. 2; F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, cit., pp. 5 e ss. = *Prinzipien des römischen Rechts*, cit., pp. 4 e ss. In riferimento specifico alla certezza del diritto anche F. DE MARTINO, *Certezza del diritto in Roma antica*, in *Fondamenti* 12, 1988, p. 13; *Contra* da ultimo D. MANTOVANI, *Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi*, in J.-L. FERRARY (a cura di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 707 e ss.

²⁵ G. GROSSO, *Intervento di chiusura*, cit., pp. 1319-1320. Grosso – da quello che mi risulta – è stato il primo giusromanista a esprimere la propria opinione sulla certezza del diritto dopo la pubblicazione dell'opera di Lopez de Oñate, proprio nell'ambito di un convegno-dibattito che fu invitato a presiedere e a cui partecipò assieme ad alcuni tra i principali studiosi del diritto dell'epoca (tra i tanti altri, Francesco Carnelutti, Tullio Ascarelli, Francesco Santoro Passarelli, Enrico Allorio). Il preside e professore di diritto romano della Facoltà di Giurisprudenza di Torino fu stimolato a intervenire con una relazione di sintesi sull'argomento anche in risposta agli accenni al diritto romano che i «non esperti» del settore avevano incluso nei propri interventi (cfr. F. CARNELUTTI, *Certezza, autonomia, libertà diritto (discorso introduttivo)*, in *Atti del Convegno degli amici de "Il diritto dell'economia"* (Torino, 20-21 ottobre 1956), in *Il diritto dell'economia* 2.10, 1956, p. 1187). Oltre all'intervento di chiusura riportato negli *Atti del Convegno degli amici de "Il diritto dell'economia"* (Torino, 20-21 ottobre 1956), in *Il diritto dell'economia* 2.10, 1956, pp. 1316 e ss., si veda anche la cronaca del convegno a cura dello stesso G. GROSSO, *Il convegno degli amici de "Il diritto dell'economia". Impressioni e riflessioni*, in *Il diritto dell'economia* 2.9, 1956, pp. 1056-1061, ora in *Scritti storici giuridici*, I, *Storia diritto e società*, Torino 2000, pp. 369 e ss.

2. L'OPPOSIZIONE TRA «CERTEZZA-CONOSCIBILITÀ» DEL SISTEMA E «GIUSTIZIA» DEL CASO CONCRETO

L'accezione della «certezza» del diritto incentrata sull'idea della «conoscibilità» del sistema, definitivamente affermata alla metà degli anni cinquanta dello scorso secolo, portò di contro ad enfatizzare come connotato prevalente della plurisecolare storia giuridica di Roma l'esigenza di giustizia sostanziale nel caso concreto rispetto all'istanza di «certezza-conoscibilità» del sistema.

In tal senso, sul finire degli anni cinquanta e l'inizio dei sessanta, Maschi spostava il dibattito romanistico sull'irriducibile opposizione tra certezza e giustizia. Esprimendo un'idea di «certezza» del diritto decisamente diversa rispetto a quella prospettata da Schulz e definendo addirittura «falsa [...] nella valutazione della prospettiva romana» la sua nozione di «sicurezza», affermava che il diritto romano classico «nell'orbita del *iudicium privatum*» non avesse conosciuto la «certezza del diritto in senso formalistico» ma solo in senso «sostanziale». Ciò stava a significare – per Maschi – innanzitutto la garanzia per il *civis* che dal magistrato e dal giudice fossero applicati principi di giustizia sostanziale, quali furono anche e soprattutto l'*aequitas* e la *bona fides*, che in giudizio venisse attuato e perseguito l'*aequum et bonum* e che il diritto non fosse applicato formalisticamente²⁶. Maschi arrivava così a concludere che quella romana più che essere «certezza del diritto» era in realtà una «certezza della giustizia» e che, in ragione della aderenza del diritto alla *iustitia* e al *bonum et aequum*, nella concezione romana non vi era «né un'antitesi né una frattura fra certezza del diritto e certezza della giustizia»²⁷.

²⁶ Vedi i tre contributi di A. MASCHI, *Certezza del diritto nel diritto romano e nel pensiero contemporaneo*, in *Jus* 10, 1959, pp. 32-38; ID., *Considerazioni sulla certezza del diritto*, in *Scritti giuridici in onore di M. Cavalieri*, Padova 1960, pp. 147-153; ID., *Certezza del diritto e potere discrezionale del magistrato nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano 1962, pp. 411-449. Per Maschi, chi agiva «conforme alla *bona fides*» aveva «la certezza che il suo comportamento» avrebbe ricevuto «tutela ad opera del magistrato» (A. MASCHI, *Considerazioni sulla certezza del diritto*, cit., p. 152; con le stesse parole in ID., *Certezza del diritto e potere discrezionale del magistrato nel diritto romano*, cit., p. 441).

²⁷ ID., *Certezza del diritto e potere discrezionale del magistrato nel diritto romano*, cit., pp. 445-446. F. CARNELUTTI, nella recensione a *La certezza del diritto* di Lopez de Oñate (pubblicata in *Rivista di diritto civile* 20, 1943, pp. 81 e ss. e ora consultabile nella seconda edizione ampliata dell'opera di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*² (a cura di G. ASTUTI), Milano 1968, pp. 193 e ss.), dava per primo risalto al «dramma» espresso dall'«irriducibile contrasto tra la giustizia e la certezza». Questo problema fu considerato «fondamentale» anche da G. CAPOGRASSI nella *Prefazione a F. LOPEZ DE OÑATE, La certezza del diritto*, Roma 1950, p. 11. C. A. MASCHI, *Certezza del diritto e potere discrezionale del magistrato nel diritto romano*, cit., p. 446, citando la suddetta recensione di Carnelutti, sembra abbia cercato di dare una risposta – tenuto conto dell'esperienza romana – all'opposizione tra giustizia e certezza: per il diritto romano questa contrapposizione è risolta nella sintesi espressa dal sintagma, coniato da Maschi, «certezza della giustizia» che, si badi, non è la «giustizia della certezza» esaltata invece da Lopez de Oñate. La prospettiva di Maschi non sembra esser stata riconosciuta da altri giusromanisti, come B. ALBANESE, *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del diritto*, cit., pp. 169 e ss. (che parlava anzi di «immenso problema» del «costante contrasto» tra «certezza e concretezza» entrambi frutto di esigenze di giustizia); A.

Negli stessi anni Albanese – muovendosi dall’ormai consolidata concezione di «certezza» come «conoscibilità» – non riusciva a rintracciare un’analoga sintesi risolutiva del contrasto certezza-giustizia. E anzi riconduceva a una duplice esigenza di giustizia sia l’ideale di «certezza» che quello di «concretezza»²⁸, intesa come giustizia nel caso concreto: per Albanese, furono questi gli ideali in «perenne e ineliminabile contrasto tra loro» anche nella storia del diritto di Roma. Qui, questo dissidio – che si è manifestato in qualsiasi «esperienza giuridica che si sia realizzata sul piano storico, sotto qualunque cielo ed in qualsiasi tempo»²⁹ – ha investito molteplici problemi della scienza giuridica: dalla dialettica perenne tra diritto positivo e diritto naturale al celebre contrasto tra diritto ed equità, dal radicale dissidio tra diritto scritto e non scritto a quello tra consuetudine e legge³⁰.

BISCARDI, *Prologo*, cit., pp. 1-2 (che descriveva il «problema» della certezza del diritto definendolo il «problema dei problemi» in quanto riguardante «il rapporto fra diritto e giustizia» tra i quali intercorre una «certa incompatibilità») e A. BURDESE, *La certezza del diritto nell’esperienza di Roma antica*, ora in *Miscellanea romanistica*, Madrid 1994, p. 11 (che definiva «instabile» l’«equilibrio tra certezza ed equità»).

²⁸ B. ALBANESE, *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del diritto*, cit., pp. 179-182: «il dissidio radicale tra la giustizia-certezza e la giustizia-concretezza del diritto». L’«anima del diritto» è la giustizia ma «è un’anima spesso divisa tra l’esigenza di certezza e quella di concretezza»: optare per uno o per l’altro rappresenta una «scelta di giustizia contro giustizia». Per Albanese queste due espressioni della giustizia devono coesistere contemporaneamente per evitare che la prima sfoci in cieco conservatorismo e la seconda in cieco eversismo. Sui rapporti tra *aequitas* e certezza del diritto si veda anche, più di recente, A. IACCARINO, *L’equità come schema interpretativo dell’esperienza giuridica: dal diritto romano un rimedio ai problemi della complessità del reale*, in *Apollinaris* 79, 2006, pp. 621 e ss. il quale individua nell’operato dei giuristi e nella redazione dell’editto pretorio gli strumenti posti a garanzia della certezza.

²⁹ B. ALBANESE, *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del diritto*, cit., p. 170.

³⁰ B. ALBANESE, *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del diritto*, cit., p. 174.

3. «CERTEZZA-CONOSCIBILITÀ» DELLA LEGGE E «SICUREZZA» GARANTITA DALL'INTERPRETAZIONE

Con Burdese – recensore sul finire degli anni ottanta degli atti pavesi su *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*³¹ – riemergeva invece il concetto giuridico di «sicurezza» connesso ai momenti interpretativo e applicativo del diritto, in opposizione alla stessa «certezza» del diritto, da rintracciare, per quest'ultimo, nella conoscibilità della legge: i vari aspetti attraverso i quali è possibile osservare la «certezza» del diritto ruotavano – per Burdese – tutti intorno a una «certezza formale» del diritto stesso, ma si discostavano da quella che definiva «sicurezza sostanziale» del diritto, ovvero sia da una sua «rispondenza a criteri di giustizia»³². La «certezza formale» – «nel senso di mera conoscibilità» della norma (parzialmente attuata «sino a tutta l'età classica» solo dalla legge delle XII Tavole³³ e dall'interpretazione collegiale e sincronica del diritto ad opera dei pontefici e solo sporadicamente ricercata nel corso degli ultimi secoli della repubblica) – non risulta essere di «precipua preoccupazione» del sistema giuridico romano nel suo complesso³⁴. Per Burdese invece, fu «l'esigenza sostanziale di sicurezza» a realizzarsi, anche per tutta l'età del principato, in ragione del fondamento essenzialmente giurisprudenziale del diritto, esplicantesi nella costante ricerca di un'interpretazione «il più possibilmente equa» della norma nel caso concreto.

Su simili posizioni si collocava – grosso modo negli stessi anni – anche De Martino, il quale individuava, in riferimento all'esperienza romana, due aspetti della «certezza» del diritto: uno

³¹ A. BURDESE, *Recensione a M. SARGENTI – G. LURASCHI (a cura di), La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, cit., in *SDHI* 54, 1988, pp. 420 e ss., ora in *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, I, Padova 2009, pp. 654 e ss. (da cui per l'innanzi cito), dove anticipa le riflessioni che saranno compiutamente esposte in A. BURDESE, *La certezza del diritto nell'esperienza di Roma antica*, cit., pp. 1 e ss. Vedi anche la recensione di F. MERCOGLIANO, *La certezza del diritto nell'antica Roma*, in *Index* 16, 1988, pp. 417 e ss.

³² A. BURDESE, *La certezza del diritto nell'esperienza di Roma antica*, cit., pp. 2-3.

³³ Cfr. sul rapporto tra XII Tavole e certezza del diritto F. SERRAO, *s.v. Legge (diritto romano)*, in *ED XXIII*, Milano 1973, pp. 804-805: «il primo ed unico fenomeno di codificazione di *ius* già esistente, nonché di nuove norme fondamentali per l'ordinamento della *civitas*, verificatosi in tutta l'epoca repubblicana, è il prodotto della lotta plebea diretta [...] ad ottenere la certezza del diritto». Sulla pubblicazione delle XII Tavole quale spinta plebea, si vedano le conclusioni di O. DILIBERTO nel suo intervento sul diritto arcaico – leggi regie e legge delle XII Tavole – al convegno *La certezza del diritto nell'esperienza storica e attuale* (Modena, 2-3-4 dicembre 2010), il quale ha ritenuto possibile affermare che «l'idea, l'esigenza di fissare una volta per tutte un testo di legge rendendolo in questo modo anche conoscibile fosse un'esperienza nota anche ai Romani dell'età più antica», nonostante non si possa parlare di certezza del diritto così come noi la concepiamo dal '600 in poi (<http://tv.unimore.it/index.php/archivio/video-societa/786-la-certezza-del-diritto-nellesperienza-storica-attuale>).

³⁴ A. BURDESE, *La certezza del diritto nell'esperienza di Roma antica*, cit., p. 9. Così già in A. BURDESE, *Recensione a M. SARGENTI – G. LURASCHI (a cura di), La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 660.

legato alla «certezza testuale», l'altro all'«interpretazione»³⁵. Fu questa «antinomia» tra certezza del legislatore e «creatività» dell'interprete a far sorgere nella secolare esperienza romana le note tendenze politico-sociali alle codificazioni³⁶, a partire dalla redazione decemvirale delle XII Tavole sino ai tentativi incompiuti di Pompeo e Cesare (Isid. *orig.* 5, 1, 5; Plut. *Caes.* 58; Svet. *Div. Iul.* 44, 2), passando per lo *ius respondendi ex auctoritate principis* di Augusto e la 'codificazione' dell'editto per mano di Adriano, per giungere, in fine, alle raccolte private di costituzioni imperiali dei codici Gregoriano ed Ermogeniano³⁷ e, per ultime, alle compilazioni ufficiali di Teodosio e Giustiniano³⁸.

³⁵ Il primo profilo poté essere assicurato dalla «redazione scritta», il secondo dal «grado di semplicità» del testo stesso (F. DE MARTINO, *Certezza del diritto in Roma antica*, cit., pp. 15-16). All'interno di questa cornice – sulla base del presupposto però che «la legge scritta fu raramente usata per regolare rapporti di diritto privato» (F. DE MARTINO, *Certezza del diritto in Roma antica*, cit., pp. 13 e 17) – attribuiva alle due principali fonti di sviluppo dello *ius civile* – editto del pretore e giurisprudenza – un'«antinomia tra creatività e certezza», rappresentata dall'oscillazione tra la pubblicazione preventiva dell'editto, che accoglieva ad un tempo l'opera creativa dei giuristi, e il vasto potere discrezionale del magistrato nell'esercizio della *iurisdictio* annuale (*denegatio actionis, decretum, formulae in factum, exceptio*). Riconoscendo valore alle tesi, che vedremo a breve, di L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 27 – seppure condividendo le riserve espresse sul punto da M. BRETONI, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli 1984, pp. 330-331 – sulla «tradizione» quale fattore di certezza di un diritto a formazione giurisprudenziale, incideva sul sistema delle fonti romane, dove la giurisprudenza e l'editto del pretore primeggiavano sulla legge: dopo la 'liberalizzazione' dell'attività interpretativa, per De Martino, tutti furono in grado di leggere le opere dei giuristi e i loro responsi iniziarono ad esser «dati pubblicamente»; e in seguito al consolidarsi dello *ius praetorium*, l'editto del pretore fu «pubblicato anno per anno» rendendosi sostanzialmente «alla portata di tutti» (F. DE MARTINO, *Certezza del diritto in Roma antica*, cit., p. 15). Ma precisava: «che nell'antica Roma il cittadino fosse in grado di conoscere il diritto in modo semplice [...] sarebbe arduo dirlo. La giurisprudenza era pur sempre un'attività riservata ad esponenti delle classi dirigenti, un privilegio di fatto dell'aristocrazia politica che governava lo Stato».

³⁶ Cfr. su questo E. GABBA, *Tendenze all'unificazione normativa nel diritto pubblico tardo-repubblicano*, in M. SARGENTI – G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 169 e ss.

³⁷ Su cui già M. BRETONI, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², cit., p. 45: «[...] rendere stabile il diritto significa garantirne la certezza [...]».

³⁸ Su cui si vedano G. NOCERA, *Sul significato del normativismo e delle codificazioni nell'esperienza giuridica romana*, in M. SARGENTI – G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 5 e ss. spec. 43 e ss.; G. G. ARCHI, *Le codificazioni postclassiche*, in M. SARGENTI – G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 149 e ss.; G. NICOSIA, *Vindex e manus iniectio nelle XII Tavole. Editti giurisdizionali e ius. Concezione giurisdizionale del diritto e compilazioni postclassiche. Alcune precisazioni*, in M. SARGENTI – G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 203 e ss.; A. BISCARDI, *Nuovi spunti sulle fonti del diritto nell'età del tardo Impero*, in *Labeo* 38, 1992, pp. 339 e ss.; G. L. FALCHI, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-533) e la codificazione di *leges* e *iura**, in *SDHI* 59, 1993, pp. 1 e ss. Anche per A. BURDESE, *La certezza del diritto nell'esperienza di Roma antica*, cit., p. 10, è «solo con l'età postclassica» che, scomparsa la giurisprudenza e lo *iudex* privato, che si erano impegnati ad armonizzare l'applicazione equitativa del diritto, e sopravvenuta l'irreperibilità e l'incomprendibilità delle fonti di cognizione del diritto, «è sentito come primario il problema della certezza anzitutto formale del medesimo, che conduce alle compilazioni di *iura* e *leges*, dapprima per iniziativa privata e poi anche ufficiale, sino a quelle giustiniane». Sul valore della certezza giuridica insito nella compilazione giustiniana si veda anche F. GALLO, *La codificazione giustiniana*, in *Index* 44, 1986, pp. 33 e ss. Sulla 'codificazione' nel sistema giuridico romano, anche sotto il profilo della «certezza», si veda S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*³, Torino 2011, pp. 3 e ss. e ID., *La nascita del modello di codice*, cit., pp. 35 e ss.

Il rapporto tra «certezza» della legge e «sicurezza» garantita dall'interpretazione giurisprudenziale era già stato affrontato dal giusromanista e filosofo del diritto Lombardi, il quale, nel suo noto *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, provava a individuare le modalità attraverso le quali un diritto a formazione giurisprudenziale – quale fu essenzialmente il diritto romano nell'età della giurisprudenza – potesse comunque garantire un certo grado di «certezza» del diritto. Lombardi precisava la nozione di «certezza» sulla base dei concetti di «conoscibilità» e «prevedibilità»³⁹: la certezza del diritto, nel senso di «conoscibilità della norma generale» o «prevedibilità della norma giurisdizionale individuale», può riguardare l'«esistenza» o il «contenuto» della norma stessa. Questa distinzione permetteva di trarre delle conseguenze non di poco conto: il diritto non giurisprudenziale – che Lombardi chiamava «diritto legale» – può essere certo in punto di «esistenza»⁴⁰ ma mai pienamente in punto di «contenuto»⁴¹: è sempre l'interpretazione giurisprudenziale a rendere più sicuro il contenuto anche delle norme

³⁹ L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 567 e ss. prendeva in considerazione quattro significati fondamentali della «certezza»: 1) certezza come «sicurezza» quale interesse che il diritto stesso è in grado di soddisfare per il solo fatto di esistere; 2) certezza come «inviolabilità» delle situazioni soggettive protette (ad es. irretroattività delle leggi, protezione dei diritti quesiti etc.); 3) certezza come «conoscibilità» e «prevedibilità» della norma generale e della norma giurisdizionale individuale; 4) certezza come «stabilità» del diritto nel tempo. Nel confronto tra il «diritto giurisprudenziale» e il «diritto legale», quanto a «sicurezza» (*sub* 1) e «inviolabilità» (*sub* 2), per lo studioso, il diritto giurisprudenziale «non offre migliori garanzie del diritto legale». Invece per quanto riguarda la «conoscibilità e prevedibilità» (*sub* 3) il diritto legale prevale – «di regola» – sul piano dell'«esistenza», il diritto giurisprudenziale – «di regola» – sul piano del «contenuto». Prevale invece per Lombardi il diritto a formazione giurisprudenziale anche in termini di «stabilità» (*sub* 4). Per una sintesi L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 588 e ss.

⁴⁰ L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 576: «per quanto riguarda, infatti, il contenuto della norma, la forma legale non offre, di per sé, assolutamente alcuna garanzia: la legge può essere equivoca, contraddittoria [...]». «Precetti come quelli di comportarsi 'secondo buona fede', o addirittura 'bene' [...] possono essere resi positivi nel più formale e autoritativo dei modi senza che con ciò il diritto sia certo» (p. 574). Si tratta dei c. d. «concetti valvola» (i «*Ventilbegriffe*» di K. G. WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien 1904, pp. 83-93) – di cui «l'esempio principe è il concetto di buona fede» – dove «l'alone di indeterminatezza che circonda il centro semantico delle parole legali è particolarmente ampio» (p. 247). «Chi – continua Lombardi – se non il giurista di professione, può formulare norme univoche, coerenti, certe insomma nel contenuto?» (p. 577). Anche E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, cit., pp. 1203-1204 distingueva tra «certezza di vigenza» e «certezza di significato» che si avvicinano – come riconosce lo stesso L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 577 n. 86 – alla «certezza di esistenza» e alla «certezza di contenuto» dell'autore, per il quale la prima riguarda il momento della statuizione della norma generale, la seconda il suo momento interpretativo e applicativo, su cui si fonda la «norma giurisdizionale individuale».

⁴¹ Lo stesso autore, in un'altra opera di qualche anno prima – quando ancora non si era concluso il suo 'passaggio' alla filosofia del diritto – e con particolare riferimento al diritto romano e alla *fides bona*, calava nel vivo dell'esperienza dei *bonae fidei iudicia* romani i concetti di «esistenza» e «contenuto» delle norme giuridiche: associava infatti il concetto giuridico-filosofico di «esistenza» a quello strettamente giuridico di «fondamento» dell'*oportere* («*Grunds*»), da non confondersi con il concetto di «essenza» (e quindi di «contenuto») dell'*ex fide bona* quale «misura» dell'*oportere* stesso («*Maßstab*»), «criterio valutativo affidato all'arbitro-giudice» (L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano 1961, pp. 184 e ss. spec. 193. *Contra* G. GROSSO, *Recensione a L. LOMBARDI, Dalla fides alla bona fides*, cit., in *BIDR* 65, 1962, pp. 289 e ss.).

giuridiche «legali»⁴². Il maggior grado di sicurezza che Lombardi riconosceva al «diritto giurisprudenziale» rispetto al «diritto legale»⁴³ troverebbe però, sempre nel pensiero dell'autore, un limite nella controversialità del diritto da cui non sono immuni entrambi i sistemi. Ciascuno di essi, infatti, può essere «controverso» con evidenti ripercussioni sul piano della sicurezza giuridica⁴⁴: se infatti la costante e stabile interpretazione giurisprudenziale rende – in entrambi le tipologie di sistemi prospettati (giurisprudenziale o legale) – il diritto più sicuro, è evidente che una interpretazione controversa comporti viceversa una insicurezza sino al definitivo momento applicativo del diritto nel caso concreto.

⁴² L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 574 n. 80 affermava che la certezza «si realizza anche là dove solo dei professionisti possono conoscere il diritto, purché le loro opinioni siano largamente uniformi: la matematica superiore è 'certa' anche se pochi la possiedono».

⁴³ Ad esempio, la norma generale di «diritto legale» è molto spesso lacunosa perché è teoricamente impossibile che una norma sia in grado di prevedere tutti i casi possibili e immaginabili (c. d. «casistica assoluta»); il diritto giurisprudenziale invece ha una maggiore «completezza» (L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 576) – ovvero una maggiore «certezza di sufficienza» (come affermò E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, cit., p. 1204, seguito sul punto da Lombardi) – non solo perché ogni soluzione del caso viene coordinata con il sistema, ma anche perché esso è per definizione «casistico», prevedendo più casi rispetto al «diritto legale». Sotto il profilo della «stabilità» la norma generale di diritto giurisprudenziale è inoltre più «certa» perché si basa su un processo lento di «completamento» e «positivizzazione», dove la «tradizione» si presenta quale fattore determinante della certezza come l'esperienza romana insegna (L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 27. L'opera di Lombardi su questo specifico punto ricevette una decisa critica da M. BRETONE, *Il giurista romano fra autorità e libertà*, in *Labeo* 16, 1970, pp. 219-225, ora in *Discussioni critiche in Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², cit., pp. 324 e ss. spec. 329-331 il quale – come vedremo meglio a breve – non riconosceva nelle ideologie e nei valori espressi dalle singole individualità dei giuristi una medesima idea di «tradizione» e di «certezza» del diritto). Infine, se la legge può modificare una disciplina tempestivamente, è il diritto giurisprudenziale a godere di una «certezza di durata» (E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, cit., p. 1204). Per Lombardi – e Allorio a cui il primo si ispira – quest'ultimo è inoltre più prevedibile e calcolabile in riferimento sia alle «norme generali» («prevedibilità del diritto di domani sulla base del diritto di oggi») sia alle «norme giurisdizionali individuali».

⁴⁴ In caso di diritto legale controverso, «o la controversia non è altro che il riflesso della oggettiva incertezza del contenuto della norma, oppure siamo di fronte a un contrasto tra interpretazioni autorevoli, e quindi di fronte a diritto giurisprudenziale controverso» (L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 577 n. 87). Argomentando in modo specifico sullo *ius controversum* romano e discostandosi parzialmente dal punto di vista di A. B. SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Festschrift F. Schulz*, II, Weimar 1951, pp. 204 e ss. (cfr. la trad. it. a cura di A. LOVATO, *Itinerari di lettura per un corso di diritto romano*, Bari 2011), Lombardi affermava non vi fosse «reale differenza tra 'diritto (oggettivamente) controverso' dei retori e 'controversia o dubbio (soggettivo) su un diritto di per sé certo' dei giuristi», in quanto retori e giuristi avevano sotto gli occhi la stessa cosa ma da punti di vista differenti: i retori «dall'esterno», i giuristi «dall'interno».

4. «SICUREZZA» GIURIDICA E *IUS CONTROVERSUM*

Se riemergeva dunque, a fianco del concetto di «certezza» come «conoscibilità» della legge o, in generale, del dettato testuale di una disposizione normativa, un recupero del termine «sicurezza» relativo ai momenti interpretativo e applicativo del diritto, non potevano non palesarsi agli studiosi romanisti le problematiche relative allo «*ius controversum*»⁴⁵.

Tra i primi a dedicarsi a questo tema occupa un posto di primo piano Bona, il quale ha ritenuto che la certezza del diritto – mentre fu garantita dal monopolio pontificale fino alla fine del IV sec. per lo *ius civile*, e almeno fino al II sec. a. C. per lo *ius sacrum*⁴⁶ – non fu altrettanto salvaguardata successivamente alla diffusione della *scientia iuris*, in quanto la conseguente controversialità del diritto rese più lungo il processo di consolidamento dello *ius controversum* in *ius receptum*: tra i fattori determinanti questo processo Bona inseriva il ripetersi di *res iudicatae* conformi che, accogliendo l'una o l'altra delle *opiniones* dissenzienti, contribuivano a determinare la stabilizzazione dello *ius*⁴⁷. Ad ogni modo, per i giuristi tardo-repubblicani «certezza del diritto ed incertezza del diritto, consolidamento di soluzioni e dibattersi di opinioni discordi, *ius receptum* e *ius controversum* erano semplicemente» – agli occhi dell'autore – «due momenti egualmente essenziali all'*interpretatio iuris*»⁴⁸. Il diritto nel suo complesso era ad ogni modo certo anche se più insicura poteva rappresentarsene l'applicazione.

⁴⁵ Su cui vedi, anche con riferimento alla certezza del diritto, A. B. SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, cit., pp. 204 e ss. (cfr. la trad. it. a cura di A. LOVATO, *Itinerari di lettura per un corso di diritto romano*, Bari 2011).

⁴⁶ F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in M. SARGENTI – G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 117 e ss.

⁴⁷ F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, cit., pp. 101 e ss. Critico sul punto M. TALAMANCA, *Recensione a M. SARGENTI – G. LURASCHI (a cura di), La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, cit., in *BIDR* 91, 1988, pp. 854 e ss. Sul punto si vedano le recenti ricognizioni di L. VACCA, *I precedenti e i responsi dei giuristi*, in *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici*, Torino 2000, pp. 40-41. Questa impostazione è stata fatta propria da U. VINCENZI, *Res iudicatae e diritto giurisprudenziale romano*, in *Nozione, formazione ed interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, II, Napoli 1997, pp. 27 e ss., ID., *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, Padova 2003, p. 17 e da A. PALMA, *Lo ius controversum quale espressione dell'artificialità del diritto romano*, in *SDHI* 81, 2015, pp. 45 e ss. (da cui per l'innanzi cito anche se ora in *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, cit., pp. 9 e ss.). Ad ogni modo – per Bona – il «giudicare da parte di un giudice, in presenza di *ius controversum*, in conformità all'una opinione giurisprudenziale, disattendendo l'altra difforme, avrebbe pur sempre significato emettere una sentenza in conformità al *ius* ed all'*auctoritas* della giurisprudenza assunta nel suo complesso» (F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, cit., p. 148). Cfr. M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in I. PIRO (ed.), *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'Antiquité*, Atti del convegno (Crotone-Messina, 16-20 settembre 1997), Soveria Mannelli 1999, p. 144.

⁴⁸ F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, cit., p. 147.

Dello stesso parere risulta essere, grosso modo, Cannata⁴⁹ e di simile avviso è stato Talamanca⁵⁰, così come più recentemente anche Corbino⁵¹, i quali hanno colto nell'insicurezza derivante dall'applicazione del diritto nei casi di *ius controversum* un interessante e non trascurabile nesso con la procedura *per formulas*.

⁴⁹ Cannata, nell'individuare l'incidenza della dialettica tra *ius receptum* e *non receptum* (*controversum* o *ambiguum*, secondo la classificazione proposta dal giudice Aulo Gellio in *noct. Att.* 12, 13, 3) e tra *ius vetus* e *ius novum*, sulla certezza del diritto, ha concluso affermando che lo *ius controversum* poteva «turbare [...] il potere centrale, ma [...] non turba[va] affatto i giuristi» (C. A. CANNATA, *Iura condere. Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e auctoritas principis*, in F. MILAZZO (a cura di), *Ius controversum e auctoritas principis. Giuristi, principe e diritto nel primo impero*, Atti del convegno (Copanello, 11-13 giugno 1998), Napoli 2003, p. 42). Infatti, poiché «la *novitas* è prodotta dai giuristi» e operando questi ultimi attraverso la discussione, lo «*ius controversum* diventa la condizione di esistenza del *ius* come tale». E siccome «la certezza è una delle qualità che il diritto assume nel suo migliorarsi», lo «*ius controversum* diventa pure condizione della certezza del diritto». Il differente e opposto approccio del 'potere centrale' sarebbe dimostrato – come è noto – dallo *ius respondendi ex auctoritate principis* rilasciato da Augusto in poi. È solo con Giustiniano che «la certezza del diritto sta» – solo – «nella legge» (p. 57). Vedi, sulla c. d. *legum permutatio* giustiniana, F. GALLO, *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, cit., pp. 49 e ss. Cfr. G. VALDITARA, *Giudici e legge*, Roma 2015, pp. 205 e ss.; F. SITZIA, *Giudici e legislatori: il divieto stabilito da Nov. 125 nella storia del diritto bizantino*, in L. LABRUNA (direzione di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, II, Napoli 2006, pp. 1405 e ss. Sull'obbligo di giudicare *legibus* per i giudici d'età giustiniana e la sua rilevanza sotto il profilo della certezza del diritto si veda S. PULIATTI, *Officium iudicis e certezza del diritto in età giustiniana*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'oriente in età giustiniana tra passato e futuro*, Milano 2000, pp. 122 e ss.

⁵⁰ Talamanca, criticando un approccio al problema della certezza del diritto a Roma attraverso uno «schema sovrastrutturale» e riconoscendo a tutte le *sententiae prudentium*, «anche fra di loro contrastanti», pari valore di «diritto vigente», aveva colto l'incidenza dello *ius controversum* sulla «prevedibilità» del diritto che sarebbe stato in concreto applicato dallo *index privatus*, senza però che ciò fosse percepito dalla «classe di governo» e dai «ceti dominanti» come un problema da superare. Ciò che importava alla «classe di governo» era – per M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, cit., p. 172 – «assicurare un meccanismo per la soluzione dei conflitti interindividuali nel quale quella classe ed i ceti che l'esprimevano potessero riporre la loro fiducia». Per l'autore questo meccanismo era assicurato dalla fiducia che le parti riponevano nel giudice, su cui ricadeva il loro accordo o che, in mancanza di quest'ultimo, era scelto dall'*album iudicum*. M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, cit., pp. 144, 171-172 e n. 185: «la presenza nel I sec. d. C. delle due scuole, con le loro *controversiae*, rendeva altamente aleatoria qualsiasi prognosi sul diritto che sarebbe stato in concreto applicato dal *index privatus*» nonostante «l'alternanza fosse spesso soltanto binaria» alla luce «dell'operatività della *formula* che, al di fuori dei problemi dell'*aestimatio*, lasciava al giudice soltanto il potere di *condemnare* o *absolvere*».

⁵¹ A. CORBINO, *Iudicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., p. 171, 176-178 ha visto nella procedura formulare uno degli «strumenti esperiti per arginare» la «degenerazione della controversialità» giurisprudenziale, da cui derivava un «tasso di incertezza» elevato. Più di recente, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Legislazione e autonomie normative*, in *RISG* 1 n.s., 2010, pp. 45 e 46 ha da ultimo colto il dato «sconvolgente» che emerge da Gai. 1, 7 dove il giurista individuava come «fonte di diritto» i pareri giurisprudenziali, benché in ragione del loro carattere controverso sussistessero «margini relativamente ampi d'incertezza circa le soluzioni di ciascun caso pratico» e «un'idea semplificata di 'certezza'» venisse «sacrificata a favore di una dialettica in incessante sviluppo». Da ultima, sugli «inconvenienti dello *ius controversum*» nell'età tardo-antica ma non solo, anche in relazione alle esigenze della certezza del diritto, si veda I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli sententiae*, Milano 2017, pp. 151 e ss. spec. 159 e s. e ampia bibliografia ivi citata. Vedi altra bibliografia *infra* cap. V § 1.

5. IL VALORE RELATIVO DI «CERTEZZA» E «SICUREZZA»

Da questi filoni interpretativi sulla «certezza» del diritto in Roma antica si discostano del tutto – costituendo un filone a parte – alcune riflessioni che ridimensionano l’approccio dogmatico e l’astrattezza dei significati attribuiti a «certezza» e «sicurezza» del diritto, ancorandoli invece a criteri relativi, come la differente percezione da parte degli opposti schieramenti di ceti e classi sociali⁵².

Tra questi ultimi emergono gli studi di Serrao, prima, e di Lantella, poi. Insistendo sulla necessità di considerare storicamente i concetti di «certezza» e «sicurezza»⁵³, questi studiosi hanno ritenuto che la misura, il contenuto e la valenza di questi concetti fossero da considerare «espressioni della società o addirittura delle classi sociali» a cui venivano riferiti e dalle quali emergevano⁵⁴.

⁵² Più di recente mi sembra seguire questo indirizzo anche G. VALDITARA, *Leges e iurisprudencia fra democrazia e aristocrazia*, in *SDHI* 80, 2014, pp. 17 e ss.

⁵³ F. SERRAO, *Dalle XII tavole all’editto del pretore*, in M. SARGENTI – G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell’esperienza giuridica romana*, cit., p. 53 n. 3: «Se uno storico vuole porsi il problema della certezza del diritto, con riferimento a determinate società e gruppi nelle stesse esistenti ed operanti, non può procedere tenendo presente un paradigma assoluto [...] lo storico che altrimenti si comporta ‘filosofeggia’, ma non può pretendere di tracciare una diagnosi concreta. D’altra parte, nemmeno esiste un paradigma di ‘certezza’ a cui commisurare qualsiasi ordinamento giuridico».

⁵⁴ E così, per Serrao, mentre le XII Tavole si presentavano quale garanzia di «certezza» per la *plebs* nella dialettica costituzionale con i patrizi, e la *lex publica* quale protezione di tutto il *populus* avverso il potere politico ed economico (F. SERRAO, *Classi partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa 1974, pp. 61 e ss. e 181 e ss.; F. SERRAO, *Ius e lex nella dialettica costituzionale della prima repubblica*, in *Nozione, formazione ed interpretazione del diritto dall’età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professore Filippo Gallo*, I, Napoli 1997, pp. 279 e ss.), l’editto del pretore – «specchio» di un’«economia e di una società per definizione dinamiche e in trasformazione» e quindi «strumento», appunto, «di trasformazione e non di conservazione» – assicurava agli operatori economici e alle classi economicamente e politicamente dominanti – *nobiles* ed *equites* – la «certezza» e la «sicurezza» che contro il torto il diritto avrebbe prevalso (F. SERRAO, *Dalle XII tavole all’editto del pretore*, cit., p. 53 n. 3). Diversamente Lantella, dando rilievo al «valore politico» della certezza secondo una prospettiva storica che va dallo scontro tra plebei e patrizi al conflitto tra *populares* e *nobilitas*, non ha visto nella «certezza» della *lex publica* un valore assoluto di «parte democratica», che anzi durante la crisi della repubblica travolse la certezza legislativa, conquistata sì attraverso le XII Tavole, ma poi appunto indebolita dalla «continua proposizione di leggi entro una logica di instabilità assembleare». Né tantomeno ha considerato la «certezza» della legge un valore costante di «parte aristocratica», che sicuramente in età più remota avrebbe preferito la «fluidità del costume» alla fissità della *lex*, ma che durante la crisi della repubblica auspicò invece un quadro di maggiore «stabilità anche normativa» (L. LANTELLA, *Ius certum* in *D. 1. 2. 2.*, in M. SARGENTI – G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell’esperienza giuridica romana*, cit., pp. 230-231). E concludeva il suo intervento prestando questa suggestiva sintesi: «quantomeno nei periodi di scontro, il valore della certezza» sembra tendere «a venire affermato difensivamente dalla parte debole» mentre sembra protendere «a venire trascurato dalla parte forte (apparendo la certezza, al più forte, come una sorta di gabbia capace di ostacolare livelli di potere vieppiù dilaganti). La parte forte può semmai scoprire il fascino della certezza solo in vetta all’ascesa: cioè quando si leva, in tardo volo, la suggestione utopica di codificare per sempre l’attimo di onnipotenza (forse già inscritto nella curva del declino)».

Questa impostazione ‘storicistica’ è stata criticata nel metodo da Talamanca il quale ha sostenuto la necessità della disamina, più che di una semplice corrispondenza tra esigenze socio-economiche (da parte di *plebs* o patrizi ovvero *populares* o *nobilitas-equites*) e tipi di regolamentazione giuridica (*lex-plebiscitum* ovvero *senatus consultum-edictum*), di una più complessa dialettica fra tali esigenze, da un lato, e i particolari strumenti tecnico-giuridici e gli specifici usi di istituti approntati o, nel caso, ‘piegati’ per soddisfarle, dall’altro⁵⁵.

⁵⁵ M. TALAMANCA, *Recensione a* M. SARGENTI – G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell’esperienza giuridica romana*, cit., p. 853.

6. QUADRO DI SINTESI E PROFILI DI INDAGINE PRESCELTI: «CERTEZZA» COME «CONOSCIBILITÀ» DEL DIRITTO E «SICUREZZA» COME «PREVEDIBILITÀ» DEGLI ESITI GIUDIZIALI

Dalla sintetica ricognizione appena effettuata, credo possano delinearci tre principali approcci al «problema»⁵⁶ ‘certezza del diritto’, in relazione al sistema giuridico romano (di *ius privatum*):

1) un approccio di tipo ‘formale’, dove prevale l’uso del termine «certezza» in connessione con la «conoscibilità» del dettato testuale di una disposizione normativa, senza però alcuna particolare distinzione tra le diverse sue *partes*;

2) un approccio di tipo ‘sostanziale’, dove acquisisce prevalenza il termine «sicurezza», legato ai momenti interpretativo e applicativo del diritto e inteso quale garanzia di tutela «giusta», con riferimento alternativamente alla «stabilità» nel tempo del sistema giuridico e alla «prevedibilità» degli esiti giudiziari;

3) un approccio, infine, di tipo ‘storicistico’, dove viene negato qualsiasi valore astratto ai termini «certezza» e «sicurezza», ritenendo piuttosto opportuno ancorarli alle esigenze della società in generale o dei ceti sociali singolarmente presi in considerazione.

Al di là del divergente uso dei termini, e dei concetti ad essi sottesi, di «certezza» e «sicurezza», la romanistica contemporanea sembra comunque rilevare il sostanziale disinteresse per una «certezza-conoscibilità», in particolare della *lex* o delle fonti ad essa assimilate, nel sistema giuridico romano della c. d. «età della giurisprudenza»⁵⁷, salvo qualche sporadico e parziale tentativo di attuazione di tale esigenza, frutto di contingenti necessità storiche e di particolari ideologie sociali (come per lo più enfatizzato dalla dottrina *sub* 3).

Questo rilievo sembra esser legato però a una concezione di fondo che vede nella *lex* l’unica possibile garanzia di «certezza-conoscibilità», per cui può essere conoscibile solo il diritto espresso dalla *lex* o dalle fonti ad essa assimilate (*sub* 1). Allo stesso tempo, sembra prevalere nella romanistica contemporanea l’idea che l’essenza giurisprudenziale del diritto – almeno nel periodo storico qui preso in considerazione (II sec. a. C. – III sec. d. C.) – non abbia nulla a che fare con l’esigenza di «conoscibilità» del sistema, in quanto minato dall’espandersi dello *ius controversum*.

Diverso appare invece l’approccio che emerge dall’utilizzo del concetto di «sicurezza» (*sub* 2): la costante aspirazione all’*aequitas* e al *bonum et aequum* e il diffuso richiamo alla *fides bona*

⁵⁶ A. BISCARDI, *Prologo*, cit., p. 1; e poi ID., *Epilogo*, cit., p. 248.

⁵⁷ M. BRUTTI, *Il diritto privato nell’antica Roma*³, Torino 2015, p. XV.

nell'operato di pretore e giuristi, la formazione 'diacronica' del diritto frutto della consolidazione nel tempo dell'*interpretatio prudentium*, la premura dimostrata nel corso dei secoli verso la celerità dei processi⁵⁸ sono tutti elementi presi dalla romanistica contemporanea a testimonianza della «sicurezza» giuridica nel sistema romano, nei sensi di «giustizia» e «stabilità» dello *ius* nonché di «certezza di tutela»⁵⁹. Sembra però che la romanistica abbia poco approfondito il profilo – legato a quello della «sicurezza» colto da Lombardi e accennato da Talamanca ma da entrambi non puntualmente sviluppato – della «sicurezza-prevedibilità» in concreto delle soluzioni giudiziali, connesso sia con le interpretazioni controverse sia con il processo *per formulas*.

A mio avviso, dal quadro interpretativo su riassunto e, come si vedrà, da una particolare lettura delle fonti, emerge un rapporto speculare tra «certezza-conoscibilità» e «sicurezza-prevedibilità» per il sistema giuridico di Roma: più il suo 'contenuto' è conoscibile, maggiormente appare certo nel suo insieme; più le decisioni giudiziali sono prevedibili, più il sistema è percepito come sicuro.

Il problema della «certezza-conoscibilità» è da considerarsi ad ogni modo legato al «sistema romano delle fonti» di produzione dello *ius*⁶⁰ e in particolare allo sviluppo storico di quelle *partes iuris*⁶¹ espressioni di una statuizione 'potestativa'⁶² (c. d. «*ius ex scripto*: *lex, plebiscitum, senatus consultum, constitutio principis, edictum*»)⁶³, in riferimento alle quali alcune fonti accennano – come si vedrà a breve – ad una esaltazione della «conoscibilità» della loro 'esistenza'.

⁵⁸ R. MARTINI, *La legislazione giudiziaria di Augusto e la durata dei processi*, in *Seminarios Complutenses De Derecho Romano* 1, 1990, pp. 93 e ss.; P. CERAMI, «*Aequum iudicium*» e «*giusto processo*». Prospettive romane e moderne, in *AUPA* 46, 2000, p. 125.

⁵⁹ Si veda, ad esempio, l'istituto del *vadimonium* funzionale anche a garantire una «certezza di tutela» dell'attore (N. DONADIO, *Vadimonium e contendere in iure. Tra certezza di tutela e diritto alla difesa*, Milano 2011, spec. p. 182).

⁶⁰ Come auspicato già da F. DE MARTINO, *Certezza del diritto in Roma antica*, cit., p. 7.

⁶¹ Si veda F. VALLOCCHIA, *Appunti su bonum et aequum e conventio-consensus tra ius e societas*, in *Diritto@Storia* 11, 2013, ID., *s.v. Legge (parte giuridica). Concetti e sistema*, in *EBSG VII*, Napoli 2014, pp. 877-878 n. 5 e ID., *Qualche riflessione su publicum-privatum in diritto romano*, in *RISG* 7, 2016, pp. 416 e ss. spec. 422 e ss., per una ricostruzione del passaggio da «una concezione generale di *partes iuris*» in cui rientrano «i molteplici aspetti della produzione, della interpretazione e dell'applicazione» dello *ius* (Cic. *top.* 5, 28 – Cic. *de orat.* 2, 116 – e *rhét. ad Her.* 2, 19), a «una concezione specifica, nella quale trovano spazio solo gli atti idonei a produrre *ius*» (ad es. Gai. 1, 2). Cfr. G. ARICÒ ANSELMO, *Partes iuris*, in *AUPA* 39, 1987, pp. 47 e ss.

⁶² Queste *partes iuris* sono in effetti tutte da ricondursi all'esercizio di una *potestas* (*populi* o *plebis, senatus, principis* e *magistratus*). L'*interpretatio prudentium*, viceversa, è espressione della pratica della *scientia iuris*. L'espressione utilizzata da M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, cit., pp. 105 e ss. (ad es. p. 137) per indicare le fonti di produzione del diritto al di là dell'*interpretatio prudentium*, accanto a quella di «normazione positiva» (ad es. p. 145), è invece «statuizione eteronormativa», che – a mio sommo avviso – può risultare fuorviante lì dove mi sembra esasperarsi una separazione fra la fonte di produzione del diritto e i destinatari dello stesso, nell'utilizzo del prefisso 'etero-'.

⁶³ Il rapporto tra *ius ex scripto* e *ius ex non scripto* inizia ad affacciarsi nelle riflessioni dei giuristi – per quanto ciò possa essere rinvenuto in Cicerone si veda *infra* cap. III § 1 – tra il II e il III sec. d. C.

Come cercherò più avanti di mettere in luce, anche coloro i quali – giuristi e non – subirono il fascino della «certezza-conoscibilità» della *lex*, o delle *partes iuris* ad essa parificate, non sembrano aver mai dato mostra di dimenticare – seppur con le dovute sfumature legate al modo proprio di pensare e ragionare di ogni singolo autore – il ruolo fondamentale dell'*interpretatio prudentium* nell'attività di diffusione della conoscenza del diritto, anche di fronte allo «*ius ex scripto*» e alle sue *partes* che – nell'arco dei quattro-cinque secoli qui presi in considerazione – acquisiscono sempre maggior peso nel sistema delle fonti di produzione dello *ius* (*sub cap. III*)⁶⁴.

Per quanto concerne invece il profilo della «sicurezza-prevedibilità», se il sistema di *ius controversum* non sembra aver inciso sulla certezza del diritto inficiandone la «conoscibilità» (*sub cap. IV*) – in quanto, come è stato efficacemente sostenuto e a più riprese ribadito, tutte le *opiniones* e le *sententiae* dei giureconsulti, anche quelle tra loro dissenzienti, erano considerate ad ogni modo *ius*⁶⁵ – è necessario appurare se ciò possa essere analogamente affermato sotto il profilo della «prevedibilità» degli esiti giudiziari⁶⁶.

(Giuliano in D. 1, 3, 32, 1 per l'opposizione tra *lex* e *ius moribus receptum*; Pomponio in D. 1, 2, 2, 5 e D. 1, 2, 2, 12 per l'opposizione tra *lex* e *interpretatio prudentium*; Ulpiano in D. 1, 1, 6, 1, senza alcuna specificazione, e in D. 1, 3, 33, per l'opposizione tra *ius ex scripto* e *diuturna consuetudo*; Ermogeniano in D. 1, 3, 35 tra *iura scripta* e *longa consuetudo*). Cfr. da ultimo F. P. CASAVOLA, *Ius ex scripto ex non scripto*, Napoli 2013, pp. 18 e ss. Per Giustiniano, invece, anche i *responsa prudentium* fanno ormai parte dello *ius ex scripto* (I. 1, 2, 3: «*Scriptum ius est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium*»), svincolando così l'*ars* dei giuristi dalla formazione della consuetudine (I. 1, 2, 9: «*Ex non scripto ius venit quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur*»): su ciò si veda F. GALLO, *La consuetudine questa sconosciuta*, in *Rivista di diritto romano* 13, 2013. Si veda anche il contributo più risalente di C. MANENTI, *Ius ex scripto e ius ex non scripto. Osservazioni critiche sulla teoria delle fonti secondo il diritto romano*, in *Studi Senesi in onore di Luigi Moriani*, Siena 1905, citato dall'estratto Torino 1905, pp. 13 e 19 e ss.

⁶⁴ F. SERRAO, *Le fonti del diritto nella storia della costituzione romana*, cit., pp. 435 e ss.; P. DE FRANCISCI, *Le fonti del diritto privato e il processo della loro unificazione in Roma*, Roma 1928.

⁶⁵ F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, cit., p. 148 e più di recente, con specifico riferimento ai *bonae fidei iudicia*, M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, IV, Padova 2003, pp. 1 e ss.; A. CORBINO, *Iudicia, ius varium e iudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., p. 171. Cfr. M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, cit., p. 144: «tutti i pareri dei giuristi erano diritto, in quanto astrattamente applicabili senza che nessuno potesse imputare al giudice, che avesse scelto l'uno o l'altro, di avere deciso *contra ius*» (già in M. TALAMANCA, *Il «Corpus iuris» giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in A. CORBINO – F. MILAZZO (a cura di), *Diritto e storia*, Padova 1995, p. 211; ID., *Interventi*, in F. MILAZZO (a cura di), *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale*, Atti del convegno (Copanello, 5-8 giugno 1996), Napoli 1999, p. 149).

⁶⁶ M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, cit., p. 144: a fronte dello *ius controversum* «non si sa, a priori, quale sarà la *sententia* [*prudentium*] che nel caso di specie verrà seguita dal giudice». È «evidente come [...] l'esito della controversia apparisse, a priori, del tutto fluido» (p. 171). Il diritto espresso dall'*interpretatio* controversa dei giuristi si presentava dunque, come ebbe ad affermare brillantemente D. NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München 1974, p. 16 (ricordato sempre da M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, cit., pp. 144 e 164), «*unstabib*», rispetto al singolo caso concreto, e «*überstabib*», in riferimento al sistema giuridico («perché qualsiasi *sententia* che potesse venire concretamente seguita apparteneva a quel sistema»: M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, cit., p. 144).

Quest'ultima è da intendersi, ovviamente, non come assoluta certezza del contenuto di una *sententia iudicis* (ad esempio, assoluzione o condanna) ma – a mio avviso – come maggiore sicurezza sull'andamento del giudizio, sullo schema giuridico cui dovrà attenersi il giudicante nel risolvere la controversia nonché sull'esercizio dei poteri a lui conferiti⁶⁷. Si tratta quindi di una sicurezza che si esplica in una riduzione del margine di imprevedibilità nell'esercizio dell'*officium* del giudice per giungere all'emanazione della sentenza.

Alla luce dello *ius controversum* e del *liberum officium iudicis* nei *bonae fidei iudicia*, credo sia però opportuno chiarire se la discrezionalità del giudice nell'accogliere i plurimi e divergenti *responsa prudentium* e nell'interpretare i valori richiamati dalle *formulae* che non godono di una comune e uniforme percezione, nonché la libertà di esercitare o meno un potere contenuto nel proprio *officium*, possano aver inciso sulla «prevedibilità» delle *sententiae*. Di conseguenza, appurare se la *formula* – «momento di determinazione e definizione formale del diritto»⁶⁸ – e la relativa *conceptio verborum* possano in qualche modo aver contribuito a circoscriverne gli effetti 'indesiderati' in termini di imprevedibilità dell'esito processuale (*sub cap. V*).

* * *

Ritengo sia utile quindi approfondire due profili d'indagine sin qui emersi dalla ricognizione dei principali filoni interpretativi:

- 1) quello della «certezza», e quindi della «c o n o s c i b i l i t à» del diritto e delle sue singole *partes*, connesso con il ruolo del giurista quale principale fattore di cognizione del contenuto dello *ius* (*infra cap. III*)⁶⁹;
- 2) quello della «sicurezza», e quindi della «p r e v e d i b i l i t à» delle soluzioni giudiziali, connesso con l'utilizzo cautelare delle *partes formularum* quali principali fattori di previsione della *sententia iudicis* (*infra cap. V*)⁷⁰.

⁶⁷ Cfr. C. CARIA, *Certezza del diritto e prevedibilità. Una riflessione sul tema*, in *Diritto@Storia* 14, 2016, § 6: «In un'ottica argomentativa del diritto, la prevedibilità *ex ante* delle decisioni giudiziali, lungi dall'implicare il conoscere a priori il contenuto di una sentenza, consiste nella garanzia che questa si realizzi sulla base di un ragionamento condotto all'interno di un sistema giuridico, nel quale operano procedure argomentative razionalmente fondate, retto dalla logica informale».

⁶⁸ G. GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*⁴, cit., pp. 147 e ss.

⁶⁹ A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*⁵, cit., p. 126 sosteneva che il significato degli aggettivi «*certus*» e «*incertus*», attiene «non alla sicurezza od alla insicurezza dell'esistenza del *ius*, ma alla sicurezza o alla insicurezza della sua conoscenza da parte dei soggetti».

⁷⁰ L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 573 poneva sullo stesso piano, quasi fossero due facce della stessa medaglia, la «certezza» del diritto come «conoscibilità della norma generale» e la «certezza» del diritto come «prevedibilità della norma giurisdizionale individuale»; M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, cit., pp. 144, 171-172 e nn. 185-186 vedeva nella «prevedibilità» del diritto solo uno dei possibili sensi attribuibili alla «certezza» giuridica. Questa tipologia di «certezza» resta ad

Questi due profili⁷¹ ci permetteranno di appurare – in relazione alla particolare e, come vedremo, ‘emergenziale’ (*sub cap. II*) esperienza che fu rappresentata dai *bonae fidei iudicia* nell’età del processo formulare che corrisponde, grosso modo, all’età della giurisprudenza a cui è limitata l’indagine qui condotta (II sec. a. C. – III sec. d. C.) – se e come fu percepita l’esigenza di «conoscibilità» del diritto e di «prevedibilità» delle decisioni giudiziali lì dove lo *ius* – nel suo momento di ‘definizione’ giurisprudenziale – e la *sententia* dello *iudex* – nel momento ‘definitorio’ di una controversia – possono apparire direttamente dipendenti da un’interpretazione controversa dei ‘valori’ del sistema giuridico, come la *fides bona* e il *bonum et aequum*⁷².

ogni modo «meramente teorica», se non concorre l’altra «certezza» sul fatto che la sanzione giuridica sia effettivamente inflitta e sui tempi in cui ciò avvenga. Nella discussione apertasi a margine delle relazioni romanistiche, tenutesi al convegno *La certezza del diritto nell’esperienza storica e attuale* organizzato dalla *SISD* nel 2010 e su citato, L. VACCA lucidamente ha colto, all’interno del problema della certezza del diritto, due profili: quello della «conoscibilità», inerente alla pubblicazione del testo scritto, e quello della «prevedibilità», che coinvolge invece la sua applicazione e che riguarda per lo più gli interessi degli «utenti del diritto» (<http://tv.unimore.it/index.php/archivio/video-societa/786-la-certezza-del-diritto-nellesperienza-storica-attuale>). M. BRUTTI ha invece inteso il secondo termine come «prevedibilità degli effetti giuridici dei propri comportamenti».

⁷¹ Bisogna da subito precisare che i profili d’indagine qui prescelti saranno condotti con l’occhio del giurista che coinvolge il mondo del ‘dover essere’ e non semplicemente quello dell’‘essere’. La «certezza-conoscibilità» e la «sicurezza-prevedibilità» non saranno prese in considerazione da un punto di vista esclusivamente storico e fattuale (quanto e come il diritto fosse conoscibile ‘nei fatti’, quanto le decisioni giudiziali fossero prevedibili ‘nei fatti’), ma sotto il profilo esclusivamente giuridico (quanto e come il diritto potesse e dovesse essere conoscibile, quanto e come le decisioni giudiziali potessero e dovessero essere prevedibili).

⁷² Sul rapporto tra diritto e ‘valori’ si vedano le riflessioni introduttive di R. CARDILLI, *‘Vir bonus’ e ‘bona fides’*, in A. LOVATO (a cura di), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, Atti del Convegno (Trani, 28-29 ottobre 2011), Bari 2013, pp. 179 e ss., secondo il quale per il giusromanista «sarebbe scorretto partire dalla *Isolierung* ipostatizzata» da F. SCHULZ (*Prinzipien des römischen Rechts*, cit., pp. 13 e ss. = *I principi del diritto romano*, cit., pp. 16 e ss.), secondo cui i Romani cominciarono ben presto a «separare» il diritto dalla morale e dal costume. L’impostazione di Schulz era stata già oggetto di critica da parte di F. VALLOCCHIA, *Collegi sacerdotali ed assemblee popolari nella repubblica romana*, Torino 2008, pp. 2 e ss., sotto il profilo della c. d. ‘laicizzazione’ del diritto, che non trova conferma nel passo di Ulpiano in D. 1, 1, 10, 2 (*siuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*) e da P. CATALANO, *Diritto. Principi e sistema*, in *EBSG*, IV, 2011, pp. 445-446, secondo il quale il «preteso “isolamento” del diritto dalla morale» risulta essere «un’autoproiezione che si scontra con le definizioni di Ulpiano» contenute in D. 1, 1, 10 *pr.*-1: *«iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere»*. Cfr. P. CATALANO, *Alcuni concetti e principi giuridici romani secondo Giorgio La Pira*, in *Diritto@Storia* 5, 2006, già in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese* (Padova- Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001), I, Padova, 2003, pp. 61 e ss. dove richiama la teoria dei «circoli concentrici» di G. LA PIRA, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 1948, p. 11: «Norma giuridica è quella positiva; norma etica è quella non positiva, ma solo dettata dalla coscienza morale dell’uomo: però la norma giuridica derivando da quella etica è essa stessa, sostanzialmente, norma etica: quindi obbliga non solo giuridicamente perché posta dalla *civitas*, ma anche eticamente, interiormente, perché riposa anche nella coscienza morale dell’uomo. Possiamo riprendere l’immagine comune dei circoli concentrici: la norma etica è nel circolo più ampio rispetto a quello più ristretto della norma giuridica».

CAPITOLO II

LA CERTEZZA DEL DIRITTO NEGLI STUDI SUL «*LIBERUM OFFICIUM IUDICIS*» NEI *BONAE FIDEI IUDICIA*

1. SAVIGNY, WINDSCHEID E LA DESCRIZIONE DEI POTERI DEL GIUDICE NEI *BONAE FIDEI IUDICIA*

Tra i diversi e molteplici campi d'indagine entro i quali possono esser ripartiti gli studi e le ricerche in tema di *fides bona*, emergono gli scritti prodotti più specificamente sui *bonae fidei iudicia*⁷³. Oltre al profilo 'cronologico', avente ad oggetto problemi di origine e di sviluppo storico di questi *iudicia*, e a quello 'procedurale', riguardante le definitive conseguenze, appunto, processuali di questo particolare *iudicium* formulare, affiorano agli occhi dell'interprete ricerche improntate dal punto di vista, si potrebbe dire, 'giudiziale', con la duplice e alternata prospettiva dei criteri decisionali dello *index unus*, da un lato, e della delineazione puntuale dei poteri del giudicante, dall'altro. Si tratta degli studi sull'*officium iudicis*, così come venutosi a sistematizzare nei *bonae fidei iudicia* a partire dalla loro stabilizzazione nell'ordine giudiziario civile.

Tra queste ricerche spiccano, in relazione al «problema» della certezza del diritto, gli studi dei rappresentanti più intransigenti delle concezioni positiviste del diritto – dal più generale «positivismo giuridico» all'ottocentesco «positivismo legislativo»⁷⁴ – i quali hanno affrontato gli studi sull'*officium iudicis* nei *bonae fidei iudicia* ricercando un equilibrio tra i poteri discrezionali o equitativi comunemente qui riconosciuti allo *index*, da un lato, e l'esigenza dell'applicazione di un diritto certo e prevedibile, dall'altro. È, infatti, proprio nell'ambito degli studi sull'*officium iudicis* nei *bonae fidei iudicia* che il generale problema della certezza del diritto sembra acquisire – lì dove ritenuto necessario dagli autori – un ruolo di prim'ordine.

Tra i secoli XIX e XX l'esigenza di certezza del diritto – anche se richiamata senza particolari chiarimenti sul suo significato ma comunque con un'implicita enfasi del profilo della «sicurezza-prevedibilità» delle *sententiae iudicum* – appare accentuata in modo più o meno

⁷³ Per un ampio ragguaglio bibliografico sino agli anni settanta del secolo scorso si veda L. FASCIONE, *Cenni bibliografici sulla «bona fides»*, in AA. VV., *Studi sulla buona fede*, Milano 1975, pp. 49-73, in appendice al contributo romanistico di P. FREZZA, *Fides bona*, in AA. VV., *Studi sulla buona fede*, Milano 1975, pp. 1-49.

⁷⁴ Cfr. F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, cit., pp. 124-125 = *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1967 (2. Neubearbeitete Auflage 1957).

costante negli studi sui *bonae fidei iudicia*, modificando così la chiave di lettura dei poteri dello *iudex privatus*.

Gli autori contemporanei⁷⁵, nell'espone il contenuto dell'*officium iudicis* nei nostri giudizi, hanno oscillato sin dalla seconda metà dell'ottocento tra il riconoscimento al giudice di potestà ampiamente discrezionali e arbitrali, da un lato, e l'attribuzione allo stesso di poteri equitativi e normativi nel decidere la controversia, dall'altro. I confini tra le due impostazioni sono sfumati ma si coglie, nel preferire l'una o l'altra linea interpretativa, la tendenza degli autori ad ancorare l'indiscussa libertà di apprezzamento del giudice, nel primo caso, almeno a regole maturate nell'*interpretatio* giurisprudenziale e volte ad allargare i contenuti, comunque definiti, dell'*officium iudicis*; nel secondo, a concetti astratti e indefiniti di giustizia sostanziale, quale l'*aequitas* nella valutazione complessiva del rapporto dedotto in giudizio⁷⁶.

Dall'esame della principale letteratura giuridica a cavallo tra il XIX e il XX secolo, è possibile suddividere in due filoni interpretativi le modalità di descrizione dei poteri del giudice di un giudizio *bonae fidei*: chi, a partire da Friedrich Carl von Savigny, seguì la strada dei 'poteri equitativi' (sicuramente influenzato dalla progressiva e storica «convergenza» – spesso tramutata in «contaminazione» – della *bona fides* con l'*aequitas*)⁷⁷; chi, seguendo l'insegnamento più sistematico e dogmatico di Bernhard Windscheid, preferì invece quella dell'ampia 'discrezionalità'⁷⁸.

⁷⁵ Parto, nell'accingermi a ripercorrere le tappe del pensiero giuridico contemporaneo circa lo stretto nodo gordiano che lega discrezionalità del giudice e certezza del diritto in tema di *fides bona* romana, dalla «Scuola storica» e dal «Positivismo scientifico e legislativo» del XIX secolo, che F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, cit., p. 16 = *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, cit., inserisce come ultima tra le «quattro grandi svolte del pensiero giuridico europeo».

⁷⁶ Si tratta di una ricognizione effettuata già da A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, che – «dopo una trentina di anni di silenzio scientifico sul tema» dei *bonae fidei iudicia* (B. BIONDI, *Recensione a A. CARCATERRA, Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, in *IURA* 16, 1965, p. 262) – aveva notato criticamente che «la dottrina dominante» avesse assegnato allo *iudex* dei giudizi *bonae fidei* del processo formulare «poteri normativi», «discrezionali» ed «equitativi»: a) la terminologia «*liberum officium iudicis*» utilizzata da Gaio nei suoi *Commentarii* (i notissimi luoghi di Gai. 4, 63 e 4, 114) in relazione ai giudizi di buona fede è stata interpretata dalla romanistica contemporanea nel senso di «ampi poteri sostanziali e discrezionali» del decidente; b) «da Giustiniano in poi è prevalsa [...] l'idea che il giudice si lascerebbe ispirare» dall'*aequitas*, essendo ciò «logicamente conseguenziale» al riconoscimento dei suddetti poteri discrezionali (I. 4, 6, 28: «*In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat*» e I. 4, 6, 31: «*In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et aequo [...] aestimare quemadmodum actori satisfieri oporteat*»; A. CARCATERRA, *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, in *SDHI* 33, 1967, p. 68, n. 8). Sul valore in generale attribuito al giudizio d'equità in età giustiniana si veda S. PULIATTI, *Officium iudicis e certezza del diritto in età giustiniana*, cit., p. 55 n. 19.

⁷⁷ E. STOLFI, *Bonae fidei interpretatio. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli 2004, p. 190 e *passim* capitoli quarto e quinto con ampia bibliografia ivi citata.

⁷⁸ Per lo sviluppo delle due anime della scienza romanistica tedesca nel XIX secolo si veda F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, cit., *passim* = *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, cit., *passim*, e su come essa influenzò quella italiana si veda M. TALAMANCA, *La romanistica italiana fra Otto e Novecento*, in *Index*

E così se Savigny aveva ritenuto che i *bonae fidei iudicia* rientrassero fra quegli *arbitria* dove il giudice godeva di «un potere più libero»⁷⁹ («*eine freiere Macht*») rispetto agli altri giudizi, potendo qui decidere «con libero riguardo all'equità»⁸⁰ («*mit freier Rücksicht auf Billigkeits*»), Windscheid, inserendo tra le «*actiones* più elastiche, più libere» quelle *bonae fidei*, per la «maggiore latitudine della istruzione impartita al giudice», affermò che esse, nonostante non imponessero «alcun limite» al suo «arbitrio» e alla sua «discrezione»⁸¹, non gli attribuivano poteri equitativi, in quanto il giudicante era comunque chiamato ad applicare una «norma giuridica» anche se «più elastica»⁸².

23, 1995, pp. 162 e ss. e da ultimo L. MOSCATI, *Savigny e l'Italia*, in A. PALMA (a cura di), *Civitas e civilitas. Studi in onore di Francesco Guizzardi*, Torino 2013, pp. 565 e ss.

⁷⁹ F. K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it. a cura di V. SCIALOJA), V, Torino, 1893, p. 520 = ID., *System des heutigen römischen Rechts*, V, Aalen 1981 (2. Neudruck 1841), S. 463. Ma riteneva che – rispetto alle *actiones in bonum et aequum conceptae*, «dove il giudice non è vincolato né dal pretore, né dall'oggetto» e «il suo apprezzamento è [...] libero» – nei *bonae fidei iudicia* l'«arbitrio del giudice era certamente vincolato, in quanto doveva necessariamente tener conto dell'interesse dell'attore», nonostante, anche qui, l'ammontare della condanna fosse rilasciato alla «libertà di apprezzamento» del giudice ugualmente «indicata come un *bonum et aequum*» (ID., *Sistema*, cit., II, p. 96). Questa impostazione si fondava su una non corretta interpretazione del rapporto intercorrente tra le due tipologie di azioni, in forza della quale la categoria delle *actiones in bonum et aequum* finiva per essere una «*simple variété des actions de bonne foi*» (seguendo le parole dell'attenta critica apportata da P. THOMAS, *Observations sur les actions in bonum et aequum conceptae*, in *Nouvelle Revue Historique* 25, 1901, p. 564), a cui quindi dovevano applicarsi tutte le regole dei giudizi di buona fede, salvo una maggiore libertà di apprezzamento riconosciuta in questi ultimi al giudice. E Grosso diede continuità alla critica di Thomas – che è divenuta successivamente opinione dominante – ricordando che «il torto» di Savigny risiedeva «nel non aver visto che la valutazione *ex fide bona*» investisse in diritto romano «tutto il rapporto», mentre il «*bonum et aequum* solo l'ammontare della condanna» (G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei bonae fidei iudicia*, in *RISG* 3, 1928, p. 45 n. 1, ora in *Scritti storico giuridici*, III, Torino 2001, p. 130 n. 1).

⁸⁰ F. K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it. a cura di V. SCIALOJA), V, Torino 1893, p. 125 = ID., *System des heutigen römischen Rechts*, V, Aalen, 1981 (2. Neudruck 1841), p. 101.

⁸¹ B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette* (trad. it. a cura di C. FADDA – P. E. BENZA), I, Milano-Roma-Napoli 1902, pp. 194-195. Egli riconosceva che «nel corso del tempo, dalla giurisprudenza e dalla legislazione imperiale» si elaborarono «su questo arbitrio regole giuridiche», che cercarono, per quanto possibile, di entrare «nei particolari» (pp. 195-196). Criticava l'opposizione tra stretto diritto ed equità, che Savigny attribuiva alla contrapposizione tra *actiones stricti iuris* e *actiones bonae fidei* (ID., *Diritto delle pandette* (trad. it. a cura di C. FADDA – P. E. BENZA), I, cit., p. 195, n. 4 e ID., *L'actio del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno*, in B. WINDSCHEID – T. MUTHER, *Polemica intorno all'«actio»* (trad. it. a cura di E. HEINITZ – G. PUGLIESE), Firenze 1954, p. 40 = ID., *Die Actio des römischen Civilrechts von Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856, p. 26) proprio perché l'«equità non è diritto» (ID., *Diritto delle pandette*, cit., p. 83), mentre anche nelle *actiones bonae fidei* si giudica secondo una regola di diritto, che è dettata dall'equità, così come nei *iudicia stricta* (dove *strictum* è, appunto, lo *iudicium* e non lo *ius*, cfr. ID., *L'actio del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno*, cit., pp. 40-41 e specialmente n. 2): nella stipulazione è equo (nel senso di «congruo») «non sconfinare [...] dalle parole delle parti»; nella compravendita è altrettanto equo «che si interpreti l'intenzione delle parti» (ID., *Diritto delle pandette*, cit., p. 195 n. 4). Inoltre già egli stesso percepiva la necessità di un equilibrio tra la necessità di un «diritto giusto» e il pericolo dell'«arbitrio del giudice» (ID., *Diritto delle pandette*, cit., p. 83 n. 4).

⁸² B. WINDSCHEID, *L'actio del diritto civile romano dal punto di vista del diritto odierno*, in B. WINDSCHEID – T. MUTHER, *Polemica intorno all'«actio»* (trad. it. a cura di E. HEINITZ – G. PUGLIESE), Firenze 1954, p. 40.

Parte della Pandettistica seguirà l'indirizzo del primo, altri quello del secondo, altri ancora giunsero a fondere le due impostazioni⁸³. Il ritorno alle fonti romane significò, per i primi, fedele aderenza al dettato del *corpus iuris civilis* giustiniano, dove spesso la *bona fides* richiama l'*aequitas* (o viceversa)⁸⁴; per i secondi, attualizzazione dogmatica delle fonti attraverso gli «schemi astratti di ascendenza giusnaturalistica»⁸⁵, che avrebbero prestato il fianco al «positivismo giuridico» in stato di avanzamento⁸⁶.

In questo contesto, anche nell'opera pionieristica di Pernice, che per primo cercò sistematicamente di ricostruire lo stato e le vicende di tutto il diritto privato anteriore alla compilazione⁸⁷, si percepisce una concreta difficoltà sia nello stabilire il confine tra *aequitas* e *bona fides*, sia nel delineare la distinzione, ritenendola ugualmente complicata, tra il giudizio «*ex fide bona*» e quello «*ex arbitratu tuo*»⁸⁸.

⁸³ H. DERNBURG parlava di «pieno potere» del giudice di decidere «con libertà di pensiero» (*Pandette* (trad. it. a cura di F. B. CICALA), I, Torino 1906, p. 396), mentre F. GLÜCK contrapponeva le *actiones bonae fidei* alle *actiones stricti iuris* sulla base del fatto che qui il giudice fosse «più libero», poiché «poteva, a norma dell'equità, determinare ciò che il convenuto» fosse «obbligato a dare all'attore» (*Commentario alle Pandette* (trad. it. a cura di G. DE MARINIS – C. FERRINI – F. SERAFINI), II, Milano, 1888, p. 678). Espressione di questa temperie scientifica saranno le voci enciclopediche redatte alla fine del secolo sulla *Pauky-Wissona* dove la *bona fides* («*bestem Gewissen*») si accompagna all'*aequitas* («*Billigkeit*»): R. LEONHARD, *s.v. Bona fides*, in *RE*, V, Stuttgart 1897, p. 696: «*Es bedeutet, dass da, wo Verpflichtungen nach bestem Gewissen erfüllt und beurteilt werden sollen, dem Ermessen des Richters ein freier Spielraum verbleibt, in dem es nach Billigkeit das Gesetzeswort ergänzen solb*»; T. KIPP, *s.v. Aequitas*, in *RE*, I, Stuttgart 1893, pp. 598 e ss. specialmente pp. 603-604.

⁸⁴ Per un esame dettagliato dei rapporti tra *aequitas* e *fides bona* si veda il, per certi aspetti, tutt'ora insuperato F. PRINGSHEIM, *Aequitas und bona fides, in Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano, 1931, pp. 185-214, ora in *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg, 1961, pp. 154-172; ma anche in ID., *Bonum et aequum*, in *ZSS*, 52, 1932, pp. 78-155, ora in *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg, 1961, pp. 173-223. Nella compilazione giustiniana si oscilla tra le tante disposizioni in cui è sempre la *bona fides* a richiamare l'*aequitas* (tra tutte si veda l'icastico Trifonino in D. 16, 3, 31 *pr.*: «*bona fides quae in contractibus excigitur aequitatem summam desiderat*») e una in particolare dove è invece l'*aequitas* a richiedere che debba esser presa in considerazione la *bona fides* (Diocleziano e Massimiano in C. 4, 10, 4: «*bonam fidem in contractibus considerari aequum est*»), su cui si veda M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, IV, Padova 2003, p. 298; E. STOLFI, *Bonae fidei interpretatio. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli 2004, p. 144 n. 54; M. TALAMANCA, *L'Aequitas nelle costituzioni imperiali del periodo epiclassico*, in G. SANTUCCI, «*Aequitas*». *Giornate in memoria di Paolo Sini*, Padova 2006, pp. 198 e ss.).

⁸⁵ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano 2000, p. 41.

⁸⁶ Per lo stretto legame fra Pandettistica e «positivismo legalistico», si veda F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, cit., p. 19 = *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, cit. Così anche R. ORESTANO, *Sulla didattica giuridica in Italia tra il XIX e il XX secolo*, in A. GIULIANI – N. PICARDI (a cura di), *L'educazione giuridica*, I, Perugia 1975, p. 138.

⁸⁷ Cfr. C. FERRINI, *Alfredo Pernice*, in *BIDR* 14, 1902, p. 81.

⁸⁸ A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, III, Aalen 1963 (rist. ed. 1895), p. 196: «*sich schwerlich eine scharfe Grenze zwischen Aequitas und bona fides und zwischen dem, was der Richter ex fide bona und auf Grund seines Arbitriums (ex arbitratu tuo) zu urteilen befugt ist, wird ziehen lassen*».

Come è noto, il generale indirizzo delineato sarà tralattivamente coltivato dalla romanistica contemporanea sino ai giorni nostri, con alcune accentuazioni – a tratti esasperazioni⁸⁹ – del primo punto di vista («equità»)⁹⁰ ovvero con più diffuse adesioni al secondo approccio («discrezionalità»)⁹¹. È proprio in relazione a questi ampi poteri – i quali rendono *liberum officium* del giudice (secondo la nota espressione gaiana in Gai. 4, 63 – «[...] *Liberum est tamen iudici* [...]» – e 114 – «[...] *liberum est officium iudicis* [...]») – che alcuni autori tutt’ora inseriscono, nell’ambito degli studi sui *bonae fidei iudicia*, espliciti richiami alla menomata esigenza di certezza del diritto.

⁸⁹ Cfr. le posizioni ‘estreme’ sui poteri equitativi e normativi su cui si collocava E. I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, Berlin 1871, pp. 154 e ss. *Contra* già O. LENEL, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, Heidelberg 1876, pp. 63 e ss.

⁹⁰ Mi sembra discostarsi dalle, come si vedrà *infra*, più numerose adesioni alla «discrezionalità», M. BRUTTI, *Il diritto privato nell’antica Roma*³, cit., pp. 450, 575, 602 il quale riconduce all’equità e al *bonum et aequum* i «vasti confini dell’accertamento» e la valutazione «maggiormente discrezionale» del giudice («valutare in base a criteri di correttezza ed equità». Egli infatti traduce Gai. 3, 137 («*Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*») in questo modo: «Così in questi contratti ciascuna parte si obbliga verso l’altra a prestare quanto è necessario secondo correttezza ed equità» (p. 489) e lo commenta equiparando la *fides bona* al *bonum et aequum*: «La determinazione delle prestazioni è più fluida e poliforme rispetto alle obbligazioni *verbis* o *litteris*. Fonte di essa è la volontà delle parti che, in caso di controversia, dovrà essere valutata dal giudice, tenendo conto dell’insieme del rapporto e in base al *bonum et aequum*. I *iudicia bona fidei* danno al giudice poteri molto estesi, sia per quanto riguarda la considerazione equitativa della posizione di ciascuna parte, sia per la misura della condanna [...]. La buona fede, che nelle formule giudiziarie è nozione equivalente al *bonum et aequum* di cui parlano i giuristi, costituisce il fondamento dell’obbligazione e contemporaneamente segna i suoi limiti» (pp. 489-490).

⁹¹ Solo per un rapido sguardo alla più recente manualistica, si veda innanzitutto il *reference book* di M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, München 1975, p. 333 il quale ha enfatizzato per lo più l’«*Ermessensspielraum*» («margine di discrezionalità») di cui, in ‘diritto classico’, godeva il giudice nei giudizi con formule contenenti la clausola «*ex fide bona*». Seguono la linea della «discrezionalità» nell’esercizio dell’*officium iudicis* – spesso attraverso parallelismi con le *actiones arbitrariae* o i giudizi arbitrari – M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 290, 314, 315, 644, 655 («amplicissimi poteri conferiti al giudice»; «prudente valutazione»; «ampia discrezionalità»); A. BURDESE, *Manuale di diritto privato*⁴, Torino, 1993, p. 100 («estensione dei poteri», «ampio potere discrezionale»); M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo, 1994, pp. 81 n. 5, 92-93, 98 n. 79, 119, 443 («ampiezza di giudizio»; «ampia discrezionalità»); G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*², cit., pp. 160, 273, 385, 435, 441, 459 («discrezionalità propria dei *bonae fidei iudicia*»; «valutazione discrezionale del giudice»; «ampio potere di valutare la condotta»; «ambito discrezionale» dell’*officium iudicis*; «particolare elasticità dell’*officium iudicis*»); C. A. CANNATA, *Istituzioni di diritto romano*, I, Torino 2001, pp. 115, 149 («potere discrezionale» del giudice «assai esteso»; «più ampio potere discrezionale»); E. STOLFI, *Il processo civile*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Diritto privato romano. Un profilo storico*², Torino 2010, p. 140 («ampio margine di apprezzamento»; «maggiore libertà rispetto al tenore della *formula*»); A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino 2015, p. 243 («ampia libertà di valutare le ragioni delle parti»).

2. LE PROLUSIONI DI SCIALOJA DEL 1879 E DI FADDA DEL 1881. LA RICERCA DI UNA «SICUREZZA-PREVEDIBILITÀ» NEI *BONAE FIDEI IUDICIA*

A) L'«EQUILIBRIO» DI SCIALOJA.

In Italia nella seconda metà dell'800, ondeggiando tra le posizioni dei due Maestri tedeschi, si darà avvio, negli studi sull'*officium iudicis* nei *bonae fidei iudicia*, rispettivamente, a un avvicinamento o a una divaricazione tra *aequitas* – e i conseguenti poteri equitativi del giudice – e *bona fides*⁹², entrando in gioco i principi su delineati di «sicurezza giuridica» e di «certezza del diritto».

Si tratta di un «periodo di storia europea», quello «che copre gli anni dalla metà del secolo decimonono sino ai bagliori della prima guerra mondiale», che – come è stato efficacemente affermato – «si consegna al nostro ricordo come il 'mondo della sicurezza'»⁹³.

È a tutti noto che la scienza giuridica italiana sul finire del secolo XIX, «informata al più assoluto giuspositivismo» e fondata sul «culto della legge e della certezza del diritto» non gradi – sul piano del diritto positivo – la carica eversiva dell'accostamento codicistico delle due nozioni – equità e buona fede – «la cui portata, per definizione, non può essere predeterminata dal legislatore» e il cui conseguente «margine di apprezzamento caso per caso» lasciato al decidente fu percepito come una concreta «minaccia» alla «certezza del diritto»⁹⁴.

Sono infatti gli anni in cui – come è stato affermato – la buona fede era «coniugata con l'equità», attraverso il nuovo art. 1124 del codice civile del 1865⁹⁵, dove appunto, a ricezione delle impostazioni francesi⁹⁶, la buona fede nell'esecuzione implicava anche «l'inclusione nel

⁹² Cfr. E. STOLFI, *Bonae fidei interpretatio. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli 2004, pp. 224-257 dove l'altalena tra *aequitas* e *bona fides* viene raccontata alla luce del superamento o meno della distinzione tra *actiones bonae fidei* e *stricti iuris* e sotto il più generale profilo del ruolo svolto dall'interpretazione di buona fede.

⁹³ N. IRTI, *L'età della decodificazione*⁴, cit., p. 21 dove riporta la «formula» 'mondo della sicurezza' suggerita da S. ZWEIG, *Il mondo di ieri*⁵ (trad. it. a cura di L. MAZZUCCHETTI), Milano 1954, p. 14.

⁹⁴ E. STOLFI, *Bonae fidei interpretatio. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 2004, pp. 228-229. Sul rapporto tra buona fede oggettiva, codici civili e sistemi giuridici 'chiusi' di tradizione romanistica, si vedano R. CARDILLI, *La «buona fede» tra codici e giuristi*, in «*Bona fides*» tra storia e sistema³, Torino 2014; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, IV, Padova 2003, pp. 20 e ss.

⁹⁵ Che, a differenza del *Code Civil* del 1804, riunisce in un solo articolo di legge le due disposizioni normative: equità integrativa del contratto (art. 1135 *Code Civil*) e buona fede regolatrice dell'esecuzione (art. 1134 comma 3 *Code Civil*). Cfr. X. J. D'OTHÉE, *Quelques réflexions sur le rôle de la «bonne foi et équité» dans notre code civil*, in *Aequitas und bona fides. Festgabe zum 70 Geburtstag von August Simonius*, Basel 1955, pp. 161-166.

⁹⁶ Più che nel *Code* stesso *sic et simpliciter* – dove come si è appena visto le due nozioni erano separate (dettaglio non sottolineato con particolare enfasi da G. ASTUTI, *Il «Code Napoléon» in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani successivi*, in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, II, Napoli 1984, pp. 786-787, secondo il quale «per quanto riguarda le regole generali dei contratti, concernenti i requisiti

contratto (ad opera del giudice) di clausole dettate dall'equità»⁹⁷. Anni anche in cui lo studio del diritto romano – è noto – si coniugava a quello del diritto positivo⁹⁸, e dove le attuali istanze di certezza giuridica convergevano, dunque, nell'opera di due romanisti-civilisti «di notevole statura»⁹⁹: Vittorio Scialoja e Carlo Fadda.

Si può da subito notare che non si tratta di un puro caso se Fadda fu il traduttore del *Lehrbuch* di Windscheid e se Scialoja lo è stato invece del *System* di Savigny¹⁰⁰: entrambi – così

essenziali per la loro validità, i loro effetti, la loro interpretazione, il codice italiano del 1865 non presenta sostanziali novità rispetto al *Code Napoléon*» tranne «alcuni ritocchi formali», attraverso i quali Astuti, evidentemente, alludeva anche all'art. 1124) – le radici della scelta del legislatore del 1865, circa la fusione 'fredda' tra l'equità integrativa e la buona fede esecutiva, sembrano potersi rintracciare in quel filone interpretativo che parte dalla seconda metà del '600 francese con J. DOMAT, *Le loix civiles dans leur ordre naturel*, in *Oeuvres complètes*, Parigi 1835 (nuova edizione), p. 134, e giunge alla successiva e «frequente lettura combinata dei due articoli» del neonato *Code Napoléon* (artt. 1134 e 1135) da parte di autori quali C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code, ouvrage dans lequel on a réuni la théorie à la pratique*, nouvelle édition, III, Bruxelles 1837, p. 357. Sul punto si vedano le ricostruzioni di E. STOLFI, *Bonae fidei interpretatio*, cit., pp. 209 e ss., 225 e ss., 248-249 n. 57; e di G. ALPA, *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, I, Padova 2003, pp. 160 e ss., specialmente 164 dove sottolinea che l'art. 1124 «esprime in modo più esplicito un indirizzo di pensiero ormai accreditato nei manuali e nei trattati più frequentemente usati e tradotti». Su Jean Domat quale precursore della buona fede integrativa vedi però anche la differente ricostruzione di E. RUSSO, *Jean Domat, la buona fede e l'integrazione del contratto*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano 2006, pp. 769 e ss.

⁹⁷ G. ALPA, *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, I, Padova 2003, pp. 164 e 168. E. STOLFI, *Bonae fidei interpretatio. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli 2004, p. 222 n. 1: «la circostanza che» nel codice civile italiano del 1865, diversamente da quello vigente, «il richiamo alla buona fede e all'equità avvenisse all'interno della medesima disposizione, è non poco significativo, rispecchiando la diffusa coscienza della contiguità e quasi dell'inscindibilità delle due figure». F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, I, Padova 2003, p. 233 definisce invece la «commistione» tra buona fede ed equità «ambigua e inconcludente», esaltando la distinzione «chiarificatrice» presente nel codice civile italiano del 1942 (artt. 1374 e 1375) e nel *Code Napoléon* (artt. 1134 e 1135). Sul punto si veda anche la ricostruzione storica di D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato dal codice Napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Milano 1970.

⁹⁸ Nell'ultimo decennio del secolo XIX «fu sempre più frequente l'identificazione fra il romanista custode ed elargitore di una dommatica purissima e il cultore del diritto positivo» (P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 387); cfr. M. TALAMANCA, *La romanistica italiana fra Otto e Novecento*, in *Index* 23, 1995, p. 172-173; A. ROCCO, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in *Rivista di diritto commerciale* 9, 1 1911, pp. 285 e ss.

⁹⁹ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano 2000, p. 42.

¹⁰⁰ Da qui uno degli episodi della loro attività scientifica che portarono V. ARANGIO-RUIZ, *Carlo Fadda (necrologio)*, in *AG* 108, 1932, p. 110 a individuare una «gara animosa» tra Fadda e Scialoja. Ne è testimonianza anche il parallelismo tra le due prolusioni – quella a Camerino di Scialoja nel 1879 e quella di Fadda a Macerata nel 1881 – che vertono sugli stessi temi (ovvero il rapporto tra il diritto positivo e l'equità giudiziale), colta anche da M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, cit., p. 55; così come lo può essere anche la divergenza di vedute sulla qualifica dei diritti tutelati dalle azioni popolari romane, sottolineata da A. DI PORTO, *Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino 2013, p. 12 n. 18 (V. SCIALOJA, *Prefazione* alla traduzione de *Le azioni popolari romane* di C. G. BRUNS, in *AG* 28, 1882, pp. 166 e ss., ora in *Studi giuridici*, I.1, Roma 1933, pp. 108 e ss.; C. FADDA, *L'azione popolare. Studio di diritto romano e attuale*, I, Torino 1894, pp. 306 e ss.). Sulla non casualità della traduzione del

mi sembra – seguirono e svilupparono reciprocamente le su esposte linee interpretative degli autori tradotti, attraversate in modo trasversale dalla nuova richiesta di certezza del diritto, con chiare ripercussioni sulle riflessioni intorno all’esperienza giuridica di Roma, in generale, e ai *bonae fidei iudicia*, in particolare.

Di questa esigenza si farà per primo portavoce autorevole Scialoja che, nella nota prolusione camerte *Del diritto positivo e dell’equità*¹⁰¹ – dove la certezza del diritto è il *Leitmotiv* del discorso¹⁰² – inciderà sulla necessità di un diritto certo che, tanto nell’esperienza romana

System da parte di Scialoja si veda anche E. STOLFI, *Giuristi, ideologie e codici. Scialoja e Betti sull’interpretazione di Massimo Brutti*, in *Sociologia* 48, 2014, p. 75 n. 26.

¹⁰¹ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell’equità*, in *Studi giuridici*, III, Roma, 1932-34, pp. 1 e ss., ora in *Annali della Facoltà Giuridica dell’Università di Camerino*, 1, 2012, pp. 179-205. Per P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, pp. 43-44, il saggio – «funesto e onnicitato», «una delle ipoteche più pesanti nella storia della civilistica moderna e contemporanea», «pietra angolare per tutto lo svolgimento del diritto civile italiano», «specchio fedele delle prevenzioni di un positivismo legalistico esasperato» (P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 398, n. 41, 407-408) – fu «troppo famoso» e «troppo influente» nella formazione dei romanisti-civilisti di estrazione «statualista e legalista», che si «sentiranno in dovere di recitare ripetitivamente come un monotono rosario» (P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 408). Un giudizio simile ha espresso F. CALASSO, *s.v. Equità (premessa storica)*, in *ED XV*, Milano 1966, p. 68, che parla «drammaticamente» del processo storico entro il quale si inserisce il «drastico» giudizio del «giovannissimo Scialoja». È nel primo numero nella Nuova Serie degli *Annali della Facoltà Giuridica dell’Università di Camerino* che è stato ripubblicato nel 2012 il discorso dell’esordiente Scialoja, accompagnato da alcuni saggi a commento del tema della prolusione: F. MERCOGLIANO, *Italia «legibus fundata». Rileggendo la prolusione camerte di Scialoja su diritto positivo ed equità*, pp. 171-178 (poi confluito in F. MERCOGLIANO, *Fundamenta*², Napoli 2012, Cap. IV, *Metodologia: Vittorio Scialoja*); L. SOLIDORO MARUOTTI, *Aequitas et ius scriptum. Profili storici*, pp. 207-320; R. CALVO, *L’equità nel diritto civile (studio sull’attualità della sentenza celsina «ius est ars boni et aequi»)*, pp. 321-374. Tra gli ultimi anche M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, cit., specialmente pp. 34-46 e C. LATINI, *«L’araba fenice». Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra otto e novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 35, Milano 2006, pp. 595-721 specialmente pp. 605 e ss. Sul *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano “Vittorio Scialoja”* del 2011 e del 2012 sono apparsi contributi dedicati a Vittorio Scialoja, tra cui A. CARRATTA, *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, in *BIDR* 105, 2011, dove alle pp.130 e ss. commenta la «guerra» tra diritto positivo ed equità oggetto di riflessione della prolusione camerte. Da ultimo le voci enciclopediche di E. STOLFI, *Vittorio Scialoja*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice. Diritto*, Roma 2012, pp. 399 e ss. e ID., *s.v. Scialoja Vittorio*, in *Dizionario del Liberalismo italiano*, II, Soveria Mannelli 2015, pp. 1012 ss. e le riflessioni confluite in ID., *Giuristi, ideologie e codici. Scialoja e Betti sull’interpretazione di Massimo Brutti*, in *Sociologia* 48, 2014, pp. 85 e ss.; E. STOLFI, *Il principio di equità*, in G. FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli 2015, pp. 521 e ss. e ID., *Ancora su Vittorio Scialoja (ed Emilio Betti)*, in I. PIRRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, VII, Lecce 2016, pp. 61 e ss.

¹⁰² Per Scialoja sono le forme giuridiche a rendere «più sicura» l’«applicazione del diritto» (V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell’equità*, cit., p. 186), in mancanza delle quali l’accettazione del «nudo criterio» del giudice significherebbe ridurre tutto «in quella incertezza che dal diritto appunto si vuole tolta di mezzo» (ID., *Del diritto positivo e dell’equità*, cit., p. 186); grazie al formalismo giuridico le parti, ad esempio, conoscendo «in modo sicuro la propria capacità di fronte al diritto, possono essere certe della validità» dei propri atti (ID., *Del diritto positivo e dell’equità*, cit., p. 187); così come il «bisogno di certezza» – e cioè l’«amor di libertà» (ID., *Del diritto positivo e dell’equità*, cit., p. 189) – è alla base delle ‘codificazioni’ antiche e moderne, dalle XII Tavole ai codici ottocenteschi, ed è ispirazione dei suoi più remoti e imperfetti tentativi, a partire dalle incompiute raccolte di leggi di Pompeo (Isid. *orig.* 5, 1, 5) e di Cesare (Svet. *Caes.* 44, 2) (ID., *Del diritto positivo e dell’equità*, cit., pp. 189-193). Su questi ultimi si veda anche E. GABBA, *Tendenze all’unificazione normativa nel diritto pubblico tardo-repubblicano*, in M. SARGENTI – G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell’esperienza giuridica romana*, cit., p. 176, secondo il quale i

quanto nel diritto positivo, ha rappresentato e rappresenta un valore che non può cedere il passo al riconoscimento al giudice di poteri equitativi: il diritto «tradirebbe» così «il proprio ufficio, privando gli uomini della certezza» che è invece in grado di garantirgli la sola norma positiva¹⁰³.

Quanto però ai *bonae fidei iudicia* dell'esperienza romana la sua opinione appare più equilibrata, non trascurando il ruolo incisivo dell'*aequitas*, di cui si deve fare interprete lo *iudex*, così come aveva già messo in luce lo stesso Savigny¹⁰⁴. È nelle note aggiunte al discorso al momento della pubblicazione che traspare un lucido monito, il quale è destinato, a mio parere, a far luce sulle posizioni di Scialoja sul punto¹⁰⁵: è fuori di dubbio «l'ammissibilità della *aequitas* nel giudizio per le azioni *bonae fidei* e specialmente per le *arbitrariae*»¹⁰⁶.

Come è noto, Scialoja, nel suo celebre discorso camerte, si prefisse il compito di «tener conto del dovere del giudice di non oltrepassare i suoi poteri, dando effetti giuridici a ciò che non è diritto»¹⁰⁷, proclamando così la propria battaglia contro il «primato della morale nei giudizi (quindi delle scelte individuali dei giudici)», al suo tempo in voga nel pensiero di alcuni «studiosi ed alti magistrati»¹⁰⁸.

Il Maestro riconosceva però il valore dell'equità quando essa era «accettata» espressamente dallo stesso diritto positivo: per Scialoja era il caso, quanto al diritto vigente dell'epoca, proprio

tentativi di raccolta di leggi di Pompeo e Cesare intendevano rispondere alla «richiesta di chiarezza e certezza, contro dispersione, difficoltà di conoscenze, arbitrarietà di documentazione».

¹⁰³ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 188.

¹⁰⁴ Segue, dunque, l'impostazione 'equitativa' del Maestro tradotto, confermando il giudizio che ne darà S. RICCOBONO nel suo elogio commemorativo (*Vittorio Scialoja*, in *BIDR* 42, 1934, pp. 3-5: se De Crescenzo «non esercitò su di lui alcuno influsso», sarà Savigny invece ad esercitarlo sul giovane Scialoja in modo «più profondo».

¹⁰⁵ Lo stesso Scialoja, nella prima nota del discorso dato alle stampe, giustifica l'aggiunta delle stesse così: «per meglio dichiarare alcuni punti oscuri o troppo recisamente affermati», notazioni a piè di pagina che «peraltro non valgono a togliere al presente lavoro il suo carattere di scritto d'occasione» (V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Studi giuridici*, III, Roma, 1932-34, pp. 1 e ss., ora in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1, 2012, p. 179 n. 1). Se è vero che Scialoja quando «non scrive parla», essendo la sua produzione «per tre quarti parlata» e dimostrando una certa «ripugnanza a scrivere» in virtù di quella «insoddisfazione del lavoro compiuto che è fortissima» negli scienziati dove l'autocritica è «vigile e magari eccessiva» (S. RICCOBONO, *Vittorio Scialoja*, in *BIDR* 42, 1934, p. 21), in questo caso è proprio dalle aggiunte scritte apportate al discorso che emerge un temperamento delle tesi esposte a voce, quasi a meglio precisare, premurosamente e tra le note, la meno ponderata «parola detta».

¹⁰⁶ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Studi giuridici*, III, Roma, 1932-34, pp. 1 e ss., ora in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1, 2012, p. 192, n. 9. Accoglie, inoltre, la suddivisione delle fonti «sotto diverse categorie», nelle quali si manifesta l'operatività dell'*aequitas* romana, effettuata da M. VOIGT, *Das ius naturale, aequum bonum et ius gentium*, I, Lipsiae 1856, pp. 368 e ss. e tra le quali spicca quella delle «obbligazioni assunte in buona fede» (V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 191 e n. 9). Ricordava, difatti, che quando «alle antiche tradizioni si sostituì l'equità» ecco che «nelle obbligazioni si ebbe maggior riguardo alla buona fede» (ID., *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 190-191).

¹⁰⁷ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 204.

¹⁰⁸ M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, cit., p. 42 n. 59.

degli articoli del codice civile del 1865 che facevano «espressa menzione dell'equità»: tra di essi, il già citato art. 1124, norma dove l'«equità si appaia[va] alla buona fede esecutiva»¹⁰⁹. Si trattava di «ipotesi eccezionali»¹¹⁰ (richiamate dallo stesso Scialoja: artt. 463, 578, 1124, 1652, 1718 c.c.), attraverso le quali il legislatore del 1865 voleva «rinviare il giudice alla propria coscienza ed al sentimento universale», rinvio che – sono le parole di Scialoja – poteva «in tali casi servir di criterio al giudice appunto e solamente perché il diritto positivo glielo permette[va]: il quale non volendo sottoporre la materia a regole fisse, [aveva] imposto alle parti una specie di arbitramento»¹¹¹.

Quanto al diritto romano invece questo era il caso del «giudizio per le azioni *bonae fidei*» dove l'*aequitas* era «appunto dal diritto stesso accettata». Proprio quell'*aequitas* dove la «materia giuridica» si trovava «allo stato amorfo» in opposizione al diritto positivo, dove essa era invece «schietta e cristallizzata»¹¹².

Seguendo un già collaudato metodo di indagine¹¹³, la lettura delle lezioni della *Procedura civile romana* (1894, ed. 1936) e dei *Negozi giuridici* (1892-1893, ed. 1933) combinata con quella della prolusione del 1879 sembrerebbe provare con più sicurezza una serena accettazione da parte di Scialoja di una decisione equitativa dello *iudex* nei *bonae fidei iudicia*.

In entrambe queste *Lezioni*, infatti, ebbe a parlare di «data facoltà» e di «libertà di apprezzamento» del giudice¹¹⁴, dove la «conseguenza giuridica» a cui il giudicante può giungere non è mai «certa»¹¹⁵, essendo la *bona fides* – sia nella teorica del diritto delle obbligazioni che in

¹⁰⁹ G. ALPA, *La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, I, Padova 2003, p. 170.

¹¹⁰ A. CARRATTA, *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, in *BIDR* 105, 2011, p. 131.

¹¹¹ V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 204.

¹¹² Il corsivo è mio. V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 194.

¹¹³ Cfr. A. DI PORTO, *Il pensiero del giovane Scialoja sui beni demaniali di uso pubblico: fra proprietà dello Stato e azione popolare. Alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *BIDR* 106, 2012, pp. 97 e ss. ora in *Res in usu pubblico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino 2013, pp. 77 e ss., il quale propone una lettura «in combinata» di alcuni scritti di Scialoja per meglio inquadrare le tesi dell'autore.

¹¹⁴ V. SCIALOJA, *Esercizio e difesa dei diritti. Procedura civile romana*, Roma 1894, pp. 534 e 536. Più specificamente ecco le sue lucidissime parole: «nelle azioni di buona fede [...] il fondamento giuridico è una regola di buona fede, per conseguenza il giudice colla sua stessa coscienza, che fa parte di quella popolare coscienza sulla quale si fonda la regola di buona fede, interviene un poco anch'egli a determinarne la portata: è chiamato a vedere quale sia la regola di diritto fissata dalla coscienza dei galantuomini, ed egli come galantuomo partecipa alla costituzione, o almeno alla delimitazione di questa regola giuridica, apprezza poi tutte le circostanze che gli si possono mettere innanzi, e liberamente definisce quale influenza esse possano avere nel far variare le conclusioni, a cui deve giungere nel giudizio» (p. 534).

¹¹⁵ V. SCIALOJA, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano nella R. Università di Roma nell'anno accademico 1892-1893 raccolto dai dottori Mapei e Giannini*, Roma, 1933, pp. 80-81: «nei negozi di buona fede la norma giuridica che deve regolarli è sempre fondata sopra la buona fede, la quale è già di per sé cosa né fissa né invariabile, né certa, come la regola di stretto diritto; d'altra parte è contenuto d'ogni regola di buona fede di aver riguardo a tutte le circostanze possibili e di controbilanciare gli effetti che ciascuna di queste

quella dei diritti reali – un «concetto più che giuridico» ovvero «sociale», a cui non è possibile «dare una definizione giuridica»¹¹⁶.

Si tratta di una lettura combinata che trova una chiara sintesi nelle lezioni degli anni 1911-1912, raccolte e redatte dagli allievi e pubblicate con una prefazione di Emilio Albertario nel 1934¹¹⁷: nei giudizi di buona fede il giudice era «rinviato alle norme *meno cristallizzate* della buona fede» di cui se ne doveva fare interprete¹¹⁸, «ispirandosi a giustizia ed equità» e da cui ne derivava «una maggiore latitudine della sua libertà»¹¹⁹.

Per Scialoja, qui, non c'era più spazio per lo «schema giuridico rigoroso» formulato a guisa di «sillogismo inflessibile», dove data per «premessa maggiore» la legge e per «premessa minore» il fatto dedotto nella *formula-iudicium*, il giudice doveva trarre conseguenze «precise» e «rigorose», e cioè «condanna certa» o «assoluzione». Nei *bonae fidei iudicia* – ammoniva Scialoja – la «maggiore libertà di esame» e il «giudizio largo e minuzioso» riconosciuto allo *index* erano volti a dare risposta all'«infinita varietà delle relazioni possibili tra gli uomini», tra le quali potevano «sorgere ben altri rapporti, complicati da circostanze numerose» che «talora cozza[va]no tra di loro» rispetto alla «semplicità del rapporto originario»¹²⁰.

Nonostante queste affermazioni, non giungeva a rinnegare il valore della «certezza», proprio nelle pagine del corso istituzionale dove argomentava sul diritto positivo e l'equità: «il diritto ha fra i suoi bisogni essenziali quello della certezza» ma la certezza «non può andare troppo a scapito della bontà». Ecco perché quando lo stesso diritto positivo – secondo Scialoja – «non arriva a dettare una norma precisa, definitiva, esatta, richiama esso stesso l'equità»: il diritto romano era «pieno di questi richiami all'equità» e ne era pieno persino il codice civile

circostanze di per sé potrebbe produrre, sicché nel giudizio *bonae fidei* non vi può mai essere quell'assoluta certezza dell'ultima conclusione a cui il giudice può arrivare, certezza che si può avere invece nei negozi *stricti iuris* (o anche *stricti iudicii*)».

¹¹⁶ V. SCIALOJA, *La proprietà nel diritto romano*, II, Roma, 1932, pp. 128-129. Sulla indefinibilità della *bona fides* secondo Scialoja si veda la discussione tra Carcaterra e Biondi (B. BIONDI, *Recensione a A. CARCATERRA, Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, in *IURA* 16, 1965, p. 262; A. CARCATERRA, *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, in *SDHI* 33, 1967, p. 83).

¹¹⁷ Per il legame di Emilio Albertario con Vittorio Scialoja si veda E. ALBERTARIO, *Vittorio Scialoja*, in *Annuario dell'Università degli studi di Roma*, 1933-1934, ora in *Studi di diritto romano*, VI, Milano 1953, pp. 641 e ss.

¹¹⁸ Anche qui il corsivo è mio: come solo l'*aequitas* positivizzata è «cristallizzata», così le norme giuridiche richiamate dalla *bona fides* sono «meno cristallizzate» (V. SCIALOJA, *Corso di Istituzioni di diritto romano (1911-1912)*, Roma 1934, p. 29). Anche B. ALBANESE, *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del diritto*, cit., p. 174 nel riassumere le vicende del «celebre contrasto tra diritto ed equità», circa cinquant'anni dopo Scialoja asseriva che il diritto tende ad apparire ingiusto proprio quando risulta «cristallizzato in norme precise».

¹¹⁹ V. SCIALOJA, *Corso di Istituzioni di diritto romano (1911-1912)*, cit., pp. 206 e 154.

¹²⁰ V. SCIALOJA, *Corso di Istituzioni di diritto romano (1911-1912)*, cit., p. 206.

del 1865, che spesso lasciava «al giudice una certa libertà di apprezzamento» affinché egli potesse «applicare al caso concreto una norma che il legislatore non [aveva] saputo indicare»¹²¹.

Mi pare evidente, allora, la presenza nell'opera di Scialoja di un «equilibrio»¹²², che non trova conferma nelle comunemente accettate attribuzioni di «corifeo», insieme a Fadda, del «vecchio positivismo giuridico ottocentesco», per il quale l'equità era «una forza – e un potere – che si addicono al legislatore; forza e potere che vanno negati al giudice»¹²³.

Questa «forza» e questo «potere» invece – per Scialoja – possono competere al giudicante quando il «diritto positivo glielo permette»: i *bonae fidei iudicia*, per l'ormai «morto» diritto romano¹²⁴; l'art. 1124 c.c. del 1865, tra gli altri, per il diritto positivo dell'epoca. Casi in cui la *bona fides* e l'*aequitas*, da un lato, e l'esecuzione di buona fede e l'integrazione equitativa, dall'altro, si «appaiano»¹²⁵.

Tutto ciò in armonia e non in antitesi con l'esigenza di certezza giuridica – evidentemente intesa come «sicurezza-prevedibilità» della decisione del giudicante – garantita pienamente anche e soprattutto dal diritto «cristallizzato» e dal «sillogismo giuridico» espressi nelle *formulae* del processo formulare.

Lo spunto che si trae da queste posizioni «equilibrate» risiede – e come si vedrà (*infra* cap. V) è questo il motivo per cui ho ritenuto opportuno insistere maggiormente sulla «visione» di Scialoja – proprio nella ricerca di un eventuale equilibrio, sul campo minato della prevedibilità processuale, fra questi due poli del processo *per formulas*: la decisione discrezionale ed equitativa dello *index* che si estrinseca nell'esercizio libero del suo *officium* nell'ambito dei *bonae fidei iudicia* e la «cristallizzazione» dello *ius* nel «sillogismo giuridico» delle *formulae*.

¹²¹ V. SCIALOJA, *Corso di Istituzioni di diritto romano (1911-1912)*, cit., p. 29.

¹²² Esaltato anche da N. IRTI, *Del ritorno ai classici (e del negozio giuridico nel pensiero di Vittorio Scialoja)*, in *BIDR* 105, 2011, p. 92.

¹²³ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano 2000, pp. 43-44 e 140.

¹²⁴ Così come lo ebbe a definire lo stesso V. SCIALOJA, *Sul metodo d'insegnamento del diritto romano nelle Università italiane. Lettera al Prof. F. Serafini*, in *AG*, 26, 1881, p. 489.

¹²⁵ La presenza nel pensiero di Scialoja di una «ricerca di soluzioni equilibrate» non appare isolata, in quanto dimostrata recentemente da A. DI PORTO (*Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino 2013, p. XXIII) anche in materia di atti emulativi e di proprietà e difesa dei beni demaniali (in particolare in ID., *Il pensiero del giovane Scialoja sui beni demaniali di uso pubblico: fra proprietà dello Stato e azione popolare. Alla ricerca di un difficile equilibrio*, già in *BIDR* 106, 2012, pp. 97 e ss.). Concorde con l'«equilibrio», sottolineato in particolare da N. IRTI, *Del ritorno ai classici (e del negozio giuridico nel pensiero di Vittorio Scialoja)*, in *BIDR* 105, 2011, p. 92, è E. STOLFI, *Giuristi, ideologie e codici. Scialoja e Betti sull'interpretazione di Massimo Brutti*, in *Sociologia* 48, 2014, p. 76. Già R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., pp. 506 e ss. nell'esaltare le doti di Scialoja – «Maestro dei Maestri» – celebrava il suo «ingegno altissimo» e il «perfetto equilibrio, in lui, dello storico del diritto e del cultore del diritto moderno [...] in una parola sola, del giurista».

B) LO «SPIRITO FEBBRILE» DI FADDA.

Fadda, nel commento al *Lehrbuch des Pandektenrechts* di Bernhard Windscheid, di cui forniva assieme a Bensa una traduzione in italiano – commento consistente in un apparato di note complesso e articolato tale da renderlo sostanzialmente un’opera autonoma¹²⁶ – si appaiò però solo in parte all’«ala dogmatica» dell’autore tradotto¹²⁷, fondendola colle nuove esigenze del «positivismo giuridico»¹²⁸: secondo il traduttore, poiché il giudice non doveva avere «altra norma che il diritto positivo», anche nei giudizi *bonae fidei* egli doveva «applicare i precetti positivi espressi»¹²⁹.

In uno scritto apparso sulla neonata *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, aveva già manifestato il suo pensiero sul punto: l’*arbitrium* del giudice nei *bonae fidei iudicia* «non è di sicuro un arbitrio assoluto, astratto: non può egli a suo libito riconoscere o negare l’esistenza di un diritto» che deve anzi «preesistere oggettivamente» in quanto non è una «creazione del giudice».

¹²⁶ F. MAROI, *Carlo Fadda*, Padova 1931, p. 12 ne parla come di un «*aureum miliarum*» studiato e ricordato da ogni civilista «*ut carmen necessarium*». Lo stretto rapporto instauratosi tra gli studiosi del diritto positivo e le *Note* di Fadda e Bensa al *Lehrbuch*, su cui si formarono decine di civilisti del tempo, sempre per GROSSI (*Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, p. 43), comportò l’assunzione delle *Note* «al duplice rango di manifesto del pandettismo civilistico» e di «breve per ogni civilista e, forse, per ogni giurista».

¹²⁷ Scorge una generale divergenza tra l’impostazione delle *Note* di Fadda e il contenuto delle *Pandette* di Windscheid V. ARANGIO-RUIZ, *Carlo Fadda (necrologio)*, in *AG* 108, 1932, p. 112: nel domandarsi se l’annotatore «fosse congeniale all’autore», arriva a intravedere «un abisso fra quel [*scil.* di Windscheid] pensiero apollineo, perfettamente equilibrato nella persuasione della verità raggiunta, e lo spirito febbrile di Fadda, sempre ansioso di una verità più profonda, percorso, sotto il manto della forma impeccabile, da un fervore dionisiaco».

¹²⁸ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano 2000, p. 43. Meno conforme al rintracciato equilibrio scialojano – per via, come si è visto, del diverso atteggiamento riguardo ai poteri del giudice nei *bonae fidei iudicia* – è il medesimo giudizio critico che P. GROSSI (*Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, pp. 43-44 e 140; ID., *Introduzione al novecento giuridico*, Bari 2012, pp. 15-16) esprime sull’opera e sul pensiero di Vittorio Scialoja (1856-1933), così come su quello del coetaneo Fadda (1853-1931), che assieme rappresentarono i «veicoli più idonei» dei «fasti aurei del diritto romano» dell’ultimo decennio dell’800. La definizione di «legalismo» data da Grossi alla concezione del diritto di Scialoja è stata messa in dubbio recentemente anche da M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, cit., p. 4: «non si può dire che» Scialoja «rappresenti le norme positive soltanto come un insieme chiuso ed appiattito sul presente. Anzi, egli ammette un’interpretazione capace di integrare le disposizioni in vigore attingendo a principi che le trascendono». E tra essi – per Scialoja – vi è evidentemente l’*aequitas* romana, soprattutto nei *bonae fidei iudicia*. Così ora anche E. STOLFI, *Giuristi, ideologie e codici. Scialoja e Betti sull’interpretazione di Massimo Brutti*, in *Sociologia* 48, 2014, p. 85 e ID., *Il principio di equità*, in G. FURGIUELE (a cura di), *Salvatore Romano*, Napoli 2015, p. 530.

¹²⁹ C. FADDA (trad. it. a cura di), B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, I, Milano-Roma-Napoli, 1902, n. x al § 28, p. 139. Con la precisazione che, qualora essi manchino, egli possa «cercare la soluzione delle questioni nei principi generali dell’*aequum et bonum*». Fa però – come si suole dire – rientrare a forza dalla finestra ciò che era dovuto uscire necessariamente dalla porta, quando afferma che il *bonum et aequum*, «cui il giudice deve far capo», non è nient’altro che «qualcosa di giuridico», sulla scorta dei contemporanei ‘principi generali del diritto’.

Egli «è tenuto a riconoscere il diritto quando gli sembri che la *bona fides* lo riecheggia. Talché la base del diritto è nella buona fede: ma l'esplicazione ha luogo *officio iudicis*»¹³⁰.

Il «primo e ultimo pandettista»¹³¹ italiano si fece quindi anch'esso portavoce di questa istanza, intravedendo nel diritto romano delle Pandette – con i suoi espliciti richiami alle regole sull'*officium iudicis* – una chiara conferma delle contemporanee esigenze di certezza giuridica¹³².

¹³⁰ C. FADDA, *Le usurae quae officio iudicis praestantur*, in *RISG*, 2, 1886, p. 360. Emerge, comunque, il ruolo dell'*aequitas*, dell'*aequum et bonum* e della «morale sociale» – anche nelle riflessioni di Fadda (pp. 359, 368, 372,) – quali fondamenti della norma giuridica di cui il giudice deve farsi «*medium*» il quale «fa valere un diritto, già esistente, del creditore» che si limita quindi a riconoscere (p. 363, traducendo le parole di G. CARUS, *Die selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen nach römischem, gemeinem deutschen Recht und der neueren Gesetzgebung*, Halle 1876, p. 30).

¹³¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Carlo Fadda (necrologio)*, in *AG* 108, 1932, p. 110.

¹³² Quanto al rapporto tra *ius* ed *aequitas*, per M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, cit., p. 56, Fadda «condivide le tesi scialojane sul diritto positivo. Ribadisce la supremazia di questo rispetto ai giudizi di valore individuali. Afferma che la lotta fra il diritto positivo e l'equità è ineluttabile» e – cita le parole di Fadda – «in questa lotta il giudice non può scendere: per lui non vi può essere altra norma che il diritto positivo» (C. FADDA, *L'equità e il metodo nel concetto de' giureconsulti romani*, Macerata 1881, p. 12). Fadda infatti parte da una rassegna delle opinioni maturate dagli antichi e dai moderni sull'*aequitas* romana e sostanzialmente le suddivide in due categorie: a) chi considera «l'equità come estranea al campo del diritto»; b) chi la raffigura «come una sorta di giusto», a cui la legge, essendo «per natura delle cose imperfetta» e parlando per lo più in «forma universale», deve sottostare. La legge in ragione di quel sentimento di giustizia, di fronte ai casi particolari, deve esser corretta per mano di chi sia tenuto ad applicarla. È questo il modo predominante di concepire l'equità, che fonda le sue radici in Aristotele (*Ethica Nicomachaea* 5, 10), e che fu adottata da scrittori «antichi e moderni» (C. FADDA, *L'equità e il metodo nel concetto de' giureconsulti romani*, cit., pp. 5-6). Tra questi, per Fadda, c'è il Vittorio Scialoja della nota a sentenza *Degli atti di emulazione nell'esercizio dei diritti*, in *Il Foro italiano* 1, 1878, ora in V. SCIALOJA, *Studi giuridici*, III, Roma 1932, pp. 194 e ss. (C. FADDA, *L'equità e il metodo nel concetto de' giureconsulti romani*, cit., p. 26 n. 10), lo stesso Scialoja del discorso inaugurale di Camerino dove invece – come nota Fadda – «combatte l'opinione di quelli che fanno dell'equità un correttivo della legge positiva» (C. FADDA, *L'equità e il metodo nel concetto de' giureconsulti romani*, cit., p. 26 n. 10). Nell'accogliere come presupposto delle proprie indagini la definizione data dallo Sagrìta, interamente e senza alcuna ulteriore precisazione, per Fadda c'è il rischio concreto di confondere l'*aequitas naturalis* (la «ragion giuridica naturale») – a cui deve rifarsi il legislatore (e quindi anche il *praetor*) quando crea il «vero giuridico» – con l'*aequitas civilis* o *praetoria* (la «ragion giuridica positiva») – a cui devono rimettersi invece il giudice e l'interprete quando applicano il «certo giuridico». E anche la formula è legge per lo *index*: è dovere del giudice la sua «interpretazione logica» e cioè quella «veramente tale» (C. FADDA, *L'equità e il metodo nel concetto de' giureconsulti romani*, cit., p. 21). Si tratta dell'individuazione dello «spirito della legge» (la «[...] *vim ac potestas*» richiamata da Celso in D. 1, 3, 17), che si ottiene con il «tener conto di tutti gli elementi» della legge positiva (il «[...] *tota lege perspecta* [...]» dello stesso Celso in D. 1, 3, 24). Un'interpretazione che da letterale diventa «logica» e tramite la quale l'*aequitas* diventa «metodo». Per quanto Scialoja dispieghi maggiormente le proprie forze nel negare l'attribuzione al giudice di quell'*aequitas* che entrambi identificano nella «coscienza popolare» che aspira a tramutarsi in diritto (C. FADDA, *L'equità e il metodo nel concetto de' giureconsulti romani*, cit., p. 12 e V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 195) e che può quindi esser d'ispirazione soltanto al legislatore nella ricerca del «vero giuridico», anch'egli, così come Fadda, accetta *in toto* (e per questo, a suo stesso dire, non si trattiene a discuterla) quella «maggior larghezza d'interpretazione» riconosciuta al giudice (in ragione della quale non gli è permesso di fermarsi «alla sola parola della legge») e che rammenta esser stata chiamata, «specialmente ai tempi di Cicerone», equità (V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 203). Lo stesso concetto lo esprime sia al termine della prolusione (V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, cit., p. 204), sia nella nota *Degli atti di emulazione nell'esercizio dei diritti*, cit., p. 203, quando sottolinea che l'attività interpretativa del giudice debba giungere alle stesse conclusioni a cui sarebbe giunto il legislatore: «come lo stesso legislatore avrebbe

Se ne fece rappresentante in particolare nella prolusione – speculare, come si è visto, a quella scialojana – letta a Macerata il 15 gennaio 1881, dal titolo *L'equità e il metodo nel concetto de' giureconsulti romani*¹³³.

In essa Fadda esaltava il «metodo positivo» di cui si avvale anche la giurisprudenza romana¹³⁴. L'equità svolse un ruolo fondamentale nell'esplicazione di questo metodo: se per il legislatore essa «materialmente [...] è il giusto» a cui deve tendere, per l'interprete essa «formalmente è il metodo per conciliare e armonizzare i diritti». Se il legislatore deve ispirarsi all'equità per «ricercare il vero giuridico», egli deve però «trasformarlo in un certo, che è il diritto formale». Ammoniva Fadda: compito del giudice è quello di «dar vigore al certo» e non quello di «discoprire il vero», che è invece prerogativa del legislatore¹³⁵.

Dunque, se Scialoja nel suo «manifesto»¹³⁶ aveva difeso il diritto positivo dalle «scelte individuali dei giudici»¹³⁷, senza rinnegare l'esperienza equitativa dei *bonae fidei iudicia* nel diritto romano, Fadda arrivò a individuare anche nell'esplicazione della *bona fides* un potere dello *iudex* vincolato ai precetti espressi del diritto positivo o da dispiegarsi in via interpretativa tramite il «metodo positivo». Per il primo, il giudice concorreva alla formazione della regola giuridica di buona fede nel caso concreto; per il secondo, il diritto doveva comunque «preesistere oggettivamente» e il giudice lo doveva solo accertare e applicare¹³⁸.

detto se fosse stato presente e come avrebbe prescritto se lo avesse preveduto», parafrasando proprio lo stesso Aristotele (*Ethica Nicomachaea*, 5, 10).

¹³³ C. FADDA, *L'equità e il metodo nel concetto de' giureconsulti romani*, cit., p. 27. Su cui si veda P. MAROTTOLI, *s.v. Carlo Fadda*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 44, 1994, p. 129.

¹³⁴ C. FADDA, *L'equità e il metodo nel concetto de' giureconsulti romani*, cit., pp. 4 e ss.

¹³⁵ C. FADDA, *L'equità e il metodo nel concetto de' giureconsulti romani*, cit., pp. 20-21. E argomentava così: «Il diritto *materiale*, l'equità, tende ed aspira a diventar *formale*: il *vero* va incessantemente trasformandosi, e trasformando il *certo* in cui s'incorpora». Si tratta dei due elementi «che vanno combattendo nel campo del diritto»: il principio di *giustizia* e quello di *legalità*. La sintesi tra i due principi Fadda la ritrova nell'esperienza giuridica di Roma: «La necessità del *certo*, del principio di legalità è dalla coscienza romana vivamente sentita [...]. Ma questo *certo*, questo diritto positivo dee ritrarre, per quanto è possibile, il vero giuridico». In Roma il «legislatore» (e quindi anche il *praetor*), da un lato, e il «giudice», dall'altro, si «attengono strettamente» al «metodo positivo»: «quello per dettare la legge, questo per l'applicarla». Riecheggiano nella contrapposizione che propone Fadda tra il «certo» e il «vero» giuridici le parole di G. B. VICO commentate recentemente da O. SACCHI, *La certezza del diritto come valore e la 'legal metafisica' di G. B. Vico*, in G. LIMONE (a cura di), *Il certo alla prova del vero, il vero alla prova del certo. Certezza e diritto in discussione*, Milano 2008, pp. 140 e ss.

¹³⁶ Lo definisce così C. LATINI, «*L'araba fenice*». *Specialità delle giurisdizioni ed equità giudiziale nella riflessione dottrinale italiana tra otto e novecento*, cit., p. 609.

¹³⁷ M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, cit., p. 42 n. 59.

¹³⁸ Nei *bonae fidei iudicia* le pretese *ex officio* «hanno una preesistenza oggettiva accertabile però solo *officio iudicis*; il giudice può o no riconoscerle secondo l'apprezzamento del caso concreto» (C. FADDA, *Le usurae quae officio iudicis praestantur*, in *RISG*, 2, 1886, pp. 360-361).

Emerge allora un approccio più intransigente e meno equilibrato – quasi «febbrile»¹³⁹ – rispetto a quello di Scialoja, non accettante compromessi e non disposto a minare le solide fondamenta romane della certezza giuridica.

Alla luce delle considerazioni storiografiche che hanno descritto l'opera degli autori su riportati¹⁴⁰, c'è da chiedersi se – con specifico riferimento allo studio del sistema giuridico di Roma e in particolare ai *bonae fidei iudicia* – la «troppo famosa» prolusione camerte di Scialoja e il «*carmen necessarium*» delle *Note* di Fadda abbiano influito o no sulla letteratura romanistica successiva – così come è accaduto a quella del diritto positivo¹⁴¹ – influenzandone la valutazione dei poteri del giudicante tanto da conservare l'attenzione sulla certezza giuridica e sulla prevedibilità delle decisioni giudiziali.

¹³⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *Carlo Fadda (necrologio)*, in *AG* 108, 1932, p. 112.

¹⁴⁰ In particolare, P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., p. 398, n. 41, 407-408; ID., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano 2000, pp. 43-44, 140; ID., *Introduzione al novecento giuridico*, Bari 2012, pp. 15-16.

¹⁴¹ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano 2000, pp. 140-146. Anche per M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, cit., p. 34, l'inaugurazione di Scialoja del «nuovo anno scolastico» era «destinata ad influenzare la dottrina successiva», in particolare la «civiltistica italiana». Si veda, a solo titolo di esempio, B. BRUGI, *L'equità e il diritto positivo*, in *RIFD* 3, 1923, pp. 453 e ss., dove esprime – in riferimento al diritto positivo – un «atto di fedeltà» a Scialoja e col quale riemerge «virulento tutto il positivismo legalista e statalista di marca pandettistica» (P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano 2000, p. 145). Qualche anno prima però – in relazione al diritto romano – aveva riconosciuto l'ormai assoluta prevalenza, nei giudizi di età giustiniana, dell'*aequitas*, capace di determinare la natura *bonae fidei* dell'azione – e di riflesso dell'atto giuridico – per mezzo della *libera potestas*, riconosciuta al giudice, di interpretare il negozio *ex bono et aequo* (B. BRUGI, *Istituzioni di diritto privato giustiniano*², I, Padova, 1910, pp. 173 e 232).

3. DOPO FADDA E SCIALOJA: UNA PROGRESSIVA ATTENUAZIONE DELL'ISTANZA DI SICUREZZA GIURIDICA

Solo ponendo lo sguardo su coloro i quali direttamente, e nel periodo immediatamente successivo, subirono – per lo meno per ragioni di ‘scuola’ – la loro influenza, si percepisce un distacco – o almeno un disinteresse – rispetto alle suddette istanze di certezza giuridica che animarono le riflessioni di Scialoja e Fadda.

Tra i «grandi maestri nati nel 1864»¹⁴², Bonfante e Riccobono, entrambi allievi di Scialoja, quanto ai poteri del giudicante di un *bonae fidei iudicium*, riconobbero concordemente l'assoluta discrezionalità – quasi un arbitrio – del giudice nel decidere la controversia, il primo assecondando¹⁴³ l'altro invece criticando¹⁴⁴ la prolusione di Camerino.

¹⁴² M. TALAMANCA, *La romanistica italiana fra Otto e Novecento*, in *Index* 23, 1995, p. 175.

¹⁴³ P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Milano 1987, p. 95, che marcava la distinzione con i *iudicia stricta* attraverso il richiamo al margine lasciato all'«arbitrio del giudicante» nei giudizi *bonae fidei*, accordava un ruolo preminente al decidente, in quanto l'interpretazione del contenuto «etico» della *fides bona*, «non alterato punto dal diritto che l'assume», era «rimessa di volta in volta all'apprezzamento del giudice, partecipe e interprete di questo sentimento» (ID., *Essenza della bona fides e suo rapporto colla teorica dell'errore*, in *BIDR* 6, 1893, pp. 85 e ss. specialmente p. 104). D'altra parte però elogiava il discorso inaugurale del Maestro («lo studio più penetrante ed esatto che sia stato scritto sull'equità»: ID., *L'equità*, in *Notiziario del Lavoro* 2, 1923, ora in *Scritti giuridici vari*, IV, Roma 1926, p. 126), asserendo che le «norme sociali ed etiche» non debbano «corrompere l'applicazione della norma giuridica e usurparne la sanzione» e che di fronte all'*επιεικεία* greca, espressione di mitezza e indulgenza, – alla quale, secondo Aristotele (*Ethica Nicomachea* 5, 10), il giudice avrebbe dovuto adattare il diritto piegandolo – «un romano [...] avrebbe strabiliato» (ID., *L'equità*, cit., *ibidem* e p. 125; già messo in luce in ID., *Diritto romano*, Firenze 1900, pp. 116-120). Riteneva comunque che fossero le «eccezioni fondate sull'equità e la buona fede» ad essere implicitamente inserite nelle formule dei *bonae fidei iudicia*, rimarcando lo stretto legame di principio tra *aequitas* e *bona fides*, e che i relativi negozi – circa la mora, la compensazione e la valutazione della condanna – avessero ricevuto dal giudice «un trattamento più liberale» (ID., *Diritto romano*, Firenze 1900, p. 509). Quanto alla compensazione, il suo pensiero si fa ancora più chiaro: era rimessa, così come accadeva per tutte «le eccezioni fondate sulla buona fede e l'equità», «all'apprezzamento libero del giudice, benché appunto per l'equità sia ritenuta piuttosto inerente al suo officium» (ID., *Diritto romano*, cit., p. 366).

¹⁴⁴ Per Riccobono invece, discostandosi apertamente dal Maestro Scialoja col giudicare la tesi camerte «ammissibile soltanto rispetto ai diritti codificati», il diritto consuetudinario si formò a Roma «attraverso la pratica giudiziaria», dove l'*aequitas* dei «pretori e dei giudici» assolse il ruolo di correttivo dello *ius antiquum* (S. RICCOBONO, *s.v. Aequitas*, in *NDI*, I, Torino 1937, p. 213. ID., *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, Milano 1949, p. 107 e ss.), cogliendone una circolarità nello sviluppo dei *bonae fidei iudicia* sino a Giustiniano: ciò che competeva alla discrezionalità del pretore nell'esercizio della giurisdizione nel processo formulare, e che veniva delegato dallo stesso al giudice nei giudizi di buona fede e nell'applicazione dell'*exceptio doli*, al momento della compilazione risulta tutto compreso nell'*officium iudicis* (S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 10, 3, 14 Paul. 3 ad Plautium*, in *AUPA* 1917, poi in *Scritti di diritto romano*, III, Palermo 1964, pp. 370 e ss.). L'*exceptio doli*, che nei *bonae fidei iudicia* è inutile inserire nella formula, «autorizza il giudice a considerare il valore etico della domanda dell'attore qualora dalla sua richiesta possano «derivare effetti iniqui, non conformi al sentimento di giustizia», stesso «sentimento vivo di giustizia del popolo» a cui il giudice deve attenersi nei *bonae fidei iudicia* a discapito delle «norme rigorose del diritto». Espresse la stessa opinione anni dopo in S. RICCOBONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, cit., p. 119: «mediante l'*exceptio doli*, anche nei *iudicia stricta*, la decisione è sempre fondata sul *bonum et aequum*», che risulta essere anche il

Quanto a Fadda, nelle riflessioni di chi fu se non un 'allievo' almeno un 'alunno'¹⁴⁵, si coglie un'attenuazione delle preoccupazioni del primo. In uno storico studio dei primi del '900, Arangio-Ruiz non esitò a riconoscere come tratto distintivo dei *bonae fidei iudicia* la «larghezza dell'arbitrio lasciato al giudice»¹⁴⁶. E, seppur successivamente dimostrò di ravvisare che questa «larghezza» dell'*officium iudicis* e la «delicatezza dei poteri attribuiti al giudice di un *bonae fidei iudicium*» fosse «già profondamente sentita nell'epoca ciceroniana»¹⁴⁷, d'altro canto giunse a parlare di «esigenza equitativa»¹⁴⁸, cui dava necessaria risposta il giudice dei nostri *iudicia*¹⁴⁹.

Si tornava, dunque, a prendere in considerazione l'*aequitas* e i conseguenti poteri equitativi senza preoccupazioni circa un eventuale oscuramento della ricercata certezza del diritto. E ciò

«fondamento» e la «misura della reciproca obbligazione» nei contratti di *ius gentium* «dominati dalla *fides*» (p. 121): «perciò tra *bona fides* e *bonum et aequum* esiste un'affinità» (p. 122), per cui la supposta differenza tra *iudicia bonae fidei* e *actiones in bonum et aequum* – basata sul fatto che in quest'ultime il «criterio equitativo servirebbe solo per la valutazione della condanna» – è «incredibile» (p. 122 n. 3).

¹⁴⁵ M. TALAMANCA, *La romanistica italiana fra Otto e Novecento*, in *Index* 23, 1995, p. 167: «fra i molti studenti (fra cui Vincenzo Arangio-Ruiz), il Fadda non ebbe di certo allievi nel senso pieno della parola, che fossero [...] degni di poter essere attribuiti a tanto maestro»; lo stesso V. ARANGIO-RUIZ, *Carlo Fadda (necrologio)*, in *AG* 108, 1932, pp. 110 e ss. ricorda gli anni napoletani in cui fu suo studente e chiosa così sul riconoscimento di un preteso rapporto di scuola e di «intendimenti»: «Se essere allievo suo significasse portare nello studio del diritto romano gli stessi intendimenti, egli non avrebbe lasciato allievi se non degeneri» (p. 114). Cfr. F. SERRAO, *Vincenzo Arangio-Ruiz*, in *Studi romani* 5, 1961, pp. 477 e ss.; M. TALAMANCA, *Vincenzo Arangio-Ruiz*, in *Dizionario biografico degli italiani*, XXXIV, 1988: «Con Carlo Fadda si laureò a Napoli, e per lui l'A. ebbe e manifestò sempre ammirazione e rispetto, ma – già dagli inizi – le strade dei due studiosi troppo profondamente si divaricavano negli interessi e nel metodo. Uno studioso che esercitò su di lui un influsso fu, senz'altro, Vittorio Scialoja, al quale l'A. rimase sempre legato da una *pietas* affettuosa e devota». Si leggano, a conferma, le pagine dedicate al ricordo del «Maestro» Scialoja scritte da V. ARANGIO-RUIZ, *Vittorio Scialoja nel centenario della nascita (1856-1956)*, in *AG* 20, 1956, pp. 3 e ss.

¹⁴⁶ V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con «demonstratio» e la loro origine* (in *Studi economico-giuridici. Facoltà di Giurisprudenza di Cagliari*, 4, 1912, pp. 75-144, ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, pp. 323-392, spec. p. 327).

¹⁴⁷ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, Napoli, 1954, pp. 206-207: tanto da doversi ammettere che la giurisprudenza ebbe «prevista e dominata tutta la casistica di cui quel richiamo alla buona fede era suscettibile» (p. 207) e di aver fornito al giudice, cui era però garantita una particolare «libertà di movimento», «massimari sempre aggiornati» (p. 209). Riecheggiano qui le parole di Windscheid, a cui – quasi scavalcando Fadda – Arangio-Ruiz appare ispirarsi: «nel corso del tempo, dalla giurisprudenza e dalla legislazione imperiale» si elaborarono «su questo arbitrio regole giuridiche», che cercarono, per quanto possibile, di entrare «nei particolari» (B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette* (trad. it. a cura di C. FADDA – P. E. BENZA), I, Milano-Roma-Napoli 1902, pp. 195-196).

¹⁴⁸ ID., *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1994, pp. 298-299.

¹⁴⁹ Ribadiva oltretutto che la clausola «*ex fide bona*» permettesse «di applicare in materia contrattuale criteri largamente equitativi», tanto da affermare che «il riferimento alla *fides bona*» fosse stato percepito, nel corso del tempo, «nel senso della commisurazione delle pretese dell'attore a quell'equa valutazione di ciò che in coscienza» quest'ultimo avesse potuto pretendere (ID., *La compravendita in diritto romano*, II, Napoli, 1954, p. 213, n. 1). In specifico riferimento agli interessi, asseriva anche che in «tutte le azioni di buona fede» il giudice avrebbe condannato solo qualora lo avesse trovato «opportuno» (ID., *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949, p. 166). Altrove avrebbe ancorato addirittura all'*aequitas* la decisione del giudice sulle *usurae* (*La compravendita in diritto romano*, I², Napoli, 1978, p. 203): «Questi interessi, che si fondano sull'*officium* (o *arbitrium*) *iudicis*, sono peraltro da attribuire al venditore quando non vi siano circostanze che renderebbero iniquo il pretenderli».

perché veniva di comune accordo percepito, con rinnovata lucidità e senza condizionamenti di sorta, il contenuto valoriale – ma pur sempre giuridico¹⁵⁰ – della stessa *fides bona* romana¹⁵¹, la quale, analogamente all'*aequitas* e al *bonum et aequum*, rappresentava una clausola indeterminata che incideva *ex officio iudicis* sui rapporti dedotti in giudizio.

Anche chi *ex professo* si è occupato dei *bonae fidei iudicia* e ha affrontato in particolare lo spinoso problema del rapporto tra *bona fides* ed *aequum et bonum* – riavvicinando o allontanando¹⁵² i due concetti a seconda del metodo interpretativo applicato – ha abbandonato completamente la chiave di lettura della «certezza/sicurezza» giuridica¹⁵³.

¹⁵⁰ Per gli effetti che il positivismo giuridico ebbe sulla ottocentesca concezione «etica» della *fides bona* si veda R. FIORI, *Storicità del diritto e problemi di metodo. L'esempio della buona fede oggettiva*, in L. GAROFALO (a cura di), *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, Atti del convegno (Padova, 25-26 novembre 2005), Napoli 2007, pp. 36 e ss.

¹⁵¹ In questo senso, come si è visto, già P. BONFANTE, *Essenza della bona fides e suo rapporto colla teoria dell'errore*, in *BIDR* 6, 1893, pp. 85 e ss. e successivamente anche A. LEVI, *Sul concetto di buona fede: appunti intorno ai limiti etici del diritto soggettivo*, Genova 1912; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ, storia e dottrina dei contratti innominati*, II, Pavia 1916; G. VON BESELER, *Fides*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano*, I, Pavia 1934, pp. 135 e ss.; ma anche V. SCIALOJA, *La proprietà nel diritto romano*, II, Roma 1932, pp. 128-129, come si è visto, incise sul valore etico della *fides bona*; e così due anni dopo anche F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, Firenze 1995 (trad. it. a cura di V. ARANGIO-RUIZ, ristampa anastatica Firenze 1946), pp. 193 e ss. = ID., *Prinzipien des römischen Rechts*, Leipzig 1934, pp. 151 e ss. nel capitolo dedicato alla *Treue* (che Arangio-Ruiz traduce con «Fedeltà», su cui si veda la *N.d.T.* 3 a p. 193). E così fino ai primi anni '60 quando L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano 1961, *passim* riconobbe invece valore morale alla sola *fides* ma non anche alla *fides bona*, creazione processuale dell'esperienza giuridica.

¹⁵² P. THOMAS, *Observations sur les actions «in bonum et aequum conceptas»*, in *Nouvelle Revue Historique* 25, 1901; H. PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen*, in *ZSS* 32, 1911, pp. 293 e ss.; B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, Palermo 1920; G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, in *Studi Urbinati*, I, 3-4, 1927, pp. 29-69; II, 1-2, 1928, pp. 1-33 ora in *Scritti storico giuridici*, III, Torino 2001, pp. 1-73; ID., *Ricerche intorno all'elenco classico dei bonae fidei iudicia*, in *RISG*, III, 1928, pp. 39 e ss., ora in *Scritti storico giuridici*, III, Torino 2001, pp. 124-181; ID., *Efficacia dei patti nei «bonae fidei iudicia». Patti e contratti*, in *Memorie dell'Istituto giuridico della Regia Università di Torino*, III, 1928, pp. 3-42, ora in *Scritti storico giuridici*, III, Torino, 2001, pp. 84-123; F. PRINGSHEIM, *Aequitas und bona fides*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano, 1931, pp. 185-214, ora in *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg, 1961, pp. 154-172; ID., *Bonum et aequum*, in *ZSS* 52, 1932, pp. 78 e ss.; I. DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Quid veniat in bonae fidei iudicium' en droit classique romain*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, II, Palermo 1936, pp. 149 e ss.; P. BERETTA, *Condemnatio in bonum et aequum*, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli 1948; B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1956, p. 443; A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, pp. 80 e ss.; B. BIONDI, *Recensione a A. CARCATERRA, Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., in *IURA* 16, 1965, p. 262; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957; G. GROSSO, *s.v. Buona fede (diritto romano)*, V, Milano 1959, p. 662; L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano 1961, pp. 198 e ss.; J. PARICIO, *Estudio sobre las «acciones in aequum conceptas»*, Milano 1986, pp. 25 e ss.

¹⁵³ Si vedano a conferma di ciò anche le voci enciclopediche sull'*aequitas* e l'equità degli anni trenta che descrivono le caratteristiche dell'*officium iudicis* dei *bonae fidei iudicia* nei termini di pieni poteri discrezionali oppure nel senso di decisioni rispondenti alle esigenze dell'equità: così il già visto S. RICCOBONO, *s.v. Aequitas*, in *NDI*, I, Torino 1937, p. 212: «Nelle *formulae* che i pretori [...] dettavano nei singoli casi, i giudici erano autorizzati a decidere le controversie loro affidate, non secondo norme fisse, bensì con la considerazione di tutti gli elementi in concreto *ex fide bona*» e cioè «secondo i dettami della *bona fides* [...] in modo da eliminare in ogni caso la possibilità di *effetti iniqui* [il corsivo è mio] per una delle parti», criticando apertamente, come si è visto, l'impostazione del Maestro Scialoja reputandola «ammissibile soltanto rispetto ai diritti codificati» (p. 213); e C. PERRIS, *s.v. Equità*, in *NDI*, V, Torino,

Nonostante – come si è visto – tra gli anni quaranta e cinquanta si riaccenda nel più generale dibattito giuridico italiano l'attenzione sulla «certezza del diritto»¹⁵⁴, l'istanza di «sicurezza» giuridica in punto di *bonae fidei iudicia* romani si attenua sino a spegnersi definitivamente.

Ne sono testimoni gli scritti citati di Maschi, che tra il 1959 e il 1962 diede alle stampe tre lavori sulla certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana, rintracciando proprio nel *bonum et aequum*, nella *fides bona* e nella conseguente attività discrezionale del magistrato (e del giudice)¹⁵⁵ una garanzia di «certezza sostanziale» del diritto: da intendersi come sicurezza per i *cives* che l'amministrazione della giustizia del *praetor* si sarebbe concretizzata, in prima istanza, nell'applicazione giudiziale dell'*aequitas*¹⁵⁶.

I dubbi sul rapporto tra *aequitas* e *bona fides* vengono meno e affermazioni icastiche chiudono il dibattito: Grosso che riconosceva nei giuristi romani la distinzione tecnica della *fides bona* «tanto dall'*aequitas* [...] quanto dal *bonum et aequum*» e che ricordava l'accertata larga opera di «generalizzazione e mescolanza di questi concetti» operata da postclassici e bizantini, ammoniva l'interprete nell'«esasperare questa contrapposizione storica, fino a credere che i Romani facessero una separazione netta escludendo ogni intercomunicabilità» tra essi¹⁵⁷. E

1938, p. 447: «il pretore dichiarava in ciascun caso [...] se il giudice (*iudex*) [...] governandosi con maggior larghezza come arbitro, dovesse tenere in conto l'*aequitas* [il corsivo è mio] e la buona fede».

¹⁵⁴ Nel 1942 – «quando l'ultima guerra mondiale raggiungeva il suo culmine in una situazione di angosciosa precarietà del destino dei singoli e di sfiduciante incertezza di ogni ordine giuridico di vita sociale» (A. BURDESE, *La certezza del diritto nell'esperienza di Roma antica*, in *Atti dell'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti* 150, 1991-1992, ora in A. BURDESE, *Miscellanea romanistica*, Madrid 1994, p. 1; cfr. anche N. IRTI, *L'età della decodificazione*^A, cit., pp. 25-29) – veniva alla luce F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma 1942, ristampato a cura di G. ASTUTI nel 1968 con le recensioni e i commenti di P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, già in *Rivista di diritto commerciale* 1, 1942, pp. 341 e ss., ora in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano 1968, pp. 167 e ss.; G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, pp. 239 e ss.; F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Rivista di diritto civile* 20, 1943, pp. 81 e ss., ora in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano 1968, pp. 191 e ss.; M. CORSALE, *Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950*, pp. 285 e ss.; P. FEDELE, *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, pp. 207 e ss. A cui si devono aggiungere G. CAPOGRASSI, *Prefazione*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma 1950 (ristampa postuma), pp. 7 e ss. e F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, in *Rivista di diritto processuale* 5.2, 1950, pp. 115 e ss. (estratto, Padova 1950). È dell'ottobre 1956 invece il convegno organizzato dalla redazione della rivista «*Il diritto dell'economia*» su autonomia privata e certezza del diritto, i cui atti sono consultabili su *Il diritto dell'economia* 2.10, 1956, pp. 1167 e ss.

¹⁵⁵ Per Maschi, sia il pretore – in via principale – che il giudice – in via secondaria nelle *actiones in bonum et aequum* e nei *bonae fidei iudicia* – concorrono a concretare il principio della certezza in senso sostanziale.

¹⁵⁶ Si tratta dei tre scritti A. MASCHI, *Certezza del diritto nel diritto romano e nel pensiero contemporaneo*, in *Jus* 10, 1959, pp. 32-38; ID., *Considerazioni sulla certezza del diritto*, in *Scritti giuridici in onore di M. Cavalieri*, Padova 1960, pp. 147-153; ID., *Certezza del diritto e potere discrezionale del magistrato nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano 1962, pp. 411-449, dove anzi arrivò ad affermare che «la certezza del diritto, nel mondo romano classico e nell'ambito del *iudicium privatum*, significa che il soggetto sa con sicurezza come il suo comportamento sarà qualificato. Chi agisce conforme alla *bona fides* [...] ha la certezza che il suo comportamento avrà tutela ad opera del magistrato» (ID., *Considerazioni sulla certezza del diritto*, cit., p. 152 = ID., *Certezza del diritto e potere discrezionale del magistrato nel diritto romano*, cit., p. 441).

¹⁵⁷ G. GROSSO, *s.v. Buona fede (diritto romano)*, V, Milano, 1959, p. 662.

così anche Biondi il quale, se da un lato aveva definito con acribia i confini tra l'*aequius melius* dell'*actio rei uxoriae* e la *fides bona* delle relative formule¹⁵⁸, dall'altro sosteneva che quest'ultime avessero consentito «al giudice di valutare la pretesa secondo i dettami della buona fede e dell'*aequitas*»¹⁵⁹ e, nel commentare l'opera di Carcaterra di cui si dirà a breve¹⁶⁰, giungeva ad affermare: *aequitas* e *bona fides* sono due concetti sì «diversi ma inseparabili»¹⁶¹.

Nonostante quindi i tentativi influenti di Scialoja e di Fadda di inquadrare i poteri del decidente – il primo al di là dei *bonae fidei iudicia*, il secondo anche al di qua di essi – nella cornice dettata dall'esigenza positivista di certezza del diritto, la romanistica italiana della fine del secolo XIX e la prima metà del XX, quanto ai *bonae fidei iudicia*, continuava a oscillare tra il riconoscimento di un potere «discrezionale» – in alcuni casi giunto a esser definito «arbitrio» nell'applicazione della regola che ne ampliava l'*officium iudicis* – e un potere «equitativo», dove l'*aequitas* avrebbe dovuto illuminare la decisione del giudicante. I riferimenti alla «discrezionalità», all'«equità» e alla «libertà» del giudice continuano indistintamente – a

¹⁵⁸ B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, Palermo 1920, pp. 178 e ss.

¹⁵⁹ B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1956, p. 443.

¹⁶⁰ A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964.

¹⁶¹ B. BIONDI, *Recensione a A. CARCATERRA, Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, in *IURA* 16, 1965, p. 258. Anche nel contributo di L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano 1961 (su cui si veda l'entusiasta recensione di L. AMIRANTE, *Recensione a L. LOMBARDI, Dalla fides alla bona fides*, Milano 1961, in *IURA* 13, 1962, p. 320; e la meno positiva recensione di G. GROSSO, *Recensione*, cit., in *BIDR* 65, 1962, pp. 285 e ss.) – monografia rappresentante negli anni '60 il «punto culminante degli studi» sulla *fides* e i suoi sviluppi storici (L. FASCIONE, *Cenni bibliografici sulla «bona fides»*, in AA. VV., *Studi sulla buona fede*, Milano 1975, p. 54) – centrale è il ruolo creativo riconosciuto allo *iudex*: la *fides bona* opera su un piano diverso rispetto a quello della *fides* e cioè su «quello del giudizio» e «della valutazione giudiziaria». La «dimensione tipica» e «oggettivata» della *fides bona*, quale *fides* del *bonus vir*, rappresentava il «modello conoscitivo per il giudice» e, anche all'interno dell'ordine giudiziario civile, continuò tramite esso «a prestarsi utilmente per innovazioni di dettaglio» (L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano 1961, pp. 180-183 e 194; riconosce però – parafrasando Cic. *top.* 17, 66 – che la discussione venne affidata *in primis* ai giureconsulti).

cascata' – a corredare le più importanti pagine della manualistica (e non solo)¹⁶² scritte sui *bonae fidei iudicia* per lo più senza alcun nesso con l'esigenza di certezza giuridica¹⁶³.

Tra le pieghe della stessa manualistica si percepisce – pur tuttavia – qualche nota di perplessità circa la possibilità per lo *iudex* di un *bonae fidei iudicium* di «abbandonarsi» a «decisioni estrose e personali»¹⁶⁴. Guarino, nonostante non facesse a meno di riconoscere qui allo *iudex* un «potere di stabilire a suo criterio», un «largo margine di valutazione discrezionale»¹⁶⁵ e un

¹⁶² Quanto ai contributi di destinazione enciclopedica sull'*aequitas*, sulla *fides* e la *bona fides* e sui *bonae fidei iudicia* maturati a cavallo della metà del secolo scorso – fatta eccezione per A. BERGER (*s.v. Iudicia bonae fidei*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, p. 520) che ha parlato di «full power to decide the controversial matter» e per P. D. SENN (*s.v. Buona fede nel diritto romano*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, II, Torino 1988, p. 131) il quale ha sottolineato l'«ampio margine di valutazione» del giudice – hanno inciso invece solo parzialmente, o addirittura non vi hanno dedicato proprio la loro attenzione, sulla discrezionalità del giudicante dei *bonae fidei iudicia*: così G. HUMBERT (*s.v. Aequitas*, in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, I, Graz 1969, p. 108) che anzi ha individuato nei «préteurs» e nei «jurisconsultes» – e quindi non nei giudici – i principali veicoli dell'*aequitas* nell'erosione dello *strictum ius*; lo stesso G. HUMBERT (*s.v. Bona fides*, in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, I, Graz 1969, p. 726) ha rimandato, quanto al profilo processuale della *bona fides*, alla voce *Actio* curata da E. SAGLIO (sempre in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, I, Graz 1969, p. 55) dove si accenna giusto a un «plus grand pouvoir d'appréciation» del giudice. A. GUARINO (*s.v. Equità (diritto romano)*, in *NNDI*, VI, Torino 1960, pp. 619 e ss.) invece, per quanto abbia riscontrato nella creazione delle *formulae* contenenti l'*ex fide bona* un'esigenza equitativa (da intendersi come «rispondenza della norma alla coscienza sociale [...] molla dell'azione pretoria») cui davano risposta appunto i magistrati giudicanti con la creazione dello *ius honorarium*, ha rintracciato solo nelle *actiones* con *condemnatio in quantum aequum videbitur* la delega al giudice privato del «rilevamento pratico» nella fase *apud iudicem* delle suddette «valutazioni sociali correnti» (p. 623). Nella premessa storica dove, in risposta alla voce romanistica di Guarino pubblicata sul *Novissimo Digesto Italiano*, ha tratteggiato un breve quadro dell'*aequitas* romana, F. CALASSO (*s.v. Equità (premessa storica)*, in *ED XV*, Milano 1966, pp. 65 e ss.) ne ha ricordato lo stretto legame con la *bona fides*: «quel delicatissimo strumento» [*scil. l'aequitas*] «nelle mani del *praetor peregrinus* diede anima a quel concetto di *bona fides* che doveva adattare a un mondo più vasto istituti vetusti e gelosi del *ius civile*»; esalta invece i vincoli dello *iudex* alla volontà delle parti A. NICOLETTI (*s.v. Fides*, in *NNDI*, VII, Torino 1961, p. 294): «con riguardo al contenuto, all'interpretazione ed all'estensione dei doveri delle parti in queste relazioni, basate sull'*oportere ex fide bona*, il giudice era rigorosamente legato al tenore del contratto»; B. BIONDI (*s.v. Iudicium bonae fidei*, in *NNDI*, IX, Torino 1963, pp. 339-340) inquadrava i poteri del giudice nelle «conseguenze sostanziali e processuali» dei *bonae fidei iudicia* (*exceptiones doli* e *pacti*, *compensatio*, responsabilità per colpa del debitore) e ricordava che solamente in età postclassica e giustiniana *aequitas* e *bona fides* sono divenuti «orientamenti generali in tutte le azioni». Rifletteva esclusivamente dal punto di vista sostanziale – e comunque nel modo sommario che si confà ad una voce enciclopedica – sulle conseguenze dell'«intercomunicabilità» tra *bona fides*, *aequitas* e *bonum et aequum*, ricordando anche l'accertata «opera di generalizzazione e mescolanza» che si compì in età postclassica e giustiniana tra questi concetti, G. GROSSO (*s.v. Buona fede (diritto romano)*, V, Milano 1959, p. 662), che tralasciava così le conseguenze pratiche e processuali derivanti da questo accostamento operato dai Romani.

¹⁶³ Tra di essi si veda E. VOLTERRA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Roma 1960, p. 269 e n. 1 che riteneva che il pretore nei giudizi di buona fede desse incarico allo *iudex* «di valutare e giudicare il rapporto giuridico contestato non sulla base esclusiva delle norme giuridiche, ma tenendo conto di precetti di equità e di buona fede» e di fissare l'ammontare della *condemnatio* in base al suo «arbitrio».

¹⁶⁴ A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, p. 193. Nelle edizioni precedenti, almeno sino alla seconda edizione riveduta nel 1963, l'impostazione è la medesima. Dall'edizione del 1981 abbandona l'aggettivo «arbitrarie» per utilizzare il più incisivo «estrose» («arbitrarie» in ID., *Diritto privato romano*⁴, Napoli 1970, p. 199; «estrose» in ID., *Diritto privato romano*⁶, Napoli 1981, p. 194 = *Diritto privato romano*⁸, Napoli 1988, p. 199 = *Diritto privato romano*⁹, Napoli 1992, p. 217 = *Diritto privato romano*¹¹, Napoli 1997, p. 226).

¹⁶⁵ ID., *Diritto privato romano*¹², cit., p. 192.

«potere discrezionale di decidere in concreto»¹⁶⁶, era conscio del «rovescio della medaglia» di una simile struttura: reale era il rischio che «il giudice privato, ove mancasse di una adeguata conoscenza del diritto, pasticciasse in malo modo la sentenza»¹⁶⁷. E allo stesso modo, Voci – prima di giungere alle conclusioni più recenti su un «diritto giudiziale» affermatosi in Roma proprio nell'ambito dei *bonae fidei iudicia*¹⁶⁸ – intravedeva nell'età del principato una fissazione delle «conseguenze giuridiche del concetto di buona fede» in «norme senza possibilità di integrazione» al fine di «un maggior controllo della prassi giudiziaria, e una maggior certezza del diritto»¹⁶⁹.

¹⁶⁶ ID., *Storia del diritto romano*⁸, Napoli 1990, p. 284.

¹⁶⁷ A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, p. 193, n. 9.6.2. (la nota appare per la prima volta nella nona edizione del 1992). Per Guarino il pericolo era 'smorzato' dal fatto che il giudice «veniva estratto da un *album iudicum* (o da un collegio) di persone specializzate, veniva concretamente scelto in considerazione delle sue affidanti capacità e veniva opportunamente orientato nella sua attività dalle parti, dai loro difensori tecnici e dai *responsa* dei giuristi o dai *rescripta* dei principi di cui le parti si provvedevano».

¹⁶⁸ P. VOCI, *Manuale di diritto romano*, I², Milano 1998, pp. 111 e ss. Rammentando che il «diritto giudiziale» non sia altro che «quello creato dai giudici con le loro sentenze, negli ordinamenti che danno ad essi il potere non solo di applicare il diritto vigente, ma di produrne di nuovo», ha affermato che «si può supporre che» il diritto romano «non sia stato diverso» soprattutto in riferimento ai *bonae fidei iudicia*. Nello specifico enfatizzava il potere normativo dello *index* nei giudizi di buona fede: qui «la prescrizione è indeterminata: spetterà al giudice trarne conseguenze specifiche e concrete; e in questo si manifesterà la sua attività creativa, poiché egli stabilirà per le parti una norma che prima non c'era» (ID., *Manuale di diritto romano*, I², cit., p. 112); tutto dipende dal «valore» (ID., *Manuale di diritto romano*, I², cit., p. 112 n. 5) e dalla «magnanimità» (ID., *Manuale di diritto romano*, II², cit., p. 455) del giudice. Non poteva però non riconoscere il ruolo determinante della giurisprudenza: «se poi il giudice dal principio di buona fede fa derivare conseguenze specifiche, e crea così norme nuove, ciò si deve spesso al consiglio del giurista» (ID., *Manuale di diritto romano*, I², cit., p. 113).

¹⁶⁹ P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*³, Milano 1954, pp. 74-75. Questo paragrafo scompare a partire dalla successiva quarta edizione del 1994. Dalla terzultima edizione delle *Istituzioni* (1994-1996-2004) cambia infatti palesemente opinione (come testimoniato nell'*Avvertenza* del '94, riportata anche in quella del '96: «Il libro è tutto nuovo, e assai diverso dall'edizione precedente: da allora sono passati tanti anni»; in quella del '96 avverte di aver rivisto nello specifico il paragrafo dedicato all'«equità»; così come si può dedurre anche dallo studio pubblicato in quegli anni sul *bonum et aequum*: P. VOCI, «*Ars boni et aequi*», in *Index* 27, 1999, pp. 1 e ss.). «Ai giudici fu permesso di decidere secondo equità entro confini ben delimitati»: oltre che nei giudizi arbitrari e nelle *actiones in bonum et aequum*, anche e soprattutto nei giudizi di buona fede. L'*aequitas* romana è sia «spiratrice di norme nuove» sia «guida all'applicazione delle norme esistenti» in tre modi: 1) «suggerisce l'estensione di una norma» (all'interprete, che può allargarla o restringerla); 2) suggerisce in alcuni casi di «disapplicarla» (al pretore, che svolge primariamente questo compito «di grande responsabilità» tramite provvedimenti come la *restitutio in integrum* e l'*exceptio doli*; al giudice, «entro confini ben delimitati»: giudizi di buona fede, arbitrari, in *bonum et aequum*); 3) detta i «criteri che assicurano la giustizia commutativa nei rapporti di scambio [...] soprattutto nei rapporti di buona fede». Resta convinto però che si tratti di «uno strumento bello e pericoloso, che deve essere usato da mani sicure. Il pericolo è la dissoluzione del diritto in una miriade di decisioni discordi e arbitrarie». Per questo ai giudici fu concesso in ambiti «ben delimitati», in particolare nei *bonae fidei iudicia*, di decidere secondo equità (P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*⁶, Milano 2004, pp. 38-39 e nn. 25 e 26 = *Istituzioni*⁵, p. 38 e nn. 25 e 26). E questo perché «il richiamo alla buona fede dà al giudice poteri molto ampi: i Romani parlavano di *liberum officium iudicis*, compito che si può adempiere con molta discrezionalità» (ID., *Istituzioni di diritto romano*⁶, cit., p. 184), essendo la prescrizione «generica» (ID., *Istituzioni di diritto romano*⁶, cit., p. 154), salvo anche qui affermare che in quest'ambito «valeva molto ciò che i giuristi suggerivano» (ID., *Istituzioni di diritto romano*⁶, cit., p. 39).

4. UN ALTERNATIVO PUNTO DI RIFERIMENTO PER IL RINNOVATO DIBATTITO ATTUALE: L'EQUILIBRIO INTUITO DA SCIALOJA

Chi sembra si sia rifatto direttamente alle tesi su esposte di Fadda¹⁷⁰ e Scialoja¹⁷¹, riportandole al centro dei propri studi proprio in tema di *officium iudicis* nei *bonae fidei iudicia*, è Carcaterra, le cui critiche mosse alla dottrina maggioritaria che si era così formata possono essere sintetizzate in tre punti focali: a) la decisa negazione di poteri 'diversamente discrezionali' dello *iudex* nei giudizi di buona fede¹⁷²; b) la confutazione dell'esistenza di un «rinvio a concetti etico-sociali» implicito nella clausola «*ex fide bona*»¹⁷³; c) la non identificazione concettuale e operativa di *aequitas* e *fides bona*.

Carcaterra criticava l'idea di un «rinvio» ai valori sociali contenuti nell'«*ex fide bona*», perché ciò avrebbe finito «per immettere praticamente nel diritto e nelle decisioni del caso concreto la pulsante e trasformante vita della società», con una conseguenza non da poco: «ciò che si guadagnerebbe in vitalità e rispondenza più diretta alle varie e mutevoli esigenze della vita concreta, altrettanto si perderebbe in certezza del diritto»¹⁷⁴.

¹⁷⁰ Vari sono i riferimenti a Fadda in tutta l'opera ma l'autore addirittura perveniva a giudicare infondati quei pochi riferimenti all'*aequitas* che lo stesso Fadda aveva evidenziato in tema di *usurae quae officio iudicis praestantur* nei *bonae fidei iudicia* (A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., pp. 83-84). Vi è comunque armonia generale tra il detto di Carcaterra e quello del Fadda della prolusione maceratese: «Il giudice non fa che svolgere quanto *implicitamente* [il corsivo è mio] è contenuto nella legge» (C. FADDA, *L'equità e il metodo nel concetto de' giureconsulti romani*, Macerata 1881, p. 11); i Romani «non giungono fino al punto di negare al giudice anche la facoltà di interpretazione logica: v'ha di più, ove d'uopo, gliene impongono il dovere». È lo stesso pensiero espresso con parole analoghe da Carcaterra nel commento al «*nec aperte*» gaiano (Gai. 4, 63; A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., pp. 91-92).

¹⁷¹ Il principale elogio di Scialoja è alle pp. 112-113: «Giustamente Scialoja convertiva così l'antico brocardo: *aequitas legislatori, ius iudici magis convenit*».

¹⁷² Riteneva infatti che la discrezionalità del giudice dei *bonae fidei iudicia* fosse la stessa dei giudizi c.d. 'di stretto diritto': a) in ordine alla valutazione dei fatti; b) per l'ammissione delle prove; c) circa la valutazione del *quantum* (A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., p. 81 n. 2). Di differente avviso fu invece Betti, che non solo riteneva valido il «rinvio» al «costume sociale romano» contenuto nella formula e in forza del quale «la stregua di valutazione morale è divenuta anche una stregua di valutazione giuridica delle reciproche obbligazioni», ma – in opposizione agli *iudicia stricta* – reputava che la discrezionalità del giudice si esplicasse: a) in ordine all'esistenza dell'*obligatio*; b) in ordine alla determinazione dell'oggetto dell'*obligatio*; c) in ordine al momento decisivo per la condanna e per la *litis aestimatio*. Il criterio di apprezzamento è rappresentato dalla *fides bona*, «spirito di onestà, di lealtà, di operoso rispetto dell'altrui diritto che, secondo la coscienza sociale dei romani, è costume osservare nei rapporti fra uomini d'onore nell'adempimento delle reciproche aspettative» (E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I², Padova, 1947, pp. 308-312).

¹⁷³ Si appoggia a E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, II, pp. 803 e ss. per criticare la tesi del «rinvio» alla «coscienza sociale o popolare» e quindi confutare il «mito della buona fede» per cui lo *iudex* abbia goduto di una «delega di poteri normativi» nell'esplicazione di essa (A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., pp. 158 e ss.). Non si tratterebbe né di un «rinvio recettizio o recezione» né di un rinvio non recettizio o aperto» ma di un «rinvio semantico» con una «definizione implicita» dei simboli e vocaboli utilizzati, che innanzitutto il «giudice stesso è tenuto ad esplicitare e attuare» e non solo i giuristi (ID., *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., pp. 167-168 e n. 17).

¹⁷⁴ A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit. p. 162.

Lo scritto di Carcaterra rintracciava chiaramente i propri fondamenti nel positivismo di Fadda – che, come si è visto, applicava il «metodo positivo» anche nella concretizzazione di clausole indeterminate quali *fides bona* e *bonum et aequum* – e provava invece a rinvenirli nella dottrina dell'equità di Scialoja, a parer mio, senza esito, in quanto tentava di ricondurre forzatamente il discorso camerte anche ai *bonae fidei iudicia*¹⁷⁵.

¹⁷⁵ Per Carcaterra l'*aequitas* di cui parla Scialoja è nient'altro che quella «immanente al diritto» (A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit. pp. 112-113), il quale però mi sembra travisare in questo modo il pensiero di Scialoja quanto ai *bonae fidei iudicia*: elogiando la «conversione» dell'antico brocardo operata da Scialoja – da leggersi per quest'ultimo «*aequitas legislatori, ius iudici magis convenit*» – interpretava la sua affermazione «nel senso che l'*aequitas* è il diritto stesso, mentre il giudice (anche nei *bonae fidei iudicia*) non ne è che l'interprete ed attuatore». Non cogliendo così ciò che, a mio sommesso avviso, sembra chiaro: l'appaiamento che Scialoja propone tra decisione equitativa e «arbitramento», entrambi previsti e «accettati» nei *bonae fidei iudicia*, così come – mi sembra – abbiano rinvenuto recentemente anche M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, cit., pp. 42-43 e n. 59 e A. CARRATTA, *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, in *BIDR* 105, 2011, p. 131. Della stessa opinione di Carcaterra risulta essere invece, in riferimento al pensiero di Scialoja sull'*exceptio doli generalis* (nel concreto circa la sua *Recensione* a F. MILONE, *La exceptio doli (generalis)*, Napoli 1882, apparsa sulla *Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali*, 1883, p. 195 e ora in V. SCIALOJA, *Studi giuridici*, I, Roma 1933, p. 181), R. CARDILLI nel suo contributo *Eccezione di dolo generale e 'variae causarum figurae'*, contenuto in L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, p. 344 e n. 11, ora in «*Bona fides*» tra storia e sistema³, Torino 2014, e con lui anche F. MERCOGLIANO, *Italia «legibus fundata». Rileggendo la prolusione camerte di Scialoja su diritto positivo ed equità*, cit., p. 176 n. 31: Cardilli, infatti, ritiene che a Scialoja, essendo «sostanzialmente proiettato a riconoscere rilevanza alla sola equità che si era fissata una volta per tutte nella legge dello stato, prodromo di quella che viene nella odierna civilistica qualificata come 'equità positiva'», le parole di Milone con le quali quest'ultimo collegava l'*exceptio doli generalis* alla dialettica tra *ius* ed *aequitas* sarebbero sembrate «antiquate e forse un po' ingenua». La critica di Scialoja – secondo Cardilli – rappresenterebbe uno specchio del nuovo «contesto di maturazione» scientifica rappresentato dalla critica d'inizio '900 alla prima Pandettistica, che nella sua «lettura unificante» dell'*exceptio doli generalis* aveva fatto di quest'ultima uno strumento dell'*aequitas* quale temperamento dello stretto diritto. Si tratta di una critica dei primi del XX secolo che si poggiava – sempre secondo la ricostruzione di Cardilli – su «una tendenziale sfiducia verso strumenti equitativi di correzione giudiziale nella fase applicativa del diritto», che, nonostante non negasse «il fondamento equitativo» dell'*exceptio doli generalis*, ne escludeva però «da forza creatrice nel contemporaneo diritto privato [...] visto sempre di più come il diritto privato fissato con legge dello Stato, svilendo qualsiasi strumento» che potesse «ampliare il potere dei giudici» (ID., *Eccezione di dolo generale e 'variae causarum figurae'*, cit., p. 343). Lo studioso giustifica così l'inserimento di Scialoja in questo contesto affermando che dalla recensione critica di Scialoja all'opera di Milone emergerebbe «chiara la tendenza ad avallare la monopolizzazione statale delle fonti di produzione anche per il diritto privato, nella condivisione del primato della legge e della subalternità del giudice e dell'interprete ad essa» (p. 344). Leggendo le scarse diciotto righe della recensione non riesco però a cogliere lo stesso collegamento operato da Cardilli. Per quanto il recensore non accolga l'opinione di Milone fondata sull'idea che ad ogni eccezione corrisponda un «diritto per sé stante opposto all'azione» – tesi criticata definendo le argomentazioni dell'autore «deboli e un po' vecchie» –, è del tutto evidente che solo questa impostazione venga sottolineata da Scialoja con un giudizio negativo di merito senza alcun accenno ad una negazione del rapporto tra *exceptiones* ed *aequitas* (V. SCIALOJA, *Recensione* a F. MILONE, *La exceptio doli (generalis)*, cit., p. 181) ma anzi nel pensiero generale del recensore – solo a dare uno sguardo a V. SCIALOJA, *Esercizio e difesa dei diritti. Procedura civile romana*, Roma 1894, pp. 167 e ss. – emerge lo stesso legame inscindibile tra *aequitas* e tutte le *exceptiones*, compresa quella *doli*: anche per Scialoja, infatti, il pretore inseriva l'*exceptio* quando la condanna avrebbe rappresentato un'*iniqua consequenza*» delle premesse contenute nella formula.

Alle ricerche sull'*officium iudicis* contenute in *Intorno ai bonae fidei iudicia* seguirono numerose recensioni critiche¹⁷⁶. Gli echi di questi giudizi critici e riserve si percepiscono ancora tra le pagine della letteratura giuridica dei nostri giorni¹⁷⁷.

¹⁷⁶ B. BIONDI, *Recensione*, cit., in *IURA* 16, 1965, pp. 257- 262 (con risposta di Carcaterra alle pp. 80-85 di *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, in *SDHI* 33, 1967); A. SERGÈNE, *Recensione a A. CARCATERRA, Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, in *RHD*, XLIII, 1965, pp. 482- 483 (con risposta alle pp. 96-97 n. 46 di *Ancora sulla 'fides'*, cit.); M. W. FREDERIKSEN, *Recensione*, cit., in *JRS*, LVI, 1966, pp. 248- 249 (con risposta a p. 96 n. 46 di *Ancora sulla 'fides'*, cit.); C. HERMANN, *Recensione*, cit., in *Latomus*, XXV, 1966, pp. 185- 186 (con risposta alle pp. 94 e ss. di *Ancora sulla 'fides'*, cit.); M. KASER, *Recensione*, cit., in *ZSS RA*, LXXXII, 1965, pp. 416- 425 (con risposta alle pp. 85-94 di *Ancora sulla 'fides'*, cit.); D. MEDICUS, *Recensione*, cit., in *TR*, XXXIV, 1966, pp. 116- 121 (con risposta alle pp. 100-101 n. 55, in *Ancora sulla 'fides'*, cit.); F. WIEACKER, *Recensione*, cit., in *Labeo*, XII, 1966, pp. 250- 256. Biondi, nel presentare il libro – «discutibile in parecchi punti» – definì «ozioso» il teorizzare sull'*officium iudicis*, «cercando di precisare quel che debba fare o non fare il giudice», perché nei *bonae fidei iudicia* il compito del giudice «è quel medesimo che si riscontra in ogni giudizio», compito, qui, «da esercitarsi ispirandosi alla *bona fides*» (B. BIONDI, *Recensione*, cit., in *IURA* 16, 1965, pp. 260 e 262); Frederiksen la giudicò come un'opera «largely unsatisfactory», dove le posizioni dell'autore «are not very clear» e in particolare quelle sull'*officium iudicis* «less novel than he thinks» (M. W. FREDERIKSEN, *Recensione*, cit., in *JRS*, LVI, 1966, p. 248). Sergène criticò l'assetto generale dell'opera, lasciando «perplex» la sua incoerenza logica nell'accettare «tout à la fois [...] que la bona fides ne soit pas liée à la morale, qu'elle ne soit pas non plus source de l'oportere, mais qu'elle soit simplement de caractère technico-juridique, sans cependant conférer de pouvoirs accrus au iudex» (A. SERGÈNE, *Recensione a A. CARCATERRA, Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, in *RHD*, XLIII, 1965, p. 483). Nello specifico, Medicus, sulle pagine della *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, contestò l'interpretazione di Gai. 4, 63 («*liberum est tamen iudici nullam omnino iniucem compensationis rationem habere*») data da Carcaterra – per il quale lo *iudex* è libero di non applicare la compensazione in un *iudicium bonae fidei* solo quando non ne ricorrano le «condizioni obiettive» – ribadendo la discrezionalità del giudicante nel decidere se il controcredito vantato dal convenuto debba o meno esser fatto valere in un altro processo («*besser in einem anderem Prozess geltend zu machen ist*», p. 119). Libertà e discrezionalità che verrebbero meno qualora si ancorasse la scelta del giudice alla mancanza di requisiti oggettivi. Wieacker sulla rivista napoletana *Labeo*, a commento del capitolo sull'*officium iudicis*, riteneva, invece, non sufficientemente spiegato dall'autore il gaiano «*liberum officium iudicis*» (Gai. 4, 63 e 4, 114), e questo, a suo dire, stava a dimostrazione della mancanza di una moderna e completa monografia sull'*officium* in questione (F. WIEACKER, *Recensione*, cit., in *Labeo*, XII, 1966, p. 254). Sia la recensione di HERRMANN, apparsa su *Latomus* (C. HERMANN, *Recensione*, cit., in *Latomus*, XXV, 1966, p. 186: «*Mais je crois que l'auteur a raison lorsqu'il montre que l'officium du juge, loin d'être libre, l'oblige à interpréter les termes d'une affaire d'une manière plus approfondie*»), che quella autorevole di Kaser sulla *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, se contestarono in altri punti l'opera, quanto alle riflessioni sull'*officium iudicis*, non ebbero a biasimare l'autore, limitandosi anzi il secondo a riportarne semplicemente il pensiero (M. KASER, *Recensione*, cit., in *ZSS RA*, LXXXII, 1965, pp. 422-423). Tanto da lasciare stupito l'autore nella sua accesa difesa alle accuse dei recensori: «Nessuna critica ci è stata mossa dal Kaser, né per le prove né per le argomentazioni. Dobbiamo ritenerci, autorizzati, allora, a ritenerle valide?» (A. CARCATERRA, *Ancora sulla 'fides'*, cit., p. 93).

¹⁷⁷ E così, solo per citare qualche esempio, Talamanca, *incidenter tantum*, non perse l'occasione per demolire dopo più di trent'anni l'impalcatura concettuale delle tesi di Carcaterra, il quale – secondo le parole dell'occasionale recensore – «in quella fondamentale mistura di grande entusiasmo per i propri assunti e di altrettanta incapacità di svolgere un discorso metodologicamente corretto, che ne ha sempre caratterizzato la cifra di studioso», «non ha apportato alcun apprezzabile contributo» in materia (M. TALAMANCA, *Lex ed interpretatio in Lab. 4 post. A Iav. Epit. D. 19. 1. 50, in Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, II, Napoli 1997, p. 396 n. 152, con particolare riferimento alla problematica se la *fides* fosse o no il fondamento dell'*oportere*, per Carcaterra presupposto logico del riconoscimento allo *iudex* dei poteri discrezionali ed equitativi). E Stolfi, più recentemente, quanto alla decisa negazione di Carcaterra di una coincidenza tra *fides bona* ed *aequitas*, ha sottolineato le «discutibili opzioni metodologiche» con il quale l'autore aveva affrontato l'argomento, «come il sistematico sospetto di interpolazione» dei passi dove le due nozioni sono

L'opera di Carcaterra, se portata a compimento con differenti strumenti metodologici, ritengo che avrebbe potuto fornire un notevole contributo alla definizione della «discrezionalità» e «libertà» del giudice – che continua sino a oggi a essere il parametro descrittivo dell'*officium iudicis* in quanto, come si è visto, motivo guida della manualistica italiana – in connessione con il richiamato *Prinzip* di «sicurezza-prevedibilità» giuridica così come teorizzato, tra i primi, da Schulz.

Al di là della distinzione tra «sistemi aperti» e «sistemi chiusi» – in quanto anche in questi ultimi, in ragione del richiamo a clausole generali come la buona fede oggettiva, si introduce una «indeterminazione dei contenuti normativi»¹⁷⁸ – oggi avanza in dottrina l'idea che sia necessario per ciascuno di essi, e quindi che lo fosse, in qualche modo, anche per il sistema giuridico di Roma, enucleare «strumenti» in grado di garantire «la stabilità e la coerenza del sistema»¹⁷⁹, finalizzati ad attenuare gli effetti distorsivi di decisioni arbitrarie in sede di concretizzazione giudiziale «entro un processo adeguato alla certezza del diritto»¹⁸⁰.

Tali 'strumenti' possono forse rintracciarsi – nell'ambito della «certezza-conoscibilità» del diritto – nell'attività rispondente e nella pratica della *scientia iuris* degli *iuris prudentes* (in quanto questi ultimi mai si sottrassero «al ruolo di guida e di elemento ordinante delle varie concretizzazioni giudiziali» anche della *fides bona*¹⁸¹) e – nell'ambito della «sicurezza-prevedibilità» giuridica – nell'utilizzo 'cautelare' delle *partes formularum*, in sede di redazione della *formula-iudicium*, «onde assicurare una qualche prevedibilità e certezza delle decisioni alle quali il giudizio» poteva esporre¹⁸².

Il punto di equilibrio tra «certezza ed equità» – perennemente «instabile» nella storia dell'esperienza giuridica¹⁸³ – può validamente essere rintracciato allora proprio nelle posizioni

affiancate (E. STOLFI, *Bonae fidei interpretatio. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli 2004, p. 139, n. 45).

¹⁷⁸ M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, IV, Padova 2003, p. 24.

¹⁷⁹ M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, IV, Padova 2003, p. 26 n. 75.

¹⁸⁰ R. CARDILLI, *La «buona fede» tra codici e giuristi*, in «*Bona fides» tra storia e sistema*³, Torino 2014, p. 100.

¹⁸¹ R. CARDILLI, «*Bona fides» tra storia e sistema*³, cit., p. 48.

¹⁸² La citazione è di A. CORBINO, *Iudicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., p. 171, il quale ha insistito sulla necessità di far emergere una faccia della questione relativa alla procedura formulare rimasta, in fin dei conti, nell'«ombra»: quella cioè di rendere «cogente» per il giudice ciò che altrimenti non lo sarebbe potuto essere. Il pretore, infatti, per effetto della *formula* e con l'inserimento in essa di un'*exceptio*, indirizza il giudice «verso una decisione della lite piuttosto che verso un'altra, in direzione della quale il giudice sarebbe libero di orientarsi senza quel vincolo formale».

¹⁸³ A. BURDESE, *La certezza del diritto nell'esperienza di Roma antica*, in *Atti dell'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti* 150, 1991-1992, ora in A. BURDESE, *Miscellanea romanistica*, Madrid 1994, p. 11. Anche B.

più «equilibrate» appunto di chi, come Scialoja, nonostante l'indiscutibile appartenenza alla temperie scientifica e culturale del tardo ottocento, paladina della «sicurezza» giuridica, non disconoscendo quindi il generale valore della certezza del diritto¹⁸⁴, ha però riconosciuto – sull'esempio dell'esperienza giuridica romana – la necessità per un sistema giuridico di «aprire le porte» alle istanze di giustizia e concretezza¹⁸⁵, da mediare e moderare nei suoi potenziali effetti distorsivi tramite l'utilizzo di precisi strumenti giuridici volti a equilibrare queste due connaturate esigenze del sistema giuridico romanistico.

ALBANESE, *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del diritto*, cit., pp. 169-170 ha colto il tentativo di «ogni esperienza giuridica che si sia realizzata sul piano storico, sotto qualsiasi cielo ed in qualsiasi tempo» di conciliare «in un equilibrio» l'esigenza di «certezza» – «ideale d'una giustizia intesa come garanzia della stabilità dei rapporti umani e della loro valutazione su un piano d'eguaglianza» – e quella di «concretezza» – «ideale d'una giustizia intesa come garanzia dell'apprezzamento individuale e perfetto del singolo, irripetibile e unico, caso concreto» (sul punto si cfr. la ricostruzione del pensiero dell'A. di G. ARICÒ ANSELMO, *Ricordo di Bernardo Albanese (1921-2004)*, in *BIDR* 103-104, 2000-2001, pp. 5 e ss.). Ha espresso invece un indirizzo differente Maschi che ha rifiutato di scorgere nella concezione romana un'antitesi tra «certezza del diritto» e «certezza della giustizia» (*Certezza del diritto e potere discrezionale del magistrato nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano 1962, p. 446).

¹⁸⁴ Così da auspicare un superamento del traluzio legame sillogistico tra positivismo giuridico, certezza del diritto e lotta all'equità, recentemente ribadito anche da chi ha lucidamente ricercato – muovendosi da solide basi romanistiche – nel «consenso democraticamente espresso», posto alla base dei moderni ordinamenti di matrice liberale, la legittimazione del giudizio di equità da considerarsi fondato sul «senso comune», al quale dovrebbe rifarsi il giudice sull'esempio dell'esperienza romana (A. PALMA, *Giustizia e senso comune*, cit., p. 145). Per Palma infatti i «paventati rischi per la certezza del diritto appaiono fondati su di una malintesa concezione di equità ritenuta, erroneamente, priva di basi oggettive e condivise», errore consistente in un «portato dello Stato liberale e dell'ideologia positivista che ha definitivamente appannato il concetto stesso di senso comune e del ruolo ad esso storicamente attribuito» (A. PALMA, *Giustizia e senso comune*, cit., p. 144). Per A. BISCARDI, *Prologo*, cit., p. 2, l'«incompatibilità» fra giustizia e certezza è una conseguenza del contrasto tra una «prospettiva giusnaturalistica» e un'«ottica giuspositivista». Anche tra coloro che si collocano su posizioni differenti, come F. D. BUSNELLI (*Note in tema di buona fede ed equità*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, I, Padova 2003, pp. 223 e ss.), che ha auspicato «un salutare bagno nelle acque incontaminate del diritto romano per depurare il concetto di buona fede» anche e soprattutto dall'equità, è stata ricondotta a Vittorio Scialoja e ai «fautori intransigenti del nascente positivismo» la prima rottura del rapporto tra i due «compagni di viaggio» – buona fede ed equità – viaggio che «dura dal diritto romano ai giorni nostri» (pp. 225-226).

¹⁸⁵ Recentemente N. IRTI (*Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Rivista delle società* 5, 2015, pp. 801 e ss.) – riflettendo sulla contemporanea opposizione tra calcolabilità e razionalità economiche e incalcolabilità e irrazionalità giuridiche, e spaziando dalla teoria generale del diritto al diritto romano – ha espresso dubbi e perplessità sull'«apertura delle porte» di un ordinamento giuridico ai «valori», apertura prevista nell'applicazione delle clause generali per mezzo del giudice: attraverso quelle porte «tutto può entrare: vitalismo, intuizionismo dei valori, soggettivismo utopico, ideologia politica, *pathos* morale», tutto a discapito della «calcolabilità giuridica» e del «sillogismo applicativo»; cfr. tutti gli scritti sull'argomento ora in *Un diritto incalcolabile*, cit., *passim*. *Contra* P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., pp. 51 e ss. e N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., pp. 1115-1143. Per un'impostazione differente vedi anche G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, cit., *passim*.

Questa «intuizione»¹⁸⁶ di Scialoja può rappresentare uno stabile e sicuro punto di partenza¹⁸⁷ dal quale ricostruire l'eventuale approccio della giurisprudenza romana al problema – da verificare se anche 'romano' oltre che contemporaneo – e le conseguenti soluzioni concrete ivi prospettate, volte a salvaguardare contemporaneamente le esigenze e della certezza del diritto e dell'*aequitas*: al fine di dare risposta a questo complicato quanto insoluto 'nodo gordiano' in tema di «sicurezza» giuridica, *bona fides* e *liberum officium iudicis*.

¹⁸⁶ Le su riportate taglienti «brevi parole» di Scialoja assumono talvolta la veste di «lampi» in grado di offrire «al lettore continui spunti e» – per l'appunto – «intuizioni». Queste ultime parole sono di A. DI PORTO che, nel già citato recente lavoro, introduce così le sue riflessioni su alcuni scritti di Scialoja (*Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, cit., p. XV).

¹⁸⁷ Per M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, IV, Padova 2003, p. 103 n. 290, il «ruolo [di Scialoja] fondamentale nella nostra scienza del diritto può essere ignorato soltanto da chi di diritto nulla riesce a comprendere».

CAPITOLO III

«CONOSCIBILITÀ» DEL DIRITTO E *BONAE FIDEI IUDICIA* NELL'ETÀ DELLA GIURISPRUDENZA (II SEC. A. C. – III SEC. D. C.)

1. «CONOSCIBILITÀ» DELLA *LEX* E DELL'*EDICTUM PRAETORIS* IN CICERONE E POMPONIO

Il rapporto tra diritto ed equità, tra certezza e giustizia, può esser definito il 'motore' della storia giuridica romana. Un movimento circolare – che prima va dalla certezza verso la giustizia e poi dall'equità verso il diritto formalmente posto – rappresenta la storia della costruzione, in perenne cantiere¹⁸⁸, del sistema giuridico romano, in un'altalenante oscillazione tra le esigenze di certezza e le istanze di giustizia. Dopo l'imponente erosione del formalismo dello *ius civile* ad opera del pretore, quale primo «promotore dell'equità»¹⁸⁹, e l'esaltazione massima dell'apodittico «*summum ius, summa iniuria*», appaiono sul finire della *libera res publica* le prime testimonianze di una cauta rivalutazione dell'esigenza di «certezza-conoscibilità» di alcune fonti di produzione espressioni dell'esercizio di una *potestas* – in particolare la *lex* e l'*edictum* – che si trasformeranno in ideologia e valori dominanti per alcuni giuristi della prima età imperiale.

α) In Cicerone lo *ius*, o confermato dai *mores* o sancito dalle *leges*, appare garanzia di «sicurezza» per i *cives* per la sola ragione di esistere (Cic. *de rep.* 1, 2: «[...] *tutiores et opulentiorem vitam hominum reddere* [...]»)¹⁹⁰: l'allontanamento dallo *ius* e lo sprofondamento nell'arbitrio degli uomini di potere rende tutte le cose «incerte», venendo meno qualsiasi garanzia per il futuro (Cic. *ad fam.* 9, 16, 3: «*De illo autem, quem penes est omnis potestas, nihil video, quod timeam, nisi quod omnia sunt incerta, cum a iure discessum est, nec praestari quidquam potest, quale futurum sit, quod positum est in alterius voluntate, ne dicam libidine*»). Quanto alla *lex*¹⁹¹, l'Arpinate esalta la conoscibilità del diritto in ragione della pubblicazione delle *duodecim tabulae* (Cic. *de orat.*

¹⁸⁸ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna 2016, pp. 231 e ss. parla del diritto romano come «costruzione in divenire».

¹⁸⁹ B. ALBANESE, *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del diritto*, cit., pp. 175 e 176.

¹⁹⁰ E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, Bologna 1927, p. 35: Cicerone spesso contrappone la *lex* «alla violenza a cui corrisponde la soppressione della libertà e dell'*aequitas*».

¹⁹¹ Si veda più in generale il contributo di F. SERRAO, *Cicerone e la lex publica*, in *Legge e società nella repubblica romana*, I, Napoli 1981, pp. 401 e ss. Sul rapporto *lex-iudex* nel pensiero ciceroniano si veda da ultimo P. CERAMI, *Giudice e legge nel pensiero di Cicerone*, in *Legal Roots* 3, 2014, pp. 281 e ss. Cfr. anche le più generali riflessioni di L. LABRUNA, *Un tema «senza tempo»: il «difficile rapporto» tra il giudice e la legge. Qualche riflessione a proposito di un recente volume*, cit., pp. 453 e ss. spec. 455.

1, 193: «[...] *quo facilius percipi cognoscique ius civile possit* [...]») e si lamenta della difficoltà, diffusa al suo tempo, di apprendere il testo delle *leges*, in quanto relegate nelle mani degli scrivani (Cic. *de leg.* 3, 46: «*Legum custodiam nullam habemus, itaque eae leges sunt quas apparitores nostri volunt: a librariis petimus, publicis litteris consignatam memoriam publicam nullam habemus*»)¹⁹². La *consuetudo* viene invece vista come «certa» in quanto stabilmente garantita dalla «vetustas» e confluyente nell'editto dei pretori (Cic. *inv.* 2, 67). Celebra infine la facile conoscibilità del testo editto, paragonato, in un celebre passo delle Verrine, a una *lex* dalla validità annua (Cic. *Verr.* 2, 1, 109)¹⁹³, si da deridere quegli avversari che in giudizio dimostrino di ignorarne il contenuto (Cic. *pro Rosc. com.* 24-25)¹⁹⁴.

β) Pomponio – giurista dell'età degli imperatori Antonini – loda, forse suggestionato dal pensiero ciceroniano¹⁹⁵, la conoscibilità della *lex* e dell'editto pretorio. Nel suo *Enchiridion*, probabilmente «influenzato da una persistente ideologia repubblicana ispirantesi al principio della sovranità popolare, prospetta la storia medesima in termini di corsi e ricorsi dialettici tra incertezza del diritto e certezza legislativa»¹⁹⁶. Per il giurista antoniniano, prima di Romolo il popolo viveva «*sine lege certa*», «*sine iure certo*» e «tutte le cose erano governate dalla mano dei re» (D. 1, 2, 2, 1). Romolo, e i re che a lui seguirono, *tulerunt leges ad populum* (D. 1, 2, 2, 2). Cacciati

¹⁹² Su cui da ultimo L. GAGLIARDI, *La lex Iunia Licinia e le procedure di pubblicazione e di conservazione delle leggi nella Roma tardo-repubblicana*, in *Diritto@Storia* 8, 2009. Cfr. A. GUARINO, *Recensione a F. VON SCHWIND, Zur Frage der Publikation im römischen Recht*, München 1940, in *SDHI* 8, 1942, p. 335 n. 14.

¹⁹³ D. MANTOVANI, *L'editto come codice e da altri punti di vista*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Atti del convegno (Napoli, gennaio-novembre 1996), Napoli 1998, p. 156.

¹⁹⁴ Come però ebbe a sottolineare E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, cit., pp. 40-41 Cicerone non sembra accogliere la partizione fra *ius scriptum* e *ius non scriptum* che si rintraccia con sicurezza nella giurisprudenza successiva; anzi «anche l'editto, per quanto normalmente esposto in iscritto» ha la sua base «nell'orale dichiarazione dell'edicente», come si può dedurre da Cic. *fin.* 2, 74: «[...] *cum magistratum inieris et in contionem ascenderis* [...] *est enim tibi edicendum quae sis observaturus in iure dicendo, et fortasse etiam, si tibi erit visum, aliquid de maioribus tuis et de te ipso dices more maiorum*» (cfr. G. MANCUSO, *Praetoris edicta. Riflessioni terminologiche e spunti per la ricostruzione dell'attività editto del pretore in età repubblicana*, cit., p. 389). Il passo di Cic. *part. orat.* 37, 129-130, dove l'oratore contrappone agli atti scritti pubblici (*lex, senatusconsultum, foedus*) gli atti scritti di carattere privato (*tabulae, pactum conventum, stipulatio*) lascia bene intendere – in modo del tutto chiaro nell'esemplificazione della *stipulatio* – che la scrittura stava a indicare un comune elemento della prassi ma non una condizione necessaria per la validità degli atti stessi (cfr. F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, Torino 1992, p. 48 n. 65). In Cic. *inv.* 2, 162 l'elemento scrittura sembra finalizzato alla pubblicità ma non alla validità degli atti legislativi: «[...] *Lege ius est, quod in eo scripto, quod populo expositum est, ut observet, continetur*». Cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Aequitas e ius scriptum. Profili storici*, in *Annali Facoltà giuridica Università degli studi di Camerino* 1, 2012, pp. 238 e ss. per l'opposizione fra *ius scriptum* ed *aequitas* in Cicerone.

¹⁹⁵ Come tenta di dimostrare, in relazione ad altri dati forniti nel manuale pomponiano, M. BREITONE, *Pomponio lettore di Cicerone*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², cit., pp. 277 e ss. A tal proposito si veda però E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, Napoli 2002, pp. 287 e ss. spec. 290 che tende ad escludere una «capillare dipendenza» di Pomponio da Cicerone.

¹⁹⁶ A. BURDESE, *La certezza del diritto nell'esperienza di Roma antica*, cit., pp. 4-5. Cfr. L. LANTELLA, «*Ius certum*» in D. 1. 2. 2., cit., p. 226: «l'apologia è presente, forse, per derivazione tralaticia da una cultura repubblicana che valorizzava la componente popolare e quindi la legge».

i re e cadute in disuso le suddette *leges*, il popolo tornò a fare uso di uno *ius incertum* di tipo consuetudinario (D. 1, 2, 2, 3). Ma ecco che si decise – così come aveva fatto Romolo – di *fundare* nuovamente la *civitas* «*legibus*», ovvero sia con la composizione da parte dei Decemviri delle XII Tavole, collocate davanti ai rostri «*ut possint leges apertius percipi*» (D. 1, 2, 2, 4). La stessa esigenza di «conoscibilità» dello *ius* («*apertius percipi*»), Pomponio sembra vederla soddisfatta nell'esposizione annuale degli editti dei magistrati «*ut scirent cives, quod ius de quaere quisque dicturus esset seque praemunirent*» (D. 1, 2, 2, 10; vedi *infra* cap. V § 1 n. 491). È evidente allora che per il giurista antoniniano la «certezza del diritto è un bene ritornante» e «nel suo andirivieni» rappresenta «l'ordine della legge che dissolve il caos dell'arbitrio»¹⁹⁷. Pomponio vede infatti «la certezza legislativa in funzione di garanzia avverso l'esercizio arbitrario del potere politico, prima che in termini di superamento dell'oscurità o ambiguità del modello applicabile, per prassi consuetudinaria, al singolo caso»¹⁹⁸.

Nelle visuali di Cicerone (Cic. *de orat.* 1, 193: «[...] *quo facilius percipi cognoscique ius civile possit* [...]») e Pomponio (D. 1, 2, 2, 4: «*ut possint leges apertius percipi*»), entrambi in chiave apologetica della *libera res publica*¹⁹⁹ – in accelerata agonia al tempo del primo, definitivamente decaduta negli anni del secondo – il tema della «certezza» del diritto – che coinvolge per lo più il profilo della «conoscibilità» dell'«esistenza» dello *ius* ma anche quello, speculare, della «sicurezza-prevedibilità» per i *cives* – si colloca dunque su un «fronte»

¹⁹⁷ L. LANTELLA, «*Ius certum*» in D. 1. 2. 2., cit., p. 225.

¹⁹⁸ L. LANTELLA, «*Ius certum*» in D. 1. 2. 2., cit., p. 226.

¹⁹⁹ Sul rapporto tra certezza del diritto e *libertas* si vedano da ultimo le notazioni di A. MURONI, *Sull'origine della libertas in Roma antica: storiografia annalistica ed elaborazioni giurisprudenziali*, in *Diritto@Storia* 11, 2013. Cfr. G. VALDITARA, *Leges e iurisprudencia fra democrazia e aristocrazia*, in *SDHI* 80, 2014, pp. 17 e ss.

squisitamente «politico»²⁰⁰ – ovvero sia di limitazione dell'esercizio arbitrario delle *potestates* pubbliche – piuttosto che «tecnico» e giuridico sul 'contenuto' dello *ius*²⁰¹.

Per entrambi, nonostante la diretta conoscibilità dell'«esistenza» della *lex* e dell'*edictum* rappresenti un valore del sistema da salvaguardare e preservare, la risoluzione del «dubbio» sul 'contenuto' del diritto – come vedremo – resta ancorata e affidata all'attività 'tecnica' e scientifica dei giuristi nella pratica della *scientia iuris*: l'*interpretatio prudentium*.

²⁰⁰ L. LANTELLA, «*Ius certum*» in *D. 1. 2. 2.*, cit., p. 229. Sull'opportunità politica e non sulla necessità giuridica della pubblicazione delle *leges publicae* insisteva già G. TIBILETTI, *s.v. Lex*, in *Dizionario epigrafico*, IV, Roma 1942, pp. 707 e ss.; così come G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani. Elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, Hildesheim-Zürich-New York 1990 (ristampa anastatica Milano 1912), p. 168 ne parlava nei termini di «efficacia pratica» e non giuridica. I provvedimenti funzionali alla pubblicazione *in albo* degli *edicta* (l'editto *de albo corrupto* ma soprattutto la *lex Cornelia* e l'editto *quod quisque iuris*) sono sì posti a tutela «dell'interesse della collettività alla certezza del diritto di creazione pretoria» ma sono anche volti a limitare l'esercizio arbitrario della giurisdizione da parte del magistrato (E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I², Padova 1947, pp. 23-24; N. PALAZZOLO, *La «propositio in albo» degli «edicta perpetua» e il plebiscitum Cornelium del 67 a. C.*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, V, Napoli 1984, pp. 2427 e ss.; ID., *L'edictum 'De albo corrupto' e il problema della pubblicità delle norme edittali in età postadrianea*, in *Studi Sanfilippo*, VII, Milano 1987, pp. 600 e ss.). Sulla *lex Cornelia de edictis* si vedano anche G. MANCUSO, *Praetoris edicta. Riflessioni terminologiche e spunti per la ricostruzione dell'attività edittale del pretore in età repubblicana*, in *AUPA* 37, 1983, pp. 305 e ss. spec. 313 e ss.; D. MANTOVANI, *Praetoris partes. La iurisdictio e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi*, in M. G. DI RENZO VILLATA, *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, cit., pp. 33 e ss.; P. PINNA PARPAGLIA, *Lex Cornelia de edictis, mutui feneratorum, certezza del diritto*, in *Labeo* 38, 1992, pp. 372 e ss.; nonché da ultimi G. VALDITARA, *Leges e iurisprudenzia fra democrazia e aristocrazia*, in *SDHI* 80, 2014, pp. 53-54 e A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, cit., pp. 127 e ss. e bibliografia ivi citata.

²⁰¹ L. LANTELLA, «*Ius certum*» in *D. 1. 2. 2.*, cit., pp. 228-229.

2. IL RUOLO DEL GIURISTA NELLA «CONOSCIBILITÀ» DEL DIRITTO

A) RAPPORTO TRA «CERTEZZA» E PRINCIPIO «*IGNORANTIA IURIS NOCET*». LO «*IUS FINITUM*» DI NERAZIO (D. 22, 6, 2).

Per accertare l'esistenza o meno tra i principi fondamentali del sistema giuridico romano della «certezza-conoscibilità» del diritto, è possibile prendere in considerazione il noto enunciato «*ignorantia iuris nocet*»²⁰². La disamina di questo principio giuridico ci aiuterà a comprendere il valore attribuito, nel periodo di tempo qui preso in considerazione, dal sistema giuridico romano alla «certezza-conoscibilità» del diritto e al conseguente ruolo preponderante del giurista nella cognizione dello *ius*, attraverso la conduzione dell'attività rispondente e la pratica della scienza sistematrice.

I sistemi giuridici, che non ammettono l'ignoranza del diritto come scusante per l'applicazione di una sanzione giuridica, di regola prevedono in capo ai cittadini il dovere tassativo d'informazione giuridica. L'inescusabilità per i *cives* dell'ignoranza del diritto, ai fini della sanzionabilità dei comportamenti *contra ius*, dovrebbe dall'altro lato prevedere ragionevolmente la necessaria sussistenza per essi della garanzia della sicura conoscibilità. Oggi si ritiene che la certezza della legge sia in qualche modo collegata alla declinazione contemporanea di questo principio giuridico²⁰³: non può esserci irrilevanza dell'*ignorantia iuris* senza la garanzia della conoscibilità del diritto²⁰⁴.

²⁰² Principio enunciato nelle fonti in diverse formulazioni: «*ignorantia iuris cuique nocet*» (Paolo in D. 22, 6, 9 *pr.*); «*iuris ignorantia non prodest*» (Labeone in D. 22, 6, 9, 3); «*iuris error nulli prodest*» (Paolo in D. 41, 4, 2, 15). Su tale principio si veda, per un primo approfondimento, F. VASSALLI, *Iuris facti et ignorantia*, in *Studi Senesi* 30, 1914, ora in *Scritti giuridici* III.1, 1960; P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano 1937, pp. 211 e ss.; U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961, pp. 265 e ss.; P. VOCI, *s.v. Errore (diritto romano)*, in *ED XV*, Milano 1966, pp. 229 e ss.; M. SCARLATA FAZIO, *Ignoranza della legge (diritto romano)*, in *ED XX*, Milano 1970, pp. 1 e ss.; T. MAYER-MALY, *Error iuris*, in H. MIEHLER (hrsg. von), *Ius humanitatis. Festschrift zum 90. Geburtstag von Alfred Verdross*, Berlin 1980, pp. 150 e ss.; M. BRETONI, *Giuristi e profani*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², cit., pp. 120 e ss.; L. C. WINKEL, «*Error iuris nocet*»: *Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung*, Zutphen 1985; K. HACKL, *Recensione a L. C. WINKEL, «Error iuris nocet*»: *Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung*, cit., in *Iura* 36, 1985, pp. 194 e ss.; P. CERAMI, «*Ignorantia iuris*», in *Seminarios complutenses de derecho romano*, IV (1992), Madrid 1993, pp. 57 e ss.

²⁰³ Per il nostro ordinamento di diritto civile si vedano i collegamenti tra l'art. 73 comma 3 Cost. e l'art. 10 delle Disposizioni sulla legge in generale («Le leggi e i regolamenti divengono obbligatori nel decimoquinto giorno successivo a quello della loro pubblicazione, salvo che sia altrimenti disposto»), da un lato, e gli artt. 1969 e 2732 c.c., dall'altro. Ma si veda in relazione all'art. 5 del c.p. la sent. n. 324 del 1988 della Corte Costituzionale che in parte ha rivisto il rapporto tra certezza della legge e ignoranza del diritto. Cfr. S. PUGLIATTI, *s.v. Conoscenza*, cit., pp. 58 e ss.

²⁰⁴ Così M. SCARLATA FAZIO, *Ignoranza della legge (diritto romano)*, cit., p. 4: «l'ignoranza di diritto è, in linea teorica, inescusabile perché il soggetto, quale membro di una comunità giuridicamente costituita, ha l'obbligo di conoscere il diritto che regge la comunità alla quale appartiene. Ma è, questo, principio valido solo se, ed in quanto, quella comunità lo pone in grado di raggiungere quella conoscenza; cosicché il principio, in teoria assoluto, diviene in pratica relativo in quanto condizionato dall'esistenza, o meno,

Per l'esperienza giuridica di Roma, appare muoversi in questa direzione il giurista Nerazio che, nonostante esalti, nel libro sesto delle *Membranae*, la «sicurezza» del diritto sotto il profilo della «stabilità» (Nerazio in D. 1, 3, 21: «*Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur*»)²⁰⁵, sembra esprimere anche un'idea di certezza dello *ius* legata alla sua «conoscibilità»²⁰⁶: il giurista traiano infatti sempre nei *libri membranarum*, ma questa volta nel libro quinto²⁰⁷, afferma che l'*error iuris* debba esser distinto dall'*ignorantia facti*²⁰⁸, in quanto «il diritto [...] può e deve essere appreso in una sua oggettiva certezza»²⁰⁹ («*ius finitum*» D. 22, 6, 2)²¹⁰.

di quella possibilità di conoscenza». Di questo parere anche J. M. RAINER, *Ancora sull'error iuris e lo ius finitum*, in *Melanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Neuchatel 1999, p. 71. Ma per P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., pp. 55-56 e 57-58, è nel momento in cui si afferma nell'«età moderna» la «riduzione» del diritto alla legge che il comando in essa contenuto inizia a dover esser certo affinché sia ubbidito. L'accertamento di un eventuale collegamento tra *ignorantia iuris* e certezza della legge (conoscibile in via 'immediata' da tutti) – piuttosto che del diritto (conoscibile solo in via 'mediata' tramite l'interpretazione di 'tecnici') – è un preliminare nodo da sciogliere per comprendere il diverso ruolo che la legge ebbe nel sistema giuridico romano rispetto all'età moderna.

²⁰⁵ Su cui vedi, tra gli altri, V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Torino 1989, pp. 68 e ss. con i correttivi di M. TALAMANCA, *Recensione a V. SCARANO USSANI, Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, cit., in *BIDR* 94-95, 1991-1992, pp. 721 e ss.

²⁰⁶ C. A. MASCHI, *Considerazioni sulla certezza del diritto*, cit., p. 150 ritiene che il frammento neraziano contenuto in D. 1, 3, 21 esprima l'esigenza di «certezza» del diritto in termini «formali», ma senza però rintracciarne nella sola legislazione un baluardo. *Contra* J. M. RAINER, *Ancora sull'error iuris e lo ius finitum*, cit., p. 71, che invece ancora l'affermazione del giurista traiano, contenuta nel frammento 21, addirittura alla «legislazione imperiale». Vi vede una contrapposizione tra disposizioni legislative e attività interpretativa del giurista V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, cit., pp. 70 e ss. (*contra* M. TALAMANCA, *Recensione a V. SCARANO USSANI, Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, cit., pp. 721 e ss.). Emergerebbe comunque anche dal passo delle *Membranae* contenuto in D. 22, 6, 2 un'analoga attenzione – rinvenibile a mio avviso con più chiarezza in D. 1, 3, 21 – per la «stabilità» del sistema giuridico, e quindi per la «sicurezza», oltre che per la «conoscibilità», e quindi per la «certezza» giuridica in senso formale. Cfr. V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979, pp. 58 e ss., secondo cui è possibile rintracciare, nell'insieme della teorica neraziana, uno stretto legame tra il presente e il passato, dove prevalgono gli interessi a conservare e a stabilizzare nel tempo i valori del sistema (critico, più sul metodo che sulla sostanza, F. SITZIA, *Il conservatorismo di Nerazio*, in *Labeo* 39, 1983, pp. 33 e ss.). Ad ogni modo «sicurezza», nel senso di «stabilità» (come sembra emergere per lo più da D. 1, 3, 21), e «certezza», col significato di «conoscibilità» (come appare principalmente da D. 22, 6, 2), appaiono entrambe presenti e bilanciate nella teorica neraziana.

²⁰⁷ Sulla ricostruzione palinogenetica dell'opera *Delle pergamene* vedi O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, I, Graz 1960, pp. 809-810. Sulla natura dell'opera, F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*², Oxford 1953, pp. 228-229. Si veda anche lo studio di R. GREINER, *Opera Neratii*, Karlsruhe 1973, pp. 9 e ss.

²⁰⁸ Sulla differenza che intercorre in Nerazio tra l'«*error iuris*» e l'«*ignorantia facti*», si vedano le supposizioni di A. CARCATERRA, *Facti interpretatio nella epistemologia di Nerazio* (D. 22, 6, 2), in *BIDR* 84, 1981, pp. 36 e ss.

²⁰⁹ Traduzione italiana a cura di F. P. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, Napoli 1980, p. 52. Diversa è la traduzione proposta da S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, IV, Milano 2011, p. 155, che richiama l'idea della «definizione»: «il diritto può e deve esser definito».

²¹⁰ Su questo frammento si vedano in particolare V. SCARANO USSANI, *Ermeneutica, diritto e "valori" in L. Nerazio Prisco*, in *Labeo* 23, 1977, pp. 146 e ss.; V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, cit., pp. 5 e ss. e 58 e ss.; A. CARCATERRA, *Facti interpretatio nella epistemologia di Nerazio* (D. 22, 6, 2), cit., pp. 35 e ss.; ID., «*Ius finitum*» e «*facti interpretatio*» nella

Nerazio *libro quinto membranarum* in D. 22, 6, 2: «In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat»

Da ciò traspare, quindi, un'ulteriore sfumatura di cui si colora la «certezza» nella teorica neraziana: la «delimitazione» delle 'fattispecie' giuridiche garantirebbe l'oggettività dello *ius* e comporterebbe l'irrilevanza dell'ignoranza soggettiva²¹¹.

A mio sommo avviso, però l'affermazione di Nerazio necessita di una specificazione²¹², soprattutto se ci si concentra sull'essenza giurisprudenziale del sistema giuridico romano dell'epoca. Infatti, essendo centrale il ruolo dei giureconsulti e della *scientia iuris* almeno sino al III sec. d. C., è lecito domandarsi a quale espressione dello *ius*²¹³ – se allo *ius Romanum* nel suo complesso, filtrato dall'attività rispondente e sistematrice della giurisprudenza (*interpretatio prudentium*), o a una specifica *pars iuris* (*lex* e *plebiscitum*, *senatus consultum*, *constitutiones principum*,

epistemologia di Nerazio Prisco (D. 22. 6. 2), in *Studi in onore di A. Biscardi*, V, 1984, pp. 405 e ss.; V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, cit., pp. 43 e ss.; S. NAPPI, *Ius finitum*, in *Labeo* 43, 1997, pp. 30 e ss.; J. M. RAINER, *Ancora sull'error iuris e lo ius finitum*, cit., pp. 67 e ss.

²¹¹ Si veda S. NAPPI, *Ius finitum*, cit., pp. 37 e ss. per una ricognizione delle interpretazioni e traduzioni dello «*ius finitum*» da parte della dottrina più recente, da cui si evince un costante richiamo alla «certezza» del diritto (diritto «chiaro», «stabilmente definito», «fissato», «in sé concluso e concludente», «determinato», «fest umgrenzt», «definitiv», «bestimmt», «klar», «schlüssig», «delimitato», «circoscritto», «abgegrenzt»). Dopo una disamina delle fonti letterarie da cui traspare un uso del verbo «*finire*» in senso giuridico – oscillando però senza discriminazioni tra i differenti significati di «definire» e «terminare» – lo stesso S. NAPPI, *Ius finitum*, cit., p. 53 affermava che «questo verbo richiama, indubbiamente, ciò che è certo, ciò che è determinato, costretto in limiti sicuri». Tra di esse la più rilevante è Quint. *decl.* 309 in cui ricorre l'espressione «*ius finitum*» e dove è evidente che «il participio *finitum* fa riferimento a una fattispecie ben definita, che si è concretata in modo certo in tutti i suoi elementi costitutivi». Anche nel frammento neraziano, qui preso in esame, l'uso del verbo «*finire*» richiama l'operazione di «delimitazione» delle fattispecie su base casistica («*circumscribere*» in *VIR*, II, Berolini 1933, p. 890), piuttosto che la «definizione» dogmatica di concetti giuridici, sottesa per lo più al verbo «*definire*» («*regulam iuris vel explicationem verbi ponere*» in *VIR*, II, cit., p. 133).

²¹² Il contesto entro il quale doveva inserirsi l'affermazione neraziana sullo *ius finitum* purtroppo è da considerarsi – come riconosce V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, cit., p. 43 – «irrintracciabile».

²¹³ Sembra esaltare la certezza del diritto nel pensiero di Nerazio, sia sotto il profilo della legge che sotto quello dell'attività rispondente dei giuristi, già F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it. a cura di V. SCIALOJA), III, Torino 1893, p. 434 = *System des heutigen römischen Rechts*, III, Aalen 1981 (2. Neudruck 1841), S. 334 («de regole del diritto sono chiare e certe, e per conseguenza ognuno può o conoscerle da sé stesso o facilmente apprenderle dai giuristi»). V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, cit., p. 59 e S. NAPPI, *Ius finitum*, cit., pp. 43-44 e 68 ritengono entrambi che Nerazio vedesse realizzata la certezza del diritto grazie al lavoro interpretativo dei giuristi (cfr. le conclusioni a cui era già giunto A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli 1971, pp. 147-148, dove l'attività del giurista ivi implicitamente richiamata si doveva connotare di un carattere prettamente «razionale»; poi anche in ID., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*², cit., p. 323). J. M. RAINER, *Ancora sull'error iuris e lo ius finitum*, cit., p. 71 collega invece l'*error iuris* neraziano alla certezza della legge, nello specifico, quella imperiale.

edicta magistratum) – il giurista traiano abbia voluto far riferimento quando affermava che esso «potesse» («*possis*») e dovesse («*debeat*») esser «*finitum*»²¹⁴.

È stato affermato che l'inciso iniziale «*in omni parte*» possa sottintendere «*iuris*»²¹⁵. Per verificare la probabilità di questa supposizione è necessario ricercarne un addentellato nelle fonti. Non risulta che Nerazio abbia fatto uso altrove del termine «*finitum*» così come del verbo «*finire*» coniugato diversamente²¹⁶. Infatti, se ci si basa sul solo dato letterale («*ius finitum*»), è

²¹⁴ Nerazio sembra riconoscere nel «*finire ius*» non solo una potenzialità implicita di *omnis pars iuris* – una sorta di certezza del diritto quale principio ‘formale’ del sistema – ma anche un obiettivo della ‘politica del diritto’ – una certezza del diritto quale principio ‘sostanziale’ – a cui i giuristi – come credo si possa supporre – avevano il compito di tendere. In questa ricostruzione del pensiero neraziano è implicito il richiamo all’interpretazione contemporanea del nostro principio di eguaglianza sancito dall’art. 3 della Cost. dove al comma 1 se ne declina l’espressione ‘formale’ (l’«essere», vicino al «*possis*» di Nerazio) e al comma 2 quella ‘sostanziale’ (il «dover essere», specularmente al «*debeat*» neraziano). F. DE MARTINO, *L’ignorantia iuris nel diritto penale romano*, in *SDHI* 3, 1937, pp. 387 e ss., ora in *Diritto e società nell’antica Roma*, Roma 1979, pp. 424 e ss. non riusciva a dare senso al nesso, posto da Nerazio, tra il «*possis*» e il «*debeat*» collegati entrambi con l’*ignorantia iuris*: «o il *ius* è *finitum*, ed allora si spiega perché l’*error in iure* non scusa; o il *ius* può essere *finitum*, ed allora la spiegazione non va più, in quanto una cosa che può e deve esser tale, non è detto che lo sia certamente». Cfr. V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, cit., p. 48: «la determinabilità del diritto era possibile e necessaria, obiettivo non solo raggiungibile ma obbligato».

²¹⁵ A. CARCATERRA, «*Ius finitum*» e «*facti interpretatio*» nella epistemologia di Nerazio Prisco (D. 22. 6. 2), cit., p. 414. *Contra* A. GUARINO, *L’ordinamento giuridico romano*⁵, cit., pp. 110 e 126, che considerava l’attacco iniziale («*in omni parte*») quale «evidente frutto di interpolazione generalizzante» (dopo essersi ricreduto su una generale critica esegetica del passo precedentemente proposta in ID., *Il diritto e i mistagoghi*, in *ANA* 95, 1984, ora in *Iusculum iuris*, Napoli 1985, pp. 11 e ss. spec. 34: «l’intervento del compilatore di D. 22, 6 [...] in tutto il passo è evidentissimo»). L’uso del termine e del concetto di *pars* in Nerazio è – come d’altronde nel resto della giurisprudenza romana – ricorrente, in particolare nell’opera *Delle pergamene: libro sexto membranarum* D. 39, 2, 47; *libro tertio membranarum* D. 10, 2, 54; (Paolo *libro quinto ad Plautium*) D. 18, 1, 57 *pr.*; (Ulpiano *libro vicesimo quinto ad edictum*) D. 11, 7, 20 *pr.*; *libro quinto membranarum* D. 17, 1, 35; (Pomponio *libro trigentesimo primo ad edictum*) D. 17, 2, 62; *libro quinto membranarum* D. 30, 124; *libro tertio membranarum* D. 46, 7, 16; *libro secundo responsorum* D. 45, 3, 24. Si veda però D. NÖRR, *Divisio und partitio*, cit., p. 47, scettico sulla possibilità di rintracciare una «*partitio*» nell’«*in omne parte*» contenuto in D. 22, 6, 2. Vi vedeva invece una «*distinctio*» M. TALAMANCA, *Recensione a V. SCARANO USSANI, Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, cit., p. 720.

²¹⁶ Cfr. *VR*, II, cit., pp. 890-892 e ricerca effettuata anche con G. ROSENBAUM – P. RIEDLBERGER (hrsg. von), *Amanuensis V2.0*, Linz 2016. Si veda però D. 25, 1, 15 dove Nerazio utilizza, con evidente continuità con «*finire*», il verbo «*definire*»: «[...] *quae autem impendia secundum eam distinctionem ex dote deduci debeant, non tam facile in universum definiri, quam per singula ex genere et magnitudine impendiorum aestimari possunt*». Per il giurista traiano, quali siano le spese deducibili dalla dote non è facile stabilirlo in generale («*in universum*»), ma solo ‘caso per caso’ («*per singulas*»). Un’analoga accezione dei termini «*definire*» e «*definitio*» – con «comune allusione alla difficoltà di specificare i contorni, in via ‘definitiva’, di una certa fattispecie giuridica» (M. A. MESSANA, *Sui libri definitionum di Emilio Papiniano. Definitio e definire nell’esperienza giuridica romana*, in *AUPA* 45.2, 1998, p. 74) – la rintracciamo in Scevola (D. 44, 3, 14 *pr.*: «*generaliter definire*» – «*γενικὸν ὄρισται*» nei *Basilicorum libri* 51, 3, 13 [ed. Heimbach, Leipzig 1846, V, p. 93]), in Marciano (D. 22, 1, 32 *pr.*: «*difficilis est huius rei definitio*» – «*οὐκ ἀπὸ τοῦ νόμου ὀρίζεται*», nei *Basilicorum libri* 23, 3, 2 [ed. Heimbach, Leipzig 1846, II, pp. 708-709]) e in Callistrato (D. 22, 5, 3, 2: «*nullo certo modo satis definiri potest*» – «*οὐχ οἶόν τε ἐστὶ φανερῶ τι καὶ ὀρισμῆν περιέχεται τρόπῳ*» nei *Basilicorum libri* 21, 1, 3, 1 [ed. Heimbach, Leipzig 1846, II, p. 388]), a cui come è evidente anche i bizantini attribuiscono il medesimo significato espresso dal verbo «*ὀρίζω*» («segnare con un confine o un limite, determinare» in F. MONTANARI, *Vocabolario della lingua greca, s.v. «ὀρίζω*», Torino 1995, pp. 1414-1415). La «circostrizione in limiti» delle fattispecie giuridiche – espressa da Nerazio con il verbo «*finire*» in D. 22, 6, 2 (a cui corrisponde il sintagma «*νόμος ὄρισται*»

possibile constatare l'uso dell'espressione in questione esclusivamente nel pensiero del giurista traiano²¹⁷; però, la ricerca nelle fonti di una declinazione differente del concetto, in relazione alle singole *partes iuris*, produce risultati nettamente differenti.

Almeno tra il II e il III sec. d. C. proprio l'«*omne ius*» (espressione rinvenibile già in Labeone in D. 33, 5, 20) risulta esser composto, nel pensiero giuridico della giurisprudenza, di *partes* (Pomponio in D. 1, 2, 2, 5: «*ceterae partes iuris*») e Ulpiano in D. 49, 15, 18: «*in omnibus partibus iuris*») di cui «*constants*» gli «*iura populi Romani*» (Gai. 1, 2) o da cui «*venit*» lo «*ius civile*» (Papiniano in D. 1, 1, 7 *pr.*). Infatti, nel significato di «*circumscribere*» e «*definire*», altri giuristi – sempre tra il II e il III sec. d. C. – sembrano servirsi del verbo «*finire*» in riferimento ad alcune *partes iuris*, e

[da ὀρίζω] nella versione greca dei *Basilicorum libri* 2, 4, 2 [ed. Heimbach, Leipzig 1846, I, p. 82]), e con il verbo «*definire*» in D. 25, 1, 15 (a cui corrisponde l'espressione «*γενικῶς περιορίσαι*» [da περιορίζω] nella traduzione greca dei *Basilicorum libri* 28, 10, 15, 1 [ed. Heimbach, Leipzig 1846, III, p. 299]) – sembra allora avere un'accezione differente rispetto a quella che esprime il sostantivo «*definitio*» nel noto frammento di Giavoleno (D. 50, 17, 202: «*Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit*»), dove «*definitio*», nella versione greca dei *Basilicorum libri* 2, 3, 202 (ed. Heimbach, Leipzig 1846, I, p. 78), è reso con «*νομικὸς κανὼν*», ovvero «*regula iuris*» nella traduzione latina proposta da Heimbach, e non invece tramite l'utilizzo dei verbi «*ὀρίζω*» o «*περιορίζω*». Ciò starebbe a dimostrare – a mio avviso – un uso diverso dei termini «*definire*» e «*definitio*» in Nerazio e Giavoleno. Coglie una netta «*antitesi*» fra i due giuristi, sulla base però di un equivalente significato attribuito alle espressioni «*finire*» (D. 22, 6, 2) e «*definitio*» (D. 50, 17, 202) rispettivamente in Nerazio e Giavoleno, V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, cit., p. 49, che vede nell'approccio di Nerazio un certo «*dogmatismo*», da cui ipotizza avesse preso invece le distanze Giavoleno. Così anche A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*², cit., pp. 356 e ss e 422. Scettico sul punto M. TALAMANCA, *Recensione a V. SCARANO USSANI, Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, cit., p. 721. B. ALBANESE, *Definitio periculosa: un singolare caso di duplex interpretatio*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, III, Padova 1970, pp. 299 e ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Palermo 1991, pp. 723 e ss. rivedeva invece la teoria dell'identità tra i termini *definitio* e *regula* in Giavoleno (F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, cit., p. 34 = *Prinzipien des römischen Rechts*, cit., p. 27), affermatasi come si è visto almeno a partire dai *Basilicorum libri*, in ragione dell'innovativo – e decisamente suggestivo – significato (uno dei tanti possibili) da lui attribuito al verbo *definire* nel linguaggio di alcuni giureconsulti («*distinguere il preciso ambito di applicazione di un fenomeno giuridico tra due (o più) categorie affini*»); così anche M. A. MESSANA, *Sui libri definitionum di Emilio Papiniano. Definitio e definire nell'esperienza giuridica romana*, in *AUPA* 45.2, 1998, p. 272, che giunge a ricollegare il «*finitum*» di Nerazio all'affine «*definitio*» di Giavoleno e dei *libri definitionum* di Papiniano, da intendersi per l'autrice come «*delimitazione e circoscrizione di una fattispecie giuridica in generale*» (p. 69). L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano 1982, p. 186, senza affiancare espressamente i due frammenti e al di là del preciso significato da attribuire alla «*definitio*» di D. 50, 17, 202, vede in Giavoleno l'intenzione di «*enunciare il principio fondamentale della mancanza di definitività e sicurezza di qualsiasi generalizzazione e astrazione, poiché non esiste principio che non possa essere modificato*». Non fanno invece alcun cenno a possibili collegamenti od opposizioni fra i due R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966; A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Napoli 1966; R. MARTINI, *Ancora in tema di definitiones*, in *Studi Senesi* 96, 1984, pp. 146 e ss.; ID., *Di nuovo sulla «definitio» fra retorica e giurisprudenza*, in *Labeo* 41.2, 1995, pp. 169 e ss. Da ultimo sulle *regulae iuris* si vedano A. PALMA, *Legge e giudice, norma e regola*, cit., pp. 19 e ss. = *Regulae iuris e categorie processuali*, in *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, cit., pp. 75 e ss. e il volume collettaneo *Regulae Iuris. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto*, Napoli 2016.

²¹⁷ Così A. CARCATERRA, «*Ius finitum*» e «*facti interpretatio*» nella epistemologia di Nerazio Prisco (D. 22. 6. 2), cit., p. 410.

in particolare ad alcune statuizioni ‘potestative’ dello *ius* (*lex* e *constitutio principis*)²¹⁸, che, definendo i limiti di determinate ‘fattispecie’, appaiono esse stesse più «circoscritte».

Gaio, ad esempio, usa l’espressione in riferimento alla statuizione della *lex*. Si veda Gai. 3, 18 per la *lex XII tabularum*: «*Hactenus lege XII tabularum finitae sunt intestatorum hereditates*», che tradurrei – seguendo il significato di «*circumscribere*» e «*definire*» attribuito al passo dal *VIR*²¹⁹ – «entro questi limiti sono definite dalla legge delle XII tavole le eredità degli intestati»²²⁰. I limiti definiti dalla *lex XII tabularum* generarono per Gaio uno «*strictum ius*» foriero di «*iuris iniquitates*», cui soccorse l’editto del pretore (Gai. 3, 18-25: «[...] *quod ius quemadmodum strictum fuerit, palam est intellegere* [...] *Sed hae iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt*»)²²¹.

E Paolo, a commento di un *rescriptum* di Marco Aurelio («*PRAESIDEM PROVINCLAE ADI, QUI STIPULATIONEM, DE CUIUS INIQUITATE QUESTUS EST, AD MODUM IUSTAE EXACTIONIS REDIGET*»)), afferma che quest’ultimo, invitando il *praeses provinciae* a ridurre le *usurae* ispirandosi all’«*aequitas*» e alla «*institia*», non abbia «definito» i limiti delle *usurae* stesse circa la specifica questione sottopostagli (D. 22, 1, 17 *pr.*: «*Haec constitutio ad finitum modum excedit*»), necessitando così l’«*ad modum iustae exactionis*», contenuto nel *rescriptum*, una specificazione in via interpretativa: «*quid ergo? Sic temperanda res est, ut in futurum dumtaxat ex die cessationis crescat usura*»²²².

²¹⁸ Non mancano però richiami all’idoneità di una *lex privata* a definire singole fattispecie. Celso reputa «*certus ac finitus*» il «*locus*» di una servitù di passaggio (D. 8, 6, 6, 1a) se essa sia stata «*finita*» («*determinata*») dalla *lex* (*contractus*) (D. 8, 6, 6, 1b). Analogamente Scevola (D. 2, 15, 14) reputa «*finita*» una «*controversia*» alla luce di una precisa transazione («*certa lege*»), anche se qui il verbo «*finire*» sembra indicare per lo più l’attività del «*terminare*» (cfr. *VIR*, II, cit., p. 891, che attribuisce al passo il significato di «*decidere*», «*transigere*» e «*sopire*»). Recentemente N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, Napoli 2012, pp. 13-14 ha però individuato una più precisa connotazione del verbo «*finire*» rispetto all’espressione verbale «*terminare*», che si rintraccia in un confronto fra il significato primariamente connesso al lemma *finis* e derivati – che è quello di «*definire, determinare, delimitare, di porre cioè un confine, tanto nel senso di far cessare un’attività, quanto in quello di fissare un’area operativa* – e quello che emerge dal linguaggio della cancelleria imperiale – dove *finire* è solitamente collegato alla «*conclusione di un conflitto giudiziale*» (ad es. Costantino in C. Th. 2, 26, 1: «[...] *si quis super inuasis sui iuris locis prior detulerit querimoniam, quae finali cohaeret cum proprietate controversiae, prius super possessione quaestio finiatur et tunc agrimensur ire praecipiat ad loca, ut patefacta veritate huiusmodi litigium terminetur* [...]»), riportata con qualche variante in C. 3, 39, 3).

²¹⁹ *VIR*, II, cit., p. 890.

²²⁰ Piuttosto che «a questo punto il discorso sulle eredità degli intestati in base alle XII tavole è concluso», come in E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*², I, Milano 1986, p. 85; «*finisce qui la trattazione delle eredità in assenza di testamento secondo il diritto decemvirale*», come in M. BALZARINI (a cura di), *Le Istituzioni di Gaio. Traduzione italiana*, Torino 1998, p. 121; U. MANTHE (hrsg. von), *Die Institutiones des Gaius*, Darmstadt 2004, p. 225: «*Damit ist die Erbfolge nach ohne Testament Verstorbenen nach dem Zwölftafelgesetz beendet*».

²²¹ In Gai. 1, 139, inoltre, il giurista usa il verbo «*finire*» per indicare il limite numerico di manomissioni stabilito dalla *lex Fufia Canina*: «*Ac ne numerus quidem lege Fufia Caninia finitus in his personis locus habet*».

²²² Si veda anche Ulpiano che usa il verbo «*finire*» in relazione ad una *oratio* sempre dell’imperatore Marco Aurelio (D. 17, 2, 52, 10: «*Oratio enim divi Marci idcirco quattuor mensibus finit certas usuras, quia post quattuor dominium dedit*»).

A parte l'interessantissima dialettica che emerge tra lo *ius finitum* da un lato e l'*aequitas* e la *iustitia* dall'altro – secondo giudizi di valore differenti in relazione a casi specifici in Gaio (favorevole alle correzioni pretorie delle *iniquitates* prodotte dai limiti definiti dallo *ius strictum*) e in Paolo (contrario invece alle indefinite parole della costituzione imperiale opponendo all'«*ad modum iustae exactionis*» di Marco Aurelio il necessario «*ad modum finitum*» dell'interprete)²²³ – si evince chiaramente nella giurisprudenza romana del II e III sec. d. C. l'uso del verbo «*finire*», nel significato di «*circumscribere*» e «*definire*», in relazione alla *lex* e alla *constitutio principis*²²⁴.

Nerazio – a differenza dei successivi Gaio e Paolo – sembra allora voler prescindere dall'angusto richiamo alle singole partizioni 'potestative' dello *ius* e, in riferimento al 'tutto' («*in omni parte [iuris]*»), – quasi in diretta continuità con l'«*omne ius*» di Labeone (D. 33, 5, 20) – ne riconosce la necessità di una delimitazione.

La «*circoscrizione*» e «*delimitazione*» dello *ius* che conduce a un'elusione dell'*error iuris* – a mio sommo avviso – può esser garantito, nella teoria del giurista proculiano, solo tramite l'intervento 'onnicomprensivo' della *scientia iuris* e quindi dell'*interpretatio prudentium*²²⁵.

²²³ Per Nerazio invece non sembra esserci antitesi tra lo *ius finitum* e l'*aequitas*, che viene posta dal giurista proculiano a garanzia dei 'valori' del sistema e attraverso la quale la giurisprudenza è chiamata a rendere sicuro – e quindi stabile – tutto il diritto (V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, cit., pp. 51-58). Cfr. A. CARCATERRA, «*Ius finitum* e «*facti interpretatio*» nella epistemologia di Nerazio Prisco (D. 22. 6. 2), cit., p. 433, il quale riteneva che per Nerazio lo *ius finitum* fosse il diritto da doversi «dedurre» dai suoi «concetti primi» fondamentali, quali ad esempio appunto l'*aequitas*; si veda anche più nello specifico J. MAIFELD, *Die aequitas bei L. Neratius Priscus*, Trier 1991.

²²⁴ Possiamo rintracciare in Varr. *De ling. Lat.* 6, 61 un'associazione tra l'attività di «*iudicare*» dello *iudex* e il verbo «*finire*» (S. NAPPI, *Ius finitum*, cit., pp. 50-51). Il letterato del I sec. a. C. sembra realizzarla partendo dalla comune etimologia dei vocaboli *iudicare* e *iudex* che risiede nello «*ius dicere*»: «*iudicare, quod tunc ius dicitur; hinc iudex, quod iudicat accepta potestate, id est quibusdam verbis dicendo finit*». Il «*delimitare*» il diritto è strettamente connesso con l'attività dello *ius dicere* che in età arcaica era collegata a quella di *iudicare* ma, come è noto, non nell'età del processo formulare. Accanto a quella dei giuristi può quindi ammettersi – almeno in Varrone ma non credo in riferimento al pensiero neraziano per mancanza di indizi sicuri – l'attività giudicante del magistrato che *dicendo ius* lo rende *finitum*. Cfr. G. GUIDA, «*Ius dicere*» e «*iudicare*». «*Turisdiction*» del magistrato e poteri del giudice, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, III, cit., pp. 1 e ss.

²²⁵ Vedi sul punto le simili considerazioni di V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, cit., p. 59: «[...] queste certezze [...] che realizzavano la possibilità di conoscere e possedere il diritto in proposizioni schematiche, erano patrimonio insostituibile della scienza giuridica, cui spettava il compito di vigilare che non fossero messe in crisi e sovvertite»; vedi anche ID., *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, cit., p. 46. Contra J. M. RAINER, *Ancora sull'error iuris e lo ius finitum*, cit., p. 71 il quale ritiene che «da certezza del diritto secondo Nerazio si doveva realizzare non semplicemente in seguito all'operato della giurisprudenza [...] ma soprattutto per vie legislative». Il riferimento all'*interpretatio prudentium* mi sembra sia esplicito nel pensiero neraziano per varie ragioni. Innanzitutto, per quel che concerne la teoria di Nerazio sotto il profilo della «certezza» come «conoscibilità», si noti che in D. 22, 6, 2 è proprio l'«*interpretatio facti*» ad essere opposta – come si può dedurre – all'*interpretatio iuris*, in cui i «*prudentissimi*» rischiano di errare con meno probabilità. Sotto il profilo della «sicurezza» come «stabilità», invece, il ruolo centrale del giurista si può dedurre da D. 1, 3, 21 («*Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur*»), dove Nerazio parla di «certezze» in riferimento all'attività interpretativa («*inquiri*

B) L'ONERE DI CONSULTAZIONE DEI GIURECONSULTI A PARTIRE DA LABEONE (D. 22, 6, 9, 3).

Con specifico riferimento al principio secondo cui l'«*ignorantia iuris nocet*», è possibile inoltre appurare il modo in cui i giuristi romani tra il I e il III sec. d. C. l'abbiano inteso, al fine di comprenderne la portata rispetto a ciascuna *pars iuris* e all'influenza esercitata dai giureconsulti sulla conoscibilità del sistema.

Da una disamina delle fonti, sembra mancare nelle riflessioni della giurisprudenza romana il tassativo dovere di conoscenza dello *ius* in via autonoma per tutti i *cives*: da Labeone a Sabino e da Pomponio a Paolo, i precetti giuridici relativi alla c. d. *ignorantia iuris* sono posti a base di determinate soluzioni giuridiche, senza alcun esplicito riferimento alla tassatività dell'obbligo della conoscenza dello *ius* in generale, o di specifiche *partes* dello *ius* in particolare.

Prendendo in esame le più o meno uniformi elencazioni di fonti giuridiche fornite da Pomponio (D. 1, 2, 2, 12), Gaio (Gai. 1, 2) e Papiniano (D. 1, 1, 7 *pr.*-1), possiamo esaminare come per ciascuna *pars iuris* («*lex*»; «*plebi[s] scitum*»; «*senatus consultum*»; «*constitutio principalis*»; «*edictum magistratum*»; «*interpretatio prudentium*»²²⁶), i giuristi tra il II e il III sec. d. C. si siano atteggiati nei confronti della *ignorantia iuris*.

L'unico onere del *civis* al riguardo, sancito dalla giurisprudenza, risale a Labeone ed è richiamato da Paolo in D. 22, 6, 9, 3. Esso è emblematicamente posto in relazione all'*interpretatio prudentium*.

Labeone-Paolo *libro singulari de iuris et facti ignorantia* in D. 22, 6, 9, 3: «Sed iuris ignorantiam non prodesse Labeo ita accipiendum existimat, si iuris consulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia: quod raro accipiendum est»

ratione») di quelle cose che vengono statuite («*quae constituuntur*», con un chiaro riferimento alla pluralità di *partes*/fonti del sistema giuridico, come mi sembra cogliere anche F. P. CASAVOLA, *Giuristi adrianei*, cit., p. 53, almeno in riferimento alle *constitutiones* e all'*interpretatio prudentium*; cfr. V. GIODICE-SABBATELLI, «*Constituere*: dato semantico e valore giuridico, in *Labeo* 27.1, 1981, pp. 355 e ss.). Infine, il frammento di Nerazio estratto dai compilatori dal libro secondo *Delle pergamene* e inserito in D. 25, 1, 15, dove una «*distinctionem*» stabilita dal giurista in punto di diritto risulta poi – per sua stessa ammissione – difficile in sede di operazione 'sussuntiva' («*non tam facile in universum definiri*»), mi sembra dare conferma all'impostazione giurisprudenziale supposta, in ragione del fatto che il nostro giurista sembra affermare che la soluzione risieda proprio nell'esame dei casi uno per uno («*per singula*»): compito che può esser svolto dallo *index* solo su consiglio della giurisprudenza (cfr. sul punto M. TALAMANCA, *Recensione a V. SCARANO USSANI, Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, cit., p. 720).

²²⁶ La terminologia adottata nel secondo (Gai. 1, 2) e nel terzo elenco (D. 1, 1, 7 *pr.*-1) ricalca la prima ma con il prevalente utilizzo del plurale (rispettivamente «*leges*» = «*leges*»; «*plebiscita*» = «*plebis scita*»; «*senatus consulta*» = «*senatus consultum*»; «*constitutiones principum*» = «*decreta principum*»; «*edicta eorum qui ius edicendi habent*» = «*ius praetorium vel honorarium*»).

Paolo nel suo *liber singularis de iuris et facti ignorantia*²²⁷, riportando l'asserzione labeoniana per cui «*iuris ignorantia non prodest*» (salvo che ad alcune particolari categorie di persone elencate in D. 22, 6, 9 *pr.*-1²²⁸), specifica – seguendo il ragionamento del giurista augusteo – la portata del principio ancorandone l'efficacia al ruolo consultivo del giurista: «*si iuris consulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia*» (D. 22, 6, 9, 3).

L'unico 'errore scusabile' concesso da Labeone – e richiamato da Paolo – è rappresentato dall'impossibilità («*copiam*» sta appunto per «possibilità»²²⁹) per una persona di consultare un giureconsulto salvo che non fosse, già di suo, «istruito da una personale esperienza di modo che gli fosse facile sapere»²³⁰, il che però – ci tiene a precisare il giurista severiano – «*raro accipiendum est*»²³¹.

²²⁷ Sull'autenticità dell'opera, si vedano le ricognizioni di M. BRETONE, *Giuristi e profani*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², cit., pp. 124-126 e di P. CERAMI, «*Ignorantia iuris*», cit., pp. 59-60.

²²⁸ *Ex multis* P. VOICI, *s.v. Errore (diritto romano)*, cit., p. 235 (minori, militari, rustici, donne). Più esattamente però non si tratta di (oggettive) «cause di eccezione al principio che *ignorantia iuris nocet*» ma piuttosto di (soggettive) «cause di incapacità o di limitata capacità, le quali hanno giustificato [...] questa o quella mitigazione» (A. GUARINO, *L'ignoranza del diritto penale romano*, in *AUMA* 15, 1942, pp. 166 e ss., poi in *Pagine di diritto romano*, Napoli 1995, p. 280).

²²⁹ F. VASSALLI, *Iuris facti et ignorantia*, cit., traduce invece con «abbondanza» o «numero»; *contra* M. BRETONE, *Giuristi e profani*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², cit., p. 125 che ne sottolinea il significato di «disponibilità» o «possibilità»; così anche P. CERAMI, «*Ignorantia iuris*», cit., pp. 59-60.

²³⁰ Traduzione italiana a cura di S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, IV, cit., p. 157.

²³¹ Per F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it. a cura di V. SCIALOJA), III, cit., pp. 434-435 n. k = *System des heutigen römischen Rechts*, III, cit., pp. 334-335 n. k, quest'ultima affermazione di Paolo può avere tre diversi significati: 1) l'errore di diritto può evitarsi solo raramente, «ma ciò sarebbe evidentemente falso ed anche in contraddizione con altri testi»; 2) il principio espresso da Labeone è da ammettersi solo raramente, ma ciò – a mio avviso – sarebbe in contraddizione con D. 37, 1, 10, dove Paolo esprime invece il medesimo concetto, anche se in modo parzialmente differente (vedi *infra*); 3) il caso proposto da Labeone è da ammettersi solo raramente. Savigny riconosce «più semplice e naturale» quest'ultima interpretazione. Mi permetto di osservare che l'accoglimento di quest'ultimo significato, da attribuire alle parole «*quod raro accipiendum est*», potrebbe essere circoscritto non a entrambi i casi prospettati dal giurista augusteo (1. «*si iuris consulti copiam haberet*»; 2. «*vel sua prudentia instructus sit, ut, cui facile sit scire*») ma solo al secondo, sottolineando la mancanza di diffusione della *prudentia iuris* su tutto l'orbe romano al tempo del giurista severiano. Paolo potrebbe aver scritto l'opera *de iuris et facti ignorantia* dopo l'emanazione della *constitutio Antoniniana* del 212 d. C., sottolineando la nuova linfa di cui si arricchiva l'onere di consultazione alla luce dell'applicazione del diritto romano ai nuovi cittadini, per lo più *imperiti* quanto agli *iura populi Romani*. Se è innegabile il mutamento parziale della prospettiva di Paolo tra il richiamo labeoniano riportato in D. 22, 6, 9, 3 («*iuris consulti copiam*») e il suo pensiero in D. 37, 1, 10 («*copiam eorum quos consuleret habuisse*»), c'è un'evidente assonanza tra i due passi: siamo sempre di fronte ad un riferimento all'attività consultiva, anche se non più affidata agli *iuris consulti* ma ai *prudentiores* («*scientiam enim non hanc accipi, quae iuris prudentibus sit, sed eam, quam quis aut per se habeat aut consulendo prudentiores adsequi potest*»; cfr. P. CERAMI, «*Ignorantia iuris*», cit., p. 78: «è sufficiente ormai che l'interessato abbia la possibilità (*copiam*) di consultarsi con persone d'esperienza, anche se non giuristi, perché risulti preclusa la possibilità di far valere la scusante dell'*ignorantia iuris*»). La differente formulazione del pensiero labeoniano in Paolo D. 37, 1, 10 è indice di un mutamento delle condizioni socio-culturali entro cui l'onere consultivo acquisisce una rilevanza pratica altrettanto differente: non solo è raro che nel nuovo Impero abitato, all'alba del 212 d. C., da nuovi cittadini romani ignari di un diritto adesso anche a loro applicato, si riesca a rintracciare qualche esperto di diritto («*raro accipiendum est*», D. 22, 6, 9, 3), ma è altrettanto più facile che ad esser consultato sia chi abbia solo più esperienza («*prudentiores*», D.

Per l'*interpretatio prudentium* – come si è appena visto (Labeone-Paolo in D. 22, 6, 9, 3 ma anche, seppur se in senso parzialmente diverso, Paolo in D. 37, 1, 10 e Pomponio-Ulpiano in D. 38, 15, 2, 5) – un onere di informazione, consistente nella consultazione di un giureconsulto, viene sancito espressamente; per quanto riguarda le altre singole *partes*, invece, non vi è l'esplicitazione di un analogo onere di conoscenza in via autonoma per i *cives*, nonostante sia stato dedotto dalla romanistica contemporanea e così dato per implicito²³².

E infatti per quanto concerne la *lex/plebiscitum*, Papiniano, nello stesso libro primo *Definitionum*, dove descrive i limiti di efficacia dell'*error facti* e *iuris* (D. 22, 6, 8), sembra ricollegare l'inescusabilità dell'*ignorantia* alla necessaria *coercitio* da parte della *lex*, di cui fornisce una nota definizione posta altrove dai compilatori e da cui emerge la funzione repressiva dei *delicta* compiuti sia *sponde* sia *ignorantia*, ma senza esplicitarne il principio della necessaria conoscenza-conoscibilità e della scusabilità conseguente a un'oggettiva impossibilità di conoscerne il contenuto (D. 1, 3, 1: «*Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponde vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publicae sponsio*»)²³³.

37, 1, 10). Tutto ciò a maggior ragione se si accettasse la natura «postclassica» dell'opera, ipotesi largamente diffusa in dottrina (U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, cit., p. 295 e s.; M. BRETONI, *Giuristi e profani*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², cit., pp. 124 e ss.). Per P. VOICI, *L'errore nel diritto romano*, cit., pp. 219, 256, 278 il «*raro accipiendum est*» rappresenta un intervento di fattura giustiniana. Sugli effetti in termini di incertezza, conoscibilità e comprensibilità del diritto, dell'editto di Caracalla si vedano le brevi notazioni di A. BURDESE, *La certezza del diritto nell'esperienza di Roma antica*, cit., p. 7.

²³² Per tutti si veda M. SCARLATA FAZIO, *Ignoranza della legge (diritto romano)*, cit., p. 5.

²³³ È contenuta sempre nei *Definitionum libri* la nota *definitio per partitionem* dello *ius civile* enunciata dallo stesso Papiniano, posta però, secondo l'*inscriptio*, nel libro secondo dell'opera (D. 1, 1, 7 *pr.*). Per fini palinogenetici, V. GIUFFRÈ, *Papiniano: fra tradizione e innovazione*, in *ANRW* 2.15, Berlin-New York 1976, p. 654 propende, a differenza di O. LENEL, *Palinogenesi iuris civilis*, I, cit., pp. 809-810, per un collegamento tra la *definitio per partitionem* contenuta in D. 1, 1, 7 *pr.* (*libro secundo definitionum*) e la *definitio* della *lex* richiamata in D. 1, 3, 1 (*libro primo definitionum*), trascurando la testimonianza delle *inscriptiones* sulla differente collocazione in due diversi libri delle due definizioni e prediligendo così per la sistemazione in un unico libro delle medesime, in ragione dell'esistenza di un'ipotetica sezione '*de iure*' dell'opera a noi non pervenuta. Mi risulta più suggestiva la ricostruzione palinogenetica proposta da M. A. MESSANA, *Sui libri definitionum di Emilio Papiniano. Definitio e definire nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 162 e ss. e 258 e ss., che, attirando D. 22, 6, 8 (*libro primo definitionum*) nell'orbita di D. 1, 3, 1 (*libro primo definitionum*), mi induce a ipotizzare un più ampio ragionamento del giurista severiano che, partendo dalla *definitio* della *lex*, probabilmente ne sviluppava le conseguenze dell'*ignorantia* sotto il profilo dell'*error iuris*. Critico verso la ricostruzione di Lenel ma cauto circa nuove soluzioni palinogenetiche era già stato R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, cit., p. 262. Sulla definizione di *lex* si veda F. SERRAO, *s.v. Legge (diritto romano)*, in *ED XXIII*, Milano 1973, pp. 839-840 (ora in *Classi partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa 1974, pp. 5 e ss.) e F. VALLOCCHIA, *s.v. Legge (parte giuridica). Concetti e sistema*, cit., p. 878. In modo più dettagliato su quella papiniana R. MARTINI, *Sulla definizione di lex in D. 1, 3, 1*, in *Nozione, formazione ed interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professore Filippo Gallo*, I, cit., pp. 29 e ss., E. STOLFI, *Lex est ... virorum prudentium consultum ...? Osservazioni su (Pap. 1 Def.) D. 1, 3, 1*, in *SDHI* 70, 2004, pp. 441 e ss. e A. GUARINO, *Papiniano e la legge*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Milano 2009, pp. 349 e ss. Sul rapporto tra *lex scripta*, pubblicazione e conoscenza del testo legislativo vedi *infra*.

Per quanto concerne l'*edictum praetoris*, in un passo del libro 44 *Ad edictum*²³⁴, inserito nel titolo *de iuris et facti ignorantia* in D. 22, 6, 1 *pr.*-4, dove Paolo affronta tematiche attinenti ad *successorium edictum*, il giurista severiano sembra riferirsi «ai principi di diritto [...] dei quali tutti potevano prendere diretta o indiretta cognizione attraverso le *tabulae* contenenti le clausole edittali, perennemente esposte al pubblico», «principi espressi con tutta semplicità e chiarezza, accessibili alla comprensione di chiunque», tali per cui il «non conoscerli significava solo e semplicemente non averli visti, non averli letti, non averli sentiti; in altri termini l'assenteismo»²³⁵. Anche qui però, ad onore del vero, l'esplicitazione di quell'onere d'informazione giuridica e della relativa scusante, che troviamo invece in riferimento alla *interpretatio prudentium*, è del tutto assente²³⁶.

In riferimento sia all'*edictum praetoris* sia ai *senatus consulta* abbiamo una testimonianza indiretta sul rapporto *ignorantia*-dovere di conoscenza. L'editto del pretore vieta, pena la multa di 100.000 sesterzi²³⁷, l'apertura del testamento prima che sia stata azionata la *quaestio* sull'uccisione del testatore, secondo quanto previsto dal *senatus consultum Silanianum*²³⁸: la necessaria punibilità dell'atto compiuto si concretizza solo se sia stato effettuato con dolo (D. 29, 5, 3, 18), che viene però escluso se l'atto di aprire sia stato compiuto ignorando il contenuto del 'combinato disposto' editto-senatoconsulto²³⁹ per ragioni soggettive di *imperitia* e *rusticitas* ma non per un'impossibilità oggettiva di apprendere la disposizione (D. 29, 5, 3, 22)²⁴⁰. Se

²³⁴ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., p. 1053.

²³⁵ M. SCARLATA FAZIO, *s.v. Ignoranza della legge (diritto romano)*, cit., p. 4. Cfr. P. VOICI, *s.v. Errore (diritto romano)*, cit., p. 234 (l'*error iuris* [...] è da ritenere inescusabile, perché la conoscenza delle leggi non presenta difficoltà). L'errore di diritto in D. 22, 6, 1 *pr.*-4 consiste nel non conoscere le promesse edittali del pretore (D. 22, 6, 1, 1: «*nesciat autem quod scriptis heredibus bonorum possessionem praetor promitti [...] in iure errat*»; D. 22, 6, 1, 3: «*ignoret autem sibi ex successorio capite competere bonorum possessionem, [...] in iure errat*»). Sul valore attribuito alla pubblicazione dell'editto si ricordino Pomponio in D. 1, 2, 2, 10 e Cicerone in *pro Rosc. com.* 24-25 citati *supra* (cap. III § 1).

²³⁶ Inoltre – come affermato da P. CERAMI, «*Ignorantia iuris*», cit., p. 68 n. 39 – l'osservazione riportata nel testo non tiene conto del fatto che «l'effettiva comprensione ed il concreto impiego degli editti giurisdizionali richiedevano – al pari degli altri *iura* – la “determinazione” autoritativa del *iuris peritus*».

²³⁷ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, Aalen 1985, p. 365 e n. 2.

²³⁸ Ulpiano in D. 23, 5, 3, 18 («*Quod ad causam testamenti pertinens relictum erit ab eo qui occisus esse dicitur, id ne quis sciens dolo malo aperiendum recitandum describendumque curet, edicto cavetur, priusquam de ea familia quaestio ex senatus consulto habita suppliciumque de noxiis sumptum fuerit*») e in D. 29, 5, 3, 22 («*Et si sciens, non tamen dolo aperuit, aequae non tenebitur, si forte per imperitiam vel per rusticitatem ignarus edicti praetoris vel senatus consulti aperuit*»). Sul *senatus consultum Silanianum* per una prima informazione si veda E. VOLTERRA, *s.v. Senatus consulta*, in *NNDI XVI*, Torino 1969, p. 1064.

²³⁹ Sui rapporti fra le disposizioni contenute nel senatoconsulto e quelle nell'editto pretorio si veda R. MARTINI, *Alcune osservazioni sul senatoconsulto Siliano*, in *Jus* 16, 1965, pp. 363 e ss. spec. 368 e ss. *Contra* D. DALLA, *Senatus consultum Silanianum*, Milano 1994 (rist. anast. 1980), p. 15 e replica di R. MARTINI, *In margine ad una recente ricerca sul Siliano*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, III, Milano 1983, pp. 423 e ss.

²⁴⁰ Si tratta della c. d. «semplicità contadina», su cui si veda T. MAYER-MALY, *Rusticitas*, in *Studi Sanfilippo*, I, Milano 1982, pp. 310 e ss.

fosse implicito il dovere di conoscenza del testo dell'editto e del senatoconsulto, il ragionamento espresso a tal proposito da Ulpiano in D. 29, 5, 3, 22 andrebbe in cortocircuito: se fosse doverosa la conoscenza dello *ius*, il dolo non potrebbe mai essere escluso se consiste – come si può ritenere almeno per gli illeciti di creazione legislativa²⁴¹ – nella conoscenza dell'antigiuridicità del proprio comportamento²⁴².

Alla luce dell'appena accertata assenza per la *lex/plebiscitum*, per l'*edictum* e per il *senatus consultum* di una generale scusante relativa all'impossibilità di apprenderne l'esistenza e di conoscerne 'immediatamente' il dettato testuale e in ragione, viceversa, della presenza di una generale giustificazione relativa all'impossibilità di consultare un giureconsulto al fine di conoscere 'mediatamente' il contenuto dello *ius*²⁴³, credo sia possibile dunque riconoscere, per le suddette *partes iuris*, frutto dell'esercizio di una *potestas*, un ruolo degli *iuris prudentes* preminente e onnicomprensivo nel renderle più certe e conoscibili.

Per le *constitutiones* invece il discorso da affrontare è necessariamente più articolato. A cavallo tra il IV e il V sec. d. C., infatti, sembra che ci si sia spostati dal profilo dell'irrelevanza della «*iuris ignorantia*» ai fini della scusabilità – connesso con quello della necessaria 'mediazione' giurisprudenziale – al piano della obbligatorietà della conoscenza 'immediata' del dettato normativo (vedi C. Th. 1, 1, 2: «*perpensas serenitatis nostrae longa deliberatione constitutiones nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus*»)²⁴⁴; e ciò, secondo una nuova prospettiva «legislativo-statuale»²⁴⁵, riaffermata anche dall'*interpretatio Visigothorum* («*leges nescire nulli liceat, aut quae sunt*

²⁴¹ Così C. FERRINI, *Diritto penale romano*, Milano 1899, p. 151; P. VOICI, *L'errore nel diritto romano*, cit., pp. 179 e s. e 193; F. DE MARTINO, *L'ignorantia iuris nel diritto penale romano*, in *SDHI* 3, 1937, p. 414. Sebbene A. GUARINO, *L'ignoranza del diritto penale romano*, cit., pp. 280-281 e n. 65 considerasse «notevole» il tentativo di Ferrini e De Martino «di distinguere tra reati di mera creazione legislativa e reati di evidente antisocialità», riteneva comunque inammissibile affermare che Ulpiano in D. 29, 5, 3, 22 avesse «potuto portate come esempio di carenza di dolo la *ignorantia iuris*». Ritiene invece sempre irrilevante l'*ignorantia iuris* U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, cit., pp. 204-205.

²⁴² L'apparente illogicità del passo mi sembra che abbia condotto A. GUARINO, *L'ignoranza del diritto penale romano*, in *AUMA* 15, 1942, pp. 166 e ss., poi in *Pagine di diritto romano*, Napoli 1995, pp. 280-281 e n. 65 a ritenere «alterato» il paragrafo in questione.

²⁴³ Cfr. le suggestive parole di M. VINCI, *Appunti 'romanistici' in tema di diritto interculturale. Esperienza giuridica romana, figura del iurisconsultus e funzione del notaio*, in *Calumet* giugno 2016, p. 16: «La posizione di Labeone da un lato responsabilizza il soggetto, imponendogli un dovere di diligenza 'mediata' (attraverso l'obbligo di ricorrere ad un giurista) o 'diretta' (facendo egli stesso appello alle conoscenze personalmente acquisite), ma, dall'altro, esalta la funzione di mediazione o – se si vuole – di 'traduzione/trasformazione' del giurista».

²⁴⁴ Su queste costituzioni si vedano gli interessanti rilievi di G. BASSANELLI SOMMARIVA, *La legge di Valentiniano III del 7 novembre 426*, in *Labeo* 29.3, 1983, pp. 280 e ss. circa la conoscibilità e la certezza del diritto.

²⁴⁵ P. CERAMI, «*Ignorantia iuris*», cit., pp. 59-60. M. BRETONNE, *Giuristi e profani*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², cit., pp. 121-122 anticipa al III sec. d. C. il cambiamento di prospettiva, per cui i rescritti di Settimio Severo e di Antonino Caracalla, citati dallo stesso Paolo e riportati in D. 22, 6, 9, 5, ne sarebbero una «notevole spia». Così anche L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*², Torino 2012, pp. 179 e ss. e M. VINCI, *Appunti 'romanistici' in tema di diritto interculturale. Esperienza giuridica*

statuta contemnero) e richiamata nel *Codex* da Giustiniano (C. 1, 18, 12). Parallelamente al principio della obbligatorietà della conoscenza del diritto si affianca, in età pregiustiniana e successivamente confermato nel *Codex*, il principio della necessaria chiarezza e doverosa comprensibilità del testo legislativo per tutti (C. 1, 14, 9, *Impp. Valentinianus et Marcianus*, a. 454 d. C.): «*Leges sacratissimae, quae constringunt omnium vitas, intellegi ab omnibus debent, ut universi praescripto earum manifestius cognito vel inibita declinent vel permissa sectentur [...]*»²⁴⁶.

romana, figura del *iurisconsultus* e funzione del notaio, cit., p. 15. L'interpretazione che mi sono sentito di poter attribuire *supra* al «*raro accipiendum est*» di Paolo – con un significato che avvicina il pensiero del giurista severiano a quello di Labeone – mi sembra possa esser confermata non solo da D. 37, 1, 10, dove Paolo esprime il medesimo concetto – seppur sfumato in una differente formulazione – a proposito della regola «*iuris ignorantia non prodest*» ma anche da D. 22, 6, 9, 2, dove in riferimento alla *facti ignorantia* traspare un riferimento alla dimensione cittadina: «*quid enim si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat?*».

²⁴⁶ Cfr. P. CERAMI, «*Ignorantia iuris*», cit., pp. 62-63. Non è da trascurare il fatto che parallelamente all'affermazione della prospettiva «legislativo-statuale» in tema di «*ignorantia iuris*» si affianchi una nuova nozione di *lex* che – oltre a essere ormai completamente parificata alla *constitutio* imperiale – ha tra le sue qualità intrinseche quella di essere scritta affinché possa esser letta e quindi conosciuta. Come è noto, nelle ricostruzioni etimologiche di *legere* (su cui si vedano le altre fonti qui non citate s.v. *Lex*, in *Thesaurus linguae Latinae*, VII.2, Leipzig 1966-1970, p. 1238; E. FORCELLINI, s.v. *Lex*, in *Lexicon totius latinitatis*, III, Bologna 1965 (seconda rist. anast. quarta ed. Padova 1865), p. 68) si oscilla tra il significato di «scegliere» (Cic. *de leg.* 1, 19; 2, 11) e quello di «deggere», inizialmente riferito alla sola *rogatio* del magistrato (Varr. *de ling. Lat.* 6, 66), in quanto appunto proposta scritta che il *magistratus* porta nel *comitium* (Cic. *de leg.* 2, 11), e solo in epoca più tarda al testo definitivo della *lex* (Isid. *orig.* 2, 10, 1 e 5, 3, 2). Non manca però il riferimento alla scrittura anche nella nozione di *lex* al tempo di Cicerone, che tuttavia ne sottolinea la non tecnicità («*vulgus appellare solet*», Cic. *de leg.* 1, 19). Inoltre, l'unico atto che viene contrapposto allo «*ius civile quod sine scripto in sola interpretatione consistit*» da Pomponio in D. 1, 2, 2, 12 sembra essere la sola *lex* ma non le altre fonti di seguito elencate (*legis actiones, plebis scitum, magistratum edictum, senatus consultum, principalis constitutio*). Ad ogni modo conosciamo i valori e le ideologie – in un certo qual modo connessi – a cui obbediscono il pensiero di Cicerone e il racconto di Pomponio circa la «certezza» della *lex* (vedi *supra* cap. III § 1). Il significato dato dagli autori più antichi al verbo «*legere*», nel senso di «scelta» dello «*iussum*» e del «*bonum*», nel corso del procedimento formativo della *lex*, viene invece richiamato da Sant'Agostino nelle *Quaestiones in Heptateuchum* 3, 20. Questa divergenza di significati del verbo «*legere*», che si evince dalle fonti sulla *lex*, è ricordata da F. SERRAO, s.v. *Legge (diritto romano)*, cit., p. 794 (non invece da L. WINKEL, *The Roman Notion of lex*, in J.-L. FERRARY (a cura di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, p. 242). Per il pensiero di Cicerone da ultimo P. CERAMI, *Giudice e legge nel pensiero di Cicerone*, cit., p. 286. A tal proposito si vedano le differenze nella nozione di *lex* che intercorrono tra le fonti repubblicane e quelle dei primi secoli dell'impero – dove è assente la scrittura tra le caratteristiche giuridiche (e non semplicemente materiali) della *lex*, ma sono presenti i riferimenti ai suoi effetti sotto il profilo della «statuizione» (da «*legare*», come in XII Tab. 5, 3 in *FIRA*, 1, pp. 37-38, su cui vedi G. VALDITARA, *Gai. 3, 218 – I. 4, 3, 15 e l'evoluzione del concetto di legislator*, in *Studi di diritto pubblico romano*, Torino 1999, pp. 105 e ss.), del «comando» («*iussum*»: XII Tab. 12, 5 in *FIRA*, 1, p. 73 = Liv. 7, 17, 12; *rbet. ad Her.* 2, 19; Cic. *de leg.* 1, 19; C. Ateio Capitone in Gell. *noct. Att.* 10, 20, 2; Fest. s.v. *Scitum populi* 442 ed. Lindsay; Gai. 1, 3), della «coercitio» (Papiniano in D. 1, 3, 1) e della «correzione» («*ἐπανόρθωμα*», Marciano in D. 1, 3, 2) – e quelle più tarde del VI sec. d. C., tra cui spiccano le definizioni, concentrate sull'elemento scrittura, fornite da Giustiniano nelle *Institutiones* 1, 2 («*Constat autem ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto [...] Scriptum ius est lex [...] Quodcumque igitur imperator [...] constituit [...] legem esse constat*») e da Isidoro di Siviglia nell'*Originum* 2, 10, 1 («*Nam lex a legendo vocata, quia scripta est*») e 5, 3, 2 («*Lex est constitutio scripta*»), sul cui rapporto vedi J. DE CHURRUCA, *Las instituciones de Gayo en San Isidoro de Sivilla*, Bilbao 1975, pp. 28 e ss. spec. 34-35. Cfr. da ultimo O. LICANDRO, *L'irruzione del legislatore romano-germanico. Legge consuetudini e giuristi nella crisi dell'Occidente imperiale (V-VI sec. d. C.)*, Napoli 2015, pp. 1-10. Per una ricognizione generale sui concetti e sulle definizioni di *lex* si veda F. SERRAO, s.v. *Legge (diritto romano)*, cit., pp. 794 e ss. e F. VALLOCCHIA, s.v. *Legge (parte giuridica). Concetti e sistema*, cit., pp. 876 e ss.

Il dovere di conoscenza sancito dagli stessi atti imperiali appena riportati (C. Th. 1, 1, 2; C. 1, 18, 12; C. 1, 14, 9) acquista però un particolare significato in ragione del graduale sviluppo del sistema giuridico romano da prettamente «casistico-giurisprudenziale» a prevalentemente «legislativo-statuale»²⁴⁷. Fino all’emanazione di questi ultimi non sembra infatti che sia esistito un dovere-onere d’informazione autonoma per tutti i *cives*.

La circostanza in ragione della quale l’inescusabilità dell’*ignorantia* delle *constitutiones* imperiali – riconosciuta già tra il II e il III sec. d. C. – non trova mai un temperamento nell’impossibilità oggettiva di venire a conoscenza del testo legislativo – temperamento che riscontriamo invece in relazione all’impossibilità di consultare un giurista (Labeone-Paolo in D. 22, 6, 9, 3) – dimostrerebbe che il suddetto dovere-onere di informazione ‘immediata’ e autonoma non sia mai stato sancito sino al IV sec. d. C. oltre che per le altre *partes iuris* neanche per le *constitutiones principis*²⁴⁸.

²⁴⁷ P. CERAMI, «*Ignorantia iuris*», cit., pp. 59-60.

²⁴⁸ Fino al III sec. d. C., alcune costituzioni imperiali sanciscono l’assoluta irrilevanza dell’ignoranza di determinate disposizioni e non prevedono la scusante labeoniana (un editto di Claudio in D. 48, 10, 15 *pr.*; una costituzione di Adriano in D. 39, 4, 16, 5; rescritti di Antonino Pio e di Settimio Severo e Caracalla in D. 22, 6, 9, 5; un rescritto di Antonino Caracalla in C. 5, 6, 1; un rescritto di Gordiano in C. 2, 2, 2), altri atti imperiali (per lo più *rescripta*), nonostante ammettano una scusante dell’*ignorantia iuris*, la ancorano ai casi concreti oggetto del provvedimento, senza alcun riferimento a un’impossibilità oggettiva di aver appreso autonomamente il testo del provvedimento imperiale (i rescritti di Marco Aurelio e Lucio Vero in D. 23, 2, 57a; il rescritto di Alessandro Severo in C. 9, 23, 5; il rescritto di Gordiano in C. 4, 29, 9; una serie non meglio specificata di *constitutiones principum* in D. 22, 6, 9, 1).

C) GIURISTI E CONOSCIBILITÀ DELLO *IUS* TRA ‘MODELLO’ REPUBBLICANO E ‘MODELLO’ IMPERIALE.

Emerge allora una «stratificazione» di ‘modelli’ – uno repubblicano e primo-imperiale, l’altro tardo-imperiale – dove il primo si differenzia dal secondo per il ruolo determinante del giurista nell’attività di ‘mediazione’ e cognizione dello *ius*²⁴⁹.

Infatti, nell’organizzazione «cittadina» repubblicana²⁵⁰, «la presenza e la disponibilità» dei giureconsulti erano percepite come necessarie «per giungere alla certezza e alla conoscibilità» di uno *ius* essenzialmente a formazione giurisprudenziale; la formulazione della regola «*iuris ignorantia nocet*» raggiungeva evidentemente l’obiettivo di «stimolare la domanda d’informazione giuridica»²⁵¹. Per tutti i *cives* non vi era l’obbligo di conoscere lo *ius* ma solo l’onere di chiedere un parere a un giureconsulto, come dimostra la testimonianza del pensiero labeoniano in D. 22, 6, 9, 3, dove l’unica scusante è rappresentata dall’impossibilità oggettiva di *consulere* un giurista. Conseguentemente, non si può parlare di necessaria chiarezza e comprensibilità dello *ius* e delle sue diverse *partes* per tutti i *cives*: l’accesso alla conoscenza del diritto è strettamente collegato – sicuramente almeno per Labeone – alla *prudentia* e alla *scientia iuris* esercitata dai giureconsulti.

È possibile però – come si è visto – che anche Nerazio percepisse la «delimitazione» delle ‘fattispecie’ giuridiche come una necessità di tutto lo *ius* («*in omni parte [iuris]*») e che questo compito fosse anche per lui – come per Labeone (D. 22, 6, 9, 3)²⁵² – da affidarsi prima di tutto alla giurisprudenza nell’espletamento della sua attività rispondente e sistematrice.

²⁴⁹ L’alternarsi di un «modello repubblicano» e di un «modello imperiale» nella storia giuridica romana è stato recentemente posto in risalto da A. DI PORTO, *Res in usu publico e beni comuni. Il nodo della tutela*, Torino 2013, pp. 35 e ss. circa il ruolo del cittadino nella tutela delle *res in usu publico*; e da F. VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani. I. La struttura giuridica*, Napoli 2012, pp. 101 e ss. per il passaggio dall’esclusività degli usi pubblici alle concessioni private di *aqua publica*. Cfr. con quanto affermato da ultimo in ID., *Forme di tutela e regime idrico urbano tra utilitates communes e privatorum utilitates*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, VII, Lecce 2016, spec. pp. 4-5 (citato dall’estratto).

²⁵⁰ Esalta la «prospettiva cittadina» di Labeone, rispetto a quella successiva di Paolo, M. BRETONI, *Giuristi e profani*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², cit., pp. 122-123: «per Labeone, invece, il diritto è in linea di principio inconoscibile senza la mediazione dell’esperto». Alla luce però dell’interpretazione che mi sembra si possa attribuire alla notazione paolina «*raro accipiendum est*» (vedi *supra*) non credo si possa contrapporre – con assoluta fermezza – la dimensione cittadina dell’affermazione labeoniana con la nuova prospettiva del commento paolino, dove resiste – seppur a fatica – la funzione ‘mediatrice’ dell’esperto.

²⁵¹ P. CERAMI, «*Ignorantia iuris*», cit., p. 69.

²⁵² S. NAPPI, *Ius finitum*, cit., p. 68 coglieva l’«assonanza» tra il frammento neraziano contenuto in D. 22, 6, 2 e le parole di Labeone in D. 22, 6, 9, 3 ma negava che lo *ius finitum* di Nerazio rispecchiasse «l’ordinamento giuridico considerato nel suo complesso». Allontanano invece la visione labeoniana da quella di Nerazio M. BRETONI, *Giuristi e profani*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², cit., p. 123 e V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, cit., pp. 43-44. Ritene «paradossalmente antilabeoniana» l’impostazione di Nerazio sullo *ius finitum* A. SCHIAVONE, *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente*², cit., p. 323, da un lato, in ragione del noto «dabeonismo» del giurista traiano e, dall’altro, in virtù della neraziana predeterminazione della struttura, «ontologicamente già

La «delimitazione» delle ‘fattispecie’ giuridiche a opera della *scientia iuris*, per Nerazio rende oggettivo il diritto e lo rende immune da false rappresentazioni soggettive²⁵³. Nonostante per il giurista traiano il «*finire ius*» della giurisprudenza persegua innanzitutto l’obiettivo di oggettivare e salvaguardare il sistema ancorandolo a una «tavola di valori, interna alla stessa tradizione giuridica romana»²⁵⁴, la funzione ‘mediatrice’ verso i *cives* nella conoscenza del suo ‘contenuto’ ne appare come una diretta conseguenza.

Al di là dell’uso forse per lo più politico che si fece della pubblicazione scritta di alcune *partes iuris* (*lex/plebiscitum, edictum, senatus consultum, constitutio principis*)²⁵⁵ – che di fatto agevolava

compiuta e organicamente perfetta in sé», dello *ius* che tradisce un «razionalismo meno creativo» e «meno fiducioso» rispetto a quello di stampo labeoniano (ID., *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente*², cit., p. 322; già in ID., *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, cit., p. 209). Labeone e Nerazio, oltre che esprimere un’assonanza dovuta alla comune appartenenza alla scuola fondata dal primo, godono di un simile contesto politico ‘di favore’ verso i giuristi sorto con Augusto prima, e rinnovato con Adriano poi. Fra questi due «momenti positivi» per la giurisprudenza e i suoi rapporti con il *princeps*, è stata dimostrata l’esistenza di un «intervallo di scadimento», nelle suddette relazioni dopo Augusto e prima di Adriano, sempre da A. SCHIAVONE, *Anni difficili. Giuristi e principi nella crisi del primo secolo*, in A. DE VIVO – E. LO CASCIO (a cura di), *Seneca uomo politico e l’età di Claudio e di Nerone*, Atti del convegno (Capri, 25-27 marzo 1999), Bari 2003, pp. 37 e ss.; già in ID., *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, cit., pp. 195 e ss.

²⁵³ V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, cit., pp. 5-28 spec. 20.

²⁵⁴ Così V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, cit., p. 44: «[...] ancorare il *ius* all’etica significava molto probabilmente superare ogni perplessità sulla capacità conoscitiva del soggetto; recuperare i fondamenti etici del diritto voleva forse dire salvarne e difenderne l’integrità e le certezze». Tra questi ‘valori’ giuridici – come vedremo – rientra nella teorica neraziana – oltre che la *fides* (*libro quinto membranarum* D. 18, 3, 5), la *familia* (D. 47, 10, 1, 8-9 da collegare con *libro quinto membranarum* D. 47, 10, 41), la *pietas* (D. 37, 12, 5), il *dominium* (*libro tertio membranarum* D. 6, 2, 17) – anche la *bona fides* oggetto dell’*interpretatio prudentium* (*libro tertio membranarum* D. 2, 14, 58).

²⁵⁵ Sul valore ‘politico’ attribuito alla pubblicazione delle *leges publicae* e dell’*edictum* si veda quanto detto *supra* cap. III § 1. Sull’inefficacia costitutiva della pubblicazione scritta delle *leges* si vedano G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani. Elenco cronologico con una introduzione sull’attività legislativa dei comizi romani*, Hildesheim-Zürich-New York 1990 (ristampa anastatica Milano 1912), pp. 167 e ss.; F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Leipzig 1934, pp. 4 e ss. = *I principi del diritto romano*, Firenze 1995 (trad. it. a cura di V. ARANGIO-RUIZ, ristampa anastatica Firenze 1946), pp. 5 e ss.; A. GUARINO, *Recensione a F. VON SCHWIND, Zur Frage der Publikation im römischen Recht*, cit., pp. 332 e ss.; G. TIBILETTI, *s.v. Lex*, in *Dizionario epigrafico*, IV, Roma 1942, pp. 707 e ss.; G. LUZZATTO, *Appunti sulla pubblicazione delle leggi nell’impero romano*, in *Archives Pringsheim*, Atene 1953, pp. 86 e ss.; G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*⁵, Torino 1965, p. 228. Da ultimo si veda quanto affermato da L. GAGLIARDI, *La lex Iunia Licinia e le procedure di pubblicazione e di conservazione delle leggi nella Roma tardo-repubblicana*, in *Diritto@Storia* 8, 2009, il quale pur ritenendo possibile «affermare che nella repubblica matura il deposito all’erario serviva a custodire in un luogo sicuro i testi di tutti quegli atti normativi che erano redatti in forma scritta a tutela della certezza del diritto», precisa che tale deposito «non aveva innanzitutto la funzione di pubblicare quei testi, o di offrire un servizio al pubblico, ma di conservarne l’originale». Per la pubblicità dell’*edictum perpetuum* si vedano i rilievi di G. MANCUSO, *Praetoris edicta. Riflessioni terminologiche e spunti per la ricostruzione dell’attività editale del pretore in età repubblicana*, in *AUPA* 37, 1983, pp. 305 e ss. spec. 313 e ss. e di N. PALAZZOLO, *L’edictum ‘De albo corrupto’ e il problema della pubblicità delle norme editali in età postadrianea*, in *Studi Sanfilippo*, VII, Milano 1987, pp. 610 e ss. Per i *senatus consulta* si veda E. VOLTERRA, *s.v. Senatus consulta*, in *NNDI* XVI, Torino 1969, pp. 1055 e ss.; P. CERAMI, «*Ignorantia iuris*», cit., n. 58. Per le *constitutiones* non bisogna dimenticare che era uso nell’età imperiale «affiggere in luoghi pubblici le costituzioni imperiali» (M. SCARLATA FAZIO, *Ignoranza della legge (diritto romano)*, cit., p. 6); ne parla però in termini di «atto di natura politica» e non giuridica F. DE MARTINO, *Certezza del diritto in Roma antica*,

una conoscibilità ‘immediata’ dell’«esistenza» delle relative norme – è solo la *prudentia iuris* a poter (e dover) garantire a tutti i *cives* la conoscibilità del «contenuto» dell’«*omne ius*», almeno sino al III sec. d. C. Si ricordi, a proposito del peculiare ruolo del giurista nell’informazione giuridica della comunità cittadina per tutta l’età repubblicana – secondo un ‘modello’ repubblicano e una visione ‘aristocratica’ del sapere a cui appaiono legati ancora sia Labeone²⁵⁶ sia Nerazio²⁵⁷ –, la limitatezza del numero delle persone considerate nelle fonti titolari di un, seppur generico, dovere di conoscenza del contenuto dello *ius*²⁵⁸. Il giurista appare come colui il quale, non solo contribuisce alla suddetta diffusione dell’informazione giuridica – quasi fosse la «principale fonte di cognizione» del diritto²⁵⁹ –, ma addirittura provvede alla realizzazione della «sicurezza» dei rapporti tra i cittadini.

Si vedano il dovere, secondo la tradizione risalente all’età romulea, per il patrizio-patrono di «spiegare il diritto» al proprio cliente («ἐξηγεῖσθαι τὰ δίκαια», Dionys. 2, 10, 1)²⁶⁰; la

cit., pp. 19-20; cfr. E. VOLTERRA, *Il problema del testo delle costituzioni imperiali*, in *Atti II congresso internazionale della Società Italiana di Storia del diritto* (1967), Firenze 1971, pp. 846 e ss.; N. PALAZZOLO, *Le modalità di trasmissione dei provvedimenti imperiali nelle province (II-III sec. d. C.)*, in *Iura* 28, 1977, p. 63 e nn. 87 e 88.

²⁵⁶ M. BREONE, *Giuristi e profani*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², cit., pp. 123 e 127 e ss. Cfr. W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Weimar 1952, pp. 144 e ss. Sulla non contraddizione labeoniana fra il tradizionalismo ‘pubblicista’ e costituzionale – in particolare in riferimento al tradizionale primato della giurisprudenza (ricordata da Tac. *ann.* 3, 75) – e l’innovazione nel campo del diritto privato (testimoniata da Pomponio in D. 1, 2, 2, 47), si veda A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma-Bari 1987, pp. X e ss. e 153 e ss. Cfr. C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea. I. Dalle origini all’opera di Labeone*, Torino 1997, pp. 305 e ss. e G. VALDITARA, *Leges e iurisprudencia fra democrazia e aristocrazia*, in *SDHI* 80, 2014, pp. 56 e ss.

²⁵⁷ Cfr. V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, cit., pp. 58 e ss.; più cauto F. SITZIA, *Il conservatorismo di Nerazio*, cit., pp. 33 e ss. Cfr. W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², cit., pp. 144 e ss.

²⁵⁸ Cfr. P. CERAMI, «*Ignorantia iuris*», cit., p. 67, il quale sottolinea che sin dai primordi della città-stato le «note dominanti del binomio ‘*prudentia-ignorantia iuris*’ appaiono già delineate: da un lato i soggetti attivi della comunità politica, per i quali l’*ignorantia iuris* è disdicevole, dall’altro i soggetti passivi – o, comunque, emarginati dalla *gestio rei publicae* –, per i quali è potenzialmente ammissibile l’*ignorantia iuris*». Lo studio mnemonico delle XII tavole già nel corso dell’insegnamento primario – dimostrato recentemente da O. DILIBERTO, *Ut carmen necessarium (Cic. leg. II 59). Apprendimento e conoscenza della legge delle XII Tavole nel I sec. a.C.*, in M. CITRONI, (a cura di), *Letteratura e civitas. Transizioni dalla Repubblica all’Impero. In ricordo di Emanuele Narducci*, Pisa 2012, pp. 141 e ss. spec. 145-146 – trattandosi di uno studio «senza approfondimenti» ‘tecnici’, credo abbia contribuito alla diffusione della conoscenza dell’«esistenza» delle norme decemvirali ma non del ‘contenuto’ delle stesse, difficilmente accessibile ai ‘non specialisti’ (sulla differenza fra «esistenza» e «contenuto» del diritto si veda L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 576).

²⁵⁹ L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 67-68, che alla domanda «esisteva in Roma un modo di conoscere il diritto [...] che non fosse il ricorso alla giurisprudenza?» rispondeva: «quando io ho bisogno di conoscere-ottenere il mio diritto [...] lo chiedo non alla legge (fatta o da fare) ma alla giurisprudenza, lasciando poi ad essa di trovarlo dove creda». Cfr. L. FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*³, Torino 2012, p. 9, secondo il quale l’attività di interpretazione dell’*omne ius (civile, honorarium, gentium)* contribuì «alla migliore conoscenza dei contenuti di ciascuna area [...] per l’emersione dei confini e dei reali contenuti di quelli che noi chiamiamo “diritti” o [...] “situazioni soggettive protette”».

²⁶⁰ M. BREONE, *Giuristi e profani*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², cit., p. 106; P. CERAMI, «*Ignorantia iuris*», cit., p. 67. Cfr. la traduzione latina del passo di Dionigi di Alicarnasso in *FIRA*, 1, pp. 4-5: «*constitutum tunc est ab illo ius patronatus tale: patricios oportebat clientibus suis i u r a interpretari*». Su cui da

doverosità della conoscenza dello *ius* espressa da Quinto Mucio Scevola solo per i pontefici (Cic. *de leg.* 2, 47: «*Saepe, inquit Publi filius, ex patre audivi, pontificem bonum neminem esse, nisi qui ius civile cognosset*»)²⁶¹, per i ‘patrizi’, per la ‘nobilitas’ e per coloro che perorano cause («*namque eum dixisse turpe esse patricio et nobili et causas oranti ius in quo versaretur ignorare*», in D. 1, 2, 2, 43); il carattere ‘pubblico’ del *respondere* dei giuristi più autorevoli, tra cui l’«*optimus*» Gaio Scipione Nasica a cui «*publice domus in sacra via data est, quo facilius consuli posset*» (D. 1, 2, 2, 37)²⁶²; il ruolo ‘oracolare’ del giurista all’interno della città nel I sec. a. C. (Cic. *de orat.* 1, 200: «*est enim sine dubio domus iuris consulti totius oraculum civitatis*»)²⁶³, che, come l’Apollo Pitico, contribuiva a rendere «certe» le «cose incerte» dei concittadini (Cic. *de orat.* 1, 199: «*sibi, si non populi et reges, at omnes sui cives consilium expetant, summarum rerum incerti: quos ego ope mea ex incertis certos compotesque consili dimitto, ut ne res temere tractent turbidas*»)²⁶⁴.

La «certezza-conoscibilità» dello *ius* e di tutte le sue *partes* sembra esser garantita allora dall’attività ‘mediatrice’ del giurista. Lo *ius* è certo, e certi sono i rapporti interindividuali da esso regolati, grazie all’*interpretatio prudentium* che ne «delimita» il «contenuto» e a volte, in mancanza di una statuizione ‘potestativa’, ne dichiara anche l’«esistenza», dando seguito alla contrapposizione tra «contenuto» ed «esistenza» delle norme giuridiche affermata – a mio avviso efficacemente – da Lombardi in tema di certezza del diritto.

Questa impostazione sembra conservarsi ancora nella seconda metà del I sec. d. C., quando Quintiliano nelle sue *Institutiones*, sostenendo la necessità per il buon oratore di conoscere lo

ultima si veda G. DI TROLIO, *Le leges regiae in Dionigi d’Alicarnasso*, I, *La monarchia latino-sabina*, Napoli 2017, pp. 43 e ss.

²⁶¹ A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma-Bari 1987, pp. 18 e 197 n. 54.

²⁶² Il «*facilius consultus*» del giureconsulto (D. 1, 2, 2, 37) è in un certo qual modo speculare all’«*apertius percipis*» garantito dalla pubblicazione delle *leges duodecim tabularum* (D. 1, 2, 2, 4), così come la «fondazione» dello *ius civile* ad opera dei tre famosi *iuris consulti* Publio Mucio, Bruto e Manilio (D. 1, 2, 2, 39) è simmetricamente opposta alla «fondazione» della *civitas* sulle medesime *leges* (D. 1, 2, 2, 4). Cfr. S. SCHIPANI, *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 2011. Ciò rende più concreta la supposta bivalenza della concezione della «certezza» in Pomponio: ‘tecnico-giuridica’ e sul «contenuto» dello *ius* nel primo caso (di cui si fa garante la *iuris prudentia*); ‘politica’ e sull’«esistenza» dello *ius* nel secondo (garantita dalla pubblicazione delle *leges*).

²⁶³ Cfr. F. D’IPPOLITO, *I giuristi e la città*, Napoli 1978 e J.P. DAWSON, *Gli Oracoli del Diritto*, Napoli 2014 (trad. it. a cura di R. GIURATO). Sarebbe superfluo qui ricordare i noti episodi, che vedono come protagonisti Gneo Flavio nel 304 a. C. e Tiberio Coruncanio nel 254 a. C., i quali influirono certamente sulla diffusione della conoscenza giuridica e sull’allargamento della cerchia degli esperti del diritto. Su Tiberio Coruncanio si veda in particolare – sotto questo profilo – C. A. CANNATA, *Tiberius Coruncanus, qui primus publice profiteri coepit. L’inizio dell’insegnamento pubblico del diritto*, in *Mélanges en l’honneur de Jacques-Michel Grossen*, Bâle-Francfort sur le Main 1992, ora in *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino 2012, pp. 31 e ss.

²⁶⁴ Cicerone altrove esalta la diffusione della conoscenza del diritto, in quanto è la sua *ignorantia* ad essere causa delle liti tra privati e non la sua *scientia* (Cic. *de leg.* 1, 18: «*[...] potius ignorantio iuris litigiosa est quam scientia [...]*»), ma sempre nel *de orat.* 1, 247, afferma che la conoscenza del diritto non è un dovere di tutti i *cives* da adempiere per «amore della patria», come invece sosteneva Crasso nel dialogo («*tum autem quod amore patriae censes nos nostrorum maiorum inventa nosse debere [...]*»).

ius nelle sue molteplici espressioni («*Iuris quoque civilis necessaria huic viro scientia est et morum ac religionum eius rei publicae quam capesset*», Quint. *inst.* 12, 3, 1), afferma che l'«*omne ius*» sia sempre da considerare «*certum*», in quanto l'oratore è in grado di apprenderlo tramite una sua semplice «*cognitio*», in particolare grazie all'aiuto fornito dalla lettura delle opere degli esperti (Quint. *inst.* 12, 3, 6-8)²⁶⁵.

Sicuramente la «burocratizzazione»²⁶⁶ della giurisprudenza, a partire dall'età di Adriano, «incise negativamente sul rapporto immediato e diretto, tipico del periodo precedente, 'esperti-profani'»²⁶⁷ e certamente il nuovo potere normativo del *princeps* contribuì a mutare questo rapporto, ma non credo però si possa esaltare – a mio sommesso avviso – con troppa enfasi la contrapposizione tra Labeone e Nerazio, da un lato, e le riflessioni della giurisprudenza successiva, dall'altro: anche quando si fece più rilevante il ruolo delle fonti «statuali» di produzione dello *ius*, l'«afferinarsi della 'certezza' come valore del diritto» non inficiò la persistenza del carattere essenzialmente giurisprudenziale dello *ius civile* sino almeno alla metà del III sec. d. C.²⁶⁸.

Anche nella prospettiva di Pomponio, testimoniata e condivisa da Ulpiano, incline – come si è visto – al fascino della «certezza-conoscibilità» della *lex*, è assente l'obbligo generale di conoscenza dello *ius* nella sua vasta complessità, mentre è presente solo l'onere, anche se più sfumato rispetto a quello di Labeone, di consultare «i più esperti», essendo cosa degna chiedere un parere ai *patres familias* più diligenti (Pomponio-Ulpiano in D. 38, 15, 2, 5: «*Scientiam eam observandam Pomponius ait, non quae cadit in iuris prudentes, sed quam quis aut per se aut per alios adsequi*

²⁶⁵ In questo senso M. PANI, 'Aequum bonum', 'vir bonus', 'bona fides': sul criterio della bontà di natura nel precetto romano, in A. LOVATO (a cura di), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, cit., pp. 133-134. *Contra* A. PALMA, *Lo ius controversum quale espressione dell'artificialità del diritto romano*, cit., pp. 58 e ss. Cfr. V. MAROTTA, *La recitatio degli scritti giurisprudenziali: premesse repubblicane e altoimperiali di una prassi tardoantica*, in V. MAROTTA – E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, Atti del convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010), Roma 2012, pp. 366-367.

²⁶⁶ P. CERAMI, «*Ignorantia iuris*», cit., p. 68.

²⁶⁷ P. CERAMI, «*Ignorantia iuris*», cit., p. 68.

²⁶⁸ L. LANTELLA – E. STOLFI, *Profili diacronici di diritto romano*, Torino 2005, pp. 47-48. In questo senso anche L. LABRUNA, *Un tema «senza tempo»: il «difficile rapporto» tra il giudice e la legge. Qualche riflessione a proposito di un recente volume*, cit., p. 455. Non è da sottovalutare, infatti, la carica di certo non 'legalista' del frammento di Paolo sull'*ignorantia iuris* (D. 22, 6, 9, 3) – così come quelli anche se parzialmente differenti di Pomponio-Ulpiano in D. 38, 15, 2, 5 e sempre di Paolo in D. 37, 1, 10 – che addirittura Triboniano e i suoi decidono di conservare e inserire nel Digesto, così da controbilanciare in senso «casistico-giurisprudenziale» la nuova prospettiva «legislativo-statuale» ormai affermata a ridosso del VI sec. d. C. P. CERAMI, «*Ignorantia iuris*», cit., pp. 62-63 parla di «raccordo fra le due diverse prospettive» nella compilazione giustiniana, dove però – secondo l'autore – la prospettiva «casistico-giurisprudenziale» viene accolta solo in funzione dell'accertamento probatorio delle singole scusanti. Si veda, a tal proposito, l'interpretazione che i bizantini diedero a D. 22, 6, 9, 3 nei *Basilicorum libri* 2, 4, 9, 3 (ed. Heimbach, Leipzig 1846, I, p. 83): «*iuris ignorantia tunc non prodest, cum quis haberet, quos de iure consuleret: vel ipse sua scientia cognovisset: nam qui scire potest, ignorantia iuris laeditur. Quod raro accipimus*» (nella traduzione latina proposta da Heimbach).

potuit, scilicet consulendo prudentiores, ut diligentiore[m] patrem familias consulere dignum sibi). Per il giureconsulto antoniniano sono stati i giuristi a far «fluire» lo *ius* civile dalle XII tavole (Pomponio in D. 1, 2, 2, 6)²⁶⁹ e sono sempre loro, anche al suo tempo, a dover condurre «verso il meglio» (o a esercitare un'attività di «mediazione» nell'esplicare)²⁷⁰ tutto il diritto: senza di essi «constare non potest ius» (Pomponio in D. 1, 2, 2, 13)²⁷¹. Inoltre – come si è visto – se è innegabile il mutamento parziale della prospettiva di Paolo tra il richiamo labeoniano riportato in D. 22, 6, 9, 3 («*iuris consulti copiam*») e il suo pensiero riprodotto in D. 37, 1, 10 («*copiam eorum quos consuleret habuissent*»), c'è un'evidente assonanza tra i due passi: siamo sempre di fronte ad un riferimento all'attività consultiva, anche se non più affidata agli *iuris consulti* ma ai *prudentiores*

²⁶⁹ A. BURDESE, *Note sull'interpretazione in diritto romano*, in *BIDR* 91, 1988, pp. 186-187 e F. SERRAO, *s.v. Interpretazione della legge (diritto romano)*, in *ED XXII*, Milano 1972, p. 242, ora in *Classi partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa 1974, p. 140. Il pomponiano «*ius civile quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*» (D. 1, 2, 2, 12) ebbe – come è noto – un'ampiezza di applicazione di gran lunga superiore alle altre fonti nell'ambito dello *ius privatum*. Inoltre – come è ovvio – anche lo «*ius ex scripto*» – in alcuni casi conoscibile sul piano dell'«esistenza» – necessita comunque dell'*interpretatio prudentium* per l'esplicitazione del suo «contenuto», come avvenne all'indomani della pubblicazione delle *leges XII tabularum* (Pomponio in D. 1, 2, 2, 5).

²⁷⁰ V. SCIALOJA, *Due critiche alle pandette Lib. I*, in *BIDR* 1, 1888, pp. 95-97 ora in *Studi giuridici*, I.1, Roma 1933, pp. 367-368 (da cui per l'innanzi cito) proponeva di leggere in D. 1, 2, 2, 13 («*Post originem iuris et processum cognitum consequens est, ut de magistratuum nominibus et origine cognoscamus, quia, ut exposuimus, per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur: quantum est enim ius in civitate esse, nisi sint, qui iura regere possint? post hoc dein de auctorum successione dicemus, quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cotidie in melius produci*») «*in medium*» anziché «*in melius*» in quanto «al constare non può corrispondere una frase, che significhi progresso o miglioramento, ma una, che indichi il modo come il diritto si fa conoscere e si attua ogni giorno». Inoltre nota che nelle fonti letterarie «*in melius producere*» è molto più raro rispetto a «*in medium producere*», che a differenza della prima è un'espressione di «buona latinità». Scialoja trovò in anni più recenti una critica in L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 6-7 n. 4 il quale ne contestava l'emendazione in quanto frutto di una «visione statica» del diritto, traducendo quest'ultimo il «constare» con «mantenersi in vigore» e l'«*in melius produci*» con «esser fatto progredire». Sostengono questa critica R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., p. 56 n. 12 e più di recente P. CERAMI – G. PURPURA, *Profilo storico-giurisprudenziale del diritto pubblico romano*, cit., p. 277 n. 21. A favore invece dell'emendazione sono stati M. BRETONI, *L'enchiridion di Pomponio*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², cit., p. 239, A. GUARINO, *Tagliacarte*, in *Labeo* 15, 1969, p. 392 e M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., p. 103 n. 290 (poi in modo più specifico in *ID.*, *Pomp. sing. ench. D. 1.2.2.13: 'in melius' od 'in medium produci'?*, in *Liber amicorum J. Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su eméritazgo*, Barcelona 2006, pp. 965 e ss.). C'è da dire che – oltre alle considerazioni di Scialoja sulle fonti letterarie – nelle fonti giuridiche «*in melius producere*» si trova esclusivamente in D. 1, 2, 2, 13 e il solo «*in melius*» esclusivamente in fonti non giurisprudenziali ma che anzi enfatizzano un miglioramento della disciplina giuridica sulla base di atti espressioni dell'esercizio di una *potestas*: Const. *Tanta* 10 «[...] *in melius restaurandam* [...]»; I. 1, 12, 6 «[...] *in melius per constitutiones reformavit* [...]»; C. 3, 38, 3 «[...] *in melius reformabitur* [...]»; C. Th. 15, 14, 13 «[...] *in melius revocamus* [...]». Invece «*in medium producere*» si rinviene in C. Th. 2, 27, 1, 2 «[...] *producat in medium* [...]»; C. Th. 5, 13, 2 «[...] *in medium produci* [...]». Infine, nel senso però di «in comune», «*in medium*» si ritrova proprio in Pomponio D. 17, 2, 60, 1.

²⁷¹ Mi sembra condivisibile il significato che M. BRETONI, *L'enchiridion di Pomponio*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², cit., p. 239 – sull'esempio di Scialoja – attribuisce al verbo «constare» («esistere», «rimanere saldo», «essere certo»), traducendo così il passaggio pomponiano: «il diritto non può esistere nella sua certezza [...] se non c'è una giurisprudenza che, giorno per giorno, lo migliori (o lo porti alla luce, *in medium*)», dando al lettore la possibilità di optare per l'emendazione di V. SCIALOJA, *Due critiche alle pandette Lib. I*, cit., pp. 367-368.

(«*scientiam enim non hanc accipi, quae iuris prudentibus sit, sed eam, quam quis aut per se habeat aut consulendo prudentiores adsequi potest*»).

Seppur verrà meno la dimensione cittadina della funzione informativa del giurista, l'allargamento degli orizzonti applicativi dello *ius Romanum* oltre la 'città' e l'irrompere del *princeps* sulla scena del diritto non sembrano aver immediatamente sminuito la necessità dell'attività 'mediatrice' dei giureconsulti, prima, e degli 'esperti', poi. E ciò anche nei primi due-tre secoli dell'Impero, quando l'affastellamento di un insieme sempre più intricato di numerose *partes iuris* «richiedeva ai fini del loro indispensabile coordinamento e della loro esatta comprensione, la mediazione di *iuris periti*»²⁷²: la persistenza di questa attività – come è noto – è testimoniata dagli interventi imperiali da Augusto ad Adriano nel controllarne gli effetti (Pomponio in D. 1, 2, 2, 49 per lo *ius respondendi ex auctoritate principis* di Augusto e Tiberio; e Gaio in Gai. 1, 7 per il rescritto di Adriano) fino all'inserimento dei giuristi nel *consilium principis* e nella cancelleria imperiale. Questo coinvolgimento si manifestò con la diffusione dell'uso dei *rescripta* – cui contribuivano i giuristi da 'dietro le quinte' – per l'individuazione della soluzione «certa» – perché corroborata dall'*auctoritas* del *princeps*²⁷³ – da applicare nel caso concreto.

Tutto questo si arresta con il definitivo sopravvento del 'modello' imperiale che vede la conoscibilità della *constitutio principis* frutto di un onere ormai autonomo dei *cives* e non più mediato da giuristi o esperti (C. Th. 1, 1, 2; C. 1, 18, 12; C. 1, 14, 9).

Mi sembra dunque abbastanza evidente che, al di là dell'epilogo della tarda età imperiale, la «certezza-conoscibilità», non solo abbia rappresentato un valore di riferimento del sistema giuridico romano sino almeno al III sec. d. C., ma soprattutto sia consistita in un'istanza di informazione giuridica dell'«*omne ius*», di cui vennero riconosciuti garanti i giureconsulti nell'esercizio della pratica rispondente e nella conduzione della scienza sistematrice.

²⁷² P. CERAMI, «*Ignorantia iuris*», cit., p. 68.

²⁷³ Si pensi a Giuliano in D. 1, 3, 11 dove si afferma «*Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est*», associando così per la prima volta all'autonoma interpretazione giurisprudenziale l'attività normativa del principe nel contribuire a rendere più certo il diritto. Per F. P. CASAVOLA, *Scienza, potere imperiale, ordinamento giuridico nei giuristi del II secolo*, in *Iura* 27, 1979, pp. 17 e ss. Giuliano intende ribadire le esigenze di certezza del diritto, che la giurisprudenza intende salvaguardare con la «concorde [...] elaborazione interpretativa e normativa del principe e dei giuristi» (cfr. M. BRETONE, *Interpretatio et constitutio*, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², cit., pp. 317 e ss.; V. GIODICE-SABBATELLI, «*Constituere*: dato semantico e valore giuridico, cit., pp. 354-355; V. SCARANO USSANI, *L'utilità e la certezza. Compiti e modelli del sapere giuridico in Salvio Giuliano*, Milano 1987, pp. 82 e ss.). Si veda la differente impostazione che traspare dal contemporaneo Sesto Pedio per il quale la possibilità di estendere «un dettato normativo riferentesi a fattispecie determinate» ad altre «è lasciato alla interpretazione giurisprudenziale o all'intervento del pretore in sede di giurisdizione» (A. BURDESE, *Note sull'interpretazione in diritto romano*, cit., p. 199): Ulpiano in D. 1, 3, 13: «*Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleris*». Questa visione mi sembra divergente anche in relazione al ruolo della *iuris dictio* in Giuliano in D. 1, 3, 12.

3. INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE DELLA *FIDES BONA*

A) CONOSCIBILITÀ DIFFUSA DELLA *FIDES BONA* E DELLE ALTRE CLAUSOLE FORMULARI AFFINI.

Per quanto concerne in modo specifico le fattispecie tutelate da *bonae fidei iudicia*, la «certezza-conoscibilità» dello *ius* rappresenta un problema che coinvolge direttamente le attività di giuristi e giudici inerenti all'esplicitazione del 'contenuto' della *fides bona*.

La conoscibilità – in punto di 'esistenza' – delle clausole formulari come l'«*ex fide bona*» è invece – come è noto – interamente garantita dall'esposizione annuale dell'editto pretorio, nel quale sono elencate le *formulae* contenenti i richiami ai concetti-valore come la *fides bona*, il *dolus malus*, l'*aequius melius*, i *boni viri* e il *bene agi*.

Invece, il 'contenuto' delle suddette clausole formulari in punto di «certezza-conoscibilità» sembra abbia goduto di una conoscenza 'diffusa' all'interno della società, tale per cui l'attività mediatrice dell'*interpretatio prudentium* sembrerebbe di primo acchito superflua e pleonastica.

Infatti, la *fides bona* – sia nella teorica del diritto delle obbligazioni che in quella dei diritti reali – si presenta quale concetto semplice, a cui non è possibile «dare una definizione giuridica»²⁷⁴, che d'altronde i giuristi romani non sembra si siano mai sforzati di fornire²⁷⁵. Inoltre, concetti ad essa affini, come il *bonus vir* e il *bene agi*, in alcune fonti letterarie tardo repubblicane, sono strettamente collegati ai valori dominanti nella società, in quanto il loro contenuto appare addirittura noto anche a coloro i quali vivono ai margini di essa, e sembrano quindi non necessitare di particolari mediazioni interpretative (Cic. *de off.* 3, 17, 77): «*Haec [scil. de viro bono] [...] quae ne rustici quidem dubitent?*»²⁷⁶. Analogamente, Quintiliano vedeva in tutti gli uomini «migliori» l'immediata conoscibilità dell'*aequitas* (Quint. *inst.* 12, 3, 7: «[...] *aequitas optimo cuique notissima* [...]») ²⁷⁷. In fine, Ulpiano, più di un secolo dopo, non esitava ad affermare che

²⁷⁴ V. SCIALOJA, *La proprietà nel diritto romano*, II, Roma, 1932, pp. 128-129.

²⁷⁵ Sulla non definizione della *fides bona* nei giuristi romani secondo Scialoja, si veda la discussione tra Carcaterra e Biondi (B. BIONDI, *Recensione a A. CARCATERRA, Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, in *IURA* 16, 1965, p. 262; A. CARCATERRA, *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, in *SDHI* 33, 1967, p. 83).

²⁷⁶ Cfr. T. MAYER-MALY, *Rusticitas*, cit., pp. 309 e ss. Sempre Cicerone in *de orat.* 1, 246-250 afferma che la «virtù» non si insegna con un metodo razionale (Cic. *de orat.* 1, 247: «[...] *Quod vero viros bonos iure civili fieri putas, quia legibus et praemia proposita sint virtutibus et supplicia vitiis, equidem putabam virtutem hominibus, si modo tradi ratione possit, instituendo et persuadendo, non minis et vi ac metu tradi* [...]») e che «[...] *etiam sine cognitione iuris, quam sit bellum cavere malum, scire possumus*». Si domanda Cicerone: per l'attività forense non bastano le «*communi intellegentia*», le nozioni generali di cui tutti dispongono (Cic. *de orat.* 1, 248)? L'Arpinate risponde affermativamente, ma ammette che innanzi a una «*causa obscurior*» il responso del giurista – spesso ottenuto dallo stesso 'cliente' e sottoposto all'oratore – torna a essere necessario (Cic. *de orat.* 1, 250).

²⁷⁷ M. PANI, '*Aequum bonum*', '*vir bonus*', '*bona fides*': sul criterio della bontà di natura nel precetto romano, cit., pp. 123 e 133.

il contenuto della *fides bona* era da considerarsi lontano dalle «sottigliezze» giuridiche (D. 17, 1, 29, 4): «[...] *bona fide* [...] *non congruit de apicibus iuris disputare* [...]».

Queste premesse non credo siano però in contraddizione con il ruolo di ‘mediazione’ interpretativa e conoscitiva svolto dalla giurisprudenza – più sopra ricostruito – anche in riferimento a questi concetti, in quanto clausole di *formulae* processuali oggetto dell’interpretazione dei giureconsulti in punto di «delimitazione» degli effetti giuridici ad esse connessi.

All’interno dello *ius civile* non possono non ricadere i ‘valori’ del sistema racchiusi in quelle clausole formulari, quali *aequum et bonum*, *dolus malus*, *aequius melius* e *fides bona*²⁷⁸, che necessitano prevalentemente di una «delimitazione» e una ‘custodia’ giurisprudenziale (secondo ciò che emerge dal pensiero di Cicerone, Nerazio e Pomponio: *infra* cap. III §§ 3.B-C-D); ma che esigono anche una determinante applicazione giudiziale nel caso concreto, in particolari vicende di *ius controversum* (secondo quanto Quinto Mucio Scevola e lo stesso Cicerone sembrano aver per primi sottolineato: *infra* cap. IV § 2).

²⁷⁸ Per lo stretto legame che corre tra *fides bona*, *bonus vir* ed *aequum et bonum* si veda da ultimo M. PANI, ‘*Aequum bonum*’, ‘*vir bonus*’, ‘*bona fides*’: sul criterio della bontà di natura nel precetto romano, cit., pp. 115 e ss. e F. VALLOCCHIA, *Appunti su bonum et aequum e conventio-consensus tra ius e societas*, in *Diritto@Storia* 11, 2013 per l’unico filo conduttore che lega *bonum et aequum*, *fides bona* e *consensus societatis*.

B) CICERONE E LA TRADIZIONE GIURISPRUDENZIALE IN TEMA DI *FIDES BONA* (CIC. TOP. 17, 65-66).

Secondo una testimonianza ciceroniana, sono i giuristi, infatti, ad aver tramandato («*tradiderunt*») il contenuto di quelle categorie giuridiche dall'elevata carica valoriale che trovavano spazio nella procedura formulare, assolvendo al compito di tenerne ben salda l'esplicazione con assoluta preparazione («*parati esse debent*», Cic. top. 17, 65-66): *dolus malus, fides bona, aequum et bonum*.

Cic. top. 17, 65-66: «[65] [...] Privata enim iudicia maximarum quidem rerum in iuris consultorum mihi videntur esse prudentia. Nam et adsunt multum et adhibentur in consilia et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. [66] In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agier oportet, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod eius aequius melius, parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt. Licebit igitur diligenter argumentorum cognitio locis non modo oratoribus et philosophis, sed iuris etiam peritis copiose de consultationibus suis disputare»

Il luogo ciceroniano ci fornisce una testimonianza storica («*tradiderunt*») ²⁷⁹ del ruolo essenziale svolto dai giuristi delle età precedenti nella conservazione di una «coerente

²⁷⁹ Altrove Cicerone usa il verbo *tradere* associandolo all'insegnamento giurisprudenziale dello *ius civile* (Cic. de leg. 1, 18: «[...] qui aliter *ius civile* tradunt, non tam iustitiae quam litigandi tradunt vias [...])). Anche per lo *ius publicum* Cicerone riporta con ammirazione le parole di Catone sul valore 'tradizionale' della costituzione repubblicana «*constituta saeculis et aetatibus*» non per opera dell'ingegno di un solo legislatore ma di molti uomini grazie all'*usus rerum* e alla *vetustas* (Cic. de rep. 2, 1, 2). In Cic. inv. 2, 67 è proprio la *vetustas* a rendere «certa» la consuetudine: «[...] consuetudine autem *ius* esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege *vetustas* comprobavit. In ea autem quaedam sunt iura ipsa iam certa propter *vetustatem* [...]». In D. 1, 2, 2, 35 Pomponio – in un certo qual modo legato, come si è visto *supra* cap. III § 1, al pensiero ciceroniano – vede nei giuristi che raggiunsero la massima considerazione presso il popolo romano l'origine e i tramandatori del diritto: «... a quibus et qualibus haec iura orta et tradita sunt». Le *regulae iuris* che non subiscono modifiche nel tempo sono *traditae* secondo Gai. 2, 68: «[...] talem habemus regulam traditam [...]»). L'*interpretatio* senza mutamenti appare infine in Paolo – e forse anche in Plautio – quale garanzia di «certezza»: «*minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt*» (Paolo libro quarto ad *Plautium* in D. 1, 3, 23). L'uso dell'espressione verbale *tradere* è spesso usata anche per indicare l'atto del tramandare, da parte dei «più esperti», nozioni e conoscenze ormai consolidate e quindi «certe» (Ulpiano in D. 43, 20, 1, 32: «*Aestatem incipere (sic peritiores tradiderunt) ab aequinoctio verno et finire aequinoctio autumnali: et ita senis mensibus aestas atque hiems dividitur*). Sul valore della tradizione nel sistema giuridico romano si vedano F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, cit., pp. 74 e ss. = *Prinzipien des römischen Rechts*, cit., pp. 57 e ss. e G. GROSSO, *Tradizione e misura umana del diritto*, Torino 1976, pp. 25 e ss. e 35 e ss., ora in *Scritti storico giuridici*, I, Torino 2000, pp. 128 e ss. e 269 e ss.

traduzione in regole di condotta del concetto-valore» insito nell'«*ex fide bona*» formulare²⁸⁰, del «*dolus malus*» e del «*bonum et aequum*». Secondo l'Arpinate, i giuristi a lui contemporanei devono tornare a esser «*parati*» proprio in tutti quegli *iudicia* le cui *formulae* contengono «varie clausole equitative create dalla prassi»²⁸¹, come ad esempio il *bonus vir* e il *bene agi* dell'*actio fiduciae* e («*in primis*») l'*aequius melius* dell'*actio rei uxoriae*. La necessità di essere *parati* – enfatizzata da Cicerone – potrebbe derivare dalla rottura di questa uniforme tradizione giurisprudenziale²⁸², che collima con il decadimento della *scientia iuris* denunciata dall'Arpinate nello stesso anno ma in altro luogo (Cic. *de off.* 2, 19, 65: «[...] *quam quidem ante hanc confusionem temporum in possessione sua principes retinuerunt, nunc, ut honores, ut omnes dignitatis gradus, sic huius scientiae splendor deletus est* [...]»)²⁸³.

Ad ogni modo anche la *iurisprudencia* successiva – come è stato di recente ricordato – «mai si sottrasse al ruolo di guida e di elemento ordinante delle varie concretizzazioni giudiziali» della *fides bona*²⁸⁴. I giuristi tramandarono il contenuto del «*dolus malus*», della «*fides bona*», dell'«*aequum et bonum*», ma anche ciò che effettivamente nei *bonae fidei iudicia* – di cui Cicerone propone un'esemplificazione nella citazione dei giudizi di *societas*, *negotiorum gestio* e *mandatum*²⁸⁵

²⁸⁰ R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema³, Torino 2014, p. 48.

²⁸¹ L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, cit., p. 167 («è interessante notare che per Cicerone il τóπος delle *causae* può servire ai giureconsulti solo in questo tipo di giudizi, nei quali la loro *prudentia* è chiamata a fissare il contenuto delle varie clausole “equitative” create dalla prassi, e poste da Cicerone tutte sullo stesso piano»).

²⁸² Già intorno agli anni sessanta del I sec. a. C. «la controversialità non appare più l'espressione della naturale dialettica che mantiene libertà al sistema, ma a un fatto degenerativo del quale preoccuparsi» (A. CORBINO, *Iudicia, ius varium e iudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., p. 178).

²⁸³ Sul calo di prestigio dei giuristi nel corso del I sec. a. C. si vedano D. MANTOVANI, *Iuris scientia e honores. Contributo allo studio dei fattori sociali nella formazione giurisprudenziale del diritto romano (III-I sec. a. C.)*, in *Nozione, formazione ed interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professore Filippo Gallo*, I, cit., pp. 627 e ss. e A. CORBINO, *Iudicia, ius varium e iudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., pp. 177 e ss.

²⁸⁴ R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema³, cit., p. 48.

²⁸⁵ L'Arpinate spesso riporta elenchi non completi di *bonae fidei iudicia*: Cic. *pro Caec.* 7 (*tutela, societas, mandatum, fiducia*); Cic. *pro Rosc. com.* 16 (*fiducia, tutela, societas*); Cic. *pro Rosc. Amer.* 39, 113 (*mandatum*); Cic. *nat. deor.* 3, 74 (*tutela, mandatum, societas, fiducia, emptio venditio, locatio conductio*); Cic. *top.* 10, 42 (*tutela, societas, mandatum, fiducia, negotiorum gestio*); Cic. *top.* 17, 66 (*societas, negotiorum gestio, mandatum, actio rei uxoriae*); Cic. *de off.* 3, 16, 66 (*emptio venditio*); Cic. *de off.* 3, 17, 70 (*tutela, societas, fiducia, mandatum, emptio venditio, locatio conductio*); e spesso associa i giudizi «*in quibus additur ex fide bona*» all'*aequius melius* dell'*actio rei uxoriae* e al *bene agi* dell'*actio fiduciae* (Cic. *de off.* 3, 15, 61 e 3, 17, 70). Sugli elenchi ciceroniani, si vedano, fra i tanti altri, P. DE FRANCISCI, *Iudicia bonae fidei, editti e formulae in factum*, in *Studi Senesi* 24, citato dall'estratto Torino 1907, pp. 4 e ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con «demonstratio» e la loro origine*, in *Studi economico-giuridici*, IV, Cagliari 1912, pp. 75 e ss., poi in *Rariora*, Roma 1946 = Camerino 1970, pp. 21 e ss., ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, p. 349; B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, Palermo 1920, pp. 182 e ss.; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, cit., pp. 178-179; G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei «bonae fidei iudicia»*, in *RISG* 3.1, 1928, pp. 39-96, ora in *Scritti storico giuridici*, III, Torino 2001, pp. 147 e ss.; L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, cit., pp. 166 e ss.; A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, pp. 7 e ss.; P. FREZZA, *Fides bona*, in AA. VV., *Studi sulla buona fede*, Milano 1975, pp. 16 e ss.; M. SCHERMAIER, *Bona fides in Roman contract law*, in M. ZIMMERMANN – S. WHITTAKER (directed by),

– «*alterum alteri praestare oportere*»: il contenuto delle reciproche prestazioni – i cui effetti sono simili alla bilateralità del rapporto tra *uxor* e *vir* nell'*actio rei uxoriae* – deve essere individuato secondo Cicerone dall'*interpretatio prudentium*.

Riecheggia in questo passo l'elogio della giurisprudenza che Cicerone aveva tessuto quale garanzia di «sicurezza» e «certezza» del diritto per i *cives* (Cic. *de orat.* 1, 199: «*sibi, si non populi et reges, at omnes sui cives consilium expetant, summarum rerum incerti: quos ego ope mea ex incertis certos compotesque consili dimitto, ut ne res temere tractent turbidas*»), cui lo *iudex* deve attenersi se non vuole *labefacere* lo *ius* (Cic. *pro Caec.* 70-73: «*sin peritis non putat esse obtemperandum [...] leges ac iura labefactas*») ²⁸⁶.

Tutto ciò inoltre richiama alla mente il progetto di «sistemazione della scienza giuridica» ²⁸⁷ (lo «*ius civile in artem redigere*») proposto dallo stesso Cicerone sempre in *de orat.* 1, 187-191 e strettamente connesso sia con la certa notizia e il facile apprendimento del diritto (Cic. *de orat.* 1, 246), sia con la garanzia che il fine dello *ius civile* venga raggiunto: «*legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*» (Cic. *de orat.* 1, 188) ²⁸⁸. Innanzitutto nelle

Good Faith in European Contract Law, Cambridge 2000, pp. 70 e ss.; R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema³, cit., pp. 38 e ss.

²⁸⁶ P. STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano. Nelle pieghe di un circuito normativo*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, II, cit., p. 69 n. 80. Cfr. sul punto le opinioni di P. GIUNTI, *Iudex e iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in *IURA* 61, 2013, pp. 47 e ss. e quelle divergenti di A. PALMA, *Lo ius controversum quale espressione dell'artificialità del diritto romano*, cit., pp. 45 e ss., e bibliografia ivi citata. Qualche interessante spunto anche in G. NEGRI, *Giudici e «responsa prudentium»*, in F. MILAZZO (a cura di), *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure dalle leggi giulie ad Adriano*, Atti del convegno (Copanello, 5-8 giugno 1996), Napoli 1999, pp. 409 e ss. Purtroppo il tema del rapporto intercorrente fra giuristi e giudice – seppur centrale in qualsiasi ambito dell'esperienza giuridica romana – non può qui esser approfondito ulteriormente. Mi sia concesso di dire soltanto che, così come i *cives* conoscono il contenuto dello *ius* tramite i giuristi, allo stesso modo lo *iudex* 'trova il diritto' da applicare grazie all'ausilio degli *iuris prudentes*. Anche se affrontato in termini non storici, sul tema del 'trovare il diritto' quale prima attività interpretativa del giudicante, utile può essere la lettura di R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva quantistica*², Milano 2014, pp. 36 e ss.

²⁸⁷ Testimoniato anche da Quint. *inst.* 12, 3, 10 e da Gell. *noct. Att.* 1, 22, 7. Cfr. G. LA PIRA, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. II. L'arte sistematrice*, in *BIDR* 42, 1934, pp. 336 e ss.

²⁸⁸ Cfr. G. VALDITARA, *Leges e iurisprudentia fra democrazia e aristocrazia*, in *SDHI* 80, 2014, pp. 46 e ss. e n. 223; M. TALAMANCA, *L'oratore, il giurista, il diritto nel de oratore di Cicerone*, in *Ciceroniana* 13, 2009, pp. e F. BONA, *L'ideale retorico ciceroniano e l'ars iuris civilis*, in *SDHI* 46, 1980, pp. 282 e ss. Sempre F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, cit., p. 130 riteneva che le *controversiae* attinenti alla *divisio per genera et species*, non andando «al di là di una semplice sistemazione della materia a livello puramente espositivo, non hanno o non sembrano avere nella consapevolezza dei giuristi tardo-repubblicani rilevanza alcuna sulla certezza del diritto». Diversamente C. A. CANNATA, *Iura condere. Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e auctoritas principis*, cit., p. 44, che vede nella proposta ciceroniana di *redigere in artem lo ius civile* una garanzia di «certezza» – che si manifesta nella maggiore facilità nell'apprendimento della *scientia iuris* – contro l'oscurità e l'ambiguità dei postulati della giurisprudenza. Come si può d'altronde dedurre implicitamente da Cic. *de orat.* 1, 246. Ma vedi C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea. I. Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino 1997, pp. 289-291, per il rapporto tra sistematica, casistica, didattica e ricerca nelle riflessioni della giurisprudenza.

controversie («*causis*») il diritto – fatto di leggi e di usi – deve essere applicato – evidentemente dallo *index* – in modo *aequabilis* a tutti i *cives*.

Ma l'opera di sistemazione non passa – come invece per Pompeo e Cesare (Isid. *orig.* 5, 1, 5; Plut. *Caes.* 58; Svet. *Div. Iul.* 44, 2)²⁸⁹ – attraverso la raccolta di *leges* in «*paucissimos libros*», ma tramite la riduzione in «*per pauca genera*» di tutto lo *ius civile* («*sunt notanda genera et ad certum numerum paucitatemque revocanda*») ²⁹⁰, ovvero sia per il tramite della redazione di un trattato e di una costruzione scientifica e non di un 'codice' di leggi. Questa riduzione ad *ars* del diritto civile Cicerone la ritiene compiuta nell'opera di un giurista e non di un 'legislatore'²⁹¹: Servio Sulpicio Rufo (Cic. *Brut.* 41, 152-153), che – secondo l'Arpinate – fece chiarezza in quelle materie dove altri «*confuse*» avevano dato e davano responsi²⁹².

Dunque credo sia abbastanza palese – nonché, in fin dei conti, di comune opinione²⁹³ – che, almeno per Cicerone ma a testimonianza di una diffusa percezione negli ultimi decenni della repubblica, i giureconsulti nell'esercizio della pratica rispondente e nella conduzione della scienza sistematrice non abbiano abdicato – o per lo meno non potevano abdicare – al ruolo

²⁸⁹ E. GABBA, *Tendenze all'unificazione normativa nel diritto pubblico tardo-repubblicano*, cit., pp. 175-176. Cfr. G. VALDITARA, *Leges e iurisprudencia fra democrazia e aristocrazia*, in *SDHI* 80, 2014, pp. 48 e ss. Sono da tenere in considerazione, sotto questo profilo, la pubblicazione degli *acta senatus*, quale primo atto compiuto da Cesare nel suo primo consolato (Svet. *Div. Iul.* 20, 1), e, in particolare, l'opera di Aulo Ofilio – «*Caesari familiarissimus*» (D. 1, 2, 2, 44) – che per primo tentò una 'composizione' dell'editto pretorio (Pomponio in D. 1, 2, 2, 44: «*edictum praetoris primus diligenter composuit*). Come è stato notato – G. VALDITARA, *Leges e iurisprudencia fra democrazia e aristocrazia*, in *SDHI* 80, 2014, p. 53 e n. 243 – nell'opera ofiliana «è evidente un intento codificatorio dell'editto che ben si coniuga con i progetti di Cesare di realizzare la prima codificazione dello *ius civile*», anche in ragione del ricorrere nelle fonti dell'uso dello stesso verbo «*componere*» riguardo all'opera di 'codificazione' dell'editto compiuta da Salvio Giuliano (Const. *Tanta* 18; Aur. *Vict. de Caes.* 19, 1; Eutr. *brev.* 8, 17; Hier. *Chron.* 146). Sul punto più cauti G. FALCONE, *Ofilio e l'editto*, in *Labeo* 42, 1996, p. 101 e P. CERAMI, *Il sistema ofiliano, in La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Atti del convegno (Napoli, gennaio-novembre 1996), Napoli 1998, pp. 104 e ss.

²⁹⁰ F. CASAVOLA, *Cicerone e Giulio Cesare tra democrazia e diritto*, in G. G. ARCHI (a cura di), *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana*, Atti del Seminario (Firenze, 27-28 Maggio 1983), Milano 1985, pp. 281 e ss.

²⁹¹ Per G. VALDITARA, *Leges e iurisprudencia fra democrazia e aristocrazia*, in *SDHI* 80, 2014, pp. 48 e ss. vi sarebbe un'opposizione fra «democrazia» – di cui è espressione la *lex* – e «aristocrazia» – di cui è alfiere la *iurisprudencia* – nei diversi mezzi, proposti rispettivamente da Cesare e Cicerone, nel perseguire il comune obiettivo della certezza del diritto.

²⁹² Come si vedrà a breve, risultano interessanti ai nostri fini le ipotesi prospettate da autori come Casavola di poter intravedere nella sistematica dei *libri tres iuris civilis* di Masurio Sabino «un'eco storica» del «non avvenuto» compimento – perché a noi non pervenuto, ma che probabilmente ebbe una definitiva e completa stesura, almeno sotto la veste di 'linee programmatiche', nel *liber de iure civili in artem redigendo* consultato da Aulo Gellio secondo la sua testimonianza riportata nelle *noct. Att.* 1, 22, 7 – del «libro elementare di Cicerone» (F. CASAVOLA, *Cicerone e Giulio Cesare tra democrazia e diritto*, cit., p. 291. *Contra* F. BONA, *L'ideale retorico ciceroniano e l'ars iuris civilis*, cit., p. 381, secondo il quale l'opera di Cicerone non godette di molto successo tra i giuristi; in questo senso anche A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*², cit., p. 166).

²⁹³ Per tutti, M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., *passim*.

di custodia e mediazione conoscitiva del 'contenuto' delle clausole formulari dall'elevata carica
valoriale come l'«*ex fide bona*».

**C) NERAZIO E L'«INTERPRETATIO BONAE FIDEI» AFFIDATA AI GIURISTI
(LIBRO TERTIO MEMBRANARUM IN D. 2, 14, 58).**

L'impostazione ciceroniana testé ricostruita è perfettamente contigua a quella neraziana, in quanto il più generale convincimento circa la «certezza-conoscibilità» del giurista proculiano più sopra enucleato risulta perfettamente in armonia con quanto da lui espresso in tema di *bonae fidei iudicia*.

Nerazio – che dava importanza al momento interpretativo del diritto, enfatizzandone spesso la necessità dell'indirizzo indicato dal giureconsulto (D. 2, 11, 14 «*interpretemur*»; D. 25, 1, 15: «*interpretandum est*»; D. 40, 7, 17 «*interpretari debemus*»; D. 41, 10, 5, 1 «*interpretandum est*»; D. 50, 5, 4 «*interpretanda eris*») – in D. 2, 14, 58 pronuncia un *unicum* nelle fonti giuridiche a noi pervenute, accostando l'*interpretatio* alla *bona fides*:

Nerazio *libro tertio membranarum* in D. 2, 14, 58: «Ab emptione venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est. Aristoni hoc amplius videbatur, si ea, quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitisses et cum tu mihi pretium deberes, convenisset mihi tecum, ut rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitisses, pretium mihi non dares tuque mihi ea praestitisses: pretium te debere desinere, quia *bonae fidei*, ad quam omnia haec rediguntur, *interpretatio* hanc quoque conventionem admittit. nec quicquam interest, utrum integris omnibus, in quae obligati essemus, conveniret, ut ab eo negotio discederetur, an in integrum restituis his, quae ego tibi praestitisses, consentiremus, ne quid tu mihi eo nomine praestares. illud plane conventionem, quae pertinet ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest, ut tu quod iam ego tibi praestiti contra praestare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituentur».

Al di là del tema specifico trattato nel frammento anche da Aristone – risoluzione del contratto di compravendita (e delle «*ceterisque similibus obligationibus*») per mutuo consenso nonostante l'avvenuto adempimento di una delle due obbligazioni²⁹⁴ – la «*bonae fidei interpretatio*» qui esposta da Nerazio richiama la «concezione romana della *bona fides*» quale «schema concettuale che, come tutto il diritto, è oggetto dell'*interpretatio*» dei giuristi, i quali lo ricavano «dalla natura dei rapporti interindividuali, nella struttura che essi hanno assunto nella società»,

²⁹⁴ Su cui si vedano le divergenti interpretazioni di G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, in *Studi Urbinati*, I, 3-4, 1927, pp. 29-69; II, 1-2, 1928, pp. 1-33, ora in *Scritti storico giuridici*, III, Torino 2001, pp. 1 e ss. spec. 17 e ss. e R. KNÜTEL, *Contrarius consensus. Studien zur Vertagauflösung im römischen Recht*, Köln-Graz 1968, pp. 116 e ss. Su quest'ultimo, si veda la recensione critica sempre di G. GROSSO, *Recensione a R. KNÜTEL, Contrarius consensus. Studien zur Vertagauflösung im römischen Recht*, Köln-Graz 1968, in *SDHI* 34, 1968, pp. 403 e ss., ora in *Scritti storico giuridici*, IV, Torino 2001, pp. 621 e ss.

svolgendo così quella «fondamentale opera di ‘mediazione’ che viene nitidamente scolpita» da Pomponio in D. 1, 2, 2, 13²⁹⁵.

È stato posto in risalto anche un «doppio profilo» che emergerebbe da D. 2, 14, 58, dove la *bona fides* oltre che «oggetto» dell'*interpretatio* sembrerebbe essere anche il «criterio» dell'interpretazione del caso prospettato dal giurista traiano, ovvero l'attribuzione di efficacia – e quindi di rilevanza nella fase *apud iudicem* – al *contrarius consensus* di una *res secuta*: infatti, sembrerebbe che «a decidere l'ammissibilità dell'accordo non [sia] la *bona fides* 'in persona', ma gli stessi *prudentes* che l'hanno invocata quale principio regolatore della fattispecie cui il *contrarius consensus* inerisce»²⁹⁶.

Appare emergere allora – anche in riferimento alla *bona fides* – l'impostazione, a quanto pare ricorrente nella teorica neraziana, che vede primariamente²⁹⁷ nell'*interpretatio prudentium*²⁹⁸

²⁹⁵ M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., p. 103 n. 290, il quale anche qui – come si è visto *supra* cap. III § 2.C – accoglie l'«illuminante correzione» al testo pomponiano di V. SCIALOJA, *Due critiche alle pandette Lib. I*, cit., pp. 367-368. Sul punto, si veda anche il già citato A. GUARINO, *Tagliacarte*, cit., p. 392 il quale affermava che l'opera di *interpretatio iuris* scolpita da Pomponio consistesse esattamente nella «intermediazione tra il *ius* e il cittadino».

²⁹⁶ E. STOLFI, *Bonae fidei interpretatio. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli 2004, p. 43.

²⁹⁷ Questo rivendicare a sé – e cioè al ceto dei giuristi – il compito di individuazione dei contenuti dell'«*ex fide bonae*» formulare sembra resistere fino a Papiniano che ricorda in D. 17, 1, 54 *pr.* che «*placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam*», se si opta per la traduzione di «*prudentioribus*» con «i migliori giuristi», proposta in S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, III, cit., p. 293.

²⁹⁸ L'«*interpretatio bonae fidei*» (*libro secundo membranarum* D. 2, 14, 58) è a tutti gli effetti «*interpretatio iuris* e non «*facti*» (D. 22, 6, 2). La *fides bona* è infatti espressione dello *ius*, come è stato chiaramente posto in luce da F. VALLOCCHIA, *Appunti su bonum et aequum e conventio-consensus tra ius e societas*, cit., p. 4 in ragione della circolarità espressa nelle fonti giurisprudenziali tra *fides bona*, *bonum et aequum* e *ius*. A. BURDESE, *Note sull'interpretazione in diritto romano*, cit., p. 200, commentando il frammento di Nerazio riportato in D. 22, 6, 2 («*In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debeat, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat*»), sulla distinzione tra *interpretatio iuris* e *facti*, mi sembra ricondurre la prima principalmente ai giuristi e la seconda al giudice. Mi sento in parte di dissentire sul punto, in particolare dalla medesima impostazione di A. CARCATERRA, *Facti interpretatio nella epistemologia di Nerazio* (D. 22, 6, 2), cit., pp. 36 e ss., il quale, a tal proposito, ha sostenuto che l'*interpretatio iuris* consista per Nerazio in un procedimento «deduttivo» e l'*interpretatio facti* in un procedimento «induttivo». Partendo dal presupposto che il sintagma «*interpretatio facti*» non si ripete altrove nelle fonti, credo che, se il fine dell'*interpretatio* del *factum* debba considerarsi la sua *scientia* (di cui l'«*ignorantia*» ne rappresenta il fallimento), è possibile dedurre – dal senso che altrove i giuristi attribuiscono alla «*ignorantia*» del *factum* – il significato che probabilmente Nerazio intendeva conferire all'«*interpretatio facti*». Con l'«*ignorare*» un «*factum*» i giuristi (Pomponio in D. 22, 6, 3-4; Papiniano in D. 22, 6, 8; Ulpiano in D. 22, 6, 6; Paolo in D. 22, 6, 9 *pr.*) sembrano voler intendere il «non conoscerne l'esistenza». Quindi «*interpretari*» un «*factum*» potrebbe voler dire «accertare», «ricostruire» un fatto e non il trarre conseguenze giuridiche dal fatto tramite il «metodo induttivo» («qualificazione giuridica del fatto» p. 50 n. 21). L'«*interpretatio facti*» riguarda sì l'attività istruttoria e probatoria (A. CARCATERRA, *Facti interpretatio nella epistemologia di Nerazio* (D. 22, 6, 2), cit., p. 49), ma proprio per questo non il «metodo induttivo». Il c. d. «giudizio di fatto» (A. NASI, *Giudizio di Fatto*, in ED XVI, Milano 1967, pp. 967 e ss.; T. TOZZI, *L'evoluzione del giudizio di fatto nel processo romano*, in *Riv. dir. proc.*, 1940, pp. 140 e ss.) – che Carcaterra affianca all'*interpretatio facti* – nulla mi sembra avere a che fare con i procedimenti induttivo e deduttivo. Anzi – come si vedrà meglio *infra* nel testo – in D. 25, 1, 15 Nerazio qualifica come «*aestimare*»

l'opera di delimitazione e circoscrizione («*finire*») dell'efficacia giuridica («*ius*»), e delle connesse conseguenze processuali, dei 'valori' del sistema di cui si fa veicolo – anche e soprattutto – l'«*ex fide bonae*» formulare.

Seppur con le difficoltà connesse all'«*in universum definire*» dell'interprete, che in più occasioni deve cedere il passo all'«*aestimare per singula*» dello *iudex*²⁹⁹, per Nerazio è sempre il giurista a indicare al giudice i criteri per giungere alla decisione giudiziale nel caso concreto. Mi riferisco alle considerazioni di Nerazio, espresse proprio in relazione a un *bonae fidei iudicium* – un'*actio rei uxoriae* nel caso di specie – dove il giurista qualifica come «*interpretare*» l'attività esplicantesi nell'elaborazione dottrinale – e quindi giurisprudenziale – di una «*distinctio*» fra due tipologie di spese deducibili o meno dalla *res dotalis*, entro le quali lo *iudex* dovrà 'sussumere' («*aestimare*») quelle presentate nel caso sottoposto.

Nerazio *libro secundo membranarum* in D. 25, 1, 15: «Quod dicitur impensas, quae in res dotales necessario factae sunt, dotem deminuere, ita interpretandum est, ut, si quid extra tutelam necessariam in res dotales impensum est, id in ea causa sit: nam tueri res dotales vir suo sumptu debet. alioquin tam cibaria dotalibus mancipiis data et quaevis modica aedificiorum dotalium refectio et agrorum quoque cultura dotem minuent: omnia enim haec in specie necessariarum impensarum sunt. sed ipsae res ita praestare intelleguntur, ut non tam impendas in eas, quam deducto eo minus ex his percepisse videaris. quae autem impendia secundum eam distinctionem ex dote deduci debeant, non tam facile in universum definiri, quam per singula ex genere et magnitudine impendiorum aestimari possunt».

l'operazione consistente nell'inquadramento giuridico dei 'fatti' operato dallo *iudex*, e come «*interpretare*» l'attività consistente nell'elaborazione dottrinale, e quindi giurisprudenziale, di una «*distinctio*» di due categorie giuridiche differenti entro le quali 'sussumere' i 'fatti' presentati al giudice.

²⁹⁹ Simili considerazioni sono addotte da Scevola (in D. 44, 3, 14 *pr.*: «*De accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate*»); da Marciano-Pomponio(-Antonino Pio) (in D. 22, 1, 32 *pr.*: «*Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus oportuno loco non solverit: quod apud iudicem examinabitur: nam, ut et Pomponius libro duodecimo epistularum scripsit, difficilis est huius rei definitio. divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intellegatur, neque constitutione ulla neque iuris auctorum quaestione decidi posse, cum sit magis facti quam iuris*»); da Callistrato(-Adriano) (in D. 22, 5, 3, 2: «*Eiusdem quoque principis [scil. Adrianus] exstat rescriptum ad Valerium Verum de excutienda fide testium in haec verba: "QUAE ARGUMENTA AD QUEM MODUM PROBANDAE CUIQUE REI SUFFICIENT, NULLO CERTO MODO SATIS DEFINIRI POTEST. SICUT NON SEMPER, ITA SAEPE SINE PUBLICIS MONUMENTIS CUIUSQUE REI VERITAS DEPREHENDITUR. ALLAS NUMERUS TESTIUM, ALLAS DIGNITAS ET AUCTORITAS, ALLAS VELUT CONSENTIENS FAMA CONFIRMAT REI DE QUA QUAEERITUR FIDEM. HOC ERGO SOLUM TIBI RESCRIBERE POSSUM SUMMATIM NON UTIQUE AD UNAM PROBATIONIS SPECIEM COGNITIONEM STATIM ALLIGARI DEBERE, SED EX SENTENTIA ANIMI TUI TE AESTIMARE OPORTERE, QUID AUT CREDAS AUT PARUM PROBATUM TIBI OPINARIS"*»). Sul valore da attribuire a «*definitio*» e «*definire*» in queste fonti si veda quanto detto *supra* cap. III § 2.A.

Se per Nerazio l'operazione 'sussuntiva' – che spetta evidentemente allo *index* – tra le due tipologie di spese deducibili o meno dalla *res dotalis* non è possibile determinarla («*definiri*») «*in universum*», ma soltanto valutarla («*aestimari*») «*per singula*», l'esplicazione giudiziale dell'*aequius melius* richiamato dal dettato formulare è ad ogni modo praticabile sempre sulla base di criteri individuati dal giurista stesso («*ex genere et magnitudine impendiorum*»)³⁰⁰.

Per Nerazio, dunque, l'*interpretatio bonae fidei* e la *definitio* delle conseguenze dell'*aequius melius* delle relative *formulae* – con un evidente richiamo al più vasto e generale *ius finitum* – sembrano restare una costante prerogativa del giureconsulto anche di fronte all'esigenza di demandare alla decisione giudiziale la risoluzione degli indefiniti casi concreti.

³⁰⁰ Per A. CORBINO, *Iudicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., pp. 170-171, il «consolidarsi di criteri generali di orientamento» – anche in relazione all'*oportere ex fide bona*, all'*ut inter bonos bene ager et sine fraudatione* dell'*actio fiduciae* o all'*aequius melius* dell'*actio rei uxoriae* – produsse regole che furono intese «se non a definire almeno a sollecitare ambiti più o meno larghi di uniformità ... onde assicurare una qualche prevedibilità e certezza delle decisioni alle quali il giudizio» poteva esporre.

**D) IL TENTATIVO DI ASTRAZIONE IN SABINO (PAOLO LIBRO SESTO AD SABINUM IN D. 17, 2, 38 PR.) E POMPONIO (D. 2, 14, 7, 6; D. 15, 1, 36 ET AL.).
L'ESPRESSIONE «IN OMNIBUS BONAE FIDEI IUDICIIS».**

L'opera di 'mediazione' giurisprudenziale, rivendicata implicitamente da Nerazio nell'esplicazione delle conseguenze giuridiche della *bona fides* o dell'*aequius melius*, è – come si è accennato – sostenuta in via generale anche da Pomponio (D. 1, 2, 2, 13).

Quest'ultimo nelle proprie riflessioni sugli effetti processuali della *bona fides* molto spesso giunge a ipostatizzarne le conseguenze prospettate per il caso concreto tanto da ricondurle a tutti i giudizi di buona fede («*in omnibus bonae fidei iudiciis*» o «*in ceteris bonae fidei iudiciis*»).

Lo sforzo di astrazione circa il portato tecnico-giuridico della *bona fides* in ambito processuale sembra esser stato profuso dal giurista antoniniano probabilmente sulla scorta del «sistema sabiniano»³⁰¹. Questa attitudine si riscontra infatti anche nella giurisprudenza successiva che si è basata sui *libri tres iuris civilis* di Masurio Sabino (oltre Pomponio, anche Paolo e Ulpiano)³⁰².

³⁰¹ Cfr. O. LENEL, *Das Sabinusystem*, Strasburgo 1892, *passim*. Pomponio nel ventiduesimo libro *ad Sabinum*, riportato in D. 16, 3, 12, 1, afferma «[...] *eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei iudiciis* [...]». L'unico passo sabiniano sui *bonae fidei iudicia* è invece quello riportato *infra* nel testo, dove – peraltro sotto forma di citazione indiretta di Paolo nel libro sesto del suo *ad Sabinum* (D. 17, 2, 38, *pr.*) – ritroviamo un'astrazione molto simile a quella enunciata da Pomponio: «*Quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi)*». È nota, infatti, l'impostazione sistematica dei *libri tres iuris civilis* di Masurio Sabino (O. LENEL, *Das Sabinusystem*, cit.; P. FREZZA, *Osservazioni sopra il sistema di Sabino*, in *RISG* 11.2, 1933, pp. 412 e ss.; F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, cit., p. 46 = *Prinzipien des römischen Rechts*, cit., p. 165; F. SCHULZ, *History of roman legal science*², cit., pp. 156 e ss.; A. SCHIAVONE, *La cristallizzazione del ius civile da Quinto Mucio a Sabino*, in *Nozione, formazione ed interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professore Filippo Gallo*, II, cit., pp. 260 e ss. poi più compiutamente in A. SCHIAVONE, *Forme normative e generi letterari. La cristallizzazione del ius civile e dell'editto fra tarda repubblica e primo principato*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Atti del convegno (Napoli, gennaio-novembre 1996), Napoli 1998, pp. 51 e ss.; G. MORGERA, *Studi su Masurio Sabino*, Napoli 2007, pp. 171 e ss.), a cui proprio Pomponio, Paolo e Ulpiano dedicarono le note opere *ad Sabinum*. Nel passo sabiniano citato da Paolo (D. 17, 2, 38 *pr.*) inoltre è presente un'emblematica – e unica – *divisio* dei *bonae fidei iudicia* in *generalia* e *specialia*. Ma R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*², Padova 2001, p. 4 n. 9 e p. 237 n. 186 – come d'altronde già aveva fatto O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., p. 197 – non ritiene possibile decidere con sicurezza se l'opinione espressa in D. 17, 2, 38 *pr.* sia da ricondurre ai *libri iuris civilis* di Sabino o ad altra opera dello stesso autore.

³⁰² Paolo e Ulpiano sembrerebbero però più dipendere dal commento pomponiano che da Sabino stesso (cfr. G. SCHERILLO, *Il sistema civilistico*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, IV, Napoli 1953, pp. 445 e ss.; A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, cit., p. 199). Ad ogni modo, Paolo oltre che nel libro sesto dell'opera *ad Sabinum* (D. 17, 2, 38 *pr.*) sembra riprendere l'astrazione enunciata da Masurio Sabino anche in numerose altre sue opere (D. 16, 3, 29, 1; D. 22, 1, 38, 15; D. 27, 7, 8, 1). E così in Ulpiano nel libro trentesimo *ad Sabinum* (D. 17, 2, 45) troviamo l'espressione «[...] *idemque in omnibus bonae fidei iudiciis dicendum est* [...]», che riprese o formulò in modo analogo («*in ceteris bonae fidei iudiciis*») nei commentari *ad Edictum* (D. 2, 14, 7, 5; D. 22, 1, 34; D. 13, 6, 3, 2) e nei libri *disputationum* (D. 14, 5, 6; D. 24, 3, 21). Nel libro ventottesimo dell'*ad Sabinum* (D. 50, 17, 22, 1) sempre Ulpiano propone un'altra generalizzazione in tema di *bonae fidei iudicia* («*Generaliter probandum est, ubicumque in bonae fidei iudiciis* [...]»). Altro giurista nel quale ritroviamo l'astrazione «*in omnibus bonae fidei iudiciis*» è Papiniano, per

Paolo *libro sexto ad Sabinum* in D. 17, 2, 38 *pr.*: «Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. Quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi)»³⁰³

La ricostruzione sistematica dei *bonae fidei iudicia* in *generalia* e *specialia* operata da Sabino – il quale non esita a estendere il dovere dell'*arbiter* di richiedere la prestazione di *cautiones iudiciales* per le perdite e gli utili futuri in un giudizio *pro socio* a «tutti i giudizi di buona fede» attraverso una peculiare operazione di astrazione dei contenuti dell'*officium iudicis*³⁰⁴ – richiama, anche se solo parzialmente, la *διαίρεσις* di Quinto Mucio Scevola³⁰⁵, il quale – proprio secondo la nota

l'esattezza in un solo frammento (D. 5, 1, 41) estrapolato dall'undicesimo dei *libri quaestionum* (dove è comunque molto frequente il richiamo al pensiero di Sabino: D. 8, 1, 4 *pr.*; D. 10, 3, 28; D. 18, 7, 6 *pr.*; D. 18, 7, 6, 1; D. 26, 7, 37 *pr.*; D. 26, 7, 37, 2; D. 26, 9, 3; D. 35, 1, 71, 3; D. 45, 1, 115, 2; D. 35, 1, 72, 8; D. 35, 1, 72, 7).

³⁰³ I sospetti d'interpolazione condivisi da H. PETERS, *Generelle und spezielle Aktionen*, in *ZSS* 32, 1911, pp. 184 e ss., il quale dedicò uno studio approfondito alle azioni generali e speciali, furono ribaltati da V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949, pp. 23 e ss. e poi in ID., *La società in diritto romano*, Napoli 1950, pp. 186 e ss.; più di recente da G. NICOSIA, *s.v. Gestione di affari altrui (premessa storica)*, in *ED XVIII*, Milano 1969, p. 632 – dove non mette in discussione la genuinità del passo – e da ultimo da G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, I, Napoli 1999, pp. 222 e ss.

³⁰⁴ Cfr. A. M. GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*» e «*officium iudicis*», Milano 1982, su cui vedi R. SANTORO, *Recensione a A. M. GIOMARO, «Cautiones iudiciales» e «officium iudicis»*, cit., in *Labeo* 30.1, 1984, pp. 340 e ss. Sabino sembra dare seguito all'attenzione che – come vedremo – già Quinto Mucio Scevola aveva riposto sul ruolo dello *index* nei *bonae fidei iudicia*. La cura per l'*officium iudicis* in Masurio Sabino è confermata da un noto passo delle *Noctes Atticae* di Aulo Gellio (*noct. Att.* 14, 2, 1 e ss.) dove l'autore del II sec. d. C. prima di indossare le vesti di *index privatus* in un processo formulare – seppur di stretto diritto – ci informa di aver consultato, oltre ai «*libros utriusque linguae de officio iudicis scriptos*» e alla stessa *lex Iulia iudiciorum privatorum*, i commentari di Masurio Sabino, grazie ai quali i giudici sono «*commoniti et adminiculati*» sui doveri dello *index privatus* (su cui si veda P. DE FRANCISCI, *La prova giudiziale a proposito di Gell. N. A. 14, 2*, in *Helikon* 1, 1961, pp. 591 e ss.; D. NÖRR, *L'esperienza giuridica di Gellio (Noctes Atticae XIV 2)*, in *Filellenismo e tradizionalismo nei primi due secoli dell'impero*, Roma 1996, pp. 33 e ss. e J. ZABLOCKI, *Appunti sull'«officium iudicis» nelle «Noctes Atticae»*, in *Au-Delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz*, II, Varsovie 2000, pp. 1115-1126). Questa impostazione – anche se non tutto il «sistema» (G. SCHERILLO, *Gaio e il sistema civilistico*, in *Gaio nel suo tempo*, Napoli 1966, pp. 149-150) – del capo scuola sabiniano potrebbe esser stata seguita da Gaio, il quale nelle sue *Institutiones* quando parla dei *bonae fidei iudicia* lo fa sempre con esplicito riferimento all'*officium iudicis* (Gai. 4, 63: «*Liberum est tamen iudici nullam omnino inuicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae uerbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conueniens uidetur, ideo officio eius contineri creditur*» e 4, 114: «*[...] de bonae fidei autem iudiciis idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis [...]*»). Cfr. quanto notato già da F. P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I, Lipsia 1896, pp. 364-367 («*Gaius in Institutionum commentariis diserte de officio iudicis scripsit*»). Sull'attenzione manifestata dai giuristi del II sec. d. C. sulla definizione dei limiti dell'*officium iudicis* – attenzione che sicuramente investe il profilo della «sicurezza-prevedibilità» e su cui purtroppo non è possibile qui insistere – si veda da ultimo E. STOLFI, *Immagini di «officia» e compiti magistratuali nell'elaborazione della giurisprudenza antoniniana*, in ID. (a cura di), *Giuristi e officium. L'elaborazione giurisprudenziale di regole per l'esercizio del potere fra II e III secolo d. C.*, Napoli 2011, pp. 26 e ss.; circa i *bonae fidei iudicia* spec. p. 29 n. 83.

³⁰⁵ In D. 17, 2, 38 *pr.* infatti manca del tutto la dialettica tra «classe superiore» (*genus*) e «classe inferiore» (*species*), e anzi la qualificazione di *generalis* e *specialis* «vuole soltanto enucleare la diversa portata

testimonianza di Pomponio (D. 1, 2, 2, 41) – «*ius civile primus constituit generatim*». Può allora non apparire un caso – come è stato oltretutto già notato³⁰⁶ – che il giurista antoniniano sia stato l'unico giurista in assoluto ad aver composto commenti sia a Quinto Mucio – di cui tiene a specificare l'innovativo studio per *genera* e *species* nell'esposizione della *successio prudentium* – sia a Sabino – di cui viene enfatizzato l'ottenimento dello *ius respondendi ex auctoritate Tiberii* (D. 1, 2, 2, 48) – forse affascinato dalla sistematica e dall'astrazione presenti nelle opere dei due giuristi precedenti³⁰⁷ e – perché no – consapevole della loro utilità nel rendere più certo, e quindi più conoscibile, lo *ius civile* e con esso le conseguenze dei *bonae fidei iudicia*.

I dubbi di alterazione delle locuzioni «*in omnibus bonae fidei iudiciis*» e «*in ceteris bonae fidei iudiciis*»³⁰⁸, utilizzate da Pomponio e peraltro già presenti in Cicerone³⁰⁹, ritengo possano cadere,

dei *iudicia*, indipendentemente gli uni dagli altri» (M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano*, Roma 1977, p. 286 n. 771).

³⁰⁶ A. SCHIAVONE, *La cristallizzazione del ius civile da Quinto Mucio a Sabino*, cit., p. 264. Cfr. A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, cit., pp. 49 e ss.

³⁰⁷ Sebbene Sabino sia «biograficamente lontano da ogni idealità aristocratica» – tanto da poter essere brillantemente definito «l'autentico anti Labeone del I secolo» (A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*², cit., p. 298; ID., *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, cit., p. 199; P. STEIN, *Sabino contro Labeone: due tipi di pensiero giuridico romano*, in *BIDR* 19, 1977, pp. 55 e ss.) – e quindi nonostante debbano essere considerate differenti le motivazioni di fondo, soggettive e contingenti, del loro operato (G. VALDITARA, *Leges e iurisprudencia fra democrazia e aristocrazia*, in *SDHI* 80, 2014, pp. 58 e ss.), è possibile rintracciare un unico intento sistematizzante, già presente in Quinto Mucio e poi, appunto, in Labeone (G. SCHERILLO, *Il sistema civilistico*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, IV, Napoli 1953, pp. 445 e ss.; ID., *Gaio e il sistema civilistico*, in *Gaio nel suo tempo*, Napoli 1966, pp. 147 e 149-150), che in Sabino vede acquistare centralità una «compiutezza descrittiva fondata sulla *brevitas*» e una nuova nozione di «*regula*» (Paolo in D. 50, 17, 1; cfr. A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, cit., p. 200).

³⁰⁸ C. LONGO, *Sopra alcune generalizzazioni giustiniane in materia di giudizi di buona fede*, in *Studi Senesi in onore di Luigi Moriani*, Siena 1905, citato dall'estratto Torino 1905, pp. 3 e ss.; G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, in *Studi Urbinati*, I, 3-4, 1927, pp. 29-69; II, 1-2, 1928, pp. 1-33, ora in *Scritti storico giuridici*, III, Torino 2001, p. 22; P. VOCI, *Le obbligazioni romane: corso di Pandette*, Milano 1969, pp. 105 e ss.

³⁰⁹ Cic. *top.* 66 («*In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum [...]*»). E forse anche in Quinto Mucio, secondo quanto emerge da Cic. *de off.* 3, 17, 70 («*[...] Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA [...]*»). La «visione processuale» che emerge dai frammenti contenenti il richiamo alle suddette generalizzazioni e ritenuti interpolati cozza, a mio sommosso avviso, con la tendenza giustiniana a enfatizzare di regola un «profilo sostanziale» della *bona fides* che, anche se risulta accompagnata da una «prospettiva processuale» presente sia nelle *Institutiones* (I. 4, 6, 28-30) sia in alcune costituzioni giustiniane (C. 4, 34, 11; C. 5, 13, 1; C. 3, 31, 12, 3), non si afferma del tutto per via, anche e soprattutto, del rispetto dei «modelli istituzionali classici» da parte di Giustiniano e dei compilatori, come dimostrato recentemente da P. GARBARINO, *Brevi osservazioni in tema di azioni di buona fede in diritto giustiniano*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, II, Padova 2003, pp. 191 e ss. Quindi – per quanto l'espressione «*bonae fidei contractus*» non venga a ragione più considerata esclusivamente giustiniana (come sosteneva invece S. DI MARZO, «*Bonae fidei contractus*», Palermo 1904; *contra* già G. SEGRÉ, *Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno*, in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, VI, Napoli 1906, pp. 366 e ss. n. 2; G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, cit., p. 40) – dovrebbero essere le espressioni giurisprudenziali da cui traspare la visione processuale (come i nostri incisi «*in omnibus bonae fidei iudiciis*») ad aver influenzato il Giustiniano delle *Institutiones* piuttosto che il contrario, nel caso in cui si ipotizzino interpolazioni con riferimenti allo *iudicium bonae fidei* anziché con richiami al *contractus bonae fidei*.

almeno lì dove gli incisi in questione risultino essere citazioni indirette del pensiero di Pomponio da parte di un altro giurista (ad es. Ulpiano *libro quarto ad edictum* in D. 2, 14, 7, 6; Ulpiano *libro secundo disputationum* in D. 15, 1, 36). Perché mai, infatti, i compilatori avrebbero dovuto attribuire proprio a Pomponio – e non invece ad esempio allo stesso Ulpiano che cita il giurista antoniniano – l’inciso «*in ceteris bonae fidei iudiciis*» in più di un frammento?

Ulpiano *libro quarto ad edictum* in D. 2, 14, 7, 6: «Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione *ceterisque bonae fidei iudiciis* re nondum secuta posse abiri ab emptione. si igitur in totum potest, cur non et pars eius pactione mutari potest? Et haec ita Pomponius libro sexto ad edictum scribit [...]»

Ulpiano *libro secundo disputationum* in D. 15, 1, 36: «[...] nam quod in servo, cui res <fiduciae> [pignori] data est, expressum est, hoc et in *ceteris bonae fidei iudiciis* accipiendum esse Pomponius scripsit [...]»

Inoltre i richiami all’analogo sintagma («*in omnibus bonae fidei iudiciis*») presenti in altri frammenti pomponiani (Pomponio *libro vicensimo secundo ad Sabinum* in D. 16, 3, 12, 1: «[...] *eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei iudiciis* [...]») e gli altri suoi tentavi di astrazione – anche se non espressamente riferiti ai *bonae fidei iudicia* (e contenuti oltretutto proprio nelle due opere di commento a Quinto Mucio e a Sabino: *libro trigesimo sexto ad Quintum Mucium* in D. 44, 7, 57: «*In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit [...] nihil valet quod acti sit [...]*»; *libro quinto ad Sabinum* in D. 50, 17, 14: «*in omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur*»³¹⁰) – potrebbero fugare i sospetti di interpolazione e anzi prospettare una tendenza del nostro giurista all’astrazione, posta a garanzia di una maggiore certezza del contenuto dello *ius*³¹¹ e, nello specifico, della clausola formulare «*ex fide bona*» sull’esempio di Quinto Mucio e Sabino³¹².

³¹⁰ Nonché in Ulpiano *libro quadragensimo primo ad Sabinum* in D. 16, 3, 11: «[...] *idemque et in omnibus debitoribus servandum Pomponius scribit*».

³¹¹ Cfr. G. NOCERA, *Sul significato del normativismo e delle codificazioni nell’esperienza giuridica romana*, cit., p. 9 che vedeva nell’«astrazione» della «norma dalle circostanze dei casi» un riconoscimento al diritto della «forza della certezza», «tanto per le situazioni in atto quanto per le previsioni del futuro». Vedi anche le note riflessioni sull’«astrazione» in F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, cit., pp. 34 e ss. = *Prinzipien des römischen Rechts*, cit., pp. 27 e ss.

³¹² E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, Milano 2001, p. 176 ipotizza, sulla base di alcune testimonianze indirette (tra cui D. 19, 1, 32 dove il giurista antoniniano avrebbe fatto oggetto di sua riflessione un’ipotesi di compravendita conclusa mediante pesatura ma nell’ambito dell’indagine sull’*actio de dolo*), che Pomponio nel suo commentario avesse ripercorso la disciplina dei quattro contratti consensuali ‘principi’ non solo a commento del titolo dell’editto ‘*De iudiciis bonae fidei*’. Questo interessante rilievo potrebbe giustificare una tendenza del nostro giurista ad astrarre e ipostatizzare i

L'«arte sistematica» dei giuristi – più accentuata in alcuni, meno praticata da altri – non sembra dunque aver ceduto il passo nemmeno in tema di *bonae fidei iudicia*. Tutto ciò potrebbe allora indurci ad avallare il convincimento espresso da alcuni autorevoli studiosi³¹³ – nonostante la comune e tralattiva esaltazione del *liberum officium iudicis* nei *bonae fidei iudicia* – secondo il quale anche in tema di *interpretatio bonae fidei* la *iuris prudentia* «mai si sottrasse al ruolo di guida e di elemento ordinante delle varie concretizzazioni giudiziali» della *fides bona*³¹⁴.

Alla luce di quanto più compiutamente esposto nella parte generale di questo capitolo, credo sia dunque possibile dedurre che – (anche) in modo specifico nell'ambito tutto peculiare dei *bonae fidei iudicia* – la ‘mediazione’ giurisprudenziale in punto di «certezza-conoscibilità» del sistema – sotto forma di attività rispondente e di pratica della scienza sistematica – non abbia trovato nella storia del pensiero giuridico romano una zona d'ombra, un fronte scoperto da demandare allo *index* dei giudizi di buona fede.

contenuti della disciplina dei contratti tutelati da *bonae fidei iudicia* ponendosi anche al di là dei testuali richiami effettuati dal pretore nell'editto.

³¹³ M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., *passim*.

³¹⁴ R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema³, cit., p. 48.

**E) LE USURAE EX OFFICIO IUDICIS: UN POSSIBILE INTERVENTO
IMPERIALE VOLTO A RENDERE PIÙ CERTA UNA DELLE «CONSEGUENZE» DEI
BONAE FIDEI IUDICIA (PAPINIANO LIBRO NONO QUAESTIONUM IN D. 16, 3, 24).**

Tutte le «conseguenze»³¹⁵, che discendono implicitamente dal dettato formulare di un *bonae fidei iudicium* e che ne allargano – come vedremo (*infra* cap. V § 3.C) – l'*officium* del giudice, sembrerebbe che siano state maturate – come tradizionalmente si afferma³¹⁶ – dai giureconsulti romani, in perfetta armonia con il ruolo di ‘mediatori’ nella «conoscibilità» dello *ius* e della *fides bona* appena rilevata. Infatti, si riconosce che queste «conseguenze» siano derivate dall’interpretazione giurisprudenziale della clausola di buona fede e quindi «*sine lege*» (Cic. *de off.* 3, 15, 61)³¹⁷.

Qualche riserva mi sentirei però di avanzare per una di queste: le *usurae ex officio iudicis*.

Come è noto³¹⁸, dalle fonti – Papiniano in D. 36, 1, 60 *pr.*; Paolo in D. 19, 2, 54 *pr.*; Ermogeniano in D. 19, 1, 49, 1 – emerge una netta distinzione fra *usurae ex obligatione* e *usurae ex officio iudicis*. Paolo nel quinto libro *responsorum* (D. 19, 2, 54 *pr.*) afferma emblematicamente che «*usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur quam ex officio iudicis applicentur*».

Questa «conseguenza» dei *bonae fidei iudicia* – l’applicazione delle *usurae* che, al di là delle singole cause³¹⁹, non rientrano in un’autonoma *obligatio (verbis contracta)* e pertanto non sono

³¹⁵ L’espressione è di A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, pp. 119 e ss.

³¹⁶ Per tutti si veda M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell’ordinamento*, cit., pp. 1 e ss.

³¹⁷ Sull’interpretazione corretta di Cic. *de off.* 3, 15, 61 («[...] *Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adolescentium lege Plaetoria et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona* [...]») si veda da ultimo R. FIORI, ‘*Ius civile*’, ‘*ius gentium*’, ‘*ius honorarium*’: il problema della «recezione» dei ‘*iudicia bonae fidei*’, in *BIDR* 101-102, 1998-1999, p. 190 n. 111 e ID., *Storicità del diritto e problemi di metodo. L’esempio della buona fede oggettiva*, in L. GAROFALO (a cura di), *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, Atti del convegno (Padova, 25-26 novembre 2005), Napoli 2007, pp. 40-41 (ma già P. DE FRANCISCI, *Iudicia bonae fidei, editti e formulae in factum*, in *Studi Senesi* 24, citato dall’estratto Torino 1907, p. 5 n. 1; A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., p. 8 n. 11), secondo il quale qui Cicerone non affermerebbe che i *iudicia bonae fidei* esistono *sine lege* (così A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris 1954, pp. 42 e ss.), ma che in essi il dolo è punito *sine lege*.

³¹⁸ C. FADDA, *Le usurae quae officio iudicis praestantur*, in *RISG* 2, 1886, pp. 366-367 e in *RISG* 3, 1887, pp. 3 e ss.; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XXII, Milano 1906, pp. 30 e ss.; G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle ‘usurae’ c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, pp. 3-4; U. BRASIELLO, *s.v. Usura (diritto romano)*, in *NNDI* XX, Torino 1975, p. 369; G. CERVENCA, *Usura a) diritto romano*, in *ED* XLV, Milano 1992, p. 1125;

³¹⁹ Fra le «svariate cause delle *usurae*» (G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle ‘usurae’ c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, p. 4 n. 11) che emergono dalle fonti, trovano un posto principale le *usurae «ex mora»* (o «*post moram*» o «*ex die moram*»: c. d. ‘legali moratorie’), le *usurae ex pacto* (c. d. ‘volontarie’) e quelle dovute «*ex conversione in usus suos*» («che si verifica allorché taluno usa a proprio vantaggio, senza esserne stato autorizzato, l’altrui denaro affidatogli per motivi di custodia o di amministrazione»). Dunque, da un lato, la *stipulatio* – e la conseguente *actio ex stipulatu* – e, dall’altro, l’*officium iudicis-arbitri* – nell’ambito dell’esperita *actio bonae fidei* – si presentano entrambi quali strumenti a ‘causa astratta’ finalizzati a ottenere le diverse fattispecie di *usurae (ex mora, ex pacto, ex conversione in usus suos* e così via).

necessariamente esigibili tramite un'apposita *actio (ex stipulatu)*³²⁰ – viene espressamente ancorata all'*officium*³²¹ del giudice nell'ambito dell'azione di buona fede concessa per il capitale.

Questo potere del giudice – non espressamente previsto nel dettato testuale – credo possa trovare un fondamento nella normativa imperiale.

Infatti, secondo una nota testimonianza di Papiniano (*libro nono quaestionum* in D. 16, 3, 24)³²², una o più costituzioni imperiali (*«est constitutum»*) avrebbero stabilito che, nei *bonae fidei*

Il parallelo testimoniato da Papiniano in D. 16, 3, 24 e – come vedremo *infra* – da Paolo in D. 3, 5, 6 non è tra «arbitrio del giudice» e «volontà delle parti espressa tramite *stipulatio*» (G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle 'usurae' c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, p. 227), ma – in una sorta di comparazione a «chiasmo» – tra «*officium arbitri*» nella già esperita *actio bonae fidei*, da un lato, e «*stipulatio*» da cui dipende il successivo esperimento dell'*actio ex stipulatu*, dall'altro. A ciò va aggiunto che le *usurae* c. d. 'volontarie' – stabilite dalle parti tramite semplice patto aggiunto in rapporti tutelati *ex fide bona* – rientrano sempre tra le *usurae quae officio iudicis praestantur* (cfr. C. FADDA, *Le usurae quae officio iudicis praestantur*, in *RISG* 2, 1886, pp. 366-367 e in *RISG* 3, 1887, pp. 3 e ss. e G. CERVENCA, *Usura a) diritto romano*, in *ED XLV*, Milano 1992, p. 1125, il quale ricorda che la distinzione romana fra *usurae in obligatione* e *usurae quae officio iudicis praestantur* «non coincide affatto con quella fra interessi convenzionali e legali»; sembra invece sovrapporre le due distinzioni U. BRASIELLO, *s.v. Usura (diritto romano)*, in *NNDI XX*, Torino 1975, p. 369).

³²⁰ G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle 'usurae' c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, p. 4.

³²¹ Il riferimento all'*officium* anziché all'*arbitrium* avrebbe, a mio avviso, uno specifico senso. Infatti, sempre Papiniano nel libro secondo *quaestionum* riportato in D. 22, 1, 1 *pr.*, quando discorre del *modus usurarum*, utilizza il termine *arbitrium*, che comunque non tarda a circoscrivere indicando il *mos regionis* come limite del *quantum*: «*Cum iudicio bonae fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur, ita tamen, ut legi non offendantur*». Lo stesso si evince dal frammento, tratto dal libro terzo *responsorum* di Papiniano, riportato in *Vat. frg.* 2: «*Usurae venditori post traditam possessionem arbitrio iudicis praestantur; ante traditam autem possessionem emptori quoque fructus rei vice mutua praebere necesse est: in neutro mora considerabitur*». Nella parte di D. 16, 3, 24 riportata *supra* nel testo, il giurista severiano credo abbia manifestato la propria intenzione, non tanto di indicare la 'valutazione' del giudicante (come in D. 22, 1, 1 *pr.*: «*arbitrio iudicis*»), quanto il potere del giudice riconosciuto da *constitutiones* imperiali («*officium arbitri*»). Cfr. G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle 'usurae' c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, pp. 224 e 251 e ss. spec. n. 83 dove ritiene che il *mos regionis* sia inteso come «imitazione dell'*officium iudicis*», piuttosto che come criterio direttivo per l'*arbitrium iudicis* (come sostenuto invece da A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., pp. 142 e ss.). Sebbene nella seconda parte del frammento («*[...] sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur*») Papiniano abbia chiaramente intenzione di precisare i limiti della discrezionalità del giudice nella quantificazione delle *usurae*, ancorando l'*arbitrium* – di cui è 'spia' il genitivo «*arbitri*» – al rispetto dei divieti relativi alle *usurae* convenzionali (A. CHERCHI, *Ricerche sulle 'usurae' convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli 2012, pp. 88 e 175 e ss.), alla luce della combinata lettura di D. 22, 1, 1 *pr.* (Papiniano *libro secundo quaestionum*) e D. 16, 3, 24 (Papiniano *libro nono quaestionum*), credo sia plausibile che Papiniano abbia voluto più che altro enfatizzare la circostanza per cui la o le costituzioni imperiali investirono il giudice di un potere che andava ad arricchire il suo «*officium*».

³²² Ma la testimonianza papiniana – riferita non tanto all'*an* delle *usurae* in un *bonae fidei iudicium (ex mora, ex pacto, ex conversione in usus suos, post moram etc.)* né tantomeno al *quantum*, ma piuttosto al *quomodo (ex officio iudicis e non ex obligatione, quindi non con autonoma actio ex stipulatu)* – non è del tutto isolata e trova parziali conferme altrove. Innanzitutto in Paolo, il quale, nel nono libro *ad edictum* in D. 3, 5, 6 – nell'ambito di riflessioni concernenti l'*actio negotiorum gestorum* –, ribadisce il principio: «*Quia tantundem in bonae fidei iudicis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio*», senza però ricondurlo – almeno secondo la *recensio* del frammento a noi tramandata dai compilatori – a un «*constituere*». Invece, con riferimento specifico al giudizio di mandato e di gestione d'affari altrui, Ulpiano – rispettivamente in D. 17, 1, 12, 9 e in D. 22, 1, 37 – riconduce alla legislazione imperiale l'individuazione del criterio per il *quantum* nell'applicazione delle *usurae* in un *bonae fidei iudicium (l'aequum*

iudicia, il giudice potesse applicare, al di là delle differenti cause, le *usurae ex officio suo*, come se fosse stato investito della questione tramite un'autonoma *actio ex stipulatu*.

Papiniano *libro nono quaestionum* in D. 16, 3, 24: «[...] Et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio [...]»

et bonum per il mandato nel libro trentunesimo *ad edictum* in D. 17, 1, 12, 9: «[...] non dubito debere eum mandati iudicio et usuras consequi. et (ut est constitutum) totum hoc ex aequo et bono iudex arbitrabitur» – che trova conferma in D. 27, 7, 4, 2; il *mos regionis* per la *negotiorum gestio* nel libro decimo *ad edictum* in D. 22, 1, 37: «Et in contraria negotiorum gestorum actione [...] puto verum [...] debere dici usuras venire, eas autem, quae in regione frequentantur, ut est in bonae fidei iudiciis constitutum: [...]». Trifonino, invece, nel secondo libro *disputationum* riportato in D. 3, 5, 37 – anch'esso argomentando circa il *quantum* degli interessi da chiedersi con l'*actio negotiorum gestorum* – afferma che «quoniam ubi quis eius pecuniam, cuius tutelam negotiave administrat, aut magistratus municipii publicam in usus suos convertit, maximas usuras praestat, ut est constitutum a divi principibus». Sulla legislazione imperiale in tema di *usurae* si vedano G. CASSIMATIS, *Les intérêts dans la législation de Justinien et dans le droit byzantin*, Paris 1931; J. STRAUB, *Le leggi di Severo Alessandro in materia di usura*, in *Atti del colloquio patavino sulla Historia Augusta*, Roma 1963; M. G. BIANCHINI, *La disciplina degli interessi convenzionali nella legislazione giustiniana*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, II, Milano 1982; E. BIANCHI, *In tema d'usura. Canoni conciliari e legislazione imperiale del IV secolo*, in *Atthenaeum* 72, 1984; L. SOLIDORO MARUOTTI, *Note sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, in *Problemi di storia sociale nell'elaborazione giuridica romana*, Napoli 1996; F. FASOLINO, *Studi sulle usurae*, Salerno 2006.

In relazione all'«*est constitutum*» di D. 16, 3, 24³²³, nella dottrina più recente³²⁴ sembra prevalere – a fronte di più rare opinioni di segno opposto³²⁵ – l'indirizzo che esclude nel frammento in questione un riferimento a interventi normativi imperiali, propendendo così per una «regola consolidata»³²⁶ in ambito giurisprudenziale³²⁷. Carcaterra ha d'altra parte ritenuto che i giudici, interpretando l'*oportere ex fide bona*, avessero reso esplicita l'applicazione giudiziale

³²³ Sul passo si veda la ricognizione dettagliata di A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a. C. - metà del III secolo d. C.)*, Napoli 1991, pp. 220 e ss. Sul valore da attribuire in generale al verbo «*constituere*» nella letteratura giurisprudenziale, si vedano anche U. BRASIELLO, *Aspetti innovativi delle costituzioni imperiali. 1. L'aspetto innovativo-interpretativo*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, IV, Milano 1956, pp. 550 e ss.; F. P. CASAVOLA, *Scienza, potere imperiale, ordinamento giuridico nei giuristi del II secolo*, in *Iura* 27, 1976, p. 28; V. GIODICE-SABBATELLI, «*Constituere*»: dato semantico e valore giuridico, in *Labeo* 27.1, 1981, pp. 338 e ss.; G. KLINGENBERG, *Constitutum est in D. 47, 2, 14, 4*, in *RIDA* 46, 1999, pp. 243 e ss.; M. BRETONE, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei* 155, 2008, serie IX, vol. XXIII, fasc. 3 (classe di scienze morali, storiche e filologiche), pp. 779 e 782-783.

³²⁴ Le traduzioni in lingua italiana più recenti del frammento 24 di D. 16, 3 che sono riuscito a reperire sembrano infatti seguire questo indirizzo (R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema³, cit.: «E se anche è stabilito che nei giudizi di buona fede, per quanto riguarda gli interessi, il potere del giudice possa far tanto quanto la *stipulatio*»; A. M. GIOMARO – C. BRANCATI, *Percorsi guidati e metodologia di analisi giuridica*, Fano 2005, p. 261: «ed invero nei giudizi di buona fede per quanto riguarda gli interessi è stabilito che tanto possa il giudice in forza del suo potere discrezionale quanto la *stipulatio*»; G. SANTUCCI (a cura di), *Il sistema aperto del diritto romano: antologia di testi*, Torino 2016, p. 55: «invero è noto che nei giudizi di buona fede, per ciò che riguarda gli interessi, la discrezionalità del giudice fa le veci di una apposita stipulazione»). Anche nelle traduzioni 'ufficiali', italiane e non, sembra prevalere quest'ultima interpretazione: A. D'ORS (a cargo de), *El Digesto de Justiniano*, I, Pamplona 1968, p. 615: «*Y està establecido para los juicios de buena fe [...]*»; A. WATSON (edited by), *The Digest of Justinian*, II, Philadelphia 1985, p. 476: «*And it has, indeed, been laid down [...]*». Più ambigua è quella di G. VIGNALI (a cura di), *Corpo del diritto. Digesto*, II, Napoli 1856, p. 924: «ed in verità fu costituito, che nei giudizi di buona fede [...]». Parla di semplice «principio» senza indicarne la 'fonte' A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a. C. - metà del III secolo d. C.)*, Napoli 1991, p. 222.

³²⁵ Da queste ultime si discostano infatti quella di Giuliano Cervenca in S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, III, Milano 2007, p. 255 («ed invero fu stabilito con costituzione imperiale che nei giudizi di buona fede, per quanto riguarda gli interessi, l'ufficio del giudice possa far tanto quanto l'averli stipulati») e quella di M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*³, cit., p. 470 («invero [...] fu stabilito con costituzione imperiale che nei giudizi di buona fede, per quanto riguarda gli interessi, l'ufficio del giudice possa quanto la *stipulatio*»). Si veda anche L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano 1982, p. 49: «Papiniano, riferendosi al principio espresso in alcune costituzioni imperiali che non ci è dato identificare [...]». La traduzione tedesca di O. BEHRENDTS – R. KNÜTEL – B. KUPISCH – H. HERMANN SEILER (hrsg. von), *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, III, Heidelberg 1999, p. 349 («*Zwar ist für die Klagen nach Treu und Glauben anerkannt, daß, was Zinsen angeht, die Amtspflicht des Richters ebensoviel vermag wie eine Stipulation [durch die rechtsgeschäftlich eine Zinspflicht begründet wird]*») utilizza il generico verbo «*anerkennt*», specificando però in nota che «*möglicherweise*» ciò sia avvenuto «*durch Konstitution des Antoninus Pius*», sulla base di D. 3, 5, 6 (da collegare per i traduttori con il precedente D. 3, 5, 5, 14); D. 22, 1, 32 *pr.*-2 e D. 22, 1, 37. Sulla plausibilità di questo collegamento vedi *infra* nel testo.

³²⁶ R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema³, cit., p. 54: «[...] si riconosca la presenza nei giudizi di buona fede di una regola consolidata [...]»; R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano fra natura contractus e forma iuris*, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli 2008, p. 58 «si vuole includere dentro una prospettiva di sistema la regola consolidata [...]».

³²⁷ Questa tesi è corroborata dal silenzio di Cirillo, su un eventuale intervento imperiale, nei *Basilicorum libri* 13, 2, 24 (ed. Heimbach, Leipzig 1846, II, p. 52).

delle *usurae*, in quanto anch'essa «conseguenza» implicitamente prevista dal dettato formulare³²⁸.

Già in Noodt³²⁹ si sostiene invece che l'«*est constitutum*» sottenda un intervento normativo imperiale, riconducibile nello specifico ad Antonino Pio, in quanto in Labeone (Pomponio *libro tertio decimo ad Sabinum* in D. 17, 2, 60 *pr.*) e nello stesso Pomponio (*libro sexto ad Quintum Mucium* in D. 50, 16, 121) risulta ancora possibile richiedere gli interessi solo «*sub colore ejus quod interest*»³³⁰ con l'*actio pro socio* ovvero in «*obligatione*» con l'*actio ex stipulatu*³³¹. Si tratterebbe di un rescritto, concernente le *usurae ex mora* nei *bonae fidei iudicia*, emanato dopo la redazione del sesto libro *ad Quintum Mucium* di Pomponio (D. 50, 16, 121)³³² e prima della composizione del terzo

³²⁸ A. CARCATERA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, p. 120: «quelle conseguenze sono implicite [...] nella formula, ed è il *iudex* a renderle esplicite con adeguata opera di interpretazione, che si rivolge [...] al *iudicium* stesso [...], ai termini della formula [...] e del negozio ivi richiamato». In modo specifico sulle *usurae* pp. 139 e ss.

³²⁹ G. NOODT, *De foenore et usuris*, lib. III cap. VI, in *Opera omnia ab ipso recognita, aucta, emendata, multis in locis, atque in duos tomos distributa*, Leida 1735, pp. 243 e ss. spec. p. 244: «*Caeterum quod Labeo [Pomponio in D. 17, 2, 60 pr.], & post eum Pomponius [Pomponio in D. 50, 16, 121], in societate praesertim inchoavit, non directo, sed sub colore ejus quod interest, deinde Principes absolverunt; quum palam jusserunt, ut in omnibus bonae fidei iudiciis circa usuras tantumdem possit Judicis officium, quantum stipulatio. Nec jam conjecturis opus. Minime. Id probat Papinianus l. 24 D. depositi vel contra [D. 16, 3, 24] tam manifeste, ut non magis possit. Nam Constitutionem his allegat verbis, Et est quidem constitutum, in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet, ut tantumdem possit officium arbitri, quantum stipulatio. Papinianus significat, olim usuras non officio Judicis, sed stipulatione, deberi potuisse: verum Constitutionibus esse effectum, ut in bonae fidei iudiciis circa usuras nunc tantumdem possit Judicis officium, quantum olim stipulatio.* [Paolo in D. 3, 5, 6; Ulpiano in D. 22, 1, 37; Ulpiano in D. 17, 1, 12, 9; Marciano in D. 22, 1, 32, 2] [...] *hoc liquet, has usuras non tam naturae actionum bonae fidei, quam Principali Constitutioni, deberi. Quamquam, cui praesertim expensam feram Constitutionem, nondum potui satis ad conjecturam evadere. Suspicio tamen, ejus auctorem esse Divum Pium: apud quem prima mentio usurae, officio Judicis praestandae ex mora cum in bonae fidei iudiciis, tum in legatis & fideicommissis [...]*». G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle 'usurae' c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, pp. 235-236 n. 37 dava però conto di una, almeno così mi sembra, diversa esposizione del pensiero di Noodt, in quanto riassume in questo modo il passo del *De foenore et usuris* testé riportato: «Noodt [...] attribu[iva] appunto a Labeone l'aver introdotto le *usurae officio iudicis* in tema di società. Sostiene il Noodt [...] che sarebbero state le costituzioni imperiali a estendere poi l'obbligo delle *usurae officio iudicis* a tutti i *iudicia bonae fidei*».

³³⁰ G. NOODT, *De foenore et usuris*, lib. III cap. VI, in *Opera omnia ab ipso recognita, aucta, emendata, multis in locis, atque in duos tomos distributa*, Leida 1735, p. 244. Labeone in Pomponio D. 17, 2, 60 *pr.*: «*Socium, qui in eo, quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere Labeo ait, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit moram eum non adhibuisse: sed si aut usus ea pecunia non sit aut moram non fecerit, contra esse: item post mortem socii nullam talem aestimationem ex facto heredis faciendam, quia morte socii dirimatur societas.*».

³³¹ G. NOODT, *De foenore et usuris*, lib. III cap. VI, in *Opera omnia ab ipso recognita, aucta, emendata, multis in locis, atque in duos tomos distributa*, Leida 1735, p. 244. Pomponio in D. 50, 16, 121: «*Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est nova obligatione.*».

³³² Cfr. O. LENEL, *Paligenesia iuris civilis*, II, cit., p. 1246, secondo il quale i libri *ad Quintum Mucium* di Pomponio furono redatti «*sub Antonino Pio*». I libri *ad Sabinum* sarebbero stati scritti sotto Adriano. Invece per G. NOODT, *De foenore et usuris*, lib. III cap. VI, in *Opera omnia ab ipso recognita, aucta, emendata, multis in locis, atque in duos tomos distributa*, Leida 1735, p. 245 già dopo la redazione del tredicesimo libro *ad Sabinum*, Antonino avrebbe emanato la suddetta costituzione.

libro *quaestionum* di Africano (D. 46, 6, 10)³³³, dove è data per certa («*certum est*») la possibilità di richiedere le *usurae ex mora* in uno *iudicium tutelae*.

Mentre per Glück la tesi del Noodt – seppur con le dovute cautele – doveva considerarsi «molto probabile»³³⁴, una prima, anche se non troppo decisa, critica avverso questa congettura traspare già in Savigny e indirettamente in Fadda³³⁵. Oggi siamo al corrente invece di una puntuale contestazione sollevata da un giovanissimo Albertario in un manoscritto inedito curato da Vallocchia e databile al 1907³³⁶, il quale, in uno scritto pubblicato qualche anno dopo, ribadiva la propria opinione considerando interpolato l'«*est constitutum*» di D. 16, 3, 24³³⁷.

Già Hänel³³⁸ aveva invece inserito il frammento papiniano fra le «*leges incertorum Imperatorum ante Caracallam*», senza azzardare attribuzioni a specifici imperatori.

³³³ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., p. 1246, secondo il quale i *libri quaestionum* di Africano furono composti «*sub Hadriano aut, quod maluerim, sub Antonino Pio*». Africano in D. 46, 6, 10: «*Si, posteaquam pupillus ad pubertatem pervenerit, tutor in restituenda tutela aliquamdiu moram fecerit, certum est et fructuum nomine et usurarum medii temporis tam fideiussores eius quam ipsum teneri*».

³³⁴ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XXII, Milano 1906, pp. 37 e ss.: «Il Noodt rese molto probabile l'ipotesi che sia stato *Divus Pius* il primo a sanzionare codesta regola. È anche probabile che l'occasione a stabilirla sia stata offerta dal significato amplissimo della formula *ex fide bona* usata nei *bonae fidei iudiciis*». E. I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, II, Berlin 1871, p. 167 n. 28, nonostante ritenesse che l'affermazione paolina contenuta in D. 3, 5, 6 non fosse affatto «*klar*», reputava a ogni modo che, in ragione dell'analoga asserzione di Papiniano contenente l'«*est constitutum*» in D. 16, 3, 24, si poteva fondatamente ritenere che i giuristi non avessero «inventato» nulla a tal proposito.

³³⁵ F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it. a cura di V. SCIALOJA), V, Torino 1893, p. 522 n. b = *System des heutigen römischen Rechts*, III, Aalen 1981 (2. Neudruck 1841), p. 465 n. b: «Ciò [D. 22, 1, 32, 2; D. 16, 3, 24] non deve interpretarsi nel senso, che gli imperatori abbiano inventato questo principio: esso era soltanto stato riconosciuto anche nei rescritti degli imperatori e per ciò confermato». C. FADDA, *Le usurae quae officio iudicis praestantur*, in *RISG* 2, 1886, p. 368, senza prendere espressamente posizione sulla questione, escludeva – alla luce della distinzione dogmatica fra *usurae ex obligatione* e *usurae ex officio iudicis* – la possibilità di una previsione legislativa sul punto: «Noi affermammo che se una legge prescrivesse il pagamento di interessi, questi ne' giudizi *bonae fidei* sarebbero *in obligatione*. Ma ciò in via ipotetica. Infatti non ci consta, che siavi stata nell'epoca classica una legge di tal fatta».

³³⁶ E. ALBERTARIO, *Manoscritto sulle usurae* (1907), in F. VALLOCCHIA (a cura di), *Un manoscritto inedito di Emilio Albertario sulle 'usurae' nel diritto romano*, Napoli 2016, p. 134: «Il voler indurre che una costituzione vi sia stata dal trovare usato il participio *constitutum* in parecchie leggi è, per un verso, eccessivo: per l'altro errato. Eccessivo, perché la parola non ha sempre un significato preciso, determinato, inevitabile. Errato, perché o le frasi in cui la parola «*constitutum*» si presenta sono interpolate [D. 16, 3, 24; D. 17, 1, 12, 9] o perché la parola stessa non si riferisce all'introduzione degli interessi nei giudizi di b. f., ma al limite loro in questi giudizi [D. 22, 1, 37; D. 3, 5, 37]».

³³⁷ E. ALBERTARIO, *L'uso classico e l'uso giustiniano di extorquere*, in *ZSS* 32, 1911, pp. 307 e ss., ora in *Studi di diritto romano*, VI, Milano 1953, p. 156: «quando questa espressione è, nelle fonti, genuina, allude sempre infatti ad una costituzione imperiale. Ma quando questa allusione speciale quell'espressione non può avere, essa allora è indizio di interpolazione».

³³⁸ G. HÄNEL, *Corpus legum ab imperatoribus Romanis ante Iustinianum latarum*, Leipzig 1857 (ristampa anastatica Aalen 1965), p. 151.

Successivamente – a mio avviso in modo del tutto persuasivo – hanno intravisto nell'«*est constitutum*» di Papiniano un chiaro riferimento a costituzioni imperiali Brasiello³³⁹, Gualandi³⁴⁰ e Cervenca³⁴¹. Quest'ultimo non attribuiva però, ai suddetti provvedimenti imperiali, un carattere innovativo in relazione alle *usurae* nei *bonae fidei iudicia*.

Allo stesso modo, più di recente, Klingenberg³⁴² ha inserito il frammento papiniano fra quei richiami a costituzioni imperiali che «*anderweitig einschlägige Konstitutionen überliefert sind*». Infatti, secondo Klingenberg, i sospetti di interpolazione paventati dalla dottrina più risalente in riferimento ai frammenti sulle *usurae* nei *bonae fidei iudicia* contengono un riferimento all'«*est*

³³⁹ U. BRASIELLO, *Aspetti innovativi delle costituzioni imperiali. 1. L'aspetto innovativo-interpretativo*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, IV, Milano 1956, pp. 550 e ss.: «Sotto il punto di vista tecnico, Papiniano è in pieno nell'ordine delle costituzioni imperiali [...] Per la regola generale non vi è dubbio che Papiniano si riporti alle costituzioni imperiali». ID., *Problemi di diritto romano esegeticamente valutati*, I, Bologna 1954, p. 68: «[...] *sed est constitutum*, espressione con la quale si allude in modo speciale e tecnico alle costituzioni [...]».

³⁴⁰ G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I, Milano 1963, pp. 269 e 412 inserisce il frammento di Papiniano di D. 16, 3, 24 fra le «citazioni generiche» di legislazione imperiale. ID., *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, p. 14 n. 11 in riferimento a D. 41, 3, 40 – dove Nerazio fa uso dell'espressione «*constitutum est*» – esprime la doverosa cautela con la quale l'interprete deve approcciarsi a espressioni generiche di questo tipo prima di considerarle richiami a norme imperiali.

³⁴¹ G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle 'usurae' c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, pp. 112, 117: «[...] un principio sancito da costituzioni imperiali [...]»; «stando alla precisa testimonianza papiniana, erano state emesse, in età incerta, una o più costituzioni imperiali, [...] ignoriamo il disposto esatto di tale, o di tali costituzioni, non essendoci esse pervenute per altra fonte». Circa la tesi del Noodt invece non riteneva «raggiunta una prova sicura» che le costituzioni citate nei passi ricordati sopra (D. 16, 3, 24; D. 17, 1, 12, 9; D. 22, 1, 37) avessero avuto «carattere innovativo»: «sicché non si può escludere a priori che alla generalizzazione dell'obbligo delle *usurae officio iudicis* a tutti i *iudicia bonae fidei* abbia concorso anche la giurisprudenza» (ID., *Contributo allo studio delle 'usurae' c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, pp. 233-234 n. 34). Ma anche se «non sembra trattarsi in questi casi di costituzioni sostanzialmente innovative rispetto al principio già accolto in materia dalla giurisprudenza», per l'autore (ID., *Contributo allo studio delle 'usurae' c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, p. 238) è da porre l'accento sul fatto che, nei passi citati, «i giuristi, rispettivamente Papiniano e Ulpiano, mostrano di sentire l'esigenza – del resto generalmente diffusa nella giurisprudenza del III secolo – di sottolineare che il principio giuridico enunciato era stato fatto proprio dalla cancelleria del *princeps*».

³⁴² G. KLINGENBERG, *Constitutum est in D. 47, 2, 14, 4*, in *RIDA* 46, 1999, pp. 287 e ss.

constitutum» (D. 16, 3, 24³⁴³, D. 17, 1, 12, 9³⁴⁴ e D. 22, 1, 37³⁴⁵) – sospetti a ogni modo maturati per lo più per altri motivi – possono cadere in quanto «*Parallelbelege Kaiserkonstitutionen [...] für bonae fidei iudicia die Möglichkeit des Zinsenszuspruches betonen*»³⁴⁶. In ragione della più recente costituzione di Gordiano (C. 4, 34, 2), che ripete quanto affermato dai suoi predecessori – da un lato – e da Papiniano e Ulpiano – dall’altro – è evidente per Klingenberg che l’«*est constitutum*» di D. 16, 3, 24, D. 17, 1, 12, 9 e D. 22, 1, 37 non faccia riferimento a una «*bestimmte Konstitution*» ma a un generale «*Kaiserrecht*» basato su una costante «*Reskriptspraxis*». A onor del vero, però, l’«*est constitutum*» di Papiniano in D. 16, 3, 24 – come è stato notato³⁴⁷ – non incide sul *quantum* delle *usurae* come sembra invece emergere dai frammenti di Ulpiano in D. 17, 1, 12, 9 e D. 22, 1, 37.

Infatti, in modo specifico circa l’attribuzione della paternità dell’intervento precursore ad Antonino Pio³⁴⁸ – ipotizzata a suo tempo dal Noodt proprio sulla base di D. 17, 1, 12, 9 e D.

³⁴³ In particolare, in relazione alla non ‘classicità’ del c. d. deposito irregolare, consideravano non genuino l’intero frammento C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, in *BIDR* 18, 1906, p. 131; ID., *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano 1946, pp. 73 e ss.; E. ALBERTARIO, *Manoscritto sulle usurae* (1907), in F. VALLOCCHIA (a cura di), *Un manoscritto inedito di Emilio Albertario sulle ‘usurae’ nel diritto romano*, Napoli 2016, p. 134; E. ALBERTARIO, *L’uso classico e l’uso giustiniano di extorquere*, in *ZSS* 32, 1911, pp. 307 e ss., ora in *Studi di diritto romano*, VI, Milano 1953, p. 156. Per l’autenticità di questo frammento si vedano invece E. COSTA, *Papiniano*, I, Bologna 1894, p. 330 e ID., *Papiniano*, IV, Bologna 1899, pp. 68 e ss.; G. SEGRÉ, *Sul deposito irregolare in diritto romano*, in *BIDR* 19, 1907, pp. 197 e ss., ora in *Scritti vari di diritto romano*, Torino 1952, pp. 221 e ss.; U. BRASIELLO, *Aspetti innovativi delle costituzioni imperiali. 1. L’aspetto innovativo-interpretativo*, in *Studi in onore di Pietro de Francisci*, IV, Milano 1956, p. 500; G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle ‘usurae’ c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, p. 112; W. LITIEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, in *RIDA* 21, 1974, pp. 257-258; G. KLINGENBERG, *Constitutum est in D. 47, 2, 14, 4*, in *RIDA* 46, 1999, p. 289.

³⁴⁴ In relazione all’inciso «*ex aequo et bono*» per l’*actio mandati*, lo considerava insiticio F. PRINGSHEIM, *Bonum et aequum*, in *ZSS* 52, 1932, pp. 78 e ss., ora in *Gesammelte Abhandlungen*, I, Heidelberg 1961, p. 209. *Contra* V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1965, p. 166 e G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle ‘usurae’ c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, p. 80 e 255.

³⁴⁵ Con riferimento ai *contraria iudicia*, riteneva spuria parte del frammento F. SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, in *ZSS* 71, 1954, p. 182. *Contra* G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino 1951, p. 71.

³⁴⁶ Caracalla e Geta in C. 4, 35, 1: «*[...] mandati actione pro sorte et usuris potes experiri [...]*»; Caracalla in C. 4, 65, 2: «*[...] ex conducto actione consistens eo iudicio quod est bonae fidei debitum cum usuris solitis consequeris*»; Alessandro Severo in C. 4, 32, 13: «*In bonae fidei iudiciis, quale est etiam negotiorum gestorum, usurarum rationem haberi certum est [...]*»; Gordiano in C. 4, 34, 2: «*Usurae in depositi actione sicut in ceteris bonae fidei iudiciis ex mora venire solent*». Su queste costituzioni si veda anche G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle ‘usurae’ c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, pp. 81, 235, 236.

³⁴⁷ E. ALBERTARIO, *Manoscritto sulle usurae* (1907), in F. VALLOCCHIA (a cura di), *Un manoscritto inedito di Emilio Albertario sulle ‘usurae’ nel diritto romano*, Napoli 2016, p. 134; G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle ‘usurae’ c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, pp. 217 e ss.

³⁴⁸ Sebbene quella del Noodt sia una semplice congettura basata su motivazioni non fondate – peraltro recentemente avallata, sulla scorta di D. 3, 5, 6, da O. BEHRENDIS – R. KNÜTEL – B. KUPISCH – H. HERMANN SEILER (hrsg. von), *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, III, Heidelberg 1999, p. 349 – non credo sia possibile escludere il riconoscimento all’imperatore Antonino Pio della paternità della definitiva attribuzione all’*officium iudicis*, in un *bonae fidei iudicium*, del potere di condannare al pagamento delle *usurae*.

a) Infatti, non è innanzitutto da escludere la possibilità che Papiniano stesse citando indirettamente una costituzione dell'imperatore Antonino. Dalle tavole proposte da V. MAROTTA, *Multa de iure sancxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano 1988, p. 359, le citazioni 'indirette' di Papiniano di costituzioni del Divo Pio sarebbero undici nei *libri quaestionum* e cinque nei *libri responsorum*; sempre nei *libri quaestionum* abbiamo invece l'unica trascrizione 'diretta' di un rescritto di Antonino in Papiniano. Per un totale di diciassette citazioni (V. MAROTTA, *Multa de iure sancxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano 1988, p. 359: nei *libri quaestionum* D. 50, 1, 11 [pr.]; D. 3, 1, 8; D. 1, 5, 8; D. 31, 66, pr.; D. 31, 67, 8; D. 36, 1, 12; D. 46, 1, 49, 1; D. 12, 6, 3; D. 35[lapsus 36], 3, 5, 3-4; D. 1, 7, 32, 1; D. 48, 5, 39, 8; nei *libri responsorum* D. 50, 1, 17, 9; D. 29, 2, 8, 6 [lapsus: 86 pr.]; D. 35, 1, 77 pr.; D. 44, 3, 10, 1; D. 50, 15, 5, 1). L. LABRUNA, *Rescriptum divi Pii. Gli atti del pupillo sine tutoris auctoritate*, Napoli 1962, p. 2 n. 3 ne rintraccia invece diciotto, aggiungendo all'elenco alcuni passi dubbi ed escludendone altri: D. 22, 6, 1 pr. (che è però di Paolo); D. 31, 70 pr. («Imperator Antoninus rescripsit [...]»); D. 36, 1, 57, 1 («Imperator Titus Antoninus rescripsit [...]»); D. 40, 7, 34, 1 («Imperator Antoninus rescripsit [...]»). D. 31, 66 pr. e D. 31, 67, 8 – attribuiti a *Divus Pius* da Marotta – e D. 36, 1, 57, 1 – riportato da Labruna – sono ricondotti ad Antonino Pio anche da K. P. MÜLLER EISELT, *Divus Pius constituit. Kaiserliches Erbrecht*, Berlin 1982, pp. 310-311 (nrr. 53b e 55b) e p. 315 (nr. 74b). Per G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I, Milano 1963, pp. 58 e ss. invece sono in totale quindici (riporta D. 31, 66 pr. fra le citazioni di imperatori incerti – G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, Milano 1963, p. 193 –; D. 31, 67, 8 e D. 44, 3, 10, 1 fra le citazioni generiche; inserisce invece nell'elenco delle citazioni papiniane D. 36, 1, 57, 1). Lo stesso può dirsi per Paolo a cui è attribuita l'enunciazione del medesimo principio in D. 3, 5, 6 («stantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio»). Per V. MAROTTA, *Multa de iure sancxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano 1988, pp. 360 e ss. le citazioni 'dirette' («trascrizioni») da parte di Giulio Paolo di atti imperiali di Antonino Pio sarebbero quattro (di cui una nel *liber singularis de usuris* in D. 22, 1, 17, 1), mentre le citazioni 'indirette' («citazioni») sarebbero trentuno (di cui due nel *liber singularis de usuris* in D. 22, 1, 17, 2 e 3), per un totale di trentacinque («trascrizioni»: *libri ad edictum* D. 47, 9, 4, 1; *libri de iure fisci* D. 34, 9, 5, 1; *liber singularis de tacitis fideicommissis* D. 49, 14, 49; *liber singularis de usuris* D. 22, 1, 17, 1; «citazioni»: *libri ad edictum* D. 42, 1, 38 pr.; D. 6, 2, 12 pr.; Vat. Fr. 303; *libri de iure fisci* D. 34, 9, 5, 15; D. 34, 9, 5, 20 [lapsus: 19]; *liber singularis de iuris et facti ignorantia* D. 22, 6, 9, 5; *liber singularis ad legem Falcidiam* D. 35, 2, 1, 14; *libri ad legem Iuliam [F²: Iuniam]* D. 49 [lapsus: 40], 9, 15 pr.; *ad legem Iuliam et Papiam* D. 4, 6, 35, 4; D. 35, 3, 7; D. 49, 14, 13, 7; D. 49, 14, 13, 10; D. 38, 5, 13; *liber singularis de officio praefecti vigilum* D. 1, 15, 3, 2; *liber singularis de officio praetoris tutelaris* Vat. frg. 244; *libri ad Plantium* D. 5, 3, 43; D. 50, 13, 4; D. 35, 2, 49; *liber singularis de poenis paganorum* Coll. 11, 6, 1; *liber singularis de portionibus quae liberis conceduntur* D. 48, 20, 7, 4; *libri quaestionum* D. 50, 2, 14; D. 3, 5, 33 (34); D. 29, 1, 30; D. 34, 3, 25; D. 35, 2, 18 pr.; *liber singularis de usuris* D. 22, 1, 17, 2; D. 22, 1, 17, 3; *liber singularis de centumviralis iudiciis* D. 5, 2, 7; *de brevibus ad edictum* Vat. frg. 310; *libri de fideicommissis* D. 38 [lapsus: 32], 8, 2; *Pauli sententiae P. J.* 5, 6, 15). Per L. LABRUNA, *Rescriptum divi Pii. Gli atti del pupillo sine tutoris auctoritate*, Napoli 1962, p. 2 n. 3 ventotto sono invece i frammenti di Paolo in cui vi è traccia dell'attività normativa di Antonino Pio; rispetto a Marotta, quest'ultimo non riporta i frammenti tratti dal *liber singularis de iuris et facti ignorantia* di D. 22, 6, 9, 5; dal *liber singularis ad legem Falcidiam* di D. 35, 2, 1, 14; dai *libri ad legem Iuliam [F²: Iuniam]* di D. 40, 9, 15 pr. (dove, in effetti, desta sospetti il passo «imperator Antoninus Calpurnio Critoni rescripsit», che potrebbe non alludere a *Divus Pius*, come è stato dedotto in ragione di un frammento di una costituzione di Settimio Severo e Antonino Caracalla riportata in C. 9, 8, 6; d'altra parte però in Marciano D. 40, 1, 8 un Calpurnio è indicato come destinatario di un altro rescritto di Antonino Pio; G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I, Milano 1963, p. 239 – restando la questione «insoluta» – inserisce il frammento fra le citazioni degli imperatori incerti); infine dai *libri ad legem Iuliam et Papiam* di D. 49, 14, 13, 10; dalle *Pauli sententiae* 5, 6, 15. Sono invece in totale trentuno per G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I, Milano 1963, pp. 58 e ss. (riportando fra le citazioni di imperatori incerti D. 47, 9, 4, 1; D. 35, 2, 1, 14; D. 40, 9, 15 pr.; D. 49, 14, 13, 7; G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, Milano 1963, rispettivamente alle pp. 70, 196, 194, 22-23, 195-196; 199). Non è da escludere comunque la possibilità che il principio, sancito per primo da Antonino Pio, sia stato poi ribadito a più riprese – come ipotizza Klingenberg – dalla cancelleria imperiale, sì da indurre la giurisprudenza successiva, in particolare quella severiana, di cui si fanno portavoce direttamente Papiniano e indirettamente Paolo, a non percepire più l'esigenza di indicare la specifica paternità dell'atto.

b) Che Antonino Pio si sia poi occupato di *usurariae* ne abbiamo un'inconfutabile prova sia nel *Codex repetitae praelectionis* (C. 4, 32, 1: «Si interrogatione praecedente promissio usurarum recte facta probetur, licet

22, 1, 37 – credo che la questione sia stata mal posta, in quanto in relazione all'«*est constitutum*» di D. 16, 3, 24 non è dell'origine delle *usurae ex mora* nei *bonae fidei iudicia* che è necessario occuparsi.

La o le costituzioni imperiali cui fa riferimento Papiniano in D. 16, 3, 24 non sono relative alle *usurae ex mora* nei *bonae fidei iudicia* ma alle *usurae ex officio iudicis* nei suddetti giudizi, al di là delle plurime e differenti fattispecie di interessi possibili (*ex mora*, *ex pacto*, *ex conversione in usus*

instrumento conscripta non sit, tamen iure optimo debentur»), sia nella tradizione giurisprudenziale, grazie alla quale si è conservata «la quasi totalità dei provvedimenti di Antonino Pio» (V. MAROTTA, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano 1988, pp. 4 e 7). Fra quelle di trasmissione giurisprudenziale, sono molteplici le *constitutiones* riconducibili con certezza ad Antonino Pio e alcune di esse hanno ad oggetto proprio le *usurae* tanto nei *bonae fidei iudicia* (Ulpiano *libro decimo ad edictum* in D. 3, 5, 5, 14; Marciano *libro quarto regularum*-Pomponio *libro duodecimo epistularum* in D. 22, 1, 32 *pr.*-2), quanto in altre tipologie di giudizi (per i fedecommissi: Paolo *libro singolari de usuris* in D. 22, 1, 17, 1-2-3; per i legati: Paolo *libro singolari de usuris* in D. 22, 1, 17, 8 = Ulpiano *libro singolari de officio curatoris rei publicae* in D. 50, 10, 5 *pr.*-1). Per G. NOODT, *De foenore et usuris*, lib. III cap. VI, in *Opera omnia ab ipso recognita, aucta, emendata, multis in locis, atque in duos tomos distributa*, Leida 1735, pp. 243 e ss. p. 244, Antonino Pio doveva considerarsi l'autore dell'introduzione delle *usurae* tanto nei *bonae fidei iudicia* quanto nei fedecommissi e nei legati («*Suspitor tamen, ejus auctorem esse Divum Pium: apud quem prima mentio usurae, officio Judicis praestandae ex mora cum in bonae fidei iudiciis, tum in legatis & fideicommissis [...]*»). E. ALBERTARIO, *Manoscritto sulle usurae* (1907), in F. VALLOCCHIA (a cura di), *Un manoscritto inedito di Emilio Albertario sulle 'usurae' nel diritto romano*, Napoli 2016, p. 136 riteneva insussistente la tesi del Noodt in quanto il testo di Gai. 2, 280 – dove, per un verso, viene citato un rescritto con il quale l'imperatore Adriano avrebbe introdotto le *usurae* dovute dall'erede al fedecommissario ma non al legatario e, per l'altro, dove si afferma che Giuliano invece avrebbe esteso tali *usurae* anche al legatario *sinendi modo* – «sfascia tutta» l'ipotesi del Noodt, in quanto egli stesso ammetteva «che le usure dovute per la mora nei fedecommissi e nei legati imitano la prestazione delle usure nei *b. f. iudicia*». In effetti, la dottrina ritiene che la rilevanza della mora in ordine alla ricorrenza degli interessi nella disciplina dei fedecommissi «è un fatto che si inquadra nel più vasto fenomeno storico, per cui i fedecommissi tendono in età classica ad essere assimilati ai negozi di buona fede» (G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle 'usurae' c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, p. 172). Per quanto concerne i legati invece, il rescritto di Antonino Pio – trascritto da Ulpiano in D. 50, 10, 5 *pr.* e riportato in forma abbreviata da Paolo in D. 22, 1, 17, 8 – testimonia che fu proprio la cancelleria di quest'ultimo a estendere la previsione del predecessore Adriano (che limitava la corresponsione degli interessi al fedecommissario escludendo il legatario: «[...] *legatorum usurae non debentur [...]*» in Gai. 2, 280) anche al caso 'eccezionale' di legato consistente in un *facere* in favore di una *res publica*, e quindi non solo *sinendi modo* come aveva invece prospettato l'interpretazione estensiva di Giuliano («[...] *scio tamen Iuliano placuisse in eo legato, quod sinendi modo relinquitur, idem iuris esse, quod in fideicommissis; quam sententiam et his temporibus magis optinere uideo*» sempre in Gai. 2, 280). È, inoltre, decisamente significativo che, nell'unico frammento del *liber singularis de usuris* di Paolo (D. 22, 1, 17, 1-8), l'unico imperatore riportato, oltre a Marco Aurelio, è proprio Antonino Pio: espressamente tre volte (ai §§ 1, 2, 3) e implicitamente una volta (al § 8, nel quale il giurista riporta in forma abbreviata un rescritto del *Divus Pius* trascritto invece da Ulpiano in D. 50, 10, 5 *pr.*).

g) Infine, che la cancelleria imperiale di Antonino Pio avesse chiaro il concetto tecnico-giuridico di *officium iudicis* nei *bonae fidei iudicia* lo dimostra una costituzione imperiale a lui attribuita e riportata nel *Codex* da Giustiniano: si tratta della più antica attestazione dell'*officium iudicis* – per di più nell'ambito di un *bonae fidei iudicium* – nella legislazione imperiale (Antonio Pio ad Aulo Manilio in C. 2, 1, 1 del 155 d. C.). A. F. BARBEIRO, *Los principios 'dispositivo' e 'inquisitivo' en el proceso romano*, in *SDHI* 41, 1975, pp. 143-144 e n. 41 sostiene che il rescritto in questione sia stato emesso in relazione a un giudizio di cognizione straordinaria, in quanto si presenterebbe quale eccezione al principio per cui «*non oportet originem petitionis ex instrumentis eius qui convenitur fundari*» (C. 2, 1, 8). Il riferimento alla *pecunia depositata* – e quindi a un giudizio di deposito – può far ragionevolmente presumere che si tratti invece di un rescritto richiesto nell'ambito di un procedimento formulare e quindi di un *bonae fidei iudicium*.

suos, post moram etc.). Ciò che Papiniano afferma esser stato «*constitutum*» non è riferito né all'*an*³⁴⁹ – ossia quali specifiche fattispecie d'interessi siano o meno da contemplare nel caso concreto – né al *quantum*³⁵⁰ – ossia l'ammontare del tasso d'interesse applicabile – delle *usurae*, ma al *quomodo* queste ultime trovino ragione di essere sanzionate nei *bonae fidei iudicia* tramite l'azione principale (Papiniano in D. 16, 3, 24: «*Et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio*» = Paolo in D. 3, 5, 6: «*Quia tantundem in bonae fidei iudiciis officium iudicis valet, quantum in stipulatione nominatim eius rei facta interrogatio*» = Paolo in D. 19, 2, 54 *pr.*: «[...] *usurae enim in bonae fidei iudiciis etsi non tam ex obligatione proficiantur quam ex officio iudicis applicentur [...]*»).

L'imperatore – o gli imperatori – sembra che abbiano voluto quindi chiarire e stabilire definitivamente che lo *iudex* di un *bonae fidei iudicium* potesse, in base al proprio *officium*, condannare alle *usurae*, anche se non fosse stato investito riguardo ciò da un'autonoma *actio* (*ex stipulatu*) e – soprattutto – alla luce del silenzio del dettato formulare dell'esperita *actio bonae fidei*.

Inoltre, l'esigenza percepita da Papiniano – «del resto generalmente diffusa nella giurisprudenza del III secolo»³⁵¹ – di sottolineare che il principio giuridico, anche qualora fosse sorto precedentemente nelle riflessioni giurisprudenziali³⁵², fosse stato fatto poi definitivamente proprio dalla cancelleria imperiale è sintomatico, a mio avviso, della percepita

³⁴⁹ In relazione all'*an* degli interessi, e quindi sul riconoscimento delle varie fattispecie di *usurae* nei *bonae fidei iudicia*, incidono sia alcune costituzioni imperiali del III sec. d. C. (Caracalla e Geta in C. 4, 35, 1; Caracalla in C. 4, 65, 2; Alessandro Severo in C. 4, 32, 13; Gordiano in C. 4, 34, 2), sia l'opera della giurisprudenza, la quale contribuisce in modo capillare a precisare «i margini della discrezionalità» del giudicante (lo stesso Papiniano in D. 16, 3, 24 nella parte finale del frammento; lo stesso Ulpiano in D. 17, 1, 12, 9 e D. 27, 7, 4, 2, secondo una lettura complessiva dei paragrafi; sempre Ulpiano in D. 22, 1, 37; Labeone-Pomponio in D. 17, 2, 60; Labeone-Ulpiano in D. 17, 1, 10, 8; Scevola in D. 22, 1, 13, 1 e in D. 26, 7, 58, 3). Per una più completa elencazione di questo prezioso apporto dei giuristi si veda G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle 'usurae' c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, pp. 224 e ss.

³⁵⁰ Anche in relazione al *quantum*, sia costituzioni imperiali, sia interventi giurisprudenziali delineano il tasso di interesse a cui il giudice deve attenersi (Papiniano in D. 22, 1, 1 *pr.*; Ulpiano in D. 17, 1, 12, 9, D. 22, 1, 37 e D. 27, 2, 4, 2; Trifonino in D. 3, 5, 37). Cfr. sempre G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle 'usurae' c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, pp. 219 e ss. e 246 e ss.; sotto il profilo della legislazione giustiniana si veda anche F. FASOLINO, *Studi sulle usurae*, Salerno 2006, pp. 153 e ss.

³⁵¹ G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle 'usurae' c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, p. 238.

³⁵² Fino a Cervidio Scevola, infatti, le *usurae* nei singoli *iudicia bonae fidei* – seppur riconosciute dai giuristi precedenti – non trovano mai giustificazione di essere richieste tramite l'azione principale in ragione della natura di buona fede dell'azione stessa né tantomeno con riferimento all'*officium iudicis*. A tal proposito si vedano le fonti riportate da G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle 'usurae' c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, pp. e ss. per ciascun *bonae fidei iudicium* (e. g. Labeone in Pomponio D. 17, 2, 60 *pr.* e in Ulpiano D. 17, 1, 10, 8). La prima esplicita attestazione di questo collegamento la rintracciamo nel primo libro *responsorum* di Scevola riportato in D. 16, 3, 28: «*Quintus Caecilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistulam scripsit in verba infra scripta: "Caecilius Candidus Paccio Rogatiano suo salutem. Viginti quinque nummorum quos apud me esse voluisti, notum tibi ista hac epistula facio ad ratiunculam meam ea pervenisse: quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint: id est ut usuras eorum accipias, curae habebō". Quaesitum est, an ex ea epistula etiam usurae peti possint. Respondi deberi ex bonae fidei iudicio usuras, sive percepit sive pecunia in re sua usus est.*».

necessità di ancorare a una fonte ‘più certa’ (cfr. Giuliano in D. 1, 3, 11 dove si afferma «*Et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est*») il suddetto potere dello *iudex* in via di lenta affermazione.

L’intervento imperiale appena ipotizzato, relativo alle *usurae* nei *bonae fidei iudicia*, potrebbe esser stato adottato al fine di prevedere e predeterminare con un atto normativo espresso cosa lo *iudex* avrebbe potuto («*possit* [...]») decidere sulla base dell’*ex fide bona* formulare – con un’attenzione alla preventiva «*conoscibilità*» di uno dei possibili contenuti del *liberum officium iudicis* strettamente dipendente dall’«*ex fide bona*» della *formula*.

Come si vedrà più avanti alcuni giuristi, invece, sembrano voler prevedere e predeterminare direttamente nel dettato formulare in quali casi lo *iudex* avrebbe inderogabilmente dovuto concludere un accertamento o compiere una valutazione nella fase a lui deputata – con un’attenzione più esplicita alla «*prevedibilità*» dell’esito del giudizio (*infra* cap. V § 3.A) – attraverso l’inserimento, nel testo della *formula*, di specifiche *adiectioes* al fine di limitare tanto la discrezionalità giudiziale nella scelta delle molteplici possibili *sententiae quae dissentiunt* (*infra* cap. V § 3.B) o delle molteplici possibili qualificazioni giuridiche del rapporto (*infra* cap. V § 3.D), quanto il *liberum officium iudicis* nell’esercizio dei molteplici possibili poteri esercitabili nei giudizi di buona fede (*infra* cap. V § 3.C).

L’intervento normativo appena ipotizzato sembra trovare allora un’appropriata collocazione nell’ambito di quel processo storico più sopra ipotizzato (*supra* cap. III § 2.C), che lentamente appare muovere i propri passi nel passaggio dal ‘modello repubblicano’ – incentrato sul giurista «*fonte di cognizione*» dello *ius* – al ‘modello imperiale’ – che vede la *constitutio principis* sostituirsi alla funzione di mediazione e conoscibilità dei contenuti del sistema giuridico anche con specifico riferimento ai *bonae fidei iudicia*.

CAPITOLO IV

IL POSSIBILE RUOLO DEL GIUDICE NEI *BONAE FIDEI IUDICIA* NEI CASI DI *IUS CONTROVERSUM*

1. *FIDES BONA* E *IUS CONTROVERSUM*: CONTROVERSE INTERPRETAZIONI DEL *TURPE* E DELL'*HONESTUM*

A) DIVERGENTI MODELLI DI *FIDES BONA* E DI *BONUS VIR*.

Il mirabile compito di ‘mediazione’ conoscitiva svolto dai giureconsulti anche nell’ambito specifico della *fides bona* e dei relativi *iudicia* non può esser rimasto immune – come d’altronde tutta l’*interpretatio prudentium* – dagli effetti dello *ius controversum*, dal dibattito scientifico e dalla *disputatio fori*³⁵³. Tutto ciò può essere inquadrato nell’ambito dell’indagine qui condotta dedicata al problema della certezza del diritto. Sarà però preliminarmente utile appurare se e in che misura la controversialità dello *ius* abbia coinvolto anche la *fides bona* e gli altri concetti-valore ad essa affini, per poi concentrarci sugli eventuali effetti distorsivi sotto il profilo della «sicurezza» giuridica e, quindi, della «prevedibilità» dell’esito giudiziale.

Per quanto la ‘classe di governo’ romana si sforzasse di presentare, ancora al momento della consunzione della crisi repubblicana, un proprio modello di *vir bonus* e di *fides bona* – si veda il trattato *de officiis* di Cicerone del 44 a. C. che è tutto un inno alla *bona fides* e al *bene agere*³⁵⁴ – non può infatti affermarsi con tutta semplicità che esistesse un solo modello oggettivo di *fides bona* e *bonus vir* nell’arco dell’ultimo secolo della *res publica*³⁵⁵.

Sicuramente la «*fides* e la *bona fides* non sono categorie morali, né ‘formule vuote’ riempite di volta in volta con i valori che la società ritiene più rilevanti sul piano etico», ma allo stesso tempo, essendo «strettamente connesse con la struttura della società e con i suoi bisogni

³⁵³ Sulla *disputatio fori* nominata da Pomponio in D. 1, 2, 2, 5 quale fattore di sviluppo dello *ius*, si veda la ricca ricognizione di T. WYCISK, *Quidquid in foro fieri potest. Studien zum römischen Recht bei Quintilian*, Berlin 2008, *passim*.

³⁵⁴ Cfr. R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., *passim*.

³⁵⁵ E conseguentemente dello speculare *vir malus*, in quanto «nella letteratura che descrive la crisi della repubblica, *malus* serve polemicamente per indicare l’avversario politico [...] Ma essendo un termine polemico, *malus* può essere utilizzato da ambedue le parti» senza acquisire così una connotazione «fissa» (C. CASCIONE, *Vir malus*, in A. LOVATO (a cura di), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, cit., pp. 99-100). Invece, per una relatività del concetto di *fides* fra i diversi popoli del Mediterraneo si veda da ultimo A. CORBINO, *Bona fides contraria est fraudi et dolo*, in *RIDA* 60, 2013, p. 115.

economico-sociali, così come filtrati dall'*interpretatio prudentium*³⁵⁶, non possono non essere coinvolte dai frazionamenti sociali e dalle lotte intestine alla stessa società, quando la «dialettica politica può offuscare la omogenea considerazione della *fides bona* come sentito dalla *nobilitas*», che si autonominava «custode» e «interprete più coerente della traduzione in regole di condotta del concetto-valore»³⁵⁷.

A cavallo tra il II e il I sec. a. C. infatti l'omogeneità dei modelli di valore evocati dalla qualifica di *bonus vir* – strettamente legati alla dimensione sociale piuttosto che a quella individuale³⁵⁸ – trova un frazionamento con l'affacciarsi preponderante del ceto dei cavalieri sulla scena economica e politico-giuridica romana³⁵⁹. I valori dei *maiores* tramandati dalla nuova 'classe di governo' romana (la *nobilitas*) in parte si scontrano con quelli di cui si fa portavoce nel suo complesso il ceto equestre (gli *equites*)³⁶⁰.

Nonostante vi possano essere cavalieri che individualmente soddisfino i requisiti per ottenere la qualifica di *vir bonus* – modello di cui vuole farsi interprete esclusivo la *nobilitas* –, la loro appartenenza a un ceto sociale differente, che nel suo insieme rappresenta altri valori, impedisce loro di poter ricevere la qualifica di *vir bonus* sul finire del II sec. a. C. Secondo le testimonianze di Cicerone e Valerio Massimo (Cic. *de off.* 3, 19, 77 e Val. Max. 7, 2, 4), ad esempio, il giudice Flavio Fimbria (console nel 104 a. C.) si rifiutò di qualificare come *bonus vir* (in un *agere per sponsonem* «*ni vir bonus esset*»³⁶¹) il cavaliere Lutazio Pinzia che, nonostante fosse

³⁵⁶ R. FIORI, 'Fides' e 'bona fides'. Gerarchia sociale e categorie giuridiche, in R. FIORI (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli 2008, p. 259. Ha invece parlato di 'formule vuote' («Leerformeln») M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., p. 4 e *passim*.

³⁵⁷ R. CARDILLI, «Bona fides» tra storia e sistema², cit., p. 47. *Contra* sul punto già M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, cit., pp. 173-174: «proprio perché inseriti nella classe di governo, e da questa controllati, i *prudentes* difficilmente potevano prendere delle posizioni incoerenti con i valori, le ideologie e, in definitiva, gli interessi di tale classe».

³⁵⁸ Per una lettura 'etico-sociale' di *vir bonus* e *bona fides* cfr. R. FIORI, 'Fides' e 'bona fides'. Gerarchia sociale e categorie giuridiche, cit., pp. 237 e ss.; R. FIORI, *La gerarchia come criterio di verità: 'boni' e 'mali' nel processo romano arcaico*, in C. MASI DORIA – C. CASCIONE (a cura di), *Quid est veritas*, Napoli 2013, pp. 169 e ss.; R. CARDILLI, 'Vir bonus' e 'bona fides', cit., pp. 179 e ss.; *Contra* per una lettura 'etico-individuale' cfr. G. FALCONE, *L'attribuzione della qualifica di 'vir bonus' nella prassi giuridica d'età repubblicana (a proposito di Cato, or. frg. 186 Sblend. = 206 Malc.)*, in *AUPA* 54, 2010-2011, pp. 55 e ss.; G. FALCONE, *L'attribuzione della qualifica di 'vir bonus' nella prassi giuridica d'età repubblicana. Con un'appendice su 'optimus', 'probus', 'fortis'*, in A. LOVATO (a cura di), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, cit., pp. 39 e ss.

³⁵⁹ F. SERRAO, *I partiti politici nella repubblica romana*, in *Classi partiti e legge nella repubblica romana*, cit., pp. 165 e ss.; F. SERRAO, *Uomini d'affari, adstipulatores, lex Aquilia alla fine del III secolo a. C.*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, cit., pp. 559-581, ora in *Ius lex edicta. Altri studi di diritto romano*, Napoli 2015, pp. 569 e ss. spec. 574. Cfr. C. NICOLET, *L'ordre équestre a l'époque républicaine (312-43 av. J.-C.)*, I, Paris 1974; F. DE MARTINO, *Il «ceto medio» in età repubblicana*, in *Diritto e società nell'antica Roma*, Roma 1979, pp. 225 e ss.

³⁶⁰ F. D'IPPOLITO, *Il diritto e i cavalieri*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Atti del convegno (Napoli, gennaio-novembre 1996), Napoli 1998, pp. 31 e ss.

³⁶¹ B. ALBANESE, *La sponsio processuale sulla qualifica di vir bonus*, in *SDHI* 60, 1994, pp. 135-157, ora in *Scritti giuridici*, III, Torino 2006, pp. 207 e ss.

individualmente una ‘persona dabbene’, «per ciò solo non» soddisfaceva «l’eccezionale carica etico-sociale» del *bonus vir*, in quanto appunto non appartenente alla *nobilitas*³⁶². Come è stato affermato, qui s’intravede «un conflitto di modelli di *bonus vir* espressione di visioni diverse in rapporto anche a corpi sociali diversi»³⁶³.

Ed ecco che nello stesso torno di anni è vivo e acceso tra senatori ed *equites* – che certamente non avevano in comune un identico modello di *fides bona* e correttezza commerciale³⁶⁴ – un conflitto che trova nel *munus iudicandi* un importante terreno di scontro, in particolare con riferimento alla composizione delle liste dei giudici nel processo privato, a cui, come vedremo, è riconosciuto un determinante ruolo nella concretizzazione della *fides bona* almeno all’epoca di Cicerone, ingenerando così una probabile non uniforme applicazione della *fides bona* stessa³⁶⁵.

³⁶² R. CARDILLI, ‘*Vir bonus*’ e ‘*bona fides*’, cit., p. 188.

³⁶³ R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema², cit., p. 47 n. 87. Nel I sec. d. C. questa visione oggettiva del *bonus vir* sembra più sfumata. Nel pensiero di Proculo (*libro quinto epistularum* in D. 17, 2, 76), secondo il quale l’*arbitratus* deve essere sempre *boni viri*, e quindi *aequum* – in particolare nei rapporti tutelati da *bonae fidei iudicia* (L. GAROFALO, *L’arbitraggio sul prezzo*, in A. LOVATO (a cura di), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, cit., pp. 228-229) – ciò può avvenire anche al di là della persona espressamente indicata dalle parti, nonostante cioè in concreto e soggettivamente l’arbitratore possa non essere una persona dabbene: «[...] *alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat* [...]». Cfr. F. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Torino 1970, pp. 479 e ss. Lo stesso parametro oggettivo legato però alla condizione sociale dell’*arbitrator* lo ritroviamo in Seneca, il quale – come si vedrà meglio oltre – esercitò con molta probabilità un’influenza sul contemporaneo Proculo (A. SCHIAVONE, *Anni difficili. Giuristi e principi nella crisi del primo secolo*, in A. DE VIVO – E. LO CASCIO (a cura di), *Seneca uomo politico e l’età di Claudio e di Nerone*, Atti del convegno (Capri, 25-27 marzo 1999), Bari 2003, pp. 52-53); infatti per il filosofo gli appartenenti all’*ordo equester* in un immaginario giudizio sull’ingratitude – regolato, come l’*arbitrium ex compromisso*, dall’*humanitas* e dalla *miserecordia* – non potrebbero mai ricoprire il ruolo di giudici (Sen. *de ben.* 3, 7, 5): «[...] *non potest sumi ad haec iudex ex turba selectorum, quem census in album et equestris hereditas misit*».

³⁶⁴ A. GIARDINA, *Il mercante*, in A. GIARDINA (a cura di), *L’uomo romano*¹², Roma-Bari 2014, pp. 271 e ss.; C. NICOLET, *L’ordre équestre a l’époque républicaine (312-43 av. J.-C.)*, I, cit., *passim*. A tal proposito si veda emblematicamente l’uso che Quinto Mucio Scevola fece della *fides bona* all’interno del suo *edictum Asiaticum* (Cic. *ad Att.* 6, 1, 15, preso a modello dallo stesso Cicerone nell’amministrazione della Cilicia nel 51 a. C., su cui vedi G. PUGLIESE, *Riflessioni sull’editto di Cicerone in Cilicia*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz*, II, Napoli 1964, pp. 972 e ss.; R. MARTINI, *Ricerche in tema di editto provinciale*, Milano 1969, pp. 33 e ss.; F. BONA, *Cicerone e i «libri iuris civilis» di Quinto Mucio Scevola*, cit., pp. 249 e ss.; L. PEPPE, *Note sull’Editto di Cicerone in Cilicia*, in *Labeo* 37, 1991, pp. 14-93; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell’ordinamento*, cit. pp. 150 e ss.; R. FIORI, *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, in L. GAROFALO (a cura di), *L’eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, pp. 49 e ss.; L. FANIZZA, *Cultura aristocratica e amministrazione della provincia asiatica. Scaevola, Tubero, Cicero*, in *SDHI* 78, 2012, pp. 87 e ss.), per mitigare le prevaricazioni dei pubblicani in provincia, che costò a lui e al suo legato P. Rutilio Rufo l’inimicizia proprio degli *equites* (R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema², cit., p. 21 e 47 n. 87), testimoniata dallo stesso Cicerone nella *pro Planc.* 13, 33 («*Equitum ego Romanorum in homines nobilissimos maledicta, publicanorum in Q. Scaevolam, virum omnibus ingenio, iustitia, integritate praestantem, asper et ferociter et libere dicta commemorem?*») e da Diod. 35, 5, 1-4. Si veda la ricostruzione storico-giuridica di M. BRETONNE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², cit., pp. 68-69. Da ultimo si veda anche la ricognizione di A. TORRENT, *La exceptio del edicto de Bibulo para Siria del 51 a. C.*, in *Iura* 63, 2015, pp. 160 e ss.

³⁶⁵ La *lex Sempronia iudiciaria* che apre le liste ai cavalieri è del 122 a. C.; la *lex Cornelia iudiciaria* che le riserva nuovamente ai soli senatori del 81; la *lex Aurelia* che trova una soluzione di compromesso

Infine Cicerone nel *de officiis* (44 a. C.) ci dà testimonianza, in un momento di estrema crisi valoriale del tessuto istituzionale e sociale della repubblica – come si vedrà meglio a breve – di una «*magna quaestio*» sul «*bonus vir*» e sul «*bene agi*» (Cic. *de off.* 3, 17, 70), presumibilmente sorta, oltre che nei circoli filosofici, anche e soprattutto all'interno della stessa giurisprudenza tardo-repubblicana, a cui – come si è visto – rammenta di assolvere al compito di custodire, con diligente preparazione («*parati esse debent*»), il contenuto indeterminato della *fides bona*, così come avevano fatto le generazioni dei giuristi precedenti («*tradiderunt*»).

È necessario allora domandarsi se proprio la «*summa vis*» degli *arbitria bonae fidei* richiamata da Quinto Mucio Scevola (Cic. *de off.* 3, 17, 70) – quella «gran forza» che è stata recentemente intesa come «attività umana potenzialmente prevaricatrice» dello *iudex* a cui è demandata la concretizzazione giudiziale della clausola³⁶⁶ – ingenerasse nell'ambito dei rapporti tra *cives* timori d'incertezza verso cui correre al riparo e i corrispondenti strumenti di tecnica giuridica a soddisfacimento di tali istanze apprestati da pretori e giuristi.

assecondando le richieste degli *equites* e dei senatori del 70. Cfr. R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema², cit., pp. 45 e ss.; P. LAMBRINI, «*Titius iudex esto*»: la scelta del giudice privato nel processo formulare, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano*, II, cit., pp. 302 e ss.

³⁶⁶ R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema², cit., pp. 35-36 e n.65, contra G. FALCONE, *Il rapporto ius gentium-ius civile e la societas vitae in Cic. off. 3.69-70*, cit., p. 267 n. 32.

**B) UN *ARBITRIUM BONAE FIDEI* «*NOTUM SUIS TEMPORIBUS*» (CIC. *DE OFF.*
3, 16, 65-67; VAL. MAX. 8, 2, 1-2) NELL'AMBITO DI UNA NON UNIFORME
PERCEZIONE DEL *TURPE* E DELL'*HONESTUM*.**

Fiori ha criticato l'impostazione che vede nel luogo ciceroniano testé citato (Cic. *de off.* 3, 17, 70: «[...] *qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est* [...]») un'allusione a discussioni giurisprudenziali³⁶⁷, sottolineando che di «simili 'grandi' discussioni tra i giuristi non sia giunta alcuna traccia, e che lo stesso Cicerone non vi accenni ulteriormente, facendo riferimento solo a dibattiti tra i filosofi»³⁶⁸.

A mio sommosso avviso, sotto questo profilo, credo sia possibile servirsi di due testimonianze (Cic. *De Off.* 3, 16, 65-67; Val. Max. 8, 2, 1-2) da cui sembrerebbe emergere una innovativa applicazione giudiziale di una *regula iuris* attraverso il filtro-misura della *fides bona*³⁶⁹ nell'ambito di una non più uniforme percezione del *bene agi*.

Sto parlando di un notissimo *arbitrium bonae fidei*, da collocare temporalmente non oltre il 91 a. C., anno della morte dello *iudex* che fu chiamato a pronunciarsi, il quale emise, a conclusione del giudizio in questione, una sentenza «*epochemachends*»³⁷⁰: si tratta di un giudizio «*notum suis temporibus*» – «che fece epoca» – secondo la testimonianza che ci giunge da Valerio Massimo (Val. Max. 8, 2, 2)³⁷¹.

³⁶⁷ Così M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., pp. 5 e ss. e 143; R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema², cit., pp. 34 e ss.; A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, pp. 18 e ss.

³⁶⁸ R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., p. 336, il quale ritiene che «Cicerone si riferisca solo alle discussioni filosofiche [...] sulla definizione del *bonum*». Cicerone in effetti critica le discussioni filosofiche (Cic. *de off.* 3, 23, 91: «*haec sunt quasi controversa iura Stoicorum*»), in quanto «persino i *rustici* non hanno dubbi su chi sia il *bonus vir*»: «*Haec non turpe est dubitare philosophos, quae ne rustici quidem dubitent?*» (Cic. *de off.* 3, 17, 77). Ma la risposta alla «*magna quaestio*» sui «*boni viri*» e il «*bene agi*» – oltretutto clausole formulari – Cicerone sembra individuarla nel pensiero di un giurista, Quinto Mucio Scevola, e non di un filosofo (Cic. *de off.* 3, 17, 70). Inoltre, sotto il profilo dell'incertezza derivante da divergenti valutazioni e controverse interpretazioni del *turpe* e dell'*honestum*, la testimonianza di Cicerone (Cic. *de off.* 3, 17, 70: «[...] *qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est* [...]») potrebbe essere funzionale – a mio sommosso avviso – anche a chiarire la portata 'storica' e 'stratigrafica' di un frammento ulpiano riportato in D. 15, 1, 36, dove il giurista severiano tramite il ricorso al sintagma «*quaestionis est*» richiama alla memoria un acceso dibattito giurisprudenziale, sorto «*in bonae fidei contractibus*», ed evidentemente non ancora sopito, o almeno riaccessosi, al suo tempo.

³⁶⁹ Cfr. L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, cit., pp. 183 e ss., secondo il quale la *fides bona* ha avuto da subito, rispetto alla semplice *fides*, valore prettamente processuale: l'*ex fide bona* formulare ha avuto «principalmente funzione di valutazione, funzione di modello conoscitivo per il giudice», «misura, *Maßstab*» e non «fondamento, *Grund*» dell'*oportere*. Dello stesso parere A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, pp. 36 e ss. *Contra* GROSSO, *Recensione a L. LOMBARDI, Dalla «fides» alla «bona fides»*, cit., in *BIDR* 65, 1962, pp. 289 e ss.

³⁷⁰ M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, IV, cit., pp. 136 e ss.

³⁷¹ Val. Max. 8, 2, 1-2: «[1] *Claudius Centumalus ab auguribus iussus altitudinem domus suae, quam in Caelio monte habebat, submittere, quia his ex arce augurum capientibus officiebat, uendidit eam Calpurnio Lanario nec indicavit quod imperatum <a> collegio augurumerat. a quibus Calpurnius demoliri domum coactus M. Porcium Catonem*

Analizziamo dapprima il noto racconto ciceroniano (Cic. *de off.* 3, 16, 65-67):

Cic. *de off.* 3, 16, 65-67: «[65] Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. [66] Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscrispsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscrispsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus) is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere. [67] Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor»

Da un lato il convenuto, per noi altrimenti sconosciuto, Tiberio Claudio Centumalo, alienante di un'*insula* sul Celio; dall'altro l'acquirente e attore, il senatore Publio Calpurnio Lanario³⁷², legato in Spagna nell'81 a. C. (Plut. *Sert.* 7, 3). Al centro, il giudice Marco Porcio Catone padre dell'Uticense, tribuno nel 99 e deceduto al momento della sua candidatura alla pretura nel 91 a. C.³⁷³.

Il caso: Centumalo riceve l'ordine dagli auguri di abbattere quella parte dell'edificio che impedisce di prendere gli auspici sul Campidoglio³⁷⁴; Centumalo mette in vendita all'asta («*proscrispsit*») l'*insula* senza comunicare al sopraggiunto acquirente Calpurnio il 'vizio' della

*in*clyti Catonis patrem arbitrum ~ cum Claudio adduxit formulam, quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. Cato, ut est edoctus de industria Claudium praedictum sacerdotum suppressisse, continuo illum Calpurnio damnauit, summa quidem cum aequitate, quia bonae fidei uenditorem nec commodorum spem augere nec incommodorum cognitionem obscurare oportet. [2] Notum suis temporibus iudicium commemorauit [...].»

³⁷² F. MÜNZER, *s.v.* Calpurnius (n. 49), in *RE* III.1, Stuttgart 1897, p. 1374.

³⁷³ F. MILTNER, *s.v.* Porcius (n. 12), in *RE* XXII.1, Stuttgart 1953, p. 166

³⁷⁴ Sulla vincolatività giuridica dell'ordine augurale si veda la bibliografia citata in R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a. C.-II sec. d. C.)*, Milano 1995, p. 158 n. 137. Sulle competenze in materia del collegio degli auguri si veda P. CATALANO, *Contributi allo studio del diritto augurale*, I, Torino 1960, p. 291. Se, come è stato appurato da F. SINI, *La negazione nel linguaggio precettivo dei sacerdoti romani*, in O. BIANCO – S. TAFANO (a cura di), *Il linguaggio dei giuristi romani*, Atti del Convegno (Lecce, 4-5 dicembre 1994), Galatina 2000, pp. 157-184, dalle fonti emerge una «straordinaria rilevanza della negazione nel linguaggio precettivo dei sacerdoti romani» (F. SINI, *Diritto e documenti sacerdotali romani: verso una palinogenesi*, in *Diritto@Storia* 4, 2005), in questo caso ci troviamo di fronte a uno *iussum* con un contenuto positivo («augures [...] iussissentque [...] demoliri eas»).

cosa³⁷⁵. Gli auguri intimano al nuovo proprietario lo stesso ordine di demolizione. Venuto a sapere della reale sequenza dei fatti («*edoctus de industria*» in Val. Max. 8, 2, 2), Calpurnio – che nel frattempo è stato costretto ad abbattere – cita in giudizio Centumalo («*arbitrum adegit*») con la formula «*QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA*». Catone, condannando il convenuto, sentenza che «*ad fidem bonam [...] pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor*».

Lo *ius civile* prevedeva originariamente, secondo il dettato delle XII Tavole, la responsabilità del venditore solo per ciò che avesse dichiarato all'atto mancipatorio («*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*» XII Tab. 6, 1)³⁷⁶ e non per ciò che invece avesse taciuto.

Cicerone ci informa che furono gli *iuris consulti* a introdurre una *poena reticentiae* («*a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta*»)³⁷⁷, ma senza specificare se in un momento precedente o successivo all'episodio processuale raccontato (Cic. *de off.* 3, 16, 65).

Prima di poter indagare sull'esistenza qui di una contrapposizione tra l'applicazione giudiziale di Catone *iudex* e l'interpretazione tralatizia degli *iuris consulti* – è necessario ripercorrere alcune tesi che la lettura dei luoghi ciceroniani ha indotto la dottrina romanistica ad avanzare: α) una priorità della *sententia Catonis* rispetto al consequenziale accoglimento dell'indirizzo interpretativo fra gli *iuris consulti*; β) un'identità fra la *poena reticentiae a iuris consultis constituta* e la pronuncia del giudice Catone.

α) Dallo scalpore che fece tale giudizio («*notum suis temporibus*» secondo Val. Max. 8, 2, 2), si potrebbe supporre – come è stato sostenuto³⁷⁸ – che i giuristi introdussero nell'ambito dello

³⁷⁵ Il termine «*proscriptio*» per indicare la vendita all'asta è usato da Cicerone anche in altri *loci* (ad es. Cic. *pro Quin.* 15); il «*venditio*» posto fra parentesi quadre è segnalato da tutti gli editori in quanto, molto probabilmente, frutto dell'inserzione di un copista «al quale non era molto chiaro il significato di «*proscriptio*», cfr. M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Roma 1954, p. 133. Vedi anche L. SOLIDORO-MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli 2007 e N. DONADIO, *Qualità promesse e qualità essenziali della res vendita: il diverso limite tra la responsabilità per reticentia e quella per dicta promissave nel 'diritto edilizio' o nel ius civile*, in *Gli obblighi precontrattuali di informazione*, Atti del convegno (Salerno, 4 dicembre 2008), in *Teoria e storia del diritto privato* 3, 2010. La discussione riportata da Cicerone tra Antipatro di Tarso e Diogene di Babilonia (vedi *infra*, Cic. *de off.* 3, 12, 50 e ss.) si incentra anche sui *dicta et promissa* di vendite all'asta (Cic. *de off.* 3, 13, 55). È interessante notare che l'art. 1649 del *Code Napoleon* prevedeva che nelle aste pubbliche i vizi occulti dovessero passare impunemente all'acquirente. Così come ancora oggi nella vendita forzata non ha luogo la garanzia per i vizi della cosa (art. 2922 c.c.).

³⁷⁶ FIRA, 1, p. 43. Su cui si veda M. TALAMANCA, *Le Dodici Tavole e i negozi obbligatori*, in M. HUMBERT (a cura di), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia 2005, pp. 350 e ss.

³⁷⁷ R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema², cit., pp. 49 e ss.

³⁷⁸ R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a. C.-II sec. d. C.)*, cit., p. 162; P. VOICI, *Istituzioni di diritto romano*⁵, Milano 1996, p. 24; U. VINCENTI, *Res indicatae e diritto giurisprudenziale romano*, in *Nozione, formazione ed interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, II, Napoli 1997, pp. 27 e ss.; L. VACCA, *I precedenti e i responsi dei giuristi*, in *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici*, Torino 2000,

ius civile la novità giurisprudenziale successivamente alla sentenza pronunciata da Marco Porcio Catone padre dell'Uticense, o addirittura su impulso di essa.

Analizzando un altro caso contemporaneo all'*arbitrium bonae fidei* di Marco Porcio Catone giudice e ad esso 'parallelo' – come vedremo meglio a breve, uno *iudicium de auctoritate*, dove si richiede sempre l'applicazione della *poena reticentiae a iuris consultis constituta* (Cic. *de off.* 3, 16, 67 e Cic. *de orat.* 1, 178) – sembrerebbe invece che la suddetta *regula* fosse stata già «*constituta*» dai giuristi prima della *sententia Catonis*.

L'innovazione interpretativa «*a iuris consultis constituta*» sul «*quicquid enim est in praedio vitii [...] si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere*», nell'ambito di un'altra causa su un caso simile, avviata nello stesso torno di anni e probabilmente da collocare anch'essa non oltre il 91 a. C. (anno di morte dell'oratore Crasso) – di cui ci dà sempre testimonianza Cicerone in altri due luoghi (Cic. *de off.* 3, 16, 67 e Cic. *de orat.* 1, 178)³⁷⁹ – viene presentata come *ius* consolidato da Lucio Licinio Crasso.

Cic. *de off.* 3, 16, 67: «Sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendi non possunt; quae autem possunt diligenter tenentur. M. Marius Gratidianus, propinquus noster, C. Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. Eae serviebant, sed hoc in mancipio Marius non dixerat; adducta res in iudicium est. Oratam Crassus, Gratidianum defendebat Antonius. Ius Crassus urgebat, “quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari”, aequitatem Antonius, “quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo iure esset, teneret”. Quorsus haec? Ut illud intellegas, non placuisse maioribus nostris astutos»³⁸⁰

Il dante causa Marco Mario Gratidiano era stato citato in giudizio per aver taciuto all'atto mancipatorio la presenza di una *servitus* sul fondo alienato. L'oratore Marco Antonio, intervenuto in difesa del convenuto Gratidiano, tentava di provare in giudizio che l'acquirente fosse in realtà già a conoscenza della servitù (in quanto si trattava di una retrovendita), fatto che aveva reso superflua e non doverosa la comunicazione del *vitium* da parte del suo assistito.

pp. 40-41; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., pp. 144 e ss; R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., p. 321; P. GIUNTI, *Iudex e iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in IURA 61, 2013, pp. 47 e ss.

³⁷⁹ È possibile ricostruire tutta la vicenda contrattuale anche tramite altre fonti (Val. Max. 9, 1, 1 e Plin. *nat. hist.* 9, 168-169). Cfr. R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., p. 323 n. 159.

³⁸⁰ Cic. *de off.* 3, 16, 67. L'altro luogo è Cic. *de orat.* 1, 178: «*Quid? Nuper, cum ego C. Sergi Oratae contra hunc nostrum Antonium iudicio privato causam defenderem, nonne omnis nostra in iure versata defensio est? Cum enim M. Marius Gratidianus aedis Oratae vendidisset neque servire quandam earum aedium partem in mancipi lege dixisset, defendebamus, quicquid fuisset incommodi in mancipio, id si venditor scisset neque declarasset, praestare debere*».

Crasso «*ius urgebat*», ossia invocava l'applicazione della *poena reticentiae* così come a *iuris consultis constituta* e richiedeva la condanna «*quod vitii venditor non dixisset sciens*» in difesa dell'attore e *mancipio accipens* Gaio Sergio Orata.

Antonio, a sostegno del proprio assistito, invocava l'*aequitas* nell'applicazione della suddetta *regula iuris* secondo una formulazione che ricorda proprio quella della *sententia Catonis*: «*quoniam id vitium ignotum Sergio [scil. emptor] non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dicit*»³⁸¹.

Vedremo meglio oltre il rapporto che si annoda – a cavallo fra i due giudizi – tra la *sententia Catonis*, la *poena reticentiae a iuris consultis constituta*, lo *ius* che «*urgebat*» Crasso e l'*aequitas* che richiedeva Antonio. Prima di tutto, però, mi interessa chiarire l'effettiva esistenza della supposta portata innovativa della *sententia* di Catone alla luce dello «*ius*» che Crasso «*urgebat*» nello *iudicium de auctoritate* testé riportato.

Innanzitutto: come può la su citata *sententia Catonis* aver «fatto epoca» per l'innovazione interpretativa – come si è soliti affermare – se proprio negli stessi anni la *poena reticentiae* già veniva qualificata – a tempo di *record* mi verrebbe da dire – come *ius* dall'oratore Crasso in un analogo *iudicium*³⁸²? Il fatto poi che si tratti dello stesso Lucio Licinio Crasso, collega di Quinto Mucio Scevola nel consolato del 95 a. C., induce a considerare di notevole importanza il dato storico che si evince dal collegamento – già posto in dottrina³⁸³ – tra la *poena reticentiae a iuris consultis constituta*, lo «*ius*» che Crasso «*urgebat*» in giudizio e alcune testimonianze indirette di Quinto Mucio Scevola sul punto (D. 18, 1, 59 Celso *libro octavo digestorum*; D. 18, 1, 66, 1 Pomponio *libro trigentesimo primo ad Quintum Mucium*), che dimostrerebbero come, forse proprio in quegli stessi anni, una parte dei giuristi («*quidam*»³⁸⁴, in D. 18, 1, 66, 1) fosse già pervenuta a teorizzarla sul piano dello *ius civile* e nell'ambito degli *iura praediorum* costituiti a favore del fondo mancipato³⁸⁵.

³⁸¹ Per il senso da attribuire all'*aequitas* qui richiamata quale «categoria tecnica dell'*interpretatio*» si vedano R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., p. 327 e, in particolare, L. VACCA, *L'aequitas nell'interpretatio prudentium dai giuristi 'qui fundaverunt ius civile' a Labeone*, in G. SANTUCCI (a cura di), *Aequitas. Giornate in memoria di Paolo Silli*, Atti del convegno (Trento, 11-12 aprile 2002), Padova 2006, p. 25.

³⁸² Nel *de oratore* (Cic. *de orat.* 1, 178) Cicerone fa parlare Crasso che elogia la propria posizione conforme al dettato dello *ius civile* assunta nel giudizio «recentemente» («*nupem*») affrontato (il dialogo del *de oratore* Cicerone lo immagina proprio nel 91 a. C.): «[...] *nonne omnis nostra in iure versata defensio est?*».

³⁸³ R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a. C. – II sec. d. C.)*, Milano 1995, pp. 154 e ss. Cfr. F. BONA, *Cicerone e i «libri iuris civilis» di Quinto Mucio Scevola*, in G. G. ARCHI (a cura di), *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana*, Milano 1985, p. 253.

³⁸⁴ Il termine «*quidam*» in D. 18, 1, 66, 1 – che attesterebbe uno *ius controversum* – è «certamente» classico per M. BRETONNE, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei* 155, 2008, serie IX, vol. XXIII, fasc. 3 (classe di scienze morali, storiche e filologiche), p. 845.

³⁸⁵ D'altronde, dalle parole di Cicerone, la *poena reticentiae* nell'ambito delle *mancipationes praediorum* sembrerebbe essere un prodotto interpretativo ormai consolidato: «*in praediis [...] ius civile ductum a natura malitiam fraudemque vindicat [...]*» (Cic. *de off.* 3, 17, 71). Questo passo è da collegare – a mio avviso – con l'incipit di 3, 16, 65 dove la *poena* viene ricondotta all'*interpretatio prudentium*: «*de iure quidem praediorum*

β) La lettura combinata dei due luoghi mi induce a ritenere che – come vedremo più compiutamente a breve – la *regula iuris* applicata da Catone (Cic. *de off.* 3, 16, 67: «*ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor*»), a leggere attentamente il testo, appare formulata in modo differente rispetto a quella enunciata comunemente dai giureconsulti (Cic. *de off.* 3, 16, 65: «*quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere*»).

A ciò va aggiunto che – come è stato notato da ultimo da Talamanca³⁸⁶ – il secondo giudizio di cui ci informa Cicerone non sembra un *arbitrium bonae fidei* – come la maggior parte della dottrina ha invece ritenuto³⁸⁷ – ma un giudizio scaturente da un'*actio auctoritatis*, come si può

sanctum apud nos est iure civili, ut in vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori [...] quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., p. 325 ritiene grave immaginare «che lo *ius civile* arcaico potesse veicolare criteri equitativi [...] a prescindere dall'impiego dell'*exceptio doli*». Ma – a mio sommessimo avviso – non ritengo sia del tutto impossibile che l'*interpretatio prudentium* abbia fatto fluere lo *ius civile* scaturito dalle XII tavole anche sotto questo profilo. Inoltre, la mancanza dell'*exceptio doli* non dovrebbe provare nulla dato che – come si vedrà meglio oltre – la *poena reticentiae*, in tutte le formulazioni in cui ci è pervenuta, nulla sembra avere a che fare con il *dolus* o altri elementi di tipo soggettivo. Così anche M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, IV, cit., p. 147: «l'episodio [...] mostra come quei valori che si penserebbero mediati dalla *bona fides* potevano esser raggiunti sul piano del *ius civile*, indipendentemente dall'appiglio formale fornito dalla *fides bona* che regge l'*oportere* negli omonimi *iudicia* e senza la necessità di ricorrere all'*exceptio doli (praesentis)*». Per M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., p. 146 il *mancipio dans* aveva trasferito le *aedes* espressamente qualificate come «*optimae maximae*». Sul punto si vedano le critiche di R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., p. 328 e n. 174, secondo il quale però lo *ius Quiritium* rimase fermo «alla regola decemvirale della responsabilità per le false *nuncupationes*» mentre l'*interpretatio* civilistica della punizione delle *reticentiae* fu «interamente condotta sull'*actio empti*».

³⁸⁶ M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., p. 146; ma anche da F. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin 1912, pp. 46 e ss. *Contra* da ultimo R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., pp. 325 e ss. Haymann riteneva però che l'incompatibilità tra lo *ius*, che Crasso *urgebat*, e l'*ex fide bona*, su cui si era fondata la *sententia Catonis*, comportasse la necessità di dover considerare differenti i giudizi: Gratidiano se fosse stato citato in un *arbitrium ex empto* – affermava Haymann – sarebbe stato condannato al pari di Centumalo. In realtà – come vedremo meglio oltre – mi sembra vero il contrario (così anche R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., pp. 325 e ss.). M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., p. 146 ha ritenuto invece che si trattasse non di un'*actio empti* ma di un'*actio auctoritatis*, «fondata sulla presenza di servitù non dichiarate nella *mancipatio*, in cui le *aedes* erano state vendute come *optimae maximae*», in quanto «se fosse vero il contrario, il discorso verrebbe [...] a perdere qualsiasi riferibilità alla contrapposizione fra *ius civile* e *bona fides* che era invece chiamato ad illustrare».

³⁸⁷ G. BESELER, *De iure civili Tullio duce ad naturam revocando*, in *BIDR* 39, 1931, p. 333; A. PEZZANA, *Sull'actio empti come azione di garanzia per i vizi della cosa in alcuni testi di Cicerone*, in *BIDR* 62, 1959, p. 190; R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a. C. – II sec. d. C.)*, Milano 1995, p. 163 n. 148; L. SOLIDORO-MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, cit., pp. 63 e ss.; R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., pp. 324 e ss.

evincere dall'«*in mancipio*» cui fa riferimento Cicerone (Cic. *de off.* 3, 16, 67; «*in mancipi leges*» e «*in mancipio*» in Cic. *de orat.* 1, 178).

Ci troviamo quindi di fronte a due differenti giudizi (l'*arbitrium bonae fidei* di Catone, a seguito di una vendita all'asta di un'*insula*, e l'*actio auctoritatis* di Orata e Gratidiano, a seguito di una *mancipatio* di un fondo), dove, in un caso si applica – in ragione dell'«*ex fide bona*» – e nell'altro si richiede l'applicazione – in forza dell'*aequitas* – della *poena reticentiae* in un modo nettamente differente rispetto alla tradizionale declinazione giurisprudenziale.

La carica innovativa del giudizio catoniano non risiede a mio avviso nella priorità temporale dell'applicazione della stessa *regula iuris*, la cui nascita giurisprudenziale nella sua formulazione generale deve anzi precedere sicuramente l'*arbitrium bonae fidei* di Catone, in quanto già «*a iuris consultis constituta*» per le mancipazioni dei *praedia*, ma piuttosto nella diversità di declinazione tra quella fornita da Catone, da un lato (nell'*arbitrium bonae fidei*), e quella invocata da Crasso, dall'altro (nell'ambito di uno *iudicium de auctoritate*)³⁸⁸.

Probabilmente i giureconsulti, commentando il noto precetto decemvirale «*uti lingua nuncupassit*», erano giunti a prevedere implicitamente anche la *poena reticentiae* nelle *mancipationes praediorum* («*a iuris consultis constituta*» sul piano dello *ius civile* già prima del 91 a. C. e indipendentemente dalla *bona fides*, come ribadito anche in Cic. *de off.* 3, 17, 71: «*in praediis [...] ius civile ductum a natura malitiam fraudemque vindicat [...]*»), che però, appunto, non sembra esser nata con l'*oportere ex fide bona*³⁸⁹.

Catone invece la ricollega alla *bona fides* in modo decisamente innovativo: egli amplia il precetto affermando che nelle *emptiones-ventiones* non solo il venditore dovesse comunicare al compratore i vizi di cui era a conoscenza – come avevano affermato i giureconsulti (Cic. *de off.* 3, 16, 65: «*quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset,*

³⁸⁸ Anche per R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., p. 327, «l'episodio di Orata-Gratidiano costituisce una variazione κατὰ περίστασις [«per circostanze»] del principio attestato nella vicenda Lanario-Centumalo». La notorietà della nuova declinazione della *poena reticentiae* fornita dalla *sententia Catonis* potrebbe aver avuto un'eco decisamente innovativa in ambito giurisprudenziale nella disciplina delle *emptiones-ventiones* (cfr. F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, cit., p. 143). Tanto che – come nota anche R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., p. 325 – la giurisprudenza classica farà proprio questo indirizzo: ad esempio Ulpiano in D. 19, 1, 1, 1 dove si afferma che la *reticentia* debba considerarsi *improba* nel caso in cui «*emptor ignoravit servitutes, quia non videtur esse celatus qui scit neque certiorari debuit qui non ignoravit*».

³⁸⁹ In questo senso M. HORVAT, *Osservazioni sulla «bona fides» nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1953, p. 428. Criticato da R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a. C. – II sec. d. C.)*, Milano 1995, p. 162; cfr. M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., p. 147 n. 410: «[...] si tratta sempre di uno sviluppo» – quello della *poena reticentiae a iuris consulti constituta* – «svoltosi tutto all'interno dell'*actio auctoritatis*, l'unica che poteva venire in gioco nel contesto»; e A. CORBINO, *Eccezione di dolo generale: suoi precedenti nella procedura 'per legis actiones'*, in L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, pp. 26 e ss.

praestari oportere) – ma anche che la buona fede non tollerasse un’asimmetria informativa tra alienante e acquirente (Cic. *de off.* 3, 16, 67: «*ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor*»)³⁹⁰.

Questo genere di ‘fattispecie’ («*huiusmodi [speciei] reticentiae*»)³⁹¹ non può però essere ricompresa nello *ius civile* secondo quanto ci testimonia l’Arpinate: «*sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendi non possunt; quae autem possunt diligenter tenentur*» (Cic. *de off.* 3, 16, 67). Quel modo di operare («*huiusmodi*») della *poena reticentiae*, secondo la statuizione di Catone *iudex*, non rientra nello schema che era stato proposto dagli *iuris consulti* – «*iure civili*» – con l’interpretazione del

³⁹⁰ Così anche R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., pp. 325 e ss. in specifico riferimento al contenuto della *sententia Catonis*.

³⁹¹ Per quanto riguarda in modo specifico il linguaggio dei giuristi romani, quando, nel contesto delle fonti, «*huiusmodi*» è accompagnato da «*specie*» esso sembra assumere il significato di «fattispecie» o «tipo». In questi casi in S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione* non si esita a tradurre con «fattispecie» i due termini latini. Si veda, ad esempio, Paolo in D. 10, 3, 19, 4: «[...] *igitur in huiusmodi speciebus etiam in communi dividendo iudicio venit, ut praefata iura aut mensura aut temporibus dividantur* [...]»; Ulpiano in D. 13, 6, 5, 11: «*Nunc videndum, in quibus speciebus commodati actio locum habeat. et est apud veteres de huiusmodi speciebus dubitatum*»; Ulpiano in D. 19, 1, 13, 6: «*Idem Iulianus dolum solere a venditore praestari etiam in huiusmodi specie ostendit* [...]»; Ulpiano in D. 24, 1, 11, 2: «[...] *ut Marcellus animadvertit in specie huiusmodi* [...]»; Ulpiano in D. 26, 7, 5, 7: «*Iulianus libro vicesimo primo digestorum huiusmodi speciem proponit* [...]». Il sintagma quando gode di questa accezione sembra rappresentare una tipica espressione ‘tecnica’ dei giuristi di età severiana (infatti, non mi spingerei a tradurre con «fattispecie» il precedente luogo di Gai. 2, 238: «[...] *et denique aliae multae huiusmodi species sunt* [...]»), come d’altronde non fa E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*², I, Milano 1986, p. 65). Si veda però Cicerone che, sebbene non sembri aver mai usato «*huiusmodi*» accompagnato da «*specie*», conferisce qui il medesimo significato di «fattispecie» al solo termine «*huiusmodi*» affiancato alla *regula iuris*.

precetto decemvirale e, tantomeno, può trovare applicazione in un giudizio dove l'«*ex fide bonam*» – cui si è ispirato il giudice Catone e di cui ne dà conto nella motivazione³⁹² – è assente³⁹³.

³⁹² Per l'importanza della testimonianza ciceroniana sotto il profilo della motivazione delle sentenze nel processo formulare si vedano L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano 1982, pp.47-48 n. 15; N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, in *Studi parmensi* 33, 1983, pp. 235-236; M. MARRONE, *Dal divieto di agere acta all'auctoritas rei iudicatae. Alle origini delle moderne teorie sul giudicato*, in *Nozione, formazione ed interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professore Filippo Gallo*, II, cit., pp. 3-28; ID., *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in R. RUEDIN (edités par), *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle-Genève-Munich 1999, p. 54; ID., *Su struttura delle sentenze, motivazione e «precedenti» nel processo privato romano*, cit., p. 41. A me pare – lo dico sommessamente – che l'inciso «*ad fidem bonam statutum pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor*» – non virgolettato nelle edizioni moderne – possa essere considerato quale parte della 'motivazione' giuridica della sentenza oltre che il periodo – questo invece solitamente posto tra virgolette – «*ita pronuntiavit: cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere*», dove la seconda parte mi sembra invece rappresentarne il 'dispositivo' («*emptori damnum praestari oportere*»), con l'inconveniente però di dover ammettere una commistione terminologica e concettuale operata da Cicerone circa il significato tecnico solitamente attribuito dalle fonti ai verbi «*pronuntiare*» ('motivare') e «*statuere*» ('decidere'). Sicuramente il «*cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset*» rappresenta la 'motivazione' quale procedimento logico adottato dal giudicante: qui infatti sembrerebbero essere indicati i «fatti decisivi» su cui si fonda la decisione (la conoscenza da parte del *venditor* del *vitium* al momento della vendita e la sua mancata comunicazione, cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, cit., p. 436 n. 38 e R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a. C.-II sec. d. C.)*, cit., p. 159). Ciò però non coincide perfettamente con il principio giuridico enunciato da Catone («*ad fidem bonam statutum pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor*»): se la *fides bona* richiede che il compratore sappia ciò di cui è a conoscenza il venditore, i «fatti decisivi» da accertare e su cui si dovrebbe fondare il 'dispositivo' della sentenza, dovrebbero essere rappresentati tanto dalla conoscenza del *vitium* da parte del venditore, quanto dall'*ignorantia vitii* da parte dell'*emptor*. Da questo punto di vista, per una maggiore chiarezza sul passo, non può esserci di aiuto Val. Max. 8, 2, 1. Infatti, nonostante qui l'«*edoctus*» rappresenti un'utile testimonianza dell'acquisizione d'informazioni da parte del giudice (R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a. C.-II sec. d. C.)*, cit., p. 159 n. 141), il «*de industria*» utilizzato da Valerio Massimo – che viene tradizionalmente tradotto con «volutamente» – conduce fuori strada l'interprete, incidendo erroneamente sul dolo di Centumalo. In generale, sul tema della motivazione delle sentenze si vedano anche i rilievi più recenti di P. STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano. Nelle pieghe di un circuito normativo*, cit., pp. 35 e ss.; B. BISCOTTI, *Dispositivo e parte motivata nella sentenza: idee vecchie e nuove*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano*, I, cit., pp. 303-306; A. PALMA, *Lo ius controversum quale espressione dell'artificialità del diritto romano*, cit., pp. 45 e ss. Sull'uso dei verbi *pronuntiare* e *statuere* si vedano anche E. BETTI, *Su la formula del processo civile romano*, estratto da *Il Filangieri*, settembre-ottobre 1914, pp. 20-24; E. BETTI, *L'antitesi storica tra iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano (con un tentativo di ricostruzione delle formulae delle actiones ex delicto)*, in *RISG* 56, 1915, pp. 3 e ss.; M. MARRONE, *Sulla c.d. pronuntiatio del giudice delle azioni reali nel diritto romano*, in *Mélanges de droit romain offerts à Witold Wołodkiewicz*, Varsovie 2000, pp. 497 e ss.

³⁹³ Tutto questo nello *iudicium de auctoritate* non è possibile, in ragione della differente struttura formulare, che non permette al giudice di utilizzare il parametro della *fides bona* per allargare il precetto giurisprudenziale («*quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere*», Cic. *de off.* 3, 16, 65). Catone opera un'interpretazione dell'«*ex fide bonam*» formulare effettuando quell'allargamento della 'fattispecie' della *poena reticentiae* – 'aggiungendo' qualcosa – per cui la 'protasi' del discorso ipotetico contenuto nel dettato formulare si arricchisce di ulteriori elementi capaci di condizionare l'esito del giudizio (l'«*apodosi*»). In ragione della 'motivazione' dello *iudex* che ci tramanda l'Arpinate («*ad fidem bonam [...] pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor*»), è il «*quidquid*» qualificato dall'«*ex fide bonam*» a permettere al giudice l'allargamento della 'fattispecie' espressa dalla *poena reticentiae* così come a *iuris consultis constituta*.

La differente formulazione dell'*actio auctoritatis* – uno *iudicium stricti iuris*³⁹⁴, molto probabilmente strutturato sulla base della stringente alternativa «*si pareb*» / «*si non pareb*»³⁹⁵ – non avrebbe potuto concedere al giudice un'analogia valutazione, come sembra potersi dedurre anche dalla controversia giudiziale riportata in Cic. *de off.* 3, 16, 67 e Cic. *de orat.* 1, 178³⁹⁶ ([C. AQUILIUS IUDEX ESTO.] «SI PARET N. NEGIDIUM, QUI A. AGERIO STICHUM VENDIDIT ET MANCIPIAVIT, QUAM OB REM N. NEGIDIUM AUCTORITATEM SUBSISTERE OPORTET, AUT AUCTORITATEM DEFUGISSE AUT A. AGERIUM AUCTORITATIS NOMINE INIURIA VICTUM ESSE, QUANTI IS HOMO EMPTUS EST, TANTAM PECUNIAM DUPLAM IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO»)³⁹⁷.

Cicerone vuole quindi renderci edotti della sussistenza di due diverse formulazioni della *poena reticentiae*, e in particolare vuole informarci che quella dettata da Catone non può rientrare facilmente nello *ius civile* esposto dagli *iuris consulti*, mentre altre invece sì («*quae autem possunt diligenter tenentur*»).

³⁹⁴ R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., p. 329.

³⁹⁵ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 543 n. 3, riteneva possibile – anche se non dimostrabile – che a quel tempo un *iudicium de auctoritate* si svolgesse *per formulas*, di cui però non è possibile la costruzione (ID., *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 546: «*Auf den Versuch, die Formel unserer actio zu rekonstruieren, ist natürlich zu verzichten*»). Hanno tentato ricostruzioni della possibile formula *auctoritatis* P. F. GIRARD, *L'«auctoritas» et l'action «auctoritatis»*. *Inventaire d'interpolations*, in *Mélanges de droit romain*, II, Paris 1923, p. 305; H. ANKUM, *L'actio de auctoritate et la restitutio in integrum dans le droit Romain classique*, in J. E. SPRUIT (a cura di), *Maior viginti quinque annis*, Assen 1979, p. 5; M. KASER, *Altrömisches Eigentum und „usucapio“*, in *ZSS* 105, 1988, p. 135 n. 68. Possibilisti sul punto A. CORBINO, *Eccezione di dolo generale: suoi precedenti nella procedura «per legis actiones»*, cit., p. 28. e – anche se contrario a intravedere nel caso in esame uno *iudicium auctoritatis* – R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., p. 329, che ne sottolinea le caratteristiche di *iudicium stricti iuris*. Per M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., p. 145 n. 407, si tratterebbe invece di una *legis actio*. Cfr. da ultimo le riflessioni di R. BRAGGER, *Actio auctoritatis*, Berlin 2012, pp. 222 e ss.

³⁹⁶ Salvo ovviamente il richiamo diretto all'*aequitas* – come tenta di fare Antonio nel giudizio *de auctoritate* – spesso invocata dagli oratori per la soluzione delle «cause disperate» (vedi Quint. *inst.* 7, 1, 63: «*Plerumque autem in fine causarum de aequitate tractabitur, quia nihil libentius iudices audiunt. Aliquando tamen hunc ordinem mutabit utilitas, ut, si in iure minus fiduciae erit, aequitate iudicem praeparemus*»). La citazione («cause disperate») è di V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Studi giuridici*, III, Roma, 1932-34, pp. 1 e ss., ora in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 1, 2012, p. 200 n. 21, che si diceva «spaventato» per via dei consigli dati da Quintiliano. Sul valore da attribuire all'«*aequitas*» invocata da Antonio quale «categoria tecnica nell'interpretatio» (L. VACCA, *L'aequitas nell'interpretatio prudentium dai giuristi «qui fundaverunt ius civile» a Labeone*, cit., p. 25), e non quale principio contrapposto allo *ius civile*, si veda R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., 327.

³⁹⁷ Nella formulazione proposta da M. KASER, *Altrömisches Eigentum und „usucapio“*, cit., che (analogamente alla ricostruzione di P. F. GIRARD, *L'«auctoritas» et l'action «auctoritatis»*. *Inventaire d'interpolations*, cit., p. 305) non prevede una clausola sul *dolus*, come invece prospetta H. ANKUM, *L'actio de auctoritate et la restitutio in integrum dans le droit Romain classique*, cit., p. 5. Cfr. con la formula dell'*arbitrium bonae fidei* dell'*actio empti*: «C. AQUILIUS IUDEX ESTO. QUOD A. AGERIUS DE N. NEGIDIO HOMINEM QUO DE AGITUR EMIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA EIUS C. AQUILIUS IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO; SI NON PARET, ABSOLVITO» (D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², cit., p. 53).

Tra queste ultime (le *reticentiae* che *iure civili comprehendendi possunt*) si deve inserire – a mio sommesso avviso – lo *ius* di cui Crasso richiamava l'attuazione nello *iudicium de auctoritate*³⁹⁸.

La divergente declinazione prospettata da Catone *iudex* non rientra, dunque, nel postulato giurisprudenziale essenzialmente per un motivo³⁹⁹: l'interpretazione fornita da Catone della *poena reticentiae* – che quindi si presenta come *genus* di cui si possono avere più *species* interpretative – semplicemente non corrisponde a quella che era stata fornita generalmente dai giureconsulti sul piano degli *iura praediorum ex iure civili*.

³⁹⁸ Non credo che – alla luce dell'inciso finale «*Quorsus haec? Ut illud intellegas, non placuisse maioribus nostris astutos*» – si possa affermare che il convenuto Gratidiano fosse stato assolto (così invece M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., p. 147; anche per A. CORBINO, *Eccezione di dolo generale: suoi precedenti nella procedura 'per legis actiones'*, cit., p. 28 «entrambe le posizioni processuali avrebbero potuto trovare accoglienza»). Sicuramente per Cicerone chi ha cercato di fare l'«astutus» è Orata («[...] non placuisse maioribus nostris astutos») e non Gratidiano, «*propinquus*» dell'Arpinate: per lo *ius civile* ciò non importa in quanto la *poena reticentiae*, così come *constituta* dai giureconsulti, parla chiaro: Gratidiano avrebbe dovuto comunicare le *servitutes* presenti sul fondo a prescindere dalla conoscenza o meno del *vitium* da parte di Orata.

³⁹⁹ Secondo M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., pp. 137 e ss., un altro motivo impedirebbe la conformità della *sententia Catonis* alla *regula «a iuris consultis constituta»*: gli *arbitria bonae fidei* non potevano avere a quell'epoca – ovverosia almeno sino all'approvazione della *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a. C. (ID., *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 53; ID., *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale*, Napoli 1999, pp. 63 e ss.) – effetti *iure civili*, in quanto in grado di produrli solo sul piano dello *ius honorarium*. La teoria della c. d. «recezione» degli *arbitria bonae fidei* nello *ius civile*, un tempo comunemente accettata, è stata oggetto di critiche in passato più rare ma di recente più diffuse. Per la teoria dell'origine pretoria e della successiva «recezione» nello *ius civile* si vedano in particolare: M. WLASSAK, *Zur Geschichte der negotiorum gestio*, Jena 1879, pp. 153 e ss.; H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, in *ZSS* 11, 1890, pp. 165 e ss.; M. KASER, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, in *ZSS* 59, 1939, pp. 52 e ss.; W. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar 1939, pp. 1 e ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, cit., pp. 195 e ss.; A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris 1954, pp. 42 e ss.; L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, cit., pp. 189-191; F. WIEACKER, *Zur Ursprung der bonae fidei iudicia*, in *ZSS* 80, 1963, pp. 1 e ss.; M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, pp. 109 e ss.; da ultimo, e con ampi ragguagli bibliografici, L. FRANCHINI, *Osservazioni in merito alla recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam' in ricordo di Mario Talamanca*, II, Padova 2011, pp. 115 e ss. (e ora più compiutamente in L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'*, Napoli 2015, *passim*). Di opposta opinione: P. DE FRANCISCI, *Iudicia bonae fidei, editti e formulae in factum*, in *Studi Senesi* 24, pp. 346 e ss., citato dall'estratto Torino 1907, pp. 4 e ss.; G. GROSSO, *Recensione a L. LOMBARDI, Dalla «fides» alla «bona fides»*, cit., pp. 289 e ss.; ID., *Riflessioni su ius civile, ius gentium, ius honorarium nella dialettica fra tecnicismo-tradizionalismo giuridico e adeguazione allo sviluppo economico e sociale in Roma*, in *Studi in memoria di Guido Donaiuti*, I, Milano 1973, pp. 439 e ss., ora in *Scritti storici giuridici*, I, Torino 2000, pp. 935 e ss.; F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, II, cit., pp. 115 e ss.; da ultimi J. PARICIO, *Genesis e natura dei «bonae fidei iudicia»*, in *Rivista di Diritto Romano* 1, 2001, Atti del convegno «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico» in memoria di Arnaldo Biscardi (Siena, 13-15 dicembre 2001), pp. 207 e ss. e R. FIORI, *'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium': il problema della «recezione» dei 'iudicia bonae fidei'*, cit., pp. 165 e ss. e ampia bibliografia ivi citata. Come si è visto *supra* cap. II, la teoria della «recezione» trova le sue «basi ideologiche» nel positivismo giuridico (R. FIORI, *Storicità del diritto e problemi di metodo. L'esempio della buona fede oggettiva*, in L. GAROFALO (a cura di), *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, Atti del convegno (Padova, 25-26 novembre 2005), Napoli 2007, pp. 25 e ss.). Si veda anche L. AMIRANTE, *L'origine dei contratti di buona fede*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, I, Milano 1988, pp. 81 e ss.

Ci troviamo – mi sembra quindi di poter affermare – di fronte ad un’applicazione giudiziale divergente dal tratteggio indirizzo giurisprudenziale: l’una pronunciata da Catone nell’*arbitrium bonae fidei*, perorata da Antonio nello *iudicium de auctoritate* e forse stimolata dalle riflessioni di qualche giureconsulto; l’altra, invece invocata da Crasso sempre nell’ambito del giudizio attivato con l’*actio auctoritatis*.

Ecco allora come mi sembra possa chiarirsi – a mio sommesso avviso – il rapporto fra la *sententia Catonis* dell’*arbitrium bonae fidei* e l’*aequitas* che richiedeva Antonio nell’*actio auctoritatis*, da un lato, e la *poena reticentiae a iuris consultis constituta* e lo *ius* che «*urgebat*» Crasso, dall’altro:

Tabella 1

'fattispecie' (« <i>huiusmodi reticentiae</i> »)	Colonna 1. <i>Sententia Catonis</i> (« <i>ex fide bona</i> »)	Colonna 2. <i>Aequitas</i> che <i>urgebat</i> Antonio	Colonna 3. <i>Poena reticentiae a iuris consultis constituta</i>	Colonna 4. <i>Ius</i> che <i>urgebat</i> Crasso
<p>α) mancanza di comunicazione del vizio conosciuto dal venditore + β) ignoranza del vizio da parte dell'acquirente</p>	<p>«<i>ad fidem bonam [...] pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor</i>»</p>	<p>«<i>quoniam id vitium ignotum Sergio [scil. emptori] non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dicit</i>»</p>		
<p>α) mancanza di comunicazione del vizio conosciuto dal venditore</p>			<p>«<i>quicquid enim est in praedio vitii [...] si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere</i>»</p>	<p>«<i>quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari</i>»</p>

Ciò che rese il giudizio «*notum suis temporibus*» – almeno così mi sembra – non è una funzione innovativa attribuita da Catone alla *bona fides*, o finalmente la sanzione del *dolus in contrahendo*⁴⁰⁰, ma piuttosto un nuovo modo di operare della *poena reticentiae* secondo un differente giudizio di valore che non trova corrispondenza nel precetto civile *a iuris consultis constitutum*, attraverso un'innovativa applicazione della *regula* tramite la considerazione di fatti dalla stessa non contemplati secondo la formulazione espressa *iure civili* dai giureconsulti. Infatti, dalla «Tabella 1»⁴⁰¹ riportata *supra* è possibile formulare una considerazione di carattere generale.

⁴⁰⁰ M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., p. 137.

⁴⁰¹ Alla luce della «Tabella 1» è possibile innanzitutto escludere alcuni rapporti intercorrenti tra i diversi giudizi e le divergenti declinazioni della *poena reticentiae*. Talamanca, ad esempio, mi sembra aver riconosciuto l'innovazione catoniana, in ordine alla contrapposizione in punto di efficacia giuridica fra *ius civile* e *ius honorarium*, enfatizzata nei passi su citati da Cicerone: a) a una nuova funzione attribuita dallo stesso Catone all'*oportere ex fide bona*, affermando che tra la fine del II e gli inizi del I sec. a. C. non fosse ancora completamente maturata la funzione correttiva della *bona fides*; b) alla sanzione del *dolus in contrahendo* tramite l'«*ex fide bona*» (così anche G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, cit., p. 226), a cui invece fino a quel momento era esclusivamente «ricondata la necessità di rispettare la parola data». Circa la innovativa funzione correttiva della *bona fides* (*sub a*), a mio sommessimo avviso, il giudizio di Q. Mucio Scevola sul ruolo integrativo della statuizione giudiziale negli *arbitria bonae fidei* – testimoniato da Cic. *de off.* 3, 17, 70 – mi sembra dimostrare che già per il Pontefice massimo – proprio a cavallo tra il II e il I sec. a. C. – la *bona fides* svolgeva una funzione determinante *ex officio iudicis* del *quidquid dare facere oportere* e quindi integrativa degli effetti del negozio. Per quanto

L'allargamento della 'fattispecie' della *poena reticentiae* operato da Catone (*sub* colonna 1)⁴⁰², invocato come *aequitas* da Antonio nello *iudicium auctoritatis* (*sub* colonna 2)⁴⁰³:

α) mancanza di comunicazione del vizio conosciuto dal venditore + **β)** ignoranza del vizio da parte dell'acquirente

viene contrapposto alla *regula constituta* dai giuristi sulla base del precetto decemvirale (*sub* colonna 3) e invocata come *ius* da Crasso (*sub* colonna 4)⁴⁰⁴:

riguarda invece la sanzione del dolo (*sub* b), sia nel luogo ciceroniano che in quello di Valerio Massimo, non si fa mai riferimento al *dolus in contrahendo* del venditore ma solo alla *scientia* del *vitium* da parte dell'alienante (di opposta opinione A. CORBINO, *Eccezione di dolo generale: suoi precedenti nella procedura 'per legis actiones'*, cit., p. 29). Né tantomeno – come è stato già sottolineato – si fa riferimento al dato soggettivo che di regola richiede un giudizio *de dolo* (le intenzioni del venditore) ma bensì «ci si ferma al dato oggettivo della conoscenza del *vitium* da parte del venditore» (R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., p. 322; così già A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinen Recht*, III.2, Leipzig 1908, pp. 191 e ss.). Infine, lo stesso Cicerone, nel commentare una *stipulatio* avvenuta probabilmente nell'ultimo quarto del II sec. a. C. tra il cavaliere romano Caio Canio e il banchiere siracusano Pizio (su cui da ultimo L. FRANCHINI, *A proposito di un famoso caso di frode a Siracusa (per una rilettura di Cicerone, de officiis, 3, 14, 58-60)*, in A. PALMA (a cura di), *Civita e civilitas. Studi in onore di Francesco Guizzi*, I, Torino 2013, pp. 368 e ss.), dove il primo non aveva potuto utilizzare le *formulae de dolo* in quanto non ancora «pubblicate» da Aquilio Gallo (cfr. sul punto la ricostruzione storica di M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano 1973, pp. 127 e ss. e di F. D'IPPOLITO, *Sulla data dell'actio de dolo*, in *Labeo* 41, 1995, pp. 247 e ss.), afferma che il *dolus* era già contemplato («erat vindicatus») – e quindi molto prima dell'*arbitrium* di Catone – negli *iudicia sine lege* «in quibus additur ex fide bona» (Cic. *de off.* 3, 15, 61).

⁴⁰² R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a. C.-II sec. d. C.)*, cit., p. 159 nota che il contenuto della *sententia Catonis* «dimostra lo sforzo del giudice di indicare i «fatti decisivi» della sua decisione che portano ad individuare nella condotta del venditore un qualcosa di decisivo ai fini della sua *condemnatio*». Si veda anche G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, Roma 1963, p. 436 n. 38. Mi sembra notare invece l'allargamento dei 'fatti decisivi' P. STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano. Nelle pieghe di un circuito normativo*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano*, II, cit., p. 70 n. 83: «si evince come, in una valutazione di buona fede rientri la considerazione da parte del giudice del concreto configurarsi del danno arrecato dal venditore al compratore, se cioè vi fosse stata conoscenza del vizio da parte del compratore e ignoranza del venditore».

⁴⁰³ Il legame tra il contenuto della *sententia Catonis* e l'*aequitas* invocata da Antonio nello *iudicium de auctoritate* appare ancora più evidente leggendo il commento di Val. Max. 8, 2, 1 alla decisione di Catone: «[...] continuo illum Calpurnio damnauit, summa quidem cum aequitate [...]»; contro un'opposizione tra *ius* ed *aequitas* si pronuncia invece R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., pp. 326-327.

⁴⁰⁴ La declinazione attribuita da Catone alla *regula* fa sì che la condanna debba esser emessa solo qualora il vizio non sia noto anche all'acquirente (elemento che si pone come condizione negativa della formazione della 'fattispecie'). L'obiettivo è evidentemente la sanzione delle asimmetrie informative che oggettivamente non devono sussistere in un *contractus* tutelato dalla *fides bona* (così come riconosce anche R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., p. 325: la «bona fides [...] persegue l'equilibrio contrattuale: se l'*emptor* è a conoscenza del vizio, poiché non ha subito un pregiudizio dal comportamento del *venditor*, non c'è condanna»). Se da un lato si restringe il margine sanzionatorio della *poena reticentiae* (prevedendo una condizione negativa della condanna in caso di mancata comunicazione), dall'altra: a) non si pone come ulteriore condizione – così come abbiamo appurato (vedi *supra* nel testo) – il *dolus in contrahendo* del venditore, ma solo la *scientia* del *vitium* così come

α) la mancanza di comunicazione del vizio conosciuto dal venditore.

Mi sembra allora che sia possibile intravedere nell'applicazione giudiziale sancita da Catone un indirizzo interpretativo che lo stesso Arpinate vuole porre in antitesi a quanto *iure civili* era stato asserito dagli *iuris prudentes*.

È infatti sempre Cicerone, in un passo successivo al racconto dei due giudizi, a ricordarci, nel contrapporre la *lex naturae* allo *ius civile* (*mores e leges*), che il comportamento sanzionato da Catone non era previsto ancora al suo tempo dalle *leges* e dallo *ius civile* e non era considerato *turpe* nemmeno dai *mores* (Cic. *de off.* 3, 17, 68: «*Hoc quamquam video propter depravationem consuetudinis neque more turpe haberi neque aut lege sanciri aut iure civili, tamen naturae lege sanctum est*»). Né i *mores*, né la *lex*, né lo *ius civile* nel suo complesso – frutto dell'*interpretatio prudentium* – permettevano di effettuare una valutazione simile a quella compiuta da Catone.

γ) A me pare abbastanza evidente allora – anche in ragione della contrapposizione tra la *sententia Catonis* e la *depravatio consuetudinis* rimarcata da Cicerone – che la decisione di Catone giudice fosse da collocare per l'Arpinate fra due 'fuochi': la consolidata interpretazione giurisprudenziale sulla *constituta poena reticentiae*, da un lato, e la non ancora assecondata necessità di sanzionare, in modo più efficace ed adeguato ai tempi, la *turpitude* e i comportamenti contrari alla *fides bona* e al *bene agi*, dall'altro. Come vedremo meglio a breve, questa necessità sembra aver trovato risposta per prima nella decisione giudiziale di Catone – priorità che gli conferisce notorietà nel tempo – di fronte alla sorda interpretazione giurisprudenziale che tralattivamente indicava l'applicazione della *poena reticentiae* così come *constituta* senza alcuna preoccupazione sulla concreta sanzione di un comportamento *turpe*.

negli *iura praediorum* (cfr. R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., pp. 322-323: «il fatto che il venditore tenga per sé informazioni che potrebbero interessare l'acquirente potrebbe essere letto come un comportamento scorretto alla luce della *bona fides*: una analogia che non sarebbe possibile neanche in ipotesi se la *sententia Catonis* fosse fondata sul dolo»); b) il «*tacere*» utile per il *venditor* diventa un «*celare*» da considerarsi *turpe* se l'*emptor* sia ignaro del *vitium*: ignoranza che diventa così elemento discriminante per la pronuncia della condanna.

**C) LE «ANCIPITES» («INCERTEZZE») DEI GIUDIZI CHE COINVOLGONO IL
TURPE E L'HONESTUM NON CONDIVISI «AB OMNIBUS» (CIC. INV. 1, 20; VAL.
MAX. 8, 1 INIT.).**

Per comprendere meglio quanto poc'anzi affermato, credo che l'episodio processuale vada a mio avviso inserito, sia nell'ambito del contesto dello scritto ciceroniano – dove l'oratore in modo «senz'altro disordinato» unisce «esemplificazioni giuridiche» a considerazioni di carattere filosofico⁴⁰⁵ –, sia all'interno del più illuminante quadro dell'opera di Valerio Massimo, il quale ci fornisce analoga testimonianza della *sententia Catonis* assieme ad altri giudizi «noti al loro tempo».

Nel primo caso, sembra emergere una non uniforme interpretazione del *bene agi*, del *turpe* e dell'*honestum*; una controversialità a cui Catone giudice tenta di dare soluzione, allargando e, in un certo qual modo, superando il precetto giurisprudenziale della *poena reticentiae* (*infra sub α*).

Nel secondo caso, invece, la *sententia Catonis* è inquadrata all'interno delle «incertezze» («*ancipites*») che possono emergere nei giudizi coinvolgenti valutazioni della *turpitude* e dell'*honestas* (*infra sub β*). Un eventuale legame fra questi due profili potrà condurci ad ipotizzare – anche in ragione di una non comune interpretazione di un ulteriore noto luogo ciceroniano (Cic. *de off.* 3, 17, 70) – un ruolo determinante del giudice chiamato a pronunciarsi nei casi di controverse interpretazioni dei concetti-valore come l'*ex fide bona* (*infra § 2*).

α) L'episodio dell'*arbitrium bonae fidei* va collocato, innanzitutto, all'interno delle riflessioni dell'Arpinate che prendono piede nei passi precedenti (a partire da Cic. *de off.* 3, 12, 50): l'oratore si dilunga – riportando una discussione (non si sa se immaginaria o meno, da collocare nel caso intorno alla metà del II sec. a. C.) tra i filosofi Diogene di Babilonia e Antipatro di Tarso (Cic. *de off.* 3, 12, 51) – sul conflitto tra l'utile e l'onesto proprio in riferimento agli obblighi 'positivi'-di fare («*prodest quibus potest*») o 'negativi'-di non fare («*nocet nemini*») che spettano ad un *bonus vir* (Cic. *de off.* 3, 15, 64). Le resistenze dimostrate da Diogene nel corso dei §§ 51-55 verso gli obblighi 'positivi' volti all'immedesimazione del venditore negli interessi dell'acquirente – che rischierebbero di trasformare ogni vendita in una donazione a dire del filosofo («*Quod si ita est, ne vendendum quidem quicquam est, sed donandum*»), Cic. *de off.* 3, 12, 53)⁴⁰⁶ –

⁴⁰⁵ M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., p. 139 n. 388. Cfr. R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., *passim*; M. BRUTTI, *Cicerone, dalla virtù al diritto*, in *SDHI* 77, 2011, pp. 3 e ss.

⁴⁰⁶ Antipatro di Tarso sostiene la tesi che sarà accolta da Catone nell'*arbitrium bonae fidei*: «*Antipatro omnia patefacienda, ut ne quid omnino, quod venditor norit, emptor ignoret*» (Cic. *de off.* 3, 12, 51). Per Diogene invece «*venditorem, quatenus iure civili constitutum sit, dicere vitia oportere, cetera sine insidiis agere et, quoniam vendat, velle quam optime vendere*».

rendono palesi, nel più ampio discorso ciceroniano, le difficoltà percepite anche dai romani nel trovare il confine fra il semplice «*tacere*» e il «*celare*» informazioni di cui si è a conoscenza⁴⁰⁷.

L'Arpinate cerca di fornire risposte ai quesiti sollevati nel dibattito filosofico (Cic. *de off.* 3, 13, 56: «*quae diiudicanda sunt; non enim, ut quaereremus, exposuimus, sed ut explicaremus*») ricercandole nell'esperienza giuridica di Roma, ricollegando così la discussione alla «*vera philosophia*» romana⁴⁰⁸: parla delle «*de dolo malo formulas*» dell'amico e collega Gaio Aquilio (Cic. *de off.* 3, 14, 60), cita i giudizi «*in quibus additur EX FIDE BONAE*», il «*MELIUS AEQUIUS*» dell'*arbitrium rei uxoriae* e l'«*UT INTER BONOS BENE AGIER*» dell'*actio fiduciae* (Cic. *de off.* 3, 15, 61), riporta la definizione del *dolus malus* enucleata sempre da Aquilio (Cic. *de off.* 3, 15, 61 e 64) fino a ricordare il precetto delle XII tavole («*ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata*») e la successiva *interpretatio prudentium* (Cic. *de off.* 3, 16, 65). E, infine, l'*arbitrium bonae fidei* di Marco Porcio Catone giudice e lo *iudicium de auctoritate* con gli avvocati Antonio e Crasso.

Questi ultimi esempi sembrano allora servire – nel più generale impianto del discorso ciceroniano – a palesare le soluzioni romane, giuridiche piuttosto che filosofiche, all'ambiguo confine tra il *turpe* – di cui è sicura espressione il «*celare*» – e l'*honestum* – nel quale è ricomprendibile il «*tacere*» –, ambiguità che possono in particolare emergere qualora ci si focalizzi esclusivamente sul lato soggettivo dell'alienante e non invece sul 'danno' oggettivo arrecato all'acquirente⁴⁰⁹.

La *sententia* di Catone – nel contesto esposto dall'Arpinate – sembra allora poter sopperire, almeno agli occhi dell'autore, alla mancanza di una regola che sappia superare efficacemente l'*empasse* dovuto a questo labile e sfumato confine fra il *turpe(-celare)* e l'*honestum(-tacere)* su cui, appunto, sembra non esservi un sentire comune non più soddisfatto dalla *poena reticentiae a iuris*

⁴⁰⁷ R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a. C.-II sec. d. C.)*, cit., p. 161. È solo con la *sententia Catonis* che «l'elemento essenziale che si dimostra contrario alla *fides bona* [...] non è il *tacere* in quanto tale, ma il *celare*, cioè il tacere un qualcosa di cui si è a conoscenza». Si intravede in questa ricerca di equilibrio – fra gli opposti interessi delle parti contraenti – il germe del principio enunciato da Ulpiano per cui è conveniente alla *fides bona* prendere in considerazione gli interessi della controparte finché ciò non vada a detrimento dei propri (Ulpiano *libro vicesimo octavo ad Sabinum* in D. 18, 6, 1, 3: «[...] *aut vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptoribus*»).

⁴⁰⁸ Su cui si veda, per un collegamento fra il pensiero ciceroniano e il noto incipit ulpiano, G. FALCONE, *La 'vera philosophia' dei 'sacerdotes iuris'*. *Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D.1.1.1.1)*, in *AUPA* 49, 2004, pp. 41 e ss.

⁴⁰⁹ Sulla opportunità di non tradurre il «*damnum praestari oportere*» nei termini di un «risarcimento del danno», al fine di non cadere in fuorvianti letture modernizzanti, si veda R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a. C.-II sec. d. C.)*, cit., pp. 159-160. Il giudice avrebbe indicato con *damnum* ciò di cui si 'deve essere garanti', si deve 'rispondere'. Il *praestari* invece è un obbligo primario contenuto nell'*oportere*, e non il 'risarcimento' per l'inadempimento del *facere* o del *dare*.

consultis constituta che il giudice Catone – nell’ambito di questa non uniformità di vedute – sente quindi l’esigenza di superare autonomamente⁴¹⁰.

β) Valerio Massimo, nel suo *factorum et dictorum memorabilium*, al libro ottavo, giunge a raccontare dei processi memorabili. Prima i pubblici (8, 1) poi i privati (8, 2). Come è stato notato dalla critica letteraria⁴¹¹, l’autore tramite l’utilizzo di «formule di trapasso» cerca – a volte un po’ forzatamente – di raggiungere «un minimo di coerenza stilistica, logica e narrativa» collegando tra loro più libri o più capitoli del medesimo libro. Nell’introdurre il libro ottavo giustifica in questo modo la dissertazione sulle cause processuali su cui s’intratterà nei successivi capitoli: «affinché impariamo a tollerare con maggiore serenità d’animo le incertezze dei giudizi».

Val. Max. 8, 1 *init.*: «Nunc, quo aequiore animo ancipites iudiciorum motus tolerentur, recordemur invidia laborantes quibus de causis aut absoluti sint aut damnati»

Val. Max. 8, 2 *init.*: «Publicis iudiciis adiciam priuata, quorum magis aequitas quaestionum delectare quam immoderata turba offendere lectorem poterit»

⁴¹⁰ Se da un lato, infatti, la *poena reticentiae a iuris consultis constituta* per gli *iura praediorum* (Cic. *de off.* 3, 16, 65; 3, 17, 71) puniva, al di là dell’ignoranza della controparte, solo ed esclusivamente il silenzio del venditore che era da considerare sempre un «*celare*» e quindi da punire con la *poena in duplum*, dall’altro si rischiava di attribuire a tutti i silenzi il carattere della *turpitude* benché fossero espressione di un semplice *tacere*. Nella *sententia Catonis* risulta turpe, al contrario, il silenzio di cui il venditore deve rispondere in chiave risarcitoria – e quindi non punitiva (cfr. L. SOLIDORO-MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, cit., p. 92; R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., p. 322) – in ragione dell’ignoranza dell’*emptor*, perché – secondo la motivazione aggiunta *ex post* da Cicerone – il «*peccare*» non può mai essere «*honestum*» (Cic. *de off.* 3, 15, 64). Se l’oggetto di accertamento fosse, così come previsto dalla *poena reticentiae*, la sola *scientia vitii* del *vendor*, e non anche l’*ignorantia* dell’acquirente, è evidente per Cicerone (e probabilmente anche per Catone) il rischio di considerare ingiusta una condanna in ragione della difficoltà di individuare una linea di confine fra l’*honestas* e la *turpitude* del comportamento del *vendor*. È questo – per Catone, prima del 91 a. C., e per Cicerone, nel 44 a. C. – contrariamente all’indirizzo giurisprudenziale del loro tempo, a dover esser il criterio discriminante per considerare *turpe* il comportamento del venditore. Per il giudice è risultato contrario a *bona fides* (e quindi ‘*turpe*’ secondo il pensiero ciceroniano) ciò che apparentemente sembrava ‘onesto’ in quanto volto a perseguire un utile proprio e non a procurare un ‘danno’ altrui. Non importa più la semplice *scientia vitii* del *vendor*: per Catone è determinante anche l’*ignorantia* dell’*emptor*. Mentre per lo *iudicium de auctoritate* rileva la semplice *scientia* del venditore e per l’*arbitrium bonae fidei* conta anche e soprattutto l’*ignorantia* del compratore. Spostando l’ago della bilancia sul *damnum* che il venditore *praestare oportet*, il giudice Catone evita che ci si concentri sul punto di vista unilaterale del *vendor*, rischiando di restare impantanati nella difficoltà di superare una naturale controversialità di giudizi di valore sul punto (il perseguimento di un ‘onesto utile’ proprio o il raggiungimento di un ‘turpe danno’ altrui). Da questo punto di vista la testimonianza di Val. Max. 8, 2, 1 si allinea con quella fornita da Cicerone: «[...] *quia bonae fidei uenditorem nec c o n m o d o r u m spem augere nec i n c o m m o d o r u m cognitionem obscurare oportet*»; Cic. *de off.* 3, 15, 64: «[...] *sive vir bonus est is, qui prodest quibus potest, nocet nemini, certe istum virum bonum non facile reperimus. Numquam igitur est utile peccare, quia semper est turpe, et, quia semper est honestum virum bonum esse, semper est utile*».

⁴¹¹ R. FARANDA, *Introduzione a Detti e fatti memorabili di Valerio Massimo*, Torino 1987 (ristampa ed. 1971), pp. 16-17.

Proprio utilizzando una di quelle «formule di trapasso», il racconto del capitolo secondo («*de privatis iudiciis insignibus*») si apre con un richiamo al primo capitolo «*de publicis iudiciis*» («ai processi pubblici farò seguire i privati»). Anch'essi, nell'intento dell'autore, devono quindi svolgere la medesima funzione dei giudizi pubblici annunciata all'inizio del capitolo primo («*Nunc, quo aequiore animo ancipites iudiciorum motus tolerentur*», Val. Max. 8, 1 *init.*).

Il loro numero è molto più esiguo rispetto a quello dei *publica iudicia* (quattro contro ventitré): essi sono, almeno sicuramente per tre quarti, giudizi dove il risultato incerto («*ancipites*») è strettamente legato alla possibilità per lo *iudex* di esprimere un giudizio di valore tramite delicati strumenti di giudizio: 1) l'*arbitrium bonae fidei* di Catone padre; 2) un'*actio certae creditae pecuniae* dove l'*obligatio verbis contracta* viene considerata invalida perché *turpis* dal giudice Aquilio Gallo⁴¹²; 3) un'*actio rei uxoriae* di Caio Mario *iudex* con condanna *nummo uno*⁴¹³. Tutti casi in cui sono concesse allo *iudex* valutazioni discrezionali implicanti giudizi di valore⁴¹⁴.

Alla luce della tendenziale omogeneità dei giudizi presi ad esempio, credo sia necessario concentrarsi sull'espressione adottata da Valerio Massimo: le «*ancipites iudiciorum*» richiamano alla memoria i «*genera causarum*» che Cicerone propone nel *de inventione* all'incirca intorno all'85 a. C. («*Genera causarum quinque sunt: "honestum", "admirabile", "humile", "an c e p s", "obscurum"*»),

⁴¹² Su cui si veda A. CORBINO, *Il caso di Vitellio Varrone e Otacilia Laterense* (Val. Max. 8.2.2), in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli 2001, pp. 249 e ss.; poi nuovamente in ID., *Iudicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., pp. 155 e ss. Anche in questo caso è rilevante l'ipotesi – prospettata da Corbino – che vede la nullità *iure civili* delle *stipulationes turpes* quale opzione interpretativa sostenuta, al tempo del processo in questione, solo da una parte della giurisprudenza e, quindi, opinione di *ius controversum* (ID., *Il caso di Vitellio Varrone e Otacilia Laterense* (Val. Max. 8.2.2), cit., pp. 275-276; ID., *Iudicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., p. 158).

⁴¹³ Su cui anche Plut. *Mar.* 38. Cfr. G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei «bonae fidei iudicia»*, in *RISG* 3.1, 1928, pp. 39-96, ora in *Scritti storico giuridici. III. Diritto privato. Persone obbligazioni successioni*, Torino 2001, p. 131 e M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote nel diritto romano. I. Sulla formula dell'actio rei uxoriae*, Alcamo 2006, pp. 93 ss. Per uno sguardo alla bibliografia più risalente si vedano S. SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*, Città di Castello 1899, pp. 252 e ss., spec. p. 259; P. THOMAS, *Observations sur les actions «in bonum et aequum conceptae»*, in *Nouvelle Revue Historique* 25, 1901, pp. 464-465.

⁴¹⁴ Il quarto giudizio, portato a esempio da Valerio Massimo, riguarda invece l'applicazione a un caso concreto della 'fattispecie' di furto (Val. Max. 8, 2, 4: «*Multus sermo eo etiam iudicio manavit, in quo quidam furti damnatus est, qui equo, cuius usus illi Aricium commodatus fuerat, ulteriore eius municipii cliu uectus esset [...]*»). La qualificazione come *furtum* del comportamento in questione dovrebbe qui svolgere la funzione di esemplificazione in via residuale dell'altro caso di *anceps iudicium* individuato da Cicerone: non tanto quella «*causa et honestatis et turpitudinis particeps, ut et benivolentiam pariat et offensionem*» (Cic. *inv.* 1, 20), ma piuttosto quel tipo di giudizio dove la «*iudicatio dubia est*». Come è noto, in Gai. 3, 196-198 la *contractatio rei invito domino* si presenta quale elemento determinante per l'integrazione della 'fattispecie' di furto, pertanto si considera commettere *furtum* anche il depositario che usa la *res depositata* e il comodatario che destina ad altro uso la *res* ricevuta per un uso specifico (utilizzando oltretutto lo stesso esempio di Valerio Massimo: «*si quis equum gestandi gratia commodatum longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem perduxisset*»). È ovvio però che la questione debba essere affrontata *in iure* e non *apud iudicem* in quanto un giudizio di *commodatum*, ad esempio, non può concludersi con una *sententia* di condanna per *furtum*, non permettendolo la *formula*. Sulla difficoltà di individuare il confine fra la responsabilità *ex contractu* e quella *ex delicto* si veda anche Aulo Gellio *noct. Att.* 6, 15, 1.

Cic. *inv.* 1, 19): in particolare quel tipo di causa definita «*anceps*» («incerta») allorché o la «*iudicatio dubia est*» oppure nell'ipotesi in cui emergano nella causa contemporaneamente elementi coinvolgenti l'onesto e il turpe («*anceps, in quo aut iudicatio dubia est aut causa et honestatis et turpitudinis particeps, ut et benivolentiam pariat et offensionem*», Cic. *inv.* 1, 20).

Una simile ricostruzione la rinveniamo anche nella *rhetorica ad Herennium* e nell'*institutio oratoria* di Quintiliano.

Nella *rhetorica ad Herennium* 1, 3 i *genera causarum* mutano nel numero e nella denominazione («*honestum, turpe, dubium, humile*»)⁴¹⁵, ma ruotano comunque tutti intorno ai concetti dell'«*honestum*» e del «*turpe*». Più precisamente qui emerge l'incertezza dell'esito del giudizio nel momento in cui essa coinvolga sia il *turpe* sia l'*honestum*, quando la causa patrocinata non sia «*ab omnibus*» considerata onesta. Infatti, mentre l'«*honestum genus causae*» si ha quando «*ab omnibus defendendum videtur, aut obpugnabimus, quod ab omnibus videtur obpugnari deberet*», il «*dubium genus*» – così come nel caso della ciceroniana *causa anceps*⁴¹⁶ – si verifica nel caso in cui «*habet in se causa et honestatis et turpitudinis partem*», e cioè non vi sia «*ab omnibus*» – e quindi sia oggetto di *controversiae* – la considerazione che la propria causa debba esser difesa in quanto onesta o debba invece esser contrastata quella turpe altrui. La mancanza del consenso unanime («*ab omnibus*») circa l'*honestas* e la *turpitude* della *causa* comporterebbe una maggiore incertezza («*dubium*») dell'esito del giudizio.

Quintiliano riprende i due schemi e li sintetizza affiancando il *genus dubium* della *rhetorica ad Herennium* al ciceroniano *anceps*: «*Genera porro causarum plurimi quinque fecerunt: honestum, humile, dubium vel anceps, admirabile, obscurum*» (Quint. *inst.* 4, 1, 40).

Nella *rhetorica* e nel *de inventione* il «*genus honestum*» è tale dunque allorché si difenda «ciò che tutti considerano vada difeso o si combatte ciò che per tutti è da combattere»⁴¹⁷; la *turpitude* del «*genus turpe*» invece è assunta «come parametro non suscettibile di definizione»⁴¹⁸. Esso infatti ricorre o quando si combatte una *causa honesta* o quando si difende una *causa turpis*. La *turpitude* perderebbe invece il suo carattere apodittico in una *causa dubia* o *anceps*, dove la «*iudicatio dubia est*» o che risulta «*et honestatis et turpitudinis particeps*» (Cic. *inv.* 1, 20)⁴¹⁹.

⁴¹⁵ M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano*, Roma 1977, p. 152 n. 446 e p. 157 n. 460.

⁴¹⁶ S. DI SALVO, «*Lex Laetoria*». *Minore età e crisi sociale tra il III e il II a. C.*, Napoli 1979, p. 212 n. 369 precisa che le definizioni fornite dall'*Auctor* e da Cicerone, rispettivamente del genere *dubium* e del genere *anceps*, sono «pressoché identiche», contrariamente a quanto aveva invece affermato C. BIONE, *I più antichi trattati di retorica in lingua latina*, Roma 1956 (ristampa anastatica Napoli 1938), pp. 141 e ss. sulla completa estraneità fra i due manuali di retorica.

⁴¹⁷ S. DI SALVO, «*Lex Laetoria*». *Minore età e crisi sociale tra il III e il II a. C.*, cit., pp. 212-213 n. 370.

⁴¹⁸ S. DI SALVO, «*Lex Laetoria*». *Minore età e crisi sociale tra il III e il II a. C.*, cit., p. 212.

⁴¹⁹ Come è stato notato, sicuramente l'elaborazione dei *genera* delle *causae* potrebbe esser giunta a modellare gli stessi *iudicia*: difatti, «è in definitiva il tipo di giudizio nel quale l'avvocato svolge la funzione

Dunque, nei giudizi che coinvolgono il *turpe* – come appunto i *turpia iudicia* (fra cui spiccano quelli appartenenti al novero dei *bonae fidei iudicia*)⁴²⁰ – qualora la valutazione del *turpe* e dell'*honestum* non sia «*ab omnibus*» condivisa ci troveremmo di fronte a una *causa dubia* o *anceps*: «incerta».

Ecco quindi finalmente riannodarsi il filo del discorso: a mio avviso, la *sententia Catonis* nell'*arbitrium bonae fidei*, riportato anche da Valerio Massimo, sarebbe una comprovante testimonianza dell'«incertezza» scaturente dalla non uniforme percezione della linea di confine fra il *turpe* e l'*honestum* nel caso di specie.

Questa come le altre «*incipites iudiciorum*» dovute a *magnae quaestiones* coinvolgenti il *turpe* e l'*honestum* (come quella sui *boni viri* e sul *bene agi* testimoniata da Cicerone) sono tali per cui sembra essere «per lo più» dello *iudex* («*magni esse iudicis*»: Cic. *de off.* 3, 17, 70), in questi casi di controversie irriducibili ad una efficace e preventiva sintesi giurisprudenziale («*magna quaestio*»), il compito di scioglierle solo al definitivo momento della *sententia* («*statuere*») su ciò che ciascuna parte debba prestare all'altra. È ciò che fece, a mio sommo avviso, anche Catone nell'*arbitrium bonae fidei* passato alla storia.

di accusatore o difensore a determinare il *genus* della *causa*» (S. DI SALVO, «*Lex Laetoria*». *Minore età e crisi sociale tra il III e il II a. C.*, cit., p. 213).

⁴²⁰ Tra i *turpia iudicia* – ossia quelli che «*summae existimationis et paene dicam capitis*» (Cic. *pro Rosc. com.* 16: «[...] *tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis* [...]») – vi sono, per Cicerone, proprio alcuni tra quelli *bonae fidei* (Cic. *pro Caec.* 7-8): «[...] *qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciae rationem fraudavit quempiam* [...] “*Est enim turpe iudicium*”. *Ex facto quidem turpi* [...]». Si tratta dunque dei *bonae fidei iudicia* di fiducia, tutela, società (e mandato: Cic. *pro Rosc. Amer.* 39, 113 e *nat. deor.* 3, 74), che fanno «gruppo» a sé in ragione dell'*infamia* «generica», che le relative sentenze di condanna irrogano al convenuto (cfr. L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, cit., p. 169; contra M. KASER, «*Infamia*» und «*ignominia*» in *den römischen Rechtsquellen*, in *ZSS* 73, 1956, pp. 220 e ss.).

2. LA «MAGNA QUAESTIO» SUI «BONIS» E SUL «BENE AGERE» TESTIMONIATA DA CICERONE (CIC. DE OFF. 3, 17, 70): IL POSSIBILE RUOLO DELLO IUDEX

Come si è visto, Cicerone ci fornisce testimonianza di una «*magna quaestio*» su chi siano i «corretti» e su cosa voglia dire «agire correttamente» (Cic. *de off.* 3, 17, 70):

Cic. *de off.* 3, 17, 70: «Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! Quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint “boni” et quid sit “bene agi”, magna quaestio est»

Sul punto a me appare evidente che lo *ius controversum* si sia alimentato, trovando a fatica un’uniforme interpretazione del «*bene agere*»⁴²¹. D’altronde, come Pomponio (*libro singulari enchiridii* D. 1, 2, 2, 12) avrà modo di affermare molti anni più tardi, è proprio lo «*ius civile sine scripto*» che può trovare esplicazione esclusivamente attraverso l’interpretazione dei giuristi («*in sola prudentium interpretatione consistit*»). Sono loro, infatti, ad avere *traditum*, e cioè tramandato, il contenuto di quelle categorie giuridiche ‘valoriali’ che trovavano spazio nella procedura formulare: *aequum et bonum*, *dolus malus*, *aequius melius* e *fides bona* (Cic. *top.* 66):

Cic. *top.* 66: «In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut INTER BONOS BENE AGIER OPORTET, in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est QUOD EIUS AEQUIUS MELIUS, parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt [...]»

La testimonianza di Cicerone è di estrema importanza, in quanto la probabile iniziale uniforme attività interpretativa della giurisprudenza (ipotizzabile in ragione della coniugazione al perfetto del verbo *tradere* in Cic. *top.* 66), con riferimento, in evidente via esemplificativa, ai

⁴²¹ M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Lærformeln» e valori dell’ordinamento*, cit., pp. 5 e ss. e 143; R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema², cit., pp. 34 e ss. *Contra* R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., p. 336 e G. FALCONE, *Il rapporto ius gentium-ius civile e la societas vitae in Cic. off. 3.69-70*, cit., p. 268.

concepta verba dell'*actio fiduciae*⁴²² e ai *verba sollemnia* di una relativa *legis actio*⁴²³, potrebbe essersi arrestata e diluita innanzi alla viva controversialità dello *ius romano*. Probabilmente è anche in ragione dello *ius controversum* che l'Arpinate invitò i giureconsulti della sua epoca a esser «*parati*» nell'esplicazione del contenuto dell'«*ex fide bonae*» e delle clausole formulari affini (come l'«*ut inter bonos bene agier oportet*»)⁴²⁴.

I termini utilizzati dall'Arpinate sono infatti quelli tipici dello *ius controversum*⁴²⁵ (si veda ad es. Gai. 3, 149: «*magna autem quaestio fuit [...]*»)⁴²⁶.

Come è noto⁴²⁷, le espressioni «*ius controversum*», «*ius dubium*» e «*ius varium*» appartengono al linguaggio dei retori (Cic. *pro Mur.* 28: «*controversum ius*»; Quint. *inst.* 12, 3, 6: «*ius [...]* *dubium*»; Cic. *pro Caec.* 69: «*de iure varium*») e dei giudici (Gell. *noct. Att.* 12, 13, 3) ma non a quello dei

⁴²² Cic. *top.* 66: «UT INTER BONOS BENE AGIER», che ritroviamo citata anche in Cic. *de off.* 3, 17, 70: «UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE»; Cic. *de off.* 3, 15, 61: «UT INTER BONOS BENE AGIER»; e Cic. *ad fam.* 7, 12, 2, 2: «UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET» (cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, Aalen 1985, pp. 293-294). Su cui si veda G. GROSSO, *Appunti sulla formula dell'actio fiduciae*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino*, III, 1929, pp. 81 e ss., ora in *Scritti storico giuridici*, III, Torino 2001, pp. 275 e ss.; G. BROGGINI, *Index arbiterve*, Köln-Graz 1957, p. 232 n. 41; N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Napoli 1979, p. 85; ID., *La struttura della fiducia*, II, Napoli 1983, pp. 171 e ss.; M. KASER, *Studien zum römischem Pfandrecht*, in *Antiqua* 16, Napoli 1979, p. 101 n. 237; J. PARICIO, *Apuntes sobre la 'actio fiduciae'*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, III, cit., pp. 49 e ss.; G. FALCONE, *La formula "ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione" e la nozione di "bonus vir"*, in *Fundamina* 20, 2014, pp. 258 e ss.

⁴²³ «UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM». Secondo O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., pp. 293-294 si tratterebbero appunto di *verba sollemnia* di una antica *legis actio fiduciae*, in quanto «la costruzione in prima persona [...] la rende inidonea a rappresentare *concepta verba* di una formula» (R. CARDILLI, *'Vir bonus' e 'bona fides'*, cit., p. 192).

⁴²⁴ Cfr. A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., pp. 3 ss. per il legame storico oltre che dogmatico fra le due clausole formulari.

⁴²⁵ Il primo nell'ultimo secolo a riaccendere il dibattito sullo «*ius controversum*» fu nel 1948 – come è noto – A. B. SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, cit., p. 213 (cfr. la trad. it. a cura di A. LOVATO, *Itinerari di lettura per un corso di diritto romano*, Bari 2011). Sulle espressioni utilizzate in questo ambito dai giuristi si veda l'Appendice in M. BRETONNE, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei* 155, 2008, serie IX, vol. XXIII, fasc. 3 (classe di scienze morali, storiche e filologiche), pp. 823 e ss.

⁴²⁶ M. BRUTTI, *Gaio e lo ius controversum*, in *AUPA* 55, 2012, pp. 75-124.

⁴²⁷ Cfr. tra gli ultimi C. A. CANNATA, *Iura condere. Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e auctoritas principis*, cit., pp. 27 e ss.; M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dallo ius controversum all'autorità del principe)*, in F. MILAZZO (a cura di), *Ius controversum e auctoritas principis. Giuristi, principe e diritto nel primo impero*, Atti del convegno (Copanello, 11-13 giugno 1998), Napoli 2003, pp. 403 e ss.; A. CORBINO, *Iudicia, ius varium e iudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., pp. 155 e ss.; M. BRETONNE, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei* 155, 2008, serie IX, vol. XXIII, fasc. 3 (classe di scienze morali, storiche e filologiche), pp. 755 e ss.; V. MAROTTA – E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, Atti del convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010), Roma 2012, *passim*; A. PALMA, *Lo ius controversum quale espressione dell'artificialità del diritto romano*, cit., pp. 45 e ss.

giuristi⁴²⁸, i quali a differenza dei primi non sembrano essere turbati dall'incertezza scaturita dalla controversialità nell'interpretazione dello *ius*⁴²⁹. Nel loro linguaggio è invece frequente – a testimonianza di questa controversialità di soluzioni giuridiche da prospettare allo *index*, spesso in chiave «confutatoria» di quelle altrui e «persuasiva» dell'opinione del giudice stesso – «l'utilizzo dei verbi *quaerere, dubitare, disputare*»⁴³⁰.

Accanto al consolidato punto di vista che individua nell'*interpretatio prudentium* la 'custodia' dei contenuti dell'«*ex fide bonae*» formulare sotto il profilo della «certezza-conoscibilità», emerge in modo preponderante una fonte – tra le più antiche in tema di *iudicia bonae fidei* – dove viene esaltato il ruolo dello *index* nello *statuere* il «*quid quemque cuique praestare oporteret*» proprio in relazione alla *magna quaestio*. A parlare è Quinto Mucio Scevola il Pontefice Massimo, come riferito da Cicerone (Cic. *de off.* 3, 17, 70):

Cic. *de off.* 3, 17, 70: «Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! Quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint “boni” et quid sit “bene agi”, magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret»

Il riferimento muciano allo *index* è accompagnato dal termine «*magni*», che è stato generalmente interpretato come aggettivo del sostantivo *index* (declinato al genitivo: «*magni* [...]»

⁴²⁸ Si veda però il frammento di Cervidio Scevola estratto dalle *quaestiones* (D. 29, 7, 14) dove compare «nel senso di disputa teorica» il termine *controversia*, come notato da A. PALMA, *Lo ius controversum quale espressione dell'artificialità del diritto romano*, cit., p. 58.

⁴²⁹ C. A. CANNATA, *Iura condere. Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e auctoritas principis*, cit., p. 42.

⁴³⁰ A. PALMA, *Lo ius controversum quale espressione dell'artificialità del diritto romano*, cit., p. 56, secondo il quale lo *ius controversum* sembra collocarsi non solo all'interno di un «tradizione interpretativa di natura sapienziale» ma anche nell'ambito delle «prassi decisorie conflittuali»; vedi anche P. STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano. Nelle pieghe di un circuito normativo*, cit., pp. 32-33 («[...] la conflittualità scientifica che connotava l'attività della giurisprudenza romana si riversava nel processo attraverso la difesa delle parti apprestata dagli oratori attingendo alle argomentazioni dei *prudentes* [...]»); e C. BEDUSCHI, *Il ius controversum fra razionalità e giustizia*, in V. MAROTTA – E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, Atti del convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010), Roma 2012, p. 3 («il modo di procedere dei giuristi romani era incentrato sulla ricerca [...] di assetti proponibili come direttive in funzione giudiziaria»). Si vedano inoltre le attente puntualizzazioni di A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, cit., p. 3 e ss., e riprese da A. PALMA, *Lo ius controversum quale espressione dell'artificialità del diritto romano*, cit., p. 61, secondo il quale la pura e semplice divergenza di opinioni su una questione di diritto non permette l'impiego dell'espressione *ius controversum*.

iudicis). La traduzione che si è soliti fornire è grosso modo la seguente: ‘in questi giudizi è del grande giudice statuire quanto ciascuna parte deve prestare all’altra’⁴³¹.

Fiori, ripercorrendo il *de officiis* di Cicerone tra filosofia, politica, retorica e diritto, ha associato il «*sapiens*» dell’Arpinate, a cui il retore attribuisce la capacità di carpire il *bonum* insito nella *natura*, al «*magnus iudex*» di Quinto Mucio, «ossia un giudice dotato di quella *magnitudo animi* che consiste nel giudicare *bonum* solo ciò che è *honestum*»⁴³². Cardilli ha intravisto nel «*magnus*» un richiamo a un «modello ideale» di giudice proposto da Quinto Mucio Scevola per arginare la «*summa vis*» insita in questi *arbitria*⁴³³. Se da un lato Talamanca ha commentato il passo senza soffermarsi sul «*magni*», ma comunque ancorandolo implicitamente ai «poteri del giudice nei *iudicia bonae fidei*»⁴³⁴, dall’altro Gallo non ha invece esitato a tradurre l’inciso con «giudice illuminato»⁴³⁵. Carcaterra aveva rintracciato nel «*magnus*» un sinonimo di «*paratus*», e cioè «quel giudice che sappia fare bene il suo mestiere, che è tipicamente la *interpretatio*»⁴³⁶. Aveva ricollegato così il luogo ciceroniano al già citato passo dei *topica* dove l’Arpinate ammoniva i

⁴³¹ Cfr. le traduzioni ‘giuridiche’ di R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011, p. 334 («in questi *arbitria* fosse compito di un *magnus iudex* decidere – particolarmente perché in molti esistono *iudicia contraria* – cosa ci si debba reciprocamente *praestare*») e di R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema², cit., p. 218 («in questi giudizi è del grande giudice statuire quanto ciascuna parte deve prestare all’altra»); così come tra le tante ‘non giuridiche’ quella di A. RESTA BARRILE, *Cicerone. I doveri*, Milano 2011, p. 373 («e diceva che era compito di un giudice sapiente stabilire il vero obbligo di ciascuna delle due parti»); di M. TESTARD, *Cicéron. Les devoirs*, II, Paris 1984, p. 107 («*qu’en ces affaires, c’était le fait d’un grand juge [...] de décider ce dont il fallait que chacun réponde à chacun*»); di W. MILLER, *Cicero in twenty-eight volumes*, XXI, *De officiis*, London 1975, p. 341 («[...] in these, he said, it required a judge of great ability to decide the extent of each individual’s obligation to the other [...]»); di R. LOHMANN, in *www.romanum.de* («[...] in diesen Fällen sei es die Aufgabe eines fähigen Richters, Entscheidungen zu fällen [...]»); di Q. CATAUDELLA, *Marco Tullio Cicerone. Dei doveri delle virtù*, Milano 1966, pp. 318-320 («in essi egli riteneva che è compito di un giudice di gran valore stabilire di che cosa ciascuno deve rispondere all’altro»).

⁴³² R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., pp. 336-337. Ma non esclude (p. 337 n. 205) la possibilità di seguire il suggerimento di L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, cit., p. 191 n. 72, su cui vedi *infra* nel testo.

⁴³³ R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema², cit., p. 44.

⁴³⁴ M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell’ordinamento*, cit., pp. 142-143. Similmente F. BONA, *Cicerone e i «libri iuris civilis» di Quinto Mucio Scevola*, in G. G. ARCHI (a cura di), *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana*, cit., p. 253, il quale – nel commentare Cic. *de off.* 3, 17, 70 in quanto probabilmente da collegare ai *libri iuris civilis* di Quinto Mucio Scevola (contra O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., pp. 763-764 che collocava invece il passo ciceroniano al di fuori di ogni riferimento seppur indiretto all’opera del Pontefice Massimo) – vedeva nel «puntualizzare la delicatezza e la rilevanza del compito del giudice» una testimonianza dell’insegnamento muciano quale «risultato di una continua riflessione sulla prassi giudiziaria e giurisprudenziale» che nei *libri iuris civilis* poteva essere facilmente richiamata.

⁴³⁵ F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, Torino 1992, p. 37 n. 34.

⁴³⁶ A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., pp. 24-25 e 32. Così anche G. FALCONE, *Il rapporto ius gentium-ius civile e la societas vitae in Cic. off. 3.69-70*, in *AUPA* 56, 2013, p. 262 n. 6, secondo cui il «*magni iudicis*» costituirebbe un «cenno alla delicatezza della valutazione del giudice» che deve essere «preparato e avveduto» (p. 268). Simile l’impostazione che traspare da W. DAJCZAK, *La libertà di applicazione della clausola generale della buona fede: osservazioni sulla prospettiva del diritto romano*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, I, cit., pp. 409 e ss. spec. 427, dove la ‘grandezza’ del giudice sembra doversi intendere con «professionalità».

giuristi di essere «*paratū*» nei giudizi «*in quibus ex fide bona est additum*» (Cic. *top.* 66). Questa interpretazione del «*magnū*» trova una conferma anche in Beseler, che individuò nelle parole del pontefice un analogo modello ideale di giudice («*magnus*»). Quest'ultimo collegando il «*magnū*» del *de officiis* ad altri luoghi ciceroniani da cui emerge questa qualificazione personale (Cic. *de off.* 2, 23, 83: «*O virum magnum dignumque, qui in re publica nostra natus esset!*»; Cic. *de orat.* 2, 154: «*quo etiam maior vir habendus est, quoniam illam sapientiam constituendae civitatis duobus prope saeculis ante cognovit*»; Cic. *de rep.* 3, 19: «*non enim mediocres viri sed maximi et docti, Pythagoras et Empedocles*»), tenne a precisare la differenza tra il «*magnus iudex*» di Quinto Mucio e il «*bonus iudex*» che appare in Celso in D. 6, 1, 38 («*[...] bonus iudex varie ex personis causisque constituet [...]*»), in relazione con la determinazione giudiziale del rimborso delle spese a favore del possessore di buona fede da parte del proprietario rivendicante, asserendo che l'inciso «*bonus*» fosse «*interpolitū*»⁴³⁷. Già Krüger nel 1890 aveva ricongiunto il «*magnū*» alla «*magnitudo*» quale qualifica personale del «*Richter*», che poi – come notava – sarebbe divenuto tipico attributo dell'Imperatore-giudice⁴³⁸.

Si discosta da questa interpretazione, fornita dalla maggioranza dei traduttori e degli interpreti, un interessante suggerimento prestato da Lombardi il quale, consigliando di tradurre il «*magnū*» in senso avverbiale, affermava laconico: «non tradurrei – come si è soliti – ‘esser ufficio del grande giudice’, ma in analogia per es. con *quanti ea res est* – ‘essere assai, in gran parte ufficio del giudice’»⁴³⁹.

⁴³⁷ G. BESELER, *De iure civili Tullio duce ad naturam revocando*, in *BIDR* 39, 1931, p. 340. Quando invece è proprio la qualifica di «*bonus*» ad essere frequente nelle fonti di età ‘classica’ (cfr. A. LOVATO (a cura di), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, cit., *passim*). Oltretutto il giurista Celso – come è noto – è il padre dello *ius* inteso come *ars boni et aequi* (cfr. F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in *SDHI* 53, 1987, pp. 7 e ss. e P. VOCI, *Ars boni et aequi*, in *Index* 27, 1999, pp. 1 e ss.). Si veda inoltre il passo oraziano che tra gli esempi di *vir bonus* inserisce la figura dello *iudex*: «*Vir bonus est quis? Qui consulta patrum, qui leges iuraque seruat, quo multae magnaepque secantur iudice lites, quo res sponsore et quo causae teste tenentur*» (Hor. *epist.* 1, 16, 40)

⁴³⁸ H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, in *ZSS* 11, 1890, p. 198. Si veda a tal proposito il contributo di A. MASTINO, *Magnus nella titolatura degli imperatori romani*, in M. P. BACCARI – A. MASTINO (a cura di), *Il titolo di “Magno” dalla Repubblica all’Impero al Papato*, Modena 2009, pp. 3 e ss.

⁴³⁹ L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, cit., p. 191 n. 72. Come si è accennato, R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, cit., p. 337 n. 205 riconosce come possibile questa traduzione – senza però darne seguito nel testo – che rende in questo modo: «in quei giudizi è compito fondamentale del giudice quello di stabilire [...]». Senza addurre alcuna motivazione ulteriore, B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall’epoca arcaica all’editto giuliano*, Milano 2002, p. 326 traduce anch’essa in questo senso: «In relazione a queste fattispecie il giudice ha un ruolo importante nel decidere [...]».

Oltre a disporre di alcuni agganci testuali che in senso contrario mancano⁴⁴⁰, la lucida e sottile notazione di Lombardi – quasi del tutto trascurata in dottrina⁴⁴¹ – potrebbe a mio avviso chiarire l'enigmatico e «*unerklärts*»⁴⁴² riferimento all'ipotetico «*magnus iudex*» e alle supposte qualità personali del giudicante.

Alla «*magna quaestio*» di cui ci fornisce testimonianza l'Arpinate all'inizio del passo («*Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! Quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint "boni" et quid sit "bene agi", magna quaestio est*») non mi sembra che Cicerone – e forse neanche Quinto Mucio – abbia opposto un «*magnus iudex*»: se «grande» («*magna*») è la *quaestio* che investe

⁴⁴⁰ Si tratterebbe dell'unico luogo dove Cicerone – e così anche Quinto Mucio (O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., pp. 763 e ss.) – definisce *magnus* uno *iudex* (cfr. H. MERGUET, *Lexicon zu den philosophischen Schriften Cicero's*, II, Hildesheim 1961, p. 504; H. MERGUET, *Lexicon zu den Reden des Cicero*, III, Hildesheim 1962, p. 99). Il titolo di «*magnus*» sembra avere già in età repubblicana una valenza 'tecnica' «in stretta relazione con l'ideologia della vittoria e con la cerimonia del trionfo» (A. MASTINO, *Magnus nella titolatura degli imperatori romani*, cit., p. 9) ma non con le qualità di uno *iudex privatus*. Desta, inoltre, qualche perplessità il richiamo alle qualità personali dello *iudex* anche alla luce dell'interessante studio di L. GAGLIARDI, *La figura del giudice privato del processo civile romano*, in E. CANTARELLA – L. GAGLIARDI (a cura di), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano 2007, pp. 199 e ss. sul c. d. «mondo sommerso» dei giudici privati del processo formulare in cui non troviamo solo «uomini illustri». Che l'espressione sia precisamente di Quinto Mucio non ne abbiamo prove certe ma è probabile che sia da attribuire all'insegnamento muciano, in qualche modo appreso da Cicerone. L'«*existimabat*» – piuttosto che il «*dicebat*» – è da collegare con il periodo «*in iis magni esse iudicis statueret*»: il verbo «*existimare*» ben si congiunge con il «*magnis*» in senso avverbiale (come anche altrove in Cic. *de nat. deor.* 1, 7 e in Nep. *Cato* 1, 2). È d'altronde probabile che Cicerone avesse sotto mano i *libri iuris civilis* del Pontefice Massimo (come argomentava con dovizia di particolari F. BONA, *Cicerone e i «libri iuris civilis» di Quinto Mucio Scevola*, cit., pp. 253-255 n. 135 *contra* O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., pp. 763-764), in quanto «il testo è incuneato nel bel mezzo della trattazione che Cicerone ha dedicato alla dottrina giurisprudenziale relativa alla responsabilità *ex empto* per reticenza dei vizi occulti nella compravendita di *praedia*» e che – a mio sommessimo avviso – ben si armonizza con i frammenti che anche Lenel riconduce ai *libri iuris civilis* muciani nella sezione «*De emptione et venditione*» (Celso in D. 18, 1, 59; Venuleio in D. 21, 2, 75; Pomponio in D. 18, 1, 66, 2). È ad ogni modo l'unica testimonianza dell'uso di «*magnis*» da parte di Quinto Mucio. Invece in altre, anche se successive, fonti giuridiche è rintracciabile l'uso di «*magnis*» in senso avverbiale: Ulpiano in D. 1, 16, 4, 5 («[...] *m a g n i e n i m f a c i e n t p r o v i n c i a l e s s e r v a r i s i b i c o n s u e t u d i n e m i s t a m e t h u i u s m o d i p r a e r o g a t i v a s* [...]»); Paolo in D. 9, 2, 26 («[...] *a d v e r s a r i u s m a g n i l i t e m a e s t i m a t* [...]»); Paolo-Alfeno in D. 10, 4, 19 («[...] *q u a s e x h i b e r i m a g n i e i u s i n t e r e s s e t* [...]»); Gaio in D. 30, 66 («[...] *v e l e x d i v e r s o q u i d s i l e g a t a r i i m a g n i i n t e r e s s e t e u m f u n d u m e m e r e* [...]»); Giavoleno in D. 38, 2, 36 («[...] *e x b o n i s l i b e r t i , i n q u i b u s m a i o r u m p a t r o n i s e p u l c h r a s i n t e t m a g n i a e s t i m a t p a t r o n u s b o n o r u m p o s s e s s i o n e i u r a p r o p a r t e e a a d s e p e r t i n e r e* [...]»); Ulpiano-Labeone in D. 43, 24, 1, 10 («*S i q u i s t a m e n i n b e c i l l i t a t e i m p e d i t u r v e l e t i a m , n e o f f e n d e r e t v e l t e v e l e u m , q u i t e m a g n i f a c i e b a t , i d e o n o n v e n e r i t a d p r o h i b e n d u m , n o n v i d e b i t u r a d v e r s a r i u s v i f e c i s s e : e t i t a L a b e o s c r i b i t s*). È infine corretto richiamare la tradizione di due manoscritti – il *Vossianus Latinus* e l'*Herbipolitanus* – dove al posto di «*iudicis*» troviamo «*iudicii*» (cfr. M. TESTARD, *Cicéron. Les devoirs*, II, cit., p. 107 n. 70): «in questi giudici è grande lo statuire [...]».

⁴⁴¹ In occasione di uno dei Seminari organizzati nell'ambito dell'«ERC Advanced Grant 2014: *Scriptores iuris Romani. Text and thoughts*» (P.I. Aldo Schiavone), tenutosi presso Sapienza – Università di Roma il 24 marzo 2017, Emanuele Stolfi ha preannunciato il recupero della traduzione proposta da Lombardi che troverà spazio nel volume di imminente pubblicazione J.-L. FERRARY – A. SCHIAVONE – E. STOLFI (a cura di), *Quinto Mucio Scevola. Opere*, Roma (in corso di pubblicazione).

⁴⁴² H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, cit., p. 198.

l'interpretazione delle clausole formulari, «in gran parte» («*magnis*») è del giudice il compito di risolvere la controversia («*statueris*»).

Mentre Quinto Mucio sembra essere cosciente del decisivo ruolo dello *index* in relazione a quei giudizi dove essenziale è il bilanciamento concreto tra le controprestazioni («*praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria*»)⁴⁴³, che «in gran parte» – ma evidentemente non solo⁴⁴⁴ – è compito del giudice stabilire, Cicerone ricollega invece la notazione muciana – che probabilmente non aveva quindi a che fare con la «*magna quaestio*»⁴⁴⁵ – al quesito irrisolto da cui si era mosso a fronte delle *quaestiones* interpretative sui «*bonis*» e sul «*bene agis*».

Almeno per l'oratore, allora, sembrerebbe che lì dove l'*interpretatio prudentium* – garanzia, come si è cercato finora di appurare, della «certezza-conoscibilità» dello *ius* anche in riferimento

⁴⁴³ G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino 1951, p. 36. Cicerone sembra parlare di *iudicia contraria* «in senso non tecnico» rispetto all'uso che dell'espressione ne fanno i giuristi (cfr. ad es. Gai. 4, 178-181). L'Arpinate infatti «nell'esaminare il potere del giudice nei giudizi di buona fede, afferma che, in virtù di quel potere, detto giudice era autorizzato a valutare le pretese e le controprese delle parti, specie poi quando a disposizione delle stesse vi erano azioni reciproche». Cfr. F. SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, in *ZSS* 71, 1954, pp. 110 e ss. Ma questa interpretazione – almeno così a me sembra in ragione del tenore del passo («*Scaevola [...] dicebat [...] existimabat [...]*») – dovrebbe ricondursi al pensiero di Quinto Mucio piuttosto che a quello di Cicerone. I dubbi sull'uso atecnico della categoria giuridica *iudicium contrarium* che potrebbe averne fatto allora il pontefice mi spingono a collegare il passo ciceroniano con un frammento di Ulpiano in D. 3, 2, 6, 7, dove il giurista severiano pone l'accento sul compito dello *index* di conteggiare l'importo definitivo da pagare nei *iudicia contraria*: «*[...] in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi*». Il divario temporale che separa il pensiero di Quinto Mucio da quello di Ulpiano non permette di trarre conclusioni certe. Ad ogni modo se invece si accettasse l'interpretazione ricorrente che vede nel riferimento ai *iudicia contraria* un'espressione atecnica di Cicerone, mi appare suggestiva – anche se non provabile tramite indizi sicuri – un'interpretazione che veda nei *iudicia contraria* un'eco della *magna quaestio*. «*Iudicium contrarium*» nel senso di «giudizio d'impostazione contraria» si trova in fonti di età imperiale (Svet. *Tib.* 67: «*[...] vobis autem exprobrabit aut temeritatem delati mihi eius cognominis aut inconstantiam contrarii de me iudicii [...]*»; Sen. *de ben.* 5, 20, 3; 6, 21, 4; Sen. *epist.* 20, 6), mentre «*contraria sententia*» nel senso di «opinione contraria» si rinviene altrove in Cicerone (Cic. *Verr.* 2, 3, 6; Cic. *de off.* 1, 3, 9; *rhet. ad Her.* 4, 28, 39) e nel *de reb. bell.* 21, 1 (dove l'anonimo del IV sec. d. C., proprio nel capitolo intitolato *de legum vel iuris confusione purganda*, parla di «*confusas legum contrariasque sententias*»; interpreta nel senso di «*sententiae* dei giuristi» da ultimo V. MAROTTA, *La recitatio degli scritti giurisprudenziali: premesse repubblicane e altoimperiali di una prassi tardoantica*, in V. MAROTTA – E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, Atti del convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010), Roma 2012, p. 360). A sostegno di questa illazione, si può addurre solamente quest'ulteriore indizio: il termine «*iudicium*», nelle fonti fra il II sec. a. C. e il III d. C., spesso sta a indicare – oltre che la *formula* in concreto adottata (M. TALAMANCA, *s.v. Processo civile (diritto romano)*, in *ED XXXVI*, Milano 1987, pp. 43 e ss.) o, in generale, l'intero procedimento giudiziale bifasico – anche «*la decisione stessa cui si giunge in esito a siffatto procedimento*» (T. DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e 'iudicium': un itinerario della giurisprudenza classica*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, II, cit., p. 117; cfr. *s.v. Iudicium*, in *Thesaurus linguae Latinae*, VII.2, Leipzig 1966-1970, p. 606 e ss.).

⁴⁴⁴ Si ricordi il ruolo che ha l'esperto di diritto nel pensiero 'aristocratico' di Quinto Mucio, per il quale solo i 'patrizi', la '*nobilitas*', coloro che perorano cause («*namque eum dixisse turpe esse patricio et nobili et causas oranti ius in quo versaretur ignorare*», in D. 1, 2, 2, 43) e i pontefici (Cic. *de leg.* 2, 47: «*Saepe, inquit Publi filius, ex patre audivi, pontificem bonum neminem esse, nisi qui ius civile cognossetis*») hanno il 'dovere' di conoscere lo *ius*. Cfr. A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, cit., pp. 25 e ss.

⁴⁴⁵ G. FALCONE, *Il rapporto ius gentium-ius civile e la societas vitae in Cic. off. 3.69-70*, cit., p. 268, che però estende l'irrelevanza della «*magna quaestio*» rispetto al «*magni iudicis*» anche al pensiero di Cicerone.

ai *bonae fidei iudicia* – non riesca a tradere un’omogenea e comune traduzione giuridica delle clausole formulari affini all’«*ex fide bona*», è «in gran parte» («*magnis*») del giudice lo «statuere» il «*quid quemque cuique praestare oporteret*», con una transizione di ‘responsabilità’ dal giurista al giudice⁴⁴⁶, che sembra coinvolgere la «sicurezza-prevedibilità» dell’esito del giudizio, in quanto una percezione non uniforme («*ab omnibus*») dei valori sottesi all’«*ex fide bona*», e alle clausole formulari ad essa affini, e una conseguente pluralità di interpretazioni possibili, sembrano aumentare il grado di incertezza della decisione giudiziale (c. d. «*causa anceps*»)⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ Collocandoci qui in un contesto storico precedente al rescritto di Adriano, di cui ci fornisce una nota testimonianza Gai. 1, 7 e per il quale a fronte di *sententiae prudentium* non concorrenti «*in unum*» al giudice «*licet quam velit sententiam sequi*», la libertà (meno prevedibile) del giudice di scegliere quale *ius* applicare – in particolare di fronte allo *ius controversum* – sembra perfettamente acconcia a questa interpretazione di Cic. *de off.* 3, 17, 70. Cfr. A. CORBINO, *Iudicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., pp. 155 e ss.; A. PALMA, *Lo ius controversum quale espressione dell’artificialità del diritto romano*, cit., pp. 45 e ss.

⁴⁴⁷ Cic. *inv.* 1, 20: «*anceps, in quo aut indicatio dubia est aut causa et honestatis et turpitudinis particeps, ut et benivolentiam pariat et offensionem*».

CAPITOLO V

«PREVEDIBILITÀ» DEGLI ESITI GIUDIZIALI E *BONAE FIDEI IUDICIA* NELL'ETÀ DEL PROCESSO FORMULARE (II SEC. A. C. – III SEC. D. C.)

1. «PREVEDIBILITÀ» DEGLI ESITI GIUDIZIALI E *CONCEPTA VERBA DELLE FORMULAE*

Il sistema giuridico romano della c.d. 'età della giurisprudenza' – almeno secondo quanto può dirsi emergere dalle ricognizioni più sopra effettuate (*supra* cap. III) – non sembra dunque aver avuto la «sicura riconoscibilità» della *lex* e degli atti ad essa assimilati tra le proprie qualità intrinseche. L'essenza giurisprudenziale del sistema giuridico romano induce a escludere l'esigenza – tutta contemporanea⁴⁴⁸ – della «certezza-conoscibilità» della legge per l'esperienza giuridica di Roma almeno per il periodo fra il II sec. a. C. e il III sec. d. C.

Accertata la sostanziale irrilevanza giuridica della «certezza» della *lex*, alla luce del ruolo centrale del giurista nella «conoscibilità» dello *ius*, è ora possibile procedere all'accertamento dell'esistenza, nel sistema giuridico romano in generale, di strumenti volti ad assicurare – nell'ambito del concetto di «sicurezza» giuridica più sopra delineato – una maggiore «prevedibilità» dell'esito di un procedimento giudiziale. Quest'ultima – è opportuno qui ribadirlo – è da intendersi, ovviamente, non come assoluta certezza del contenuto di una *sententia iudicis* (ad esempio, l'*an* relativo all'assoluzione o alla condanna; oppure il *quantum* relativo all'ammontare della *condemnatio*) ma – a mio avviso – come maggiore sicurezza sull'andamento del giudizio, sullo schema giuridico cui dovrà attenersi il giudicante nel risolvere la controversia nonché sull'esercizio dei poteri a lui conferiti. Si tratta quindi di una sicurezza che si esplica in una riduzione del margine di imprevedibilità nell'esercizio dell'*officium* del giudice per giungere all'emanazione della sentenza.

Se, come è stato notato, «è la stessa organizzazione del processo civile *per formulas*» ad aver favorito opposizione e problematicità delle tesi sostenute dai giuristi⁴⁴⁹, è allo stesso tempo probabile che – secondo quanto è stato autorevolmente posto in luce – nel corso del I sec. a.

⁴⁴⁸ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., pp. 56 e ss. correttamente può parlare di «certezza della legge» piuttosto che di «certezza del diritto» quale peculiare caratteristica dell'ottocento giuridico. Sulle orme di quest'ultimo, si sviluppano le recenti, sintetiche ma puntuali, riflessioni di G. COSSA, *Tra mitologia e concretezza: alcuni spunti storico-comparatistici in tema di certezza del diritto*, cit., *passim* con alcune interessanti notazioni sull'esperienza giuridica romana.

⁴⁴⁹ M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dallo ius controversum all'autorità del principe)*, cit., p. 428.

C. le *formulae* abbiano offerto al pretore la possibilità «di intervenire ancora più incisivamente» sull'*officium* del giudice, «indirizzandolo e costringendolo in binari [...] molto più severi e controllati»⁴⁵⁰, al fine di arginare gli effetti indesiderati del dilatarsi dello *ius controversum*⁴⁵¹.

Per quanto concerne il rapporto fra *ius controversum* e certezza del diritto, è stata però autorevolmente sostenuta l'ipotesi secondo la quale i giuristi avrebbero per lo più considerato inapplicabile nelle ipotesi di diritto controverso il principio «*ignorantia iuris nocet*» – che, come si è cercato di dimostrare, incide sulla conoscibilità dello *ius* –, in quanto si ritiene che in questi casi lo *ius* sarebbe stato considerato non 'conoscibile' in modo certo piuttosto che non 'prevedibile' nella sua applicazione⁴⁵².

Ma, anche in ragione dell'accertato valore oggettivo di cui godono le divergenti *opiniones* giurisprudenziali, che sembrano esser considerate comunque *ius* dalla comunità giurisprudenziale e non solo (si veda, solo a titolo di esempio, Cic. *ad fam.* 7, 21)⁴⁵³, a mio

⁴⁵⁰ A. CORBINO, *Indicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., p. 180. Cfr. da ultimo anche G. GUIDA, *Ius dicere e indicare. Iurisdictio del magistrato e poteri del giudice*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, III, cit., pp. 54 e ss.

⁴⁵¹ Secondo A. CORBINO, *Indicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., pp. 178-179, tra gli strumenti giuridici esperiti per arginare la «degenerazione della controversialità» vi è proprio la procedura *per formulas*, invitando così il lettore a riflettere con maggiore attenzione sul ruolo che la procedura formulare possa aver svolto in ordine ai rapporti fra giudici e giurisprudenza. È probabile però che fu anche «l'eterogeneità delle culture e dei linguaggi» dei litiganti stranieri a rendere necessario che il «magistrato giudicante reimpostasse la controversia in modo da permettere al *iudex* di seguire criteri certi e chiari nella sua decisione» (L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna 2016, p. 178).

⁴⁵² P. CERAMI, «*Ignorantia iuris*», in *Seminarios complutenses de derecho romano*, IV (1992), Madrid 1993, pp. 79-81, a sostegno di tale tesi, ha avvicinato il frammento di Pomponio (D. 22, 6, 4), dove il giurista antoniniano asserisce perentoriamente che l'*ignorantia iuris* – a differenza di quella *facti* – non giova per il compimento degli effetti dell'*usucapio*, ad alcuni passi di Gaio (tra cui Gai. 2, 50), dove invece sembrerebbe ammettersi il contrario: a fronte di casi di *ius controversum* – nei passi gaianti presi in considerazione si tratta della nota *quaestio* sul *partus ancillae* – l'ignoranza del diritto non impedirebbe il compimento dell'*usucapio* a favore del terzo, che abbia acquistato, dall'*usufruttuario* in buona fede ritenutosi *dominus*, il parto della schiava. A mio sommessimo avviso però, la nota controversia sul *partus ancillae*, da far risalire almeno al II sec. a. C. (Cic. *fin.* 1, 12; D. 7, 1, 68 *pr.*; cfr. F. ZUCCOTTI, «*Partus ancillae in fructu non est*», in «*Antecessori oblata*». Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro, Padova 2001, pp. 185 e ss.; M. V. SANNA, *Conceptus pro iam nato habetur e nozione di frutto*, in F. BOTTA (a cura di), *Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione*, Torino 2003, pp. 217 e ss.), sembra ormai del tutto sopita al tempo di Pomponio e Gaio, come si evince dal passo delle *res cottidianae* riportato in D. 22, 1, 28, 1: «*Partus vero ancillae in fructu non est itaque ad dominum proprietatis pertinet: absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit*» (cfr. M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*³, cit., pp. 349 e ss.). La *ratio* delle decisioni gaiane sembra risiedere sempre altrove: ad es. in Gai. 2, 50, si ritiene che l'*usufruttuario* della schiava il quale, credendo proprio il *partus ancillae*, lo abbia venduto o donato, non commetta furto (e quindi che il terzo acquirente o donatario possa *usucapire*), non tanto perché si tratta di un caso di *ius controversum*, ma perché – secondo le motivazioni addotte da Gaio – «*furtum enim sine adfectu furandi non committitur*».

⁴⁵³ Su questa lettera di Cic. *ad fam.* 7, 21, si veda A. CORBINO, *Indicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., pp. 169-170 e n. 46: per l'Arpinate – che richiede all'amico giurista Trebazio Testa un parere a sostegno delle esigenze di un proprio cliente, la cui posizione risultava compromessa dalla diversa opinione che era stata invece espressa da altri giuristi, Servio e Ofilio – l'«offrire ai giudici un qualche appiglio di diritto [...] equivale a [...] una qualche opinione

sommesso avviso, lo *ius controversum* non sembrerebbe aver comportato una riduzione della «conoscibilità» del diritto e l'eventuale *deficit* in questione, palese solo agli occhi dell'interprete contemporaneo, non sembra ad ogni modo aver preoccupato o allarmato gli operatori del diritto, in ragione del diffuso affidamento nella *scientia iuris* praticata dai giureconsulti, esclusivi garanti della «certezza-conoscibilità» del diritto.

Invece, avverso una diminuzione della «prevedibilità» della *sententia* del giudice, frutto di dibattiti giurisprudenziali o di divergenti percezioni dei valori del sistema, legislatori, retori e giuristi – seppur in modo diverso fra loro – sembrano in qualche modo aver reagito.

La regolamentazione normativa dei poteri dello *iudex privatus* innanzi alla controversialità dei *responsa prudentium*, attestata dal citato intervento dell'imperatore Adriano (Gai 1, 7)⁴⁵⁴ e dalla più tarda 'legge delle citazioni' (C. Th. 1, 4, 3)⁴⁵⁵, sembra innanzitutto esser frutto di un'esigenza – sicuramente del «potere centrale» più che dei giuristi⁴⁵⁶ – a contenere, all'interno

giurisprudenziale». Sul principio per cui «tutti i pareri dei giuristi erano diritto, in quanto astrattamente applicabili senza che nessuno potesse imputare al giudice, che avesse scelto o l'uno o l'altro, di avere deciso *contra ius*» si vedano M. TALAMANCA, *Il «Corpus iuris» giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in A. CORBINI – F. MILAZZO (a cura di), *Diritto e storia*, Padova 1995, p. 211; ID., *Interventi*, in F. MILAZZO (a cura di), *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale*, Atti del convegno (Copanello, 5-8 giugno 1996), Napoli 1999, p. 149; ID., *Diritto e prassi nel mondo antico*, in I. PIRO (ed.), *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'Antiquité*, Atti del convegno (Crotona-Messina, 16-20 settembre 1997), Soveria Mannelli 1999, p. 144. Dello stesso avviso risultano anche F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in M. SARGENTI – G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 148 e C. A. CANNATA, *Iura condere. Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e auctoritas principis*, in F. MILAZZO (a cura di), *Ius controversum e auctoritas principis. Giuristi, principe e diritto nel primo impero*, Atti del convegno (Copanello, 11-13 giugno 1998), Napoli 2003, pp. 27 e ss.;

⁴⁵⁴ Su cui si vedano gli scritti di M. BRUTTI, *L'indipendenza dei giuristi (dallo ius controversum all'autorità del principe)*, in F. MILAZZO (a cura di), *Ius controversum e auctoritas principis. Giuristi, principe e diritto nel primo impero*, Atti del convegno (Copanello, 11-13 giugno 1998), Napoli 2003, pp. 446 e ss.; C. A. CANNATA, *Iura condere. Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e auctoritas principis*, cit., pp. 32 e ss.; A. PALMA, *Lo ius controversum quale espressione dell'artificialità del diritto romano*, in *SDHI* 81, 2015, pp. 93 e ss.

⁴⁵⁵ Su cui si veda A. MARONGIU, *Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi. Dalla legge delle citazioni all'art. 265 cpv Reg. Gen. Giud.*, in *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta*, III, Milano 1938, pp. 443 e ss.; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *La legge di Valentiniano III del 7 novembre 426*, in *Labeo* 29, 1983, pp. 303 e ss.; E. VOLTERRA, *Sulla legge delle citazioni*, 1983, ora in *Scritti giuridici*, VI, Napoli 1994, pp. 416 e ss.; M. DE BERNARDI, *La legge delle citazioni del 426 d.C. e l'art. 118 delle disposizioni per l'attuazione del vigente codice di procedura civile italiano*, in *Rivista di diritto romano* 13, 2013, pp. 1 ss. Cfr. M. BRETONE, *Storia del diritto romano*¹⁰, Roma-Bari 2004, p. 369, il quale ha affermato, a commento di C. Th. 1, 4, 3, che con questo intervento imperiale «i giuristi classici [...] sono divenuti le semplici cifre di un calcolo giuridico».

⁴⁵⁶ C. A. CANNATA, *Iura condere. Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e auctoritas principis*, cit., p. 42. Cfr. E. STOLFI, *Citazioni e 'dissensiones prudentium' nella tradizione giurisprudenziale in età tardoantica. Alcune riflessioni*, in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, VI, Milano 2010, pp. 197 e ss., il quale ha posto in luce una «certa insofferenza» del potere imperiale «verso gli inconvenienti del *ius controversum*». Da ultima, sugli «inconvenienti dello *ius controversum*», nell'età tardoantica ma non solo, si veda I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli sententiae*, cit., pp. 151 e ss. spec. 159 e s. e ampia bibliografia ivi citata.

di accettabili limiti, la discrezionalità del giudice nel decidere la controversia, tramite predeterminati schemi procedurali regolanti la scelta delle *sententiae* e delle *opiniones* dei giuristi.

Sicuramente un'analogha esigenza appare presente anche negli scritti dell'oratoria romana, dove – come si è accennato – ritroviamo le tipiche espressioni attestanti, con velata preoccupazione, lo *ius controversum* dei giuristi (Cic. *pro Mur.* 28: «*controversum ius*»; Cic. *pro Caec.* 69: «*de iure vario*»; Quint. *inst.* 12, 3, 6: «*ius [...] dubium*»)⁴⁵⁷: si tratta di una velata preoccupazione⁴⁵⁸ – quella relativa al margine più o meno ampio per lo *iudex* di decidere l'una o l'altra *sententia* od *opinio* giurisprudenziali⁴⁵⁹ – che non sembra comunque mai essersi evoluta, per gli oratori e le parti processuali, in una percezione del tutto negativa di tali divergenze, nei termini di 'rischio' o 'pericolo' per l'esito del giudizio, ma piuttosto avvertite quali conseguenze ineliminabili della 'partita' processuale e quali fattori connaturati all'essenza stessa dei momenti interpretativo e applicativo del diritto (Cic. *de orat.* 1, 242: «*in eo autem iure, quod ambigitur inter peritissimos, non est difficile oratori eius partis, quamcumque defendet, auctorem aliquem invenire [...]*»⁴⁶⁰; Quint. *inst.* 12, 3, 7: «*[...] cum ipsis illis [scil. iuris consultis] diversas inter se opiniones tueri concessum sit [...]*»⁴⁶¹; lo stesso Gell. *noct. Att.* 12, 13, 3).

Nelle opere dei giureconsulti, invece, sebbene un «indirizzo univoco» (Paolo: «*omnibus placuit*» in D. 3, 3, 61; Ulpiano: «*inter omnes convenit*» in D. 2, 8, 12 e D. 21, 1, 14, 1; o altre espressioni simili) – ossia un consenso unanime (o maggioritario) degli autori di opere giurisprudenziali su uno specifico punto⁴⁶² – contribuisca, secondo le espressioni utilizzate

⁴⁵⁷ Nonché in alcune testimonianze autobiografiche di giudici privati (Gell. *noct. Att.* 12, 13, 3: «*[...] Si aut de veteri [...] iure et recepto aut controverso et ambiguo aut novo et constituendo discendum esset [...]*»; su cui si veda da ultimo A. PALMA, *Lo ius controversum quale espressione dell'artificialità del diritto romano*, cit., pp. 45 e ss.).

⁴⁵⁸ Cfr. V. MAROTTA, *La recitatio degli scritti giurisprudenziali: premesse repubblicane e altoimperiali di una prassi tardoantica*, in V. MAROTTA – E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, Atti del convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010), Roma 2012, pp. 363 e ss. parla di diffusi «sintomi di insofferenza verso la eccessiva problematicità del diritto giurisprudenziale».

⁴⁵⁹ Fra gli studiosi che da ultimi si sono occupati *ex professo* di questo delicato 'nodo' dell'esperienza giuridica romana, si vedano P. STARACE, *Giudici e giuristi nel processo civile romano. Nelle pieghe di un circuito normativo*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano*, II, cit., pp. 27 e ss.; P. GIUNTI, *Iudex e iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in *IUR* 4 61, 2013, pp. 47 e ss.; A. PALMA, *Lo ius controversum quale espressione dell'artificialità del diritto romano*, cit., pp. 45 e ss.

⁴⁶⁰ M. TALAMANCA, *L'oratore, il giurista, il diritto nel de oratore di Cicerone*, in *Ciceroniana* 13, 2009, pp. 1 e ss.

⁴⁶¹ Quintiliano appare molto attento ai casi di *ius controversum* come attestato da R. MARTINI – S. PIETRINI, *Casi di ius controversum nella testimonianza di Quintiliano*, in V. MAROTTA – E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, Atti del convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010), Roma 2012, pp. 37 e ss. Cfr. D. MANTOVANI, *I giuristi, il retore e le api. «Ius controversum» e «natura» nella Declamatio maior XIII*, in D. MANTOVANI – A. SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, pp. 323 e ss.

⁴⁶² Si veda a tal proposito M. A. FINO, *'Recte agere potes'. Contributo allo studio e al recupero di una prospettiva dei giuristi romani in tema di processo*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam' in ricordo di*

dagli stessi giuristi, a rendere il diritto, «di cui ci si serve» e «che si applica», «certo», sotto il profilo quindi della conoscibilità e reperibilità del diritto applicabile («certo iure utimur» in Paolo D. 2, 11, 10, 1 e in Ulpiano D. 4, 4, 7, 6)⁴⁶³, mi è sembrato che sia un'altra l'espressione – a tal proposito del tutto suggestiva («*tutius est*»: «è più sicuro») – volta ad indicare le concrete soluzioni tecnico-giuridiche prospettate dai giuristi nell'ambito della *disputatio fori*, in particolare tra il I e il III sec. d. C., con l'intento di evitare 'pericoli' e 'rischi' sottesi a una eccessivamente libera valutazione dello *iudex* nel processo formulare; anche e soprattutto, lì dove è a lui lecito scegliere il parere giurisprudenziale che desidera (Gai. 1, 7: «[...] *si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi* [...]).

Come vedremo meglio di seguito, i giuristi fanno uso di questa particolare espressione per lo più – ma, a onor del vero, non solo⁴⁶⁴ – in relazione alla composizione dei *verba* della *formula iudicium*, con il chiaro intento di indicare alle parti di un giudizio quali garanzie adottare per ripararsi dai rischi sottesi a un imprevedibile esito del giudizio (cfr. Labeone in Ulpiano D. 19, 5, 19 *pr.*: «[...] *tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis* [...]»; Sen. *de clem.* 2, 3, 1: «[...] *plura proponere tutius est, ne una finitio parum rem comprehendat et, ut ita dicam, formula excidat* [...]»; Africano in D. 19, 5, 24: «[...] *quare tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari* [...]»; Paolo in D. 19, 5, 5, 4: «[...] *sed tutius erit* [...] *praescriptis verbis dari actionem* [...]»; D. 44, 7, 34, 1: «[...] *aut ipso iure aut per exceptionem, quod est tutius*»; Vat. frg. 102: «[...] *tutius fuit respondere ex persona filii eum conueniri posse* [...]»; Ulpiano D. 19, 5, 17 *pr.*: «[...] *sed est tutius praescriptis verbis agere*»).

Infatti, al di là degli interventi normativi su esposti, volti a controllare e regolamentare le conseguenze processuali del diritto controverso, sembrerebbe essere – per i giuristi e di conseguenza per l'oratoria – veicolo di prevedibilità giuridica la stessa struttura della *formula* che domina il giudizio dell'età del processo formulare, in quanto «enunciazione sintetica dei

Mario Talamanca, I, Padova 2011, p. 357, il quale – a mio avviso correttamente – vede nella prospettiva del *recte agere* adottata dai giuristi la testimonianza di un costante e stretto rapporto fra *iuris periti*, *praetores* e *iudices*, volto a limitare e circoscrivere il «rischio 'senza tempo'» di «pronunce contraddittorie su casi simili». Questo rischio per l'efficacia della giurisdizione, infatti, «incentiva il contenzioso, aumentando le speranze di successo anche per chi, invece, in presenza di una giurisprudenza univoca, costante ed avversa non si azzarderebbe ad agire».

⁴⁶³ Su queste espressioni si veda M. BRETONE, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei* 155, 2008, serie IX, vol. XXIII, fasc. 3 (classe di scienze morali, storiche e filologiche), pp. 785 e ss.

⁴⁶⁴ La locuzione «*tutius est*» («è più sicuro») – comparativo dell'aggettivo «*tutus*» («sicuro», «protetto», «difeso», «che è al sicuro», «che è al riparo», «che non corre pericolo», «cauto», «prudente», «avveduto», «circospetto» in L. CASTIGLIONI – S. MARIOTTI, *s.v. tutus*, Milano 1996, p. 1341; «*tectum*», «*munium*», «*septum*», «*extra pericula positum*», «*incolumem*», «sicuro», «munito» in E. FORCELLINI, *s.v. tutus*, in *Lexicon totius latinitatis*, III, Bologna 1965 (seconda rist. anast. quarta ed. Padova 1865), p. 224; «*geschützt*», «*gesichert*», «*sicher*», «*vorsichtig*» in H. HEUMANN – E. SECKEL, *s.v. tutus*, in *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena 1907, pp. 598-599) – si rintraccia in quindici frammenti giurisprudenziali (*VIR*, V, Berolini 1939, p. 1173), tra i quali emergono i sei con il senso qui preso in considerazione.

compiti e poteri del giudice»⁴⁶⁵, «vincolo di osservanza strettissimo»⁴⁶⁶, «limite invalicabile dei poteri del giudice privato»⁴⁶⁷: è su di essa che la giurisprudenza discute, così come le parti assistite, in merito alla composizione del dettato testuale, al fine di veicolare l'attività dello *iudex privatus* nella fase a lui riservata, sì da inserire nel testo formulare le *adiectioes* più convenienti alla posizione processuale di ciascuna delle parti⁴⁶⁸.

Come si vedrà, ciò poteva avvenire, prima di tutto – come è stato già intuito – nei casi di *ius controversum* in generale, ma anche e soprattutto quando le decisioni giudiziali potevano risultare più imprevedibili, in particolare in caso di applicazione di clausole formulari speciali come l'*ex fide bona*, le cui note «conseguenze» implicite non erano, appunto, espressamente indicate nel testo formulare.

Bisogna ricordare, infatti, che la «redazione della formula relativa alla singola lite concreta è opera concorde delle parti litiganti e frutto di un dibattito che si svolge fra loro con l'assistenza dei rispettivi giuristi consulenti e sotto l'ingerenza del pretore»⁴⁶⁹. Ciò emerge con tutta chiarezza da fonti notissime, in particolare da Cicerone, il quale descrive il contraddittorio tra le parti nella fase *in iure* circa la composizione della *formula-iudicium* in concreto (Cic. *part. orat.* 28, 99) e, nello specifico, circa l'apposizione o meno di un'*exceptio* (Cic. *inv.* 2, 60).

Come è noto, il giurista – oltre a *respondere e cavere* – guida i privati e consiglia il magistrato nella fase *in iure*: nella procedura formulare questa attività, l'*agere* (Cic. *de orat.* 1, 212), consiste nella definizione dei termini della causa ovvero nella redazione della *formula-iudicium*. Qui il compito del giurista è quello di modellare i *verba* della *formula* sul caso concreto in conformità al sistema giuridico: la *formula-iudicium* «è tanto più idonea ad assicurare la corretta definizione della controversia e quindi l'attuazione della norma appropriata al caso concreto, quanto più aderisce alla fattispecie»⁴⁷⁰.

⁴⁶⁵ C. A. CANNATA, *s.v. Formula*, in *NNDI VII*, Torino 1961, p. 582.

⁴⁶⁶ A. CORBINO, *Iudicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., p. 181.

⁴⁶⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 308. Cfr. C. BEROLINI, *Appunti didattici di diritto romano. Serie seconda. Il processo civile*, I, Torino 1913, p. 311 («da formula [...] serve di istruzione e norma al *iudex*») e M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo 1994, p. 82 («al giudice era rigorosamente vincolato ai termini della formula»).

⁴⁶⁸ Cfr. L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 128; M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996, pp. 308 e ss.; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova 1999, p. 22 n. 19.

⁴⁶⁹ E. BETTI, *s.v. Formula*, in *Enciclopedia italiana IV*, Roma 1932, pp. 706 e ss. Cfr. L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., pp. 127-128. Così anche M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*³, cit., p. 599: «la scelta dei *verba* da mettere nella formula, sulla base degli schemi contenuti dell'editto, è anch'essa un tema di discussione durante la prima fase del processo».

⁴⁷⁰ M. BRUTTI, '*Respondere*', '*agere*', '*cavere*', in M. TALAMANCA (direzione di), *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano 1979, p. 338. Cfr. M. WLASSAK, *Die klassische Prozeßformel*, Wien-Leipzig 1924, pp. 25 e ss., 72 e ss., 104 e ss.

L'espressione *concipere verba*, attestata nelle fonti (Cic. *inv.* 2, 58: «[...] *omnis conceptio privatorum iudiciorum* [...]»; Gai. 4, 30: «[...] *per concepta verba, id est per formulas, litigemus*» e Gai. 4, 139: «[...] *formulae* [...] *et verborum conceptiones* [...]»), indicherebbe dunque il «redigere una formula applicabile a un caso concreto» e di conseguenza la *conceptio verborum* richiamerebbe un «insieme di parole predisposte in relazione a una particolare esigenza»⁴⁷¹.

La *conceptio formulae*, come opportunità per le parti, sotto il controllo dell'autorità giudicante⁴⁷², di perseguire esigenze di parte e quindi di regolare e veicolare il giudizio dello *index* secondo i propri interessi, sembra infatti centrale sin dagli anni della definitiva affermazione del processo formulare a Roma⁴⁷³.

A tal proposito sono state fornite interessanti congetture sull'influenza esercitata dalla retorica tardo-repubblicana – in particolare dalla teoria delle diverse questioni processuali (le *constitutiones causae* o *status quaestionis* di Cic. *inv.* 2, 62) – sulla teoria delle *formulae* espressa dai giuristi successivi (Gai. 4, 39 e ss.)⁴⁷⁴. Inoltre, così come è nota la centralità che acquista nell'opera istituzionale di Gaio la *conceptio* delle *formulae* secondo un approccio di tipo «cautelare» nella scelta dei formulari nel caso concreto⁴⁷⁵, anche il giurista severiano Paolo redige un'opera monografica – di cui purtroppo ci è giunto un solo frammento ai nostri fini poco significativo (D. 44, 1, 20) – dedicata alla tecnica formulare («*de conceptione formularum*»), a dimostrazione dell'interesse che l'argomento ancora suscitava in alcuni ambienti giurisprudenziali nei primi anni del III sec. d. C.⁴⁷⁶. D'altronde – come è noto – fu, tra le altre

⁴⁷¹ A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, p. 212.

⁴⁷² M. WLASSAK, *Die klassische Prozeßformel*, Wien-Leipzig 1924, pp. 6 e ss.; L. WENGER, *Praetor und Formel*, München 1926, pp. 8 e ss.; M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 308 e ss.

⁴⁷³ Sul punto decisamente suggestive sono le conclusioni lucide e brillanti a cui è giunto recentemente G. NICOSIA, *Dalla creazione di un secondo praetor alla autonomizzazione della iurisdictio peregrina*, in *BIDR* 109, 2015, pp. 1 e ss. spec. 18 in relazione all'origine dell'*agere per formulas*, in quanto le teorie sulla nascita e gli sviluppi di questa procedura sono basate – afferma l'autore – «sull'errato presupposto che risalga al 242 a. C. la creazione del *praetor peregrinus* della *iurisdictio peregrina*» (cfr. la ricostruzione di F. SERRAO, *La iurisdictio del pretore peregrino*, Milano 1954, pp. 36 e ss.).

⁴⁷⁴ G. LA PIRA, *La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. I. Problemi generali*, in *Studi in onore di Filippo Virgili*, Roma 1935, pp. 174-176.

⁴⁷⁵ In particolare si veda G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino 2003, pp. 81 e ss. Sulla centralità della *conceptio formularum* nel manuale gaiano si vedano anche L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 135 e M. TALAMANCA, *s.v. Processo civile (diritto romano)*, in *ED XXXVI*, Milano 1987, pp. 43 e ss. Fa uso dell'espressione «tecnica cautelare» in relazione al *litigare per concepta verba* anche D. MANTOVANI, *L'editto come codice e da altri punti di vista*, cit., p. 177.

⁴⁷⁶ È sempre Paolo in D. 3, 5, 46, 1 a parlare di *conceptio formularum*, la cui assenza nella *cognitio extra ordinem* rende «*supervacua*» la differenza fra *actiones directae* e *actiones utiles*: «*Nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum*»; cfr. M. WLASSAK, *Die klassische Prozeßformel*, cit., p. 89 n. 44 e M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 308 n. 1. È sempre da ricondurre al giurista severiano l'altro unico frammento del Digesto dove ai compilatori è 'sfuggita' l'interpolazione di *formula* con *actio*: Paolo in D. 47, 2, 42 *pr.*: «*Si servus navem exerceat non voluntate*

cause, proprio l'abuso che si fece della *conceptio verborum* a condurre gli imperatori Costante e Costanzo nel 342 d. C. a consacrare definitivamente l'eliminazione del processo formulare (C. 2, 57, 1: «*Juris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur*»)⁴⁷⁷.

Sarà poi utile ricordare che la *conceptio verborum* risulta veicolo di determinate opzioni di politica del diritto da parte del magistrato (*lex data* ed *edicta*) o degli stessi *iuris prudentes* (*interpretatio*).

Alla metà del I sec. a. C., secondo la nota testimonianza della *lex data de Gallia Cisalpina* (FIRA, 1, p. 171)⁴⁷⁸, i *verba* delle *formulae*, stabiliti per alcune specifiche fattispecie dalla *lex* in questione, sono concepiti quale schema testuale necessario, a cui il magistrato deve attenersi nella concessione dello *iudicium* in concreto, evidentemente al fine di indirizzare l'operato del giudice secondo la volontà del legislatore («*in ea verba [scil. secundum ea verba] [...] iudicium det itaque iudicare iubeat*», cap. XX, 21-23)⁴⁷⁹.

Dall'esempio «esagerato»⁴⁸⁰ proposto da Cicerone circa l'ingiustizia e l'illegittimità delle *formulae* pubblicate da Verre nel suo editto (Cic. *Verr.* 2, 2, 30-31), cui i giudici dovevano nonostante tutto sottostare («[...] *ut praetor in ea verba iudicium det ut vel L. Octavius Balbus index, homo et iuris et officii peritissimus, non possit aliter iudicare, si iudicium sit eius modi [...]*»), emerge l'influenza che la *formula*, prevista dal *praetor*, poteva esercitare sull'*officium iudicis*, «limitandone o indirizzandone l'operato e costringendolo dunque entro ambiti più definiti», fondandosi, tale influenza, sul potere che il magistrato giurisdicente esercitava sul giudice e sull'assoluta dipendenza di quest'ultimo «da quanto da lui positivamente fissato nella *formula*»⁴⁸¹.

domini, de eo, quod ibi perit, vulgaris formula in dominum danda est, ut quod alter admisit "dumtaxat de peculio", quod ipse exervitor, adiciatur "ut noxae dederet". igitur si manumissus sit, persecutio quidem in peculio manebit adversus dominum intra annum, noxalis ipsum sequetur» (cfr. L. WENGER, *s.v. Formula*, in RE VI.2, Stuttgart 1909, p. 2870). Numerose risultano le opere paoline trattanti argomenti di procedura (per un elenco si veda R. ORESTANO, *s.v. Paolo (Julius Paulus)*, in NNDI XII, Torino 1965, p. 362). Dai rilievi della dottrina che si è occupata di delineare in generale la personalità scientifica di Paolo non è però stata posta in luce una particolare attenzione del giurista severiano per il punto di vista processuale (cfr. C. A. MASCHI, *La conclusione della giurisprudenza classica dei Severi. Iulius Paulus*, in ANRW, II.15, Berlin-New York 1976, pp. 667 e ss.).

⁴⁷⁷ Su cui si veda *ex multis* M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., p. 171 e n. 68. Cfr. le puntualizzazioni di A. GUARINO, *Aucupatio syllabarum*, in *Melanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Neuchatel 1999, pp. 167 e ss.

⁴⁷⁸ Cfr. G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani. Elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, Hildesheim-Zürich-New York 1990 (ristampa anastatica Milano 1912).

⁴⁷⁹ Sul significato da attribuire all'«*in ea verba*» si vedano G. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano 1946, pp. 132 e ss.; G. PUGLIESE, *Recensione a G. CARRELLI, La genesi del procedimento formulare*, Milano 1946, in AG CXXXIII, 1946, p. 190; A. BISCARDI, *Formula e processo: valutazione di una tesi*, in RISG LXXXVI, 1949, p. 449.

⁴⁸⁰ L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 188; M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., pp. 308 e ss.

⁴⁸¹ A. CORBINO, *Iudicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., p. 182. L'Arpinate in più occasioni sottolinea questa dipendenza del giudice al dettato della *formula*: Cic. *pro Caec.* 72 e Cic. *fin.* 2, 36. Sulla dipendenza dello *index* alla *formula* impostata dal *praetor* e dalle parti si veda anche F.

È da sottolineare anche il frammento ulpiano riportato in D. 4, 3, 11, 1, dove il giurista severiano – dando mostra della propria giurisprudenziale «abilità di combinare le parole»⁴⁸² nel *litigare per concepta verba* – sostiene, seguendo quello che sembrerebbe esser già stato un indirizzo di Labeone, la necessità di concedere un'azione modellata sul fatto, da attenuare in giusta misura nelle parole della *formula* facendo menzione della *fides bona*, in alternativa all'*actio doli*, al fine di eluderne gli effetti infamanti contro quei convenuti titolari di una «*dignitas*» maggiore rispetto a quella degli attori⁴⁸³.

La *formula* appare dunque il '*medium*' che il sistema giuridico – a partire dal definitivo consolidamento del processo formulare – mette a disposizione sia delle parti processuali, sia del magistrato giudicante e della giurisprudenza dell'*agere* per cristallizzare, schematizzare e ordinare le fattispecie giuridiche 'polverizzate' nel nebuloso sistema delle fonti, affinché il giudice possa decidere le controversie guidato da più chiare e definite – sono le parole di Giuseppe Grosso – «determinazioni formali» dello *ius*⁴⁸⁴.

GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino 1997, p. 125.

⁴⁸² D. MANTOVANI, *L'editto come codice e da altri punti di vista*, in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Atti del convegno (Napoli, gennaio-novembre 1996), Napoli 1998, p. 177.

⁴⁸³ F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it. a cura di V. SCIALOJA), V, Torino 1893 = *System des heutigen römischen Rechts*, V, Aalen 1981 (2. Neudruck 1841), p. 473 n. b; O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, Aalen 1985, p. 512 e n. 8; D. MANTOVANI, *L'editto come codice e da altri punti di vista*, cit., p. 173 e ss.; R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema³, Torino 2014, pp. 16 e ss. collegano il frammento ulpiano, riportato in D. 4, 3, 11, 1, alla testimonianza di Cic. *ad Att.* 6, 1, 15, dove l'Arpinate, proconsole in Cilicia nel 51 a. C., fa riferimento a un'*exceptio* che, inserita nel suo editto e contenente un richiamo alla *fides bona*, veniva da lui qualificata come «di pari efficacia» («ἰσοδυναμοῦσαν»), sebbene «*tectionis*» («più coperta») o, anche, «più sicura») per l'ordine equestre, rispetto a quella che, probabilmente, nell'editto del collega Bibulo, governatore della *Syria* nello stesso anno, era un'*exceptio doli*. Più cauti su questo collegamento, da ultimi R. FIORI, *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, in L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, pp. 64-65 (già in ID., *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, pp. 35 e ss.) e A. TORRENT, *La exceptio del edicto de Bibulo para Siria del 51 a. C.*, in *Iura* 63, 2015, pp. 160 e ss. Cfr. i puntuali rilievi di M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., pp. 150 e ss. e di A. BURDESE, *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*, in *Diritto@Storia* 5, 2006, § 4. L'aggettivo «*tectus*» per Cicerone ha il significato sia di «velato» e di «nascosto», in riferimento a parole e a dialoghi non espliciti o non chiari (Cic. *ad fam.* 9, 22, 2, 11; Cic. *ad fam.* 9, 22, 1, 12; Cic. *ad Att.* 1, 14, 4, 2; Cic. *de orat.* 2, 296), sia di «sicuro» e «protetto», in relazione a questioni giuridiche (Cic. *de orat.* 1, 253: «[...] in quo nostri omnino melius multo, quod clarissimorum hominum auctoritate leges et iura tecta esse voluerunt [...]»). Lo stesso significato è rintracciabile anche altrove nella letteratura del I sec. a. C. (Nep. *Pelop.* 5: «[...] legationisque iure satis tectum se arbitraretur, quod apud omnes gentes sanctum esse consuesse [...]»). Traduce con «più sicura» l'aggettivo comparativo «*tectionis*» in Cic. *ad Att.* 6, 1, 15 R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, cit., p. 30.

⁴⁸⁴ Sono le illuminanti affermazioni di G. GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*⁴, cit., pp. 147 e ss. del capitolo «Struttura formulare e diritto privato», dove il Maestro torinese enfatizzava il valore e la posizione della formula «come momento di determinazione e definizione formale del diritto». La «formula pone al giudice lo schema su cui deve giudicare» e per quest'ultimo essa «costituisce la determinazione formale del diritto, con riferimento alla sanzione, in rapporto al caso concreto sottoposto al suo giudizio» (p. 152). Cfr. S. SCHIPANI, *La nascita del modello di codice*, cit., p. 42 il quale – in riferimento alle diverse parti della formula all'interno delle quali vengono inserite le diverse clausole

Le *formulae*, condensate con il supporto dei giureconsulti nell'editto o accomodate in via decretale dal magistrato, e in particolare le *formulae-iudicia* composte dalle parti sotto il controllo e l'autorità del *praetor* nei casi concreti, rappresentano le 'parole del diritto' a cui il giudice deve conformare le 'parole della sentenza'⁴⁸⁵: i *verba* della *formula* sembrano svolgere la funzione di guida e predizione degli esiti delle controversie giudiziali⁴⁸⁶, con chiare ripercussioni in tema di sicurezza giuridica.

L'analisi del problema della «sicurezza-prevedibilità» degli esiti giudiziari connessa con la redazione della *formula* nel caso concreto (c. d. *iudicium*)⁴⁸⁷, deve a mio avviso riguardare, per coerenza con il sistema processuale romano e alla luce dei noti poteri discrezionali del *praetor* nel concedere o meno un'*actio*, proprio le more tra l'approvazione della *formula-iudicium* concreta – programma di giudizio 'certo' e 'calcolabile' nei suoi possibili esiti, anche in ragione, come si vedrà, della struttura di regola modellata su un periodo ipotetico alternativo («*si paret*

provenienti da diverse parti dell'editto – parla di «enunciati normativi» che «scolpiscono [...] il rapporto giuridico nei suoi elementi essenziali, quasi elementi primi della costruzione della fattispecie». Cfr. E. STOLFI, *Il processo civile*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Diritto privato romano. Un profilo storico*², Torino 2010, p. 113 e n. 65, secondo il quale nel congegno della *formula* vi è la «ricongiunzione dello specifico evento a un modello giuridico, a un "tipo"», la *formula* rinviando, come diminutivo di *forma* – al pari del greco *typos* – all'idea dello «"stampo", con cui viene fissato e riprodotto l'aspetto esteriore di una cosa» (cfr. ID., *I casi e la regola: una dialettica incessante*, in L. VACCA (a cura di), *Casistica e giurisprudenza*, Atti del convegno (Roma, 22-23 febbraio 2013), Napoli 2014, pp. 6-7).

⁴⁸⁵ L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 204 («il pronunciamento del giudice, quanto al contenuto, è determinato dalla formulazione dell'oggetto della lite sottoposta alle parti al *index* nella *litiscontestatio* [...] Nella procedura formulare la *condemnatio* – in conformità alla costruzione della *formula* – si appoggia per il contenuto all'*intentio*»). Così anche G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*², cit., p. 175 («il contenuto della sentenza ricalcava verosimilmente la *formula*, dichiarando la fondatezza o infondatezza dell'*intentio* e rannodandovi il provvedimento di *condemnatio* o *absolutio*»). *Contra* M. MARRONE, *Su struttura delle sentenze, motivazione e «precedenti» nel processo privato romano*, cit., p. 39, secondo il quale, benché la «struttura della sentenza» dipendeva – «e non poteva non dipendere» – dalla struttura dell'atto in forza del quale lo *index* era investito del compito di giudicare, ossia la *formula-iudicium*, il giudice non era ad ogni modo tenuto, nella sua pronuncia, «a seguire passo passo la *formula* stessa precisando quale era stata la sua convinzione» sulle condizioni indicate nel testo formulare, alla verifica delle quali era subordinata la condanna.

⁴⁸⁶ Cfr. le sempre illuminanti parole di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. VII in riferimento all'attuale crisi del «circolo logico» – su cui «riposa il moderno Stato di diritto» – fra legge e sentenza, che – in riferimento all'esperienza giuridica di Roma – mi sembra sussistere fra *formula* e *sententia*.

⁴⁸⁷ La *formula* concreta approvata dalle parti sotto il controllo e la direzione del *praetor*, secondo quanto sostenuto anche da M. TALAMANCA, *s.v. Processo civile (diritto romano)*, cit., pp. 43 e ss., prenderebbe il nome tecnico di «*iudicium*». Cfr. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. II. Il processo formulare*, Milano 1963, pp. 8-9 e ID., *s.v. Iudicium*, in NN^{DI} IX, Torino 1963, pp. 335 e ss.; M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., p. 308 n. 2. Fondamentali a tal proposito gli studi di B. KÜBLER, *Über die Bedeutung von iudicium und formula bei Cicero und in den übrigen Quellen der republikanischen Zeit*, in ZSS 16, 1895, pp. 137 e ss.; G. BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS 46, 1926, pp. 131 e ss.; O. LENEL, „Iudicium“, in ZSS 47, 1927, pp. 29 e ss. Sull'uso del sintagma *formula iudicii* si vedano le più recenti riflessioni di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova 1999, p. 16 e D. CONSO, *Formula dans le cadre de la procédure formulaire*, in E. HERMON (ed. par), *Pouvoir et «imperium»*, Napoli 1996, pp. 47 e ss.

[...] *condemnato; si non paret absoluito*)⁴⁸⁸ – e la pronuncia della *sententia*, all'interno delle quali oscilla l'attività interpretativa dello *iudex* e la prevedibilità o meno per le parti dell'esito del giudizio. Prima della *litis contestatio*, gli ampi poteri discrezionali del magistrato giudicante nel concedere o meno un'azione e il potere 'dispositivo' per le parti di accordarsi su uno specifico testo formulare sotto il controllo del pretore, non permettono di avere una definitiva 'cristallizzazione' dei programmi di giudizio, seppur di regola astrattamente previsti e tipizzati nell'editto *tralatizio*⁴⁸⁹, tale da giustificare una soddisfacente prevedibilità dell'esito del

⁴⁸⁸ Cfr. L. WENGER, *s.v. Formula*, cit., pp. 2859 e ss.; E. BETTI, *Sulla opposizione della "exceptio" all'"actio" e sulla concorrenza fra loro*, Parma 1913, pp. 5 e ss.; ID., *Su la formola del processo civile romano*, cit., p. 12 («Nella sua struttura logica la formola è in generale giudizio ipotetico, di cui l'ipotesi o protasi (*intentio*) e l'apodosi (*condemnatio*) – tra loro in relazione necessaria di premessa a conseguenza – definiscono l'una l'oggetto, l'altra il fine del rapporto processuale (*iudicium*)»); ID., *s.v. Formula*, cit., p. 706 = *Istituzioni di diritto romano*², I, Padova 1947, p. 282 («la struttura logica della formola, nel suo schema generale, è quella di un giudizio ipotetico alternativo»); C. A. CANNATA, *s.v. Formula*, cit., p. 583: «caratteristica dell'*intentio* è la sua forma ipotetica»; M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., p. 308; M. MARRONE, *Su struttura delle sentenze, motivazione e «precedenti» nel processo privato romano*, cit., p. 38 («doppio periodo ipotetico»).

⁴⁸⁹ Almeno dopo la *lex Aebutia*, prima, e della *lex Iulia iudiciorum privatorum*, poi, bisogna però riconoscere che le *formulae* – in particolare quelle che iniziano a trasmettersi nell'*edictum tralatitium* – rispondono all'esigenza giuridica di tipizzazione schematica dei 'fatti', che 'ritornano' alla *formula* astrattamente prevista ogni qual volta si ripresentano al *praetor*, il quale, nell'ideazione della tecnica dei *concepta verba*, sembra presentare la necessità di schematizzazione e tipizzazione verbali dei 'casi' – alla luce del complesso mondo giuridico romano marcatamente di stampo giurisprudenziale – al fine di guidare in modo chiaro e sicuro il pronunciamento della sentenza giudiziale, che si rende così in un certo modo «calcolabile in anticipo». Utili per queste notazioni mi sono state, ancora una volta, le lucide riflessioni di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., *passim*, da cui ho tratto l'ultima citazione. Si vedano però le simili considerazioni sul «processo di tipizzazione» subito dalle *formulae* di M. TALAMANCA, *L'editto del pretore*, in ID. (direzione di), *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano 1979, p. 166: «in seguito alla ovvia circostanza del ripetersi, nella prassi del pretore [...] di casi che potevano esser sussunti, con procedimento d'astrazione, nella stessa fattispecie generale si vennero ad enucleare *formulae* 'tipiche' corrispondenti a tali fattispecie». Cfr. D. MANTOVANI, *L'editto come codice e da altri punti di vista*, cit., p. 160, secondo il quale «con la precoce stabilità dell'editto può certamente aver avuto a che vedere [...] più o meno coscientemente, il desiderio di prevedibilità o, detto altrimenti, di certezza». Questa stabilità – che non va confusa con «immodificabilità» – dell'editto, che sarebbe stata grosso modo raggiunta all'epoca di Labeone (F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, cit., pp. 37-38), si evincerebbe dai richiami che in età tardo repubblicana vengono effettuati al testo editto dei pretori urbano e peregrino da parte di editti provinciali (Cic. *ad Att.* 6, 1, 15), di leggi di regolazione della giurisdizione provinciale (c.d. *lex de Gallia Cisalpina* in *FIRA*, 1, pp. 169 e ss.) e di documenti della prassi (*TPSulp.* 43 ll. 5-10). Cfr. sul punto sempre D. MANTOVANI, *L'editto come codice e da altri punti di vista*, cit., pp. 160-161. D'altronde le testimonianze di Cicerone sul carattere «notissimo» delle *formulae* in quanto rese pubbliche dal *praetor* nel suo *album* (Cic. *pro Rosc. com.* 24-25); di Labeone sulla possibilità per l'attore di condurre l'avversario all'albo pretorio al fine di mostrargli l'azione prescelta (Ulpiano in *D.* 2, 13, 1, 1); di Seneca che descrive i causidici in attesa dei clienti sotto l'albo del pretore (Sen. *epist.* 5, 48, 10); e, infine, di Pomponio che giustifica l'esposizione in pubblico dell'editto nella garanzia per i *cives* di «premunirsi» per il futuro (*D.* 1, 2, 2, 10), sono tutti dati che dimostrano una percepita 'preesistenza' delle *formulae* edittoali tale da garantire, nonostante tutto, una certa «calcolabilità» in anticipo degli schemi processuali applicabili. Interessanti risultano, a tal proposito, le riflessioni di C. BEDUSCHI, *Il ius controversum fra razionalità e giustizia*, in V. MAROTTA – E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, cit., p. 20 n. 24 e 22 n. 27, il quale, riconoscendo «fra le *formulae* romane e le norme del codice» l'esistenza di «un rapporto di genere a specie» – «nel senso che moltissime norme del codice rispecchiano il risultato a cui erano arrivati i giuristi romani facendo applicazione delle formule» –, ha ribadito il tratto saliente dell'esperienza giudiziaria romana consistente nell'«impostazione

giudizio⁴⁹⁰. Nonostante la pubblicazione dell'editto metta i *cives* nelle condizioni di «premunirsi»⁴⁹¹ sul futuro esercizio della giurisdizione (Pomponio in D. 1, 2, 2, 10), è solo una

preventiva della controversia» che, «prefigurando il possibile esito in termini rigorosamente alternativi», «rendeva possibile svolgere il giudizio instaurando delle precedenze stringenti e controllabili». Cfr. G. PUGLIESE, *Spunti e precedenti romani delle moderne codificazioni*, in *Index* 14, 1986, pp. 19 e ss. e più di recente da S. SCHIPANI, *La nascita del modello di codice*, cit., pp. 41-42 e ID., *La codificazione del diritto romano comune*, Torino 2011, p. 9. Sugli effetti della *lex Cornelia de edictis* del 67 a. C. – anche sotto il profilo della prevedibilità e della certezza del diritto – si vedano F. SERRAO, *Dalle XII tavole all'editto del pretore*, in M. SARGENTI – G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 97; P. PINNA PARGAGLIA, *Lex Cornelia de edictis, mutui feneratorum, certezza del diritto*, cit., pp. 372 e ss.; D. MANTOVANI, *Praetoris partes. La iurisdicatio e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi*, in M. G. DI RENZO VILLATA, *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, cit., pp. 33 e ss.; da ultimi anche G. VALDITARA, *Leges e iurisprudencia fra democrazia e aristocrazia*, in *SDHI* 80, 2014, pp. 53-54 e A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, cit., pp. 127 e ss. con bibliografia ivi citata.

⁴⁹⁰ Si vedano sul punto gli interessanti rilievi di D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², cit., pp. 21-22, secondo il quale l'«immutabilità» dei *certa verba* delle *legis actiones* si trasformò in una «stabilità» dei modelli formulari (i *concepta verba* del processo *per formulas* tramandati da pretore a pretore) che garantì, come la prima, l'esigenza di «certezza del diritto» senza rinunciare alle nuove istanze di «adattamento» del sistema giuridico ai molteplici casi della vita.

⁴⁹¹ Il verbo «*praemunire*» non si rintraccia in nessun'altra fonte 'giuridica' (ricerca effettuata con la banca dati elettronica G. ROSENBAUM – P. RIEDLBERGER (hrsg. von), *Amanuensis V2.0*, Linz 2016). C'è da dire innanzitutto che due sono le tradizioni testuali del frammento dell'*enchiridion* qui preso in esame (D. 1, 2, 2, 10: «*Eodem tempore et magistratus iura reddebant et ut scirent cives, quod ius de quaque re quisque dicturus esset, seque praemuniret ^praemunirent^, edicta proponebant [...]*»): da un lato, l'uso del verbo al singolare («*praemuniret*», riferito quindi a «*quisque*»), dall'altro, l'utilizzo della medesima espressione verbale al plurale («*praemunirent*», riferito viceversa ai «*cives*») o, secondo Aloandro [così leggo in G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian*, Berlin 1822, p. 316 e in T. MOMMSEN – P. KRUEGER (hrsg. von), *Digesta Iustiniani Augusti*, I, Goldbach 2001, p. 5 n. 1], anche ai «*magistratus*»). La versione al plurale è accolta nel testo dell'*editio minor* T. MOMMSEN – P. KRUEGER (hrsg. von), *Corpus iuris civilis*, I, Frankfurt am Main 1968, p. 30 mentre invece a n. 18 si riporta la versione al singolare («*praemuniret libri*»). La versione al singolare è invece presente nel testo dell'*editio maior* T. MOMMSEN – P. KRUEGER (hrsg. von), *Digesta Iustiniani Augusti*, I, Goldbach 2001, p. 5 dove viceversa la versione al plurale è presente in n. 1 («*praemunirent (Hal.)?*»). La versione al plurale è tramandata anche da G. VIGNALI (a cura di), *Corpo del diritto. Digesto*, I, Napoli 1856, pp. 73 e 93 ma come 'variante della legge' dove il verbo viene, «ragionevolmente» ad avviso dell'autore, coniugato al plurale e così riferito «alla parola *cives*». Quella al singolare determina però la traduzione da quest'ultimo adottata: «Nello stesso tempo anche i magistrati amministravano giustizia, e perché i cittadini sapessero qual sarebbe il diritto che ciascun di loro sarebbero per amministrare su ciascuna cosa e gli servisse di norma, proponevano gli *Editti* [...]». G. VIGNALI (a cura di), *Corpo del diritto. Digesto*, I, Napoli 1856, p. 93 attribuisce la lettura al plurale a «Bynkersh» e a «do Schrodero obs. 1-1». Per quanto riguarda il primo si tratta di *Cornelis van Bynkershoek* (1673-1743) [C. VAN BYNKERSHOEK, *Opera omnia*, II⁵, Neapoli 1766, p. 20: «*Seque praemuniret. In utroque MS. meo est, seque praemunirent, quod rectius est, refertur enim ad Cives, non ad magistratus, ut perperam putabat Coccejus ad h. §, nam ait se, non ipsos. Praemunirent autem se Cives, quum ex Edictis propositis eam juris scientiam nanciscantur, qua certiores facti rebus suis prudentius consulunt. Praemunirent etiam est in libris quibusdam editis, & illam quoque lectionem plurimi Interpretes sequuntur*]. Circa la seconda citazione, il riferimento è a *Gerhardus Schroder* (1608-1639). [G. SCHRODER, *Observationum juris civilis*, p. 3: «*Sic eadem metaphora occurrit L. 2 ff. de Orig. Juris §. 10. Eodem tempore & Magistratus iura reddebant, & ut scirent cives, quod ius de quaque re quisque dicturus esset, seque praemuniret. Seu ut in aliis editionibus & manuscriptis Bynkershoekianis rectius, praemunirent. Nollem itaque cum Cl. Conradi in praefatione ante III. Bynkershoekii Praetermissa hanc vocem sollicitare reponendo praemoneret. eleganter enim loquitur Pomponius*]. La lettura «*praemunirent*» da connettersi con «*cives*» ricorre nelle principali traduzioni del *liber singularis enchiridii* (si vedano, L. LANTELLA, in S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, I, Milano 2005, p. 83; F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione*

volta approvata la *formula-iudicium* concreta – su cui verte addirittura un accordo delle parti⁴⁹² – che i possibili esiti del giudizio possono risultare ai contendenti più chiari e prevedibili⁴⁹³.

del diritto. Corso di diritto romano, Torino 1997, p. 280; A. WATSON (edited by), *The Digest of Iustinian*, I, Philadelphia 1985, p. 5; O. BEHREND – R. KNÜTEL – B. KUPISCH – H. HERMANN SEILER (hrsg. von), *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung*, II, Heidelberg 1995, p. 99). Accogliendo quest'ultima lettura, l'idea qui espressa da Pomponio mi sembra decisamente essere quella della «prevedibilità» dell'esercizio della giurisdizione e non, ovviamente, dell'esito delle controversie: quindi, in altri termini, della preventiva «conoscibilità» della *iuris dictio*. Cfr. D. MANTOVANI, *L'editto come codice e da altri punti di vista*, cit., p. 160 e S. SCHIPANI, *La nascita del modello di codice*, cit., pp. 41-42. Si veda anche E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I², Padova 1947, p. 24. A tal proposito si può aggiungere che i tempi verbali utilizzati dal pretore nelle clausole edittali, che nell'editto precedono alcune tipologie di *formulae*, sono sempre al futuro (e. g. «*iudicium dabo*» e «*pacta servabo*»): il pretore – così come la *lex publica* (ex multis cfr. *lex Quinctia de aquaeductibus* 1 del 9 a. C.: «*Quicumque post hanc legem rogatam rivos specus fornices fistulas tubulos castella lacus aquarum publicarum, quae ad urbem ducuntur sciens dolo malo foraverit ruperit [...]*» in FIR4, 1, p. 153) – esprime la volontà di dominare gli eventi futuri (cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 19 e ID., *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit., pp. 17 e ss.; art. 11 disp. prel. c. c.: «da legge non dispone che per l'avvenire [...]). Per le altre fonti si vedano s.v. *Praemunio*, in *Thesaurus linguae Latinae*, X.2, Leipzig 1987, pp. 727-728 ed E. FORCELLINI, s.v. *Praemunio*, in *Lexicon totius latinitatis*, III, Bologna 1965 (seconda rist. anast. quarta ed. Padova 1864-1926), p. 818, dove tendenzialmente il contesto militare entro cui è adoperato il verbo sta ad indicare l'idea del «difendere» e del «tutum reddere». L'espressione verbale risulta però utilizzata anche da Gell. *noct. Att.* 14, 2, 3, con un'accezione differente rispetto ai concetti di «difendere» e «rendere sicuro» ricorrenti nelle altre fonti, nel noto luogo in cui ci rende edotti della sua esperienza di *iudex unus* (su cui si veda la bibliografia citata *supra* cap. III § 3.D e da ultimo A. PALMA, *Lo ius controversum quale espressione dell'artificialità del diritto romano*, cit., pp. 9 e ss.): «*Nam etsi consilia iudicibus ex praesentium causarum statu capienda sunt, generalia tamen quaedam praemonita et praecepta sunt, quibus ante causam praemuniri iudex praepararique ad incertos casus futurarum difficultatum debeat, sicut illa mihi tunc accidit inexplicabilis reperiendae sententiae ambiguitas*». Gellio, grosso modo coevo di Pomponio, fa uso del medesimo verbo – ma dalla prospettiva dello *iudex* e non dei *cives*-parti processuali – per indicare un 'premunirsi per il futuro', un 'prepararsi per i casi incerti' e per le 'future difficoltà'. Operando un collegamento fra i due testi, credo sia comunque da non escludere la possibilità per D. 1, 2, 2, 10 di riferire il verbo ai magistrati («*magistratus [...]* se praemunirent») o a ciascun magistrato («*quisque [...]* se praemunirent»), nel caso in cui si accolga l'una o l'altra versione testuale. La proposizione in albo degli *edicta* è finalizzata sicuramente a garantire una «certezza-conoscibilità» dello *ius* che sarà *dictum* da ciascun magistrato *de quaque re* nei confronti dei *cives* («*ut scirent cives, quod ius de quaque re quisque dicturus esset*») ma anche funzionale a porre ciascun magistrato giudicante nelle condizioni di «premunirsi», ovvero sia di «prepararsi» per il futuro esercizio della *iuris dictio* («*magistratus [...]* seque praemunirent» oppure «*quisque [...]* se praemunirent»).

⁴⁹² Su cui vedi L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 133; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. II. Il processo formulare*, cit., pp. 268-269; C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo formulare*, Torino 1982, pp. 7-11 e 163-165; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, cit., pp. 26 e ss., 159 e ss. e 210 e ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Cours de droit romain. Les actions* (1935), con una nota di lettura di L. LABRUNA, Napoli 1980, pp. 31 e ss.; M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., pp. 308 e ss.; E. STOLFI, *Il processo civile*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Diritto privato romano. Un profilo storico*², cit., p. 123. Come è noto, l'accordo delle parti ricade anche sul giudice (Cic. *Cluent.* 120); e a tal proposito J. PARICIO, *Nota minima sulla sicurezza giuridica in Roma*, in M. SARGENTI – G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 193 afferma che «*en la elección de juzgador por acuerdo de las partes se asentaba, ante todo, la seguridad jurídica romana*».

⁴⁹³ Cfr. C. BEDUSCHI, *Il ius controversum fra razionalità e giustizia*, in V. MAROTTA – E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, Atti del convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010), Roma 2012, p. 3, secondo il quale «l'impostazione della controversia aveva la precipua finalità di stabilire in via preventiva in quali limiti ed a quali effetti la contesa fra le parti poteva essere pres[a] in considerazione, ed aveva luogo attraverso schemi (*formulae*) che sotto forma di quesito [...] definiva il contenuto del rapporto ed il possibile esito della lite».

Cannata ha recentemente fatto cenno alla stringente prevedibilità dell'esito del processo formulare connotata proprio alla struttura della *formula-iudicium*: l'idea stessa di quest'ultima, «come decreto pretorio che detta in modo preciso al giudice i punti che dovrà controllare per giungere alla decisione della lite sottopostagli, rappresenta uno strumento che dà al processo una trasparenza cristallina. Ciascuna delle parti, una volta che possa prevedere quale formula reggerà il giudizio previsto, è in grado di conoscere quali punti vi verranno trattati, e quindi a quali rischi si espone». Per l'autore, ciò ci può autorizzare a pensare «che i Romani, quando s'impegnavano in un processo formulare, avessero la possibilità di prevederne l'esito finale con un'approssimazione assai maggiore di quel che è accaduto con qualunque altra forma di procedura privata»⁴⁹⁴, come ad esempio – mi permetto di aggiungere – nell'arbitrato stragiudiziale.

Si tratta, a ogni modo, di una suggestione che viene da lontano. Già Montesquieu – nell'ambito della sua nota teoria sulla 'separazione dei poteri' – coglieva il valore intrinseco della *formula* romana, «come elemento direttivo delle controversie, capace di vincolare la conoscenza e la decisione del giudice»⁴⁹⁵, strumento quindi di attuazione dell'esigenza di certezza e prevedibilità giuridiche: «i Romani [...] introdussero delle formule di azione, e stabilirono la necessità di dirigere ciascun affare con l'azione che gli era propria»⁴⁹⁶. Da ciò «ne derivava che i giudici, presso i Romani, accordavano soltanto la richiesta precisa, senza nulla aggiungere, diminuire o modificare»⁴⁹⁷.

Reputo allora utile strutturare l'indagine prefissata – uno studio della *formula-iudicium* sotto il profilo della prevedibilità dell'esito processuale – attraverso due principali linee guida:

a) appurare quanto la struttura-tipo della *formula-iudicium* fondata – di regola – sul periodo ipotetico alternativo («*si paret*» / «*si non paret*») possa aver rappresentato, tra il definitivo consolidamento del processo *per formulas* e il III d. C., un'utile garanzia per la prevedibilità degli esiti giudiziali rispetto alle procedure stragiudiziali prive di tali strumenti (gli *arbitria ex compromissis*) (*infra sub § 2*);

⁴⁹⁴ C. A. CANNATA, «*Omnia iudicia absolutoria esse*», cit., p. 68.

⁴⁹⁵ M. BRUTTI, *Il processo civile romano negli studi di Mario Talamanca*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI – G. FINAZZI (a cura di), *Ricordo di Mario Talamanca*, Napoli 2012, p. 71 n. 5.

⁴⁹⁶ C.-L. DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi* (*De l'esprit des lois*, 1748), I, Milano 1967 (trad. it. a cura di B. BOFFITO SERRA), p. 114: «Ciò era necessario nella loro maniera di giudicare: bisognava stabilire lo stato della questione affinché il popolo l'avesse sempre dinanzi agli occhi. Altrimenti, nel corso di una causa importante, questo stato della questione cambierebbe continuamente, e non lo si riconoscerebbe più».

⁴⁹⁷ Tutto ciò però, secondo il Barone di Montesquieu, svaniva nelle «formule d'azione che vennero dette *in buona fede*, in cui la materia di giudicare dipendeva maggiormente dalla disposizione del giudice» (C.-L. DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 115).

b) verificare se: b₁) la controversialità scaturente da divergenti giudizi di valore che – come si è appurato *supra* cap. IV – possono derivare dall'interpretazione di clausole formulari come l'«*ex fide bona*» ad opera del giudicante – a cui «*magni*» («in gran parte») spetta il compito di risolvere in un modo o nell'altro le relative *magnae quaestiones* – possano aver indotto i giuristi nell'età del processo formulare a individuare, nella *conceptio verborum* della *formula-iudicium*, un utile strumento tecnico-giuridico posto a garanzia di una maggiore prevedibilità dell'esito processuale (*infra* §§ 3.B e 3.D). Analogamente, accertare se: b₂) le imprevedibili valutazioni a cui il giudice può giungere in ragione di un insieme di conseguenze soltanto implicite e quindi non espressamente richiamate nella previsione formulare, sempre alla luce di parametri di valutazione come l'«*ex fide bona*», possano aver condotto la giurisprudenza dell'*agere* a concentrare l'attenzione sulla costruzione in concreto della *formula-iudicium* (*infra* § 3.C).

2. LA FORMULA-IUDICIUM GARANZIA DELLA PREVEDIBILITÀ PROCESSUALE

A) GIUDIZI «SUB FORMULA» E «ARBITRIA EX AEQUO ET BONO».

α) Prima di tutto occorre appurare – come si è poc’anzi detto – se e come la struttura-tipo della *formula-iudicium* possa aver rappresentato, tra il definitivo consolidamento del processo *per formulas* e il III d. C., un’utile garanzia per la prevedibilità degli esiti giudiziali rispetto a quelle procedure stragiudiziali prive di tali strumenti: gli *arbitria ex compromissis*.

Nelle fonti emerge diffusamente una nota distinzione fra *iudicia* regolati dalle *formulae* e *arbitria* che da esse prescindono. Si tratta della nota partizione fra *iudex* e *arbiter* risalente all’età arcaica (XII Tab. 2, 2 in *FIRA*, 1, p. 31; XII Tab. 9, 3 in *FIRA*, 1, p. 64; XII Tab. 2, 1b in *FIRA*, 1, p. 30 = Gai. 4, 17; *Frag. Atestinum* 1, 7 in *FIRA*, 1, p. 177)⁴⁹⁸, su cui poggia quella – affermatasi la procedura *per formulas* – fra *iudicium* e *arbitrium ex compromisso*⁴⁹⁹ attestata da Cicerone: lo *iudicium*, descritto come «*directum, asperum, simplex*», è posto in contrapposizione all’*arbitrium*, presentato invece come «*mite*» e «*moderatum*» (Cic. *pro Rosc. com.* 10-11)⁵⁰⁰:

⁴⁹⁸ Cfr. G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957, pp. 24 e ss. e la sua nota revisione della teoria sull’origine arbitrale del processo civile romano di M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetzze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, II, Leipzig 1888-1891, pp. 287 e ss. Vedi anche le recensioni di A. BURDESE, *Recensione a G. BROGGINI, Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, cit., in *Riv. filologia e istruzione classica* 86, 1958, pp. 397 e ss., ora in *Recensioni e commenti. Sessant’anni di letture romanistiche*, I, Padova 2009, pp. 75 e ss.; e di G. PUGLIESE, *Recensione a G. BROGGINI, Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, cit., in *Iura* 9, 1958, pp. 214-229, ora in *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli 1985, pp. 255 e ss. L’autore è tornato a riflettere su questi temi, a cinquant’anni di distanza, in G. BROGGINI, «*Iudex arbiterve*», in *Rivista di diritto romano* 2, 2002, pp. 425 e ss. ora in *Studi di diritto romano e storia del diritto*, Napoli 2007, pp. IX e ss.

⁴⁹⁹ Cfr. da ultimo T. DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e ‘iudicium’: un itinerario della giurisprudenza classica*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, II, cit., pp. 112-113, secondo il quale l’arbitrato «si colloca al polo opposto rispetto al *iudicium*». A differenza di altri luoghi, dove – come si vedrà – Cicerone utilizza in modo almeno apparentemente interscambiabile i termini *iudicium* e *arbitrium* – è proprio nel luogo della *pro Rosc. com.*, dove si evidenziano le nette differenze fra i due procedimenti, che l’Arpinate sembra esser maggiormente rigoroso nell’utilizzo dei termini *iudicium* e *arbitrium* (cfr. B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall’epoca arcaica all’editto giuliano*, Milano 2002, p. 249).

⁵⁰⁰ Si veda la ricostruzione processuale di R. FIORI, ‘*Ius civile*’, ‘*Ius gentium*’, ‘*Ius honorarium*’: il problema della «*rezezione*» dei ‘*iudicia bonae fidei*’, in *BIDR* 101-102, 1998-1999, pp. 179 e ss. e ID., *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, pp. 144 e ss. – con ampi ragguagli bibliografici – dove si chiarisce anche la portata del collegamento colto in dottrina fra l’*arbitrium ex compromisso* del passo in questione e un passaggio successivo dell’orazione, dove l’Arpinate parla di «*arbitria honoraria*» in contrapposizione a «*iudicia legitima*»: «[...] *perinde ac si in banc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus*» (Cic. *pro Rosc. com.* 15). Condivido questa impostazione, contraria all’indirizzo generale che vede invece negli «*arbitria honoraria*» di Cic. *pro Rosc. com.* 15 un riferimento all’*actio pro socio* (o in generale ai *bonae fidei iudicia*) piuttosto che all’*arbitrium ex compromisso* (G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, cit., pp. 210 e ss.; M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, cit., p. 96; A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle condictiones giustinianeae*, Milano 2002, pp. 165 e ss. e 168). Si vedano sul punto anche le considerazioni di A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris 1954, pp. 10 e ss.; G. GROSSO, *Spunti e riflessioni su Cic., pro Q. Roscio Com. 5, 15, sui iudicia legitima da Cicerone a Gaio, e sull’origine dei bonae*

Cic. *pro Rosc. com.* 10-11: «[10] Pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per iudicem, in qua legitimae partis sponsio facta est. Hic tu si amplius HS nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti, propterea quod aliud est iudicium, aliud est arbitrium. Iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae; ad iudicium hoc modo venimus ut totam litem aut obtineamus aut amittamus; ad arbitrium hoc animo adimus ut neque nihil neque tantum quantum postulavimus consequamur. Ei rei ipsa verba formulae testimonio sunt. [11] Quid est in iudicio? Derectum, asperum, simplex: SI PARET HS IOOO DARI—. Hic nisi planum facit HS IOOO ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? Mite, moderatum: QUANTUM AEQUIUS ET MELIUS SIT DARI. Ille tamen confitetur plus se petere quam debeat, sed satis superque habere dicit quod sibi ab arbitro tribuatur. Itaque alter causae confidit, alter diffidit»

Per Cicerone, la differenza fra *iudicia* e *arbitria* risiederebbe proprio nei *verba formulae* dei primi che, richiedendo l'accertamento – di regola – di un *certum* («*si pareb*»), si discostano dall'*arbitrium*, di cui la mitezza e la moderatezza sono espressione del parametro indicato per la decisione e richiamato – di regola – dalle parti nel *compromissum* arbitrale («*quantum aequius et melius*»)⁵⁰¹. Nel passo immediatamente successivo, l'Arpinate esaspera l'antitesi fra le due

fidei iudicia, in *Studi in onore di Antonio Segni*, Milano 1967, pp. 483 e ss., ora in *Scritti storico giuridici*, III, Torino 2001, pp. 725 e ss.; F. CANCELLI, *Iudicia legitima, arbitria honoraria e advocatio di Pro Quinto Roscio Comodo*, 5, 15 nel sistema lessicale-giuridico di Cicerone, in *La giustizia tra i popoli nell'opera e nel pensiero di Cicerone*, Roma 1993, pp. 210 e ss.; B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano 2002, pp. 250 e ss.

⁵⁰¹ G. BROGGINI, *Iudex arbitere. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, cit., pp. 201 e ss. reputa il riferimento ciceroniano un richiamo a un'ipotetica *formula* di un'*actio pro socio* con indicazione dell'*aequius et melius* anziché dell'*ex fide bona* su cui le parti avevano modellato il *compromissum*. Similmente M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, Milano 1958, pp. 21 e ss., secondo il quale Cicerone nel luogo citato aveva intenzione di contrapporre l'*actio certae creditae pecuniae* all'*actio pro socio*, al fine di creare un parallelismo antitetico fra le due pretese – «fossero queste fatte valere nel processo ordinario o in quello arbitrale» – e non fra i due *modi agendi*. Per questa interpretazione vedi W. SELB, *Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zu Formelaufbau*, Wien-Köln-Graz 1974, pp. 54 e ss. e anche A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, cit., pp. 147 e ss. e 164. *Contra* già M. WLASSAK, *s.v. Arbitr*, in RE II, Stuttgart 1896, pp. 408-409 e poi V. ARANGIO-RUIZ (a cura di), *L'orazione per l'attore comico Quinto Roscio*, Milano 1964, p. 290 il quale intravedeva nel passo ciceroniano un richiamo esclusivamente agli *arbitria ex compromisso*. Da ultimo contrario anche R. FIORI, *'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium': il problema della «recezione» dei 'iudicia bonae fidei'*, cit., pp. 179 e ss. a cui mi sembrano accordarsi B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano 2002, pp. 249 e 260 e ss. spec. 277 e 282; L. DE GIOVANNI, *L'arbitrato nell'esperienza giuridica romana*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, p. 338; T. DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e 'iudicium': un itinerario della giurisprudenza classica*, cit., p. 138; N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in dritto romano classico*, Napoli 2012, pp. 90 e ss. A favore dell'ipotesi avanzata da Brogini, a mio avviso, non depone – non solo Cic. *pro Rosc. com.* 12, dove l'Arpinate fa espressamente riferimento a un precedente *compromissum* – ma anche Cic. *pro Rosc. com.* 24-25, dove l'oratore domanda

procedure, contrapponendo addirittura l'«*infinitam largitionem*» dell'*arbitrium* all'«*angustissimam formulam*» dello *iudicium* (Cic. *pro Rosc. com.* 12).

Come è tramandato da Gaio, la differenza fra *intentio certa* e *incerta* aveva nella procedura formulare effetti processuali nella *pluris petitio*, in cui l'attore rischiava di incorrere, con tanto di perdita della lite, qualora nell'*intentio certa* avesse chiesto più di quanto gli fosse dovuto (Gai. 4, 53 e ss.)⁵⁰². Il giurista antoniniano percepisce «l'esigenza di istruire i discenti sulla corretta fissazione dei termini della *formula*» al fine di evitare – «in un orizzonte cautelare» – il «*periculum*» per l'attore di perdere la lite⁵⁰³.

L'Arpinate sembra alludere proprio alla *pluris petitio* quando afferma che «*ad iudicium hoc modo venimus ut totam litem aut obtineamus aut amittamus*» (Cic. *pro Rosc. com.* 10) e quando sostiene che «*ille tamen confitetur plus se petere quam debeat, sed satis superque habere dicit quod sibi ab arbitro tribuatur*» (Cic. *pro Rosc. com.* 11)⁵⁰⁴. Sembrerebbe allora che Cicerone generalizzi le distinzioni: da un lato, considerando tutte le *intentiones* dei giudizi *certae*⁵⁰⁵, con il conseguente rischio di *pluris petitio*; dall'altro, tendendo a ritenere le domande incerte e le decisioni equitative tipiche soltanto di un arbitrato⁵⁰⁶, in quanto privo del suddetto «*periculum*»⁵⁰⁷.

In realtà, così a me pare, la convenienza per l'attore di adire uno *iudex – sub formula* – piuttosto che un *arbiter – ex compromisso* – risiede, per l'Arpinate, nella più generale fiducia riposta dall'attore nell'esito della controversia («*alter causae confidit, alter diffidit*»). Ritourneremo più avanti su questa importante notazione (*infra* § 2.B).

sarcasticamente al convenuto per quale motivo precedentemente non si sia servito dell'*arbitrium pro socio* previsto dal pretore nell'editto.

⁵⁰² G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano. I. La procedura formulare*, Torino 1958, *passim* spec. p. 81 n. 90 per il luogo ciceroniano; più di recente N. RAMPAZZO, *Plus petere: problemi romanistici e proiezioni dogmatiche*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam' in ricordo di Mario Talamanca*, I, Padova 2011, pp. 801 e ss. e bibliografia ivi citata.

⁵⁰³ G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, cit., pp. 87 e 99 e ss.

⁵⁰⁴ Per il legame – nel luogo ciceroniano – fra il *certum* in relazione al *quantum* e il *plus petere* si veda M. VARVARO, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008, pp. 154-155 e 168.

⁵⁰⁵ Cfr. G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, cit., pp. 199 e ss. e F. CANCELLI, *Iudicia legitima, arbitria honoraria e advocatio di Pro Quinto Roscio Comoedo, 5, 15 nel sistema lessicale-giuridico di Cicerone*, cit., p. 202 e ss.

⁵⁰⁶ Cfr. *ex multis* G. BROGGINI, «*Iudex arbiterve*», cit., p. 428: «da funzione valutativa dell'arbitro, l'utilizzazione da parte sua di criteri discrezionali fondati sul *bonum et aequum* investono anche il giudice formulare».

⁵⁰⁷ Questa antinomia si evince con tutta chiarezza da una lettura complessiva dei pragrafi 10-11-12 della *pro Rosc. com.*: «[...] [10] *Hic tu si amplius HS nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti* [...] [11] *Hic nisi planum facit HS IOIO ad libellam sibi deberi, causam perdit* [...] *in arbitrio* [...] *Ille tamen confitetur plus se petere quam debeat, sed satis superque habere dicit quod sibi ab arbitro tribuatur* [...] [12] *Quis umquam ad arbitrum, quantum petiit, tantum abstulit? Nemo; quantum enim aequius esset sibi dari, petiit* [...]».

Ad ogni modo la distinzione fondata sulla presenza o meno della *formula* e le caratteristiche tipiche di ciascuna procedura – giudiziale e arbitrale – sono ben note all’Arpinate, tanto da farvi cenno con disinvoltura in diversi altri luoghi (Cic. *pro Mur.* 27; Cic. *pro Caec.* 6)⁵⁰⁸.

Poco più di un secolo dopo, le medesime considerazioni le rintracciamo in Seneca il quale, mentre considerava la *clementia* parametro di decisione in un giudizio svolto «*non sub formula, sed ex aequo et bono*» (Sen. *de clem.* 2, 7, 3), affermava essere propria dello *iudicium*, rispetto all’*arbitrium*, la vincolatività dello *iudex* ai limiti «certi» della *formula* (Sen. *de ben.* 3, 7, 5)⁵⁰⁹:

Sen. *de ben.* 3, 7, 5: «[...] Praeterea, quaecumque in cognitionem cadunt, c o n p r e n d i p o s s u n t et non dare infinitam licentiam iudici; ideo melior videtur condicio causae bonae, si ad iudicem quam si ad arbitrum mittitur, quia illum formula includit et certos, quos non excedat, terminos ponit, huius libera et nullis adstricta vinculis religio et detrahere aliquid potest et adicere et sententiam suam, non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas aut misericordia inpulit, regere [...]»

Nell’ambito degli *iudicia* ciò che ricade sotto la cognizione dello *iudex* è predeterminato nella *formula* attraverso *termini certi*, in quanto non si reputa possibile concedere al giudice un’*«infinitam licentiam»* nel giudicare la controversia (*«infinitam largitionem»* in Cic. *pro Rosc. com.* 12).

Si palesa così, nel più ampio discorso del filosofo sull’incoercibilità della gratitudine, un’anticipazione di quanto, anni dopo, il giurista Nerazio asserirà sullo *ius finitum* (D. 22, 6, 2), probabilmente influenzato – come è stato sostenuto⁵¹⁰ – dalle correnti stoiche del tempo. Ai

⁵⁰⁸ G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, cit., pp. 24 e ss.; ID., «*Iudex arbiterve*», cit., p. 428. Questa chiarezza concettuale può esser tributata all’Arpinate, sebbene – come è stato già a suo tempo notato da B. KÜBLER, *Über die Bedeutung von iudicium und formula bei Cicero und in den übrigen Quellen der republikanischen Zeit*, in *ZSS* 16, 1895, pp. 137 e ss. – altrove Cicerone proponga una strana commistione fra i termini *iudex-iudicium* e *arbitr-*arbitrium** (Cic. *pro Rosc. com.* 25; Cic. *Verr.* 2, 2, 66). Sul punto, più di recente, si vedano anche le ipotesi prospettate da F. CANCELLI, *Iudicia legitima, arbitria honoraria e advocatio di Pro Quinto Roscio Comoedo, 5, 15 nel sistema lessicale-giuridico di Cicerone*, cit., p. 214 e da B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall’epoca arcaica all’editto giuliano*, Milano 2002, pp. 244 e ss.

⁵⁰⁹ È nota al filosofo la distinzione fra *iudex* e *arbitr* anche in relazione alla differenza fra *lis* («*inter inimicos dissensio*») e *iurgium* («*inter benevolos aut propinquos dissensio*»), Non. Marc. 5 s.v. *iurgium*) e della cui esistenza ci informano anche Cic. *de rep.* 4, 8, 8; Papiniano in D. 10, 2, 57 e C. Th. 2, 26, 4, 5: «*familia*re iurgium non iudicem, sed arbitrum requirit*» (Sen. *frg.* 14, 80). Cfr. P. MARTINO, *Arbitr*, Roma 1986, p. 31 n. 57; G. BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbitr ex compromisso*, Madrid 1990, pp. 168 e ss.; in relazione ai giudizi divisorii si veda M. VINCI, *Fines regere. Il regolamento dei confini dall’età arcaica a Giustiniano*, Milano 2004, pp. 254 e ss.*

⁵¹⁰ V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979, pp. 70 e ss.; in ID., *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Torino 1989, p. 47 collega il già esaminato frammento di Nerazio sullo *ius finitum* (D. 22, 6, 2: «*In omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debet, cum ius finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat*») a un passo di Sen. *epist.* 94, 16, da cui si evince tutta l’assonanza stilistica e concettuale tra i due: «*Adice nunc quod sapientiae praecepta finita debent esse et certa; si qua finiri non possunt,*

termini certi espressi dalla *formula* si contrappone un'*infinita licentia* che non può essere concessa allo *index* in un ordinario *iudicium*.

Sempre secondo le parole del filosofo (Sen. *de clem.* 2, 3, 1), il rischio del «*formula excidere*»⁵¹¹, del perdere la causa, – espressione che ritroviamo anche in Svet. *Div. Claud.* 14⁵¹² – può essere aggirato qualora si abbondi nella «definizione» dei concetti espressi nella *formula* («*finitio*»). Anzi, a tal proposito, – per Seneca – il proporre più esplicite delimitazioni è, emblematicamente, «più sicuro» («*tutius est*»): «[...] *plura proponere t u t i u s e s t, ne una finitio parum rem comprehendat et, ut ita dicam, formula excidat* [...]».

Se una «*causa*» è «*bona*» – concetto su cui ci intratterremo più approfonditamente oltre (*infra* § 2.B) e che richiama il «*causae confidit*» di Cic. *pro Rosc. com.* 11 – è preferibile rivolgersi a uno *index* piuttosto che a un *arbiter*, il quale decide, a differenza del primo, liberamente e senza restrizioni previste dalla *formula* o dalla *lex*⁵¹³. Anzi, l'arbitro di regola decide secondo valori quali l'*humanitas* e la *misericordia*⁵¹⁴, in ragione dei quali gli è sempre concesso «*togliere*» o «*aggiungere*» qualcosa.

Lo stoico, in un'opera di qualche anno precedente, aveva già riconosciuto nell'*arbitrium* un giudizio secondo *clementia*⁵¹⁵: l'*arbiter* è libero dai vincoli imposti dalla *formula* in quanto l'unica fonte di ispirazione per la decisione arbitrale è rappresentata dall'*aequum et bonum*.

extra sapientiam sunt; sapientia rerum terminos novit. Seneca nell'accingersi a proporre i «*fines*» del «*nomen clementiae*» pone un parallelismo con il «*formula excidere*» facilmente evitabile qualora si proponga, evidentemente nel dettato formulare, una maggiore «*finitio*» della fattispecie controversa.

⁵¹¹ «Perdere un processo per vizio di forma» (L. CASTIGLIONI – S. MARIOTTI, *s.v. Excido*, Milano 1996, p. 413); E. FORCELLINI, *s.v. Formula*, in *Lexicon totius latinitatis*, II, Bologna 1965 (seconda rist. anast. quarta ed. Padova 1864-1926), p. 521: «*Formulam cadere vel excidere dicuntur, qui concepta formulae ita certis conceptae verbis, ut ab iis si quis agendo discederet, causam amitteret*».

⁵¹² Svet. *Div. Claud.* 14: «[...] *nam et iis, qui apud privatos iudices plus petendo formula excidissent, restituit actiones* [...]». L'espressione «*formula excidere*» nel luogo svetoniano – così come il sintagma «*formula cadere*» in Quint. *inst.* 3, 7, 69 e in Sen. *epist.* 5, 48, 10 – è collegata al rischio del *plus petere* (e al rimedio pretorio della *restitutio in integrum* operata da Claudio nell'esercizio della sua *iuris dictio*). Cfr. sul punto G. PROVERA, *La pluris petitio nel processo romano. I. La procedura formulare*, Torino 1958, p. 188 n. 2 e G. SACCONI, *La «pluris petitio» nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano 1977, pp. 41 e ss.

⁵¹³ Ad onor del vero, all'«*humanitas*» e alla «*misericordia*» dell'*arbiter*, Seneca contrappone non solo la «*lex*» ma anche la «*iustitia*» dello *index*. Per il filosofo, sembrerebbe dunque esserci un'opposizione fra la *iustitia* – parallela alla *lex* – e i due caratteri equitativi della decisione arbitrale, salvo che qui s'intenda *iustitia* come «conformità allo *ius*» (e quindi in senso antitetico rispetto alla nota inversione etimologica proposta da Ulpiano in D. 1, 1, 1 *pr.*: «[...] *nomen iuris* [...] *est autem a iustitia appellatum* [...]»). Cfr. P. CATALANO, *Giustizia (concetti e sistema)*, in *EBSG VI*, 2013, p. 639. Non casuale – in quanto pienamente concorde con la visione filosofica, più che giuridica, dello stoico – mi sembra inoltre l'uso dell'espressione verbale *suadere* per la *lex* e la *iustitia* rispetto al verbo *impellere* per l'*humanitas* e la *misericordia*, decisamente più incisivo e vincolante rispetto al primo.

⁵¹⁴ Sul concetto di *humanitas* nell'interpretazione giurisprudenziale e nella legislazione imperiale da Adriano sino ai Severi si veda A. PALMA, *Humanior interpretatio. 'Humanitas' nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1992.

⁵¹⁵ Su cui si veda E. CHEVREAU, *La clemence en droit romain*, in J.-M. JUDE (a cura di), *La clemence et le droit*, Paris 2009, pp. 15 e ss.

Sen. *de clem.* 2, 7, 3: «[...] Clementia liberum arbitrium habet; non sub formula, sed ex aequo et bono iudicat et absolvere illi licet et, quanti vult, taxare litem [...]»

Mentre lo *iudex* applica il testo formulare («*sub*»), l'*arbiter* intuisce un 'valore' («*ex*»).

Sembra farsi strada nel pensiero senecano una contrapposizione fra un giudizio 'secondo le regole' («*sub formula*») e una decisione 'secondo i valori' («*ex aequo et bono*»), che non aveva avuto fino a quel momento un'analogia espressione. La questione – come è stato recentemente notato incidentalmente⁵¹⁶ – richiama gli attuali e accesi dibattiti⁵¹⁷ sulla dialettica, per gli ordinamenti contemporanei, tra le categorie del «diritto per regole» e del «diritto per principi»⁵¹⁸, che sembrano dunque, seppur in modo sfumato, essere presenti almeno nelle riflessioni di stampo filosofico dello stoico romano.

È stato dimostrato però che quanto affermato da Seneca nei passi citati (Sen. *de clem.* 2, 7, 3; Sen. *de ben.* 3, 7, 5) – come altrove⁵¹⁹ – sia frutto di una media cultura giuridica di cui disponeva il filosofo⁵²⁰. Secondo la dottrina, qui il richiamo sarebbe stato allora adoperato, con cognizione di causa, al processo formulare, da un lato, e all'alternativo *arbitrium ex compromisso*,

⁵¹⁶ M. PANI, 'Aequum bonum', 'vir bonus', 'bona fides': sul criterio della bontà di natura nel precetto romano, in A. LOVATO (a cura di), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, Atti del Convegno (Trani, 28-29 ottobre 2011), Bari 2013, pp. 137-138. Il contemporaneo «distacco» fra un «diritto per principi» e un «diritto per regole» sembra essere già sentito, dunque, alle «origini del diritto occidentale», «dove però [...] non essendosi affinate teoriche più 'laiche', si faceva risalire il dettato del diritto per principi senz'altro ad un diritto di natura» (p. 138). Si veda, a solo titolo di esempio, il frammento paolino: «[...] id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale [...]» (D. 1, 1, 11). Sul giusnaturalismo romano si vedano i contributi in D. MANTOVANI – A. SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007. In modo particolare sul giusnaturalismo giustiniano, interessanti spunti anche in P. CATALANO, *s.v. Giustiniano*, in *Enciclopedia Virgiliana*, II, Roma 1985, pp. 759 e ss. Sui 'principi' nel diritto romano si veda S. SCHIPANI, *Principia iuris. Potissima pars principum est. Principi generali del diritto. Schede sulla formazione di un concetto*, in *Nozione, formazione ed interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professore Filippo Gallo*, III, Napoli 1997, pp. 631 e ss.

⁵¹⁷ Per il diritto civile italiano si veda da ultimo N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 57 e ss. e, in senso contrario, P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., pp. 56 e ss. Per l'esperienza giuridica romana, si vedano A. PALMA, *Giustizia e senso comune*, cit., *passim* e U. VINCENTI, *Giustizia e metodo contro la mitologia giuridica*², Torino 2005, *passim*.

⁵¹⁸ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna 2010 (trad. it. a cura di N. MUFFATO); G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*², Torino 1992, pp. 147-148; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di R. Dworkin)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 31, 2002, pp. 865 e ss.

⁵¹⁹ G. LOTTITO, *Linguaggio giuridico e linguaggio filosofico in Seneca. La prima lettera a Lucilio*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. II. Da Augusto agli Antonini*, Atti del seminario (S. Marino, 12-14 gennaio 1995), Torino 1996, pp. 111 e ss.

⁵²⁰ R. DÜLL, *Seneca iurisconsultus*, in *ANRW* II.15, Berlin-New York 1976, pp. 360 e ss.

dall'altro⁵²¹, cui faceva riferimento anche Cicerone nella *pro Rosc. com.* 10-11⁵²², sempre al fine di esaltare una maggiore sicurezza derivante dai giudizi *sub formula*.

β) Al di là dei diversi e plurimi significati tecnici che il termine *arbiter* col tempo rivestì nei differenti contesti⁵²³ – dall'*arbitrium ex compromisso* all'*arbitrium iudicis* delle azioni arbitrarie⁵²⁴,

⁵²¹ G. CRIFÒ, *s.v. Arbitrato (diritto romano)*, in *ED II*, Milano 1958, p. 894 e n. 6; R. DÜLL, *Seneca iurisconsultus*, cit., pp. 375-377. *Contra* M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, cit., p. 27 che vi vedeva un'opposizione fra *index* ed *arbiter* all'interno del processo formulare e non fra i giudicanti delle due procedure *per formulas* ed *ex compromisso*.

⁵²² R. FIORI, *'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium': il problema della «recezione» dei 'iudicia bonae fidei'*, cit., pp. 179 e ss.; B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano 2002, pp. 249 e 260 e ss. spec. 282; T. DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e 'iudicium': un itinerario della giurisprudenza classica*, cit., p. 138; N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, Napoli 2012, pp. 90 e ss.; L. DE GIOVANNI, *L'arbitrato nell'esperienza giuridica romana*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, p. 338.

⁵²³ T. DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e 'iudicium': un itinerario della giurisprudenza classica*, cit., p. 117 parla di «fluidità semantica» nell'uso dei termini *arbiter*, *arbitrium* e *arbitratus*, mentre riconosce la «continuità semantica e concettuale» tra *ius*, *iurisdictio*, *iudicium* e *index*. Di diversa opinione – almeno in relazione all'opera ciceroniana – mi sembra essere B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano 2002, pp. 231-232 e 298.

⁵²⁴ *Ex multis* cfr. B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrarie e l'arbitrium iudicis*, Palermo 1913; G. PUGLIESE, *s.v. Actio (diritto romano)*, in *NNDI II*, Torino 1958, p. 29 e n. 5. Più di recente, con ampi ragguagli bibliografici, S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo nelle formule del processo privato romano*, Napoli 2012.

dall'arbitraggio del *bonus vir* agli *arbitria ex fide bona*⁵²⁵ passando per gli arbitrati pubblici⁵²⁶ – l'espressione sembra infatti a ogni modo indicare una maggiore libertà riconosciuta dalle parti al terzo cui esse si affidano per la valutazione della questione sottoposta (Fest. *s.v.* *Arbiter* 14 ed. Lindsay: «*Arbiter dicitur iudex, quod totius rei habeat arbitrium et facultatem*»)⁵²⁷.

⁵²⁵ Al di là dei considerevoli problemi che qualsiasi ricostruzione storica sul punto presenta, è innegabile l'attestazione nelle fonti dell'uso del termine *arbiter* anche per quelli che, almeno dopo la *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a. C., ossia nell'età della definitiva affermazione del processo formulare, vengono comunque denominati *iudicia bonae fidei* e non più *arbitria* (come accade invece in Cic. *de off.* 3, 17, 70 e 3, 16, 65-67 – dove comunque in corrispondenza agli *arbitria in quibus adderetur ex fide bona* l'Arpinate parla di *iudicia contraria* e di *iudex* – ma non in Cic. *de off.* 3, 15, 61 e Cic. *top.* 17, 65-66, dove invece parlandosi di *iudicia in quibus ex fide bona est additum* ad essi si associa l'*arbitrium rei uxoriae*). Se è vero che per questi ultimi il termine *iudex* risulta impiegato dai giuristi in modo «pressoché esclusivo» (M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 290), non possono essere trascurate – a mio avviso – alcune fonti emblematiche che testimoniano l'utilizzo dei termini *arbiter* e *arbitrium* per questi *iudicia* ancora in piena età severiana: Papiniano in D. 16, 3, 24 («*officium arbitri*») e in D. 22, 1, 1 *pr.* («*arbitrio iudicis*»); Paolo in D. 17, 2, 38 *pr.* («*pro socio arbiter*»); Ulpiano in D. 12, 3, 4, 2 («*arbitrio iudicis*»). Su questa fluidità nell'uso dei termini *arbiter* e *iudex*, *arbitria* e *iudicia* in particolare per i giudizi di buona fede cfr. per tutti F. BONIFACIO, *s.v.* *Arbitro e arbitratore (diritto romano)*, in NNDI I.2, Torino 1958, pp. 926-927. Sull'origine arbitrale dei *bonae fidei iudicia* si vedano in particolare le plurime e differenti interpretazioni che sono state proposte del fenomeno storico da G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, cit., pp. 218 e ss.; L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Milano 1961, pp. 190 e ss.; A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, pp. 100 e ss.; G. GROSSO, *Spunti e riflessioni su Cic., pro Q. Roscio Com. 5, 15, sui iudicia legitima da Cicerone a Gaio, e sull'origine dei bonae fidei iudicia*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, Milano 1967, pp. 483 e ss., ora in *Scritti storico giuridici*, III, Torino 2001, pp. 725 e ss.; più di recente O. BEHREND, *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. formulae in factum conceptae*, in C. CASCIONE – C. M. DORIA, *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche*, Napoli 2002, pp. 197 e ss.; B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano 2002, pp. 225 e ss.; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *De los 'arbitria bonae fidei' pretorios a los 'iudicia bonae fidei' civiles*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, II, Padova 2003, pp. 31 e ss.

⁵²⁶ Cfr. G. BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbiter ex compromisso*, cit., pp. 67 e ss. e, sebbene più risalente, l'ancora utile contributo di E. DE RUGGIERO, *L'arbitrato pubblico in relazione col privato presso i Romani*, Roma 1893.

⁵²⁷ Cfr. E. FORCELLINI, *s.v.* *Arbiter*, in *Lexicon totius latinitatis*, I, Bologna 1965 (seconda rist. anast. quarta ed. Padova 1864-1926), p. 301 («[...] *Arbiter dicebatur quicumque privatus ex aequo et bono, ut sibi videbatur, sententiam inter litigantes ferret ad controversias componendas, sed omnino extra rem iudicalem [...] Saepius arbiter est iudex non a lege datus, sed ab iis qui litigant electus, qui totius rei habet potestatem, ut de ea ex aequo et bono, ut sibi videbitur, sententiam ferat: in quo differt a iudice, qui iudicat secundum leges et juris formulas; arbiter vero et leges benigne interpretatur, et aequitatem magis sequitur, quam juris rigorem [...]*»); M. WLASSAK, *s.v.* *Arbiter*, in RE II, Stuttgart 1896, p. 409 («[...] *so war doch dem ersteren regelmässig ein viel freieres Ermessen (arbitrium) gestattet als dem Staatsrichter*»); L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 55 («libero criterio (*arbitrium*) a lui spettante nell'emettere la sentenza»); G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, cit., p. 112 («*Wie der iudex erscheint der arbiter ausschließlich als eine „gerichtliche“ Figur mit Judikationsbefugnis, und das unterscheidende Merkmal läßt sich lediglich im inneren Moment des freieren Ermessens findend*»); F. BONIFACIO, *s.v.* *Arbitro e arbitratore (diritto romano)*, in NNDI I.2, Torino 1958, p. 926 («[...] predilezione per la denominazione di *arbiter* (e di *arbitrium* contrapposto a *iudicium*) ove al giudicante fosse riconosciuto maggiore potere discrezionale [...]»); P. MARTINO, *Arbiter*, cit., p. 40 («*l'arbiter non segue mai criteri oggettivi di stretto diritto, ma il principio morale, alquanto soggettivo, dell'aequum bonum*»); M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 289 («il termine *arbiter* è adoperato nei casi in cui il giudicante ha una – più o meno ampia – potestà discrezionale»); T. DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e 'iudicium': un itinerario della giurisprudenza classica*, cit., p. 127: «l'arbitro [...] dispone di ampi poteri»).

In un passo delle *epistulae* di Proculo, che sarà esaminato a breve (D. 17, 2, 76), il termine *arbiter* sembra indicare una categoria giuridica unitaria ripartita in almeno due «genera»⁵²⁸: l'arbitratore nell'*arbitratus boni viri* – l'arbitraggio su alcuni elementi del regolamento contrattuale – e l'arbitro nell'*arbitrium ex compromisso* – l'arbitrato privato come alternativa al processo⁵²⁹. Se questo è vero, e se è altrettanto vero che Proculo può essere considerato «il giurista di Seneca»⁵³⁰, si scorge, proprio nei testi del giureconsulto del I secolo, non solo la presenza di ripetuti richiami all'*aequum* che ricordano la *clementia* senecana (D. 17, 2, 76; D. 46, 3, 82; D. 2, 9, 29) – che legittimano quindi una concreta assonanza fra i due – ma anche un'esaltazione dell'*arbitratus boni viri* che, a differenza dell'*arbitrium ex compromisso*, per il giurista, deve essere sempre *aequum*, in particolare nei rapporti tutelati da *bonae fidei iudicia*⁵³¹ – esaltazione che, viceversa, sembra allontanare la visuale del giurista da quella del filosofo:

Proculo *libro quinto epistularum* in D. 17, 2, 76 e 78: «[76] Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constitueret, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. *arbitrorum*⁵³² enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum,

⁵²⁸ Cfr. sul punto le riflessioni di M. HUMBERT, *Deux notes en marge de l'arbitrage romain*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, IV, Napoli 2001, pp. 400 e ss. e di K.-H. ZIEGLER, *Arbiter, arbitrator und amicus compositor*, in *ZSS* 84, 1967, pp. 376 e ss. spec. 379. Sui «genera» in Proculo M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano*, Roma 1977, p. 264 n. 734.

⁵²⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli 1950, pp. 111 e ss. vi vedeva una contrapposizione fra *arbitrium merum* e *arbitrium boni viri*. Si veda per l'interpretazione fornita nel testo, M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, cit., p. 24 e n. 58, secondo il quale più che una distinzione tra *arbitrium merum* e *arbitrium boni viri*, qui Proculo avesse in mente proprio una differenziazione tra l'arbitrato e l'arbitraggio. *Contra* F. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Torino 1970, pp. 484 e ss. che ha invece considerato frutto di una manipolazione post-classica la bipartizione resa palese dall'attuale *recensio* del frammento proculiano, ritenendo altresì che nella versione originale il giurista neroniano avrebbe prospettato una bipartizione fra due tipologie di arbitraggi (*arbitrium* di una persona determinata e *arbitrium boni viri*).

⁵³⁰ A. SCHIAVONE, *Anni difficili. Giuristi e principi nella crisi del primo secolo*, in A. DE VIVO – E. LO CASCIO (a cura di), *Seneca uomo politico e l'età di Claudio e di Nerone*, Atti del convegno (Capri, 25-27 marzo 1999), Bari 2003, p. 52.

⁵³¹ Sul passo vi è un'ampia letteratura: fra gli ultimi, con bibliografia ivi citata, L. GAROFALO, *L'arbitraggio sul prezzo*, in A. LOVATO (a cura di), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, cit., pp. 228-229 e V. MANNINO, *Brevi notazioni a margine dell'arbitrato boni viri*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, II, cit., pp. 428 e ss.

⁵³² Aloandro emendava «*arbitrorum*» in «*arbitrorum*» – seguito sul punto da F. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Torino 1970, p. 480 n. 4 ma non da T. MOMMSEN – P. KRUEGER (hrsg. von), *Corpus iuris civilis*, I, Frankfurt am Main 1968, p. 262 – sì da intendere la bipartizione fra due «genera» di *arbitria* piuttosto che di *arbitri*.

parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitrato fiat [...] [78] In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est»

Per il giurista neroniano dunque l'arbitraggio del terzo sulle quote societarie⁵³³ deve essere sempre *boni viri* a differenza dell'*arbitrium ex compromisso*, che può essere tanto *aequum* quanto *iniquum* (c.d. *arbitrium merum*).

Come si concilia questa affermazione con il passo del *de clementia* (2, 7, 3), dove Seneca riconosce nel solo *arbitrium*, da considerare *ex compromisso* secondo la dottrina dominante, un giudizio «*ex aequo et bono*»?

Proculo – ovviamente più rigoroso rispetto all'amico filosofo – sembra affermare che le parti nel *compromissum*, diversamente che nell'accordo sull'*arbitratus*, siano libere di determinare i parametri cui l'*arbiter* debba rivolgersi per decidere la controversia (*aequum* o *iniquum*)⁵³⁴. E sappiamo, da un frammento ulpiano, che alla sentenza arbitrale compromissoria, *aequa* o *iniqua* che fosse, le parti avrebbero dovuto sottostare sia in un caso sia nell'altro: «*Stari autem debet sententiae arbitri [...] sive aequa sive iniqua sit*» (Ulpiano in D. 4, 8, 27, 2).

Seneca, dunque – così come l'Arpinate rispetto alla teoria della *pluris petitio* nelle *intentiones certae* di cui abbiamo testimonianza in Gaio – sembra anch'egli generalizzare, e quindi sfumare la ricostruzione dogmatica di Proculo, riconducendo a tutti gli *arbitria ex compromissis* – forse alla luce di una prassi consolidata – decisioni di stampo equitativo.

Ma in questo caso c'è da dire – come d'altronde è stato già autorevolmente fatto⁵³⁵ – che l'*arbitrium ex compromisso*, nel pieno della vigenza della procedura formulare, probabilmente trovò ragione di esistere proprio nella convenienza e nell'opportunità per le parti di evitare il

⁵³³ Sotto questo profilo si veda da ultimo G. SANTUCCI, *Fides bona e societas: una riflessione*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, III, cit., pp. 359 e ss. Cfr. M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, IV, cit., pp. 256 e ss.

⁵³⁴ Cfr. G. CRIFÒ, *s.v. Arbitrato (diritto romano)*, cit., pp. 893-894; T. DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e 'iudicium': un itinerario della giurisprudenza classica*, cit., p. 126.

⁵³⁵ M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in *Rivista dell'arbitrato* 6, 1996, pp. 1-20, ora in *Scritti giuridici*, Palermo 2003, pp. 616-617; B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano 2002, p. 233; J. URBANIK, *Compromesso o processo? Alternativa risoluzione dei conflitti e tutela dei diritti nella prassi della tarda antichità*, in E. CANTARELLA (hrsg. von), *Symposion 2005. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Atti del convegno (Salerno, 14-18 settembre 2005), Wien 2007, p. 393. Cfr. L. DE GIOVANNI, *L'arbitrato nell'esperienza giuridica romana*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, p. 337.

controllo magistratuale sui criteri decisionali, di regola prefissati nell'editto e da riassumere nei *verba* della *formula-iudicium*. E di ciò sembrerebbe aversi una testimonianza nelle sintetiche asserzioni senecane.

Dunque, nel caso in cui le parti non avessero voluto affidare allo *iudex* la decisione secondo i parametri 'tipizzati' in astratto dal pretore nell'editto (o meritevoli di tutela secondo il suo apprezzamento discrezionale) e riassumibili in concreto nella *formula-iudicium* sotto il controllo di quest'ultimo, ecco la possibilità di adire un *arbiter*⁵³⁶ con richiesta, *ex compromisso*, di emettere una decisione secondo parametri alternativi (addirittura *iniqui* secondo Proculo in D. 17, 2, 76 e Ulpiano in D. 4, 8, 27, 2) o semplicemente – e più probabilmente – maggiormente «moderati» (Cic. *pro Rosc. com.* 11: «*mite, moderatum*»; «*quantum aequius et melius sit dari*»; Sen. *de ben.* 3, 7, 5: «*humanitas, misericordia*»; Sen. *de clem.* 2, 7, 3: «*ex aequo et bono*»).

γ) Tutto questo ci induce ora ad affrontare quanto emerso dalle riflessioni della dottrina sul problematico parallelismo fra la struttura e la funzione, da un lato, del *compromissum(-arbitrium)* e, dall'altro, della *litis contestatio(-formula-iudicium)* che – come è noto – è stato oggetto di vivaci discussioni in dottrina, in particolare in relazione alla struttura del *compromissum*: per gli uni, negozio formale che si sarebbe esaurito nelle «due stipulazioni fra loro interdipendenti»⁵³⁷; per gli altri, semplice accordo informale tra le parti, coincidente con la *conventio*, nei cui confronti le reciproche stipulazioni penali si sarebbero presentate solo come accessorie seppur necessarie⁵³⁸.

⁵³⁶ Il 'terzo intervenuto' (*arbiter*) poteva anche non godere dei requisiti richiesti dal pretore per lo *iudex unus* (cfr. G. CRIFÒ, *s.v. Arbitrato (diritto romano)*, cit., p. 893; M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 617; T. DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e 'iudicium': un itinerario della giurisprudenza classica*, cit., p. 127).

⁵³⁷ G. LA PIRA, '*Compromissum*' e '*litis contestatio*' formolare, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, II, Palermo 1936, p. 190; F. BONIFACIO, *s.v. Compromesso (diritto romano)*, in *NNDI III*, Torino 1959, pp. 784 e ss.; K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München 1971, pp. 48 e ss.; G. BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbiter ex compromisso*, cit., pp. 177 e ss.

⁵³⁸ M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, cit., pp. 37 e ss.; M. TALAMANCA *L'arbitrato romano dai 'veteres' a Giustiniano*, in *Labeo* 20.1, 1974, pp. 83 e ss.; ID., *Recensione a G. BUIGUES OLIVER, La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbiter ex compromisso*, cit., in *BIDR* 33-34, 1991-1992, pp. 575 e ss.; B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano 2002, pp. 234 e ss.; N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, cit., pp. 19 e ss. Non ho potuto consultare A. FERNÁNDEZ BARREIRO – J. GARCÍA CAMIÑAS, *Arbitraje y justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en derecho romano*, in *Varia Studia. Libro omenaje al Prof. Dr. Luis Rodríguez Ennes*, Pontevedra 2015, pp. 417 e ss.

A ogni modo, col compromesso si ritiene pacificamente che le parti definissero comunque la ‘fattispecie’ su cui l’arbitro avrebbe potuto e dovuto pronunciarsi, stabilendo – esattamente come nel caso della *formula-iudicium* – le «modalità di decisione della controversia»⁵³⁹.

Dove risiede, allora, la differenza – in termini di sicurezza e di prevedibilità della decisione – che, a mio parere, emerge chiaramente dalle contrapposizioni enfaticizzate da Cicerone, prima, e da Seneca, poi, se anche nel *compromissum* le parti definiscono la fattispecie su cui l’*arbiter* deve pronunciarsi e delimitano, prevedendone i possibili esiti, la sua cognizione?

La Pira – padre della tesi c. d. ‘stipulatoria’⁵⁴⁰ – arrivò addirittura a descrivere il *compromissum* nei termini di un «programma preciso» e «netto», che «pone i termini esatti della controversia» e segna i «limiti» che l’arbitro deve osservare⁵⁴¹.

Più o meno simili asserzioni sono rinvenibili nella dottrina che ha abbracciato la suddetta tesi⁵⁴²; ma anche tra i sostenitori dell’opposta teoria non mancano riconoscimenti di tal sorta

⁵³⁹ Da ultimi T. DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e ‘iudicium’: un itinerario della giurisprudenza classica*, cit., p. 126 e N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in dritto romano classico*, cit., pp. 12 e ss., con ampi ragguagli bibliografici. Così già M. WLASSAK, *Die klassische Prozeßformel*, Wien-Leipzig 1924, p. 151: «Wie das Kompromiß so muß auch die Formel die unverbrüchliche Grundlage sein für die Prüfung und Entscheidung des Rechtsbandels».

⁵⁴⁰ Qualche anticipazione di questa teoria è possibile rinvenirla in A. BRINZ, *Recensione a C. WEIZSÄCKER, Das römische Schiedsrichteramt unter Vergleichung mit dem „Officium iudicis“*, Tübingen 1879, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 22, 1880, p. 199, dove l’autore aveva sostenuto che le parti riportavano nel *compromissum* l’intentio della *formula* corrispondente. Così qualche spunto anche in E. BETTI, *Diritto romano I. Parte generale*, Padova 1935, pp. 493 e ss. e ID., *Su la formola del processo civile romano*, cit., p. 40.

⁵⁴¹ G. LA PIRA, *‘Compromissum’ e ‘litis contestatio’ formulare*, cit., pp. 189 e ss. spec. 197 e ss. Secondo l’autore – fondando le proprie ipotesi sulla testimonianza di Paolo in D. 4, 8, 1 («*Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet*») – il *compromissum* arbitrale avrebbe rappresentato un’alternativa alla *formula-iudicium* approvata tramite *litis contestatio*. Ciò si evincerebbe in particolar modo anche da Paolo in D. 4, 8, 32, 15 («*De officio arbitri tractantibus sciendum est omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum: nec enim aliud illi licebit, quam quod ibi ut efficere possit cautum est: non ergo quod libet statuere arbiter poterit nec in qua re libet nisi de qua re compromissum est et quatenus compromissum est*»), in D. 4, 8, 32, 17 («[...] *nam sententia esse debet de re compromissa [...]*»), e in D. 4, 8, 32, 21 («*Arbiter nihil extra compromissum facere potest [...]*»). Per quanto l’*arbiter* debba pronunciare la *sententia* «[...] *secundum formam compromissi [...]*» (Papiniano in D. 4, 8, 42), le parti non potranno però mai predeterminare nel *compromissum* l’intero contenuto della *sententia* («[...] *et ideo si sic fuit in arbitrium compromissum, ut certam sententiam dicat, nullum esse arbitrium [...]*» Paolo e Giuliano in D. 4, 8, 19 *pr.*). Per l’autore «dovendosi offrire all’arbitro, come al giudice, un programma ben determinato di processo, questo programma doveva contenere» non solo le pretese dell’attore (*intentio*) e le contropretese del convenuto (*exceptio*), ma anche ogni altra clausola necessaria o eventuale come la *demonstratio*, la *adiudicatio*, la *promissio poenae* (che prenderebbe il posto della *condemnatio* degli *iudicia*), o addirittura *clausolae doli*. L’*arbitrium* consisterebbe dunque in una «formula orale» basata su schemi solenni tipici e predeterminati (G. LA PIRA, *‘Compromissum’ e ‘litis contestatio’ formulare*, cit., pp. 216 e ss. spec. 225).

⁵⁴² K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München 1971, pp. 60 e ss. che però non sembra, almeno implicitamente, abbracciare la perfetta sovrapponibilità della struttura compromissoria allo schema della *litis contestatio* formulare proposta da La Pira (cfr. sul punto le considerazioni recensorie di M. TALAMANCA, *L’arbitrato romano dai ‘veteres’ a Giustiniano*, in *Labeo* 20.1, 1974, pp. 87 e 99 n. 12). Invece, nonostante consideri «*exagerada*» l’equiparazione proposta da La Pira, G. BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbiter ex compromisso*, cit., p. 206

al *compromissum*. Bonifacio⁵⁴³ – che prima di Talamanca aveva già contestato alcuni risultati cui era pervenuto La Pira⁵⁴⁴ – considerava a ogni modo «innegabile» che nel *compromissum* dovessero «essere posti i termini esatti della controversia così come nella formula». Analogamente – fatte salve le dovute riserve sulle restanti «illazioni» – Arangio-Ruiz riconosceva «l'affinità di struttura fra *compromissum* e *litis contestatio*» indicata sul punto da La Pira⁵⁴⁵. Per dalla Massara – a prescindere dall'adozione di una come dell'altra tesi – il compromesso è da ritenersi «un programma di giudizio» attraverso il quale «le parti definiscono la fattispecie su cui l'arbitro dovrà pronunciarsi»⁵⁴⁶. Da ultimo, nell'interpretare l'«*ad finiendas lites*» di Paolo in D. 4, 8, 1 e il «*lites finire*» di Ulpiano in D. 4, 8, 3, 1 – dove l'espressione verbale «*finire*» in relazione al *compromissum* arbitrale sembra oscillare fra i significati di «definire» / «circoscrivere» e «terminare» / «dirimere» – Rampazzo ha da ultimo ipotizzato la possibilità di decodificare l'espressione *finire lites* «nel senso di chiara impostazione dell'area oggettiva di incidenza della pronuncia arbitrale, oltre che di individuazione della portata degli obblighi delle parti contraenti e delle eventuali regole di procedura»⁵⁴⁷, sì da far apparire ancor più immediata l'assimilazione del *compromissum* al meccanismo processuale della *litis contestatio*⁵⁴⁸.

reputa che «*la única limitación*» a cui deve sottostare l'*arbitr* consista nel «*contenido del compromissum celebrado entre las partes*» (ID., *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbitr ex compromisso*, cit., p. 142).

⁵⁴³ F. BONIFACIO, *Appunti sulla natura della litis contestatio nel processo formulare*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano 1953, p. 90 n. 3. Ma ad ogni modo riteneva non riuscito il tentativo di La Pira di dimostrare che nella *stipulatio* compromissoria si enunciassero «il programma della lite e della decisione in termini altrettanto rigidi quanto quelli del *iudicium*» (ID., s.v. *Compromesso (diritto romano)*, cit., p. 785).

⁵⁴⁴ M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, Milano 1958, pp. 3 e ss., il quale ad ogni modo riconosceva che «il *compromissum*, come la *formula*, serve a fissare i limiti della controversia che viene deferita all'arbitro». Così anche G. BROGGINI, *Iudex arbitere. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, cit., pp. 202-203, secondo il quale il *compromissum*, in cui le parti riproducevano i medesimi verba delle relative *formulae*, non era nient'altro che uno «*Streitprogramm*» da cui emergevano le «*Instruktionen*» per l'*arbitr*.

⁵⁴⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1994 (rist. anast. 1989), p. 334 n. 2.

⁵⁴⁶ T. DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e 'iudicium': un itinerario della giurisprudenza classica*, cit., p. 126.

⁵⁴⁷ N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, cit., pp. 12 e ss. spec. 18 (su cui si vedano a tal proposito anche le considerazioni recensorie di F. PERGAMI, *Il ruolo e la funzione del giudice nel processo romano di età classica*, in *SDHI* 80, 2014, pp. 395 e ss.). Per lo studioso, anche il verbo «*redigo*» – utilizzato da Paolo in D. 4, 8, 1 – sembrerebbe avere il significato di «rendere o far diventare, cioè disporre o comporre secondo un modello di riferimento e quindi di conformare una cosa ad un'altra». Questo significato induce l'autore a ipotizzare «una consonanza (non un'identità) strutturale cui fa eco un'analogia funzionale e teleologica» fra *formula-iudicium* e *compromissum* (ID., *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, cit., p. 13 n. 13). Sull'uso del verbo *finire* – nel senso di *circumscribere* – nella giurisprudenza romana si vedano le mie considerazioni *supra* cap. III § 2.A. Sul significato da attribuire al verbo *redigere* si vedano invece le precisazioni di M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, cit., pp. 18-19.

⁵⁴⁸ A proposito del *compromissum* quale misura e confine del *thema decidendum* – e soprattutto in virtù di quello che si esaminerà in conclusione di questo capitolo sull'uso della locuzione «*tutius est*» («è più sicuro») – non è da trascurare una medesima esigenza di circoscrizione e delimitazione anche della cognizione dell'*arbitr ex compromisso* che emerge da Ulpiano in D. 4, 8, 21, 6: «*Plenum compromissum*

La delimitazione del *thema decidendum* e l'individuazione della *res in arbitrium* o *in iudicium deducta* – comune, quindi, a *compromissum* e *litis contestatio* – non credo sia però assimilabile alla funzione della *formula-iudicium* che ho qui intenzione di mettere in luce e far emergere, ossia la prevedibilità dell'esito del giudizio quale garanzia tipica del dettato formulare, in quanto quest'ultima, e solo quest'ultima, sembra guidare il percorso logico-giuridico a cui lo *iudex* si deve attenere per giungere a una soluzione della controversia, con una chiara qualificazione giuridica della fattispecie ed espliciti richiami «formali» al regolamento giuridico da applicare.

Poco probabile mi sembra infatti l'interpretazione che – sotto questo profilo – Biscotti propone dei passi della *pro Roscio comoedo* di Cicerone e dei due luoghi di Seneca su riportati⁵⁴⁹. La studiosa, sebbene con lucidità di argomentazione⁵⁵⁰, giunge a ritenere che vi fossero addirittura delle *formulae* anche per gli *arbitria ex compromisso*, in cui reputa di poter scorgere la matrice originaria degli *arbitria bonae fidei*. Si tratterebbe di uno «schema formulare» consolidato nella prassi stragiudiziale – quindi sviluppatosi al di fuori del tribunale pretorio – e rielaborato compiutamente dalla giurisprudenza al fine di circoscrivere la cognizione dell'arbitro sì da

appellatur, quod "de rebus controversiisve" compositum est: nam ad omnes controversias pertinet. sed si forte de una re sit disputatio, licet pleno compromisso actum sit, tamen ex ceteris causis actiones superesse: id enim venit in compromissum, de quo actum est ut veniret. sed est tutius, si quis de certa re compromissum facturum sit, de ea sola exprimere in compromisso. Piuttosto che redigere un compromesso generale attinente a tutte le controversie intercorrenti fra le parti, per il giurista severiano, se qualcuno vorrà concludere un compromesso su una controversia determinata, «è più sicuro» indicare solo questa nel *compromissum*, sì da non precludersi l'esperimento delle «*actiones ex ceteris causis*». Per quanto sia impressionante l'utilizzo della medesima espressione («*tutius est*») – a mio avviso tecnica – che emerge nelle fonti in relazione alla costruzione della *formula-iudicium* in concreto, l'effetto nocivo che Ulpiano vuole qui scongiurare non attiene alla prevedibilità della *sententia arbitri* ma al «potenziale esaurimento delle azioni processuali derivanti da altri diritti e titoli non espressamente contemplati nell'atto di composizione della lite» (N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in dritto romano classico*, cit., p. 40). Ad ogni modo, poiché l'esistenza di una *formula de omnibus rebus controversiisque* non è accettabile (come ipotizzava invece G. LA PIRA, '*Compromissum*' e '*litis contestatio*' formulare, cit., p. 216; *contra* M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, Milano 1958, p. 5 n. 11), il consiglio, nei termini di una maggiore «sicurezza», dispensato da Ulpiano, nel definire più puntualmente la controversia da deferire all'*arbitrator*, potrebbe essere funzionale a sopperire, in un certo qual modo, al *gap* esistente fra *compromissum-arbitrium* e *formula-iudicium* in relazione alla fissata e formalità dello schema della seconda rispetto alla fluidità e informalità della struttura del primo.

⁵⁴⁹ Cfr. G. BROGGINI, *Iudex arbitere. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, cit., pp. 202 e ss. il quale intravede in *pro Rosc. com.* 10-11 non una contrapposizione fra *iudicia* e *arbitria ex compromisso*, ma un'opposizione tra due tipi di procedimenti concessi *sub formula* dal pretore con la dazione di uno *iudex* – nel primo caso – e un *arbitrator* – nel secondo. Per l'autore, nel caso di specie si tratterebbe – come si è visto – di un *arbitrium pro socio* con richiamo all'*aequus et melius*. B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, cit., pp. 276 e ss. – pur non condividendo tale asserzione dello studioso svizzero – analogamente ipotizza l'esistenza di *formulae* per gli *arbitria ex compromisso* piuttosto che per i giudizi arbitrali. Cfr. O. BEHRENDT, *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. formulae in factum conceptae*, cit., pp. 197 e ss.

⁵⁵⁰ A. BURDESE, *Recensione a B. BISCOTTI, Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, cit., in *SDHI* 70, 2004, p. 525.

guidarlo nella decisione da adottare⁵⁵¹. La tesi propugnata dalla studiosa si appoggerebbe in particolare sul periodo «*ei rei ipsa verba formulae testimonio sunt*» (di Cic. *pro Rosc. com.* 10), dove il termine *formula* sarebbe riferito – sempre secondo l'autrice⁵⁵² – ai *verba* sia degli *iudicia* («*si paret HS DDD dari*») sia degli *arbitria* («*quantum aequius et melius sit dari*»), su cui l'Arpinate si intrattiene subito dopo nel paragrafo 11⁵⁵³.

A mio sommo avviso⁵⁵⁴, pare non ammissibile tale congettura – ovverossia l'utilizzo indiscriminato del termine *formula* tanto per gli *iudicia* quanto per gli *arbitria* – poiché ciò contrasterebbe con evidenza – non solo con quanto affermato da Seneca nel *de clementia* e nel *de beneficiis* dove il filosofo utilizza solo per gli *iudicia* il termine *formula*⁵⁵⁵ – ma anche con quanto viene affermando l'Arpinate nel prosieguo dell'orazione, dove l'autore non credo lasci adito a dubbi di sorta, in ragione dell'opposizione chiara fra l'*infinita largitio* dell'*arbitrium* e l'*angustissima formula* dello *iudicium* (Cic. *pro Rosc. com.* 12). Inoltre, se con il periodo «*ei rei ipsa verba formulae testimonio sunt*» Cicerone avesse voluto riferirsi tanto agli *iudicia* quanto agli *arbitria*, l'oratore avrebbe dovuto declinare il termine *formula* al genitivo plurale e non al singolare. Infine, non mi sembra sia rintracciabile in tutta l'orazione, l'espressione «*formula arbitrii*» che la studiosa attribuisce a Cicerone in riferimento alle parole «*quantum aequius et melius sit dari repromittiquis*» in *pro Rosc. com.* 12⁵⁵⁶.

⁵⁵¹ Questa circoscrizione avverrebbe sulla base di una *praescriptio*, che B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, cit., pp. 289 e ss. ritiene possa intravedersi nelle lacunose ll. 5-8 pag. 4 (parte sinistra) del documento n. 76 (TH 76) dell'archivio ercolanense riprodotto da V. ARANGIO-RUIZ – G. PUGLIESE CARRATELLI, *Tabulae Herculanaenses*, in *La parola del passato* 45.10, 1955, p. 448: «[uicem sibi (?) de]beri praes[criptum sit (?)]» (l. 5).

⁵⁵² La medesima interpretazione dell'inciso «*ei rei ipsa verba formulae testimonio sunt*» si rinviene però anche in G. BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el árbitro ex compromiso*, cit., p. 138.

⁵⁵³ B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, cit., p. 263.

⁵⁵⁴ Anche R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, pp. 149-150 n. 121 più in generale reputa «improbabile» l'ipotesi prospettata dalla studiosa.

⁵⁵⁵ Per B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, cit., pp. 263-264 n. 102 non vi sarebbe alcuna contraddizione fra i due luoghi, in quanto – almeno dal passo del *de beneficiis* – non ritiene sia possibile «escludere l'esistenza» di formule arbitrali analoghe a quelle giudiziali e, soprattutto, in ragione dell'«evoluzione decisiva» che investì gli *arbitria* nel corso del secolo che separa i due autori.

⁵⁵⁶ B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, cit., p. 274.

Accogliendo la tesi di Biscotti, mi sembra che venga meno, oltretutto, la stessa impalcatura del discorso ciceroniano⁵⁵⁷ – e di conseguenza di quello senecano⁵⁵⁸ – incentrato sull'uso tecnico del termine *formula(-iudicium)* in antinomia a quello di *arbitrium*.

Se è ragionevole ipotizzare l'esistenza di «formularii» – probabilmente scritti – formati nella prassi compromissoria sotto la guida e il consiglio della giurisprudenza⁵⁵⁹ – anche in ragione dell'uso da parte di Cicerone, seppur in un sol luogo (Cic. *pro Caec.* 51: «[...] *pacti conventi formula* [...]»), del termine *formula* in relazione ai *pacta*⁵⁶⁰ – non credo che nella *pro Roscio comoedo* l'Arpinate intendesse affiancare, sussumendoli sotto l'unico termine *formula*, due formularii – la *formula-iudicium* e il *compromissum* arbitrale – che sotto molteplici aspetti erano anzi, proprio agli occhi dell'oratore, notevolmente distanti l'uno dall'altro: prima di tutto, sotto il profilo della stringente struttura del dettato formulare, il cui periodo ipotetico alternativo («*si paret* [...]»

⁵⁵⁷ In generale si veda l'uso tecnico in Cicerone del termine *formula*, lì dove è palese un contesto processuale (cfr. H. MERGUET, *Lexicon zu den philosophischen Schriften Cicero's*, II, Hildesheim 1961, p. 66; H. MERGUET, *Lexicon zu den Reden des Cicero*, II, Hildesheim 1962, p. 364; W. A. OLDFATHER – H. V. CANTER – K. M. ABBOTT, *Index verborum Ciceronis epistularum*, Hildesheim 1965, p. 258): si vedano *ex multis* Cic. *de off.* 3, 14, 60 («[...] *Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas* [...]»); *de leg.* 1, 14 («[...] *An ut stipulationum et iudiciorum formulas componam?* [...]»); *fin.* 2, 3 («[...] *oratio praescribere primum debet ut quibusdam in formulis EA RES AGATUR* [...]»); *pro Mur.* 29 («[...] *gloria militaris vestris formulis atque actionibus anteposenda est* [...]»); *Verr.* 2, 2, 152 («[...] *postulavit ab L. Metello ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium, QUOD PER VIM AUT METUM ABSTULISSET, quam formulam Octavianam et Romae Metellus habuerat et habebat in provincia* [...]»); *ad fam.* 7, 12, 2, 2 («[...] *Ubi porro illa erit formula fiducia: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET?* [...]») e 13, 27, 1, 5 («[...] *sed tamen non parcam operae et, ut vos soletis in formulis, sic ego in epistulis DE EADEM RE ALIO MODO.* [...]»); nonché *pro Rosc. com.* 12; 14; 15; 24; 25 a cui – alla luce di questa ricognizione – si deve aggiungere a mio avviso anche l'11 («*ei rei ipsa verba formulae testimonio sunt*»). Cfr. i risultati cui era pervenuto B. KÜBLER, *Über die Bedeutung von iudicium und formula bei Cicero und in den übrigen Quellen der republikanischen Zeit*, cit., pp. 137 e ss. Invece, sul diverso significato attribuibile a Cic. *pro Caec.* 51 si veda *infra*.

⁵⁵⁸ Oltre ovviamente a Sen. *de ben.* 3, 7, 5 e Sen. *de clem.* 2, 7, 3 a cui possono aggiungersi rispettivamente *de ben.* 6, 5, 5 («*separantur actiones, de eo, quod agimus, et de quo nobiscum agitur; non confunditur formula: si quis apud me pecuniam deposuerit, idem postea furtum mihi fecerit, et ego cum illo furti agam et ille mecum depositi*») e *de clem.* 2, 3, 1 («[...] *plura proponere tutius est, ne una finitio parum rem comprehendat et, ut ita dicam, formula excidat* [...]»), si vedano anche le altre fonti riportate in R. BUSA S. J. – A. ZAMPOLLI (a cura di), *Concordantiae Senecanae*, I, Hildesheim-New York, 1975, p. 494 *s.v.* *formula*, da cui emerge in modo preponderante l'uso tecnico del termine in questione.

⁵⁵⁹ Così anche M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, cit., p. 11.

⁵⁶⁰ Cic. *pro Caec.* 51: «*Quae lex, quod senatus consultum, quod magistratus edictum, quod foedus aut pactio, quod, ut ad privatas res redeam, testamentum, quae iudici aut stipulationis aut pacti et conventi formula* [...]». Del testo esistono più tradizioni testuali relative al periodo «*quae iudici aut stipulationis aut pacti et conventi formula*». Faccio mia quella di A. BOULANGER, *Cicéron. Discours. Tome VII*, Paris 1961, p. 111. «*Formula*» nel senso di «*certa verba*» di «*pacti conventi*» e simili si rinviene anche in altri luoghi ciceroniani (*s.v.* *Formula*, in *Thesaurus linguae Latinae*, VI.1, Leipzig 1912-1926, p. 1117): *Verr.* 2, 2, 147 («[...] *quae tamen omnia novas iniurias habent, sed postulationum formulas usitatas* [...]»); *Flacc.* 36 («[...] *Nisi vero batenus ista formula testimoni atque orationis tuae describi ac distingui potest* [...]»). Così anche B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, cit., pp. 182 e ss. Invece, F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, Torino 1992, pp. 57-58 n. 86 e pp. 60-61 interpreta il sintagma «*pacti conventi formula*» di Cic. *pro Caec.* 51 nel senso di *formulae* arbitrali previste dall'editto pretorio.

si non pareb») – secondo il pensiero dell’Arpinate – soddisfaceva le esigenze di sicurezza e prevedibilità di chi potesse confidare nel buon esito del giudizio.

Come vedremo meglio a breve, è solo con la *formula-iudicium* – in chiara antitesi rispetto all’*arbitrium ex compromisso* – che sia l’oratore sia il filosofo reputano maggiormente garantite le aspettative di successo. Come si dirà, per entrambi le «*bonae causae*» in cui si «confida» è conveniente tutelarle *sub formula* piuttosto che *ex compromisso*.

A ogni modo, sia che queste «formule orali» siano da reputare coincidenti con le sole *stipulationes poenales* (La Pira)⁵⁶¹, sia che questi «formulari» siano da rintracciare nel semplice *pactum* (Biscotti)⁵⁶², dalle testimonianze ‘documentali’ delle c. d. tavolette ercolanesi emergono modelli di compromessi che non legittimano alcuna ricostruzione, in positivo, della struttura dell’accordo⁵⁶³ né tantomeno ci autorizzano a ipotizzare la presenza nei *compromissa* arbitrali di *partes* analoghe a quelle delle *formulae*⁵⁶⁴.

Diversamente, in negativo, credo sia possibile affermare che l’accordo sul deferimento di una *res controversa* all’*arbitrator*, concluso a mezzo di *conventio* e/o *stipulationes* separate, – di regola – non fosse strutturato sul modello giudiziale dell’alternativa «*si paret [...] si non pareb*».

Credo che sia proprio questo elemento a dare fondamento – direttamente nel discorso ciceroniano e indirettamente in quello senecano – all’opposizione enunciata nel confronto tra le due procedure.

Infatti, Cicerone (*pro Rosc. com.* 11) àncora la disamina delle caratteristiche di ciascuna procedura, da un lato, al dettato testuale della *formula* della *condictio certae creditae pecuniae* («S I P A R E T H S I O O O D A R I») e, dall’altro, alle espressioni con cui si manifesta l’accordo sottostante al *compromissum* arbitrale («Q U A N T U M A E Q U I U S E T M E L I U S S I T D A R I»), le quali si pongono agli antipodi rispetto al primo. Nel paragrafo successivo, l’oratore

⁵⁶¹ Anche G. LA PIRA, ‘*Compromissum*’ e ‘*litis contestatio*’ formolare, cit., p. 208 nn. 40 e 43, in un primo momento, aveva ipotizzato l’esistenza di una «formula scritta (*arbitrium*) che offrisse all’arbitro – come lo *iudicium* al giudice – un programma preciso per giudicare». In seguito ad alcune osservazioni critiche di Arangio-Ruiz, avanzate per lettera privata a La Pira prima della pubblicazione del contributo, l’autore ritenne opportuno mitigare l’ipotesi suddetta, trasponendola fra le note come tesi da accogliere in via subordinata. Il parallelismo di «struttura» fra *arbitrium* e *iudicium* per La Pira risiederebbe dunque nella circostanza per cui «l’*arbitrium* non è altro che lo *iudicium* tradotto oralmente in discorso diretto, mentre lo *iudicium* non è che un *arbitrium* tradotto in iscritto in discorso indiretto» (G. LA PIRA, ‘*Compromissum*’ e ‘*litis contestatio*’ formolare, cit., p. 213).

⁵⁶² B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall’epoca arcaica all’editto giuliano*, Milano 2002, pp. 234 e ss.

⁵⁶³ V. ARANGIO-RUIZ – G. PUGLIESE CARRATELLI, *Tabulae Herculanenses*, in *La parola del passato* 45.10, 1955, pp. 448 e ss.; K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, München 1971, pp. 49 e ss., 63 e ss., 70 e ss. (per il resto della prassi negoziale greca e latina di cui abbiamo testimonianza: pp. 150 e ss.); L. BOVE, *Documenti processuali dalle Tabulae Pompeianae di Murecine*, Napoli 1974, pp. 117 e ss.; G. CAMODECA, *Riedizione del trittico ercolanese TH 77 + 78 + 80 + 53 + 92 del 26 gennaio 69*, in *Cron. Erc.* 24, 1994, pp. 137 e ss.

⁵⁶⁴ M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di “compromissum”*, cit., pp. 5-6 e 10 n. 20.

ritorna sul tenore di quest'ultima formulazione in modo più completo⁵⁶⁵: «[...] *compromissum feceris, arbitrum sumpseris* QUANTUM AEQUIUS ET MELIUS SIT DARI REPROMITTIQUE *sic petieris*»⁵⁶⁶.

La nostra attenzione qui si deve concentrare sul «*sic petieris*» finale, la cui corretta lettura e interpretazione possono rappresentare un ulteriore sostegno alla tesi che qui si sta perorando.

Infatti, questo inciso finale («*sic petieris*»), in realtà, è frutto di un'interpretazione proposta da Mommsen del «† *si peieres* †» della tradizione manoscritta, che non ha goduto di unanime consenso nella critica letteraria e nella giusromanistica che si è concentrata sul passo in questione (Cic. *pro Rosc. com.* 12)⁵⁶⁷. La traduzione del luogo – secondo l'emendazione mommseniana – suonerebbe allora grosso modo così: «[...] hai concluso un compromesso, hai adito l'arbitro, 'QUANTO PIÙ EQUO E MEGLIO SIA DARE E RIPROMETTERE' così hai chiesto»⁵⁶⁸.

In molti hanno invece ritenuto di poter intravedere nel «† *si peieres* †» la presenza di un «*si pareat*» analogo a quello dello *iudicium*⁵⁶⁹.

La lettura proposta da Mommsen è stata accolta, non solo dall'editore Freese⁵⁷⁰, ma anche da Broggin, in quanto «*einem* 'si paret' oder *Ähnlichem am Ende einer intentio begegnen wir bekanntlich*

⁵⁶⁵ Sul significato da attribuire al «*repromittique*» qui aggiunto da Cicerone, si vedano G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, cit., pp. e ss.; B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, cit., pp. 285 e ss.

⁵⁶⁶ La discussione sulla presenza o meno dell'espressione «*quantum aequius et melius sit dari*» nell'*intentio* o nella *condemnatio* della 'formula' arbitrale non credo abbia qui – in virtù di quanto ho creduto di poter affermare *supra* nel testo – ragione di esser proseguita: infatti, trattandosi di *arbitria ex compromisso* – privi di *partes* analoghe a quelle delle *formulae* – e non di arbitrati giudiziali, non credo si possa sostenere né la tesi di G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, cit., p. 208, il quale ha ritenuto che l'espressione riportata fosse da ascrivere all'*intentio* della *formula*, né tantomeno quella di chi l'ha reputata inserita nella *condemnatio* (vedi bibliografia citata in G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, cit., p. 205 n. 16). Allo stesso modo, l'analoga tesi di B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, cit., p. 283, la quale intravede nella *pro Roscio comoedo* la presenza di un riferimento ad un *arbitrium ex compromisso* piuttosto che ad arbitrati con formule concesse dal pretore, non credo possa ammettersi in ragione dell'impossibilità di asserire con certezza la presenza di *partes formularum* nel *compromissum* arbitrale, collocato agli antipodi rispetto alla *formula*. Discorso diverso è invece quello relativo alla presenza nell'*intentio* della clausola «*aequius melius*» dell'*actio rei uxoriae*, a mio sommo avviso del tutto scollegato con il luogo ciceroniano qui studiato (si veda *infra* cap. V § 3.B).

⁵⁶⁷ MOMMSEN.

⁵⁶⁸ Ho fatto uso della traduzione proposta da B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, cit., p. 262 n. 101, dove ripercorre in modo chiaro e puntuale le divergenti letture del passo ciceroniano.

⁵⁶⁹ CLARK e LAMBINUS: «*si pareret*»; KAYSER: «*si paret deberi*».

⁵⁷⁰ FREESE.

nirgends»⁵⁷¹ e, oltretutto, dalla stessa Biscotti, la quale riconosce che la presenza del «*si pareat*» è da scartare sia «paleograficamente» sia «dal punto di vista più strettamente giuridico»⁵⁷².

Questo dato – a mio sommo avviso – metterebbe in rilievo, non solo – come è noto – la frequente esclusione del potere di «accertamento» dalle prerogative dell'*arbiter*⁵⁷³, ma anche e soprattutto l'assenza nei *compromissa* del costrutto fondato sul periodo ipotetico alternativo e delle «coordinate logiche»⁵⁷⁴ che di regola guidano il giudice nelle *formulae* giudiziali.

È allora probabile che fosse proprio tale costrutto – unico elemento discriminante che, assieme a quello della scelta dei criteri decisionali, mi sembra emergere, seppur in negativo, dall'esame delle fonti a nostra disposizione⁵⁷⁵ – a rappresentare, almeno per l'oratore⁵⁷⁶, il *quid*

⁵⁷¹ G. BROGGINI, *Iudex arbitere. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, cit., p. 203 n. 10. Adesive a quella di Mommsen sono anche le interpretazioni di M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, cit., p. 22 n. 51 e di V. ARANGIO-RUIZ (a cura di), *L'orazione per l'attore comico Quinto Roscio*, cit., pp. 318 e 361 n. 2. La critica al «*si pareat*» è condivisa anche da K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, cit., p. 19, il quale propone un'ulteriore lettura basata su una maggiore fiducia accordata al «*si peieret*» dei manoscritti ma che, sebbene parzialmente convincente, qui non interessa esaminare in quanto comunque diversa dal «*si pareat*».

⁵⁷² B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, cit., p. 262 n. 101.

⁵⁷³ Così anche T. DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e 'iudicium': un itinerario della giurisprudenza classica*, cit., p. 119 e n. 8. Cfr. O. BEHREND, *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. formulae in factum conceptae*, cit., p. 268 secondo il quale il «compito dell'arbitro consisteva in una mediazione e non in un accertamento di una fattispecie». Ad ogni modo, anche B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, cit., p. 324 ritiene che il compito dell'*arbiter* si riducesse a «funzioni meramente estimatorie». *Contra* G. LA PIRA, «*Compromissum*» e «*litis contestatio*» formulari, cit., pp. 210-211 e 222 che anzi ricostruisce il tenore delle *stipulationes poenales*, a suo dire unico contenuto del *compromissum*, sulla base del costrutto fondato sul «*si pareat*».

⁵⁷⁴ E. STOLFI, *Il processo civile*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Diritto privato romano. Un profilo storico*², Torino 2010, p. 113 («da formula si configura [...] come la traduzione in termini tecnici di una materia fattuale con cui il magistrato entrava in contatto solo tramite questa tipizzazione, fornendo al giudice le coordinate logiche alla cui stregua valutare il merito della causa»). Cfr. E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1988, pp. 222-223 («dalla struttura della formula, è dato rilevare l'iter logico che percorreva il giudicante romano per decidere di una controversia civile, iter che non è affatto dissimile da quello che segue oggi il magistrato nel nostro moderno ordinamento») e L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 187 («procedimento logico»). Così anche G. GUIDA, *Ius dicere e iudicare. Iurisdictio del magistrato e poteri del giudice*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, III, cit., p. 58.

⁵⁷⁵ Sarebbe superfluo specificare che il periodo ipotetico, che emerge da alcune tavolette ercolanesi raccolte da V. ARANGIO-RUIZ – G. PUGLIESE CARRATELLI, *Tabulae Herculenses*, in *La parola del passato* 45.10, 1955, pp. 448 e ss. (TH 76 ll. 11 e ss.: «[...] si quid ad]versus ea factu<m> erit si[ve quid ita] factum non erit HS M [p. r. d. dol]umque malum huic rei ar[biteriorque] abesse afutur[u]mque [esse]»; TH 82 ll. 5 e ss.: «[...] sive qui[d]nis adver[sus ea] factum erit HS duomilia p. r. d. stipula[tus est] L. Venidius Ennychus s[p]o[p]ondi ead[em] L. An[im]us (?) Anic[et]us»; la stessa clausola sembra emergere anche dalla più lacunosa TH 81 l. 3), corrisponde al contenuto della stipulazione penale, ovvero alla *missio poenae*, dove quindi dalla protasi («*si quid* [...]»; «*sive quidvis* [...]») dipende il pagamento della *poena*: qualora sia fatto o non sia fatto qualcosa «*adversus*» *sententia arbitri* (cfr. G. BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbiter ex compromisso*, cit., p. 210). Ma si vedano le puntuali precisazioni di M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, cit., pp. 17-18.

⁵⁷⁶ In Cicerone in più luoghi si rinvencono formule al «*si pareat*» e mai invece *arbitria ex compromissis*: oltre a Cic. *pro Rosc. com.* 11, anche in Cic. *div.* 56 («SI PARET EAM SE ET SUA VENERIS ESSE DIXISSE»);

minoris degli *arbitria* rispetto alla maggiore linearità del programma di giudizio formulare e, quindi, dello svolgimento e della conclusione della fase *apud iudicem*. Alla luce della stringente sintonia fra i luoghi ciceroniani e senecani, reputo che lo stesso possa esser però a buon motivo affermato anche per il *de clementia* e il *de beneficiis* del filosofo dove ci si affida ai «termini certi» della *formula*⁵⁷⁷.

Sembrerebbe allora emergere un quadro più chiaro dalle testimonianze esaminate, attestanti modelli differenti per gli *arbitria* e gli *iudicia* sia in relazione ai criteri decisionali richiamati rispettivamente nel *compromissum* e nella *litis contestatio* (*supra sub β*); sia in relazione alla struttura degli stessi (*supra sub γ*).

Le affermazioni ciceroniane (Cic. *pro Rosc. com.* 10-11) e senecane (Sen. *de clem.* 2, 7, 3; Sen. *de ben.* 3, 7, 5) potrebbero rappresentare dunque una testimonianza, da un lato, della prassi che vedeva – di regola ma non necessariamente – attribuite all'*arbiter ex compromisso* tali prerogative di ordine equitativo non 'controllate' dal pretore sì da evitare l'applicazione del diritto richiamato nell'editto⁵⁷⁸ e, dall'altro, della struttura delle *formulae* considerate quali schemi di

Verr. 2, 2, 31 («SI PARET FUNDUM CAPENATEM, QUO DE AGITUR, EX IURE QUIRITUM P. SERVILI ESSE, NEQUE IS FUNDUS Q. CATULO RESTITUETUR»); *Verr.* 2, 3, 55 («SI PARERET IUGERA EIUS FUNDI PLURA ESSE QUAM COLONUS ESSET PROFESSUS, TUM UT XENO DAMNARETUR»). Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con «demonstratio» e la loro origine*, in *Studi economico-giuridici*, IV, Cagliari 1912, pp. 75 e ss., poi in *Rivista*, Roma 1946 = Camerino 1970, pp. 21 e ss., ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, p. 387 n. 4.

⁵⁷⁷ Per F. BONIFACIO, *s.v. Compromesso (diritto romano)*, cit., p. 785, il fallimento del tentativo di La Pira di delineare un perfetto parallelismo fra *compromissum* e *litis contestatio* troverebbe fondamento anche nei termini in cui Seneca contrappone la maggiore discrezionalità dell'arbitro al «binario obbligato che la formula pone al giudice».

⁵⁷⁸ Cfr. E. FORCELLINI, *s.v. Arbiter*, in *Lexicon totius latinitatis*, I, Bologna 1965 (seconda rist. anast. quarta ed. Padova 1864-1926), p. 301; E. DE RUGGIERO, *s.v. Arbiter*, in *Dizionario epigrafico di antichità romane*, I, Roma 1961 (rist. anast. Roma 1895), p. 614 («Il *iudex* per regola giudica secondo il diritto e determinate formule o istruzioni processuali; l'*arbiter*, invece, più secondo l'equità, e quando esso è nominato dai privati, non è obbligato di attenersi a quelle formule»); M. WLASSAK, *s.v. Arbiter*, cit., p. 409 («[...] so war doch dem ersteren regelmässig ein viel freieres Ermessen (*arbitrium*) gestattet als dem Staatsrichter»); ID., *s.v. Arbitrium*, in *RE* II, Stuttgart 1896, p. 413 («Ob und wie weit er das geltende Privatrecht bei der Fällung des Spruches zu beachten hat, darüber entscheidet lediglich das *Compromissum*»); G. CRIFÒ, *s.v. Arbitrato (diritto romano)*, cit., p. 894 (secondo il quale sono le parti tramite il compromesso a indicare «all'arbitro i criteri in base ai quali egli deve pronunciare la *sententia*»); M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di "compromissum"*, cit., pp. 24 e ss. spec. p. 28 e n. 65 (secondo il quale l'arbitro era di regola legato al «diritto oggettivo» salvo che «le parti nel compromesso non lo avessero svincolato dall'osservanza di esso»); in ID., *L'arbitrato romano dai 'veteres' a Giustiniano*, cit., p. 103 n. 53 è stato critico nei confronti di K. H. ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, cit., p. 136, che, a sostegno della tesi della libertà dell'*arbiter ex compromisso* dal «diritto oggettivo», non adduceva l'«importante» fonte di Sen. *ben.* 3, 7, 5; J. PARICIO, *Notas sobre la sentencia del 'arbiter ex compromisso'. Sanción contra el arbitro que no dió sentencia*, in *RIDA* 31, 1984, p. 291 («el árbitro no estaba ligado al derecho objetivo a la hora de emitir su *sententia*»); M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, cit., p. 617 («le parti del procedimento arbitrale [...] all'arbitro avrebbero potuto, se del caso, chiedere di decidere sulla base di criteri che non erano quelli del diritto ufficiale [...]»); J. URBANIK, *Compromesso o processo? Alternativa risoluzione dei conflitti e tutela dei diritti nella prassi della tarda antichità*, in E. CANTARELLA (hrsg. von), *Symposium 2005. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Atti del convegno (Salerno, 14-18 settembre 2005), Wien 2007, p. 393

parole idonei a definire ‘formalmente’ le fattispecie su cui lo *iudex* avrebbe dovuto pronunciarsi con l’indicazione dell’*iter* logico-giuridico a cui quest’ultimo si sarebbe dovuto attenere.

Il tutto sullo sfondo di una percepita sicurezza giuridica e auspicata prevedibilità dell’esito del giudizio, maggiore nei giudizi dominati e controllati dalle *formulae*, minore negli arbitrati privi di tali strumenti tecnico-giuridici a disposizione delle parti.

(«possiamo supporre che una delle ragioni per cui le parti preferivano l’arbitrato al processo fosse la speranza di trovare una soluzione conciliatrice non conforme alle disposizioni di legge»); L. DE GIOVANNI, *L’arbitrato nell’esperienza giuridica romana*, in *Sull’arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, p. 338; T. DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e ‘iudicium’: un itinerario della giurisprudenza classica*, cit., pp. 138-139 che condivide la posizione «equilibrata» espressa da G. BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbiter ex compromisso*, cit., p. 142 («la principal diferencia se encuentra en el hecho de que a la hora de dictar sentencia, el arbiter ex compromisso no tiene que obedecer a lo dispuesto en una fórmula escrita redactada en presencia de y con la aprobación del Pretor, sino que goza de completa libertad para dictar la sentencia que pone fin al litigio con la única limitación que del contenido del compromissum celebrado entre las partes»), il quale però non esitava a concludere «que el árbitro no tenía que sujetarse a las normas de Derecho Objetivo; sino que [...] se regiría por criterios de aequitas, clementia, humanitas, moderatio». Nulla a tal proposito si evince dai compromessi rinvenuti e raccolti in V. ARANGIO-RUIZ – G. PUGLIESE CARRATELLI, *Tabulae Herculenses*, in *La parola del passato* 45.10, 1955, pp. 448 e ss. né in L. MIGLIARDI – K.-H. ZIEGLER, *Un nuovo compromesso dall’Egitto romano: PUG inv. n. 1126*, in *RIDA* 18, 1971, pp. 553 e ss.; qualche riferimento ai fondamenti giuridici delle soluzioni arbitrali si rinvengono nei *kompromissa* citati da J. URBANIK, *Compromesso o processo? Alternativa risoluzione dei conflitti e tutela dei diritti nella prassi della tarda antichità*, cit., p. 393.

**B) LA *FORMULA-IUDICIUM* GARANZIA DELLE «*BONAE CAUSAE*» IN CUI
«*CONFIDARE*» (CIC. *PRO ROSC. COM.* 11; SEN. *DE BEN.* 3, 7, 5).**

Di estremo interesse ai nostri fini risultano – come si è sopra fatto cenno – le medesime ragioni, prospettate sia dall’oratore sia dal filosofo, che possono indurre le parti coinvolte in una controversia ad adire uno *iudex* («*sub formula*») piuttosto che a rivolgersi a un *arbiter* («*ex aequo et bono*»).

Cicerone (Cic. *pro Rosc. com.* 11) considera conveniente per l’attore l’ordinaria procedura *per formulas*, piuttosto che l’*arbitrium ex compromisso*, nel caso in cui egli possa confidare nell’esito favorevole del processo («*causae confidit*»)⁵⁷⁹. Viceversa, qualora per l’attore la causa cominciasse a vacillare prima di richiedere uno *iudex*, l’Arpinate ci informa che era prassi non giungere alla *litis contestatio* e rifugiarsi nella discrezionalità di un *arbiter* (Cic. *pro Rosc. com.* 13: «[...] *cum ad iudicem causam labefactari animadvertunt, ad arbitrum confugiunt* [...]»)⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ G. BUIGUES OLIVER, *La solución amistosa de los conflictos en derecho romano: el arbiter ex compromisso*, cit., p. 139 considera «*curioso*» il ragionamento qui sviluppato da Cicerone intorno alla «*confianza en su causa*». In realtà le espressioni «*causae confidere*» e «*causae diffidere*» sono ricorrenti nell’opera ciceroniana (s.v. *Causa*, in *Thesaurus linguae Latinae*, II, Leipzig 1906-1912, p. 694). Oltre a Cic. *pro Rosc. com.* 11, anche in *Sest.* 135 i due sintagmi sono collocati su posizioni antitetiche: «[...] *cupio eum suae causae confidere; solet enim tribunos plebis appellare et vi iudicium disturbare, cum diffidit* [...]»: l’Arpinate accusa Clodio di essere solito appellarsi alla discrezionale *intervessio* tribunizia allorquando non confidi nel buon esito delle cause intraprese (si vedano, a tal proposito, i più importanti scritti in tema – che però non mi sembrano citare il luogo della *pro Sestio* – R. ORESTANO, *L’appello civile in diritto romano. Corso di diritto romano*², Torino 1966 (rist. ster. 1953), pp. 80 e ss.; E. COCCHIA, *Il tribunato della plebe e la sua autorità giudiziaria studiata in rapporto colla procedura civile*, Roma 1971 (rist. anast. Napoli 1917), pp. 387 e ss.; E. LEFÈVRE, *Du rôle des Tribuns de la Plèbe en procédure civile*, Paris 1910; V. SCIALOJA, *Esercizio e difesa dei diritti. Procedura civile romana*, Roma 1894, pp. 384 e ss.). Per la sola espressione «*causae confidere*» in senso processuale si vedano Cic. *Verr.* 2, 2, 69 («[...] *monet hominem ne nimis iudicio Sacerdotis et causae suae confidat* [...]»); *Cluent.* 10 («[...] *Primum igitur illud est, ex quo intellegi possit debuisse Cluentium magno opere causae confidere, quod certissimis criminibus et testibus fretus ad accusandum descenderit* [...]»). «*Causae fideri*» si rinviene in Cic. *Lig.* 13 («[...] *non tam nostrae causae fidentes quam huius humanitati* [...]»), dove Cicerone pone un parallelismo fra l’aver fiducia nella causa intrapresa e l’affidarsi all’*humanitas* di Cesare. Nel I sec. d. C. ancora abbiamo testimonianze dell’uso di questa espressione in Liv. 38, 48, 13 e Stat. *Theb.* 12. Invece «*causae diffidere*» – sempre in un contesto processuale – si rintraccia oltre che in Cic. *inv.* 2, 61 («[...] *fugere iudicium ac poenam, quia causae diffidat* [...]»), anche in Quint. *decl.* 287. Cfr. L. TRAVERSA, *Prudentia e providentia in Cicerone. Il ritorno al futuro dal de inventione al de officiis*, in *Historia* 64, 2015, pp. 306 e ss. e ID., *Prudentia e temeritas in Cicerone. Filosofia e prassi*, Bari 2017. Sul concetto di «*probabile*» in Cicerone si veda da ultimo G. CAMBIANO, *Filosofia greca e identità romana in Cicerone e Seneca*, in M. CITRONI, (a cura di), *Letteratura e civitas. Transizioni dalla Repubblica all’Impero. In ricordo di Emanuele Narducci*, Pisa 2012, p. 237.

⁵⁸⁰ Accolgo qui l’interpretazione proposta, anche se in via subordinata, da B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall’epoca arcaica all’editto giuliano*, cit., p. 281 dell’espressione *animadvertere ad iudicem* di cui fa uso Cicerone: l’espressione verbale utilizzata «può anche ricondurre la considerazione qui esaminata ad una fase preprocessuale» – volendo, aggiungo io, anche alla fase *in iure ‘in limine litis’* – «nella quale le parti, che ancora devono scegliere lo strumento da attivare» – o, perché no, che devono ancora redigere la *formula-iudicium* in concreto concludendo la *litis contestatio* – «rendendosi conto, quasi ‘presagendo’, diremmo, che la causa vacillerebbe davanti ad un *iudex*, si rifugiano presso un *arbiter*».

Cic. *pro Rosc. com.* 11: «Quid est in iudicio? Directum, asperum, simplex: SI PARET HS IOOO DARI—. Hic nisi planum facit HS IOOO ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? Mite, moderatum: QUANTUM AEQUIUS ET MELIUS SIT DARI. Ille tamen confitetur plus se petere quam debeatur, sed satis superque habere dicit quod sibi ab arbitro tribuatur. Itaque alter *c a u s a e c o n f i d i t*, alter *d i f f i d i t*»

Seneca fa riferimento invece all'espressione «*bona causa*», per indicare una controversia dove all'attore, che goda di una ragionevole prospettiva di successo, convenga richiedere al magistrato una *formula* caratterizzata da «certi limiti» (Sen. *de ben.* 3, 7, 5), anziché giungere a un compromesso arbitrario *ex aequo et bono* (Sen. *de clem.* 2, 7, 3).

Sen. *de ben.* 3, 7, 5: «[...] Praeterea, quaecumque in cognitionem cadunt, comprehendi possunt et non dare infinitam licentiam iudici; ideo melior videtur condicio *c a u s a e b o n a e*, si ad iudicem quam si ad arbitrum mittitur, quia illum formula includit et certos, quos non excedat, terminos ponit, huius libera et nullis adstricta vinculis religio et detrahare aliquid potest et adicere et sententiam suam, non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas aut misericordia inpulit, regere [...]»

Da un'altra prospettiva sembra porsi Gaio il quale, con l'utilizzo del termine «*periculum*», richiama «l'idea del 'rischio' cui può andare incontro l'utente dell'*ager*» nel caso in cui non si adoperi per una *conceptio verborum* a lui conveniente⁵⁸¹. Sembrerebbe emergere nell'intero IV commentario gaiano – all'interno della prospettiva «cautelare» colta in dottrina – una maggiore pericolosità per l'attore lì dove i *verba* della *formula* siano in grado di delimitare eccessivamente l'operato del giudice (quale è il caso dell'*intentio certa*, circa il *periculum* di incorrere nella *pluris petitio*)⁵⁸².

L'impostazione di Cicerone e Seneca appare opposta e speculare: le *intentiones certae* per Cicerone (Cic. *pro Rosc. com.* 11) e, in generale, i «certi limiti» delle *formulae* per Seneca (Sen. *de ben.* 3, 7, 5) sono convenienti per l'attore nel caso in cui, rispettivamente, quest'ultimo «confidi nel buon esito» del processo o goda di una «*bona causa*».

⁵⁸¹ G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, cit., pp. 113 e ss., spec. 156-157 e 165.

⁵⁸² Con l'incertezza dell'*intentio* – ovvero con una domanda 'indefinita' – si evita il 'rischio' di perdere la lite; con la certezza della domanda si incorre viceversa nel suddetto 'pericolo'. Indirettamente da Gai. 4, 53 e ss. credo si possa evincere il medesimo concetto espresso da Cicerone ma, appunto, da un'altra prospettiva: il «*periculum*» di perdere la lite è concreto qualora si richieda, in modo certo e definito, più di quel che «è dovuto» (4, 53: «*Plus [...] petitur [...] re, velut si quis pro X milibus, quae ei debentur, XX milia petierit*»), il che può avvenire allorché l'attore intenti una «*mala causa*» in cui «non si confida».

Se l'attore è 'certo' della vittoria processuale è opportuno 'star sicuri' cautelandosi tramite l'individuazione di rigidi vincoli formali e di predeterminate «strettoie»⁵⁸³ a cui deve sottostare lo *index* («*sub formula*» in Sen. *de clem.* 2, 7, 3: «*certos terminos*» in Sen. *de ben.* 3, 7, 5; «*angustissimam formulam*» in Cic. *pro Rosc. com.* 12).

Se non gode di 'certe' prospettive di successo è per lui invece conveniente confidare nella discrezionalità e libertà decisionale dell'*arbiter* («*ex aequo et bono*» in Sen. *de clem.* 2, 7, 3: «*infinitam licentiam*» in Sen. *de ben.* 3, 7, 5; «*infinitam largitionem*» in Cic. *pro Rosc. com.* 12).

Fra le riflessioni dei due è possibile cogliere una chiara assonanza nei contenuti e nelle espressioni, che sembrerebbe attestare – così come in altri contesti⁵⁸⁴ – un'ispirazione del filosofo agli scritti dell'oratore tardo repubblicano. Per entrambi, i «termini certi» delle «formule strettissime» garantiscono chi, a buon ragione, possa «confidare» nell'esito favorevole di un giudizio e tutelano la parte processuale che abbia il diritto dalla propria o goda di buone probabilità di successo (*bonae causae* in cui «*confidit*»). L'«arbitrio senza limiti», viceversa, può favorire e facilitare chi si addentri in *malae causae* in cui «*diffidit*».

Recentemente – e in modo del tutto innovativo – è stato rilevato da Wacke il valore tecnico-giuridico che i giuristi, soprattutto di età severiana (Paolo in D. 34, 3, 30; Ulpiano in D. 5, 1, 73 *pr.*; D. 21, 2, 55 *pr.*; D. 26, 7, 9, 6; D. 12, 5, 2, 2; Modestino in D. 21, 2, 63, 2)⁵⁸⁵, sembrano ancora attribuire ai concetti – utilizzati anche da Seneca – di «*bona*» e «*mala causa*»⁵⁸⁶: «un attore ha '*bonam causam*', se 'la sua situazione promette bene', se egli può appoggiarsi ad una motivazione giusta o se ha il diritto dalla sua parte. Nel caso di '*mala causa*' dell'attore si verifica il contrario, per cui il convenuto dovrebbe essere assolto».

⁵⁸³ N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, cit., p. 92.

⁵⁸⁴ Su cui si veda da ultima R. DEGL'INNOCENTI PIERINI, *Modelli etici e società da Cicerone a Seneca*, in M. CITRONI, (a cura di), *Letteratura e civitas. Transizioni dalla Repubblica all'Impero. In ricordo di Emanuele Narducci*, Pisa 2012, pp. 211 e ss. con ampi ragguagli bibliografici sul tema.

⁵⁸⁵ Si vedano le traduzioni proposte da S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione dei termini mala causa* in Ulpiano D. 21, 2, 55 *pr.* («[...] titolo infondato [...]») e D. 26, 7, 9, 6 («[...] causa [...] sfavorevole [...]»); e *bona causa* in Ulpiano D. 12, 5, 5, 2 («[...] causa in cui ho ragione [...]») e D. 5, 1, 73 *pr.* («[...] buone ragioni [...]») e in Modestino D. 21, 2, 63, 2 («[...] causa ben fondata [...]»).

⁵⁸⁶ A. WACKE, «*Bonam sive malam causam habere*». *La prospettiva di successo nel processo civile romano*, in *Rivista di Diritto Romano* 1, 2001, cit., pp. 265 e ss. Più di recente, M. A. FINO, 'Recte agere potes'. *Contributo allo studio e al recupero di una prospettiva dei giuristi romani in tema di processo*, in L. GAROFALO (a cura di), 'Actio in rem' e 'actio in personam' in ricordo di Mario Talamasca, I, Padova 2011, p. 335 n. 1 e p. 343 ha individuato un nesso fra la prospettiva del *bona sive mala causa* colta da Wacke e l'espressione, anch'essa tecnica – perché ricorrente da Alfero sino a Modestino – «*recte agere*». Sebbene la valutazione sulla 'bontà' di una *causa* possa avvenire anche *ex post* – così come sembra avvenire anche, ma non solo, per il giudizio sul *recte agere* – è per lo più *ex ante*, a mio sommessimo avviso, che questo esame viene condotto dalle parti attraverso una previsione del futuro esito del giudizio.

Queste due espressioni sono utilizzate in modo antitetico nelle fonti giuridiche e «già nella formula dell'azione lo stesso contrasto tra 'bona' e 'mala causa' viene espresso in altri termini nella contrapposizione antitetica tra ordine di condanna e ordine di assoluzione» («*si paret [...]* *condemnato*» / «*si non paret, absoluto*»)⁵⁸⁷.

Purtroppo non disponiamo di fonti giurisprudenziali più antiche sull'argomento, ma i concetti «*bona causa*» e «*mala causa*» risultano diffusi sin dalla tarda età repubblicana secondo l'accezione tecnica espressa da Seneca (Publil. *Sententiae* B 42 (ed. Meyer): «*bona causa nullum iudicem verebitur*»; Publil. *Sententiae* M 4 (ed. Meyer): «*mala causa est, quae requirit misericordiam*»; Quint. *inst.* 4, 1, 37: «*Nec me quamquam magni auctores in hoc duxerint, ut non semper facere attentum ac docilem iudicem velim: non quia nesciam, id quod ab illis dicitur, esse pro mala causa qualis ea sit non intellegi, verum quia istud non negligentia iudicis contingit, sed errore*»).

Al di là dei casi in cui sia lo *iudex* stesso a dover valutare preventivamente la 'bontà' di una causa – per esempio in un' *actio ad exhibendum*, come nelle indicazioni di Ulpiano che ricorda il pensiero di Nerazio in D. 10, 4, 3, 11: «[...] *eleganter igitur definit Neratius iudicem ad exhibendum hactenus cognoscere, an iustam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desideret*» – spesso sono le stesse parti a dover 'prevedere' l'esito positivo di una causa⁵⁸⁸.

Alla luce di quanto è emerso dalla lettura combinata dei luoghi di Cicerone e Seneca, molto probabilmente, dunque, il periodo ipotetico alternativo («*si paret [...]* *si non paret*») – di regola – presente nelle *formulae-iudicia* e assente nei *compromissa-arbitria* («*quantum [...]*») rappresentò, agli occhi degli utenti delle procedure giudiziali, uno schema rigoroso entro il quale lo *iudex* avrebbe dovuto esplicitare la propria funzione giudicante in modo più circoscritto rispetto a quanto avrebbe potuto fare l'*arbiter ex compromisso*.

Si trattava di «binari»⁵⁸⁹ stretti e inflessibili e di chiari enunciati logici, in forza dei quali la stringente soggezione dello *iudex* alle antitetiche affermazioni formulari («*si paret [...]* *si non*

⁵⁸⁷ A. WACKE, «*Bonam sive malam causam habere*». *La prospettiva di successo nel processo civile romano*, cit., p. 273.

⁵⁸⁸ Sempre per restare nell'ambito più specifico di nostro interesse – i *bonae fidei iudicia* – in un giudizio di tutela, il tutore sarà condannato anche nel caso in cui, essendo stato il pupillo citato «*in mala causa*», egli non abbia riconosciuto il debito di quest'ultimo sì da non coinvolgerlo in un processo non necessario (Ulpiano in D. 26, 7, 9, 6: «*Nec utique necesse habet, si conveniatur, per iudicem solvere, idcircoque si mala causa pupillaris est, denuntiare sibi verum debet. denique imperator Antoninus cum patre etiam honoraria eos imputare pupillo prohibuit, si supervacaneam litem instituissent, cum convenirentur a vero creditore: nec enim prohibentur tutores bonam fidem agnoscerent*»). Il tutor quindi, per non vedersi imputata una responsabilità *ex fide bona* in un successivo *iudicium tutelae* (su cui da ultima G. VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori*, Torino 2015), dovrà prevedere il buon esito della causa e, nel caso di specie, riconoscere il debito del pupillo e non istituire una *litem «supervacuum»* (cfr. P. VOGLI, 'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. *I dati fondamentali*, in *SDHI* 56, 1990, pp. 89-90: «per la difesa processuale del pupillo il tutore deve fare ciò che *quivis pater fam. idoneus facit*, e perciò deve guardarsi dall'eccedere in zelo»).

⁵⁸⁹ Cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*², cit., p. 172 secondo il quale le singole formule «costituivano tanti distinti binari capaci di guidare lo svolgimento del processo davanti al giudice».

parens) rendeva più improbabile una decisione giudiziale imprevedibile e quindi prudentemente da scegliere in caso di ragionevoli aspettative di successo.

**C) PERIODO IPOTETICO ALTERNATIVO DELLA *FORMULA* E ‘SILLOGISMO
GIURIDICO’ («*SI PARET ... SI NON PARET*»; «*QUOD ... SI NON PARET*»).**

Alla luce di quanto esposto, quando la *formula-iudicium* – un «breve periodetto»⁵⁹⁰ scritto⁵⁹¹ basato su una «costruzione linguisticamente e realisticamente ingegnosa»⁵⁹² – era conformata a uno schema rigoroso e ‘cristallino’ del tipo ‘se *a*, allora *b*’ (*intentio* al «*si paret* [...]» e *condemnatio*), il suo esito e quindi la *sententia* del giudice dovevano con molta probabilità – così come d’altronde sembra evincersi dalla contrapposizione ciceroniana fra l’*arbitrium ex compromisso* e l’*actio certae creditae pecuniae* (indicata quale modello tra le *formulae* per la maggiore sicurezza garantita) – esser considerati maggiormente prevedibili.

Al contrario, più essa invitava il giudice, tramite i propri *concepta verba*, a prendere in considerazione una serie *ex ante* non determinata – e quindi espressamente non indicata nella *formula-iudicium* – di circostanze contenute nella ‘protasi’ (la subordinata condizionale ‘se *a*, se *b*, se *c*, se *d*...’: elementi implicitamente richiamati nell’*intentio incerta* al «*quidquid*» di regola preceduta da *demonstratio* al «*quod* [...]» e qualificata dall’«*ex fide bona*»)⁵⁹³, più l’‘apodosi’ (*condemnatio*) è plausibile che fosse percepita come potenzialmente imprevedibile.

Questa, almeno per ora, teorica e soltanto ipotizzata imprevedibilità acquisterebbe maggior vigore e fondamento nel caso in cui l’individuazione delle suddette circostanze fosse demandata – nei casi di «*magnae quaestiones*» – alla appurata libertà di scelta dello *iudex* («*magni*

⁵⁹⁰ V. SCIALOJA, *Corso di Istituzioni di diritto romano (1911-1912)*, Roma 1934, p. 201.

⁵⁹¹ L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 132; scettico sul valore *ad sollemnitatem* della scrittura, seppur diffusa, delle *formulae* già V. ARANGIO-RUIZ, *Sulla scrittura della formula nel processo romano*, in *Iura* 1, 1950, pp. 15-20, ora in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli 1977, pp. 135 e ss. Più decisi nel propendere per la necessaria redazione scritta, A. BISCARDI, *Contro la oralità della formula processuale classica*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, Milano 1965, pp. 647 e ss. e ID., *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, pp. 215 e ss.; L. BOVE, *Documenti processuali dalle Tabulae Pompeianae di Murecine*, Napoli 1974, pp. 76 e ss.

⁵⁹² L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., p. 134.

⁵⁹³ Sembrano avere una costruzione simile l’*actio iniuriarum aestimatoria* al «*quantum ob eam rem bonum et aequum condemnari*» sempre preceduta da *demonstratio* al *quod* (D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², cit., pp. 74-75; cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con «demonstratio» e la loro origine*, in *Studi economico-giuridici*, IV, Cagliari 1912, pp. 75 e ss., poi in *Rariora*, Roma 1946 = Camerino 1970, pp. 21 e ss., ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, pp. 350 e ss. e R. FIORI, *Le formule dell’actio iniuriarum*, in *Acta juridica et politica* 65, 2004, pp. 147 e ss.) e le restanti *actiones in bonum et aequum conceptae* (le due tipologie di *actiones* vengono allontanate da P. THOMAS, *Observations sur les actions «in bonum et aequum conceptae»*, in *Nouvelle Revue Historique* 25, 1901; F. PRINGSHEIM, *Bonum et aequum*, in *ZSS* 52, 1932, pp. 78 e ss.; P. BERETTA, *Condemnatio in bonum et aequum*, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli 1948; contrario invece all’exasperazione di una loro contrapposizione già G. GROSSO, *Ricerche intorno all’elenco classico dei «bonae fidei iudicia»*, in *RISG* 3.1, 1928, pp. 39-96, ora in *Scritti storico giuridici*, III, Torino 2001, p. 130; ID., *s.v. Buona fede (premesse romanistiche)*, in *ED V*, Milano 1959, p. 662). L’incertezza dell’*intentio* dell’*actio incerti ex stipulatu* e dell’*actio incerti ex testamento* (D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², cit., pp. 50-51) riguardano l’indeterminatezza del *petitum* che deve così essere necessariamente circoscritto con l’indicazione in *demonstratio* della *causa petendi* (C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo formulare*, cit., pp. 91 e ss.). Si veda anche la formula arbitraria *ex interdicto quod vi aut clam* (D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², cit., pp. 70-71).

esse iudicis statueres» Cic. de off. 3, 17, 70 = «[...] si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi [...]» Gai. 1, 7) e – nell’ambito specifico dei *bonae fidei iudicia* contenenti il filtro-misura dell’«*ex fide bona*»⁵⁹⁴ – il «*liberum officium iudicis*» (Gai. 4, 63 e 114). Infatti, come le altre clausole del medesimo tipo («*melius aequius*», «*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*»), queste «tre parolette»⁵⁹⁵ («*ex fide bona*») aprivano al giudice la possibilità di arricchire gli elementi determinanti l’esito dell’apodosi (*condemnatio* o *absolutio*), allargando o restringendo l’ambito di efficacia della ‘fattispecie’⁵⁹⁶ richiamata nell’*intentio* e/o *demonstratio* – compresi quindi i precetti

⁵⁹⁴ Cfr. L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, cit., pp. 183 e ss., secondo il quale la *fides bona* ha avuto da subito, rispetto alla semplice *fides*, valore prettamente processuale: l’*ex fide bona* formulare ha avuto «principalmente funzione di valutazione, funzione di modello conoscitivo per il giudice», «misura, Maßstab» e non «fondamento, Grund» dell’*oportere*. Dello stesso parere A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, pp. 36 e ss. *Contra* GROSSO, *Recensione a L. LOMBARDI, Dalla «fides» alla «bona fides»*, cit., in *BIDR* 65, 1962, pp. 289 e ss.

⁵⁹⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, Napoli 1956, p. 207.

⁵⁹⁶ Come è noto, il primo a introdurre nella letteratura giuridica italiana il termine «fattispecie» fu nel 1928 proprio il romanista-civilista E. BETTI sulle pagine del suo manuale di *Istituzioni di diritto romano*², I, Padova 1947, pp. 79 e ss. (cfr. A. CATAUDELLA, *s.v. Fattispecie*, in *ED XVI*, Milano 1967, pp. 926 e ss.). Lo stesso E. BETTI in *Teoria generale del negozio giuridico*², Torino 1952, p. 2 n. 2 ricorda: «essa venne da noi introdotta, nella prima edizione [1928] del nostro corso di “Istituz. di dir. rom.”, § 45; poi è diventata di uso comune». La difesa dell’uso, per lo studio del diritto romano, delle categorie della «dogmatica odierna», tra cui appunto la «fattispecie», fu sostenuta da E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *AG* 99.2, 1928, pp. 129 e ss. e in *AG* 100.1, 1928, pp. 26 e ss. (vedi anche ID., *Esercitazioni romanistiche su casi pratici*, I, *Anormalità del negozio giuridico*, Padova 1930, *passim*). Buona parte della romanistica più recente continua a utilizzare la categoria «fattispecie» nei propri manuali istituzionali. Da ultimo, M. BRUTTI, *Il diritto privato nell’antica Roma*³, cit., p. 42 attribuisce al moderno concetto di ‘fattispecie’ non solo la possibilità di essere riferito al lavoro della giurisprudenza romana ma anche la capacità di esprimere, nell’ambito della procedura formulare, il rapporto intercorrente tra il processo e l’adattamento delle parole ai fatti, che prende vita nella redazione della formula stessa, quale ipotesi di fatto a cui alternativamente si connette l’ordine allo *index* di condannare o assolvere il convenuto (M. BRUTTI, *Il diritto privato nell’antica Roma*³, cit., pp. 599-600). Allo stesso tempo, nel parlare del *dolus malus* – che è «il rovescio della buona fede» – sempre M. BRUTTI, *Il diritto privato nell’antica Roma*³, cit., pp. 554-555, afferma che esso «non rappresenta una fattispecie tipizzata e a priori riconoscibile. Di volta in volta esprime un giudizio di valore (anzi di ‘disvalore’) su determinati comportamenti, che riconduce alla categoria generale dell’inganno e alla negazione della buona fede». Si vedano anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna 2016, *ex pluribus* p. 185 («le fattispecie – e le relative formule – erano rese note dall’editto del pretore») e S. SCHIPANI, *La nascita del modello di codice*, cit., p. 42. Dello stesso parere risultano essere L. LANTELLA – E. STOLFI, *Profili diacronici di diritto romano*, Torino 2005, pp. 171 e ss. spec. 182 dove gli autori affermano che l’«editto contempla – in modo talora analitico, ma più spesso alquanto generale – le fattispecie per cui il magistrato si impegna a concedere un mezzo di tutela» attraverso la «formulazione di norme» per cui viene «adottata la modalità descrittiva». Anche Betti però – nonostante non adoperasse espressamente la categoria «fattispecie» nel descrivere il «congegno della formula» processuale – riconobbe che anche le *actiones* ubbidivano, come i negozi, al sistema della tipicità astratta secondo un «congegno» simile a quello della norma giuridica (E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*², I, Padova 1947, pp. 3 e ss.; 23 e ss.; 278 e ss.; cfr. E. BETTI, *Su la formola del processo civile romano*, cit., *passim*). Si veda circa il pensiero di Emilio Betti sul rapporto tra sentenza e fattispecie nel diritto processuale civile positivo C. NITSCH, *Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo novecento*, cit., pp. 131 e ss. Per il modo di operare della fattispecie e del periodo ipotetico nel mondo del diritto si vedano N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus* 18, 1967, pp. 55 e ss.; L. LANTELLA – R. CATERINA, *Se x allora y. I: l’universo della regola*, Torino 2009, pp. 56 e ss e ID., *Se x allora y. II: lavorare con le regole*, Torino 2009, pp. 58-59. In modo specifico sul diritto romano, si veda anche A. CARCATERRA, *Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani (interpretatio iuris)*, Bari 1972, pp. 57 e ss., il

dello *ius* elaborati dalla giurisprudenza ad integrazione del contenuto giuridico della *formula*⁵⁹⁷ – considerando come ‘implicite’ al dettato formulare una serie di «conseguenze»⁵⁹⁸ volte ad allargare l'*officium iudicis* ed enucleate per lo più dai giureconsulti, ma espressamente non determinate dal *praetor* e dalle parti nella *formula-iudicium*.

Al di là dei *praeiudicia*⁵⁹⁹ e dei giudizi divisorii⁶⁰⁰, tutte le altre *formulae* possono suddividersi – richiamo qui concetti assai noti – in «due grandi gruppi»: α) da una parte le *formulae* in cui il discorso si snoda sull'alternativa «*si paret [...] si non parets*»⁶⁰¹; β) dall'altra le *formulae* le quali

quale rintracciava anche nelle *formulae* la «struttura di base» delle norme («Fattispecie + Statuizione» = «*Si paret*» + «*Condemna*»). La teoria della fattispecie coinvolge ovviamente il dibattito sulla certezza del diritto. Come già riconosceva A. CATAUDELLA, *s.v. Fattispecie*, cit., p. 933, «la formula normativa risponde [...] a precise ed evidenti esigenze dell'ordinamento, nel suo atteggiarsi rispetto alla realtà sociale. La necessità di fornire ai soggetti dell'ordinamento precisi indici sull'atteggiamento ch'esso assumerà in relazione alle future situazioni di fatto, importa la formulazione di valutazioni non attuali, bensì potenziali». Più di recente N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, pp. 41 e ss., ora in *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 19 e ss.; *contra* N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., pp. 1115 e ss. Per quanto riguarda in modo specifico il linguaggio dei giuristi romani, quando, nel contesto delle fonti, «*huiusmodi*» è accompagnato da «*species*» – come si è visto *supra* cap. IV § 1.B – esso sembra assumere il significato di «fattispecie» o «tipo». Si veda però Cicerone che, sebbene non sembri aver mai usato «*huiusmodi*» accompagnato da «*species*», conferisce il medesimo significato di «fattispecie» al solo termine «*huiusmodi*» affiancato a una *regula iuris*: si veda emblematicamente il noto luogo sulla innovativa declinazione della *poena reticentiae* da parte del giudice Marco Porcio Catone (Cic. *de off.* 3, 16, 65-67 e Val. Max. 8, 2, 1-2) con una *sententia* pronunciata in un *arbitrium bonae fidei* «*notum suis temporibus*» (Val. Max. 8, 2, 2) – «*epochemachend*» (M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, IV, cit., pp. 136 e ss.) –, dove l'Arpinate asserisce che tale nuova interpretazione giudiziale della *regula* «*in iuris consultis constituta*» – questo genere di «fattispecie» («*huiusmodi reticentiae*») – non può essere ricompresa nello *ius civile*: «*Sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendendi non possunt; quae autem possunt diligenter tenentur*» (Cic. *de off.* 3, 16, 67). Quel modo di operare («*huiusmodi*») della *poena reticentiae*, secondo la statuizione di Catone *index*, non rientra nello schema precedentemente proposto dagli *iuris consulti*. Si veda *supra* cap. IV § 1.B e, in particolare, da ultimi R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011, p. 331 e R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema³, cit., pp. 49 e ss., con ampi ragguagli bibliografici.

⁵⁹⁷ Come l'«*oportere*» e il «*meum esse*» dell'*intentio* o il «*deponere*» e l'«*emere*» della *demonstratio* delle relative *formulae* e così via. Cfr. M. KASER, *Oportere und ius civile*, in *ZSS* 83, 1966, pp. 1 e ss.; ID., *Zur juristische Terminologie der Römer*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, Milano 1965; M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., p. 308; G. GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*⁴, cit., pp. 147 e ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², cit., p. 82; A. CARCATERA, *Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani (interpretatio iuris)*, cit., pp. 8-9, 72, 105-106; ID., *Struttura del linguaggio giuridico-precettivo romano. Contributi*, Bari 1968, pp. 173 e ss. Calzanti sono le notazioni incidentali di C. A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, in *Iura* 57, 2008-2009, p. 15 e n. 10 sulla *demonstratio*: anche in quest'ultima infatti «non si descrivono i fatti del caso concreto, ma la descrizione del caso viene fatta mediante riferimento a tipi negoziali del diritto civile».

⁵⁹⁸ Si tratta di un'espressione di A. CARCATERA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, pp. 119 e ss. Su quest'ultime ci concentreremo in modo specifico *infra* § 3.C).

⁵⁹⁹ D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², cit., pp. 83-84.

⁶⁰⁰ D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², cit., pp. 60-61.

⁶⁰¹ Su un totale di 101 *formulae* riportate da D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², cit., pp. 37-82 fra *actiones in rem* ed *actiones in personam* (esclusi quindi i *praeiudicia*, gli *interdicta* e le *formulae aediliciae*), circa 63 – l'inesattezza del dato deriva da alcune *formulae* il cui testo non è sicuro – sono strutturate sull'alternativa del «*si paret [...] si non parets*». Le restanti – circa – 38 sono basate sull'alternativa «*quod [...] si non parets*».

iniziano con una *demonstratio*, che hanno quasi tutte un'*intentio incerta*⁶⁰² e che sono viceversa costruite sullo schema «*quod [...] si non pareat*».

Quanto alle prime (*sub α*) – di cui ci occuperemo preliminarmente – bisogna riconoscere che la struttura «binaria»⁶⁰³ della *formula* – assoluzione o condanna⁶⁰⁴ – incide – alla luce di quanto emerso *supra* § 2.A-B – in modo abbastanza chiaro sulla prevedibilità dell'esito del giudizio, in quanto il periodo ipotetico alternativo, espresso dal «*si pareat*» – da cui dipende la

⁶⁰² Su cui per tutti si veda M. TALAMANCA, *s.v. Processo civile (diritto romano)*, cit., pp. 44-45. Per una 'storia' dei «due modelli» di processo formulare da cui deriverebbero rispettivamente le due tipologie di formule si vedano le ipotesi avanzate da R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, pp. 237 e ss.

⁶⁰³ M. TALAMANCA, *Diritto e prassi nel mondo antico*, cit., pp. 144, 171-172 e n. 185. In realtà però *tertium datur*: l'alternativa, alla luce dei noti poteri di *iurare rem sibi non liquere* del giudice, sarebbe infatti addirittura ternaria, come risulta chiaramente almeno da Cic. *Cluent.* 76 («*homines sapientes et ex vetere illa disciplina iudiciorum, qui neque absolvere hominem nocentissimum possent, neque eum de quo esset orta suspicio pecunia oppugnatum, re illa incognita, primo condemnare vellent, non liquere dixerunt*») e da Sen. *epist.* 65, 15 («*Aut fer sententiam aut, quod facilius in eiusmodi rebus est, nega tibi liquere*»). Cfr. fra gli ultimi J. PARICIO, *Iurare sibi non liquere*, in *ASG* 3, 1988, pp. 411 e ss.; L. MANNA, *La facoltà del giudice di 'iurare rem sibi non liquere'*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano*, I, cit., pp. 493 e ss.; A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, cit., pp. 100 e ss. e bibliografia ivi citata. Calzanti a tal proposito sono le notazioni di G. POLARA, *Autonomia e indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali: "iuravi mihi non liquere"*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano 2004, pp. 333 e ss. spec. 342 e ss. il quale, sebbene non ritenga che il giudice fosse «sganciato dal rispetto di un gioco processuale già fissato all'interno della formula dalla volontà concorde delle parti e del pretore», l'«espressione *si paret condemnato* [...] *si non paret absoluto* è indicativa del limite del pretore, non della competenza del giudice in quanto il primo è vincolato dal gioco processuale degli interessi delle parti, il secondo, pur essendo destinatario della duplice direttiva, non lo è in termini di imperativo categorico». Se è vero che può rintracciarsi nell'alternativa espressa nella *formula* un parallelismo con il «modello della votazione legislativa» (N. RAMPAZZO, *Sententiam dicere cogendum esse. Consenso e imperatività nelle funzioni giudicanti in diritto romano classico*, cit., p. 91), questo confronto – a mio avviso – ha valore solo se anche nel sistema di deliberazione comiziale si giunga ad intravedere un'alternativa ternaria piuttosto che semplicemente binaria tradotta «nell'accoglimento o nel rigetto» della *rogatio* secondo il «modulo non gradualistico dell'*aut-aut*». Infatti, sembrerebbe che nei comizi elettorali il voto fosse espresso oltre che con la formula «*uti rogas*» (U R) per l'approvazione e «*antiquo*» (A) per il voto contrario, anche attraverso la *tessera* con su riportata l'espressione «*non liquet*» per l'astensione (N L). Cfr. G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*⁵, Torino 1965, p. 228 per l'alternativa ternaria; *contra* G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani. Elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, Hildesheim-Zürich-New York 1990 (ristampa anastatica Milano 1912), p. 143 a favore dell'alternativa binaria. È noto, inoltre, che da alcune leggi *repetundarum* fosse concesso ai giudici delle relative *quaestiones* di dichiarare, prima del voto da esprimersi con l'alternativa binaria C(*ondemno*) o A(*bsolvo*) (cfr. G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*⁵, Torino 1965, p. 310), il *sibi non liquere* (cfr. F. SERRAO, *s.v. Repetundae*, in *NNDI* XV, Torino 1968, pp. 454 e ss., ora – con qualche aggiunta – in *Classi partiti e legge nella repubblica romana*, Pisa 1974, pp. 205 e ss.).

⁶⁰⁴ M. TALAMANCA, *s.v. Processo civile (diritto romano)*, cit., p. 44: l'«alternativa *si paret* [...] *si non paret* [...] introduce la duplice – e contraddittoria – possibilità del *condemnare* e dell'*absolvere*». Cfr. E. BETTI, *Su la formula del processo civile romano*, cit., p. 39: «da contraddizione del *reus*» è espressa «nel secondo corno del dilemma ipotetico del *iudicium* in un secondo giudizio condizionale negativo che si contrappone al primo (*si non pareat*)».

*condemnatio*⁶⁰⁵ – e dal «*si non parets*» – da cui dipende l'*absolutio* –, rende i possibili esiti processuali in parte prospettabili e sotto certi aspetti anche prevedibili⁶⁰⁶.

Lo schema logico-giuridico del periodo ipotetico, come è stato sostenuto in modo del tutto convincente da Carcaterra⁶⁰⁷, richiama la «struttura di base» tipica delle norme – così come la semantica giuridica è incline ad intenderle⁶⁰⁸ – «Fattispecie + Statuizione»: struttura che è possibile rintracciare nell'accoppiata «*si parets*» + «*condemnato*» (e «*si non parets*» + «*absoluto*»).

L'indicazione nell'*intentio* di ciò che deve «*parere*» allo *iudex* rappresenta chiaramente la premessa – il «*prius*»⁶⁰⁹ – dell'*iter* logico che il giudicante deve seguire nel giungere rispettivamente a *condemnatio* o ad *absolutio* (e. g. si vedano le *formulae in ius* dell'*actio certae creditae pecuniae* – «C. AQUILIUS IUDEX ESTO. SI PARET N. NEGIDIUM A. AGERIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE, QUA DE RE AGITUR, C. AQUILIUS IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO SESTERTIUM X MILIA CONDEMNATO; SI NON PARET ABSOLVITO» – e della *rei vindicatio* – «C. AQUILIUS IUDEX ESTO. SI PARET FUNDUM QUO DE AGITUR EX IURE QUIRITUM A. AGERII ESSE NEQUE IS FUNDUS ARBITRIO C. AQUILII IUDICIS A. AGERIO RESTITUETUR, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM C. AQUILIUS IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO; SI NON PARET ABSOLVITO»⁶¹⁰).

⁶⁰⁵ G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*², cit., p. 150 («la *condemnatio* era la conclusione logica a cui portavano le altre clausole della formula»).

⁶⁰⁶ La piena prevedibilità che discende dall'alternativa *si parets* [...] *si non parets* sembrerebbe essere incrinata – oltre che dalla terza possibilità rappresentata dal *non liquere* – anche dalla forte carica soggettiva di cui è connotato il verbo *parere* nell'indicazione del libero convincimento del giudice nella valutazione delle prove (cfr. G. POLARA, *Autonomia e indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali: "iuravi mihi non liquere"*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano 2004, pp. 345 e ss.).

⁶⁰⁷ A. CARCATERRA, *Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani (interpretatio iuris)*, cit., pp. 57 e ss. spec. 60 («diremo che la struttura di base di una Norma è costituita di due enunciati, il primo costituente la premessa o condizione, che diremo *Fattispecie*; il secondo costituente il precetto, o comando, che diremo *Statuizione*. La *Fattispecie* e la *Statuizione* sono due proposizioni, concatenate l'una all'altra»), su cui si vedano le considerazioni recensorie di L. LANTELLA, *Per una funzione della semantica terapeutica in campo giuridico*, in *BIDR* 80, 1977, pp. 345 e ss. e di W. WALDSTEIN, *Recensione a A. CARCATERRA, Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani (interpretatio iuris)*, Bari 1972, in *SDHI* 39, 1973, pp. 532 e ss. che non mi sembrano si siano soffermati su questa specifica opinione.

⁶⁰⁸ A cui comunque non sembra estraneo il legislatore decemvirale e tardo repubblicano (si veda A. CARCATERRA, *Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani (interpretatio iuris)*, cit., pp. 57 e ss.; ID., *Struttura del linguaggio giuridico-precettivo romano. Contributi*, Bari 1968, pp. 67 e ss. Cfr. i paragrafi «*the language of the law*» in F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*², Oxford 1953, pp. 96 e ss. e 258 e ss.); da ultimo si veda S. MARINO, *Studio sulle proposizioni relative e condizionali nel linguaggio legislativo romano. Parte prima: Basi della ricerca, linee di tendenza, prime testimonianze*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto* 7, 2017, pp. 91 e ss. Nei casi in cui ci si trovi innanzi a 'norme' che sembrano discostarsi dalla struttura di base (*Fattispecie* + *Statuizione*) – precisava Carcaterra – «per il diritto romano tutto è facilitato dalla esistenza delle *formulae*».

⁶⁰⁹ Così G. GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*⁴, cit., pp. 152 e ss. Per le *formulae in ius* il «*prius*» è appunto lo «*ius civile*»; per le *formulae in factum* o di origine pretoria (*ficticiae*, con trasposizione di soggetti etc.), il «*prius*» è la clausola edittale.

⁶¹⁰ D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², cit., pp. 48 e 37. Oppure quella dell'*actio depositi in factum*: «C. AQUILIUS IUDEX ESTO. SI PARET A. AGERIUM APUD N. NEGIDIUM MENSAM

Negli esempi di *formulae* al «*si paret*» riportate, il «*dare oportere*» dell'*actio certae creditae pecuniae* e lo «*<eius> esse ex iure Quiritium*» della *rei vindicatio* sono il presupposto logico da cui dipende la *condemnatio* di ciascuna *formula*. Ora, stabilire quali siano gli atti in forza dei quali è legittimo il configurarsi di un «*dare oportere*» o di un «*<eius> esse ex iure Quiritium*» è il sistema di *ius* a indicarlo, di cui gli *iuris prudentes* – come si è visto nel precedente cap. III – sono gli interpreti, i custodi e i ‘disvelatori’: «principale fonte di cognizione»⁶¹¹ del «contenuto» del sistema giuridico implicitamente richiamato nelle *intentiones* (e nelle *demonstrationes*) delle *formulae* per tutta l’età del processo formulare.

Questi atti o, più in generale, queste circostanze («fattispecie») da cui – «*si paret*» – discenderà la condanna («statuizione»)⁶¹², rappresentano la ‘premessa maggiore’ cui segue la ‘premessa minore’ richiamata nell’*intentio* e da cui discende la ‘conclusione’ indicata nella *condemnatio*⁶¹³.

ARGENTEAM DEPOSUISSE EAMQUE DOLO MALO N. NEGIDII A. AGERIO REDDITAM NON ESSE, QUANTI EA RES ERIT TANTAM PECUNIAM C. AQUILIUS IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO; SI NON PARET, ABSOLVITO» (p. 66).

⁶¹¹ L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 67-68.

⁶¹² V. SCIALOJA, *Corso di Istituzioni di diritto romano (1911-1912)*, Roma 1934, p. 202 («tra la *intentio* e la *condemnatio* v’era un rapporto di condizionalità, perché dalla fondatezza della prima deriva la seconda»).

⁶¹³ Osserviamo, ad esempio, le due *formulae* al «*si paret*» – che per sole ragioni di semplicità mi sono limitato a riportare nel testo – della *rei vindicatio* e dell’*actio certae creditae pecuniae* e verifichiamo – sul campo – se lo schema del «sillogismo inflessibile» possa trovare a ragione riscontro nello schema-tipo delle *formulae* suddette. Sarò semplice e ‘didascalico’ al fine di rendere il più fruibile possibile il ragionamento che intendo svolgere, servendomi di nozioni e informazioni ‘manualistiche’ a tutti note. Partiamo dalla *formula* prevista a tutela del «*meum esse*». Aulo Agerio non possiede ma si professa legittimo proprietario del *fundus* benché sia Numerio Negidio a possederlo. Qualora lo *iudex* Caio Aquilio accerti la proprietà quiritaria di Aulo Agerio dovrà condannare il convenuto Numerio Negidio al pagamento di una somma di denaro pari al valore che il *fundus* avrà al momento dell’emanazione della sentenza, salvo che il convenuto non restituisca il fondo secondo le modalità dal giudice indicate nell’*arbitratus de restituendo*. La prima domanda che dovrà porsi lo *iudex* è evidentemente questa: in ragione di quali atti o circostanze Aulo Agerio potrebbe legittimamente dirsi proprietario quiritario del *fundus*? La ricerca dovrà necessariamente annodarsi – con l’eventuale supporto ‘disvelatore’ dei giureconsulti – all’interno dei modi di acquisto della proprietà, *ex iure civili* o *ex iure gentium*, a titolo derivativo od originario. Fra questi il giudice, eventualmente su stimolo dell’attore, potrebbe optare per l’accertamento dell’acquisto per usucapione. A tal proposito – ricorda Gaio nelle *institutiones* 2, 41 – che una *res* «solo ad usucapione compiuta inizia ad esser tua di pieno diritto, cioè *in bonis* ed *ex iure Quiritium*». A seguire, richiama il precetto delle XII tavole in forza del quale «l’usucapione delle cose mobili si compie in un anno; quella di un fondo e di una casa, invece, in un biennio» (Gai. 2, 42 = XII Tab. 6, 3 in *FIRA*, 1, p. 44). A questo precetto, vanno aggiunti gli ulteriori requisiti per il compimento dell’*usucapio* enucleati dagli *iuris prudentes*: l’acquisto *ex iusta causa* e in buona fede del possesso di una *res habilis*. Una delle innumerevoli – e, in alcuni casi e sotto certi aspetti, anche controverse – ‘premesse maggiori’ a cui lo *iudex* avrebbe potuto decidere di rifarsi è, dunque, proprio la seguente: ‘è proprietario *ex iure Quiritium* colui che abbia posseduto *pro emptore* per due anni un fondo di cui abbia acquisito il possesso in buona fede attraverso *traditio*’. La ‘premessa minore’ (‘Aulo Agerio ha posseduto per due anni il *fundum* di cui si tratta acquistando il possesso *pro emptore* in buona fede tramite *traditio*’), accertabile attraverso il compimento del ragionamento insito nel «*si paret fundum quo de agitur ex iure Quiritium A. Agerii esse*», conduce inevitabilmente lo *iudex* alla ‘conclusione’ stabilita nel testo formulare: *condemnatio*. Il medesimo schema logico, a cui il giudice deve attenersi per giungere alla decisione, è espresso nella *formula* dell’*actio certae creditae pecuniae*. Una delle innumerevoli ‘premesse maggiori’ da cui può svilupparsi l’*iter* logico del giudizio potrebbe essere: ‘è tenuto (*oportet*) a dare diecimila sesterzi colui che abbia promesso tramite

Sto richiamando – come è evidente – lo schema-tipo del ‘sillogismo giuridico’⁶¹⁴, associato da alcuni autorevoli studiosi al costrutto logico della *formula-iudicium*⁶¹⁵.

A tal proposito può essere utile richiamare il pensiero di Scialoja – già riportato *supra* cap. II – sui *bona fidei iudicia* e su cui torneremo a breve, in modo specifico, nel prossimo paragrafo. Per il Maestro, in questi ultimi non c’era spazio per lo «schema giuridico rigoroso» formulato a guisa di «sillogismo inflessibile», dove data per «premessa maggiore» la legge (o, in generale, lo *ius*) – richiamati implicitamente nella *formula-iudicium* – e per «premessa minore» il fatto dedotto in giudizio attraverso il dettato formulare, il giudice doveva trarre conseguenze «precise» e «rigorose», e cioè «condanna certa» o «assoluzione»⁶¹⁶.

Sarebbe superfluo a questo punto specificare che l’individuazione della ‘premessa maggiore’ da cui lo *iudex* avrebbe dovuto muovere i propri ragionamenti è condizionata dai fatti concreti e, quindi, dalle argomentazioni delle parti coinvolte nel giudizio e dalle prove prodotte in udienza e poste all’attenzione del giudice. Inoltre, quanto più l’architettura della *formula-iudicium* assumeva una complessità frutto dell’inserimento di ulteriori clausole che condizionavano in negativo o in positivo la *condemnatio* – *exceptio*, *replicatio*, *triplicatio* o altre *adiectioes* – ovvero ne delimitavano la cognizione – come le *praescriptiones pro actore* – tanto più il ragionamento sillogistico su cui si fondava il giudizio dello *iudex* diveniva complesso ed eterogeneo ma non

stipulatio una tale somma di denaro’. ‘Premessa minore’: ‘Numerio Negidio ha promesso con *stipulatio* ad Aulo Agerio il pagamento di diecimila sesterzi’. La ‘conclusione’, che dipende dall’accertamento espresso con il «*si pare*», corrisponde esattamente alla conseguenza indicata nell’apodosi del periodo ipotetico alternativo: «*condemnato*». Cfr. E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1988, p. 223 n. 1.

⁶¹⁴ Su cui – solo per un primo approccio – si veda, fra l’ampia letteratura, il fondamentale studio di G. KALINOWSKI, *Introduzione alla logica giuridica*, Milano 1971 (trad. it. a cura di M. CORSALE), *passim* spec. pp. 240 e ss. e ID., *s.v. Logica del diritto (lineamenti generali)*, in *ED XXV*, Milano 1975, pp. 7 e ss. Da ultime, in relazione all’utilizzabilità o meno, per gli ordinamenti giuridici contemporanei, dello schema del sillogismo giuridico, si vedano le posizioni antitetiche di P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., pp. 56 e ss. (per il quale tra gli «arnesi mitologici» di cui disfarsi vi sono il sillogismo «benedetto in tante pagine illuministiche» e la sua «rigida scansione logica») e N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 19 e ss. («gli antichi schemi del sillogismo e della sussunzione si rivelano come modi di fronteggiare l’im-prevedibile, di sconfiggere il divenire»). Cfr. le riflessioni di M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 1, 2015, pp. 163 e ss. che si muovono dalle note affermazioni di Cesare Beccaria del 1764 («In ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev’essere la legge generale, la minore l’azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta all’incertezza»); C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene. Con il commento di Voltaire*, Roma 2012, p. 34).

⁶¹⁵ Fra i pochi – a mia conoscenza – V. SCIALOJA, *Corso di Istituzioni di diritto romano (1911-1912)*, Roma 1934, p. 206; più recentemente E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1988, p. 223 («da formula [...] si presenta come un sillogismo posto al *iudex*») e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La costruzione del diritto privato romano*, Bologna 2016, p. 179 («lo schema-tipo della formula esprime pertanto la struttura propria di un sillogismo, dove s’indica la necessità d’accertare la verità storica di alcune ipotesi di partenza»).

⁶¹⁶ V. SCIALOJA, *Corso di Istituzioni di diritto romano (1911-1912)*, Roma 1934, p. 206.

per questo tortuoso o illogico⁶¹⁷. La logicità del programma di giudizio e le concatenazioni insite nelle istruzioni indicate allo *iudex* nella *formula-iudicium* si conservavano trasparenti e cristalline in tutte le *formulae* con *intentio* al «*si parets*»⁶¹⁸.

Discorso a parte – perché più delicato – deve essere svolto per il secondo gruppo di *formulae* con *intentio incerta* al «*quidquid*» preceduta da *demonstratio* al «*quod*» (*sub β*).

Al di là delle illuminanti, e spesso suggestive, ricostruzioni storiche sull'origine delle *formulae* con *demonstratio* prospettate dalla dottrina risalente⁶¹⁹ e da quella più recente⁶²⁰, ai nostri fini è utile domandarsi soltanto se – nel momento in cui il processo formulare possa considerarsi stabilizzato nella definitiva affermazione del meccanismo della *conceptio verborum* – il periodo ipotetico alternativo resista anche in questo secondo tipo di *formulae* (e. g. la *formula* dell'*actio depositi in ius*: «C. AQUILIUS IUDEX ESTO. QUOD A. AGERIUS APUD N. NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIUS C. AQUILIUS IUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO; SI NON PARET, ABSOLVITO»⁶²¹).

La domanda che è necessario porsi a tal proposito è la seguente: successivamente al definitivo consolidamento della procedura formulare, è possibile affermare che entrambi gli

⁶¹⁷ Efficaci mi sembrano a tal proposito le parole di F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, p. 22: «*the formula is both short and complex*». Ma non per questo – mi permetto di aggiungere – illogica.

⁶¹⁸ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con «demonstratio» e la loro origine*, in *Studi economico-giuridici*, IV, Cagliari 1912, pp. 75 e ss., poi in *Rariora*, Roma 1946 = Camerino 1970, pp. 21 e ss., ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, p. 335: «le formule senza *demonstratio* hanno tutte una perfetta struttura grammaticale e logica: anche in quelle più complicate da finzioni, da trasposizioni di condanna, da eccezioni e repliche e dupliche, è sempre da ammirare la perfetta rispondenza della forma al pensiero, la singolare precisione di ogni clausola e dell'insieme che ne risulta».

⁶¹⁹ Si veda la tesi di V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con «demonstratio» e la loro origine*, in *Studi economico-giuridici*, IV, Cagliari 1912, pp. 75 e ss., poi in *Rariora*, Roma 1946 = Camerino 1970, pp. 21 e ss., ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, pp. 323 e ss. (di cui una sintesi in ID., *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1994 (rist. anast. 1989), pp. 120 e ss. spec. 125-126) – a cui hanno aderito G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, cit., p. 105 n. 43; A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, pp. 128 e ss.; L. LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, cit., pp. 183 e ss.; F. WIEACKER, *Zur Ursprung der bonae fidei iudicia*, in *ZSS* 80, 1963, p. 36; B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano 2002, pp. 324 e ss. – e la tesi contraria di E. BETTI, *Su la formula del processo civile romano*, cit., pp. 37 e ss. e ID., *L'antitesi storica tra iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano (con un tentativo di ricostruzione delle formulae delle actiones ex delicto)*, in *RISG* 56, 1915, p. 70 n. 1. Si veda la ricognizione di R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, pp. 1 e ss. con ampia bibliografia.

⁶²⁰ Tra cui W. SELB, *Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zu Formelaufbau*, Wien-Köln-Graz 1974, pp. 9 e ss., B. SCHMIDLIN, *La fonction de la «demonstratio» dans les actions de bonne foi*, in *Studi Sanfilippo*, V, Milano 1984, pp. 718 e ss. e da ultimi R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, pp. 237 e ss. e C. BUZZACCHI, *Demonstratio e protoformule*, in *Studi in onore di Giovanni Nicosia*, II, Milano 2007, pp. 141 e ss.

⁶²¹ D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², cit., p. 51.

schemi e costrutti logici – formule con «*Si-Satz*» e formule con «*Quod-Satz*»⁶²² – continuarono agli occhi dei giuristi – dei pretori e, quindi, dei giudici – a soddisfare le medesime esigenze di predeterminazione delle «coordinate logiche»⁶²³ cui lo *iudex* si sarebbe dovuto attenere?

L'incongruenza logica e grammaticale, evinta a suo tempo da Arangio-Ruiz e probabilmente legata alla vicenda storica che riguarda queste *formulae* – in ragione della valenza assertoria della proposizione della *demonstratio* («*quod* [...] *deposuit*»: «poiché [...] ha depositato») seguita da una contraddittoria affermazione ipotetica («*si non paret absolutio*»: «se non risulta, lo assolva») – sembra comunque, anche agli occhi dell'autore sopra citato, non aver turbato l'alternativa processuale espressa chiaramente dallo schema-tipo «*si paret* [...] *si non paret*» cui il giudice era chiamato a dare soluzione anche nelle *formulae* con «*Quod-Satz*»⁶²⁵.

Probabilmente – come riteneva Betti⁶²⁶ – il fatto dedotto in *demonstratio* non doveva essere inteso come un presupposto la cui verità fosse «già provata ed indiscussa» e quindi non più da ricercare, ma «come un fatto affermato e non ancora provato»⁶²⁷. E così, anche per

⁶²² Cfr. W. SELB, *Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zu Formelaufbau*, Wien-Köln-Graz 1974, pp. 9 e ss.

⁶²³ E. STOLFI, *Il processo civile*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Diritto privato romano. Un profilo storico*², Torino 2010, p. 113.

⁶²⁴ Incongruenza che potrebbe comunque superarsi lì dove il «*quod*» con cui principia la *demonstratio* venisse interpretato non in senso causale bensì ipotetico, come ipotizzato da F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*², Oxford 1953, p. 258 («*quod is used in the sense of si* [...] *again in the formulary demonstratio*»), anche in ID., *Classical Roman Law*, Oxford 1951, p. 35 («*if* or *whereas*»); M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996, p. 314 n. 19 («*Das quod mit Indikativ* (emit) *in der Bedeutung von „daß“ leitet hier den Substantivsatz ein, der sich auf das eam rem im Hauptsatz bezieht; das ist nicht unbestrittene Feststellung, sondern Behauptung des Klägers, über deren Richtigkeit (qua de re agitur) vor dem iudex verhandelt, also Beweis zu erheben ist*»; così già in M. KASER, *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und conductio, in Labeo* 22, 1976, p. 10: «*das quod hier ein 'wenn, sofern, soweit' bedeutets*). Si veda anche il saggio di M. D'ELIA, *Sull'uso di 'quod' con il senso di 'si' nel latino giuridico*, in *Scritti G. Bonfante*, I, Brescia 1976, pp. 195 e ss. spec. 197. *Contra* V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1994 (rist. anast. 1989), p. 122 n. 1; M. TALAMANCA, *s.v. Processo civile (diritto romano)*, in *ED XXXVI*, Milano 1987, p. 45 n. 325; R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, pp. 12-13. Per G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*², cit., p. 150 «non senza ragione l'ultima parte della *condemnatio*, anche nelle formule in cui mancava un'*intentio* in versione ipotetica («*si paret* [...]»), suonava «*si non paret, absolutio*», benché precedentemente avesse precisato (ID., *Studi sull'iniuria*, Milano 1940, pp. 93 e ss.) che, anche attribuendo un valore non causale al «*quod*», il fatto dedotto in *demonstratio* non apparirebbe incerto.

⁶²⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con «demonstratio» e la loro origine*, in *Studi economico-giuridici*, IV, Cagliari 1912, pp. 75 e ss., poi in *Rariora*, Roma 1946 = Camerino 1970, pp. 21 e ss., ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, pp. 325 e s. spec. 326: «il giudice sapeva benissimo [...] che [...] a lui giudice spettava l'indagine intorno alla controversa esistenza del contratto di deposito, e che il «*si non paret*», equivalente a un «*si paret A.^m non deposuisse*», si ricollegava a un «*si paret (deposuisse)*» sottinteso». R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, p. 6 («il giurista romano l'avrebbe sempre letta alla luce di un pregiudizio, ossia con le lenti della (formalmente assente) alternativa tra condanna e assoluzione»).

⁶²⁶ E. BETTI, *Su la formola del processo civile romano*, cit., pp.

⁶²⁷ Così anche W. SELB, *Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zu Formelaufbau*, Wien-Köln-Graz 1974, p. 39, M. KASER, *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und conductio*, in *Labeo* 22, 1976, p. 11 e B. SCHMIDLIN, *La fonction de la 'demonstratio' dans les actions de bonne foi*, in *Studi Sanfilippo*, V, Milano 1984, pp. 718 e ss., i quali sono pervenuti a qualificare il fatto dedotto in *demonstratio* come affermato dal solo

quest'ultimo, restava salvo lo schema logico del periodo ipotetico alternativo ma – a suo modo di vedere – per lo più in ragione del diverso senso da attribuire al «*quod* [...]» della *demonstratio*⁶²⁸ («in quanto a ciò, che [...]»), seguito dal «*quidquid*», da intendere come se fosse un ipotetico «*si quid*», e dall'«*oportet*», da considerare come un «*paret oportet*», cosicché il «*quod*» e il «*si non pare*» solo di primo acchito possono sembrare «contraddittori»⁶²⁹.

Credo si possa quindi ritenere che – al di là delle dovute e sopra citate eccezioni – il costruito logico della *formula-iudicium* e il suo periodo ipotetico alternativo, indicando espressamente i punti su cui lo *iudex* avrebbe dovuto concentrare la propria attenzione secondo una concatenazione di affermazioni ipotetiche da cui dipendevano l'*absolutio* o la *condemnatio*, rappresentavano concretamente i «termini certi» del giudizio, i binari controllati su cui far correre il ragionamento del giudice, la predeterminazione formale e, quindi, la previsione degli accertamenti e delle valutazioni dello *iudex privatus*.

Quanto più la *formula-iudicium* non lasciava nulla 'a ciò che il giudice vuole', al 'libero ufficio del giudice', alle conseguenze implicite del dettato formulare cui lo *iudex* non era esplicitamente tenuto, quanto quindi più essa precisava espressamente – predeterminando e prevedendo con certezza – ciò che il giudice avrebbe non solo potuto ma addirittura dovuto concretamente fare, tanto più il dettato testuale della *formula* in concreto probabilmente si palesava agli occhi degli utenti dell'*agere* quale garanzia di sicurezza e prevedibilità dell'esito del giudizio.

attore. Seppur dubbioso – in ragione delle critiche di V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1994 (rist. anast. 1989), p. 122 n. 1 cui aderisce anche R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, p. 13 – anche M. TALAMANCA, s.v. *Processo civile (diritto romano)*, in *ED XXXVI*, Milano 1987, p. 45 n. 325 ha riconosciuto che «indubbiamente, nella funzione che assumono indiscutibilmente le *formulae* con *demonstratio*, questo» sia il «valore che più o meno consapevolmente i contemporanei avranno dato alla frase che inizia col *quod*».

⁶²⁸ E. BETTI, *Su la formola del processo civile romano*, cit., pp. 44 e ss. spec. 48.

⁶²⁹ Si veda la critica R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, pp. 11 e ss.

3. LE ESIGENZE DELLA «PREVEDIBILITÀ» NELLA COSTRUZIONE DELLA FORMULA-IUDICIUM. IL CASO EMBLEMATICO DEI *BONAE FIDEI IUDICIA*

A) «PREVEDIBILITÀ» DEGLI ESITI GIUDIZIALI FRA *IUS CONTROVERSUM* E «*LIBERUM OFFICIUM IUDICIS*» NEI *BONAE FIDEI IUDICIA*.

α) Come è stato più su ipotizzato, anche nello specifico ambito dei *bonae fidei iudicia*, i casi di *ius controversum* possono aver comportato – più che una minore conoscibilità dello *ius* – una maggiore imprevedibilità delle soluzioni giudiziali in quanto, a fronte di *magnae quaestiones* – in particolare quando coinvolgenti delicati giudizi di valore (chi siano i «*boni viri*», cosa debba intendersi per «*bene agi*», cosa per il *turpe* e cosa per l'*honestum* in particolare se non condivisi «*ab omnibus*») – «*magni est iudicis statuere*» (Cic. *de off.* 3, 17, 70): è «in gran parte» compito del giudice definire la controversia (*supra* cap. IV § 2), con tutte le conseguenze del caso nei termini di «incertezza» dell'esito del giudizio (*causa anceps*) e, quindi, di «imprevedibilità» della *sententia iudicis*. Si tratta nientemeno del medesimo ruolo determinante dello *iudex* che emerge anche dal più tardo luogo gaiano riferito, com'è noto, alle conseguenze applicative del rescritto adrianeo sullo *ius controversum*: «[...] *si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi* [...]» (Gai. 1, 7). L'utilizzo della *conceptio verborum*, dimostrato in dottrina, per regolare gli inconvenienti dello *ius controversum* – come si vedrà (*infra* §§ 3.A e 3.D) – mi sembra potersi attestare anche nell'ambito specifico dei *bonae fidei iudicia*, in caso di controversie giurisprudenziali (*infra* § 3.B) e nel caso di incerte o controverse qualificazioni dello schema negoziale concluso fra le parti (*infra* § 3.D).

β) Come abbiamo ricordato più sopra (*supra* cap. II), la comune descrizione del *liberum officium iudicis* nei *bonae fidei iudicia* che si rinviene in letteratura ha condotto una parte della dottrina più recente a porsi interrogativi sulle ripercussioni che questa – discrezionale o equitativa – libertà di esercizio dell'*officium* possa aver procurato sul terreno fragile della «sicurezza-prevedibilità» degli esiti processuali. Come vedremo più avanti (*infra* § 3.C), tale libertà nell'esercizio dell'*officium iudicis* si concretizza in una non determinata – sebbene per lo più giurisprudenzialmente definita (*supra* cap. III) – puntualizzazione dei doveri dello *iudex* nel dettato testuale della *formula-iudicium*⁶³⁰. La pluralità di poteri che sono ricondotti implicitamente all'ufficio del giudice nei *bonae fidei iudicia* – in ragione della libertà per il giudicante di esercitarli o meno – sembra incidere, almeno teoricamente, sulla «sicurezza-prevedibilità» dell'esito del giudizio, in ragione dell'allargamento del margine di imprevedibilità nell'esercizio dell'*officium* stesso. In quest'ottica, la libertà di scegliere se optare per l'esercizio

⁶³⁰ Cfr. C. A. CANNATA, *Bona fides e strutture processuali*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, I, cit., pp. 257 e ss. spec. 259.

di un potere o meno risulta a mio avviso analoga a quella insita nella possibilità per lo *iudex* di scegliere il parere giurisprudenziale che vuole. Anche qui, infatti, l'esplicitazione e la determinazione nel dettato formulare di ciò che altrimenti potrebbe soltanto essere implicitamente considerato nell'applicazione della *formula* di buona fede (e. g. l'*exceptio doli* o *pacti*) – come si cercherà di dimostrare *infra* § 3.C – sembrano essere finalizzati a rendere più sicuro l'andamento della fase processuale *apud iudicem* così come nei casi di *ius controversum*.

B) LE «ADIECTIONES» AL TESTO FORMULARE PER UNA MAGGIORE SICUREZZA DELLE PARTI («TUTIUS EST») NEI CASI DI IUS CONTROVERSUM.

Giunti a questo punto, possiamo svolgere alcune riflessioni intorno ad alcune testimonianze giurisprudenziali sui *bonae fidei iudicia* da cui mi sembra emergere una sensibilità per una maggiore sicurezza giuridica delle parti, garantita – in ragione di *magnae quaestiones* che sarebbe «in gran parte» compito del giudice risolvere al momento dello *statuere* il «*quid quemque cuique praestare oportere*» – da una *conceptio verborum* più aderente alle fattispecie e da un'architettura del dettato formulare più ricca di esplicite subordinate condizionali («*si [...]*» o «*si non [...]*»; *exceptiones*, *riPLICATIONES* ed altre *adiECTIONES*) dalle quali – come si è visto – dipendono in modo chiaro ed inequivocabile la *condemnatio* o l'*absolutio*. Dalla lettura delle fonti che seguono sembra riemergere e affermarsi – anche (e soprattutto) per i *bonae fidei iudicia* – la funzione della *formula-iudicium* in ordine alla «prevedibilità» dell'esito del giudizio.

Come più volte ricordato, è stato autorevolmente posto in rilievo, anche al di fuori dei *bonae fidei iudicia*, l'utilizzo 'cautelare' dell'*exceptio doli* o di altre clausole formulari al fine di orientare la decisione del giudice verso una «direzione necessitata» proprio nei casi di *ius controversum*⁶³¹.

In un frammento ulpiano riportato in D. 15, 1, 36 il giurista severiano tramite il ricorso al sintagma «*quaestio est*» richiama alla memoria un acceso dibattito giurisprudenziale, sorto «in *bonae fidei contractibus*», ed evidentemente non ancora sopito al suo tempo, relativo all'estensione della responsabilità – *de peculio* oppure *in solidum* – del *pater vel dominus*.

Ulpiano *libro secundo disputationum* in D. 15, 1, 36: «In bonae fidei contractibus quaestio est, [an] de peculio an in solidum pater vel dominus tenerentur: ut est in actione <rei uxoriae> [de dote] agitatum, si filio dos data sit, an pater “DUMTAXAT DE PECULIO” conveniretur. ego autem arbitror non solum de peculio, sed “ET SI QUID PRAETEREA DOLO MALO PATRIS CAPTA FRAUDATAQUE EST MULIER”⁶³², competere actionem: nam si habeat res nec restituere sit paratus,

⁶³¹ A. CORBINO, *Iudicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., pp. 184 e ss.

⁶³² Prendo spunto da R. CARDILLI, 'Vir bonus' e 'bona fides', cit., p. 195, il quale – a differenza di T. MOMMSEN – P. KRUEGER (hrsg. von), *Corpus iuris civilis*, I, Frankfurt am Main 1968, p. 232 – pone tra virgolette anche l'inciso «ET SI QUID PRAETEREA DOLO MALO PATRIS CAPTA FRAUDATAQUE EST

aequum est eum quanti ea res est condemnari. nam quod in servo, cui res <fiduciae> [pignori] data est, expressum est, hoc et in ceteris bonae fidei iudiciis accipiendum esse Pomponius scripsit. namque si servo res <fiduciae> [pignori] data sit, non solum de peculio et in rem verso competit actio, verum hanc quoque habet adiectionem “ET SI QUID DOLO MALO DOMINI CAPTUS FRAUDATUSQUE ACTOR EST”. videtur autem dolo facere dominus, qui, cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere»

La *quaestio* di cui tratta Ulpiano nel suo libro secondo *disputationum* emerge in tutta la sua controversialità dall’uso delle espressioni «*quaestionis est*», «*est agitatum*» e «*arbitror*»⁶³³. Ora, al di là dei problemi testuali che scaturiscono dal frammento di cui si è infatti dubitata fortemente la completa genuinità⁶³⁴, ci troviamo di fronte a una diretta testimonianza di una *disputatio* sugli effetti processuali – più che sostanziali – dell’«*ex fide bona*» formulare e delle clausole ad essa affini (l’«*ut inter bonos bene agier oportet*» e il «*melius aequius*»).

Nel caso dell’*actio rei uxoriae* si era vivacemente dibattuto («*agitatum est*») se, qualora la dote fosse stata data al figlio, il padre dovesse essere convenuto con il limite espresso dall’aggiunta «DUMTAXAT DE PECULIO»⁶³⁵.

La controversia sembrerebbe avere ripercussioni, in un caso, sul momento definitorio della ‘fattispecie’ da parte del pretore («*competere actionem*») – attraverso la composizione e la concessione della *formula-iudicium* – nell’altro, sul momento definitorio della controversia nella fase *apud iudicem* («*quanti ea res est condemnari*») – attraverso la condanna equitativa dello *iudex*.

Infatti, le alternative⁶³⁶ che mi sembrano emergere dal complesso frammento ulpiano sarebbero due alla luce della più generale questione sulla responsabilità *de peculio aut in solidum*

MULIER» oltre all’*adictio* «ET SI QUID DOLO MALO DOMINI CAPTUS FRAUDATUSQUE ACTOR EST». Trattandosi in fin dei conti di un’*adictio* – nello specifico di una *taxatio* – ho ritenuto fosse opportuno indicare fra virgolette anche l’inciso «DUMTAXAT DE PECULIO».

⁶³³ A. LOVATO, *Quando la disputatio si fa genere letterario: la testimonianza di Ulpiano*, in V. MAROTTA – E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, cit., pp. 253 e ss.

⁶³⁴ Da ultimo M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell’ordinamento*, cit., pp. 226-227, il quale ha ricordato che il passo sembra esser stato «pesantemente raccorciato e quindi rimaneggiato» in ragione della sua mancanza di simmetria e non tanto per il richiamo alla categoria generalizzante dei *bonae fidei contractus* (vedi anche B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, cit., pp. 204-205 e V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², ristampa anastatica Napoli 1958, p. 52 n. 1).

⁶³⁵ L’aggiunta «DUMTAXAT DE PECULIO» risulta nella ricostruzione dell’*actio depositi de peculio et de in rem verso* proposta da D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², cit., pp. 81-82.

⁶³⁶ Il periodo «*nam si habeat res nec restituere sit paratus, aequum est eum quanti ea res est condemnari*» mi sembra sia posto in alternativa alla congettura ulpiana di concedere l’azione «*non solum de peculio, sed “ET SI QUID PRAETEREA DOLO MALO PATRIS CAPTA FRAUDATAQUE EST MULIER”*», in quanto viene utilizzato da Ulpiano per giustificare («*nam si habeat res [...]*») – assieme alla proposta di Pomponio («*nam quod in servo [...]*») – proprio l’inserimento dell’*adictio* in questione: dato il giudice in ragione del *melius aequius* della relativa *formula* avrebbe dovuto equamente condannare il *pater* che avesse la *res* e che non fosse pronto a restituire, lo stesso risultato – ma, come vedremo, in modo ‘più sicuro’ – potrà essere

esposta in apertura del passo⁶³⁷: α) l'esplicitazione per lo *iudicium rei uxoriae*, oltre che dell'inciso «DUMTAXAT DE PECULIO», anche dell'«*adiectio*»⁶³⁸ formulare «ET SI QUID PRAETEREA DOLO MALO PATRIS CAPTA FRAUDATAQUE EST MULIER», che nell'editto era stata stabilita doversi aggiungere espressamente («*expressum est*»)⁶³⁹ per l'*actio fiduciae* («ET SI QUID DOLO MALO

raggiunto anche con l'aggiunta dell'*adiectio* alla *taxatio de peculio* (così come Pomponio aveva proposto per tutti i *bonae fidei iudicia*).

⁶³⁷ M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., p. 228 n. 629 ha criticato la discrasia che emergerebbe dal passo in quanto la *quaestio* posta inizialmente (responsabilità *de peculio* o responsabilità *in solidum*) nel proseguo del passo si trasforma in realtà in una discussione sulla semplice espansione della responsabilità *de peculio*. R. CARDILLI, *'Vir bonus' e 'bona fides'*, cit., p. 197 risolve la contraddittorietà di Ulpiano riconducendo l'incipit del passo ad una «prospettazione generale della *quaestio*» che il giurista severiano poi snocciola in modo differente a seconda dei casi esaminati (o che a noi sono giunti alla luce dell'attuale *recensio* del frammento: *actio rei uxoriae* e *actio fiduciae*).

⁶³⁸ L'*adiectio* «ET SI QUID DOLO MALO DOMINI CAPTUS FRAUDATUSQUE ACTOR EST» è un'ulteriore condizione ipotetica ma positiva della condanna che quindi non può esser definita a rigore «*exceptio*» (cfr. Gai. 4, 119: «*Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is, cum quo agitur*»). Lo strumento dell'*adiectio* al testo formulare – richiamato in D. 15, 1, 36 – è presente anche in Gai. 4, 126-129, dove – nell'ambito dello schema, potenzialmente indefinito, della *exceptio-replicatio-duplicatio-triplicatio* – è volto a indirizzare la cognizione del giudice secondo le rispettive istanze di parte – del convenuto, dell'attore, del convenuto e di nuovo dell'attore – e trova nella prassi una molteplicità di tipi, appunto indefinita, in quanto dovuta alla «*varietas negotiorum*». In relazione all'uso generale del termine *adiectio*, comprendente quindi anche l'*exceptio* nello schema della *replicatio* e sue derivate, si veda da ultimo G. PAPA, *La replicatio. Profili processuali e diritto sostanziale*, Napoli 2009, p. 49 («il *iudicium* risulta composto, oltre che dal *si paret* [...] *condemnato*; *si non paret absoluito*, anche da tutto quanto è inserito tra l'*intentio* e la *condemnatio*). Il termine *adiectio* è utilizzato dai giuristi romani sia nel senso, per lo più, di «clausole» aggiunte a negozi privati (ad esempio, testamenti e stipulazioni) sia di «aggiunte» a testi di legge, rescritti imperiali, *datio tutoris*, editti e in alcuni frammenti anche al testo delle *formulae* (cfr. VTR, I, Berolini 1903, p. 219): è sempre Ulpiano *libro vicesimo septimo ad edictum* a farne uso in D. 13, 4, 2, 3 dove richiama il pensiero di Cervidio Scevola, secondo il quale – con un ragionamento elegante e lucido – espone l'opportunità per l'attore di non inserire l'«aggiunta» del luogo nella *formula-iudicium* dell'*actio arbitraria de eo quod certo loco dari oportet* (D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², cit., p. 49) nel caso in cui l'alternatività della cosa oggetto dell'obbligazione sia combinata con l'alternatività del luogo del pagamento, affinché l'attore non sia privato dell'azione (in quanto il debitore – nel cui arbitrio fosse stata la scelta del luogo – avrebbe sempre scelto l'altro luogo). Sempre Ulpiano *libro trigensimo quarto ad edictum* in D. 50, 16, 192 fornisce un'interpretazione dell'«aggiunta» «*plurivse*» nella *taxatio*. Infine, Paolo *libro quarto quaestionum* in D. 15, 3, 19, dove richiama il pensiero di Nerazio Prisco, secondo il quale l'«aggiunta» «*de in rem verso*» alla *formula* nei limiti del peculio fosse necessaria nel caso sottopostogli. Cfr. C. BEROLINI, *Appunti didattici di diritto romano. Serie seconda. Il processo civile*, I, Torino 1913, pp. 311-312, il quale nell'ambito dell'analisi della struttura della formula distingueva in due gruppi gli elementi che potevano costituirla: «parti principali o ordinarie (*partes formulae* in senso stretto)» e «parti accessorie o straordinarie (*adiectioes*)».

⁶³⁹ La clausola potrebbe avere però un'origine ancora più antica come potrebbe desumersi da Cic. *de off.* 3, 17, 70, dove l'Arpinate fa cenno ai *verba sollemnia* della relativa *legis actio* includenti un sintagma simile (cfr. O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., pp. 293-294): «*UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM*». Ad ogni modo, con molta probabilità l'«*expressum est*» non sta a indicare un'asserzione giurisprudenziale – che di solito, in Ulpiano ma non solo, troviamo espressa con locuzioni come «*scriptum est*» associata al nome del giurista (Ulpiano in D. 5, 3, 16 *pr.*: «[...] *apud Pomponium scriptum est* [...]»; Ulpiano in D. 18, 4, 2, 12: «*Apud Iulianum scriptum est* [...]»; Ulpiano in D. 21, 1, 17, 15: «*Apud Caesium scriptum est* [...]») – ma un intervento «eteronormativo». Altre volte Ulpiano associa l'espressione al contenuto dell'editto (D. 21, 1, 38, 14: «[...] *edicto expressum est* [...]»; D. 39, 1, 20, 1: «[...] *edicto expressum est* [...]»; D. 43, 15, 1, 3: «[...] *hoc interdicto expressum est* [...]). Negli stessi anni in cui visse e operò Ulpiano una *constitutio* di Antonino Caracalla del 212 afferma: «*Actionem ei, qui absentis nomine agere vult, si non eum*

DOMINI CAPTUS FRAUDATUSQUE ACTOR ESTI)⁶⁴⁰ e che era volta ad allargare la responsabilità del *dominus vel pater* oltre i limiti del solo *peculium* in caso di comportamento doloso di questi ultimi; β) l'interpretazione giudiziale del «*melius aequius*»⁶⁴¹ volta ad ottenere il medesimo risultato raggiungibile con la suddetta *adiectio* (ovverossia un'estensione della responsabilità oltre i limiti del *peculio* e una condanna per l'intero al *quanti ea res est*).

Per quanto riguarda la prima opzione (*sub α*), per Pomponio – secondo quanto ci informa Ulpiano – tale clausola doveva «essere accolta» nei restanti *bonae fidei iudicia*⁶⁴² («*in ceteris bonae fidei iudiciis accipiendum esse Pomponius scripsit*»)⁶⁴³. Però, come aveva esordito Ulpiano all'inizio del

defendat, denegari oportere iam edicto perpetuo expressum est). In generale nel linguaggio dei giuristi del II-III sec. d. C. il sintagma non si trova mai associato a un'affermazione giurisprudenziale ma solo ad atti, appunto, «eteronormativi»: per le *leges publicae*, D. 35, 2, 81, 2; D. 48, 5, 2, 9; D. 48, 5, 26, 1. Per le *constitutiones principum*, D. 2, 12, 7; D. 12, 3, 4, 1; D. 36, 1, 30; D. 37, 6, 1, 14; D. 38, 16, 3, 3; D. 48, 22, 6, 1; D. 50, 15, 3, 1. Per i *senatus consulta* D. 28, 1, 18, 1; D. 40, 5, 51, 10. Anche all'interno di uno stesso frammento di Pomponio (D. 49, 14, 35) emerge la contrapposizione tra l'uso di «*scriptum est*» per un giurista («*Apud Iulianum scriptum est [...]*») e di «*expressum est*» per un senatoconsulto («*[...] idque senatus consultis expressum est*»).

⁶⁴⁰ È *communis opinio* che i compilatori abbiano qui sostituito «*fiducia*» con «*pignori*». Si vedano a tal proposito O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., pp. 294 e ss.; B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, cit., p. 205; G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei «bonae fidei iudicia»*, cit., pp. 168-169; R. CARDILLI, «*Vir bonus*» e «*bona fides*», cit., pp. 195 e ss.; G. FALCONE, *La formula «ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione» e la nozione di «bonus vir»*, in *Fundamina* 20, 2014, pp. 258 e ss.

⁶⁴¹ Infatti, come è stato efficacemente sottolineato da R. CARDILLI, «*Vir bonus*» e «*bona fides*», cit., p. 197, l'«*aequum est eum quanti ea res est condemnari*» di Ulpiano ben si armonizza con il «*melius aequius*» della formula dell'*actio rei uxoriae*.

⁶⁴² E quindi anche per lo *iudicium rei uxoriae*, in quanto tale *iudicium* risulterebbe incluso nell'elenco proposto dal coevo Gaio (Gai. 4, 62). Sull'inserimento dell'*actio rei uxoriae* nei *bonae fidei iudicia* la letteratura è cospicua. Si era mostrato contrario B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, cit., pp. 178 e 264 e ss. (con qualche ripensamento in ID., *s.v. Iudicium bonae fidei*, in *NNDI*, IX, Torino 1963, p. 340 e n. 2, alla luce degli accertamenti «tecnici» compiuti da V. CAPOCCI, *Ad Gai institutiones IV, 62 Rei Uxorariae Iudicium*, in *BIDR* 36, 1928, pp. 139 e ss.), proponendo una diversa lettura di Gai. 4, 62, dove il manoscritto veronese sembra far riferimento allo *iudicium rei uxoriae*; era a favore della natura di buona fede di quest'*actio* già G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei «bonae fidei iudicia»*, cit., p. 149; ID., *s.v. Buona fede (premesse romanistiche)*, in *ED V*, Milano 1959, p. 663. Ha seguito l'indirizzo del romanista siciliano M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA* 24, 1955, pp. 218 e ss.; ID., *D. 14, 2, 2 pr.: «retentio» e «iudicia bonae fidei»*, in *Iura* 6, 1955, p. 175 n. 22; da ultimo si mostra invece a sostegno della tesi di Grosso la dottrina più recente, tra cui M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote nel diritto romano. I. Sulla formula dell'actio rei uxoriae*, Alcamo 2006, pp. 93 ss., con ampi ragguagli bibliografici. Sullo stato del manoscritto per la parte qui di nostro interesse si veda da ultimo F. BRIGUGLIO, *Gai. 4. 62 e gli iudicia bonae fidei: storia di un lacerto discusso. I risultati della nuova indagine multispettrale sul folium 68v del Codex XV (13) BCapVr*, in I. PIRRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, I, Lecce 2016, pp. 357 e ss.

⁶⁴³ L'espressione «*accipiendum esse*» la ritroviamo in Pomponio spesso adoperata nel senso di «accoglimento di un indirizzo» (e. g. D. 31, 45 *pr.*). Per G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei «bonae fidei iudicia»*, cit., p. 170 la giurisprudenza discuteva sull'opportunità di inserire la clausola speciale espressamente in tutte le *formulae* dei *bonae fidei iudicia*, tramite un'interpretazione estensiva («*accipiendum esse*») di quanto stabilito espressamente nell'editto per l'*actio fiduciae* («*expressum est*»). L'«*accipiendum esse*» starebbe ad indicare quindi per Grosso – alla cui opinione mi sento di aderire – un'attività di «esplicitazione» da parte del pretore stimolata dai giuristi e non invece di interpretazione da parte della giurisprudenza dell'*ex fide bona* formulare, come aveva affermato invece O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 294 n. 3 («*Außer bei der actio fiduciae darf nirgends an einen ausdrücklichen Zusatz gedacht werden, auch nicht an einen solchen, der etwa auf Antrag vom Prätor beigefügt wurde. Man beachte nur in fr. 36 de pec.*

frammento, la questione relativa all'estensione della responsabilità – e, di conseguenza, anche in relazione agli strumenti tecnico-giuridici per attuarla – si presentava ancora dibattuta proprio per tutti i giudizi posti a tutela di contratti di buona fede («*in bonae fidei contractibus quaestionis est*»)⁶⁴⁴.

L'adesione alla proposta del giurista antoniniano, nel caso di specie per l'*actio rei uxoriae*, avrebbe – decisamente e in modo sicuro – escluso la possibilità per lo *iudex* di optare per la responsabilità *solum de peculio* (*sub* α); mentre la libera interpretazione giudiziale del «*melius aequius*» prospettata dal giurista severiano – svincolata da qualsiasi ulteriore espressa *adiectio* (*sub* β) – avrebbe rimandato allo *iudex* il compito di scegliere (richeggia qui il «*magni esse iudicis statuere* [...]» di Cic. *de off.* 3, 17, 70) l'una come l'altra tesi controversa (*in solidum teneri* o *solum de peculio*), sebbene in questo caso Ulpiano non esitasse ad indicare al giudicante la strada a suo dire 'più equa' da percorrere («*aequum est eum quanti ea res est condemnari*»).

Il tema probabilmente si presentava 'scottante' («*est agitatum*») poiché coinvolgeva una dialettica fra, da un lato, la *bona fides* (e il *melius aequius* dell'*actio rei uxoriae*) e, dall'altro, un altro 'valore' del sistema giuridico⁶⁴⁵ – in questo caso la «responsabilità limitata»⁶⁴⁶ del *pater vel*

den Gegensatz zwischen dem „quod in seruo, cui res fiducia data est, expressum est“ und dem „hoc et in ceteris b. f. iudiciis accipiendum esse“, wobei doch nur an ein tacite accipiendum esse gedacht werden kann». Segue l'interpretazione di Lenel, R. CARDILLI, *'Vir bonus' e 'bona fides'*, cit., p. 198 e n. 33; quella di Grosso, M. KASER, *Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae*, in *RIDA* 2, 1949, pp. 511 e ss. spec. 528. A mio sommesso avviso, a sostegno della tesi di Grosso sono espressivi sul punto i frammenti da cui sembrerebbe essere necessaria l'esplicitazione della clausola analogamente riferita al *dolus malus* del *pater vel dominus* nell'*actio depositi de peculio annalis* (per la generica promessa edittale si veda D. 15, 2, 1 *pr.*), dove il «*dare facere oporteret ex fide bona*» è ricondotto allo schiavo, mentre la *condemnatio* nei limiti del peculio è riferita al *dominus*, la cui *taxatio* è però condizionata – al fine di considerare il dolo di quest'ultimo – dall'inciso: «*ET SI QUID DOLO MALO N. NEGIDII FACTUM EST QUO MINUS PECULII ESSET*» (cfr. C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo formulare*, cit., pp. 133-134 e D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², cit., p. 82).

⁶⁴⁴ B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, cit., pp. 204-205 e V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², cit., p. 52 n. 1 ritengono l'inciso iniziale interpolato, in quanto tipica generalizzazione giustinianea. Cfr. le notazioni di C. LONGO, *Sopra alcune generalizzazioni giustinianee in materia di giudizi di buona fede*, cit., pp. 3 e ss. Ma vedi quanto ho proposto *supra* cap. III § 3.D anche alla luce della sottile notazione di G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei «bonae fidei iudicia»*, cit., p. 169 n. 2: «l'espressione “*et in ceteris bonae fidei iudiciis*”, pur essendo lo strumento tipico delle generalizzazioni giustinianee in materia di giudizi di buona fede, non ha in sé nulla che ripugni al linguaggio dei giureconsulti classici e può essere stata usata da Ulpiano».

⁶⁴⁵ Alla dialettica fra la *bona fides* e gli altri «valori dell'ordinamento» M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit. ha, in fondo, dedicato il suo ultimo e imponente contributo sulla *bona fides* nei giuristi romani. Questo passo – come gli altri da lui presi in considerazione – conferma la sua ipotesi: la *bona fides* «operava sia in dialettica serrata con gli altri valori assunti nell'ordinamento sia inserita nella complessiva griglia strutturale costruita dalla giurisprudenza o predisposta dal pretore per il diritto positivo» (p. 229). Per una simile dialettica tra l'*actio de peculio* quale *forma actionis* e l'azione «sostanziale» di buona fede si veda anche Papiniano in D. 17, 1, 54 *pr.* (cfr. sempre M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, cit., pp. 207-211).

⁶⁴⁶ Sul 'valore' riconosciuto nel sistema giuridico romano tra il II sec. a. C. e il II sec. d. C. alla «responsabilità limitata» del *dominus* al solo peculio del *servus* almeno nel c. d. 'diritto commerciale romano' si vedano i lavori di A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo «manager» in Roma antica (II sec. a. C.*

*dominus*⁶⁴⁷ – che, a quanto pare, secondo Pomponio non poteva esser in nessun caso posta in rischio da una libera interpretazione giudiziale dell’«*ex fide bona*» e del «*melius aequius*» delle relative formule. Credo che con l’accoglimento dell’*adiectio* Pomponio reputasse opportuno evitare *ex ante*, prevedendola espressamente nel dettato formulare, l’imprevedibile libertà del giudice sia di non prendere in considerazione il *dolus* del *pater vel dominus* (con una conseguente incertezza per l’attore), sia di estendere la loro responsabilità all’intero nonostante la *formula* non avesse espressamente autorizzato lo *iudex* ad andare oltre i limiti del *peculio* (con una conseguente incertezza per il convenuto)⁶⁴⁸.

Mentre, infatti, nell’*actio fiduciae* era stato sancito nell’editto – forse al fine di risolvere un’analoga *quaestio* solo successivamente sorta anche per i restanti *bonae fidei iudicia*⁶⁴⁹ – la

– II sec. d. C.), Milano 1984, pp. 207 e ss.; ID., *Servus e libertus strumenti dell’imprenditore romano*, in P. CERAMI – A. DI PORTO – A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*², Torino 2004, pp. 64 e ss.; ID., *s.v. Peculio*, in *EV IV*, Roma 1988, pp. 2 e ss.; F. SERRAO, *Impresa e responsabilità nell’età commerciale*, Pisa 2002, pp. 27-28 Sul rapporto tra *bonae fidei iudicia* e *actiones adiecticiae qualitatis* si vedano i rilievi di E. VALLINO, *Las relaciones básicas de las acciones adiecticias*, in *Anuario de historia del derecho Español*, XXXVIII, Madrid 1968, pp. 377 e ss., con ampi ragguagli di fonti e bibliografia.

⁶⁴⁷ Il frammento ulpiano era probabilmente incluso, secondo la ricostruzione palinogenetica di O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, II, cit., p. 392, in un’ipotetica sezione del secondo libro *disputationum* dedicata al titolo dell’editto pretorio «*Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur*» (cfr. ID., *Das Edictum perpetuum*³, cit., pp. 273 e ss.). La citazione pomponiana non è invece in nessun modo riconducibile ad alcuna opera del giurista (ID., *Palinogenesia iuris civilis*, II, cit., p. 156).

⁶⁴⁸ L’accoglimento «*in ceteris bonae fidei iudiciis*» di quanto «espressamente» fu stabilito per l’*actio fiduciae*, sì da evitare un’arbitraria – e quindi imprevedibile – interpretazione dell’«*ex fide bona*», richiama alla mente il «*nec aperte*» di Gaio sulle conseguenze implicite delle azioni buona fede (Gai. 4, 63): «*Liberum est tamen iudici nullam omnino inuicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae uerbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conueniens uidetur, ideo officio eius contineri creditur*». La formula «*aperte*» – e cioè «espressamente» – nulla dice al giudice circa la possibilità di effettuare la compensazione, ma – ecco anche qui tutta la problematicità dell’*interpretatio* della clausola – «*conueniens uidetur*», e «*contineri creditur*» nell’*officium* del giudice, il potere di compensare i controcrediti. La mancanza di esplicitazione nella formula colloca il giudice in una posizione di maggiore libertà rispetto al dato testuale in quanto al momento della *condemnatio* può – ma non deve, qualora non lo ritenga opportuno – compensare i relativi crediti («*Liberum est tamen iudici nullam omnino inuicem compensationis rationem habere*»).

⁶⁴⁹ Per R. CARDILLI, «*Vir bonus*» e «*bona fides*», cit., pp. 191 e ss. spec. 202 «una possibile spiegazione» della *quaestio*, relativa ai restanti giudizi di buona fede, potrebbe esser «legata alla diversa modulazione [...] della *formula fiduciae* rispetto alle *formulae ex empto, ex vendito, locati, conducti, pro socio e mandati*», nelle quali «*concepta uerba* non si modellano sul *vir bonus*, ma direttamente sulla *bona fides*», così da rendere necessaria «a livello edittale un’apposita *adiectio* per valutare *apud iudicem* il dolo del *dominus servus*». Per Cardilli si tratterebbe, quindi, «di una resistenza di regime che si riscontrerebbe anche nell’*actio rei uxoriae*, mentre non sembrerebbe necessaria per gli altri *iudicia bonae fideis*» (p. 199). Analogamente M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell’ordinamento*, cit., p. 226, riteneva si trattasse di un *thema agitatium* che coinvolgeva, secondo l’attuale *recensio* del frammento, «due azioni che dal punto di vista della struttura formulare si collocano in una situazione particolare rispetto agli altri *iudicia bonae fideis*», in quanto non contenenti il richiamo testuale all’«*ex fide bona*». Sulla base delle motivazioni addotte da R. CARDILLI («*Vir bonus*» e «*bona fides*», cit., pp. 191 e ss. spec. 202) e da M. TALAMANCA (*La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell’ordinamento*, cit., p. 226), circa le ragioni della *quaestio* almeno relativamente all’*actio fiduciae*, è possibile rintracciare un’ulteriore ragione, di ordine tecnico-giuridico, dell’originario intervento dei pretori, nella posizione della clausola «*UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE*». La clausola è, infatti, contenuta nell’*intentio* dove compare il nome del *filius vel servus* e non del *pater vel dominus* (che appare invece nella *condemnatio*: cfr. A.

necessità dell'inserimento espresso del suddetto inciso, affinché il *dominus* e il *pater* rispondessero in ragione del proprio dolo non solo *de peculio*, non era stato fatto altrettanto per tutti i restanti *bonae fidei iudicia*, neanche – mi sembra – in seguito alla definitiva redazione giuliana dell'editto.

La necessità di inserire l'*adiectio* appare, infatti, per l'*actio depositi* ma non ancora – ad esempio – per l'*actio commodati* in Giuliano, prima, e in Ulpiano, poi⁶⁵⁰.

Per Ulpiano infatti nell'*actio commodati*, argomentando sulla base di quanto Giuliano «distingue» rispetto all'*actio fiduciae* («*Julianus libro undecimo circa [pigneraticiam] <fiduciae?> actionem distinguit*»)⁶⁵¹, non sembra essere necessaria l'*adiectio* affinché il *pater vel dominus* venga «condannato» («*condemnetur*») – e non quindi convenuto con una *formula* contenente l'*adiectio* – direttamente per la sua *fraus* (come si evince da Ulpiano in D. 13, 6, 3, 4-5: «*Si filio familias servove commodatum sit, dumtaxat de peculio agendum erit [...] Sed non tantum ex causa doli earum personarum pater vel dominus condemnetur, sed et ipsius quoque domini vel patris fraus dumtaxat venit, ut Iulianus libro undecimo circa [pigneraticiam] <fiduciae?> actionem distinguit*»)⁶⁵².

GUARINO, *s.v. Actiones adiecticiae qualitatis*, in *NNDI I*, Torino 1957, pp. 270 e ss.; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova 1999, pp. 81-82; *contra* M. MICELI, *La struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, Torino 2001, *passim*). Il riferimento ai «*bonis*» e al «*bene agi*» poteva essere «valutato in modo circoscritto alle sole parti del *negotium*» richiamate nell'*intentio* (R. CARDILLI, '*Vir bonus*' e '*bona fides*', cit., p. 203; vedi anche G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei «bonae fidei iudicia»*, cit., p. 170 in ragione di D. 22, 1, 32, 3): *servus* o *filius* e *mancipio dans*. Il motivo che aveva impedito la considerazione del *dolus* del *pater vel dominus* nell'*actio fiduciae* – rendendo necessaria l'*adiectio* – può essere ancorato quindi alla struttura della formula, che vedeva il riferimento ai *boni viri* e al *bene agi* inserito nell'*intentio*. Qualora si optasse per l'indirizzo più recente (M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote nel diritto romano. I. Sulla formula dell'actio rei uxoriae*, Alcamo 2006, pp. 93 ss.) che vede il *melius aequius* dell'*actio rei uxoriae* contenuto nell'*intentio incerta* preceduta da *demonstratio* (così già V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con «demonstratio» e la loro origine*, in *Studi economico-giuridici*, IV, Cagliari 1912, pp. 75 e ss., poi in *Rivista*, Roma 1946 = Camerino 1970, pp. 21 e ss., ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, pp. 38 e ss.; G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei «bonae fidei iudicia»*, in *RISG* 3.1, 1928, pp. 39-96, ora in *Scritti storico giuridici*, III, Torino 2001, pp. 147 e ss.; A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris 1954, pp. 89 e ss.; *contra* O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, Aalen 1985, pp. 295-296), lo stesso potrebbe dirsi allora anche per il giudizio di dote e per gli altri *bonae fidei iudicia* dove l'«*ex fide bona*» come è noto è posta nell'*intentio*.

⁶⁵⁰ Ulpiano (D. 15, 1, 5 *pr.*-1) afferma inoltre che – a differenza del caso di cosa depositata per un figlio in potestà o un servo – nel caso in cui la cosa sia stata data in precario a questi ultimi, il padre o il padrone sono obbligati esclusivamente *de peculio*, benché il *precarium* sembra essere tutelato tramite un'*actio praescriptis verbis* «*quae ex bona fide oritur*» (Ulpiano in D. 43, 26, 2, 2). Il passo, in cui si fa riferimento alla *fides bona*, è tradizionalmente considerato di fattura giustiniana (e. g. P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, p. 276), ma più di recente alcuni studiosi sono inclini a considerarlo genuino (tra cui P. BIVASCHI, *Ricerche sul precarium*, Milano 2006, pp. 312 e ss. spec. 317-318).

⁶⁵¹ Contrapposizione che emergerebbe dal «*distinguit*» qualora si considerasse spurio il riferimento all'*actio pigneraticia* da sostituire con l'*actio fiduciae*. Su questo punto però si è pronunciato in senso contrario O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 294: «[...] *ist also die actio pigneraticia nicht interpolirt* [...]». Riportano invece il sospetto d'interpolazione E. LEVY – E. RABEL (hrsg. von), *Index interpolationum*, I, Weimar 1929, p. 208.

⁶⁵² Cfr. quanto invece affermato da G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei «bonae fidei iudicia»*, cit., p. 171 n. 1 e da R. CARDILLI, '*Vir bonus*' e '*bona fides*', cit., pp. 195-196.

Lo stesso Ulpiano altrove afferma, invece, che nell'*actio depositi* il *pater* e il *dominus* debbano essere convenuti non solo nei limiti del peculio («DUMTAXAT DE PECULIO») ma anche «SI QUID DOLO MALO EORUM CAPTUS SUM» (D. 15, 1, 5 *pr.*), con un chiaro richiamo ad un'espressa *adiectio*. Sempre con riferimento all'*actio depositi*, il giurista severiano ricorda e condivide il pensiero di Giuliano («*Iulianus scripsit et nobis videtur*»), secondo il quale non solo «*agi potest*» con il limite espresso dal «DUMTAXAT DE PECULIO» ma pure «*veniat in iudicium*» – e quindi nel dettato testuale della *formula-iudicium* piuttosto che implicitamente nell'interpretazione dell'«*ex fide bonas*»⁶⁵³ – anche il dolo del *pater vel dominus* oltre che quello del *filius vel servus* (D. 16, 3, 1, 42: «ET SI QUID PER EUM IN CUIUS IURE SUNT CAPTUS FRAUDATUSVE EST»).

L'«aggiunta» al dettato formulare data per certa prima da Giuliano e poi da Ulpiano per l'*actio depositi* (D. 15, 1, 5 *pr.* e D. 16, 3, 1, 42) – in entrambi i frammenti mi sembra si tratti delle relative *actiones in ius conceptae* con richiamo quindi all'«*ex fide bonas*»⁶⁵⁴ – appare però inserirsi nell'ambito di una «*quaestio*» ancora aperta: 1) sia per l'*actio commodati* (D. 13, 6, 3, 4-5) – per la quale sembrerebbe proporsi da Giuliano e Ulpiano una considerazione implicita dell'«aggiunta» in chiave interpretativa dell'«*ex fide bonas*»⁶⁵⁵ –; 2) sia, in generale, per i *cetera bonae fidei iudicia* – per i quali Pomponio propone l'inserimento esplicito dell'*adiectio* –; 3) sia, nello specifico, per l'*actio rei uxoriae* – per la quale, oltre ad essere stata oggetto di discussione la più generale estensione della responsabilità («*ut est in actione <rei uxoriae> [de dote] agitatum, si filio dos data sit, an pater dumtaxat de peculio conveniretur*»), Ulpiano prospetta («*ego autem arbitror [...]*») le due alternative su esposte: α) «*competere actionem*» non solo «*de peculio*» ma anche con l'«aggiunta» «ET

⁶⁵³ Osta a questa interpretazione dell'inciso «*veniat in iudicium*», il fatto che Ulpiano riporti questo dato proprio all'interno dei paragrafi 23-47 del frammento 1 di D. 16, 3, dove elenca ed esamina tutto ciò che discende implicitamente da un'azione di buona fede (c. d. «conseguenze» dei *bonae fidei iudicia*): «*hanc actionem bonae fidei esse dubitari non oportet. Et ideo [...] in hanc actionem venire [...] dicendum est*». Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., p. 615 n. 1: «*Edicti et formularum interpretatione absoluta Ulpianus in his quae sequuntur de variis huius contractus speciebus egit*».

⁶⁵⁴ In D. 15, 1, 5 *pr.* Ulpiano (*libro vicesimo nono ad edictum*) commentava il titolo XVIII dell'editto pretorio «*Quod cum magistro navis, institore eone, qui in aliena potestate erit, negotium gestum erit*» nella sottosezione «*Quod cum eo qui in aliena potestate est negotium gestum esse dicitur*» (O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., p. 595); in D. 16, 3, 1, 42 (*libro trigensimo ad edictum*), a commento della sottosezione sull'*actio depositi vel contra* posta nel XIX titolo dedicato ai *bonae fidei iudicia*, Ulpiano probabilmente interpretava – come ipotizza O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., p. 616 – la *formula in ius concepta*.

⁶⁵⁵ Anche G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei «bonae fidei iudicia»*, cit., p. 171 n. 1 – il quale ritiene interpolato il frammento in questione – deve ammettere che questo passo sia un valido sostegno alla tesi di O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 294 n. 3, circa la considerazione implicita e non espressamente indicata nella *formula-iudicium* dell'*adiectio* riportata in D. 15, 1, 36. L'incertezza – cui cercano di riparare Giuliano e Ulpiano («[...] *Sed non tantum ex causa doli earum personarum pater vel dominus condemnetur, sed et ipsius quoque domini vel patris fraus dumtaxat venit [...]*») – mi sembra testimoniare l'assenza nell'editto dell'*adiectio* per l'*actio commodati*.

SI QUID PRAETEREA DOLO MALO PATRIS CAPTA FRAUDATAQUE EST MULIER»); β) condannare 'equamente' al «*quanti ea res est*».

La regola generale enunciata da Pomponio non sembra esser stata dunque prevista nell'editto perpetuo né riconosciuta da Giuliano e da Ulpiano. Quest'ultimo mi sembra però farne uso in D. 15, 1, 36 solo in riferimento all'*actio rei uxoriae*, per corroborare la propria opinione («*arbitror*»)⁶⁵⁶, secondo la quale l'*adiectio* avrebbe condotto al medesimo risultato dell'auspicata interpretazione giudiziale del «*melius aequius*», incluso nella relativa *formula rei uxoriae*.

Per Pomponio – per tutti i *bonae fidei iudicia* – e per Ulpiano – per la sola *actio rei uxoriae* – l'*adiectio* sembrerebbe a mio parere esser finalizzata a guidare in modo più sicuro il giudice verso l'accoglimento di una delle due divergenti e controverse *opiniones* giurisprudenziali (la responsabilità *in solidum* piuttosto che *de peculio*).

L'alternativa fra l'inserimento espresso dell'*adiectio* (*sub* α) – da aggiungere nel dettato testuale dell'*actio rei uxoriae*, così come nell'*actio fiduciae* e nell'*actio depositi*, alla *taxatio de peculio* e all'altra *adiectio de in rem verso*⁶⁵⁷ – e (*sub* β) l'interpretazione giudiziale del «*melius aequius*» (entrambi conducenti – come si è ipotizzato – all'imputazione della responsabilità «*non solum de peculio*», in modo certo nel primo caso, incerto nel secondo) trova ovviamente un *prius* logico nella risoluzione della «*quaestio*» sulla responsabilità del *pater* – *de peculio* ovvero *in solidum* – nel caso in cui la dote fosse stata trasferita non a lui ma al figlio (D. 15, 1, 36: «[...] *si filio dos data sit* [...]»).

La suddetta «*quaestio*» – come viene comunemente riconosciuto⁶⁵⁸ – trova nella lettura combinata di un frammento del manoscritto vaticano riconducibile a Paolo (Vat. frg. 102) e di un altro passo paolino escerpito dai *Digesta* (D. 24, 3, 25 *pr.*) un'attendibile – e, ai nostri fini, probante – testimonianza.

Il giurista severiano in D. 24, 3, 25 *pr.* affermando perentorio che «*si filio familias dos data sit iniussu patris, de peculio quidem agetur* [...]», sembra accogliere l'impostazione risalente a Sabino e Cassio e condivisa anche da Ulpiano (D. 24, 3, 22, 12), secondo i quali l'*actio rei uxoriae* era da

⁶⁵⁶ Cfr. con quanto ipotizzato da G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei «bonae fidei iudicia»*, cit., p. 169 n. 2.

⁶⁵⁷ L'inciso – secondo quanto ci testimonia Ulpiano (D. 15, 1, 36) per l'*actio fiduciae* – 'si aggiunge' alla *taxatio* nei limiti del *peculio* e all'*adiectio de in rem verso* («DUMTAXAT DE PECULIO ET SI QUID DOLO MALO N. NEGIDII FACTUM EST QUO MINUS PECULII ESSET VEL SI QUID IN REM N. NEGIDII INDE VERSUM EST»); cfr. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², cit., p. 82): «[...] *namque si servo res <fiduciae> [pignori] data sit, non solum de peculio et in rem verso competit actio, verum hanc quoque habet adiectionem* "ET SI QUID DOLO MALO DOMINI CAPTUS FRAUDATUSQUE ACTOR EST" [...]».

⁶⁵⁸ G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei «bonae fidei iudicia»*, cit., pp. 171-172; E. ALBERTARIO, *Glossemi nel Fr. Vat. 102* (1920), in *Studi di diritto romano*, V, Milano 1937, p. 566; M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana. Storia di un testo normativo*, Bari 1998, p. 149.

accordarsi: α) contro il suocero e per l'intero «*si filius familias sit maritus et dos socero data sit*»; β) contro il suocero e per l'intero «*si filio data sit, si quidem iussu soceris*»; γ) contro il suocero ma con condanna limitata al *peculium* «*si filio data sit non iussu patris*»⁶⁵⁹. In quest'ultimo caso la *mulier* avrebbe potuto convenire in giudizio il *socer*, purché il giudice lo avesse condannato a ciò che era nel *peculio* o che era stato riversato nel patrimonio del *socer*: «*sufficit autem ad id damnandum quod est in peculio vel si quid in rem patris versum est*». La circostanza per cui qui Sabino, Cassio e Ulpiano non si esprimono – come accade altrove almeno per Ulpiano (e. g. D. 15, 1, 36) – nel senso di ‘*competere actionem*’ oppure ‘*conveniri de peculio* o *de in rem verso*, bensì ‘*damnare de peculio vel si quid in rem patris versum est*, mi induce a ritenere che – anche alla luce dell’assenza nelle fonti di un’*actio rei uxoriae* con trasposizione di soggetti simile a quelle desumibili⁶⁶⁰ per le accertate *actiones adiecticiae qualitatis*⁶⁶¹ – tale limitazione della *condemnatio* al *peculium* fosse demandata all’ufficio del giudice tramite l’interpretazione del richiamo al «*melius aequius*» del dettato formulare e non attraverso l’inserimento di un’espressa *adiectio de peculio* o *de in rem verso*⁶⁶².

Questa possibilità di condannare *de peculio vel si quid in rem patris versum est* in forza dell’interpretazione del «*melius aequius*» dell’*actio rei uxoriae* è a mio sommessimo avviso provata – oltre che da quanto affermato da Ulpiano in D. 15, 1, 36 – anche dal secondo passo di Paolo su citato ed eserpito dal manoscritto vaticano (Vat. frg. 102).

Paolo in Vat. frg. 102: «L. Titius cum esset in patris potestate, absente eo duxit in matrimonium Septiciam filiam familias, cuius nomine dotem accepit a patre. Postea supervenit pater, quo praesente

⁶⁵⁹ Le fattispecie β) e γ) rientrano esattamente in quella più generale per la quale Ulpiano in D. 15, 1, 36 ci informa essersi «agitata» una *quaestio*: «[...] *si filio dos data sit* [...]».

⁶⁶⁰ Bisogna ammettere infatti – con M. MICELI, *La struttura formulare delle ‘actiones adiecticiae qualitatis’*, Torino 2001, *passim* – che anche per tali *actiones* non abbiamo un’assoluta certezza di tali costrutti formulari.

⁶⁶¹ Nonostante non si rintracci né in O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., pp. 302 e ss. né in D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², cit., p. 60 una formula *rei uxoriae filii nomine* con responsabilità del *pater* limitata al *peculium*, si potrebbe al massimo ipotizzare – anche sulla scorta di Ulpiano in D. 24, 3, 22, 9 che ha condotto alcuni studiosi (O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*³, cit., p. 306: «*bei der Klage adiuncta filiae persona ging die intentio nach Ulp[ianus] [...] auf „patri filiaeve reddi oportere“*, während die *condemnatio auf den Namen des Vaters allein gestellt wurde*»; cfr. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², cit., p. 60 n. 184) ad ipotizzare l’esistenza di un’*actio rei uxoriae adiuncta filiae persona* con una sorta di trasposizione di soggetti fra *intentio* e *condemnatio* dal lato attorio (*Si paret N. Negidium A. Agerio filiave eius reddere oportere, quod eius melius aequius erit eius C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvo*) – dicevo, si potrebbe altrettanto ipotizzare – con tutte le riserve del caso – un’*actio rei uxoriae* con il nome del figlio nell’*intentio* e quello del *pater* nella *condemnatio* dal lato passivo.

⁶⁶² Credo che sia particolarmente significativo l’utilizzo del termine «*adiectio*» in riferimento all’inciso «SI QUID IN REM N. NEGIDII INDE VERSUM EST» da parte dello stesso Paolo *libro quarto quaestionum* in D. 15, 3, 19, dove richiama il pensiero di Nerazio Prisco, secondo il quale l’«aggiunta» («*adiectio*») «*de in rem verso*» alla *formula* nei limiti del *peculio* fosse necessaria nel caso sottopostogli. Gotofredo – a commento del suddetto passo paolino – affermava che «*de in rem verso, de peculio, tributoria institoria formulae: actionum propria non sunt nomina, sed adjectiones tantum*» (riportato da G. VIGNALI (a cura di), *Corpo del diritto. Digesto*, II, Napoli 1856, p. 834 n. 1).

duravit in diem mortis filii matrimonium. Postmodum decessit L. Titius. Quaero, an ex eo, quod non contra dixit, pater etiam dotis dationi consensisse videatur et ideo actione rei uxoriae filii nomine teneatur. Paulus respondit patrem etiam postea nuptiis consentientem et matrimonium filii sui et dotem efficere, et ideo <et> ex persona filii <et> rei uxoriae iudicio vulgari conveniri posse, in qua actione peculi quantitas deducitur t<a>m<en>. In proposito t u t i u s f u i t respondere ex persona filii eum conveniri posse, qui solus contraxerat, etsi alias placeat patrem, quo consentiente filius dotem accepit, rei uxoriae iudicio vulgari conveniri posse»

La fattispecie rispetto alla quale Paolo fornisce il responso è la seguente: il figlio di famiglia *Titius* sposa *Septicia*, anch'essa figlia di famiglia, e riceve dal padre di lei la dote mentre il proprio padre era assente. Quest'ultimo, una volta rientrato, non si oppone al matrimonio concluso, acconsentendo così sia al *matrimonium* sia – si presume – alla *datio dotis*. Morto *Titius* viene chiesto a Paolo se il *pater* possa esser convenuto con l'*actio rei uxoriae filii nomine*.

Come vedremo a breve, il passo – non del tutto piano e lineare – non è stato graziato dalla critica interpolazionista⁶⁶³. Vedremo nel corso dell'esegesi del passo a quale ricostruzione del testo ritengo si possa aderire.

Il caso sottoposto a Paolo risulta più complesso e articolato rispetto alla sistematica prospettazione di Sabino e Cassio, riportata da Ulpiano in D. 24, 3, 22, 12, in ragione della meno certa presenza dello *iussum soceri*, che non permette l'inquadramento del caso né nella fattispecie *sub β*) – *iussu soceri* con condanna *in solidum* – né in quella *sub γ*) – *iniussu soceri* con condanna *de peculio* – in quanto il *pater* del marito poi deceduto aveva acconsentito con il silenzio al *matrimonium* già concluso e solo implicitamente alla costituzione della *dos*⁶⁶⁴.

Paolo, riconoscendo che il padre che dia il proprio consenso alle nozze, anche in un momento successivo alle stesse, rende efficace sia il matrimonio sia la dote, risponde che, poiché fu solo il figlio a contrarre la dote, si prospettano due alternative: o convenire il *socer ex persona filii* o citarlo in giudizio con l'*actio rei uxoriae vulgari*⁶⁶⁵ («<et> ex persona filii <et> rei uxoriae

⁶⁶³ E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*, Lipsia 1874, p. 710; T. MOMMSEN, *Collectio librorum iuris anteiustiniani*, III, Berlin 1890, pp. 49-50; O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., p. 1235 e n. 1; E. ALBERTARIO, *Glossemi nel Fr. Vat. 102* (1920), cit., pp. 561 e ss.; F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, p. 380.

⁶⁶⁴ Di regola l'assenso paterno – esplicito o implicito – deve precedere le nozze. Cfr. per tutti E. VOLTERRA, *Il matrimonio romano. Lezioni di diritto romano*, 1960-1961, p. 189.

⁶⁶⁵ Riteneva fosse «ridicolo» intravedere la suddetta alternativa proposta nel testo E. ALBERTARIO, *Glossemi nel Fr. Vat. 102* (1920), cit., p. 563. Per il senso attribuito dal giurista severiano all'espressione *iudicium vulgare* cfr. Paolo in D. 47, 2, 42 *pr.* («*vulgaris formula*»). Secondo A. BERGER, *s.v. Vulgaris*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1991, p. 771 «*the terme also refers to actions (vulgaris formula, actio, vulgare iudicium) but has no technical meaning. It indicates an ordinary action as opposed to those granted exceptionally in specific circumstances*». Cfr. C. A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, in *Iura* 57, 2008-

iudicio vulgari conveniri posse»), ma anche con quest'ultima tuttavia («*tamen*») la condanna del giudice si dovrà limitare al *peculium* («*in qua actione peculi quantitas deducitur t<a>m<en>*»).

Nonostante altri giuristi («*alias placeat*») preferiscano optare per l'*actio vulgaris*, in caso di padre consenziente, Paolo qui ritiene «più sicuro» («*tutius est*») – in ragione dell'incertezza sullo *iussum soceri* ed evidentemente a causa della presenza del richiamo formulare al più incerto *melius aequius* – rispondere che il padre venga convenuto *ex persona filii*.

Sebbene il frammento 102 del manoscritto vaticano sia stato ritenuto – in particolare da Lenel, da Albertario e da Wieacker⁶⁶⁶ – glossato da commentatori tardo antichi, credo si possa ritenere, ispirandomi a quanto affermato da De Filippi⁶⁶⁷ – ma accogliendo parzialmente l'emendazione di Huschke al testo piuttosto che interamente quella di Mommsen⁶⁶⁸ – che Paolo nella parte finale del responso non abbia voluto far altro che registrare i due orientamenti dottrinari testimoniati in apertura del passo ulpiano in D. 15, 1, 36 («*ut est in actione <rei uxoriae> [de dote] agitatum, si filio dos data sit, an pater dumtaxat de peculio conveniretur*»).

Qui Paolo – almeno così mi sembra – considera allora «più sicuro»⁶⁶⁹ (sia per l'attore sia per il convenuto) agire ed esser convenuti con l'*actio rei uxoriae filii nomine* (con l'esplicita *taxatio*

2009, pp. 11-12, per il senso generalmente attribuito dai giuristi all'espressione in questione: «“azioni usuali”, o forse più precisamente “le azioni il cui impiego è normalmente acquisito”: e ciò in senso assoluto, ovvero [...] con allusione all'azione nella sua forma di base, contrapposta a quella che subisca speciali adattamenti contingentemente opportuni».

⁶⁶⁶ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., p. 1235 e n. 1; E. ALBERTARIO, *Glossemi nel Fr. Vat. 102* (1920), cit., p. 565; F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, p. 380.

⁶⁶⁷ M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana. Storia di un testo normativo*, cit., p. 150.

⁶⁶⁸ E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*, Lipsia 1874, p. 710 proponeva: «*et ideo [ex persona filii] <rei uxoriae iudicio> <et> vulgari conveniri posse <et> <ex persona> filii, in quam actionem peculii quantitas deducitur. T<a>m<en> in proposito tutius fuit [...]*»; T. MOMMSEN, *Collectio librorum iuris anteiustiniani*, III, Berlin 1890, pp. 49-50 così emendava: «*[...] et ideo ex persona filii rei uxoriae iudicio <vulgari> conveniri posse, in qua actione peculi quantitas deducitur t[antum]m[odo]. In proposito tutius fuit [...]*» (accolta anche in FIR4, 2, p. 489). *Contra* entrambe le ricostruzioni E. ALBERTARIO, *Glossemi nel Fr. Vat. 102* (1920), cit., p. 564, il quale ritiene che l'inciso «*iudicio vulgari*» e tutto il periodo «*tamen in proposito tutius fuit [...]* conveniri posse» siano nient'altro che aggiunte tardo antiche (con lui – come si è visto – anche O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., p. 1235 e n. 1 e F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, p. 380). Anziché, per un verso, operare una forzatura del dato testuale che interpreta l'abbreviazione *tm* del manoscritto vaticano non con «*tamen*» bensì con «*tantummodo*» (che paleograficamente si abbrevia con *ttm*) – proposta da T. MOMMSEN, *Collectio librorum iuris anteiustiniani*, III, cit., p. 50 n. 1 –, e per l'altro, optare per l'aggiunta e gli spostamenti proposti forse un po' troppo arbitrariamente da E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*, p. 710, mi sentirei di proporre una lettura di sintesi fra le due ricostruzioni: «*[...] <et> ex persona filii <et> rei uxoriae iudicio vulgari conveniri posse in qua actione peculi quantitas deducitur t<a>m<en>*». *In proposito tutius fuit [...]*».

⁶⁶⁹ La locuzione «*tutius est*» («è più sicuro») si rintraccia in quindici frammenti giurisprudenziali (*VIR*, V, Berolini 1939, p. 1173). Tre di questi sono riconducibili a Paolo (Vat. frg. 102; *libro quinto quaestionum* in D. 19, 5, 5, 4; *libro singolari de concurrentibus actionibus* in D. 44, 7, 34, 1) ed hanno tutti un pieno risvolto processuale legato alla *conceptio formulae* e all'uso cautelare delle sue *partes*. A tal proposito, e sotto questo preciso aspetto che investe decisamente la «prevedibilità» degli esiti processuali, ci intratterremo più approfonditamente su queste e altre fonti *infra*.

de peculio)⁶⁷⁰ piuttosto che con l'*actio rei uxoriae vulgaris* (senza alcuna espressa *adiectio*), in quanto con la prima si risponde in modo incontrovertibile e sicuro esclusivamente *de peculio*, mentre con la seconda vi potrebbe essere la libertà per il giudice – alla luce del richiamo al *melius aequius* e di fronte al controverso caso dedotto in giudizio e all'altrettanto controverso indirizzo giurisprudenziale – di non condannare *de peculio*, nonostante sia stato solo il figlio a contrarre la dote.

Quindi, così come il semplice riferimento al «*melius aequius*» nella formula *rei uxoriae* senza alcuna esplicita «*adiectio*» (*de peculio* o *de in rem verso*) – per Paolo – non era in grado di assicurare con assoluta certezza la condanna del giudice *de peculio* (Vat. frg. 102), allo stesso modo è probabile che anche Ulpiano ci abbia voluto informare che secondo alcuni – forse Pomponio – la semplice interpretazione giudiziale del «*melius aequius*», nel caso in cui il *socer* «*habeat res nec restituere sit paratus*», poteva non esser sufficiente a garantire con certezza la condanna *non solum de peculio* (D. 15, 1, 36).

Probabilmente anche questa «aggiunta» – nell'ottica di coloro che la ritenevano necessaria per l'*actio rei uxoriae* (o addirittura per tutti i *bonae fidei iudicia*) – avrebbe reso (così come nello speculare e inverso caso prospettato da Paolo) «più sicura» la valutazione dello *iudex*.

A tal proposito credo che l'«aggiunta» espressa nella *formula-iudicium* potesse essere prevista a sostegno tanto delle ragioni dell'attore quanto di quelle del convenuto, sì da giustificare l'utilizzo del termine «*adiectio*», più ampio rispetto a quello di «*exceptio*». Il primo, infatti, affinché la valutazione del giudice circa il *dolus* del *pater vel dominus*, incidente – come si è visto – sull'estensione della responsabilità, fosse preventivamente sottoposta al controllo del *praetor*, avrebbe avuto tutto l'interesse a vedere pre-determinato e quindi pre-visto nel dettato formulare il dovere del giudice di tenerne conto, in quanto ciò che sia stabilito espressamente nella *formula* non permette allo *iudex* di esimersi dal dargli applicazione. Il convenuto, d'altro canto, avrebbe potuto avere interesse – nell'*accipere* l'*adiectio* proposta dall'attore in sede di *litis contestatio* – a conoscere preventivamente, e quindi a pre-munirsi sulla strategia difensiva da adottare *apud iudicem*, il programma di giudizio in modo più certo.

I *verba* delle *formulae* si presentavano quindi ad ogni modo – agli occhi di alcuni giuristi – come fondamentali per indicare precisamente i limiti entro i quali lo *iudex* avrebbe dovuto dare efficacia alle suddette clausole, intorno alle quali – come si è visto – poteva facilmente ricadere una diversità di vedute e interpretazioni.

⁶⁷⁰ Sulle espressioni «*fili nomine*» e «*servi nomine*» (e «*familiae nomine*») si veda F. SERRAO, *Appunti sulle 'actiones familiae nomine'*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino 1995, pp. 58 e ss. e ID., *Nuovi appunti sulle 'actiones familiae nomine'*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamana*, VII, Napoli 2001, pp. 425 e ss.

Al fine di rendere l'esito del giudizio meno imprevedibile e quindi «*tutius*» («più sicuro») ⁶⁷¹ – allorquando in gioco vi fossero diversi 'valori' del sistema giuridico diversamente interpretabili (nel caso preso in esame in D. 15, 1, 36, la responsabilità del *pater vel dominus* limitata dallo 'scudo' patrimoniale del *peculium*, da un lato, e la *bona fides*, il *bene agi* o il *melius aequius*, con il possibile richiamo implicito alla responsabilità *non solum de peculio* dello stesso *pater* o *dominus*, dall'altro) – giuristi e pretori sembrerebbero allora impegnati a concepire *formulae-iudicia* espressamente richiamanti la soluzione interpretativa da adottare e quindi lo spazio di movimento del giudice, cui «è in gran parte» («*magni esse*») il compito di concretizzazione giudiziale dell'«*ex fide bona*», e delle altre clausole ad essa affini, qualora siano oggetto di divergenti opinioni e interpretazioni giurisprudenziali.

Questo dato ci conduce verso un approfondimento del ruolo della *formula* quale strumento – agli occhi dei giuristi romani – di «prevedibilità» dell'esito processuale nell'ambito dei nostri *bonae fidei iudicia*, lì dove alcune 'conseguenze' implicite del dettato formulare, in quanto non espressamente previste, furono probabilmente percepite come più incerte dagli utenti dell'*agere*.

⁶⁷¹ Ritorna – come si è visto –, proprio con un'accezione simile, l'espressione utilizzata da Seneca («*tutius est*»), secondo il quale il rischio del «*formula excidere*» può essere aggirato qualora si abbondi nella «definizione» dei concetti espressi nella *formula* («*finitio*»): «[...] *plura proponere tutius est, ne una finitio parum rem comprehendat et, ut ita dicam, formula excidat* [...]» (Sen. *de clem.* 2, 3, 1).

C) LE EXCEPTIONES DOLIE PACTI RICHIESTE DAL CONVENUTO NEI BONAE FIDEI IUDICIA IN RAPPORTO AL LIBERUM OFFICIUM IUDICIS.

È a tutti noto che proprio i *bonae fidei iudicia* nell'età del processo formulare si differenziano dagli altri giudizi per alcune «conseguenze»⁶⁷² o «caratteristiche peculiari»⁶⁷³ che implicitamente – in quanto per lo più enucleate dall'interpretazione giurisprudenziale – discendono dal dettato formulare richiamante l'*ex fide bona* (secondo un'espressione usata in dottrina ma non riscontrabile nelle fonti: «*quid veniat in bonae fidei iudicium*»⁶⁷⁴), tali da allargare i contenuti dell'*officium iudicis* in questi *iudicia*⁶⁷⁵.

Nelle fonti in questione, per alcune di queste «conseguenze» si fa riferimento al concetto della «inerenza» implicita al dettato formulare (più precisamente all'*intentio ex fide bona*) di talune eccezioni che normalmente dovrebbero essere inserite nel testo della *formula-iudicium* in concreto⁶⁷⁶ – in particolare quelle *pacti* e *doli*⁶⁷⁷ –; per altre, invece, sempre in ragione della

⁶⁷² A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, pp. 119 e ss.

⁶⁷³ M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, IV, cit., pp. 190 e ss.

⁶⁷⁴ Seppur datata, ancora utile può essere la ricognizione di I. DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI, *Quid veniat in bonae fidei iudicium' en droit classique romain*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, II, Palermo 1936, pp. 149 e ss.; si veda anche e soprattutto A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., pp. 119 e ss.

⁶⁷⁵ Solo per citare alcuni tra i manuali più recenti si vedano M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*³, cit., pp. 450, 575, 602; A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino 2015, p. 243; E. STOLFI, *Il processo civile*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Diritto privato romano. Un profilo storico*², Torino 2010, p. 140; C. A. CANNATA, *Istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, pp. 115, 149; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*², cit., pp. 160, 273, 385, 435, 441, 459; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo, 1994, pp. 81 n. 5, 92-93, 98 n. 79, 119, 443; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato*⁴, Torino 1993, p. 100; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 290, 314, 315, 644, 655; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, München 1975, p. 333.

⁶⁷⁶ B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei. I. La inerENZA delle 'exceptiones' nei 'iudicia bonae fidei'*, Palermo 1920, pp. 3 e ss.; O. LENEL, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, Heidelberg 1876, pp. 63 e ss.; C. BIRKMEYER, *Die Exceptionen im bonae fidei iudicium*, Erlangen 1874, pp. 192 e ss. Il concetto della «inerENZA» (*inesse*) ha suscitato invece perplessità in F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Leipzig 1934, p. 64 n. 44 = *I principi del diritto romano*, Firenze 1995 (trad. it. a cura di V. ARANGIO-RUIZ, ristampa anastatica Firenze 1946), p. 83 n. 46 («regole del tipo [...] rappresenterebbero una *contradictio in adiecto*, perché un'*exceptio* che non sia contenuta nella formula non è *exceptio*»), e in E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*², I, Padova 1947, p. 312 n. 120, che riteneva «bizantina» la formulazione «*exceptio doli inest in bonae fidei iudiciis*». Di simile avviso anche A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., p. 150, che ha ritenuto possibile l'uso di questa espressione solo in età postclassica.

⁶⁷⁷ A esse si potrebbero aggiungere – seppur con cautele maggiori – le *exceptiones rei iudicatae* e *metus*. Cfr. per tutti l'ancora fondamentale studio, seppur in parte – come vedremo – da rivedere, di B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei. I. La inerENZA delle 'exceptiones' nei 'iudicia bonae fidei'*, Palermo 1920, pp. 37 e ss. Contrario all'inerENZA dell'*exceptio rei iudicatae* E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*², I, Padova 1947, pp. 312-313 e n. 121. Su queste cautele, si veda anche C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo formulare*, cit., p. 111 n. 5 («tutto il problema delle eccezioni nei giudizi di buona fede è nebuloso») e p. 114 («l'inserzione di alcune eccezioni non era necessaria nelle formule di buona fede [...] sicuro per l'*exceptio doli*, sommamente probabile per l'*exceptio metus*, dubbio per l'*exceptio rei iudicatae* e per l'*exceptio pacti*» = ID., *s.v. Eccezione (diritto romano)*, in *NNDI VI*, Torino 1960, p. 347). Sicuramente non sembra che ineriscano a un *bonae fidei iudicium* alcune particolari eccezioni: e. g. l'*exceptio senatusconsulti Velleiani* (D.

manca di un'esplicita indicazione fornita dal pretore nella formula, si riconoscono all'*officium iudicis* – in alcuni luoghi, come è noto, espressamente definito «*liberum*» (Gai. 4, 63 e 114) – ulteriori compiti e poteri, come nei casi – tra gli altri⁶⁷⁸ – di condanna alle *usurae*⁶⁷⁹, di imposizione di *cautiones* per le evenienze future⁶⁸⁰, di rilevanza dell'adempimento *post litem contestatam*⁶⁸¹ e di considerazione della *compensatio*⁶⁸².

Mentre troviamo per l'*exceptio doli* espressioni come «*iudicium fidei bonae [...] continet in se doli mali exceptionem*» (Giuliano in D. 30, 84, 5) oppure «*doli exceptio in sit [...] in ceteris bonae fidei iudiciis*» (Ulpiano in D. 24, 3, 21) e per l'*exceptio pacti* analoghe affermazioni sempre di Giuliano (in Paolo D. 18, 5, 3: «[...] *bonae fidei iudicio exceptiones pacti in sunt* [...]») e di Ulpiano (in D. 2, 14, 7, 6: «*Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, in sunt* [...]»), per le altre «conseguenze» dei *bonae fidei iudicia* questo riferimento a una «inerenza» implicita delle *exceptiones* nel relativo testo formulare manca. Seppur sempre partendo dall'assenza di una espressa previsione testuale («*nec aperte*» – «non espressamente» – avrebbe detto Gai. 4, 63 in riferimento alla *compensatio* nei *bonae fidei iudicia*), negli altri casi più noti – *usurae*, *cautiones iudiciales*, assoluzione per adempimento *post litem contestatam* e appunto *compensatio* – nelle fonti giurisprudenziali si fa invece esplicito riferimento alla «continenza» o «pertinenza» del relativo potere nell'*officium iudicis*, piuttosto che all'«inerenza» implicita di *exceptiones* al testo formulare di un *bonae fidei iudicium*. D'altra parte, Paolo nel frammento escerpito dal settimo libro *responsorum* e tramandato dai *Fragmenta Vaticana* sembra coniugare – per l'*exceptio doli* – i due criteri della inerenza alla *formula* e della continenza nell'*officium iudicis*, sì da rendere meno netta questa distinzione: «[...] *Paulus respondit pro praedio evicto sine dolo et culpa*

16, 1, 7); l'*exceptio rei quae venit neque tradita est* (D. 19, 1, 25); l'*exceptio ut ita demum emptor damnetur si ei res quam emerit tradita est* (Gai. 4, 126a).

⁶⁷⁸ Vedi la ricognizione dettagliata di A. CARCATERA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., pp. 119 e ss. spec. 131 (per il «ridimensionamento del contenuto del rapporto, sia nel senso di ampliarne la portata, sia nel senso di restringerla»; cfr. C. FADDA, *Le usurae quae officio iudicis praestantur*, in *RISG* 2, 1886, p. 359); 135 («che il giudice possa subordinare la condanna alla condizione che l'attore rinunci ad un'azione concorrente»; Gai. in D. 19, 2, 25, 5: «[...] *utique iudicis, qui ex locato indicat, officio continetur, ut ceteras actiones locator omittat*»; cfr. E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen*, II, Aalen 1964 (rist. anast. Berlin 1922), pp. 36 e ss.); 136 («che il giudice non condanni la controparte, se la parte non abbia già adempiuto»; cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München 1975, p. 530 n. 20); 139 (che l'azione serva «per la ripetizione di ciò che risulta pagato *sine causa*» sostituendo così una *condictio*).

⁶⁷⁹ G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle 'usurae' c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, *passim*.

⁶⁸⁰ A. M. GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*» e «*officium iudicis*», Milano 1982, *passim*.

⁶⁸¹ C. A. CANNATA, «*Omnia iudicia absolutoria esse*», cit., *passim*.

⁶⁸² B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona 1927, pp. 18 e ss.; S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*², Napoli 1950, pp. 5 e ss.; R. REZZONICO, *Il procedimento di compensazione nel diritto romano classico*, Basel 1958, pp. 22 e ss.; A. CARCATERA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, pp. 89 e ss.; più di recente P. PICHONNAZ, *La compensation*, Fribourg 2001, pp. 31 e ss.

virum pretium petenti mulieri doli mali exceptionem obesse, quae tamen officio iudicis rei uxoriae continetur [...]» (Wat. frg. 94)⁶⁸³.

Il profilo della «inerenza» implicita al dettato formulare di alcune *exceptiones*, qualora conseguentemente si considerasse libero il potere del giudice (*liberum officium iudicis*) di prenderle in considerazione anche senza l'espresa apposizione della relativa *exceptio* alla *formula*, oltre ad essere oggetto – come vedremo a breve – di dibattito circa la sua genuinità per l'età c. d. 'classica', sembrerebbe scalfire il ruolo veicolante e predeterminante del dettato formulare nei confronti dell'attività cognitoria del giudice testé ipotizzato.

Soprattutto se si risponde affermativamente – come sono incline a propendere – alla seguente domanda raramente posta in dottrina: il giudice – alla luce di quanto non esplicitamente prescritto ma solo implicitamente previsto nella formula – deve considerarsi obbligato nello svolgere una determinata valutazione o esclusivamente investito di un potere incluso nel suo *officium* che può anche ritenere opportuno non esercitare (tanto da essere definito, appunto, *liberum*)⁶⁸⁴? Qualora si riconosca valore alla risposta affermativa, sarà utile

⁶⁸³ Per via giustiniana (D. 24, 3, 49, 1), ci è stato trasmesso il medesimo frammento, in quella che – secondo alcuni – sembrerebbe essere la versione originaria, in ragione della contraddizione tra l'«*obesse*» e il «*continetur*», che esprimono due affermazioni tra loro apparentemente non conciliabili (l'*exceptio*, si afferma, o «è di impedimento» – «*obesse*» – all'attore o «è contenuta» – «*continetur*» – nell'*officium iudicis*). Qui uno dei due criteri – quello sull'*officium iudicis* – manca: «[...] *Paulus respondit praedio evicto sine dolo et culpa virum pretium petenti mulieri doli mali exceptionem obesse [...]*». Cfr. sul punto le opinioni concordi di B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*. III. *L'elenco classico dei 'iudicia bonae fidei'*, cit., pp. 210 e ss. e di A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in F. M. D'IPPOLITO (a cura di), *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli 2007, pp. 1743 e ss. Hanno ritenuto invece genuina la versione dei *Fragmenta Vaticana* G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei 'bonae fidei iudicia'*, cit., p. 71 e A. BURDESE, *Aestimatio dotis*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, p. 189. Le ritiene entrambe alterate A. CALONGE, *Aestimatio dotis*, in *Anuario de Historia del Derecho Español* 35, 1965, pp. 5 e ss. spec. 35-36 e n. 80. Per il controverso rapporto fra l'«inerenza» delle *exceptiones doli* e *pacti* all'*oportere ex fide bona*, che comporterebbe un «dovere» del giudice nel considerarle, e la «continenza» del relativo semplice «potere» nell'*officium iudicis*, si vedano O. LENEL, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, Heidelberg 1876, pp. 71 e ss.; B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*. I. *La inerenza delle 'exceptiones' nei 'iudicia bonae fidei'*, cit., pp. 3 e ss. e 35 n. 3 e A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., pp. 148 e ss. A tal proposito è da tenere in considerazione a mio avviso un altro frammento di Paolo (D. 5, 3, 38), escerpito dal ventesimo libro *ad edictum*, dove il giurista severiano – a commento della *hereditatis petitio* (O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., pp. 1001 e ss. spec. 1003), e sebbene quindi in un ambito che dovrebbe esulare dai *bonae fidei iudicia* al tempo del giurista scrivente (cfr. Gai. 4, 62 e I. 4, 6, 28) – associa alla superfluità dell'opposizione dell'*exceptio doli* il conseguente criterio della «continenza» nell'*officium iudicis* dello specifico potere lì preso in considerazione (nel caso di specie il calcolo della deduzione delle spese): «[...] *et id ipsum officio iudicis continebitur: nam nec exceptio doli mali desideratur [...]*». Vi è poi un altro testo sempre di Paolo, *ex* terzo libro *ad Plantium* (D. 10, 3, 14, 1), dove si fa riferimento – seppur indirettamente – all'inerenza in un *bonae fidei iudicium* (ma si tratta dell'*actio communi dividundo* che solo con Giustiniano è di buona fede: cfr. sempre cfr. Gai. 4, 62 e I. 4, 6, 28) dell'eccezione di dolo, questa volta però *sic et simpliciter*. Sull'alterazione degli ultimi frammenti paolini testé citati (D. 5, 3, 38 e D. 10, 3, 14, 1) si veda però A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in F. M. D'IPPOLITO (a cura di), *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli 2007, pp. 1747-1748.

⁶⁸⁴ Tento – sulla base di alcune testimonianze gaiane – di fornire risposta a questo quesito *infra* in nota. In relazione al diritto vigente, ma con interessanti spunti romanistici, C. CASCIONE, *Tra 'potere' e*

accertare se e in che modo questa maggiore libertà dello *iudex* sia stata arginata e, in qualche modo, limitata, sì da prevedere in modo più certo quali valutazioni e accertamenti sarebbero stati svolti dal giudicante nella fase a lui deputata.

È stato sostenuto che la conseguenza processuale dell'«inerenza» delle relative eccezioni trovasse ragione di esistere nell'ambito della procedura *per formulas* in quanto questa conseguenza, di ordine processuale, sembra in effetti discendere da valutazioni di ordine sostanziale e materiale, che vedono la sanzione del dolo e la rilevanza del patto aggiunto essenziali all'integrazione dell'*oportere ex fide bona*, valutazioni condotte in via interpretativa già da parte della giurisprudenza c. d. 'classica' (e. g. per il dolo, Paolo in D. 17, 2, 3, 3: «[...] *fides bona contraria est fraudi et dolo*»⁶⁸⁵; per il patto aggiunto, Giavoleno in D. 19, 2, 21: «[...] *bona fides exigit, ut quod convenit fiat* [...]»⁶⁸⁶).

Eppure – oltre ad alcuni ripensamenti che sul punto prendono corpo in dottrina⁶⁸⁷ – abbiamo notizia nelle fonti di testimonianze di segno inverso, contraddittorie e discordanti sul punto – come vedremo contestate dalla romanistica dei primi del novecento ma rivalutate dalla dottrina più recente –, in quanto in queste ultime a più riprese si riconosce la possibilità, o forse l'opportunità, di inserire nel testo della formula contenente la clausola «*ex fide bona*» l'eccezione di dolo malvagio (in ben dieci frammenti: Scevola in D. 19, 2, 61 *pr.*; Paolo in D. 19, 1, 5, 1 e in D. 19, 1, 42; Antonino in C. 8, 44, 5; Ulpiano in D. 19, 1, 13, 9; Pomponio in D. 24, 3, 4; Paolo in D. 24, 3, 23; Paolo in D. 24, 3, 49, 1; Scevola in D. 44, 4, 15; Ulpiano in D. 2, 14, 16, 1)⁶⁸⁸ e anche quella di patto (Giuliano in D. 23, 4, 22; Paolo in *P. S.* 1, 1, 2 = *Consult.* 4, 4; Massimino in C. 2, 3, 13)⁶⁸⁹.

Questa possibilità è stata già oggetto di rilievo – *rectius*: di perplessità – da parte della dottrina più risalente. Scialoja, ad esempio, ferma restando la regola dell'«inerenza» ma non escludendo

«dovere» del giudice. *Note minime sull'art. 182, 2° co. c.p.c.*, in C. CASCIONE – C. M. DORIA, *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche*, Napoli 2002, pp. 161 e ss.

⁶⁸⁵ Per tutti B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei. I. La inerenza delle 'exceptiones' nei 'iudicia bonae fidei'*, Palermo 1920, p. 35.

⁶⁸⁶ B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei. I. La inerenza delle 'exceptiones' nei 'iudicia bonae fidei'*, Palermo 1920, p. 35; M. HORVAT, *Osservazioni sulla «bona fides» nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1953, p. 425; R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, in *ZSS* 97, 1967, pp. 133 e ss.; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, IV, cit., pp. 122 e ss.

⁶⁸⁷ Si vedano le recenti puntualizzazioni di M. DE BERNARDI, *A proposito della pretesa contrapposizione concettuale tra «dolus» e «bona fides» nel linguaggio dei giuristi*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, I, Milano 1990, pp. 129 e ss.

⁶⁸⁸ A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in F. M. D'IPPOLITO (a cura di), *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli 2007, pp. 1731 e ss.

⁶⁸⁹ G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, in *Studi Urbinati*, I, 3-4, 1927, pp. 29-69; II, 1-2, 1928, pp. 1-33, ora in *Scritti storico giuridici*, III, Torino 2001, pp. 1 e ss.

la possibilità di inserire alcune tipologie di eccezioni nei *bonae fidei iudicia*, considerava a ogni modo «strano» aggiungere almeno quella *doli*, in quanto «già contenuta nella parola *ex fide bona*»⁶⁹⁰. E simili perplessità sembrano aver condotto Lenel⁶⁹¹ e Birkmeyer⁶⁹² ad avanzare, in alcuni scritti di qualche anno precedenti, alcune fasciose ricostruzioni storiche.

α) Per quanto riguarda in modo specifico l'*exceptio doli* – ma lo stesso, come vedremo, può dirsi per l'*exceptio pacti* (*infra sub β*) – le fonti, seppur in numero «esiguo»⁶⁹³, in cui si dichiara opponibile esplicitamente l'eccezione in questione nei *bonae fidei iudicia*, sono comunque da non sottovalutare e richiedono – a mio sommo avviso – più profonde riflessioni, in particolare superando un'impostazione di tipo 'interpolazionista'⁶⁹⁴ che mi sembra trovi ancora una diffusa adesione nella letteratura romanistica sul punto.

Biondi ha infatti ritenuto che tutti i riferimenti all'opponibilità dell'*exceptio doli* nei *bonae fidei iudicia* fossero frutto di manipolazioni compilatorie⁶⁹⁵, propendendo per la piena classicità della regola dell'inerenza. Sul punto la letteratura romanistica è da considerare pressoché unanime e sostanzialmente adesiva dell'opinione del giurista siciliano⁶⁹⁶, in quanto la suddetta «inerenza» appare ormai – come è stato efficacemente sostenuto – «patrimonio comune della dottrina»⁶⁹⁷. Metro, a cui appartiene quest'ultima citazione, ha però recentemente proposto – fuoriuscendo

⁶⁹⁰ V. SCIALOJA, *Esercizio e difesa dei diritti. Procedura civile romana*, Roma 1894, p. 536.

⁶⁹¹ O. LENEL, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, Heidelberg 1876, pp. 69 e ss.

⁶⁹² C. BIRKMEYER, *Die Exceptionen im bonae fidei iudicium*, Erlangen 1874, *passim*.

⁶⁹³ A tal proposito si veda il dato statistico del VIR riportato da B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei. I. La inerenza delle 'exceptiones' nei 'iudicia bonae fidei'*, Palermo 1920, p. 10. Critico su questo rilievo di Biondi, A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in F. M. D'IPPOLITO (a cura di), *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli 2007, p. 1733.

⁶⁹⁴ Tutti i frammenti digestuali riportati *supra* nel testo – tranne D. 24, 3, 23 – non sono infatti sfuggiti a una generale critica interpolazionista: E. LEVY – E. RABEL (hrsg. von), *Index interpolationum*, I, Weimar 1929, pp. 340 (D. 19, 1, 5, 1), 345 (D. 19, 1, 13, 9), 352 (D. 19, 1, 42), 368 (D. 19, 2, 61 *pr.*); ID., *Index interpolationum*, Suppl. I, Weimar 1929, p. 28 (D. 2, 14, 16, 1); ID., *Index interpolationum*, II, Weimar 1931, pp. 64 (D. 23, 4, 22 anche se non incisivamente), 91 (D. 24, 3, 4), 100 (D. 24, 3, 49, 1); ID., *Index interpolationum*, III, Weimar 1935, p. 343 (D. 44, 4, 15).

⁶⁹⁵ B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei. I. La inerenza delle 'exceptiones' nei 'iudicia bonae fidei'*, Palermo 1920, p. 10.

⁶⁹⁶ A. BURDESE, *s.v. Exceptio doli (diritto romano)*, in *NNDIVI*, Torino 1960, p. 1074; A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, pp. 148 e ss.; A. WACKE, *La 'exceptio doli' en el derecho romano clásico y la Verwirkung en el derecho alemán moderno*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid 1994, p. 978; M. SCHERMAIER, *Bona fides in Roman contract law*, in M. ZIMMERMANN – S. WHITTAKER (directed by), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge 2000, p. 87; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, IV, cit.; B. KUPISCH, *'Exceptio doli generalis' und 'iudicium bonae fidei'. Zur Frage der Inhärenz bei Verträgen nach Treu und Glauben*, in L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, pp. 203 e ss.

⁶⁹⁷ Così, con tono critico, A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in F. M. D'IPPOLITO (a cura di), *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli 2007, p. 1733.

dal coro – una lettura conservativa di tutti questi frammenti e, ribaltando la tesi di Biondi, ha di contro messo in discussione la natura ‘classica’ della regola dell’«inerenza» dell’*exceptio doli*⁶⁹⁸.

β) Per quanto concerne l’*exceptio pacti* invece, già Grosso aveva in un primo momento giudicato sospetti tutti i frammenti concernenti l’«inerenza» della suddetta eccezione nei *bonae fidei iudicia*⁶⁹⁹, per poi parzialmente rivedere le proprie posizioni circa la genuinità di questi ultimi, ipotizzando che soltanto una parte della giurisprudenza del II sec. d. C. – in particolare a partire da Giuliano – e oltretutto in relazione a casi specifici, avesse iniziato a prospettare la superfluità dell’opposizione di un’*exceptio pacti* nelle formule richiamanti l’*ex fide bona*⁷⁰⁰. Di contro Knütel – seguito sul punto dalla dottrina maggioritaria⁷⁰¹ – considerando «klassisch» l’espressione che si rinviene nelle fonti su citate («*bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt*») ha propeso addirittura per la completa inammissibilità – e non solo superfluità – dell’opposizione dell’*exceptio pacti* nella *formula bonae fidei*, in quanto implicitamente richiamata dalla clausola «*ex fide bona*» («*Wahrscheinlich hat die Inhärenz die Aufnahme der exceptio pacti in die Formel sogar unzulässig gemacht*»)⁷⁰².

Superando le linee guida di questo dibattito che, come si avrà avuto *ictu oculi* occasione di notare, si fonda per lo più sulla presenza o meno di ‘interpolazioni’ nelle une o nelle altre fonti, credo sia utile richiamare all’attenzione un recente indirizzo che si fa strada in dottrina, il quale – considerando entrambe le opposte affermazioni genuine – ha prospettato giustificazioni decisamente interessanti per i nostri fini.

⁶⁹⁸ A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in F. M. D’IPPOLITO (a cura di), *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli 2007, pp. 1731 e ss. spec.

⁶⁹⁹ G. GROSSO, *L’efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, in *Studi Urbinati*, I, 3-4, 1927, pp. 29-69; II, 1-2, 1928, pp. 1-33, ora in *Scritti storico giuridici*, III, Torino 2001, pp. 1 e ss. spec. 32 e ss. e ID., *Efficacia dei patti nei «bonae fidei iudicia». Patti e contratti*, in *Memorie dell’Istituto Giuridico della Regia Università di Torino* 3, 1928, pp. 3 e ss. ora in *Scritti storico giuridici*, III, Torino 2001, pp. 84 e ss. *Contra* B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei. I. La inerenzza delle ‘exceptiones’ nei ‘iudicia bonae fidei’*, Palermo 1920, pp. 22 e ss. che optava per la piena ‘classicità’ del principio in esame.

⁷⁰⁰ G. GROSSO, *Recensione a R. KNÜTEL, Contrarius consensus. Studien zur Vertagauflösung im römischen Recht*, Köln-Graz 1968, in *SDHI* 34, 1968, pp. 403 e ss., ora in *Scritti storico giuridici*, IV, Torino 2001, pp. 621 e ss., secondo cui l’«inerenza dell’*exceptio pacti* ai *bonae fidei iudicia* [...] sarebbe stata solo una prospettiva agitata da Giuliano per una particolare situazione» riportata in D. 18, 5, 3 e non invece in assoluto, come si evincerebbe da un altro frammento giuliano riportato in D. 23, 4, 22, dove il giurista adrianeo, per un’ipotesi differente, prevede la possibilità dell’opposizione dell’*exceptio pacti* in un *bonae fidei iudicium*. Su tale ultima fonte si vedano le mie riflessioni *infra* nel testo.

⁷⁰¹ M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, p. 262; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell’ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, IV, cit.

⁷⁰² R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, in *ZSS* 97, 1967, p. 161; ID., *Contrarius consensus. Studien zur Vertagauflösung im römischen Recht*, Köln-Graz 1968, *passim*. Da ultimo si veda M. MILANI, *I poteri del giudice nei bonae fidei iudicia e il patto risolutivo vizziato da metus. Alcune riflessioni a margine di Paul. 11 ad. ed. D. 4.2.21.4*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano*, III, cit., pp. 241 e ss. e ampia bibliografia ivi citata.

Di recente Lambrini ha incidentalmente e implicitamente sostenuto che quanto viene indicato in modo praticamente incontroverso in letteratura debba esser rivisto almeno in relazione all'*exceptio doli*, riconsiderando genuine e quindi attendibili le fonti suddette⁷⁰³. Per la studiosa, due sono le motivazioni che potrebbero aver indotto i giuristi a prospettare l'opponibilità dell'eccezione di dolo anche nei *bonae fidei iudicia*, nonostante la stretta connessione antitetica fra *dolus malus* e *fides bona*: la necessità di «ampliare i poteri del giudice oltre la causa indicata in *demonstratio*» – mi verrebbe da aggiungere: in modo certo e incontrovertibile in quanto positivamente fissato nella formula – e la circostanza secondo cui durante il principato abbia perso di «vigore la creatività della buona fede»⁷⁰⁴. Analogamente, Kupisch ha restituito credito alle fonti in questione ritenendo che fosse conveniente confidare nella maggiore competenza del magistrato giudicante piuttosto che in quella del giudice per l'interpretazione dell'*oportere ex fide bona* («in iure wird regelmäßig auch ein größerer Sachverstand als apud iudicem gegeben gewesen sein»⁷⁰⁵). Metro – nonostante, come si è detto, risulti ancorato a una prospettiva esegetica fondata sulla negazione di autenticità delle fonti in esame, contestando la genuinità delle affermazioni sull'«inerenza» automatica dell'*exceptio doli* – ha ad ogni modo contribuito con acume a porre in risalto le motivazioni che, nonostante il consolidato principio per cui ogni comportamento doloso doveva considerarsi senza dubbio contrario all'*oportere ex fide bona*⁷⁰⁶, possano aver condotto i giuristi – fra il II sec. a. C. e il III d. C. – a suggerire l'utilizzazione dell'*exceptio doli* anche nell'ambito di un'azione di buona fede: per Metro, infatti, lo «scopo era evidentemente quello di segnalare espressamente all'attenzione del giudice un comportamento malizioso che rischiava di non essere preso in considerazione se si fosse adottata un'interpretazione più restrittiva del concetto di buona fede»⁷⁰⁷.

⁷⁰³ P. LAMBRINI, *Fundum Cornelianum stipulatus quanti fundus est postea stipulator: novazione oggettiva ed eccezione di dolo in diminuzione della condanna*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, II, Padova 2003, p. 393 n. 48.

⁷⁰⁴ P. LAMBRINI, *Fundum Cornelianum stipulatus quanti fundus est postea stipulator: novazione oggettiva ed eccezione di dolo in diminuzione della condanna*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, II, Padova 2003, p. 393 n. 48.

⁷⁰⁵ B. KUPISCH, 'Exceptio doli generalis' und 'iudicium bonae fidei'. Zur Frage der Inhärenz bei Verträgen nach Treu und Glauben, in L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, p. 228.

⁷⁰⁶ Da far risalire almeno al II sec. a. C., come si potrebbe dedurre da Cic. *de off.* 3, 15, 61. Cfr. anche A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in F. M. D'IPPOLITO (a cura di), *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli 2007, p. 1753: «connaturato al giudizio di buona fede era dunque la valutazione del dolo, non la relativa *exceptio*».

⁷⁰⁷ A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in F. M. D'IPPOLITO (a cura di), *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli 2007, p. 1746 (lo spaziato è mio).

Sulla scia di questo recente indirizzo, Papa – in connessione con la *replicatio doli* opposta all'*exceptio pacti* nei *bonae fidei iudicia* che emerge, tra le altre fonti, da Modestino in D. 2, 14, 35 – ha lucidamente ipotizzato che la regola dell'«inerenza» delle *exceptiones doli* o *pacti* non costituisca «una vera e propria *regula iuri*» ma esprima «tutt'al più un indirizzo circoscritto nel suo valore e nel suo fondamento»⁷⁰⁸. Per lo studioso⁷⁰⁹, supponendo che «la cosiddetta 'rilevabilità d'ufficio' di eventuali atteggiamenti dolosi» – e lo stesso può affermarsi anche per la cognizione di patti aggiunti – «posti in essere dalle parti in sede di conclusione ed esecuzione del negozio comportasse soltanto che il *iudex* avrebbe potuto (non dovuto) valutare tali circostanze senza essere necessariamente vincolato da un'*exceptio* o da una *replicatio*», si può ritenere che fosse la parte interessata a colpire il dolo della controparte a «farsi 'parte diligente' e chiedere – appunto, *ab initio* – l'inserzione nel *iudicium* degli opportuni strumenti apprestati a tal fine. E questo magari per prevenire eventuali comportamenti di giudici poco attenti nell'esaminare i fatti di causa»⁷¹⁰.

Al di là dei riferimenti alla rilevabilità giudiziale del dolo e del patto, d'ufficio o su istanza di parte, su cui la dottrina ha avanzato ipotesi divergenti⁷¹¹, il rilievo per cui, nel caso dell'«inerenza» implicita dell'*exceptio*, il giudice avrebbe «potuto» prendere in considerazione il dolo o il patto e, in quello della opposizione esplicita dell'eccezione, avrebbe invece «dovuto» in ogni caso operare in tal senso⁷¹², mi sembra confermare, non solo la stringente soggezione

⁷⁰⁸ G. PAPA, *La replicatio. Profili processuali e diritto sostanziale*, Napoli 2009, p. 274.

⁷⁰⁹ Le cui opinioni espresse al riguardo sono state oggetto di benevola critica da parte di L. GAROFALO, *Recensione a G. PAPA, La replicatio. Profili processuali e diritto sostanziale*, Napoli 2009, in *SDHI* 77, 2011, pp. 603 e ss., il quale altrove (ID., *Sull'eccezione di dolo generale*, in ID. (a cura di), *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, Napoli 2011, pp. 1 e ss., ora in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi saggi*, Torino 2015, p. 72, n. 18) ha nuovamente ritenuto «interessante» la «rilettura conservativa» dei testi qui oggetto d'esame.

⁷¹⁰ G. PAPA, *La replicatio. Profili processuali e diritto sostanziale*, Napoli 2009, p. 276 (gli spaziati sono miei).

⁷¹¹ Cfr. A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., p. 151 che riteneva fosse comunque onere della parte interessata richiedere *apud iudicem* la considerazione del dolo della controparte. Così anche O. LENEL, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, Heidelberg 1876, p. 64: «*die von dem iudex im bonae fidei iudicium auf diese Weise zu berücksichtigenden Defensionen darum nicht aufhören, Exceptionen zu sein und als solche behandelt zu werden*».

⁷¹² *Contra* questa congettura però già F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it. a cura di V. SCIALOJA), V, Torino 1893, pp. 303 e 524 = *System des heutigen römischen Rechts*, V, Aalen 1981 (2. Neudruck 1841), pp. 261 e 466-467 («l'arbitro poteva e doveva tenere calcolo anche dell'eccezione non espressa»; «il giudice poteva e doveva considerarle») e O. LENEL, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, Heidelberg 1876, p. 64 («*der iudex im bonae fidei iudicium ist, auch wenn keine exceptio doli oder pacti in die Formel eingerückt ist, verpflichtet, den Beklagten wegen aller derjenigen Verteidigungsgründe zu absolvieren*»). A tal proposito ritengo si possa affermare, con una certa sicurezza, che almeno riguardo a quasi tutte le altre «conseguenze» 'implicite' del dettato formulare richiamante l'*ex fide bona* – «contenute» o «pertinenti» all'*officium iudicis* e di cui non vi è espressa menzione nella *formula* – il giudice goda di un 'potere' e non sia invece investito di un 'dovere'. Innanzitutto, per la *compensatio* – come è noto – Gaio parla di «libera» considerazione del giudice (Gai. 4, 63: «*Liberum est tamen iudici nullam omnino invicem compensationis rationem habere; nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens*

videtur, ideo officio eius contineri creditur), ovvero sia il giudice ha il potere – e quindi non il dovere – addirittura di non prendere in considerazione («*rationem habere*») alcuna compensazione («*nullam omnino invicem compensationis*»), in quanto ciò non è espressamente («*nec aperte*») «prescritto» nelle parole della formula («*formulae verbis praecipitur*»), sebbene si ritenga – anche se con una certa cautela tipica della prudenza didattica che contraddistingue il manuale gaiano («*conveniens videtur, «contineri creditur*») – che questo ‘potere’ rientri nell’*officium* del giudice. Ciò si evince con tutta chiarezza anche da Ulpiano nel libro decimo *ad edictum* (riproposto in D. 3, 5, 7, 2: «*Si quocumque modo ratio compensationis habita non est a iudice, potest contrario iudicio agi: quod si post examinationem reprobatae fuerint pensationes, verius est quasi re iudicata amplius agi contrario iudicio non posse, quia exceptio rei iudicatae opponenda est*»), dove, a commento dell’*intentio ex fide bona* della formula *de negotiis gestis* (O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., pp. 455 n. 3 e 458), ribadisce la possibilità per il giudice di non tener conto della *compensatio* «*quocumque modo*». Nella formula di cui si avvale l’*argentarius* invece la *compensatio* «*verbis formulae exprimitur*» (Gai. 4, 64), precisamente nell’*intentio* (Gai. 4, 68). Cfr. E. BETTI, *Sulla opposizione della “exceptio” all’“actio” e sulla concorrenza fra loro*, Parma 1913, pp. 21-22 e 25; B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona 1927, pp. 18 e ss.; S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*², Napoli 1950, pp. 5 e ss.; M. MARRONE, *L’efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo 1955, p. 216 n. 263; ID., *D. 14, 2, 2 pr.: «retentio» e «iudicia bonae fidei»*, in *Iura* 6, 1955, pp. 170 e ss., ora *Scritti giuridici*, I, Palermo, 2003, p. 56; R. REZZONICO, *Il procedimento di compensazione nel diritto romano classico*, Basel 1958, pp. 22 e ss.; A. CARCATERA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, pp. 89 e ss.; più di recente P. PICHONNAZ, *La compensation*, Fribourg 2001, pp. 31 e ss. Lo stesso può dirsi per l’assoluzione per adempimento *post litem contestatam* di cui ci dà notizia Gaio in un passo delle *institutiones* purtroppo non privo di lacune (Gai. 4, 114: «*Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciatur actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. nostri praeceptores absolvere eum debere existimant; nec interesse, cuius generis sit iudicium. et hoc est, quod volgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse [...] de bonae fidei autem iudiciis idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis [...] tantumdem et de in rem actionibus putant, quia formulae verbis id ipsum exprimitur*»), dove troviamo il celeberrimo inciso sul *liberum officium iudicis* che ha indotto la letteratura romanistica a ipotizzare pieni e larghi poteri discrezionali del giudice (vedila per lo più riportata in A. CARCATERA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, pp. 80 e ss. e nn. 1, 6 e 7; più di recente W. DAJCZAK, *La libertà di applicazione della clausola generale della buona fede: osservazioni sulla prospettiva del diritto romano*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, I, cit., pp. 409 e ss.). In realtà, anche qui, sono indotto a ritenere che in questi giudizi «libero» sia l’*officium iudicis* in riferimento a quanto oggetto di specifica argomentazione nel passo in questione, ovvero sia l’assoluzione per adempimento *post litem contestatam* e *ante rem iudicatam*, sia nei nostri giudizi sia nelle *actiones in rem*, sui quali gli esponenti di entrambe le scuole erano concordi nel ritenere «conveniente» («*conventas*») l’assoluzione del convenuto nonostante di regola dovesse essere invece condannato dal giudice («*damnari debeat*») in ragione del tenore della formula. Mentre però per le *formulae ex fide bona* il giudice può considerarsi «libero» di assolvere o meno, nelle *actiones in rem* – dotate di clausola arbitraria – ciò è chiaramente «espresso» («*exprimatur*») nelle «parole della formula» («*formulae verbis*»). Esattamente in questo senso anche A. CORBINO, *Iudicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., pp. 185-186: «presente la clausola arbitraria, il giudice avrebbe “dovuto” assolvere il convenuto. Assente invece la clausola avrebbe solo “potuto” farlo (accogliendo il principio sabiniano), ma anche, altrettanto liberamente, non farlo per un difetto di dovere al riguardo e per la possibilità dunque di restare fermo a quanto fissato dalla *litis contestatio*». Ciò sembrerebbe essere confermato da D. 3, 3, 73 di Paolo, dove in caso di adempimento *post litem contestatam* il giurista severiano rimanda tutto all’ufficio del giudice («*[...] quod si lis contestata est, hoc omne officio iudicis dirimendum est*»). Cfr. E. BETTI, *Sulla opposizione della “exceptio” all’“actio” e sulla concorrenza fra loro*, Parma 1913, p. 35; C. A. CANNATA, *Bona fides e strutture processuali*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, I, cit., pp. 257 e ss. spec. 259 dove afferma che la libertà dello *iudex* rispetto alla formula, cui allude Gaio in *Institutiones* 4, 114, «non può a sua volta provenire che dal tenore stesso della formula, perché è dalla formula che il giudice trae i suoi poteri». Sul principio «*omnia iudicia absolutoria esse*» richiamato da Gaio e su cui qui non mi posso intrattenere si veda ID., «*Omnia iudicia absolutoria esse*», cit., pp. 67 e ss. e R. SANTORO, «*Omnia iudicia absolutoria esse*», in *Rivista di Diritto Romano* 1, 2001, Atti del convegno «*Processo civile e processo penale nell’esperienza giuridica del mondo antico*» in memoria di Arnaldo Biscardi (Siena, 13-15 dicembre 2001), pp. 259 e ss. Sulle *usurae ex officio iudicis* nei *bonae fidei iudicia* si veda Papiniano *libro nono quaestionum* in D. 16, 3, 24: «*[...] Et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut*

del giudice esclusivamente al dettato formulare sopra richiamata e testimoniata a più riprese dalle fonti, ma anche la possibilità per la «parte diligente» di premunirsi nella fase *in iure*⁷¹³, ‘convincendo’ pretore e controparte a inserire esplicitamente l’apposita *exceptio*, o *replicatio*, nel testo formulare, al fine di «evitare rischiosi pregiudizi»⁷¹⁴, rendere più sicuro il successivo dibattito *apud iudicem* e quindi più prevedibile l’esito del giudizio.

Tutto ciò troverebbe una conferma – come si è detto – anche al di fuori dei *bonae fidei iudicia*, proprio nell’utilizzo ‘cautelare’ dell’*exceptio doli* o di altre clausole formulari al fine di orientare la decisione del giudice verso una «direzione necessitata» nei casi di *ius controversum*⁷¹⁵.

Se si seguisse questo recente indirizzo, di cui ho appena tratteggiato solo le voci più persuasive, credo possa confermarsi l’ipotesi di lavoro prospettata secondo la quale, anche e soprattutto in quei giudizi dove – per richiamare le parole del Barone di Montesquieu più sopra riportate – al giudice, contrariamente a quanto avveniva negli altri giudizi, era concesso liberamente «aggiungere, diminuire o modificare»⁷¹⁶ qualcosa, fosse più opportuno per la parte «diligente» utilizzare in via «cautelare» la *conceptio verborum* delle *formulae* al fine di rendere più prevedibile la decisione giudiziale.

Questa congettura traspare – seppur senza particolare enfasi – anche da due voci più che autorevoli della scienza romanistica: Savigny, nell’ambito della concorrenza delle azioni, aveva

tantumdem possit officium arbitri quantum stipulatio [...]», dove si parla di un «potere» e non di un «dovere» stabilito con *constitutio* imperiale riguardo all’*officium arbitri* in un *bonae fidei iudicium* (su cui si veda *supra* cap. III § 3.E). Per le «*cautiones iudiciales*» e le «*stipulationes quae a mero iudicis officio profiscuntur*» si veda quanto affermato da A. M. GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*» e «*officium iudicis*», Milano 1982, p. 36. Nonostante, allo stato delle fonti, non credo sia possibile affermare ciò con altrettanta sicurezza per le restanti «consequenze» dei *bonae fidei iudicia*, ritengo sia comunque ipotizzabile una medesima valutazione almeno da parte di alcune voci giurisprudenziali – il riconoscimento allo *iudex* di un ‘potere’, ancorato all’*officium*, e non di un ‘dovere’, corollario attuativo dell’*oportere* – anche per l’«inerenza» delle *exceptiones doli et pacti*, in quanto sembrano contribuire anch’esse a rendere più *liberum* l’*officium* del giudice rispetto ad un’esplicitazione formulare (cfr. C. A. CANNATA, *Bona fides e strutture processuali*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea*, I, cit., pp. 263-264, 269).

⁷¹³ Contra B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei. I. La inerenza delle ‘exceptiones’ nei ‘iudicia bonae fidei’*, Palermo 1920, p. 35: «la inerenza delle due *exceptiones*» – quelle *doli et pacti* – «non è dunque una benigna concessione a favore del convenuto poco diligente».

⁷¹⁴ G. PAPA, *La replicatio. Profili processuali e diritto sostanziale*, Napoli 2009, p. 279 n. 27.

⁷¹⁵ A. CORBINO, *Iudicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., pp. 184 e ss. In riferimento – ad esempio – a Gai. 3, 168 (dove si riporta l’opinione non concorde di Sabiniani e Proculiani sulla rilevanza *ipso iure* ovvero *ope exceptionis* della *datio in solutum*), «provata [...] l’intervenuta *datio in solutum* [...] il giudice di un’*actio* ad esempio *ex stipulatu*, presente l’*exceptio*, avrebbe “dovuto” assolvere. Assente l’*exceptio* avrebbe “potuto” assolvere, seguendo l’orientamento sabiniano, ma avrebbe potuto anche, altrettanto liberamente, condannare, mancando il dovere per lui di superare il rilievo dell’astrattezza formale della domanda».

⁷¹⁶ C.-L. DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit., p. 115. Queste affermazioni circa la possibilità per lo *iudex* di ‘aggiungere o diminuire’ qualcosa non solo le ritroviamo ripetute nella romanistica contemporanea (ex multis C. A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo formulare*, cit., pp. 95-96), ma sono rintracciabili – come si è visto – anche nelle fonti in relazione agli *arbitria ex compromisso*: Sen. de ben. 3, 7, 5.

infatti asserito (ricalcando – mi sembra – un’analoga affermazione di Paolo in D. 44, 7, 34, 1: «[...] *aut ipso iure aut per exceptionem, quod est tutius*»)⁷¹⁷ che nei *bonae fidei iudicia*, «l’introdurre l’eccezione nella formula» – «purtuttavia non necessario»⁷¹⁸ – «era bensì permesso ed anche più sicuro» («[...] *so war die Aufnahme der Exception zwar auch zulässig, auch stets sicherer, aber nicht notwendig* [...]»)⁷¹⁹; e Lenel aveva invece evidenziato che – almeno in un primo periodo in cui la prassi di considerare il *dolus* dell’attore senza l’apposizione della relativa *exceptio* era ancora in via di affermazione – «la parte cauta» ([...] *der vorsichtigen Partei* [...]), «in ragione dell’imprevedibile opinione del giudice» («*nach der unberechenbaren Ansicht des iudex*»), avrebbe potuto beneficiare ad ogni modo della possibilità di ottenerne l’apposizione⁷²⁰.

A tal proposito, credo sia decisamente utile, a questo punto, esaminare sotto il profilo qui prescelto le fonti oggetto di nostro interesse – ovvero sia quelle che prevedono la possibilità dell’opposizione delle *exceptiones doli* (*sub α*) e *pacti* (*sub β*) nelle *formulae bonae fidei* – per verificare se quella che per ora risulta essere una sola congettura sia invece un’ipotesi fondata su solidi indizi.

⁷¹⁷ Il frammento D. 44, 7, 34, 1 è escerpito dal *liber singularis de concurrentibus actionibus* di Paolo, dove il giurista severiano sembrerebbe affermare essere «*tutius*» l’apposizione dell’*exceptio rei indicatae vel in iudicium deductae* in entrambe le concorrenti *actiones commodati et condictioe*. Non posso qui approfondire maggiormente il rapporto fra la maggior sicurezza garantita dall’inserimento dell’*exceptio rei indicatae vel in iudicium deductae* e il principio della concorrenza delle azioni, su cui però sarebbe opportuno insistere, in particolare sull’effettiva portata della differenza fra «consunzione pretoria» e «giudiziale» (L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, cit., pp. 185-186). Vedi per tutti l’ancora fondamentale studio di E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Aalen 1964 (rist. anast. Berlin 1918), p. 369 («*Das quod est tutius in D. 44, 7, 34, 1, das man mehrfach ähnlich zu erklären gesucht hat, wird schon vielfach mit Recht als Emblem anerkannt*») e in modo più specifico in ID., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen*, II, Aalen 1964 (rist. anast. Berlin 1922), pp. 104 e ss. Per D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen 1972, p. 172 n. 244, qui «*quod tutius est*» sarebbe un glossema. Sul tema si vedano i recenti contributi pubblicati nell’opera collettanea L. GAROFALO (a cura di), *Res indicata*, I-II, cit., *passim*.

⁷¹⁸ Sulla ‘non necessità dell’inserzione’ – piuttosto che sulla ‘necessità della non inserzione’ (per cui ha proposto in relazione all’*exceptio pacti* R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, cit., p. 161) – delle *exceptiones doli* e *pacti* nei *bonae fidei iudicia*, mi sembra concordare anche la maggioranza della dottrina: M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, p. 262: «*diese Exceptionen können daher (als überflüssig) in die Formeln dieser Aktionen nicht eingefügt werden*»; C. A. CANNATA, *s.v. Eccezione (diritto romano)*, cit., p. 347 = *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo formulare*, cit., p. 113 («nelle formule di buona fede l’inserzione di alcune eccezioni non era necessaria»).

⁷¹⁹ F. C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. it. a cura di V. SCIALOJA), V, Torino 1893, p. 303 = *System des heutigen römischen Rechts*, V, Aalen 1981 (2. Neudruck 1841), p. 261.

⁷²⁰ O. LENEL, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, Heidelberg 1876, pp. 84-85 («*Auf diese Weise wurde die Notwendigkeit der ausgedrückten exceptio doli beseitigt und dennoch Raum für ihre Einrückung gelassen, wenn die Partei dieselbe wünschte; denn solch ein Wunsch ging nun nicht dahin, dass der Prätor dasselbe zweimal sagen, sondern dahin, dass er die Beobachtung einer in der actio nicht ausgedrückten, sondern nur stillschweigend verstandenen Vorschrift dem iudex ausdrücklich ans Herz legen*»). Cfr. E. BETTI, *Sulla opposizione della “exceptio” all’“actio” e sulla concorrenza fra loro*, Parma 1913, p. 21 n. 3, il quale – in relazione al rischio che il giudice *compensationis rationem non habeat* – aveva incidentalmente rimarcato che qualora il convenuto non avesse ritenuto «*garanzia sufficiente il carattere di bonae fidei del iudicium*» avrebbe potuto comunque «chiedere la inserzione di un’*exceptio*».

Era, dunque, davvero «più sicuro», in determinate circostanze, in ragione dell'«imprevedibile opinione del giudice», inserire espressamente l'*exceptio doli* o *pacti* nella *formula* di buona fede?

Dall'esame delle fonti a nostra disposizione che, sul punto, possono dirci qualcosa, mi sembra che emergano le esigenze, dal lato passivo del rapporto processuale, a una maggiore sicurezza sulla condotta del giudicante nella fase a lui deputata. Ciò in particolare nel caso in cui vi fosse il rischio che lo *iudex* ignorasse, ai fini della *condemnatio* o *absolutio*, la richiesta del convenuto di prendere in considerazione il comportamento doloso dell'attore o il patto concluso successivamente fra le parti, a fronte delle altre circostanze le quali, discendendo implicitamente dall'*oportere ex fide bona*, potevano condurre il giudice a controbilanciare, e quindi a nullificare, le controrichieste del convenuto.

α) Fondandoci – per lo più – sulle motivazioni addotte da Metro nella riabilitazione delle fonti contestate a suo tempo da Biondi e nelle quali è presente un chiaro riferimento all'*exceptio doli*, i frammenti di cui potremmo disporre al riguardo sono quattro inerenti a un'*actio empti* (Paolo *libro tertio ad Sabinum* in D. 19, 1, 5, 1 e *libro secundo quaestionum* in D. 19, 1, 42; Ulpiano *libro quarto ad edictum* in D. 2, 14, 16, 1 e *libro trigesimo secundo ad edictum* in D. 19, 1, 13, 9)⁷²¹; uno in relazione a un'*actio locati* (Scevola *libro septimo digestorum* in D. 19, 2, 61 *pr.*)⁷²² e tre riferiti a un'*actio rei uxoriae* (Pomponio *libro decimo quinto ad Sabinum* in D. 24, 3, 4; Paolo *libro trigesimo sexto ad edictum* in D. 24, 3, 23; Paolo *libro septimo responsorum* in D. 24, 3, 49, 1 = Vat. frg. 94)⁷²³.

⁷²¹ Cfr. A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in F. M. D'IPPOLITO (a cura di), *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli 2007, pp. 1734, 1740-1742. Ho escluso dai frammenti inerenti ad *actiones empti*, D. 44, 4, 15 di Scevola, in quanto credo qui si tratti di un'*exceptio doli* opposta a un'*actio indicati*: «Fideiussor evictionis nomine condemnatus id praedium, quod evictum est, et omnia praestare paratus est, quae iure empti continentur: quaero, an agentem emptorem exceptione ex causa indicati doli mali summovere potest. respondit exceptionem quidem opponi posse, iudicem autem aestimaturum, ut pro damnis emptori satisfiat». Ciò a mio avviso è possibile ritenerlo in ragione dell'inciso «an agentem emptorem exceptione ex causa indicati doli mali summovere potest» che – come proposto dalla *Vulgata* e da Aloandro e riportato anche dall'*editio minor* di T. MOMMSEN – P. KRUEGER (hrsg. von), *Corpus iuris civilis*, I, Frankfurt am Main 1968, p. 763 n. 2 – dovrebbe vedere invertito nell'ordine «*exceptiones*» con «*ex causa indicati*»: «an agentem emptorem ex causa indicati exceptione doli mali summovere potest». Così anche H. DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte*², Heidelberg 1868, p. 183 e G. VIGNALI (a cura di), *Corpo del diritto. Digesto*, VI, Napoli 1859, p. 62, che opta per una traduzione in questo senso («se può respingere con la eccezione di dolo malo il compratore che agisca in forza del giudicato»). B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei. I. La inerenza delle 'exceptiones' nei 'iudicia bonae fidei'*, Palermo 1920, p. 20 ha ritenuto che qui la *exceptio doli* non possa «riferirsi all'*actio empti*, poiché al compratore che avesse già agito contro il garante si dovrebbe opporre la *exceptio rei indicatae* e non *doli*». A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in F. M. D'IPPOLITO (a cura di), *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli 2007, p. 1736, a causa dei «notevoli dubbi» che sollevano le parole «*ex causa indicati*» le quali sembrerebbero «malamente intromesse nel nome dell'*exceptio doli*», ha a ogni modo ritenuto il frammento «non [...] decisivo». Per simili considerazioni e analoghi 'sospetti' (A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in F. M. D'IPPOLITO (a cura di), *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli 2007, pp. 1736-1737), non ho ritenuto utile esaminare neanche C. 8, 44, 5.

⁷²² A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, cit., p. 1735.

⁷²³ A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, cit., pp. 1737 e ss.

Ma – come vedremo a breve – non per tutti questi passi è possibile rintracciare il contesto entro il quale è giustificabile l’inserimento dell’eccezione in questione perché ritenuto «più sicuro» rispetto all’inerenza implicita. Ad ogni modo – pur vedendosi restringere ulteriormente il numero (già «esiguo»⁷²⁴) dei frammenti di nostro interesse – l’unico passo su cui è possibile concentrare la nostra attenzione mi sembra essere decisamente significativo ed espressivo circa la funzione che l’apposizione dell’*exceptio doli* nella *formula-iudicium* di buona fede possa svolgere sotto il profilo di un restringimento e di una chiara predeterminazione della cognizione dello *index*.

Muovo le mie riflessioni, infatti, da quello che ritengo essere l’unico frammento di Paolo sull’*actio empti* (*libro tertio ad Sabinum* in D. 19, 1, 5, 1), decisamente eloquente sotto il profilo che qui interessa sottolineare, in quanto mi risulta particolarmente difficoltoso ignorare i rilievi critici sollevati da Biondi su Paolo *libro secundo quaestionum* in D. 19, 1, 42⁷²⁵ e in ragione dell’impossibilità di ricostruire il contesto entro il quale sarebbero da collocare i restanti luoghi citati sopra: la coppia di frammenti ulpiane, anch’essi inerenti a un giudizio di compera (Ulpiano *libro quarto ad edictum* in D. 2, 14, 16, 1⁷²⁶ e *libro trigesimo secundo ad edictum* in D. 19, 1,

⁷²⁴ B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei. I. La inerenza delle ‘exceptiones’ nei ‘iudicia bonae fidei’*, cit., p. 10. Critico sull’esiguità del numero di frammenti di tal guisa A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, cit., p. 1733.

⁷²⁵ Il frammento di Paolo escerpito dai compilatori dal secondo libro *quaestionum* e riportato in D. 19, 1, 42 («[...] *sed an exceptio doli mali venditori profutura sit, potest dubitari, utique si exiguus modus silvae desit et plus in vineis habeat, quam repromissum est [...]*») è stato considerato da B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, cit., p. 17 (e in ID., *La compensazione nel diritto romano*, cit., p. 272 e n. 1) relativo ad un’*actio de modo agri* e non ad un’*actio empti* e così anche da O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., p. 1185, per cui risultano difficilmente condivisibili i rilievi di A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, cit., pp. 1740 e ss. seppur fondati su alcune perspicaci notazioni di P. FREZZA, ‘*Responsa*’ e ‘*Quaestiones*’. *Storia e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI* 43, 1977, pp. 236 ss.

⁷²⁶ Su D. 2, 14, 16, 1 («*Sed et si inter dominum rei venditae et emptorem convenisset, ut homo qui emptus erat redderetur, ei qui pro domino rem vendidit petenti pretium doli exceptio nocebit*») M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all’asta nel mondo classico*, Roma 1954, p. 127 n. 2 ha ritenuto che in questo caso l’*exceptio doli* debba essere intesa «non come mezzo processuale (poiché non v’era bisogno della sua inserzione nella formula), ma in senso sostanziale». *Contra* H. ANKUM, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères en droit romain classique*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, I, 1972, p. 392 n. 57.

13, 9⁷²⁷), il frammento di Scevola sulla *locatio conductio* (*libro septimo digestorum* in D. 19, 2, 61 *pr.*⁷²⁸) e i tre frammenti sull'*actio rei uxoriae* (di Pomponio *libro quinto decimo ad Sabinum* in D. 24, 3, 47²⁹; di Paolo *libro trigesimo sexto ad edictum* in D. 24, 3, 23⁷³⁰ e *libro septimo responsorum* in D. 24, 3, 49, 1 = Vat. frg. 94⁷³¹) sono infatti esclusivamente utili – purtroppo – a dimostrare la possibilità dell'apposizione dell'*exceptio doli* in un *bonae fidei iudicium*.

Paolo *libro tertio ad Sabinum* in D. 19, 1, 5, 1: «Sed si falso existimans se damnatum vendere vendiderit, dicendum est agi cum eo ex empto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest, quemadmodum, si falso existimans se damnatum dare promississet, agentem doli mali exceptione summoveret. Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait, ut liberetur»

⁷²⁷ Per C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *Iura* 43, 1992, pp. 31-32, ora in *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania 1996, pp. 27-28 e ID., *Bona fides e strutture processuali*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, I, cit., pp. 263-264, in D. 19, 1, 13, 9 («Unde quaeritur, si pars sit pretii soluta et res tradita postea evicta sit, utrum eius rei consequetur pretium integrum ex empto agens an vero quod numeravit? et puto magis id quod numeravit propter doli exceptionem») si tratta di un'applicazione del principio paolino espresso in D. 44, 4, 8 *pr.* («dolo facit, qui petit quod redditurus est»). Si tratterebbe di un dolo tipizzato, determinato semplicemente misurando la condotta del soggetto secondo un modello astratto (P. LAMBRINI, *Dolo facit, qui petit quod redditurus est*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli 2006, p. 265 e n. 149). La soluzione prospettata da Ulpiano («et puto magis id quod numeravit propter doli exceptionem») – volta ad arginare la tentata «chicane» del compratore-attore – sembra volta a circoscrivere il *liberum officium* del giudice, in quanto sembra funzionale a fargli riconoscere come eccezione di dolo la richiesta informale del venditore-convenuto che il giudice potrebbe non riconoscere come tale in ragione della complessità della fattispecie (*arg. ex* C. A. CANNATA, *Bona fides e strutture processuali*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, I, cit., p. 264). Ma oltre queste notazioni, per quanto qui concerne, non credo sia possibile andare.

⁷²⁸ In D. 19, 2, 61 *pr.* («[...] *quaesitum est, si dominus istum colonum fundi eiectum pensionum debitarum nomine conveniat, an sumptus utiliter factos in vineis instituendis reputare possit opposita doli mali exceptione* [...]») per B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, cit., p. 11 l'«intrusione» dell'*exceptio doli* avrebbe solo «valore processuale». *Contra* A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, cit., p. 1735. D. 19, 2, 61, *pr.*-1 è l'unico frammento riconducibile alla sezione *de locatione et conductione* dei *digesta* di Scevola (O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, cit., pp. 224-225), per cui null'altro si è conservato del contesto argomentativo del passo.

⁷²⁹ Sulla genuinità del riferimento all'*exceptio doli* in D. 24, 3, 4 («*Si pater sine consensu filiae dotem a viro exegisset et eandem alii viro eius filiae nomine dedisset et mortuo patre filia cum priore viro ageret, doli mali exceptione repellitur*») si veda – oltre ovviamente a B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, cit., pp. 178 e ss. che non considerava di buona fede l'*actio rei uxoriae* (*contra* G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei «bonae fidei iudicia»*, cit., pp. 124 e ss.) – anche G. MACCORMACK, *Dolus in decisions of the mid-classical jurists (Iulian-Marcellus)*, in *BIDR* 96-97, 1993-1994, p. 113 e M. KASER, *Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae*, in *RIDA* 2, 1949, pp. 516 e ss.

⁷³⁰ Dall'ipotesi palingenetica proposta da O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., pp. 1042-1043 nulla si può trarre ai fini di un più completo inquadramento del contesto.

⁷³¹ Su D. 24, 3, 49, 1 = Vat. frg. 94 vedi quanto detto *supra* nel testo. Cfr. la collocazione palingenetica proposta da O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., pp. 1233-1234 da cui, anche qui, nulla di rilevante per i nostri fini mi sembra si possa desumere.

In D. 19, 1, 5, 1 Paolo prospetta due fattispecie: la *venditio* effettuata *falso existimans se damnatum vendere* e la *stipulatio* conclusa *falso existimans se damnatum dare*. In entrambi i casi, sia l'alienante sia il promittente possono opporre, rispettivamente all'*actio empti* e all'*actio ex stipulatu*, l'*exceptio doli generalis* in quanto l'attore, agendo, sta evidentemente approfittando dell'errore in cui è caduto l'erede⁷³², convinto di dover vendere, o dare, in forza di un legato *per damnationem*. Le due fattispecie sono collegate dal «*quemadmodum*» («così come»): sia in un caso – riferito all'*actio empti* – sia nell'altro – attinente all'*actio ex stipulatu* – l'attore potrà sempre esser respinto con l'*exceptio doli*.

Biondi, come si è detto, contestando la genuinità del passo, ha espunto l'inciso «*quoniam doli mali exceptione actor summoverti potest*» bollandolo come giustiniano⁷³³. Come è stato correttamente sottolineato da Metro, in questo modo verrebbe però «meno tutta l'impalcatura del testo, fondata appunto sull'analogia fra le due ipotesi (resa manifesta dal *quemadmodum*)»⁷³⁴. Quest'ultimo giunge allora a ipotizzare che sia piuttosto la frase «*agi cum eo ex empto non posse*» ad essere spuria, in quanto meglio rispondente alle «vedute giustiniane»⁷³⁵.

D'altra parte, nel caso in cui si optasse per l'interpretazione di Biondi (che espunge il «*quoniam doli mali exceptione actor summoverti potest*» ma non l'*agi cum eo ex empto non posse*) e qualora si considerasse quindi il «*quemadmodum*» un *trait d'union* fra le parole «*agi cum eo ex empto non posse*» e il successivo inciso riferito all'*actio ex stipulatu* «*agentem doli mali exceptione summovertis*»⁷³⁶, non si vede perché il pretore, per l'*actio ex stipulatu*, avrebbe potuto richiedere soltanto una puntuale verifica *apud iudicem* tramite l'apposita *exceptio*, mentre solo per l'*actio empti* avrebbe potuto *denegare* direttamente l'*actio* – di cui credo sia indice l'*agi non posse*⁷³⁷ – in ragione della falsa

⁷³² In questo senso U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961, p. 386 n. 94 e spec. pp. 453 e ss.

⁷³³ B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, cit., p. 10, seguito da P. VOICI, *L'errore nel diritto romano*, Milano 1975, p. 138 n. 1; J. A. C. THOMAS, *Sale Actions and other Actions*, in *RIDA* 26, 1979, p. 428; A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei c. d. contratti innominati*, in *Iura* 36, 1985, p. 43. Prima di tutti già O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., p. 1255 n. 9. Si vedano anche gli autori citati in E. LEVY – E. RABEL (hrsg. von), *Index interpolationum*, I, Weimar 1929, p. 340.

⁷³⁴ A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, cit., p. 1734, il quale piuttosto considera più conforme alle «vedute giustiniane» l'inciso «*agi cum eo ex empto non posse*». La critica al testo di J. A. C. THOMAS, *Sale Actions and other Actions*, in *RIDA* 26, 1979, p. 428 – secondo il quale anche nella prima ipotesi si tratterebbe di una *condictio incerti* (così come anche per J. G. WOLF, *Causa stipulationis*, Köln 1970, pp. 175-176), in quanto «*an express exceptio doli would not be necessary in a bonae fidei actio empti*» – è da scartare poiché essa rappresenta una evidente «petizione di principio» (A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, cit., p. 1735).

⁷³⁵ A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, cit., p. 1734.

⁷³⁶ J. G. WOLF, *Causa stipulationis*, Köln 1970, p. 176.

⁷³⁷ Così anche B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, cit., p. 10. Accanto all'espressione tecnica «*denegare actionem*», nelle fonti vi sono altri «innumerevoli costrutti utilizzati per esprimere il concetto di rifiuto da parte del magistrato *in iure* di concedere l'azione» (S. SCIORTINO, «*Denegare actionem*», *decretum e intercessio*, in *AUPA* 55, 2012, p. 661 n. 1). Fra questi – secondo quanto sosteneva già R. MEWALDT, *Denegare actionem im römischen Formularprozeß*, Greifswald 1912, p. 3 – vi è anche il nostro «*agi non posse*». Infatti,

rappresentazione della realtà asserita dal convenuto già nella fase *in iure*⁷³⁸. Il parallelismo fra la *denegatio actionis* per l'*actio empti* e l'apposizione dell'*exceptio doli* all'*actio ex stipulatu* – che emergerebbe accogliendo l'espunzione di Biondi – non è coerente con il sistema dell'applicazione alternativa fra *denegatio actionis* ed *exceptio*: quest'ultima sembrerebbe così essere prevista solo per l'*actio ex stipulatu*, mentre la prima troverebbe luogo solo per l'*actio empti*.

Del tutto lineare e coerente sarebbe invece il paragone giustificativo ricercato da Paolo fra l'apposizione dell'*exceptio* in un caso (*actio empti*) e nell'altro (*actio ex stipulatu*). Quanto al riferimento alla *denegatio actionis*, esso troverebbe ragione di esistere, appunto, in virtù della nota alternativa con l'*exceptio doli*⁷³⁹.

A mio sommo avviso, ritengo quindi si possano 'salvare' entrambi i periodi («*agi cum eo ex empto non posse*» e «*quoniam doli mali exceptione actor summoverti potest*»), considerandoli due alternative per le quali avrebbe potuto legittimamente optare il *praetor* per l'*actio ex empto: denegare actionem* ovvero concedere l'*exceptio doli*⁷⁴⁰. Questa seconda opzione è poi giustificata da Paolo

oltre a essere sicuramente frutto della generale e «amplissima discrezionalità» del magistrato (A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, cit., pp. 116 e ss.) e oltre a poter esser fondato su una «valutazione di legittimità», il *denegare actionem* poteva anche «scaturire da una valutazione nel merito della causa [...] ogni qualvolta, quindi, risultasse evidente già *in limine litis* l'esistenza di fatti che rendessero infondata la domanda dell'attore» (A. METRO, *La «denegatio actionis»*, Milano 1972, pp. 156 e ss.).

⁷³⁸ In ragione del costante affiancamento dell'*exceptio* alla *denegatio actionis* e dell'applicazione alternativa fra i due rimedi che emerge dalle fonti, si può legittimamente affermare che i «due rimedi spesso trovano applicazione alternativa nella stessa fattispecie, presentando un evidente parallelismo di finalità» (A. METRO, *La «denegatio actionis»*, Milano 1972, p. 77). Cfr. C. A. CANNATA, *s.v. Eccezione (diritto romano)*, in *NNDI VI*, Torino 1960, p. 348; G. B. IMPALLOMENE, *La denegatio actionis e l'exceptio in diritto romano in relazione con l'eccezione rilevabile e non rilevabile d'ufficio in diritto moderno*, in *Studi in memoria del Prof. Augusto Cerino Canova*, I, Bologna 1992, pp. 149-160. Per quanto concerne in modo specifico l'alternativa fra l'*exceptio doli generalis* e la *denegatio actionis* è decisamente scettico A. METRO, *Eccezione di dolo generale e 'denegatio actionis'*, in L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova 2006, pp. 387 e ss. spec. 394 e ss., il quale – fra le fonti da cui emerge un'alternativa fra la *denegatio actionis* e l'*exceptio doli* – non include la fonte qui oggetto d'esame (D. 19, 1, 5, 1), in quanto credo abbia preferito circoscrivere le sue fondamentali ricerche in tema di *denegatio actionis* soltanto alle fonti dove ricorre l'espressione «*denegare*» o «*non dare*» *actionem*.

⁷³⁹Ma vedi A. METRO, *Eccezione di dolo generale e 'denegatio actionis'*, cit., pp. 387 e ss. spec. 394 e ss.

⁷⁴⁰ Risulta allora di estremo interesse – anche al fine di delineare due attitudini contrastanti fra i due giuristi (colta sotto certi aspetti già da R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, cit., pp. 135 e ss. ma non condivisa da ultimo da M. MILANI, *I poteri del giudice nei bonae fidei iudicia e il patto risolutivo viziato da metus. Alcune riflessioni a margine di Paul. 11 ad. ed. D. 4.2.21.4*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano*, III, cit., p. 245 n. 81) – collegare il frammento paolino in questione – dove a quella che a me sembra una *denegatio actionis* Paolo contrappone la concessione dell'*exceptio doli* in un *bonae fidei iudicium* (D. 19, 1, 5, 1: «*agi cum eo ex empto non posse quoniam agentem doli mali exceptione summovertet*») – al frammento giuliano già citato *supra*, dove alla *denegatio actionis* (D. 18, 5, 3: «*ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt*»; dove l'*«agi non posse»* è così inteso anche da M. MILANI, *I poteri del giudice nei bonae fidei iudicia e il patto risolutivo viziato da metus. Alcune riflessioni a margine di Paul. 11 ad. ed. D. 4.2.21.4*, cit., pp. 243-244 n. 79) Giuliano contrappone invece l'inerenza implicita dell'*exceptio pacti* in un *bonae fidei iudicium*, non a caso criticata – così mi sembra da una lettura complessiva del passo – dal giurista severiano («*Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussores accepit [...] an nuda voluntate resolvatur obligatio. Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti*

dalla circostanza per cui anche l'attore di un'*actio ex stipulatu* può essere respinto con la medesima eccezione in un caso analogo.

Il senso del frammento paolino dovrebbe essere grosso modo questo: il pretore potrà denegare l'azione («*agi cum eo ex empto non posse*») – qualora ritenga sufficienti le informazioni raccolte *in iure* – dal momento che («*quoniam*») è possibile respingere l'attore *ex empto* con l'eccezione di dolo, così come («*quemadmodum*») è possibile respingere l'attore *ex stipulatu* con la medesima eccezione.

Allora, l'accertata possibilità – od «opportunità»⁷⁴¹ rispetto alla *denegatio actionis*⁷⁴² – per il convenuto di apporre l'*exceptio doli* al testo della *formula ex empto* contenente l'*ex fide bona* – piuttosto che affidarsi all'implicita valutazione del dolo da parte dello *iudex* in ragione del principio dell'«inerenza» – potrebbe trovare una giustificazione (sotto il profilo che qui interessa evidenziare) attraverso un'attenta lettura del precedente paragrafo del libro terzo *ad Sabinum* da cui prende piede la riflessione paolina:

Paolo *libro tertio ad Sabinum* in D. 19, 1, 5 *pr.*: «Si heres testamentum quid vendere damnatus sit et vendiderit, de reliquis, quae per consequentias emptionis propria sunt, vel ex empto vel ex testamento agi cum eo poterit»

Il legatario può agire, successivamente alla conclusione della *emptio-venditio* di cui era stato onerato l'erede testamentario con un – questa volta reale – legato *per damnationem*, sia con l'*actio ex testamento* sia con l'*actio empti* e, solo in questo secondo caso⁷⁴³, «*de reliquis, quae per consequentias emptionis propria sunt*». Agendo con l'*actio empti*, il legatario-compratore potrà dunque estendere

insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari [...]). Infatti, l'*exceptio pacti* così come può venire «in soccorso del venditore convenuto – pur non essendo tenuto a inserirla nella formula –, allo stesso modo potrà avvantaggiare il garante, liberandolo dall'obbligo posto a suo carico» (M. MILANI, *I poteri del giudice nei bonae fidei iudicia e il patto risolutivo viziato da metus. Alcune riflessioni a margine di Paul. 11 ad. ed. D. 4.2.21.4*, cit., p. 245).

⁷⁴¹ A. METRO, *Eccezione di dolo generale e 'denegatio actionis'*, cit., p. 392.

⁷⁴² Può inoltre essere anche interesse del convenuto – sostenuto dai suoi patrocinanti *in iure* – ottenere un'*exceptio* – e quindi puntare a un'assoluzione definitiva – anziché eludere il giudizio attraverso la *denegatio* della domanda avversaria che, come è noto, a differenza dell'*exceptio* non consumava l'azione non avendo effetto preclusivo (A. METRO, *La «denegatio actionis»*, Milano 1972, p. 173; H. ANKUM, *Denegatio actionis*, in *ZSS* 102, 1985, pp. 453 e ss.).

⁷⁴³ Mi sento di affermare ciò con una certa sicurezza, in quanto nel caso, molto probabile, in cui si fosse trattato di un'*actio incerti ex testamento*, il richiamo all'*emptio-venditio* – e tantomeno alla *bona fides* – non era presente nel testo della *formula* (si veda l'*intentio* riportata da Gai. 2, 213: «*QUIDQUID HEREDEM EX TESTAMENTO DARE FACERE OPORTET*»; cfr. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova 1999, p. 51 n. 112, che attesta i dubbi esposti in dottrina circa l'esistenza di una *demonstratio*, in particolare da W. SELB, *Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zu Formelaufbau*, Wien-Köln-Graz 1974, pp. 34 e ss.; più propenso invece a intravedere la necessità della *demonstratio* in alcuni casi M. KASER, *Formeln mit intentio incerta, actio ex stipulatu und condictio*, in *Labeo* 22, 1976, p. 17).

la cognizione del giudice anche a tutte le rimanenti circostanze che sono conseguentemente proprie della compravendita e che discendono per lo più dall'«oportere ex fide bona».

Al successivo paragrafo 1 – che si apre con un avversativo e sintomatico «sed» – in caso di falsa rappresentazione dell'erede, quest'ultimo, per Paolo, potrà richiedere la *denegatio actionis* dal momento che («quoniam») sarà anche una sua facoltà circoscrivere la valutazione del giudice al dolo dell'attore, relativo all'errore in cui egli è caduto, con l'opposizione di una specifica *exceptio doli*. La condizione negativa della condanna («SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULO AGERII FACTUM SIT NEQUE FIAT»), da accertare così – a mio avviso – in via preliminare e soprattutto autonomamente rispetto a tutte le altre rimanenti circostanze derivanti «EX FIDE BONA» dalla *emptio-venditio* («QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA»)⁷⁴⁴, evita che il giudice inserisca la propria cognizione sul dolo all'interno delle indeterminate circostanze conseguenti a un *bonae fidei iudicium*, con il rischio di vanificare le rimostranze sollevate informalmente *apud iudicem* dal convenuto.

Rispetto alla fattispecie prevista in D. 19, 1, 5 *pr.*, nel caso prospettato nel paragrafo immediatamente successivo (D. 19, 1, 5, 1: «*falso existimans se damnatum venderes*»), al giurista severiano non sembrerebbe esser sfuggita allora la possibilità (di cui credo sia indice l'uso del verbo *posse*) – o, perché no, l'opportunità anche in ragione dell'ampia cognizione che il giudice sarebbe stato nel caso contrario chiamato a svolgere («*de reliquis, quae per consequentias emptio-*

⁷⁴⁴ Se è vero che una delle peculiarità della *praescriptio pro reo*, nel confronto con l'*exceptio*, risieda proprio nella valutazione preliminare della *praescriptio* rispetto all'esame dell'*intentio* (C. A. CANNATA, *s.v. Eccezione (diritto romano)*, in *NNDI VI*, Torino 1960, p. 348), di contro però l'esame dell'*exceptio* da parte del giudice appare successiva rispetto a quella dell'*intentio* solo in ragione dell'«ordine logico» in cui è esposta la *formula*: in un *bonae fidei iudicium*, essendo l'*exceptio* una condizione negativa della *condemnatio* – che dipende a sua volta negativamente dal *si non paret* (e positivamente dal *si paret* negli altri *iudicia* dove esso è presente) –, non si vede per quale ragione il giudice avrebbe dovuto prima accertare positivamente l'*intentio* (e quindi tutto il complesso rapporto richiamato dal «*quidquid dare facere oportere ex fide bona*») e solo in un secondo momento il fatto dedotto in *exceptio* («*si non [...]*»), il cui accertamento avrebbe anzi potuto rendere superfluo l'esame della prima. Cfr. E. BETTI, *Sulla opposizione della "exceptio" all'"actio" e sulla concorrenza fra loro*, Parma 1913, p. 8, secondo il quale l'*exceptio* «prescinde in generale dal considerare l'*intentio in se*». A ogni modo, mentre sappiamo quale fosse la forma e il modo d'inserzione dell'*exceptio* nei giudizi che non erano di buona fede («da posizione dell'*exceptio* nella *formula* era tra l'*intentio* e la *condemnatio*»; C. A. CANNATA, *s.v. Eccezione (diritto romano)*, cit., p. 347 = *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo formulare*, cit., p. 111), non abbiamo notizie certe sulla posizione dell'*exceptio* in un *bonae fidei iudicium* (ID., *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo formulare*, cit., p. 1114 n. 20). A tal proposito mi sembra utile, per una eventuale ricostruzione della struttura della *formula* in questione, la più generale notazione dubbiosa sul rapporto fra il «*si non*» dell'*exceptio* e il «*si non paret*» dell'*absolutio* di M. KASER – K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996, p. 261 n. 28 («Das „si non [...]" paßt schlecht in das allgemeine Formelschema mit seinem „[...] si non paret absolutio»)), che potrebbe giustificare – ma è una pura congettura – un inserimento dell'*exceptio doli* non direttamente prima del finale «*si non paret absolutio*» ma tra il «*quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona*» e l'inciso «*eius index Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato*».

propria sunt) – di opporre l'*exceptio doli*⁷⁴⁵, al fine di rendere più sicuro l'esito del giudizio nel particolare caso di specie, che – in ragione dell'asserito errore dell'erede – meritava evidentemente una tutela più stringente («*Sed [...]*»).

Diversamente, la considerazione del dolo prevista implicitamente dall'*oportere ex fide bona* avrebbe indotto lo *iudex* a valutare il *dolus malus* all'interno di tutto il complesso rapporto richiamato nell'*intentio* formulare («*de reliquis, quae per consequentias emptionis propria sunt*»), con la rischiosa conseguenza per il convenuto di veder valutata la propria richiesta nel più ampio bilanciamento di contrapposti interessi fra le parti: il giudice avrebbe così soltanto «potuto» ma non necessariamente «dovuto» prendere in considerazione il dolo dell'attore come effettiva condizione negativa della condanna.

β) A sostegno della tesi sull'opponibilità dell'*exceptio pacti* nei *bonae fidei iudicia* abbiamo invece un numero quantitativamente inferiore di frammenti ma non per questo qualitativamente meno corroboranti la suddetta tesi (Giuliano in D. 23, 4, 22; Paolo in P. S. 1, 1, 2 = Consult. 4, 4; imperatore Massimino il Trace in C. 2, 3, 13⁷⁴⁶). Anch'essi se interpretati, lì dove possibile, secondo il punto di vista sinora adottato – quello dell'uso, in un *bonae fidei iudicium*, delle *exceptiones* in chiave cautelativa di una maggiore prevedibilità dell'esito processuale – forniscono risultati ugualmente positivi. In ragione dell'ampiezza di valutazione giudiziale, che discende dal parametro della *fides bona* richiamata nell'*intentio*, l'inserzione dell'*exceptio* anche qui sembra finalizzata a circoscrivere l'operato del giudice.

Esclusi il frammento delle P. S. 1, 1, 2 (= Consult. 4, 4: «*In bonae fidei contractibus pactum conventum alio pacto dissolvitur, et licet exceptionem pariat, replicatione tamen excluditur*») e la *constitutio* dell'imperatore Massimino il Trace del 236 d. C. riportata in C. 2, 3, 13 («*In bonae fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, si ex continenti fiat: nam quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit*»), in quanto – trattandosi di affermazioni di principio decontestualizzate – non è possibile ricavare nessun'altra informazione rispetto al testo tramandatoci, utile ai nostri fini risulta invece l'esegesi del frammento riconducibile a Giuliano e riportato in D. 23, 4, 22:

Giuliano *libro secundo ad Urseium Ferox* in D. 23, 4, 22: «*Quidam fundum dotis causa ab uxore sua acceperat interque eos convenerat, ut mercedes eius fundi vir uxori annui nomine daret: deinde eum*

⁷⁴⁵ Salvo ovviamente che il pretore avesse optato per il *denegare actionem*, nel caso in cui le deduzioni del convenuto – anche se poco verosimilmente non interessato a una pronuncia definitiva del giudice – avessero permesso al magistrato di accertare inequivocabilmente che «*non pareb*», rendendo così superflua la seconda fase *apud iudicem* (A. METRO, *La «denegatio actionis»*, Milano 1972, p. 158).

⁷⁴⁶ Su queste fonti si vedano le interpretazioni, fra loro divergenti, di G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, in *Studi Urbinati*, I, 3-4, 1927, pp. 29-69; II, 1-2, 1928, pp. 1-33, ora in *Scritti storico giuridici*, III, Torino 2001, pp. 39 e ss. e di R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, in *ZSS* 97, 1967, pp. 148 e ss.

fundum vir matri ^marti^ mulieris certa pensione colendum locaverat eaque, cum mercedes eius fundi deberet, decesserat et filiam suam solam heredem reliquerat et divortium factum erat: vir deinde petebat a muliere mercedes, quas mater debuerat. placuit exceptionem mulieri dari non debere “AC SI INTER SE ET VIRUM NON CONVENISSET, UT HAE MERCEDES SIBI ALIMENTORUM NOMINE DARENTUR”, cum futurum sit, ut quodammodo donationes inter virum et uxorem confirmentur: nam quod annui nomine datur, species est donationis»

Il caso prospettato da Giuliano è frutto – come fu detto – di particolari «contingenze della vita»⁷⁴⁷. Una *uxor* conferisce in dote al proprio marito un fondo, con il patto che, qualora quest'ultimo lo conceda in locazione, le *mercedes* vengano corrisposte alla moglie a titolo di rendita annuale. Il marito loca il fondo alla suocera, la quale, venuta a mancare, lascia in eredità alla figlia, unica erede, il pagamento dei canoni pendenti di cui era ancora debitrice nei confronti del genero. La *uxor* divorzia allora dal marito («*et divortium factum erat*»), il quale a sua volta agisce con l'*actio locati* contro l'ex moglie per il pagamento dei canoni dovuti. La donna chiede di apporre al testo della *formula* dell'*actio locati* la seguente *exceptio pacti* al fine di neutralizzare la richiesta dell'attore⁷⁴⁸: «E SE TRA DI LEI E IL MARITO NON SI FOSSE CONVENUTO CHE QUESTE MERCEDI LE FOSSERO DATE A TITOLO DI ALIMENTI»⁷⁴⁹.

Giuliano ritiene non doversi concedere questa *exceptio* in quanto il patto intercorso a suo tempo fra marito e moglie violava il divieto di donazione fra coniugi. Il responso giurisprudenziale si fonda quindi su ragioni «indipendenti»⁷⁵⁰ dalla natura di buona fede del giudizio. Con questa motivazione Giuliano sembrerebbe dimostrare l'astratta possibilità dell'inserimento di un'*exceptio pacti* in un *bonae fidei iudicium*, ma la cui opportunità era a ogni modo rimessa alla parte interessata e quindi da valutare caso per caso, in quanto lo stesso giurista adrianeo altrove si era dimostrato invece favorevole al principio dell'inerenza implicita (Paolo in D. 18, 5, 3: «[...] *Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt*»).

⁷⁴⁷ G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, cit., p. 40.

⁷⁴⁸ G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, cit., p. 39. *Contra* B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei. I. La inerenza delle 'exceptiones' nei 'iudicia bonae fidei'*, cit., p. 43 n. 3 e R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, cit., p. 149, i quali propendevano per un'*exceptio in factum* piuttosto che per un'*exceptio pacti*.

⁷⁴⁹ Traduzione italiana di S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, IV, Milano 2011, p. 222.

⁷⁵⁰ G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, cit., p. 40 n. 1.

Un primo sostegno alla tesi qui avanzata viene offerto da Grosso. Come racconta egli stesso⁷⁵¹, avendo dato credito al frammento riportato in D. 23, 4, 22 senza riconoscere particolare importanza alle parole usate nell'eccezione⁷⁵², all'obiezione mossagli da Arangio-Ruiz, in sede di esame per la libera docenza, secondo il quale il riferimento alle «*hae mercedes*» dell'*exceptio* qui richiamata da Giuliano non quadrerebbe con la *formula* dell'*actio locati* dove non vi è invece alcun richiamo alle *mercedes*⁷⁵³, il giurista torinese rispose che si poteva ipotizzare, nel caso di specie, una *praescriptio pro actore* inserita nella *formula* «allo scopo di limitare la *deductio in iudicium* alle sole mercedi dovute», ipotesi che – affermava Grosso – «doveva essere abbastanza corrente»⁷⁵⁴. In effetti, le *praescriptiones pro actore* – come è noto – hanno principalmente l'obiettivo di limitare ad alcune specifiche prestazioni la richiesta attoria contenuta nell'*intentio incerta* (Gai. 4, 131)⁷⁵⁵. Nel caso di specie, si potrebbe ipotizzare, credo con una certa sicurezza – anche in ragione della sequenza riportata (inadempimento-decesso-divorzio-*actio locati*) – che la domanda fosse stata circoscritta alle sole *mercedes* maturate prima del divorzio e per cui era ancora debitrice la suocera, come risulta chiaramente dall'inciso «*vir deinde petebat a muliere mercedes, quas mater debuerat*». L'uomo potrebbe aver dunque voluto delimitare tramite la *praescriptio* l'*intentio incerta* (espressa al «*quidquid dare facere oportere ex fide bona*»), al fine di riservarsi la possibilità di agire per debiti futuri o non ancora esigibili. Solo quindi una determinata *exceptio*, contenente uno specifico richiamo alle sole *mercedes* per cui si agiva secondo la delimitazione della *praescriptio* attoria, una volta inserita espressamente nel testo formulare, avrebbe reso più sicura la valutazione giudiziale al riguardo.

Il fine probabilmente doveva essere quello di limitare il più possibile la cognizione del giudice solo alle mercedi richieste dall'attore («*hae mercedes*»), evitando così i rischi sottesi a una valutazione complessiva del rapporto fra gli ex coniugi⁷⁵⁶, un tempo fondato sull'*affectio maritalis*

⁷⁵¹ G. GROSSO, *Recensione a R. KNÜTEL, Contrarius consensus. Studien zur Vertagaushebung im römischen Recht*, Köln-Graz 1968, in *SDHI* 34, 1968, pp. 403 e ss., ora in *Scritti storico giuridici*, IV, Torino 2001, pp. 621 e ss.

⁷⁵² G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, in *Studi Urbinati*, I, 3-4, 1927, pp. 29-69; II, 1-2, 1928, pp. 1-33, ora in *Scritti storico giuridici*, III, Torino 2001, p. 39.

⁷⁵³ D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova 1999, p. 54.

⁷⁵⁴ G. GROSSO, *Recensione a R. KNÜTEL, Contrarius consensus. Studien zur Vertagaushebung im römischen Recht*, Köln-Graz 1968, in *SDHI* 34, 1968, pp. 403 e ss., ora in *Scritti storico giuridici*, IV, Torino 2001, pp. 621 e ss.

⁷⁵⁵ Cfr. da ultimi L. PELLECCI, *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova 2003, *passim* e M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008, *passim*.

⁷⁵⁶ Se è probabile – come ha sostenuto R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, in *ZSS* 97, 1967, p. 149 n. 76 – che per l'ipotesi in questione la *mulier* avrebbe potuto anche optare per l'*exceptio doli* – in ragione del noto principio per cui «*dolo facit qui petit quod redditurus est*» (Paolo in D. 44, 4, 8 *pr.* = D. 50, 17, 173, 3) – l'*exceptio* più sicura sarebbe stata quella basata sul *convenisse* piuttosto che sull'«elasticità del *dolus malus*» (cfr. G. GROSSO, *Recensione a R. KNÜTEL, Contrarius consensus. Studien zur Vertagaushebung im römischen Recht*, Köln-Graz 1968, in *SDHI* 34, 1968, pp. 403 e ss., ora in *Scritti storico giuridici*, IV, Torino 2001, pp. 621 e ss.).

rilevabile dal giudice «*ex fide bona*», in quanto – come ricorda in un altro contesto Papiniano – «*placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam*» (D. 17, 1, 54 *pr.*). La donna, dunque, al fine di delimitare e circoscrivere la cognizione del giudice, potrebbe aver ritenuto opportuno, nelle schermaglie processuali *in iure*, accodarsi alla strategia intrapresa dall'ex marito propendendo a sua volta per una medesima circoscrizione delle questioni *ex pacto* da valutare *apud iudicem* tramite il chiaro ed esplicito riferimento a «quelle» sole mercedi.

Un secondo indizio ci viene invece fornito dalla motivazione addotta dallo stesso Giuliano nel consigliare – evidentemente al *praetor* – il respingimento della richiesta della donna. Quest'ultima, per evitare il rischio che il patto dotale non venisse preso in considerazione dal giudice, in quanto concluso in violazione del divieto di donazione fra coniugi, come è noto fondato sui *mores* (D. 24, 1, 1)⁷⁵⁷ – e molto probabilmente in questa valutazione avrebbe svolto un ruolo non indifferente l'«*ex fide bona*» formulare in ragione del principio, espresso in un altro contesto da Ulpiano in D. 21, 1, 30, 20, per cui «*ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire*» – dicevo, la donna potrebbe aver provato a eludere il rischio sotteso a questa valutazione giudiziale richiedendo di riportare per iscritto, nel dettato formulare, l'eccezione riferita al suddetto patto: il giudice in tal modo non avrebbe potuto esimersi dal prenderlo in considerazione anche se contrario ai *mores* perché «confermato» nella *formula* dal pretore. Ed è proprio per questo che il giurista adrianeo consiglia di non cedere alle probabili scaltre richieste della *mulier* e di non concedere quindi l'eccezione in questione, «*cum futurum sit, ut quodammodo donationes inter virum et uxorem confirmentur*».

In entrambe le ipotesi, mi sembra che si possa affermare che anche nel caso prospettato da Giuliano in D. 23, 4, 22 opporre l'*exceptio*, piuttosto che optare per l'inerenza implicita, potrebbe aver rappresentato una scelta dettata dalle esigenze della prevedibilità nel caso concreto e di una maggiore sicurezza per la parte interessata sul più conveniente andamento del giudizio. Il predeterminare espressamente nella *formula* il dovere del giudice di tenere conto del *pactum* permetteva alla parte interessata di evitare che il giudice, in ragione dell'ampia valutazione di tutto il complesso rapporto intercorso fra le parti richiesta dalla clausola «*ex fide bona*», optasse per la possibilità di non tenere conto autonomamente del patto.

Il convenuto, quindi, tanto nel caso dell'*exceptio doli* quanto in quello dell'*exceptio pacti*, al fine di star sicuro su ciò che il giudice avrebbe inderogabilmente 'dovuto' e non semplicemente 'potuto' fare, avrebbe avuto la possibilità di limitare il *liberum officium iudicis* e circoscrivere

⁷⁵⁷ Ancora utile la ricostruzione schematica dell'istituto di M. LAURIA, *Il divieto delle donazioni fra coniugi*, in *Studi in onore di Aldo Albertoni*, II, Padova 1937, pp. 511 e ss. In riferimento al passo in questione l'autore vedeva nella convezione richiamata – contrariamente a quanto affermato dalla dottrina precedente che reputava interpolato il passo – una donazione fra coniugi.

l'ampia valutazione che lo *iudex* era chiamato a svolgere in ragione dell'«*ex fide bona*», predeterminando espressamente nel dettato testuale della *formula-iudicium* i punti controversi condizionanti negativamente la condanna secondo lo schema logico del «*si non*». Tali espressi inserimenti probabilmente si consideravano in grado di eludere l'alto rischio che l'ampia valutazione giudiziale del rapporto poteva comportare.

**D) L'ACTIO PRAESCRIPTIS VERBIS E LA SCELTA «TUTIUS» («PIÙ SICURA»)
PER L'ATTORE NEI CASI DI «INCERTEZZA CONTRATTUALE».**

Dall'esame delle fonti su riportate emergerebbe una maggiore sicurezza per le parti processuali garantita dall'uso in chiave cautelare della composizione della *formula-iudicium* anche nell'ambito dei *bonae fidei iudicia*, sia nei casi di *ius controversum* (*supra* § 3.B) sia in relazione al «*liberum officium iudicis*» proprio di questi giudizi (*supra* § 3.C).

Altrove, tale maggiore sicurezza si manifesta nell'impiego dell'espressione «*tutius esse*». Il sintagma in questione in sei fonti giurisprudenziali – Labeone in Ulpiano D. 19, 5, 19 *pr.*; Africano in D. 19, 5, 24; Paolo in D. 19, 5, 5, 4; D. 44, 7, 34, 1; Vat. frg. 102; Ulpiano D. 19, 5, 17 *pr.* – alle quali può, a mio sommo avviso, legittimamente essere affiancato Sen. *de clem.* 2, 3, 1, si colora di uno specifico senso che investe la prevedibilità dell'esito del giudizio, assicurata da un cautelativo utilizzo della *conceptio verborum* in sede di *litis contestatio*.

Queste ultime possono raggrupparsi in tre sottoinsiemi:

a) Paolo in Vat. Frg. 102 – dove l'impiego dell'espressione «*tutius est*» è finalizzato ad indicare la maggiore sicurezza conseguente all'inserimento dell'*adiectio de peculio*, nel dettato testuale della *formula* dell'*actio rei uxoriae*, alla luce della *quaestio* sorta «*in bonae fidei contractibus*» e testimoniata da Ulpiano in D. 15, 1, 36 (*supra* § 3.B);

b) Paolo in D. 44, 7, 34, 1 – dove il sintagma in questione, seppur utilizzato in riferimento all'inserzione dell'*exceptio rei indicatae*, considerata «più sicura» rispetto alla valutazione *ipso iure*, ritengo possa fornire un valido spunto per interpretare, nel senso qui proposto, il gruppo di frammenti da cui si evince l'inserimento delle *exceptiones doli* e *pacti* anche nelle *formulae* di buona fede, per le quali altrove tale aggiunta è reputata non necessaria in quanto conseguenza implicita dell'«*ex fide bona*» formulare (*supra* § 3.C);

c) Labeone in Ulpiano D. 19, 5, 19 *pr.*; Africano in D. 19, 5, 24; Paolo in D. 19, 5, 5, 4; Ulpiano D. 19, 5, 17 *pr.* – dove la terminologia qui esaminata è riferita all'*agere praescriptis verbis*.

Nei frammenti *sub* a) e b), ritengo non sia del tutto trascurabile il valore attribuito dai giuristi all'inserimento di specifiche *partes formularum* alla luce di situazioni di *incertezza*, derivanti in un caso – *sub* a) – da *controversiae* giurisprudenziali; nell'altro – *sub* b) – scaturenti dal *liberum officium iudicis* nei *bonae fidei iudicia*.

Il ruolo preminente del giudice di fronte alle *magnae quaestiones* ricadenti sull'«*ex fide bona*» e sulle clausole ad essa affini e la libertà di optare per l'una come per l'altra *sententia* (Cic. *de off.* 3, 17, 70 «[...] *magna quaestio est* [...] *magni est iudicis statuere* [...]» = Gai. 1, 7: «[...] *si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi* [...]»), la maggiore imprevedibilità sul comportamento giudiziale nei *bonae fidei iudicia* dove libero ne risulta l'*officium* del giudice, rispetto al dettato

testuale, di dare esecuzione o meno ad alcune specifiche conseguenze implicitamente derivanti dall'«*ex fide bonae*» formulare (Gai. 4, 63: «*liberum est tamen iudici [...]*»; 4, 114: «*[...] liberum est officium iudicis [...]*»), così come il rischio di perdere la lite qualora non si abbondi nella definizione della fattispecie all'interno del testo della *formula* (Sen. *de clem.* 2, 3, 1: «*[...] plura proponere tutius est, ne una finitio parum rem comprehendat et, ut ita dicam, formula excidat [...]*»), sono tutti dati che sembrano giustificare una redazione del testo della *formula-iudicium* tesa a conferire maggiore sicurezza («*tutius esse*») all'esito del giudizio.

Non credo ci si possa quindi meravigliare se il ricorrente utilizzo dell'espressione, a quanto pare tecnica, conduca ad associare a questi due gruppi l'insieme di frammenti sull'*agere praescriptis verbis* (*sub c*), dove i giuristi tra il I e il III sec. d. C. sono inclini ad indicare come «più sicura»⁷⁵⁸ – rispetto al possibile esperimento di altre azioni tipiche – l'adozione della particolare soluzione formulare, alla luce di noti ed evidenti casi di «incertezza contrattuale»⁷⁵⁹ (*infra sub α*) o, addirittura, a fronte di casi di *ius controversum* sugli elementi qualificanti alcune specifiche fattispecie contrattuali (*infra sub β*).

α) Data ormai per certa l'origine labeoniana dell'*agere praescriptis verbis*⁷⁶⁰, la testimonianza di nostro interesse più risalente risulta essere proprio quella di Labeone, trasmessa e condivisa da Ulpiano nel trentunesimo libro *ad edictum*:

Labeone-Ulpiano *libro trigesimo primo ad edictum* in D. 19, 5, 19 *pr.*: «Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, t u t i u s e s t ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus»

Tu chiede ad *Ego* del denaro a titolo di mutuo. *Ego*, non disponendo della somma di denaro richiesta, consegna a *Tu* una cosa affinché quest'ultimo la alieni e possa utilizzare il prezzo della

⁷⁵⁸ Solo alcuni, tra gli autori che si sono concentrati sull'*agere praescriptis verbis*, e comunque in modo incidentale, hanno enfatizzato il ripetersi nei frammenti riportati in D. 19, 5 dell'espressione «*tutius est*», da affiancare all'altro sintagma «*melius est*» ricorrente in Ulpiano (D. 19, 5, 18 e D. 19, 5, 19, 1): tra questi in particolare M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002, p. 119 n. 260: «*die Klage praescriptis verbis gegenüber anderen in Frage kommenden Rechtsmitteln nicht den Anspruch auf Ausschließlichkeit erhebt in D. 19, 5, 5, 4, D. 19, 5, 17 pr., D. 19, 5, 19 pr. und D. 19, 5, 24. Dies erklärt die Verwendung des „tutius“: Ähnliches gilt für die Verwendung von „melius“ in diesem Zusammenhang*». Vedi anche A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati di Labeone*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano 1987)*, I, Milano 1988, ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova 2006, p. 128 n. 31 e F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Torino 1992, p. 180 n. 43.

⁷⁵⁹ M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*³, cit., p. 439.

⁷⁶⁰ *Contra* M. SARGENTI, *Labeone e la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura* 38, 1987, pp. 54 e ss. e ID., *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in *SDHI* 72, 2006, pp. 237 e ss.

vendita a titolo di mutuo. Ulpiano – e prima di lui Labeone – si domandano: nel caso in cui *Tu* non venda la cosa consegnata o non ottenga dal terzo acquirente il prezzo della cosa venduta, quale tutela si deve accordare ad *Ego*? La soluzione «più sicura» indicata da Labeone, prima, e da Ulpiano, dopo, è l'*agere praescriptis verbis*.

Come è stato recentemente posto in luce⁷⁶¹, Labeone sembrerebbe voler ricorrere all'*agere praescriptis verbis*, non tanto al fine di tutelare una fattispecie sostanziale atipica – conclusione a cui sembrerebbe condurre l'inciso «*quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus*»⁷⁶² – ma in ragione del rischio sotteso all'esperimento di uno dei possibili strumenti processuali tipici⁷⁶³. Comunemente si ritiene che qui l'incertezza sull'azione da esperire ricada sulla *condictio* – in ragione della mancata integrazione del mutuo – oppure sull'*actio mandati* – in ragione della struttura del mandato «pericolosamente»⁷⁶⁴ vicino a un *mandatum tua gratia*.

⁷⁶¹ M. F. CURSI – R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR* 105, 2011, pp. 156 e ss. spec. 158. Qualche apertura in tal senso anche in C. A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, in *Iura* 57, 2008-2009, pp. 9 e ss. Ora vedi anche E. SCIANDRELLO, 'Nomen contractus' e 'nuovi contratti'. *L'agere praescriptis verbis* labeoniano tra tipicità e atipicità contrattuale, in *Diritto@Storia* 12, 2014, § 2.

⁷⁶² Come tradizionalmente viene ritenuto, in particolare da A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli 1971, pp. 91 e s. e 100; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA* 37, 1983, pp. 134-142 spec. 140; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, Atti del convegno (Copanello, 1-4 giugno 1988), Napoli-Roma 1990, p. 98; A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati di Labeone*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano 1987)*, I, Milano 1988, ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova 2006, p. 128; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Torino 1992, p. 180; A. BURDESE, *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid 1994, pp. 70 e 72; E. SCIANDRELLO, 'Nomen contractus' e 'nuovi contratti'. *L'agere praescriptis verbis* labeoniano tra tipicità e atipicità contrattuale, in *Diritto@Storia* 12, 2014, § 3. L'espressione sarebbe invece un glossema per M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002, p. 85 e n. 96; per M. SARGENTI, *Labeone e la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, cit., p. 48 è da attribuire ad Ulpiano.

⁷⁶³ Sembrerebbe emergere un analogo atteggiamento anche in un altro frammento labeoniano in Papiniano D. 19, 5, 1, 1 («*Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribitis*»), dove l'accordo per il trasporto marittimo di merci poteva dar luogo o ad una *locatio navis* (ove il *dominus mercium* era *conductor navis*) o ad una *locatio mercium vehendarum* (ove lo stesso assumeva la veste di *locator*). La soluzione in un senso o nell'altro avrebbe portato «sul piano processuale alla concessione, in favore dello stesso *dominus mercium*, o dell'*actio conducti* o dell'*actio locati*, con il rischio di dover vedere assolto il *magister navis*» se *apud iudicem* fosse risultato che il contratto concluso non era «quello rispecchiato dalla formula» che era servita per contestare la lite (R. SANTORO, *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis e praescriptio*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, IV, Milano 1983, p. 706). Vedi anche A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati di Labeone*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano 1987)*, I, Milano 1988, ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova 2006, p. 135; M. F. CURSI – R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR* 105, 2011, p. 147.

⁷⁶⁴ M. F. CURSI – R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR* 105, 2011, p. 158.

Superati i sospetti d'interpolazione dell'espressione comparativa «*tutius est*»⁷⁶⁵, quest'ultima sembra avere, come termine implicito di paragone – in ragione della probabile collocazione palinogenetica del passo⁷⁶⁶ –, l'*actio mandati*⁷⁶⁷. Labeone ritiene *tutius* agire *praescriptis verbis* in quanto, sebbene sia astrattamente possibile esperire l'azione tipica di mandato, vi è il concreto «rischio»⁷⁶⁸ che il giudice o ricostruisca il negozio come mutuo piuttosto che come *mandatum*, ritenendo così non dovuta la prestazione del convenuto, o consideri invalido il mandato in quanto *tua gratia*, con la conseguente perdita della lite per l'attore.

Come è stato sostenuto da chi da ultimo sembra aver dato maggior risalto all'espressione in questione nell'ambito di uno studio approfondito dell'*agere praescriptis verbis*, «*dabei wirft gerade dieses Kennzeichen ein Schlaglicht auf die Arbeit des römischen Juristen im Formularverfahren, der als Berater einer Prozeßpartei oder des Gerichtsmagistraten sich mit dem Vorschlag oder der Aufstellung eines Prozeßprogrammes zu beschäftigen hatte*»⁷⁶⁹. Emerge anche qui, allora, l'uso cautelare della *conceptio verborum*, risalente almeno a Labeone e persistente fino ai tempi di Ulpiano⁷⁷⁰, volto a rendere

⁷⁶⁵ A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Aalen 1963 (rist. ed. 1873), p. 482: «Hier hat Labeo sicherlich allein die *actio praescriptis verbis* zugelassen, so dass das *tutius* von den Compilatoren herrühren muss»; P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I, Pavia 1913, p. 314: «quel *tutius* presenta il solito non senso di un comparativo che non ha termine al quale riferirsi, poiché non si suggeriscono altre azioni»; E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrabere" in giuristi proculiani e sabiniani*, in *BIDR* 28, 1915, p. 32.

⁷⁶⁶ Ipotizzata da M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, Atti del convegno (Copanello, 1-4 giugno 1988), Napoli-Roma 1990, p. 87 n. 204. Inserisce il frammento labeoniano nella rubrica *de aestimato* O. LENEL, *Palinogenesi iuris civilis*, I, cit., p. 514 fr. 100 (ma non invece quello ulpiano che O. LENEL, *Palinogenesi iuris civilis*, II, cit., pp. 624-625 fr. 915 riporta nella rubrica *mandati vel contra*). Scettici già E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrabere" in giuristi proculiani e sabiniani*, cit., pp. 31 e ss. e, più di recente, M. F. CURSI – R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, cit., p. 156.

⁷⁶⁷ M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*, Atti del convegno (Copanello, 1-4 giugno 1988), Napoli-Roma 1990, pp. 87 e 98-99; A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati di Labeone*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano 1987)*, I, Milano 1988, ora in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova 2006, p. 128; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Torino 1992, p. 180 n. 43; A. BURDESE, *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid 1994, p. 70; M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002, p. 119 n. 260; M. F. CURSI – R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR* 105, 2011, p. 158.

⁷⁶⁸ Cfr. M. F. CURSI – R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR* 105, 2011, p. 160. Vedi anche M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002, p. 82: «Maßstab dürfte gewesen sein, wie groß das Risiko war, daß ein iudex die in die Formel aufgenommenen Urteilsvoraussetzungen für nicht gegeben hielt, weil er mit der rechtlichen Qualifikation der Abmachung Schwierigkeiten hatte».

⁷⁶⁹ M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, cit., p. 81.

⁷⁷⁰ Analoga valutazione a quella richiamata in D. 19, 5, 19 *pr.* è sviluppata da Africano nel lungo frammento D. 19, 5, 24 dove si ritiene «*tutius*» l'esperimento di un'*actio in factum praescriptis verbis* rispetto – anche qui implicitamente – all'*actio mandati*. Infatti, l'utilizzo di questa espressione rende chiaro che il negozio intercorso fra le parti non può in assoluto non essere qualificato come mandato («[...] quasi

«più sicuro», in questo caso per il solo attore, l'andamento della fase *apud iudicem*. L'*agere praescriptis verbis* evita il «*Risiko*»⁷⁷¹ che il giudice valuti la fattispecie negoziale diversamente dal negozio richiamato in *demonstratio*, alla luce di un'incertezza nella qualificazione giuridica del rapporto che rende più imprevedibile la *sententia iudicis*.

Solo una *conceptio verborum* più aderente allo specifico fatto dedotto in giudizio – e non a caso la terminologia che si evince dalle fonti a fianco a quella di *actio* o *agere praescriptis verbis* è proprio *actio civilis in factum*⁷⁷² – garantisce all'attore una maggiore prevedibilità dell'esito del giudizio; diversamente lo schema negoziale tipico indicato in *demonstratio* sarebbe solo uno fra i possibili tipi negoziali in cui lo *index* potrebbe sussumere il rapporto dedotto in giudizio, con il conseguente rischio che quest'ultimo opti per il negozio ivi non richiamato e quindi per la relativa assoluzione del convenuto⁷⁷³.

mandatum inter eos contractum [...]). Il rischio è rappresentato dalla circostanza che il giudice potrebbe non qualificare lo schema negoziale concluso fra le parti così come indicato in *demonstratio* (M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, cit., p. 137). La medesima alternativa – espressa dal solito comparativo «*tutius*» – ricorre in D. 19, 5, 5, 4 dove Paolo, quasi a conclusione del lungo e noto frammento sulle quattro specie di contratti innominati, ad esplicazione dello schema *facio ut facias* riporta alcune fattispecie riconducibili «*quodammodo*» al *mandatum*. Anche qui però risulterà «*sicherem*» «*praescriptis verbis dari actionem*» per le medesime ragioni (M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, cit., p. 195).

⁷⁷¹ M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, cit., pp. 81-82.

⁷⁷² Terminologia su cui si sono concentrati in particolare R. SANTORO, *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis e praescriptio*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, IV, Milano 1983, pp. 683 e ss. e, più di recente, M. SARGENTI, *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis. Ancora una riflessione*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VII, Napoli 2001, pp. 235 e ss.; ID., *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in *SDHI* 72, 2006, pp. 229 e ss.; C. A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, in *Iura* 57, 2008-2009, pp. 9 e ss.

⁷⁷³ Per quanto la ragion d'essere dell'*agere praescriptis verbis* risieda proprio nel «non vincolare il giudice nella qualificazione del rapporto» (M. F. CURSI – R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR* 105, 2011, pp. 145-146 n. 1 e p. 183 n. 134), ritengo che solo l'inserimento all'interno della formula dei *praescripta verba* (e quindi dopo la *iudicis nominatio*) e «*loco demonstrationis*» («al posto della *demonstratio*»: C. A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, in *Iura* 57, 2008-2009, p. 26 n. 34; così anche O. LENEL, *Essai de reconstitution de l'Edit perpétuel* (trad. fr. a cura di F. PELTIER), II, Paris 1903, pp. 16 e ss. ma non più in ID. *Das Edictum perpetuum*³, Aalen 1985, pp. 300 e ss.) – *verba* ai quali lo *index* deve quindi considerarsi vincolato – possa rendere concretamente più sicura la posizione processuale dell'attore. Infatti, qualora si prediligesse per la teoria sulla ricostruzione della formula *praescriptis verbis* che vede una *praescriptio* al di fuori del testo della formula stessa priva di *demonstratio*, con *intentio incerta* (*in ius ex fide bona*) e *condemnatio* (F. KNIEP, *Praescriptio und pactum*, Jena 1891, pp. 67 e ss.; R. SANTORO, *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis e praescriptio*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, IV, Milano 1983, pp. 683 e ss.; M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 1998; M. F. CURSI – R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR* 105, 2011, pp. 145-146 n. 1), accadrebbe che il giudice nominato riceverebbe un *insum indicandi* nel quale «manca l'indicazione dell'oggetto del giudizio» (C. A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, in *Iura* 57, 2008-2009, p. 25), perché la *praescriptio* non fa parte della formula, non rappresentandone tecnicamente una clausola. Analogamente la teoria che ricostruisce l'*actio praescriptis verbis* nei termini di una formula con una *praescriptio* aggiunta alla *demonstratio*, in cui è contenuto il richiamo al contratto tipico, seguita da *intentio incerta* (*in ius ex fide bona*) e *condemnatio* (M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, cit., pp. 46 e ss.; probabilmente anche M. SARGENTI, *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in *SDHI* 72, 2006, p. 250), non

Alla luce di più possibilità e direzioni verso le quali il giudice può maturare il proprio convincimento – determinate da un'incerta qualificazione dello schema negoziale concluso fra le parti (Labeone-Ulpiano in D. 19, 5, 19 *pr.*; Africano in D. 19, 5, 24; Paolo in D. 19, 5, 5, 4) –, la composizione del dettato formulare si conferma utile mezzo per delimitarne 'formalmente' le opzioni di scelta e indirizzare l'operato dello *iudex* verso valutazioni obbligate.

β) Accanto ai casi di «incertezza contrattuale» appena esaminati, vi è un frammento – l'ultimo da esaminare in tema di *agere praescriptis verbis* dove ricorre l'espressione «*tutius est*» – nel quale l'insicurezza sulla decisione del giudice è determinata da una controversialità sul tipo di bene oggetto del contratto di *commodatum*⁷⁷⁴. Si tratta di un frammento ulpiano, escerpito dal ventottesimo libro *ad edictum*, che va – a mio sommesso avviso – a 'chiudere il cerchio' circa l'utilizzo della *conceptio verborum* nei casi di maggiore imprevedibilità dell'esito di un giudizio, intrecciandosi con entrambi gli aspetti qui esaminati: incertezza contrattuale e *ius controversum* nei *bonae fidei iudicia*.

Ulpiano *libro vicesimo octavo ad edictum* in D. 19, 5, 17 *pr.*: «Si gratuitam tibi habitationem dederò, an commodati agere possim? et Vivianus ait posse: sed est tutius praescriptis verbis agere»

Ulpiano si chiede se sia possibile agire con l'azione di comodato nel caso in cui *Ego* dia gratuitamente un'abitazione a *Tu*. Il giurista severiano riporta il pensiero di Viviano secondo il quale è possibile dare in comodato anche un'abitazione. Ma Ulpiano ritiene «più sicuro» in questo caso agire *praescriptis verbis*.

Il frammento in questione è estrapolato dal medesimo libro in cui l'autore del commentario all'editto interpreta la clausola edittale «QUOD QUIS COMMODASSE DICETUR, DE EO IUDICIUM DABO»⁷⁷⁵. Tale commento è in parte riportato anche in D. 13, 6, 1, 1 dove viene testimoniata una *quaestio* sull'oggetto del *commodatum*:

Ulpiano in *libro vicesimo octavo ad edictum* in D. 13, 6, 1, 1: «Huius edicti interpretatio non est difficilis. unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commodati fecit mentionem, cum paconius utendi fecit mentionem. inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli,

consentirebbe di «risolvere i problemi di tutela cui l'*agere praescriptis verbis* è preposto» (M. F. CURSI – R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, cit., p. 146 n. 1). Cfr. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova 1999, p. 58 n. 164 per una rapida ricognizione della discussione sul tema.

⁷⁷⁴ M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, cit., pp. 196-197.

⁷⁷⁵ O. LENEL, *Paltingenesia iuris civilis*, II, cit., pp. 579 e sss.

utendam dari etiam soli. sed ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait»

Nel frammento in questione vi è la testimonianza di uno «*ius controversum*» sui possibili oggetti del *commodatum*, in particolare «sull'estensione alle cose immobili»⁷⁷⁶. Nella casistica delle fonti, il comodato ha per lo più come oggetto cose mobili ma la giurisprudenza – rappresentata in Ulpiano dalle voci di Cassio e Viviano – reagendo ad una opinione contraria di Labeone⁷⁷⁷, ammise che potessero darsi in comodato anche gli immobili⁷⁷⁸. È lo stesso Viviano a ritenere possibile la concessione dell'*actio commodati* in caso di dazione gratuita di un'abitazione (D. 19, 5, 17 *pr.*)⁷⁷⁹. Ulpiano viceversa – forse palesando un atteggiamento adesivo verso l'impostazione di Labeone o comunque memore della *quaestio* probabilmente non ancora del tutto sopita al suo tempo – ritiene più sicuro agire con un'azione *praescriptis verbis* priva del richiamo in *demonstratio* al contratto tipico di *commodatum*.

La maggiore sicurezza deriverebbe dall'evitare così il rischio di una valutazione differente da parte del giudice, influenzato dall'opinione discordante di cui era stato autorevole sostenitore Labeone, il quale non riteneva integrato il comodato quando avesse ad oggetto beni immobili.

Anche qui allora, l'utilizzo in chiave cautelare della *conceptio verborum* – esplicitandosi in questo caso con l'inserimento dei *praescripta verba* nella *formula* – mi sembra soddisfare le medesime generali esigenze di prevedibilità dell'esito del giudizio già riscontrate sopra, ma con il particolare obiettivo di limitare gli effetti distorsivi dello *ius controversum*, nei termini di incertezza della *sententia iudicis*.

⁷⁷⁶ M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*³, cit., p. 463.

⁷⁷⁷ Sul rapporto *genus-species* fra l'*utendum dare* e il *commodare* enunciato da Labeone si veda M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, cit., p. 254 n. 712.

⁷⁷⁸ G. SCHERILLO, *s.v. Comodato (diritto romano)*, in ED VII, Milano 1960, p. 981. Vedi anche K. SLAPNICAR, *Gratis habitare. Unentgeltliches Wohnen nach römischen und geltendem Recht*, Berlin 1981, pp. 45 e ss. e P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del commodatum*, Milano 1983, pp. 109 e ss.

⁷⁷⁹ K. SLAPNICAR, *Gratis habitare. Unentgeltliches Wohnen nach römischen und geltendem Recht*, cit., pp. 47-48.

CONSIDERAZIONI FINALI

I profili di indagine prescelti e sin qui sviluppati – «conoscibilità» del sistema giuridico, affidata per lo più alla pratica della *scientia iuris* (*supra* cap. III), e «prevedibilità» dell'esito del giudizio, attuata per il tramite della 'collaborazione processuale' fra pretori, giuristi e parti che si realizza nella elaborazione della *formula-iudicium* in concreto (*supra* cap. V) – si sono ripetutamente intersecati e intrecciati tra loro nel corso delle presenti ricerche: l'applicazione di ambedue i principi sembra aver contribuito, tra il II sec. a. C. e il III sec. d. C., in generale nel sistema giuridico romano ma anche e soprattutto nell'ambito più specifico dei *bonae fidei iudicia*, a realizzare una più completa sicurezza di vita dei *cives*⁷⁸⁰.

Dalla lettura delle fonti prescelte ritengo sia prima di tutto emerso un rapporto speculare tra «certezza-conoscibilità» e «sicurezza-prevedibilità», i cui significati e accezioni ho cercato di definire sulla scorta della letteratura in materia (*supra* cap. I).

In particolare, è emerso che il problema della «certezza-conoscibilità» (*infra sub* I) è da considerarsi legato al sistema romano delle fonti di produzione dello *ius*, e precisamente allo sviluppo storico di quelle *partes iuris* (c. d. «*ius ex scriptis*»: *lex, plebiscitum, senatus consultum, constitutio principis, edictum*), per il cui indispensabile coordinamento e per la cui esatta comprensione si richiedeva la mediazione dell'*interpretatio prudentium*.

Il profilo della «sicurezza-prevedibilità» (*infra sub* II) sembra aver coinvolto, viceversa, la possibilità di prevedere l'esito delle controversie e quindi l'operato, *in primis*, dello *iudex unus* del processo formulare indirizzato e guidato dalla *formula-iudicium*.

L'oggetto specifico di questo studio, i *bonae fidei iudicia*, rappresenta – come si vedrà – un 'banco di prova' di quanto è possibile in generale affermare per il sistema giuridico romano, sia per la «certezza-conoscibilità» sia per la «sicurezza-prevedibilità», in virtù del centrale ruolo acquisito in questi giudizi dallo *iudex* il cui *officium* è emblematicamente definito «*liberum*» (Gai. 4, 63 e 114).

⁷⁸⁰ «La vita [...] è essenzialmente insicurezza. [...] Siamo persino insicuri se domani continueremo ad esistere; ma ancora più insicuri di ciò che succederà dei contenuti particolari della nostra vita: salute, fortuna, successo, amore, dolore, piacere ... Per questo l'uomo ha bisogno che qualche dimensione della sua vita sia sicura, di poter contare su di essa, per affrontare partendo da essa, con brio, il problematico resto. Questo era il diritto per i romani. Grazie a questa sicurezza del suo diritto, il cittadino di Roma poteva appoggiare con fiducia il tallone, essere fermo e tranquillo, e sentendosi protetto, per così dire, nella sua retroguardia poteva scegliere senza agitazione, senza paura né nevrosi come comportarsi [...]» (J. ORTEGA Y GASSET, *Una interpretazione della storia universale*, Gallarate 1994 (trad. it. a cura di L. PAJETTA), p. 245). Recentemente parte di questa citazione è stata fatta propria da N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 55.

I) «Certezza-conoscibilità» del sistema giuridico e *interpretatio prudentium*. Le ricerche sulla «c e r t e z z a - c o n o s c i b i l i t à» del sistema giuridico – nel periodo storico qui preso in esame (II sec. a. C. – III sec. d. C.) – mi hanno condotto a ribadire il ruolo centrale della *scientia iuris* e dei giureconsulti quali principali fattori di cognizione del contenuto dello *ius*, sia per il sistema giuridico in generale, sia nell’ambito dei *bonae fidei iudicia* più in particolare. Cercherò di elencare per punti le considerazioni finali che sommestamente ritengo in merito di poter trarre, in riferimento al sistema giuridico in generale (*infra sub 1*) e, in secondo luogo, con particolare riguardo ai *bonae fidei iudicia* (*infra sub 2*).

1) *Conoscibilità del «contenuto» del sistema giuridico in generale*. La «certezza-conoscibilità» acquista significato diverso a seconda che riguardi la semplice «e s i s t e n z a» degli atti normativi o, piuttosto, il «c o n t e n u t o» degli stessi⁷⁸¹. Nelle visuali di Cicerone e Pomponio il tema della «certezza» del diritto – che coinvolge per lo più il profilo della «conoscibilità» dell’«esistenza» dello *ius* tramite la diffusione degli atti normativi espressi – sembra collocarsi su un «fronte» esclusivamente «politico»⁷⁸², ovverossia di limitazione dell’esercizio arbitrario delle *potestates* pubbliche (*supra* cap. III § 1). Nelle riflessioni di Labeone e Nerazio, invece, la «conoscibilità» del «contenuto» dello *ius* si pone su un fronte prettamente «tecnico» e per questo affidato all’attività mediatrice dell’*interpretatio prudentium*, finalizzata a garantire una conoscenza «m e d i a t a» dell’intero sistema, il quale riecheggia nell’espressione «*in omni parte [iuris]*» di Nerazio (D. 22, 6, 2) da ancorare alla formula «*omne ius*» rinvenibile già in Labeone (*supra* cap. III § 2).

A) *Interpretatio prudentium e conoscibilità, fra ‘modello repubblicano’ e ‘modello imperiale’*. Questo schema, che vede al centro del sistema il giurista «oracolo» della città (Cic. *de orat.* 1, 200), rappresenta una diretta espressione del ‘modello repubblicano’ che ‘resiste’ fino alla definitiva affermazione del ‘modello imperiale’ fondato al contrario – sia in generale (*supra* cap. III § 2.C) sia in modo particolare nell’ambito dei *bonae fidei iudicia* (*supra* cap. III § 3.E) – sulla conoscibilità «i m m e d i a t a» degli atti normativi del principe.

B) *L’ignorantia iuris*. Fin quando si conserva questo schema, la conoscibilità «m e d i a t a» del «c o n t e n u t o» del sistema giuridico nella sua vastità e complessità – lo «*ius finitum*» da definire nelle sue fattispecie in sede di *interpretatio iuris* secondo Nerazio (*supra* cap. III § 2.A) – consiste in un’attività prettamente giurisprudenziale che i *cives*, innanzitutto secondo Labeone (D. 22, 6, 9, 3), hanno l’onere di sollecitare se non vogliono incappare nel perentorio «*ignorantia iuris nocet*» (*supra* cap. III § 2.B).

⁷⁸¹ Cfr. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 576.

⁷⁸² L. LANTELLA, «*Ius certum*» in D. 1. 2. 2., cit., p. 229.

2) *Conoscibilità del «contenuto» dell'«ex fide bona» formulare.* Anche in modo specifico nell'ambito tutto peculiare dei *bonae fidei iudicia*, in ragione del centrale ruolo dello *iudex* il cui *officium* è riconosciuto 'libero' (Gai. 4, 63 e 114) rispetto alle maglie della *formula* (*supra* cap. II e cap. V §§ 3.A e 3.C), la mediazione giurisprudenziale – sotto forma di attività rispondente e di pratica della scienza sistematrice – sembra aver proseguito a garantire, in via esclusiva, la «certezza-conoscibilità» del sistema. Alcuni dati analizzati contribuiscono ad avvalorare questa tesi: *in primis*, l'esaltazione, condotta da Cicerone in materia di *fides bona* (Cic. *top.* 17, 65-66), della tradizione giurisprudenziale e non invece, come potrebbe ipotizzarsi, della prassi giudiziale (*supra* cap. III § 3.B). E poi, l'*interpretatio* dell'«*ex fide bona*» formulare rivendicata in via esclusiva dai medesimi giuristi, almeno a partire dallo stesso Nerazio (D. 2, 14, 58), senza alcuna esplicita 'delega' agli *iudices* privati (*supra* cap. III § 3.C) nonché, infine, lo sforzo, in particolare di Sabino (D. 17, 2, 38 *pr.*) e Pomponio (D. 2, 14, 7, 6; D. 15, 1, 36 *et al.*), di generalizzare le regole proprie di tutti i giudizi di buona fede, uniformando così la disciplina di riferimento per qualsiasi *iudex* di un *bonae fidei iudicium* (*supra* cap. III § 3.D). Come si può intuire anche soltanto da questa sintetica ricognizione, si tratta di dati in grado di contribuire a corroborare l'opinione – del resto ancora dominante in dottrina – per la quale il ruolo degli *iuris periti* sia da considerarsi centrale nel processo di informazione giuridica e, quindi, di conoscibilità dello *ius*, anche in modo specifico nell'ambito tutto particolare dei *bonae fidei iudicia*.

II) «Sicurezza-prevedibilità» degli esiti processuali e *formulae-iudicia*. Se il sistema di *ius controversum* non sembra aver inciso sulla certezza del diritto inficiandone la «conoscibilità» – in quanto, come è stato efficacemente sostenuto e a più riprese, anche qui (*supra* cap. I § 6 e cap. V § 1), ribadito, tutte le *opiniones* e le *sententiae* dei giureconsulti, anche quelle tra loro dissenzienti, erano considerate ad ogni modo *ius* – ho ritenuto necessario appurare se ciò potesse essere analogamente affermato sotto il profilo della «sicurezza-prevedibilità» degli esiti giudiziali.

Ecco di seguito, sempre per punti, alcune considerazioni finali in merito, nuovamente sia nella più generale procedura formulare (*infra sub* 1) sia in modo specifico nel contesto peculiare dei *bonae fidei iudicia* (*infra sub* 2).

1) *Prevedibilità della sententia iudicis nel processo formulare.* Innanzitutto sarà utile, anche in sede di conclusioni (cap. I § 6 e cap. V § 1.A), ricordare l'accezione qui attribuita al concetto «sicurezza-prevedibilità»: esso è da intendersi, ovviamente, non come assoluta certezza del contenuto di una *sententia iudicis* (ad esempio, l'*an* relativo all'assoluzione o alla condanna;

oppure il *quantum* relativo all'ammontare della *condemnatio*) ma quale maggiore sicurezza sull'andamento del giudizio e sullo schema giuridico cui deve attenersi il giudicante nel risolvere la controversia nonché sull'esercizio dei poteri a lui conferiti: sicurezza che si esplica, quindi, in una riduzione del margine di *imprevedibilità* nell'esercizio dell'*officium* del giudice per giungere all'emanazione della sentenza.

Recentemente è stato fatto cenno, sebbene incidentalmente, alla stringente prevedibilità dell'esito del processo formulare connaturata alla struttura della *formula-iudicium*: l'idea stessa di quest'ultima, «come decreto pretorio che detta in modo preciso al giudice i punti che dovrà controllare per giungere alla decisione della lite sottopostagli, rappresenta uno strumento che dà al processo una trasparenza cristallina. Ciascuna delle parti, una volta che possa prevedere quale formula reggerà il giudizio previsto, è in grado di conoscere quali punti vi verranno trattati, e quindi a quali rischi si espone». E ciò ci può autorizzare a pensare «che i Romani, quando s'impegnavano in un processo formulare, avessero la possibilità di prevederne l'esito finale con un'approssimazione assai maggiore di quel che è accaduto con qualunque altra forma di procedura privata»⁷⁸³, come ad esempio – mi permetto di aggiungere – nell'arbitrato stragiudiziale.

Questa naturale prevedibilità connaturata alla procedura *per formulas* sembra però essersi incrinata innanzi alle controversie giurisprudenziali, in ragione della libertà del giudice di seguire il parere preferito (Gai. 1, 7: «[...] *si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi* [...]»).

A tal proposito, sembra che la necessità di contenere, all'interno di accettabili limiti, gli «inconvenienti» dello *ius controversum*⁷⁸⁴ – necessità che emerge dai noti interventi imperiali volti, da Augusto ad Adriano (Pomponio in D. 1, 2, 2, 49 per lo *ius respondendi ex auctoritate principis* di Augusto e Tiberio; e Gaio in Gai. 1, 7 per il rescritto di Adriano) e fino alla più tarda 'legge delle citazioni' (C. Th. 1, 4, 3)⁷⁸⁵, a regolamentare i poteri del giudice innanzi alla controversialità dei giuristi – sia stata frutto di un'esigenza, figlia dell'età imperiale, del «potere centrale»⁷⁸⁶, piuttosto che dei veri protagonisti della 'partita' processuale.

⁷⁸³ C. A. CANNATA, «*Omnia iudicia absolutoria esse*», cit., p. 68.

⁷⁸⁴ E. STOLFI, *Citazioni e 'dissensiones prudentium' nella tradizione dei testi giurisprudenziali in età tardoantica. Alcune riflessioni*, cit., pp. 197 e ss., il quale ha posto in luce una «certa insofferenza» del potere imperiale «verso gli inconvenienti del *ius controversum*». Da ultima, sugli «inconvenienti» dello *ius controversum*, nell'età tardo-antica, ma non solo, si veda I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli sententiae*, cit., pp. 151 e ss. spec. 159 e s. con ampia bibliografia ivi citata.

⁷⁸⁵ Cfr. M. BRETONNE, *Storia del diritto romano*¹⁰, cit., p. 369, il quale ha affermato, a commento di C. Th. 1, 4, 3, che con questo intervento imperiale «i giuristi classici» divennero «de semplici cifre di un calcolo giuridico».

⁷⁸⁶ C. A. CANNATA, *Iura condere. Il problema della certezza del diritto fra tradizione giurisprudenziale e auctoritas principis*, cit., p. 42.

Infatti, come è stato autorevolmente notato, è probabile che già nel corso del I sec. a. C. siano state più che altro le stesse *formulae* ad aver offerto al magistrato giudicante, nonché indirettamente ai giuristi e alle parti processuali, la possibilità «di intervenire ancora più incisivamente» sull'*officium* del giudice, «indirizzandolo e costringendolo in binari [...] molto più severi e controllati»⁷⁸⁷, al fine di arginare gli effetti indesiderati del dilatarsi dello *ius controversum*⁷⁸⁸.

Tra gli strumenti giuridici forniti dal sistema ai protagonisti della 'partita' processuale per arginare il maggior grado di imprevedibilità raggiunto nei casi di *ius controversum*, sembra dunque aver assunto un ruolo centrale proprio la *formula* – «momento di determinazione e definizione formale del diritto»⁷⁸⁹ – e la relativa *conceptio verborum*.

Dalle ricerche condotte è emersa infatti un'eccellente «abilità» dei giuristi, sollecitati dalla *disputatio fori*, di «combinare le parole»⁷⁹⁰ nel *litigare per concepta verba*. La struttura-tipo della *formula-iudicium* fondata – di regola – sul periodo ipotetico alternativo («*si parets*» / «*si non parets*») sembra aver rappresentato, tra il definitivo consolidamento del processo *per formulas* e il III sec. d. C., un'utile garanzia per la prevedibilità degli esiti giudiziali rispetto alle procedure stragiudiziali prive di tale schema (*in primis* gli *arbitria ex compromissis*) (*supra* cap. V § 2.A).

Lo schema logico-giuridico del periodo ipotetico alternativo tipico delle *formulae*, come è stato sostenuto in letteratura, a mio sommo avviso, in modo del tutto convincente⁷⁹¹, richiama la «struttura di base» tipica delle norme, così come la semantica giuridica è incline ad intenderle: «Fattispecie + Statuizione». Si tratta di una struttura che è infatti possibile rintracciare nell'accoppiata «*si parets*» + «*condemnato*» e nell'opposta e speculare «*si non parets*» + «*absoluto*».

Questo schema sembra tutelare chi possa confidare in un esito favorevole del processo.

Le aspettative di successo nelle «*bonae causae*» in cui «confidare» – espressione rinvenibile nelle fonti e, sebbene con autorevoli eccezioni, quasi del tutto trascurata in dottrina⁷⁹² – sembrano aver trovato, infatti, proprio nel periodo ipotetico alternativo, di regola presente

⁷⁸⁷ A. CORBINO, *Iudicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., p. 180. Cfr. da ultimo anche G. GUIDA, *Ius dicere e indicare. Iurisdictio del magistrato e poteri del giudice*, cit., pp. 54 e ss.

⁷⁸⁸ Secondo A. CORBINO, *Iudicia, ius varium e giudici tra tarda repubblica e primo principato*, cit., pp. 178-179, tra gli strumenti giuridici esperiti per arginare la «degenerazione della controversialità» vi è proprio la procedura *per formulas*, invitando così il lettore a riflettere con maggiore attenzione sul ruolo che la procedura formulare possa aver svolto in ordine ai rapporti fra giudici e giurisprudenza.

⁷⁸⁹ G. GROSSO, *Premesse generali al corso di diritto romano*⁴, cit., pp. 147 e ss.

⁷⁹⁰ D. MANTOVANI, *L'editto come codice e da altri punti di vista*, cit., p. 177.

⁷⁹¹ A. CARCATERRA, *Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani (interpretatio iuris)*, cit., pp. 57 e ss. spec. 60.

⁷⁹² A. WACKE, «*Bonam sive malam causam habere*». *La prospettiva di successo nel processo civile romano*, cit., pp. 265 e ss.

nelle *formulae-iudicia* e assente nei *compromissa-arbitria*, uno schema rigoroso entro il quale lo *iudex* avrebbe dovuto – alla luce di quanto emerso dalla lettura combinata di alcuni luoghi di Cicerone (Cic. *pro Rosc. com.* 11) e Seneca (Sen. *de ben.* 3, 7, 5) – esplicitare la propria funzione giudicante in modo più circoscritto rispetto a quanto avrebbe potuto fare l'*arbiter ex compromisso*. Si trattava, in fin dei conti, di optare per binari stretti e inflessibili e per chiari enunciati logici, in forza dei quali la stringente soggezione dello *iudex* alle antitetiche affermazioni formulari rendeva più improbabile una decisione giudiziale imprevedibile e quindi prudentemente da scegliere in caso di ragionevoli aspettative di successo.

Le *intentiones certae* per Cicerone e, in generale, i «certi limiti» delle *formulae* per Seneca sono convenienti per l'attore nel caso in cui quest'ultimo, rispettivamente, «confidi nel buon esito» del processo o goda di una «*bona causa*», ovverossia quando «la sua situazione promette bene», se egli può appoggiarsi ad una motivazione giusta o se ha il diritto dalla sua parte».

Se l'attore è 'certo' della vittoria processuale è opportuno 'star sicuri' cautelandosi tramite l'individuazione di rigidi vincoli formali e di predeterminate strettoie a cui deve sottostare lo *iudex*. Se non gode di 'certe' prospettive di successo è per lui invece conveniente confidare nella discrezionalità e libertà decisionale dell'*arbiter*.

I «termini certi» delle «formule strettissime» garantiscono chi, a buon ragione, possa «confidare» nell'esito favorevole di un giudizio e tutelano la parte processuale che abbia il diritto dalla propria o goda di buone probabilità di successo (*bonae causae* in cui «*confidit*»). L'«arbitrio senza limiti», viceversa, può favorire e facilitare chi si addentri in *malae causae* in cui «*diffidit*» ma non, di certo, chi confidi nell'esito favorevole del processo.

Inoltre, secondo le parole del filosofo (Sen. *de clem.* 2, 3, 1), il rischio di perdere la causa può essere aggirato qualora si abbondi nella «definizione» dei concetti giuridici espressi nella *formula* («*finitio*»). Anzi, a tal proposito, – per Seneca – il proporre più esplicite delimitazioni è, emblematicamente, «più sicuro» («*tutius est*»): «[...] *plura proponere tutius est, ne una finitio parum rem comprehendat et, ut ita dicam, formula excidat* [...]».

Sembra allora manifestarsi la consapevolezza di un maggior grado di prevedibilità e di sicurezza giuridica garantito, in generale, dal periodo ipotetico alternativo tipico della *formula* e assente nell'arbitrato stragiudiziale e, in particolare, dalla più puntuale definizione della 'fattispecie in concreto' frutto di una prudente e 'cautelare' *conceptio verborum* della *formula-iudicium*.

2) Il 'banco di prova' della prevedibilità: i *bonae fidei iudicia*. Proprio nell'ambito tutto particolare dei *bonae fidei iudicia*, i giuristi ripetono l'espressione «*tutius est*» quando, guardando al caso concreto loro sottoposto, consigliano l'inserimento di specifiche *partes formularum*, alla luce di

situazioni di incertezza, in un caso, derivanti da *controversiae* giurisprudenziali o da specifiche incertezze contrattuali (*supra* cap. V § 3.B e § 3.D); nell'altro, scaturenti dal *liberum officium iudicis* nei *bonae fidei iudicia* (*supra* cap. V § 3.C);

Alla luce dell'interpretazione controversa anche di clausole formulari come l'«*ex fide bona*» e in ragione del *liberum officium* del giudice nei *bonae fidei iudicia*, è stato opportuno chiarire, come si vedrà a breve, se la discrezionalità dello *iudex* nell'accogliere i plurimi e divergenti *responsa prudentium* nonché la libertà di esercitare o meno un potere contenuto nel proprio *officium*, potessero anche qui aver inciso negativamente sulla «prevedibilità» delle *sententiae iudicum* e, nel caso, se la *formula-iudicium* e la relativa *conceptio verborum* potessero aver contribuito, anche nel campo specifico dei *bonae fidei iudicia*, ad eludere questa insicurezza determinata dagli effetti distorsivi dello *ius controversum* (*infra sub A*) e del *liberum officium* del giudice (*infra sub B*).

A) *Prevedibilità e ius controversum*. A tal proposito, anche qui, i *bonae fidei iudicia* risultano un valido 'banco di prova' di quanto affermato in generale poc'anzi circa la prevedibilità degli esiti processuali.

Il fatto che alcune decisioni giudiziali adottate *in bonae fidei iudiciis* in contesti interpretativi non uniformi ed emanate sullo sfondo di divergenti modelli di *fides bona* e *bonus vir* siano percepite come epocali (Cic. *de off.* 3, 16, 65-67; Val. Max. 8, 2, 1-2; *supra* cap. IV § 1.A-B), nonché la sensazione che i giudizi coinvolgenti i valori del *turpe* e dell'*honestum*, quando non condivisi dalla generalità dei 'consociati' («*ab omnibus*»), siano forieri di «incertezze» («*ancipites*») per le parti processuali (Cic. *inv.* 1, 20; Val. Max. 8, 1 *imit.*; *supra* cap. IV § 1.C), sembrano, anche nel contesto dei *bonae fidei iudicia*, dimostrare un'intolleranza dei protagonisti della 'partita' processuale verso le *magnae quaestiones* giurisprudenziali in quanto determinanti un maggior grado di imprevedibilità della *sententia*.

Probabilmente, d'altra parte, spettava anche qui «in gran parte» («*magnis*») allo *iudex* – se si accetta la non comune lettura qui proposta del luogo del *de officiis* (Cic. *de off.* 3, 17, 70) sul «*magni est iudicis statuere*» (*supra* cap. IV § 2) – il compito di risolvere in un modo o nell'altro le *magnae quaestiones* giurisprudenziali al momento dello *statuere* il «*quid quemque cuique praestare oportere*», così come a lui era in generale riconosciuta – secondo la più volte citata testimonianza di Gaio – la libertà di optare per l'una come per l'altra *sententia* quando divergenti tra loro (Gai. 1, 7).

È proprio per arginare e limitare questa libertà del giudice di risolvere 'in prima linea' – «in gran parte» – le controversie giurisprudenziali, sorte anche nell'ambito dei *bonae fidei iudicia*, che i giuristi nell'età del processo formulare individuarono nella *conceptio verborum* della *formula-*

iudicium un utile strumento tecnico-giuridico finalizzato a garantire una maggiore prevedibilità dell'esito processuale (*supra* cap. V § 3.B).

Inoltre, come si è visto (*supra* cap. V § 3.D), la composizione del dettato formulare, attraverso il peculiare utilizzo dell'*actio praescriptis verbis*, si confermava un adeguato mezzo per indirizzare l'operato dello *iudex* verso valutazioni meno imprevedibili, anche nel caso di incerte o controverse qualificazioni dello schema negoziale concluso fra le parti.

B) *Prevedibilità e «liberum officium iudicis»*. Questa imprevedibilità e la relativa soluzione rintracciata nella *conceptio verborum* delle *formulae-iudicia «ex fide bona»* possono – a mio sommessimo avviso – trovare un valido parallelo nella sfera del «*liberum officium iudicis»* dei *bonae fidei iudicia* (Gai. 4, 63 e 114). Le imprevedibili valutazioni a cui il giudice poteva giungere in ragione di quell'insieme di «conseguenze»⁷⁹³ soltanto implicite e quindi non espressamente richiamate nella previsione formulare (*in primis* l'implicita inerenza delle *exceptiones doli e pacti*) – che, come ci è tramandato da Gaio, rendevano «*liberum*» l'*officium* del giudice – mi è sembrato che abbiano condotto la giurisprudenza dell'*agere* a concentrare, a maggior ragione in questo particolare settore, la propria attenzione sulla costruzione in concreto della *formula-iudicium* (*supra* cap. V § 3.C). Inserendo esplicitamente nel dettato testuale della formula l'*exceptio* da cui discendeva chiaramente il 'd o v e r e' per lo *iudex* di tenerne conto ai fini della decisione, che senza l'espressa menzione, sarebbe rimasto al contrario un semplice 'p o t e r e' che il giudicante era, viceversa, *liber* anche di non esercitare, i giuristi contribuivano a rendere meno imprevedibile la *sententia* del giudice, considerando così «*tutius*» («più sicura») la soluzione formulare consigliata.

Verrebbero in questo modo a trovare una possibile spiegazione – come ho ritenuto sommessamente di poter supporre (*supra* cap. V § 3.C) – quei ricorrenti e problematici riferimenti all'inserimento esplicito di *exceptiones* nel testo delle *formulae-iudicia ex fide bona* (*ex multis* D. 19, 1, 5, 1 per l'*exceptio doli* e D. 23, 4, 22 per l'*exceptio pacti*), nonostante siano comunemente considerate non necessarie dalla stessa giurisprudenza, perché incluse implicitamente nell'*officium* del giudice (D. 30, 84, 5; D. 24, 3, 21; D. 18, 5, 3; D. 2, 14, 7, 6). L'inserimento esplicito delle suddette *exceptiones* trasformerebbe in un 'dovere' quello che viene normalmente definito un semplice 'potere' che lo *iudex* è, appunto, *liber* anche di non esercitare, rendendo così meno imprevedibile l'esito del processo.

⁷⁹³ Si tratta, come è noto, di quelle «conseguenze» (A. CARCATERA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, pp. 119 e ss.) o «caratteristiche peculiari» (M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, IV, cit., pp. 190 e ss.) che implicitamente – in quanto per lo più enunciate dall'interpretazione giurisprudenziale – discendevano dal dettato formulare richiamante l'*ex fide bona*, tali da allargare i possibili contenuti dell'*officium iudicis* in questi *iudicia*.

III) «Certezza-sicurezza» tra *responsa prudentium, formulae-iudicia e sententiae iudicum* al di là del mito «senza tempo» della soggezione del giudice alla legge. Da tutto ciò sembra allora emergere un ruolo dello *index* stretto fra la guida dei giuristi rispondenti e i binari della *formula-iudicium* rilasciata dal magistrato giudicante.

L'*auctoritas* della *scientia iuris* e la *potestas* dei magistrati giudicanti possono controllare l'operato dello *index privatus*, che rischia in alcuni casi (come il *liberum officium iudicis* nei *bonae fidei iudicia* e lo *ius controversum* anche al di fuori di questi speciali giudizi) di divenire imprevedibile proprio per i primi 'utenti' del diritto, ovverossia i *cives*, i quali – parafrasando Pomponio (D. 1, 2, 2, 10) – 'correvano ai ripari' «premunendosi» a seguito della pubblicazione degli *edicta* dei magistrati: grado di imprevedibilità che l'azione in combinata di giuristi, pretori e parti processuali tendeva ad arginare, limitare e controllare.

A tal proposito, non credo si possano accettare alcune delle opinioni che si fanno strada nell'ambito di quella dottrina giustamente dedita a superare il «carattere ideologico»⁷⁹⁴ del tema «senza tempo»⁷⁹⁵ della soggezione del giudice alla legge, principio del tutto estraneo all'esperienza giuridica di Roma. In particolare non credo si possa accogliere quell'opinione per la quale i giudici del processo formulare siano da considerare, per il motivo di cui sopra, tendenzialmente liberi e incontrollati nel determinare gli esiti delle controversie, attribuendo così alla fase *apud iudicem* del processo *per formulas* una funzione «nomopoietica»⁷⁹⁶. Se è vero che lo *ius controversum* sorge e si sviluppa nel processo – il «luogo delle regole» – in virtù del ragionamento confutatorio alla cui formazione contribuiscono, oltre che gli avvocati, anche «i giuristi in udienza», numerosi fattori – qui esaminati e del resto già intuiti in letteratura ma non puntualmente sviluppati – conducono a ipotizzare un utilizzo della *formula-iudicium* finalizzato a garantire una maggiore prevedibilità degli esiti processuali nell'ambito della dialettica processuale e volto così a controllare l'imprevedibile operato dei giudici⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ F. GALLO, *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, cit., *passim*.

⁷⁹⁵ L. LABRUNA, *Un tema «senza tempo»: il «difficile rapporto» tra il giudice e la legge. Qualche riflessione a proposito di un recente volume*, cit., pp. 453 e ss.

⁷⁹⁶ A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, cit., p. 61.

⁷⁹⁷ Da ultimo lo stesso A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, cit., p. 1 n. 2 ammette – o meglio non può non ammettere – che i *verba* componenti la *formula* «venivano convenientemente combinati gli uni con gli altri», in quanto «le parole della *formula*, sebbene spesso proposte schematicamente nell'editto, dovevano essere redatte caso per caso con riguardo alla concreta controversia e includere, oltre le clausole dello schema, anche le varie altre clausole, che potevano occorrere per sottoporre al giudice certe allegazioni delle parti e per conferirgli particolari poteri, o viceversa, limitare quelli previsti dallo schema. La formula, in sostanza, era idonea a rispecchiare le caratteristiche del caso reale, come si era verificato tra le parti».

Le *formulae*, condensate con il supporto dei giureconsulti nell'editto o accomodate in via decretale dal magistrato, e in particolare le *formulae-iudicia* composte nei casi concreti dalle parti sotto il controllo e l'autorità del magistrato giudicante, rappresentano le 'parole del diritto' a cui il giudice doveva conformare le 'parole della sentenza'. I *verba* della *formula* sembrano aver svolto la funzione di guida e predizione degli esiti delle controversie giudiziali⁷⁹⁸, con chiare ripercussioni in tema di sicurezza giuridica.

Allora può ben dirsi – a mio sommesso avviso – che il giudice nella Roma del processo *per formulas* 'è soggetto alla *formula* del magistrato', in quanto il rapporto che a tal proposito rileva – più che tra giudice e legge – è, difatti, quello tra *index* e *formula*.

Si tratta – come si è visto (*supra* cap. V § 1) – di una suggestione che viene da lontano. Già Montesquieu – nell'ambito della sua nota teoria sulla 'separazione dei poteri'⁷⁹⁹ – coglieva il valore intrinseco della *formula* romana, come strumento di attuazione dell'esigenza di controllo dell'operato dei giudici e, quindi, di prevedibilità degli esiti processuali: «i Romani [...] introdussero delle formule di azione, e stabilirono la necessità di dirigere ciascun affare con l'azione che gli era propria». Il fatto che Montesquieu vedesse, per l'esperienza giuridica di Roma, nelle *formulae* e non nella *lex* una limitazione del potere dei giudici credo dimostri che la soggezione dello *index* alla *formula* nulla abbia a che fare con la teoria della 'separazione dei poteri', la quale viceversa si fonda esattamente sulla soggezione del giudice alla legge⁸⁰⁰.

È alla *formula*, e non alla *lex*, che lo *index* doveva attenersi per la soluzione del caso concreto; ed è agli *iuris prudentes* che doveva far riferimento per la sempre necessaria *interpretatio* tecnico-giuridica del contenuto dei *verba* formulari: di questo le parti processuali, e soprattutto i giuristi nell'esercizio dell'attività rispondente e consulente, erano pienamente consapevoli, tanto da cercare di influenzare, una volta definiti i binari e i *limina*, l'argomentazione logico-giuridica che

⁷⁹⁸ Cfr. le sempre illuminanti parole di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. VII in riferimento all'attuale crisi del «circolo logico» – su cui «riposa il moderno Stato di diritto» – fra legge e sentenza, che – in riferimento all'esperienza giuridica di Roma – mi sembra sussistere, viceversa, fra *formula* e *sententia*. Vedi anche ID., *I 'cancelli delle parole' (intorno a regole, principi, norme)*, Napoli 2016, ora in *Un diritto incalcolabile*, cit., pp. 57 e ss.

⁷⁹⁹ C.-L. DE SECONDAT DE MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi (De l'esprit des lois, 1748)*, I, cit., p. 114, su cui si veda il commento di M. BRUTTI, *Il processo civile romano negli studi di Mario Talamasca*, cit., p. 71 n. 5. Sull'assenza del principio della 'separazione dei poteri' nel diritto pubblico romano si veda innanzitutto P. CATALANO, *La divisione del potere in Roma (a proposito di Polibio e di Catone)*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, VI, Torino 1974, p. 671; ID., *Divisione del potere e potere popolare*, in *Ins Antiquum* 1, 1996, pp. 20-21. Ma si vedano più di recente le notazioni di M. MICELI, 'Governo misto', «*quartum genus rei publicae*» e *separazione dei poteri*, in L. LABRUNA (direzione di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, I, cit., pp. 659 e ss. e di A. PETRUCCI, *Osservazioni sui rapporti tra organi della «res publica» tra IV e II secolo a.C.*, in L. LABRUNA (direzione di), *Tradizione romanistica e Costituzione*, I, cit., pp. 699 e ss.

⁸⁰⁰ Sul punto si vedano, ancora una volta, L. LABRUNA, *Un tema «senza tempo»: il «difficile rapporto» tra il giudice e la legge. Qualche riflessione a proposito di un recente volume*, cit., pp. 453 e ss.; F. GALLO, *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, cit., *passim*; A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, cit., pp. 95 e ss.

avrebbe dovuto condurre lo *index* alla soluzione della controversia. È per questo che parti processuali, avvocati e giureconsulti preliminarmente – ‘prima della partita’ mi verrebbe da dire – appaiono concentrare la loro attenzione, fin dove poteva risultare utile, sulla costruzione della *formula-iudicium* in concreto, tramite un utilizzo cautelare della *conceptio verborum*, per indirizzare, limitare, prevedere, assicurare le valutazioni del giudicante nella fase a lui deputata.

INDICE DELLE FONTI

Aristoteles

Ethica Nicomachaea

5, 10 nn. 132, 143

Basilicorum libri (ed. Heimbach)

2, 3, 202 n. 216

2, 4, 2 n. 216

2, 4, 9, 3 n. 268

13, 2, 24 n. 327

21, 1, 3, 1 n. 216

23, 3, 2 n. 216

28, 10, 15, 1 n. 216

51, 3, 13 n. 216

Cicero Marcus Tullius

ad Atticum

1, 14, 4, 2 n. 483

6, 1, 15 nn. 364, 483, 489

Brutus

41, 152-153 p. 84

pro Caecina

6 p. 158

7 n. 286

7-8 n. 420

51 p. 170; nn. 557, 560

69 pp. 133, 143

70-73 p. 83

72 n. 481

pro Cluentio

10 n. 579

76 n. 603

120 n. 492

de divinatione

56 p. 576

ad familiares

7, 12, 2, 2 nn. 422, 557

7, 21	p. 141; n. 453
9, 16, 3	p. 54
9, 22, 1, 12	n. 483
9, 22, 2, 11	n. 483
13, 27, 1, 5	n. 557
<i>de finibus</i>	
1, 12	n. 452
2, 3	n. 557
2, 36	n. 481
2, 74	n. 194
<i>pro Flacco</i>	
36	n. 560
<i>de inventione</i>	
1, 20	pp. 126, 130, 242; nn. 414, 447
1, 19	p. 130
2, 58	p. 146
2, 60	p. 145
2, 61	n. 579
2, 62	p. 146
2, 67	p. 55; n. 279
2, 162	n. 194
<i>de legibus</i>	
1, 14	n. 557
1, 18	nn. 264, 279
1, 19	n. 246
2, 11	n. 246
2, 47	p. 75; n. 444
3, 46	p. 55
<i>pro Ligario</i>	
13	p. 579
<i>pro Murena</i>	
27	p. 158
28	pp. 133, 143
29	n. 557
<i>de natura deorum</i>	
1, 7	n. 440
3, 74	nn. 285, 420
<i>de officiis</i>	
1, 3, 9	n. 443

2, 19, 65	p. 82
2, 23, 83	p. 136
3, 12, 50	p. 126; n. 375
3, 12, 51	p. 126; n. 406
3, 12, 53	p. 126
3, 13, 55	n. 375
3, 13, 56	p. 127
3, 14, 60	p. 127; n. 557
3, 15, 61	pp. 95, 127; nn. 285, 317, 401, 422, 525, 706
3, 15, 64	pp. 126, 127; n. 410
3, 16, 65	pp. 113, 116, 117, 127; nn. 385, 393, 410
3, 16, 65-67	pp. 111, 112, 242; nn. 525, 596
3, 16, 66	n. 285
3, 16, 67	pp. 114, 116, 117, 118, 120; nn. 380, 596
3, 17, 68	p. 125
3, 17, 70	pp. 110, 111, 126, 131, 132, 134, 182, 191, 196, 229, 242; nn. 285, 309, 368, 401, 422, 434, 446, 525, 639
3, 17, 71	p. 117; nn. 385, 410
3, 19, 77	p. 108
3, 23, 91	n. 368

de oratore

1, 178	pp. 114, 117, 120; nn. 380, 382
1, 212	p. 145
1, 242	p. 143
1, 253	p. 483
1, 187-191	p. 83
1, 188	p. 83
1, 193	pp. 54, 56
1, 199	pp. 75, 83
1, 200	pp. 75, 237
1, 246	p. 83; n. 288
1, 246-250	n. 276
1, 247	nn. 264, 276
1, 248	n. 276
1, 250	n. 276
2, 116	n. 61
2, 154	p. 136
2, 296	n. 483

de partitione oratoria

28, 99	p. 145
37, 129-130	p. 194

pro Plancio

13, 33	n. 364
--------	--------

pro Quinctio

15	n. 375
----	--------

de re publica

1, 2	p. 54
2, 1, 2	n. 279
3, 19	p. 136
4, 8, 8	n. 509

pro Roscio Amerino

39, 113	nn. 285, 420
---------	--------------

pro Roscio comoedo

10	p. 157, 169; n. 507
10-11	pp. 155, 156, 161, 174; nn. 499, 549
11	pp. 157, 159, 165, 171, 176, 177, 241; n. 507, 576, 579
12	pp. 157, 158, 169, 172, 178; nn. 501, 507, 557
13	p. 176
14	n. 557
15	n. 500
16	nn. 285, 420
24	n. 557
24-25	p. 55; nn. 235, 489, 501
25	nn. 508, 557

pro Sestio

135	n. 579
-----	--------

topica

5, 28	n. 61
10, 42	n. 285
17, 65-66	pp. 81, 238; n. 525
17, 66	nn. 161, 285

in Verrem

2, 1, 109	p. 55
2, 2, 30-31	p. 147
2, 2, 31	n. 576
2, 2, 66	n. 508
2, 2, 147	n. 560
2, 2, 152	n. 557
2, 2, 69	n. 579
2, 3, 6	n. 443
2, 3, 55	n. 576

Codex Theodosianus

1, 1, 2	pp. 69, 71, 78
1, 4, 3	pp. 142, 239; nn. 455, 785
2, 26, 1	n. 218
2, 26, 4, 5	n. 509

2, 27, 1, 2	n. 270
5, 13, 2	n. 270
15, 14, 13	n. 270

Collatio legum Mosaicarum et Romanarum

11, 6, 1	n. 348
----------	--------

Constitutio Tanta

10	n. 270
18	n. 289

Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti

4, 4	pp. 209, 224
------	--------------

Corpus iuris civilis

I. Institutiones

1, 12, 6	n. 270
1, 2	n. 246
1, 2, 3	n. 63
1, 2, 9	n. 63
4, 6, 28	nn. 76, 683
4, 6, 28-30	n. 309
4, 6, 31	n. 76

II. Digesta

1, 1, 1 <i>pr.</i>	n. 513
1, 1, 6, 1	n. 63
1, 1, 7 <i>pr.</i>	p. 62; n. 233
1, 1, 10 <i>pr.</i> -1	p. 65; n. 226
1, 1, 10, 2	n. 72
1, 1, 11	n. 516
1, 2, 2, 1	p. 55
1, 2, 2, 2	p. 55
1, 2, 2, 3	p. 56
1, 2, 2, 4	p. 56; n. 262
1, 2, 2, 5	p. 62; nn. 63, 269, 353
1, 2, 2, 6	p. 77
1, 2, 2, 10	pp. 56, 151, 244; nn. 235, 489, 491
1, 2, 2, 12	pp. 65, 132; nn. 63, 246, 269
1, 2, 2, 13	pp. 77, 87, 90; n. 270
1, 2, 2, 35	n. 279
1, 2, 2, 37	p. 75; n. 262
1, 2, 2, 39	n. 262
1, 2, 2, 41	p. 92
1, 2, 2, 43	p. 75; n. 444
1, 2, 2, 44	n. 289
1, 2, 2, 47	n. 256
1, 2, 2, 48	p. 92

1, 2, 2, 49	pp. 78, 239
1, 3, 1	p. 67; nn. 233, 246
1, 3, 2	n. 246
1, 3, 11	p. 106; n. 273
1, 3, 12	n. 273
1, 3, 13	n. 273
1, 3, 17	n. 132
1, 3, 21	p. 59; nn. 206, 225
1, 3, 23	n. 279
1, 3, 24	n. 132
1, 3, 32, 1	n. 63
1, 3, 33	n. 63
1, 3, 35	n. 63
1, 5, 8	n. 348
1, 7, 32, 1	n. 348
1, 15, 3, 2	n. 348
1, 16, 4, 5	n. 440
2, 8, 12	p. 143
2, 9, 29	p. 163
2, 11, 10, 1	p. 144
2, 11, 14	p. 86
2, 12, 7	n. 639
2, 13, 1, 1	n. 489
2, 14, 7, 6	pp. 90, 93, 207, 238, 243
2, 14, 16, 1	pp. 209, 217, 218; nn. 694, 726
2, 14, 35	p. 213
2, 14, 58	pp. 86, 87, 238; nn. 254, 298
2, 15, 14	n. 218
3, 1, 8	n. 348
3, 2, 6, 7	n. 443
3, 3, 61	p. 143
3, 3, 73	n. 712
3, 5, 5, 14	nn. 325, 348
3, 5, 6	p. 105; nn. 319, 322, 325, 329, 334, 348
3, 5, 7, 2	n. 712
3, 5, 33 (34)	n. 348
3, 5, 37	nn. 322, 336, 350
3, 5, 46, 1	n. 476
4, 3, 11, 1	p. 148; n. 483
4, 4, 7, 6	p. 144
4, 6, 35, 4	n. 348
4, 8, 1	p. 167; nn. 541, 547
4, 8, 3, 1	p. 167
4, 8, 19 <i>pr.</i>	n. 541
4, 8, 21, 6	n. 548
4, 8, 27, 2	pp. 164, 165
4, 8, 32, 15	n. 541
4, 8, 32, 17	n. 541
4, 8, 32, 21	n. 541
4, 8, 42	n. 541
5, 1, 41	n. 302

5, 1, 73 <i>pr.</i>	p. 178; n. 585
5, 2, 7	n. 348
5, 3, 16 <i>pr.</i>	n. 639
5, 3, 38	n. 683
5, 3, 43	n. 348
6, 1, 38	p. 136
6, 2, 12 <i>pr.</i>	n. 348
6, 2, 17	n. 254
7, 1, 68 <i>pr.</i>	n. 452
8, 1, 4 <i>pr.</i>	n. 302
8, 6, 6, 1a	n. 218
8, 6, 6, 1b	n. 218
10, 2, 54	n. 215
10, 2, 57	n. 509
10, 3, 14, 1	n. 683
10, 3, 19, 4	n. 391
10, 3, 28	n. 302
10, 4, 3, 11	p. 179
10, 4, 19	n. 440
11, 7, 20 <i>pr.</i>	n. 215
12, 3, 4, 1	n. 639
12, 3, 4, 2	n. 525
12, 5, 2, 2	p. 178
12, 6, 3	n. 348
13, 4, 2, 3	n. 638
13, 6, 1, 1	p. 234
13, 6, 3, 2	n. 302
13, 6, 3, 4-5	pp. 198, 199
13, 6, 5, 11	n. 391
14, 5, 6	n. 302
15, 1, 5 <i>pr.</i>	p. 199; n. 654
15, 1, 5 <i>pr.</i> -1	n. 650
15, 1, 36	pp. 90, 93, 192, 200, 201, 203, 204, 205, 229, 238; nn. 368, 638, 655, 657, 659,
15, 2, 1 <i>pr.</i>	n. 643
15, 3, 19	nn. 638, 662
16, 1, 7	n. 677
16, 3, 1, 23-47	n. 653
16, 3, 1, 42	p. 199; n. 654
16, 3, 11	n. 310
16, 3, 12, 1	p. 93; n. 301
16, 3, 24	pp. 95, 96, 97, 98, 100, 102, 104, 105; nn. 319, 321, 329, 334, 335, 336, 340, 341
16, 3, 28	n. 352
16, 3, 29, 1	n. 302
16, 3, 31 <i>pr.</i>	n. 84
17, 1, 10, 8	nn. 349, 352
17, 1, 12, 9	p. 102; nn. 322, 329, 336, 341, 349, 350
17, 1, 29, 4	p. 80
17, 1, 35	p. 215
17, 1, 54 <i>pr.</i>	p. 227; nn. 297, 645

17, 2, 3, 3	p. 209
17, 2, 38, <i>pr.</i>	n. 301
17, 2, 45	n. 302
17, 2, 52, 10	n. 222
17, 2, 60 <i>pr.</i>	p. 99; nn. 329, 330, 352
17, 2, 60, 1	n. 270
17, 2, 62	n. 215
17, 2, 76	pp. 163, 165; n. 363
17, 2, 78	p. 163
18, 1, 57 <i>pr.</i>	n. 215
18, 1, 59	p. 115; n. 440
18, 1, 66, 1	p. 115; n. 384
18, 1, 66, 2	n. 440
18, 3, 5	n. 254
18, 4, 2, 12	n. 639
18, 5, 3	pp. 207, 225, 243; nn. 700, 740
18, 6, 1, 3	n. 407
18, 7, 6 <i>pr.</i>	n. 302
18, 7, 6, 1	n. 302
19, 1, 1, 1	n. 388
19, 1, 5 <i>pr.</i>	pp. 222-223
19, 1, 5, 1	pp. 209, 217, 218, 219, 220, 223, 243; nn. 694, 738, 740
19, 1, 13, 6	n. 391
19, 1, 13, 9	pp. 209, 217, 218; nn. 694, 727
19, 1, 25	n. 677
19, 1, 32	n. 312
19, 1, 42	pp. 209, 217, 218; nn. 694, 725
19, 1, 49, 1	p. 95
19, 2, 21	p. 209
19, 2, 25, 5	n. 678
19, 2, 54 <i>pr.</i>	pp. 95, 105
19, 2, 61 <i>pr.</i>	pp. 209, 217, 219; nn. 694, 728
19, 5	n. 758
19, 5, 1, 1	n. 763
19, 5, 5, 4	pp. 144, 229, 234; nn. 669, 758, 770
19, 5, 17 <i>pr.</i>	pp. 144, 229, 234, 235; n. 758
19, 5, 18	n. 758
19, 5, 19 <i>pr.</i>	pp. 144, 229, 230, 234; nn. 758, 770
19, 5, 19, 1	n. 758
19, 5, 24	pp. 144, 229, 234; nn. 758, 770
21, 1, 14, 1	p. 143
21, 1, 17, 15	n. 639
21, 1, 30, 20	p. 227
21, 1, 38, 14	n. 639
21, 2, 55 <i>pr.</i>	p. 178; n. 585
21, 2, 63, 2	p. 178; n. 585
21, 2, 75	n. 440
22, 1, 1 <i>pr.</i>	nn. 321, 350, 525
22, 1, 13, 1	n. 349
22, 1, 17 <i>pr.</i>	p. 63
22, 1, 17, 1	n. 348

22, 1, 17, 1-2-3	n. 348
22, 1, 17, 1-8	n. 348
22, 1, 17, 2	n. 348
22, 1, 17, 3	n. 348
22, 1, 17, 8	n. 348
22, 1, 28, 1	n. 452
22, 1, 32 <i>pr.</i>	nn. 216, 299
22, 1, 32 <i>pr.-2</i>	nn. 325, 348
22, 1, 32, 2	nn. 329, 335
22, 1, 32, 3	n. 649
22, 1, 34	n. 302
22, 1, 37	pp. 102, 104; nn. 322, 325, 329, 336, 341, 349, 350
22, 1, 38, 15	n. 302
22, 5, 3, 2	nn. 216, 299
22, 6	n. 215
22, 6, 1 <i>pr.</i>	n. 348
22, 6, 1 <i>pr.-4</i>	p. 68; n. 235
22, 6, 1, 3	n. 235
22, 6, 2	pp. 58, 59, 60, 158, 237; nn. 206, 208, 210, 215, 216, 225, 252, 298, 510
22, 6, 3-4	n. 298
22, 6, 4	n. 452
22, 6, 6	n. 298
22, 6, 8	p. 67; nn. 233, 298
22, 6, 9 <i>pr.</i>	p. 66; nn. 202, 298
22, 6, 9 <i>pr.-1</i>	p. 66;
22, 6, 9, 1	n. 248
22, 6, 9, 2	n. 245
22, 6, 9, 3	pp. 65, 66, 67, 71, 72, 77, 237; nn. 202, 231, 252, 268
22, 6, 9, 5	nn. 245, 248, 348,
23, 2, 57a	n. 248
23, 4, 22	pp. 209, 224, 226, 227, 243; nn. 694, 700
23, 5, 3, 18	n. 238
24, 1, 1	p. 227; nn. 391, 440
24, 1, 11, 2	n. 391
24, 3, 4	pp. 209, 217, 219; nn. 694, 729
24, 3, 21	pp. 207, 243; n. 302
24, 3, 22, 12	pp. 200, 202;
24, 3, 22, 9	n. 661
24, 3, 23	pp. 209, 217, 219; n. 694
24, 3, 25 <i>pr.</i>	p. 200
24, 3, 49, 1	pp. 209, 217, 219; nn. 683, 694, 731
25, 1, 15	pp. 86, 88; nn. 216, 225, 298
26, 7, 5, 7	n. 391
26, 7, 9, 6	p. 178; nn. 585, 588
26, 7, 37 <i>pr.</i>	n. 302
26, 7, 37, 2	n. 302
26, 7, 58, 3	n. 349
27, 2, 4, 2	n. 350
27, 7, 8, 1	n. 302
28, 1, 18, 1	n. 639

29, 1, 30	n. 348
29, 2, 86 <i>pr.</i>	n. 348
29, 5, 3, 18	p. 68
29, 5, 3, 22	pp. 68, 69; nn. 238, 241
29, 7, 14	n. 428
30, 66	n. 440
30, 84, 5	pp. 207, 243
30, 124	n. 215
31, 45 <i>pr.</i>	n. 643
31, 66 <i>pr.</i>	n. 348
31, 67, 8	n. 348
31, 70 <i>pr.</i>	n. 348
32, 8, 2	n. 348
33, 5, 20	pp. 62, 64
34, 3, 25	n. 348
34, 3, 30	p. 178
34, 9, 5, 1	n. 348
34, 9, 5, 15	n. 348
34, 9, 5, 19	n. 348
35, 1, 72, 7	n. 302
35, 1, 72, 8	n. 302
35, 1, 77 <i>pr.</i>	n. 348
35, 2, 1, 14	n. 348
35, 2, 18 <i>pr.</i>	n. 348
35, 2, 49	n. 348
35, 2, 81, 2	n. 639
35, 3, 7	n. 348
36, 1, 12	n. 348
36, 1, 30	n. 639
36, 1, 57, 1	n. 348
36, 1, 60 <i>pr.</i>	p. 95
37, 1, 10	pp. 67, 77; nn. 231, 245, 268
36, 3, 5, 3-4	n. 348
37, 12, 5	n. 254
37, 6, 1, 14	n. 639
38, 2, 36	n. 440
38, 5, 13	n. 348
38, 15, 2, 5	pp. 67, 76; n. 268
38, 16, 3, 3	n. 639
39, 1, 20, 1	n. 639
39, 2, 47	n. 215
39, 4, 16, 5	n. 248
40, 1, 8	n. 348
40, 5, 51, 10	n. 639
40, 7, 17	p. 86
40, 7, 34, 1	n. 348
40, 9, 15 <i>pr.</i>	n. 348
41, 3, 40	n. 340
41, 4, 2, 15	n. 202
41, 10, 5, 1	p. 86
42, 1, 38 <i>pr.</i>	n. 348

43, 15, 1, 3	n. 639
43, 20, 1, 32	n. 279
43, 24, 1, 10	n. 440
43, 26, 2, 2	n. 650
44, 1, 20	p. 146
44, 3, 10, 1	n. 348
44, 3, 14 <i>pr.</i>	nn. 216, 299
44, 4, 8 <i>pr.</i>	nn. 727, 756
44, 4, 15	p. 209; nn. 694, 721
44, 7, 34, 1	pp. 144, 216, 229; nn. 669, 717
44, 7, 57	p. 93
45, 3, 24	n. 215
46, 1, 49, 1	n. 348
46, 3, 82	p. 163
46, 6, 10	p. 100; n. 333
46, 7, 16	n. 215
47, 2, 42 <i>pr.</i>	nn. 476, 665
47, 9, 4, 1	n. 348
47, 10, 1, 8-9	n. 254
47, 10, 41	n. 254
48, 5, 2, 9	n. 639
48, 5, 26, 1	n. 639
48, 5, 39, 8	n. 348
48, 10, 15 <i>pr.</i>	n. 248
48, 20, 7, 4	n. 348
48, 22, 6, 1	n. 639
49, 14, 13, 7	n. 348
49, 14, 13, 10	n. 348
49, 14, 35	n. 639
49, 14, 49	n. 348
49, 15, 18	p. 62
50, 1, 11 <i>pr.</i>	n. 348
50, 1, 17, 9	n. 348
50, 2, 14	n. 348
50, 5, 4	p. 86
50, 10, 5 <i>pr.</i>	n. 348
50, 10, 5 <i>pr.</i> -1	n. 348
50, 13, 4	n. 348
50, 15, 5, 1	n. 348
50, 16, 121	p. 99; nn. 329, 331
50, 16, 192	n. 638
50, 17, 1	n. 307
50, 17, 14	p. 93
50, 17, 22, 1	n. 302
50, 17, 173, 3	n. 756
50, 17, 202	n. 216

III. Codex repetitae praelectionis

1, 14, 9	pp. 70, 71, 78
1, 18, 12	pp. 70, 71, 78
2, 1, 1	n. 348

2, 1, 8	n. 348
2, 2, 2	n. 248
2, 3, 13	pp. 209, 224
2, 57, 1	p. 147
3, 31, 12, 3	n. 309
3, 38, 3	n. 270
3, 39, 3	n. 218
4, 10, 4	n. 84
4, 29, 9	n. 248
4, 32, 1	n. 348
4, 32, 13	nn. 346, 349
4, 34, 2	p. 102; nn. 346, 349
4, 34, 11	n. 309
4, 35, 1	nn. 346, 349
4, 65, 2	nn. 346, 349
5, 6, 1	n. 248
5, 13, 1	n. 309
8, 44, 5	p. 209; n. 721
9, 8, 6	n. 348
9, 23, 5	n. 248

Diodorus Siculus

35, 5, 1-4	n. 364
------------	--------

Dionysius

2, 10, 1	p. 74
----------	-------

Eutropius

breviarium ab Urbe condita

8, 17	n. 289
-------	--------

Festus grammaticus

De verborum significatu cum Pauli epitome (ed. Lindsay)

<i>s.v. Arbiter</i> 14	p. 162
<i>s.v. Scitum populi</i> 442	n. 246

Fragmenta Vaticana (ed. FIRA II)

2	n. 321
94	pp. 208, 217, 219; n. 731
102	pp. 144, 200, 201, 204, 229; nn. 658, 663, 665, 666, 668, 669
244	n. 348
303	n. 348
310	n. 348

Fragmentum Atestinum (ed. FIRA I)

1, 7	p. 155
------	--------

Gaius

Institutiones

1, 2	pp. 62, 65; nn. 61, 226
1, 3	n. 246
1, 7	pp. 2, 78, 144, 182, 191, 229, 239, 242; nn. 51, 446
1, 139	n. 221
2, 41	n. 613
2, 42	n. 613
2, 50	n. 452
2, 68	n. 279
2, 213	n. 743
2, 238	n. 391
2, 280	n. 348
3, 18	p. 63
3, 18-25	p. 63
3, 137	n. 90
3, 149	p. 133
3, 168	n. 715
3, 196-198	n. 414
4, 17	n. 17
4, 30	p. 146
4, 39 e ss.	p. 146
4, 53 e ss.	p. 157; n. 582
4, 62	nn. 642, 683
4, 63	pp. 2, 29, 182, 207, 230, 236, 238, 243; nn. 76, 171, 176, 304, 648, 712
4, 64	n. 712
4, 68	n. 712
4, 114	pp. 2, 29, 182, 207, 230, 236, 238, 243; nn. 76, 176, 304
4, 119	n. 638
4, 126a	n. 677
4, 126-129	n. 638
4, 131	p. 226
4, 139	p. 146
4, 178-181	n. 443

Gellius Aulus

noctes Atticae

1, 22, 7	nn. 287, 292
6, 15, 1	n. 414
10, 20, 2	n. 246
12, 13, 3	pp. 133, 143; nn. 49, 457
14, 2, 1	n. 304
14, 2, 3	n. 491

Hieronymus

Chronicon

146	n. 289
-----	--------

Isidorus Hispalensis

origines

2, 10, 1	n. 246
5, 1, 5	pp. 13, 84, 102
5, 3, 2	n. 246

Lex de Gallia Cisalpina (ed. FIRA I)

20, 21-23

Lex duodecim tabularum (ed. FIRA I)

12, 5	n. 246
2, 1b	p. 155
2, 2	p. 155
5, 3	p. 246
6, 1	p. 113
6, 3	p. 613
9, 3	p. 155

Lex Quinctia de aquaeductibus (ed. FIRA I)

1	n. 492
---	--------

Livius Titus

ab Urbe condita

7, 17, 12	n. 246
38, 48, 13	n. 579

Nepos Cornelius

Cato

1, 2	n. 440
------	--------

Pelopidas

5	n. 483
---	--------

Nonius Marcellus

De compendiosa doctrina

5	n. 509
---	--------

Pauli sententiae

1, 1, 2	p. 209; n. 348
5, 6, 15	n. 348

Plinius maior

naturalis historia

9, 168-169 n. 379

Plutarchus

vitae parallelae

Caesar

58 pp. 13, 84

Marius

38 n. 413

Sertorius

7, 3 pp. 112

Publius Syrus

Sententiae (ed. Meyer)

B 42 p. 179

M 4 p. 179

Quintilianus Marcus Fabius

declamationes

287 n. 579

309 n. 211

institutio oratoria

3, 7, 69 n. 512

4, 1, 37 p. 179

4, 1, 40 p. 130

7, 1, 63 n. 396

12, 3, 1 p. 76

12, 3, 6 pp. 133, 143

12, 3, 6-8 p. 76

12, 3, 7 pp. 79, 143

12, 3, 10 n. 287

de rebus bellicis

21, 1 n. 443

rhethorica ad Herennium

1, 3

2, 19 nn. 61, 246

4, 28, 39 n. 443

Seneca philosophus

de beneficiis

3, 7, 5 pp. 158, 160, 165, 174, 176, 177, 178, 241;
nn. 363, 558, 578, 716
5, 20, 3 n. 443
6, 21, 4 n. 443

de clementia

2, 3, 1 pp. 144, 159, 229, 230, 241; nn. 558, 671
2, 7, 3 pp. 158, 160, 165, 174, 177, 178; n. 558

epistulae

5, 48, 10 nn. 489, 512
20, 6 n. 443
65, 15 n. 603
94, 16 n. 510

fragmenta

14, 80 n. 509

Stattus Publius Papinius

Thebais

12 n. 12

Svetonius

de vita Caesarum

divus Claudius

14 p. 159; n. 512

divus Iulius

20, 1 n. 289
44, 2 pp. 13, 84; n. 102

Tiberius

67 n. 443

Tacitus Publius Cornelius

annales

3, 75 n. 256

Valerius Maximus

factorum et dictorum memorabilium

7, 2, 4 p. 108
8, 1 *init.* pp. 126, 128, 129, 242
8, 1 p. 128
8, 2 *init.* p. 128

8, 2	p. 128
8, 2, 1	n. 392
8, 2, 1-2	nn. 371
8, 2, 2	pp. 111, 113; n. 596
8, 2, 4	n. 414
9, 1, 1	n. 379

Varro Marcus Terentius

de lingua Latina

6, 66	n. 246
-------	--------

Victor Sextus Aurelius

de Caesaribus

19, 1	n. 289
-------	--------

Tabulae Herculenses

76 ll. 11 e ss.	n. 575
-----------------	--------

Tabulae Pompeianae Sulpiciorum

43 ll. 5-10	n. 489
-------------	--------

* * *

Codice civile francese (1804)

art. 1134	nn. 96, 97
art. 1134 comma 3	n. 95
art. 1135	nn. 95, 96, 97
art. 1649	n. 375

Codice civile italiano (1865)

art. 463	p. 34
art. 578	p. 34
art. 1124	pp. 30, 34, 36; n. 96
art. 1652	p. 34
art. 1718	p. 34

Codice civile italiano (1942)

art. 1374	n. 97
art. 1375	n. 97
art. 1969	n. 203
art. 2732	n. 203
art. 2922	n. 375

Codice penale italiano

art. 5	n. 203
--------	--------

Corte costituzionale italiana

sent. n. 324/1988 n. 203

Costituzione italiana

art. 3 comma 1 n. 214

art. 3 comma 2 n. 214

art. 73 comma 3 n. 203