

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO
SAGGI

SCRIPTA EXTRAVAGANTIA
STUDI IN RICORDO
DI
FERDINANDO ZUCCOTTI

A cura di Iole Fagnoli



— Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto —

ISBN 978-88-5513-130-8 - ISSN 2499-6491 - <https://doi.org/10.7359/1247-2024-studi-zuccotti>

Copyright 2024

LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

Via Cervignano 4 - 20137 Milano

Catalogo: www.lededizioni.com

I diritti di riproduzione, memorizzazione e archiviazione elettronica, pubblicazione con qualsiasi mezzo analogico o digitale (comprese le copie fotostatiche, i supporti digitali e l'inserimento in banche dati) e i diritti di traduzione e di adattamento totale o parziale sono riservati per tutti i paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano
e-mail autorizzazioni@clearedi.org - sito web www.clearedi.org

I costi di pubblicazione di questo volume sono stati sostenuti da:

Romanistisches Institut Universität Bern

Fondi di dotazione

Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto - Università degli Studi di Milano

Fondi di ricerca Saverio Masuelli

Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli Studi di Torino

Gianfranco Mozzali

Claudio Felisari

Elena Babanicas

Flora Maria Piccinini

Donatella e Guia Busdraghi

Stampa: Litogi

Sommario

<i>Iole Fagnoli</i> Ferdinando Zuccotti o della stravaganza del diritto	11
<i>Saverio Masuelli (a cura di)</i> Pubblicazioni di Ferdinando Zuccotti	25
<i>Francesco Arcaria</i> Il <i>praetor</i> nel terzo libro del <i>De omnibus tribunalibus</i> di Ulpiano	33
<i>Pierfrancesco Arces</i> L'archetipo delle <i>Istituzioni</i> di Gaio è dunque solo vana immaginazione?	49
<i>Stefano Barbati</i> La ' <i>vetus atque usitata exceptio</i> ' – ' <i>cuius pecuniae dies fuisset</i> ' – di Cic. <i>De orat.</i> 1.168: un rimedio a disposizione dell'attore per evitare la <i>pluris petitio tempore</i> nel processo <i>per legis actiones</i>	67
<i>Mariagrazia Bianchini</i> A proposito di <i>manumissio a non domino</i>	101
<i>Maria Luisa Biccari</i> Minime riflessioni sulla servitù a margine di alcuni testi plauziani	109
<i>Pierangelo Buongiorno</i> Aspetti della repressione del falso a Roma tra tarda repubblica e primo principato	123
<i>Piera Capone</i> Profili della conflittualità fra vicini in una <i>controversia</i> di Seneca il Vecchio	145
<i>Valeria Carro</i> Gli usi civici tra passato e presente: un patrimonio di valori antichi	167

<i>Cosimo Cascione</i> Pretori nelle XII Tavole?	185
<i>Luca Castellani</i> Diritto commerciale uniforme e circolazione dei modelli giuridici: realtà e sfide	191
<i>Luca Ceglia</i> L'interpretazione di D. 18.1.65 (Iavol. 11 epist.): un'ipotesi di censura sabiniana	201
<i>Giovanna Coppola Bisazza</i> La funzione attribuita alla cultura umanistica e tecnica tra Teodosio II e Giustiniano	233
<i>Martino Emanuele Cozzi</i> «Una tesi un poco eterodossa». L'usucapione nel pensiero di Ferdinando Zuccotti	249
<i>Salvatore Antonio Cristaldi</i> <i>Manumissio</i> del minore di trent'anni e acquisto della condizione di <i>servus Caesaris</i>	265
<i>Matteo De Bernardi</i> Sulle lezioni del prof. Franco Pastori alla Statale di Milano	281
<i>Elio Dovero</i> Il <i>furor</i> eversivo degli eutichiani e il rimedio normativo	297
<i>Francesco Fasolino</i> Il diritto in funzione dell'uomo: riflessioni minime sullo studio della storia del diritto	317
<i>Riccardo Fercia</i> Trebazio e il comodato di <i>pondera iniqua</i>	323
<i>Monica Ferrari</i> Una famiglia ai margini dell'Impero: diritto e vita quotidiana nei Papiri Eufratensi	343
<i>Thomas Finkenauer</i> <i>Religio iudicis vel praetoris</i>	363
<i>Lorenzo Franchini</i> Caratteri e metodi della prima giurisprudenza laica: sintesi e pensieri sparsi	393

<i>Aleksander Grebieniow</i> Tracce di patti successori nell'editto di Giustiniano 'De Armeniorum successione' del 535	425
<i>Giovanni Gulina</i> Un istituto sopravvissuto a se stesso. Riflessioni sulla <i>noxae deditio</i>	441
<i>Francesca Lamberti</i> <i>Isenatus consulta</i> Persiciano, Claudiano e Calvisiano in tema di matrimoni tra "anziani"	469
<i>Paola Lambrini</i> La proprietà delle terre nell'arcaico ordinamento romano alla luce di Dionigi di Alicarnasso	493
<i>Francesco Lucrezi</i> Repressione criminale e «categorie sistematiche». Ricordo di Ferdinando Zuccotti	505
<i>Carla Masi Doria</i> Cornelia, madre o tribù?	511
<i>Saverio Masuelli</i> Ricerche in tema di <i>cautio fructuaria</i>	517
<i>Valerio Massimo Minale</i> Il cavallo nell' <i>Ekloge</i> isaurica	533
<i>Carlo Pelloso</i> Sul significato di <i>quirites</i> e sulle formule ' <i>populus Romanus quiritium</i> ' e ' <i>populus Romanus quirites</i> '	539
<i>Carmela Pennacchio</i> Follia e matrimonio: maneggiare con cura. ' <i>Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse?</i> '	557
<i>Ivano Pontoriero</i> Pena convenzionale e interessi nella tradizione romanistica	577
<i>Francesca Pulitanò</i> Ferdinando Zuccotti e il dibattito attuale sull' <i>agere per sponsonem</i>	603

<i>Francesca Reduzzi Merola</i> Una controversia di Seneca il Vecchio e i divieti matrimoniali tra ingenuae e liberti	623
<i>Giunio Rizzelli</i> Ferdinando e <i>La paelex</i> . Un ricordo	627
<i>Antonio Saccoccio</i> <i>Periculum evictionis</i> nel diritto romano	635
<i>Maria Virginia Sanna</i> Ancora sul <i>partus ancillae</i>	665
<i>Roberto Scevola</i> Sulla configurazione del <i>crimen ambitus</i> fino all'età sillana: la centralità della <i>lex Cornelia Baebia</i> (181 a.C.)	679
<i>Raffaella Siracusa</i> La nozione di <i>universitas</i> in una prospettiva storico-comparatistica	705
<i>Mario Varvaro</i> Vat. Fr. 92, l' <i>indefensio</i> e la natura restitutoria degli interdetti <i>Quem fundum</i> e <i>Quem usum fructum</i>	725
<i>Gloria Viarengo</i> Giustizia familiare e giustizia pubblica a Roma: un tentativo di sintesi alla luce delle ricerche più recenti	743
<i>Silvia Viaro</i> ' <i>Si volet, suo vivito</i> '. Considerazioni sulla condizione dell' <i>'addictus</i> ' nelle XII Tavole	767
<i>Andreas Wacke</i> Jesus Christus als Angeklagter vor Pontius Pilatus in der Historienmalerei	811
<i>Adolfo Wegmann Stockebrand</i> Rilievi minimi su <i>re contrahere</i> e <i>credere</i> nelle <i>res cottidianae</i>	831
<i>Lorenzo Lanti - Manfredi Zanin (a cura di)</i> Indice delle fonti	853

Riccardo Fercia

Università degli Studi di Cagliari

Trebazio e il comodato di *pondera iniqua*

1. *Pondera ab Gallis allata iniqua*: spunti per un percorso critico-testuale – 2. Le parti del comodato di *pondera iniqua* ed il problema del *furtum* al venditore – 3. La condotta fraudolenta del comodante tra *scire* ed *adfirmare decipiendi causa* – 4. Dal caso alla *quaestio*: la *pars destruens* del ragionamento di Paolo, tra *error in corpore* nella *traditio* e svolgimenti euristici dell'obbligazione di *purgari dolo malo* – 5. La sovrapponibile argomentazione di Ulpiano ... – 6. ... e la *pars construens* di Paolo: la residualità dell'*actio de dolo*, tra un possibile dubbio *an alia actio sit*, la configurazione commissiva della condotta decettiva ed il ricorso ad un'unità di misura «negoziale».

1. Qualche anno fa, due indagini condotte su tematiche alquanto differenti, l'una volta a tratteggiare per quali vie l'*actio de dolo* possa costituire il fondamento della risarcibilità della pura perdita patrimoniale nel nostro ordinamento¹, l'altra orientata a delineare la punibilità per *furtum* della consapevole riscossione dell'indebito², hanno riletto, ciascuna nella propria peculiare prospettiva euristica, un complesso frammento in cui Paolo, che commentava l'editto *de dolo malo*, citava un parere di Trebazio su una compravendita di genere – e nello specifico di *res* che *ponderare constant*: vedremo più avanti di che possa trattarsi – eseguita per *adpensio* con il ricorso a pesi irregolari.

Lo trascrivo di seguito, con alcune proposte di restituzione del testo classico:

D. 4.3.18.3 (Paul. 11 ad ed.): <? > [De eo] <In eum> qui sciens commodasset <iniqua> pondera, ut venditor emptori merces adpenderet, <huic si minora, illi si maiora> Trebatius de dolo dabat actionem. atquin si maiora pondera commodavit, id quod amplius mercis datum est repeti condicione potest, si minora, ut reliqua merx detur ex empto agi potest: <? > nisi si ea condicione merx venit, ut illis ponderibus traderetur, cum ille decipiendi causa adfirmasset se aequa pondera habere.

¹) M.F. CURSI, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli, 2008, p. 28 ss.

²) I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, Milano, 2006, p. 140 ss.

Prima di procedere oltre, mi pare necessario chiarire le mie scelte critico-testuali, non senza evidenziare come – salvo, in sostanza, il solo Paricio Serrano³ – l’idea che il passo, oggetto di un rinnovato tentativo di palingenesi curato da Pontoriero nel recentissimo volume XIII degli *Scriptores iuris Romani*⁴, sia con tutta evidenza rimaneggiato appare da tempo come una sostanziale *communis opinio doctorum*⁵, alla quale anche io sono sostanzialmente allineato.

E ciò anche perché la distanza dell’esegesi che vorrei qui proporre dalle due letture di cui si è detto dipende essenzialmente dall’idea – comunque sia necessariamente congetturale – che l’interprete possa farsi del dettato originario di Paolo.

Innanzitutto, mi pare singolare che un’espressione come *de dolo dare actionem* si correlasse a *de eo*: è verosimile, piuttosto, che questa peculiarità espositiva – da ritenersi, a mio parere, l’indice sintomatico del fatto che la casistica trattata doveva essere ben nota ai commissari imperiali, con ogni probabilità in quanto riscontrabile, come vedremo, in altri *loci paralleli* – altro non sia se non l’esito di un’interpolazione per compressione funzionale a suturare il discorso sulla diversa casistica discussa nell’attuale *continuum* tra i paragrafi 18.2 e 18.3 del titolo *de dolo malo* del Digesto. Da questo punto di vista, immagino che Paolo presentasse in termini un poco più analitici il caso del comodato di *pondera*, e che i commissari imperiali, per esigenze di semplificazione, abbiano proceduto ad una massimazione di cui è appunto rimasta traccia indiretta nell’*inconcinnitas* tra ‘*de eo*’ e ‘*dabat actionem*’: se è ovviamente impossibile, allo stato delle nostre conoscenze, ricostruire esattamente quale fosse il dettato classico in ipotesi compresso, non è irragionevole supporre che, a conclusione di quanto congetturiamo rimosso, Trebazio desse l’azione di dolo «contro» il comodante, e non «a proposito» di esso.

In secondo luogo, condivido la congettura di Mommsen⁶ che integrava con l’aggettivo *iniqua* la qualificazione dei *pondera*; e ciò non solo perché *iniqua* è il contrario di *aequa* che leggiamo nella chiusa del passo, ma anche perché è suggestivo, al riguardo, evocare la narrazione liviana⁷, pressoché coeva od al limite di poco

³) L. PARICIO SERRANO, *La responsabilidad en el comodato romano a través de la casuística jurisprudencial*, in *Estudios en homenaje al Profesor J. Iglesias*, 1, Madrid, 1988, p. 501.

⁴) I. PONTORIERO, *Commento a Paul. 11 ad ed. D. 4.3.18 (144 SIR = 209 Lenel)*, in G. LUCCHETTI, M. BEGGIATO, S. DI MARIA, F. MATTIOLI, E. PEZZATO, I. PONTORIERO, *Iulius Paulus. Ad edictum libri IV-XVI*, Roma-Bristol, 2022, p. 48 ss. per la palingenesi e p. 202 s. per il commento.

⁵) Mi limito a rinviare alle indicazioni di M.F. CURSI, *L’eredità*, cit., p. 29 nt. 9, e di I. FARGNOLI, *Ricerche*, cit., p. 141 nt. 11, che in fin dei conti dovrei in questa sede solamente trascrivere; la letteratura successiva sarà discussa nel prosieguo.

⁶) *Digesta Iustiniani Augusti recognovit adsumpto in operis societatem Paulo Kruegero Th. Mommsen*, 1, Berolini, 1870, p. 123.

⁷) Liv. 5.48: *Sed ante omnia obsidionis bellique mala fames utrimque exercitum urgebat, Gallos pestilentia etiam, cum loco iacente inter tumulos castra habentes, tum ab incendiis torrido et vaporis pleno cineremque non pulverem modo ferente cum quid venti motum esset. Quorum intolerantissima gens umoriquae ac frigori adsueta cum aestu et angore vexati volgatis velut in pecua morbis morerentur,*

successiva all'esperienza scientifica di Trebazio ed espressione di dati storici risalenti ai primi anni del IV secolo, rielaborati in termini leggendari dalla cultura della *civitas*, con cui i Romani ricordavano la frode dei Galli di Brenno, i quali, prima che l'intervento del *dictator* Marco Furio Camillo impedisse il perfezionamento di un'ignominiosa *solutio per aes et libram* fatta con l'oro⁸, avrebbero inteso procedere alla pesatura ricorrendo appunto a *pondera* qualificati come *iniqua*, ed ovviamente da intendersi come *pondera maiora* onde ottenere per frode più oro di quanto concordato.

iam pigritia singulos sepeliendi promisce acervatos cumulos hominum urebant, bustorumque inde Gallicorum nomine insignem locum fecere. Indutiae deinde cum Romanis factae et conloquia permissu imperatorum habita; in quibus cum identidem Galli famem obicerent eaque necessitate ad deditionem vocarent, dicitur avertendae eius opinionis causa multis locis panis de Capitolio iactatus esse in hostium stationes. Sed iam neque dissimulari neque ferri ultra fames poterat. Itaque dum dictator dilectum per se Ardeae habet, magistrum equitum L. Valerium a Veis adducere exercitum iubet, parat instruitque quibus haud impar adoriatur hostes, interim Capitolinus exercitus, stationibus vigiliis fessus, superatis tamen humanis omnibus malis cum famem unam natura vinci non sineret, diem de die prospectans equod auxiliium ab dictatore apparet, postremo spe quoque iam non solum cibo deficiente et cum stationes procederent prope obruentibus infirmum corpus armis, uel dedi uel redimi se quacumque pactione possint iussit, iactantibus non obscure Gallis haud magna mercede se adduci posse ut obsidionem relinquunt. Tum senatus habitus tribunisque militum negotium datum ut paciscerentur. Inde inter Q. Sulpicium tribunum militum et Brennum regulum Gallorum conloquio transacta res est, et mille pondo auri pretium populi gentibus mox imperaturi factum. Rei foedissimae per se adiecta indignitas est: pondera ab Gallis allata iniqua et tribuno recusante additus ab insolente Gallo ponderi gladius, auditaque intoleranda Romanis vox, Vae victis. (49) Sed dique et homines prohibere redemptos vivere Romanos. nam forte quadam priusquam infanda merces perficeretur, per altercationem nondum omni auro adpenso, dictator intervenit, auferrique aurum de medio et Gallos submoveri iubet. Cum illi renitentes pactos dicerent sese, negat eam pactionem ratam esse quae postquam ipse dictator creatus esset iniussu suo ab inferioris iuris magistratu facta esset, denuntiatque Gallis ut se ad proelium expediant. Suos in acervum conicere sarcinas et arma aptare ferroque non auro recipere patriam iubet, in conspectu habentes fana deum et coniuges et liberos et solum patriae deforme belli malis et omnia quae defendi repetique et ulcisci fas sit. Instruit deinde aciem, ut loci natura patiebatur, in semirutae solo urbis et natura inaequali, et omnia quae arte belli secunda suis eligi praepararive poterant providit. Galli nova re trepidi arma capiunt iraque magis quam consilio in Romanos incurrunt. Iam verterat fortuna, iam deorum opes humanae consilia rem Romanam adiuvabant. Igitur primo concursu haud maiore momento fusi Galli sunt quam ad Alliam vicerant. Iustiore altero deinde proelio ad octavum lapidem Gabina via, quo se ex fuga contulerant, eiusdem ductu auspicioque Camilli vincuntur. Ibi caedes omnia obtinuit; castra capiuntur et ne nuntius quidem cladis relictus. Dictator recuperata ex hostibus patria triumphans in urbem redit, interque iocos militares quos inconditos iaciunt, Romulus ac parens patriae conditorque alter urbis haud vanis laudibus appellabatur.

⁸⁾ Sull'evocazione del *gestum per aes et libram*, ed in particolare la *nexti liberatio*, nel racconto liviano cfr. quanto dico in *La 'doppia veste' processuale del certum. Quinto Mucio e la conceptio verborum della condictio formulare*, in *MEP*, 24, 2021, p. 290 s.; verosimilmente, la leggenda annalistica (cfr. M.A. LEVI, P. MELONI, *Storia romana dalle origini al 476 d.C.*, Milano, 1986, p. 35 s.) del ricorso a *iniqua pondera* ha forse comunque un fondamento storico, da rinvenirsi a mio avviso nel fatto che, con ogni probabilità, il sistema metrico celtico non corrispondeva a quello romano.

Si trattava, in altre parole, di *pondera iniqua* in eccesso imposti dalla parte in quel momento in posizione di supremazia militare al fine di dar vita ad una procedura chiaramente evocativa, nel racconto liviano, del rito librato proprio della *nexi liberatio*, in cui la pesatura – dell'oro in luogo del bronzo – rappresentava, come nell'antichissimo modello quiritario implicitamente tenuto presente, la misura della soggezione⁹ dei Romani intesi appunto come *nexi* di un *hostis* che, non a caso, *tribuno recusante*, aggiunge sul piatto della *libra* anche il proprio *gladius*.

Questo modello storico-culturale ci sarà utile nel prosieguo del nostro percorso: in linea di principio, come vedremo meglio più avanti, tanto la responsabilità quanto – a seconda del contesto fattuale considerato – l'autoresponsabilità per l'errata misurazione si radicano, infatti, in capo al soggetto che «procura» – valorizzando il preverbo perfezionante¹⁰ che connota l'esposizione liviana: in senso egressivo, cioè, i Galli sono la «parte forte» che gestisce e procura, avendone una disponibilità esclusiva che si sottrae a qualsiasi possibile verifica, gli strumenti per procedere alla pesatura – i *pondera*.

⁹) Che nulla ha a che vedere, è appena il caso di evidenziarlo, con il debito, giacché il rapporto relativo tutelato da *manus iniectio* è una soggezione irriducibile – ne è ampia prova il formulario riportato da Gai. 4.21, dove la parola *oportere* è assente – all'idea di obbligazione (o meglio, è una soggezione irriducibile sia agli «Haftungsverhältnisse» arcaici, sia allo «Schuldverhältnis» elaborato dai pontefici attorno alla *sponsio* a cavaliere tra monarchia e repubblica). Al riguardo, ad ogni modo, il testo-chiave è Gai. 3.173-175: *Est et alia species imaginariae solutionis, per aes et libram; quod et ipsum genus certis ex causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur. (174) Adhibentur non minus quam quinque testes et libripens; deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur: QUOD EGO TIBI TOT MILIBUS SESTERTIORUM IUDICATUS VEL DAMNATUS SUM EO NOMINE ME A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENEAQUE LIBRA. HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAQUE EXPENDO SECUNDUM LEGEM PUBLICAM. deinde asse percutit libram eumque dat ei, a quo liberatur, veluti solvendi causa. (175) Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato, quod per damnationem relictum est, ut tamen scilicet, sicut iudicatus condemnatum se esse significat, ita heres testamento se dare damnatum esse dicat. de eo tamen tantum potest heres eo modo liberari, quod pondere numero constat, et ita, si certum sit. quidam et de eo, quod mensura constat, idem existimant.* Sul punto condivido C.A. CANNATA, *Materiali per un corso di Fondamenti del diritto europeo*, 2, Torino, 2008, p. 12 s., nonché p. 15 e nt. 17, e dissento da I. ZAMBOTTO, *Nexum. Struttura e funzione di un vincolo giuridico*, Napoli, 2021, p. 266 ss. (che a p. 269 considera la *nexi liberatio* come un indizio per configurare «l'idea del *nectere* quale primitivo paradigma dell'idea di obbligazione»: secondo me, *necti* ed *oportere* hanno in comune unicamente di esprimere rapporti giuridici relativi, e l'interferenza, lungi dall'essere primitiva, è assai tarda, e si compie quando la *damnatio* verrà riassorbita nell'*oportere*). In questo quadro, in base al racconto liviano i *duces belli* avrebbero concluso una *publica conventio* – che Camillo dichiara, in qualità di *dictator*, improduttiva di effetti in quanto perfezionata da magistrati sottordinati privi di legittimazione – la cui esecuzione avrebbe costretto i Romani a vivere come *redempti* (vale a dire come *nexi* liberati nella parallela sfera laica dello storico patavino, che scrive secoli dopo la *lex Poetelia Papiria* del 326 a.C.).

¹⁰) I *pondera*, infatti, sono 'allata' dai Galli: quanto all'incidenza preverbo *ad-* sull'aspetto verbale cfr. A. TRAINA, G. BERNARDI PERINI, *Propedeutica al latino universitario*⁶ (rist. cur. C. MARANGONI), Bologna, 1998, p. 214 s.

E veniamo così alla parte centrale del passo, in cui si annidano le difficoltà più serie.

Io partirei ancora dall'idea che ci troviamo di fronte ad un'interpolazione per compressione, e mi domanderei innanzitutto per quale ragione Paolo, che mostra di voler passare dalla descrizione ed elaborazione repubblicana di un caso-base paradigmatico ai fini di una discussione sulla residualità dell'azione di dolo ad una vera e propria *quaestio*, contesti la soluzione di Trebazio esaminando distintamente le implicazioni connesse con le due uniche possibili irregolarità dei *pondera*, cioè che essi fossero, pur apparendo materialmente perfetti, *signata* in eccesso ovvero in difetto rispetto alla misura ufficiale.

Se la nota paolina, che secondo me è stata quanto meno semplificata dai commissari imperiali, era congruente con il *responsum* criticato, allora il giurista repubblicano doveva suggerire l'esperibilità dell'azione di dolo nell'uno come nell'altro caso, e dunque a favore rispettivamente del venditore, la cui sfera patrimoniale è lesa dalla pesatura errata in eccesso, e quindi del compratore, che potrebbe dolersi solo del caso contrario.

Ad sensum, dunque, e muovendo dalla regola per cui «di due concetti nominati prima, *hic* riprende il più vicino, *ille* il più lontano»¹¹, la congettura diagnostica qui suggerita propone di leggere il passo nel senso che, nel caso di comodato doloso di pesi irregolari per consentire al venditore di procedere all'*adpensio* della merce da consegnarsi al compratore, Trebazio avrebbe dato l'azione di dolo a quest'ultimo se in difetto, al primo se in eccesso, valorizzando sul piano linguistico il fatto che il nominativo *venditor* precede il dativo *emptori* e non il contrario, così da suggerire un possibile andamento chiastico del dettato originario della prima parte del frammento (... *ut venditor emptori merces adpenderet, huic si minora, illi si maiora Trebatius de dolo dabat actionem*), che parrebbe a questo punto disporsi con la stessa tecnica espositiva anche nella seconda, vale a dire nella *quaestio*, dove l'antitesi *minora-maiora* costituirebbe l'anello di congiunzione tra esse.

Con questa ipotesi ricostruttiva, si intuisce come il discorso di Paolo, che si configurava «a specchio» rispetto alla citazione di Trebazio, potesse verosimilmente connotarsi per una certa eleganza stilistica.

Ma si tratta pur sempre di una congettura diagnostica: quel che mi pare più plausibile è che i commissari imperiali, se Trebazio dava l'azione di dolo ad entrambe le parti del contratto a seconda di chi avesse tratto pregiudizio dal comodato doloso di *pondera*, per semplificare il discorso devono aver da un lato soppresso l'aggettivo *iniqua* insieme con la distinzione tra *pondera minora* e *pondera maiora*, che quasi certamente dovevano essere evocati per ultimi, dall'altro tentato di astrarre per quanto possibile dal caso concreto riqualificando come generiche

¹¹) A. TRAINA, T. BERTOTTI, *Sintassi normativa della lingua latina. Teoria*, Bologna, 1985, p. 164 nt. 1.

merces lo specifico oggetto – quasi certamente olio: ma lo vedremo più avanti – della vendita di genere.

Sarebbe appunto a tale ipotesi che Paolo avrebbe collegato l'avvio dell'argomentazione con cui esprimeva il proprio dissenso.

Se ciò è corretto, il risultato della rilevata compressione è il tratto in cui leggiamo che Trebazio «dava l'azione di dolo in un caso di comodato doloso di pesi», cioè il nucleo minimo essenziale di pensiero classico a cui avrebbe potuto ridursi il testo senza stravolgerne il significato di fondo.

Proporrei adesso una traduzione del passo in modo da configurare meglio gli svolgimenti del percorso esegetico che vorrei qui suggerire: «... Contro colui il quale, pur essendone consapevole, avrebbe prestato pesi irregolari al venditore per pesare la merce voluta dall'acquirente, Trebazio concedeva l'*actio de dolo* a quest'ultimo se in difetto, al primo se in eccesso. Un'ipotetica ragione in senso contrario potrebbe però essere che, se gli ha prestato pesi irregolari in eccesso, si può ripetere la merce in eccedenza con una *condictio* laddove, se in difetto, si può agire *ex empto* per ottenere la merce restante, ... salvo che la vendita della merce sia stata condizionata alla consegna con quegli specifici pesi in conseguenza di una sua dichiarazione, finalizzata ad ingannare, di disporre di pesi regolari».

La soluzione – lo rileva bene Cursi, nell'impianto complessivo della sua ricerca¹² – è di grande interesse per il civilista contemporaneo, giacché l'*actio de dolo* è potenzialmente data a tutela di un soggetto terzo rispetto al contratto che lo lede: il che impone subito di indagare sull'individuazione di chi sia il comodatario che riceve da Brenno – chiameremo così il comodante, in omaggio a Livio ed alla tradizione culturale della *civitas* che la sua esposizione incarna – i *pondera iniqua*.

Prima di procedere oltre, però, mi pare utile evidenziare sin d'ora come in questa casistica, in cui si rende indispensabile richiedere in comodato i *pondera*, da un lato la partita di merce venduta a peso doveva essere talmente ingente da imporre unità di misura, se vogliamo, «speciali», di cui le parti del contratto ordinariamente non dispongono; dall'altro il comodante – specie se, come vedremo più avanti, la vendita davvero avesse ad oggetto una partita di olio – doveva essere verosimilmente, come il venditore, un imprenditore agricolo il quale dunque potrebbe avere un interesse «anticompetitivo» vuoi alla reticenza, vuoi all'inganno diretto, così da rovinare un importante affare al comodatario ledendo in ultima analisi la *fides* che deve informare i rapporti commerciali.

Di ciò, ovviamente, diremo via via nel nostro percorso euristico.

2. Il complessivo andamento del passo induce a ritenere che il comodatario sia, tanto nella logica di Trebazio quanto in quella di Paolo, il venditore, e che quest'ultimo, una volta esclusa in linea di principio l'azione di dolo per difetto –

¹²) M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., p. 263 ss.

come a breve vedremo – di residualità, individui una sola ipotesi in cui la stessa risulta esperibile, vale a dire quando la scelta dei pesi rientri nell'*emere vendere* tramite una condizione potestativa apposta al contratto in diretta conseguenza di un'espressa dichiarazione di Brenno, finalizzata ad ingannare, circa la regolarità di essi.

Nell'ottica del giurista severiano, ed in coerenza con la teoria dell'*emptio perfecta*¹³ che egli tratteggiava, come noto, in D. 18.6.8 pr. (Paul. 33 ad ed.), è dunque l'avveramento della condizione a determinare il *perfici* della vendita di genere, nel senso che la sua verifica fa coincidere la genesi delle obbligazioni con l'individuazione del coacervo tramite *adpensio*.

In questo quadro, l'idea di un prestito d'uso '*ut venditor emptori merces adpenderet*', e segnatamente l'espressione '*alicui merces adpendere*', cioè «pesare la merce voluta da qualcuno», induce a ritenere che l'iniziativa negoziale funzionale al perfezionamento del comodato sia partita dal venditore, tanto più ove si consideri che né Trebazio né Paolo si pongono il problema del *furtum* della merce pesata in eccesso, come avviene invece in un caso in cui il comodatario è senz'altro il compratore, cui si deve dunque l'iniziativa di richiedere i *pondera* in prestito:

D. 47.2.52.22 (Ulp. 37 ad ed.): Maiora quis pondera tibi commodavit, cum emeris ad pondus: furti eum venditori teneri Mela scribit: te quoque, si scisti: non enim ex voluntate venditoris accipis, cum erret in pondere.

Qui Fabio Mela – come noto, contemporaneo di Labeone, a sua volta allievo di Trebazio: riterrei dunque che la soluzione citata da Ulpiano sia successiva a quella di Trebazio discussa da Paolo, e che comunque, per quanto si dirà ora, le due soluzioni siano indipendenti¹⁴ – evidenzia che, nel caso del comodato non già al venditore, ma al compratore di pesi irregolari in eccesso Brenno risponda a titolo di furto, in concorso con quest'ultimo ove ne sia consapevole, giacché l'*error in pondere*, da ritenersi una figura di errore ostativo *in corpore*, determina una nullità parziale della *traditio* del coacervo, nel senso che la compravendita non sottende l'acquisto dell'eccedenza così da configurare per corollario i presupposti di una *contractatio rei*.

Potrebbe apparire problematico che il giurista non sembri soffermarsi sul dolo specifico.

Nondimeno, oltre che pensare ancora – ne vedremo a breve un possibile indizio – ad una compressione del testo in funzione di semplificazione del dettato

¹³) Su cui si vedano M. TALAMANCA, s.v. *Vendita in generale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 46, Milano, 1993, p. 454 ss. e ID., *Considerazioni sul periculum rei venditae*, in *Sem. Compl.*, 7, 1995, p. 241 ss.

¹⁴) Cfr. P. STEIN, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburgh-London, 1958, p. 96 s.

classico, l'elemento soggettivo a me pare implicito nei fatti, nel senso che il giurista lo desume da essi, ove si consideri l'anomalia del contesto, in cui un soggetto che intende acquistare a peso, anziché lasciare che sia il venditore, adoperando strumenti propri o comunque da lui procurati, a procedere alla pesatura, si fa prestare a tal fine i *pondera* da un terzo: ad ipotizzare, dunque, quanto meno una semplificazione del dettato originario da parte dei commissari imperiali, non escluderei che, nel caso di specie, le parti del contratto di comodato fossero *socii ad emendandum*, il che spiegherebbe sia l'interesse lucrativo – presupposto dell'*animus lucri faciendi* – del comodante¹⁵ che mette a disposizione del comodatario pesi irregolari in eccesso, sia la possibilità, astrattamente plausibile, che l'*emptor* sia comunque del tutto ignaro dell'irregolarità, fermo restando che ove il *delictum* sia avvenuto *ope consilio emptoris* anche quest'ultimo è soggetto all'azione penale¹⁶, evidentemente concorrente, in via cumulativa, non solo con la *condictio furtiva*, ma anche con l'azione contrattuale, giacché se l'*emptor* che versi in dolo non può, in base all'*oportere ex fide bona*, agire *ex empto*, al venditore «derubato con artifici e raggiri» – e dunque, secondo le nostre categorie concettuali, patrimonialmente leso da una truffa contrattuale¹⁷ che configura in ultima analisi un *dolus in contrahendo* – deve essere comunque assicurata l'*actio ex vendito*¹⁸ per l'interesse sotteso dall'obbl-

¹⁵) Questo problema emerge implicitamente, seppure in un percorso euristico qui non condito nei suoi assunti di fondo in ragione del sospetto radicale del passo da *atquin* in poi, nello studio di B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in *AUPA*, 23, 1953, p. 71 ss. e 95 s.; ad orientarsi in quest'ordine di idee, non sarebbe implausibile ipotizzare altresì che l'indefinito *quis* sia l'esito di una compressione funzionale a sostituire, in via generalizzante, qualcosa come '*socius tuus ad emendum*', sicché si potrebbe leggere il passo in questi termini: D. 47.2.52.22 (Ulp. 37 ad ed.): *Maiora [quis] < socius tuus ad emendum > pondera tibi commodavit, cum emeris ad pondus: furti eum venditori teneri Mela scribit: te quoque, si scisti: non enim ex voluntate venditoris accipis, cum erret in pondere.*

¹⁶) L'espressione '*te quoque, si scisti*' – un'infinitiva retta sempre da *Mela scribit*: Ulpiano, dunque, continuava a riportare il discorso del giurista augusteo, per modo che la sua annotazione deve limitarsi al tratto *non enim - in pondere* – va intesa secondo me nel senso che, nel caso del comodatario inconsapevole, quest'ultimo, quantunque materialmente concorrente, non sarebbe punibile, difettando l'elemento soggettivo, a titolo di *furtum*, da ritenersi nondimeno configurabile in concorso tra i due soggetti agenti (diversamente da quanto ritiene P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano, 2005, p. 202 nt. 111): in altri termini, comodante (in dolo) e comodatario (inconsapevole) concorrerebbero nella condotta del *furtum*, ma l'*actio furti* sarebbe esperibile solo contro il comodante (con un percorso euristico non eccessivamente distante, cfr. anche M. RIZZI, «*Maiora quis pondera tibi commodavit cum emeris ad pondus*». Note a D. 47.2.52.22 (Ulp. 37 ad ed.), in *Index*, 44, 2016, p. 318 ss.).

¹⁷) Per la riconduzione all'ampiezza del *furtum* romano di una pluralità di fatti tipici inquadabili con la nostra sistematica in figure di delitto differenti dall'ipotesi di cui all'art. 624 cod. pen., tra cui la truffa, cfr. per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 623.

¹⁸) Per la ricostruzione teorica qui seguita – il *dolus in contrahendo* non vizia il negozio nel suo complesso, ma, sul piano delle azioni esperibili, determina un assetto funzionalmente claudicante nel senso che solo la parte ingannata dispone dell'azione contrattuale – cfr. M. TALAMANCA, s.v.

gazione – innegabilmente bilaterale¹⁹ – di *purgari dolo malo*²⁰.

In quest'ordine di idee, peraltro, il fatto che nel passo non si discuta di un aspetto tanto significativo della fattispecie, come appunto il cumulo tra *actio furti* e tutele reipersecutorie contro l'*emptor* per avventura complice del suo comodante, è indice sintomatico della rilevata semplificazione espositiva, verosimilmente operata in funzione di adattare il testo al contenuto del titolo *de furtis* del Digesto, e quindi di depurarlo di qualsiasi riferimento alle azioni concorrenti con quella penale: ed allora, non potendosi affermare con sicurezza che «la preferenza di Mela per l'*actio furti* nei confronti del comodante – oltre che del compratore, se quest'ultimo fosse stato a conoscenza della sua frode – si lega ad una concezione sostanziale del furto che Trebazio non condivide»²¹, è più che altro il criterio dell'iniziativa negoziale al comodato a porsi verosimilmente alla base della possibilità di scorgere un *furtum* a danno del venditore.

In altre parole, mentre nella soluzione di Mela tale iniziativa è assunta dal compratore, che si fa prestare le misure – forse dal suo *socius ad emendum* – per acquistare a peso, in quella di Trebazio è invece assunta dal venditore per pesare la propria merce, e Brenno, non a caso, è solamente *sciens*, il che esclude testualmente il dolo specifico e, con esso, l'integrazione di un *furtum*.

Qui la vicinanza culturale con la frode dei Galli è evidente: nel racconto di Livio, infatti, sono gli *hostes a pondera adferre*, cioè appunto a «procurare» le misure, in quanto nella loro posizione di assoggettanti – ovviamente, come si accennava poc'anzi, nello specchio del *gestum per aes et libram*, e segnatamente del rito della *nexi liberatio* – hanno tutto l'interesse, approfittando del momento di difficoltà dei Romani, intesi appunto come dei *nexi* rispetto al nemico occupante, ad ottenere quanto più oro possibile a titolo di misura della liberazione dalla loro soggezione.

Ecco il furto: l'*emptor* consapevole, che – parafrasando Livio – *iniqua pondera adfert* per ottenere più merce di quanto gli spetti in base al sistema metrico ufficiale, è davvero, in ultima analisi, una sorta di «novello Brenno».

Un punto, ad ogni modo, va subito chiarito: solo il *venditor* di genere può essere derubato con il ricorso a *pondera iniqua*.

Va evidenziato, infatti, che il *furtum* presuppone l'*error in pondere*, da ritenersi la ragione che giustifica, come vedremo a breve, l'esperibilità della *condictio*

Vendita, cit., p. 438 s.

¹⁹⁾ Cfr. M. TALAMANCA, s.v. *Vendita*, cit., p. 384 e nt. 843.

²⁰⁾ Ovviamente nei limiti in cui essa possa correlarsi appunto al *dolus in contrahendo*: su questo problema cfr. ancora M. TALAMANCA, s.v. *Vendita*, cit., p. 438 nt. 1398.

²¹⁾ M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., p. 32; analogamente I. FARGNOLI, *Ricerche*, cit., p. 139 s. Questa duplice condivisione perpetua i risultati cui pervenivano B. ALBANESE, *La nozione*, cit., p. 71 ss. e 93 ss. e P. STEIN, *Fault*, cit., 96 ss., ed è contestata, di recente, anche da M. RIZZI, «*Maiora quis pondera tibi commodavit cum emeris ad pondus*», cit., p. 311 ss., ed in particolare p. 315 ss.

suggerita da Paolo, mentre un'analogia figura di errore non è ipotizzabile con riferimento alla consegna dei *nummi* – una sorta, per così dire, di 'error in numeratione' – ove i pesi siano irregolari non già in eccesso, ma appunto in difetto, giacché in tal caso non sussisterebbe alcun *error* tale da escludere l'integrazione della *iusta causa traditionis*, tant'è vero che Paolo accorda all'*emptor* che abbia ottenuto di meno l'*actio ex empto* per farsi trasferire la proprietà della *reliqua merx*: in buona sostanza, il compratore avrebbe pagato esattamente per il peso concordato, sicché non vi sarebbe *furtum* nell'*accipere nummos*²² a fronte della possibilità di invocare fondatamente la tutela strumentale all'esatto adempimento.

Si potrebbe dire che nel primo caso – *maiora pondera* – il venditore «non vuole» vendere merce in eccesso, sicché si può astrattamente configurare quel *furtum* che, con le nostre categorie, rientrerebbe nel fatto tipico di una truffa contrattuale; laddove nel secondo – *minora pondera* – il compratore «vuole» comprare esattamente quello che paga, sicché non ha ragion d'essere un problema di *furtum* di *nummi*, potendosi solo pensare all'azione contrattuale per l'interesse – lo si accennava – all'esatto adempimento, implicato nel *quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona*.

Per avere più chiaro il quadro, tuttavia, occorre ora riflettere sulla distanza che intercorre tra l'ipotesi in cui Brenno sia appunto semplicemente *sciens*, rispetto a quella, suggerita da Paolo nello sviluppo della *quaestio*, in cui egli si determini piuttosto ad *adfirmare decipiendi causa* di disporre di pesi regolari.

3. Ragionando ora su quel che oggi sarebbe l'indagine sull'elemento soggettivo, nel caso-base Trebazio dava per sussistente la *scientia* – vale a dire la consapevolezza – dell'irregolarità dei *pondera*, che peraltro non trascolora, come nella *quaestio* paolina, in una condotta decettiva commissiva, consistente nel fatto che Brenno agisce per ingannare, assicurando espressamente la regolarità dei pesi da adoperarsi.

Nel caso-base, dunque, riterrei che quest'ultimo versi in dolo per condotta omissiva, vale a dire per non aver rappresentato al venditore comodatario, pur essendo consapevole, l'irregolarità dei *pondera*; nello sviluppo della *quaestio*, invece, Paolo ammette l'esperibilità dell'*actio de dolo* solo qualora la condotta decettiva sia commissiva e finalizzata alla frode.

È, infatti, sulla base di questa dichiarazione di Brenno, sulla quale il venditore – e con lui, seppur indirettamente, il compratore – fa affidamento, che la condizione potestativa viene apposta al contratto, per modo che la *perfectio* della compera si concretizza, sia *sub specie* della produzione degli effetti obbligatori sia *sub specie* dell'individuazione del coacervo, con un'*adpensio* – cioè, in sostanza, la *traditio* del

²²) Come invece avviene nei casi di sostituzione di persona (e segnatamente del soggetto finanziato) in D. 47.2.67(66).4 (Paul. 7 ad Plaut.) ed in D. 47.2.52.21 (Ulp. 37 ad ed.), richiamati da B. ALBANESE, *La nozione*, cit., p. 73.

genus in obligatione deductum – fatta con quegli specifici pesi.

In questo quadro, il venditore non solo – come del resto nel caso-base – ha procurato i pesi, ma ha altresì ulteriormente convenuto di condizionare la vendita al loro esclusivo uso per la determinazione del coacervo, sicché l'individuazione avviene, in ultima analisi, con un'unità di misura «contrattuale»: ne consegue che, se i «pesi contrattuali» sono *maiora* rispetto a quelli ufficiali, egli non ha azione contro il compratore neppure *sub specie* della *condictio*, giacché quella peculiare misurazione non esula dalla sua *voluntas*, ma ne è anzi precipua espressione, esattamente come, per la stessa ragione, non ha l'*actio ex empto* il compratore per integrare la quantità acquistata, dato che appunto la misurazione, per via della condizione apposta, è proprio quella stabilita dalla *conventio*.

Poiché peraltro ambo le parti – il venditore, che ha concluso il comodato, direttamente; il compratore mediatamente – hanno fatto affidamento sulla dichiarazione di Brenno, nel senso che è la sua condotta decettiva l'unica ragione della *condicio* apposta alla vendita di genere, non essendo esperibile né la *condictio* né l'azione *ex empto* esse possono invocare nei suoi confronti la tutela *de dolo malo*, e segnatamente il venditore se sono stati usati *pondera maiora*, il compratore nel caso contrario.

Un aspetto dovremo adesso approfondire in modo specifico.

Se, infatti, non è tutto sommato implausibile che Trebazio ancora ignori la possibilità, per il venditore, di esperire l'*actio commodati contraria*²³, di cui non si hanno elementi dirimenti per sostenere che essa, seppur intesa come *formula in factum*²⁴, fosse proposta nell'editto²⁵ già nella seconda metà del I secolo a.C., è invece strano che Paolo, nello sviluppo della *quaestio*, prospetti in via residuale l'*actio de dolo* senza quanto meno discutere di questo specifico problema contestualmente all'indagine sulla tutela del venditore, né mi pare dirimente ipotizzare, come suggeriva Talamanca²⁶, che si trattasse di un'ipotesi non pertinente al perimetro di questioni poste dal caso trattato dal giurista repubblicano, giacché pur sempre Paolo ne contestava gli assunti addentrandosi in un'articolata *quaestio*.

²³) Sul punto cfr. A. MILAZZO, *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna*, Torino, 2018, p. 219 nt. 152; più cautamente E. SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di iudicia contraria*, Napoli, 2017, p. 107 nt. 56.

²⁴) A ciò propende M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 546; per l'ipotesi della *formula in ius* cfr. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, p. 53 nt. 119, con letteratura.

²⁵) Ammesso e non concesso che ciò sia mai avvenuto: cfr. ancora D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 53 nt. 119.

²⁶) M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, in *BIDR*, 91, 1988, p. 801 s. (a proposito di L. PARICIO SERRANO, *La responsabilidad*, cit., p. 501), seguito da M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., p. 35.

Le implicazioni sottese dal passo sono verosimilmente più ampie: ma per tratteggiarne gli snodi essenziali, occorre prima di tutto ragionare sui rilievi censori che Paolo muoveva al *responsum* di Trebazio.

4. La critica di Paolo a Trebazio, a mio avviso, si dipana attorno da un lato all'errore essenziale *in corpore* nella *traditio* – più precisamente nell'*adpensio* – per quanto concerne la tutela offerta al venditore, dall'altro agli svolgimenti euristici dell'obbligazione di *purgari dolo malo* nella più matura esperienza classica per quanto concerne, invece, quella *ex empto* offerta al compratore.

Al riguardo si è ritenuto, collegando di fatto e ultimativamente, in un'ideale «connessione intertemporale», il pensiero di Trebazio a quello di Giuliano richiamato in D. 4.3.7 pr. (Ulp. 11 ad ed.)²⁷, che il giurista repubblicano, come in seguito quello adrianeo, «potrebbe aver preferito agire con l'azione di dolo contro il comodante, riservando l'azione contrattuale al caso in cui fosse accertato il dolo della parte contraente»²⁸.

In disparte l'evanescenza della sinapsi tra Trebazio e Giuliano, riterrei che il nostro percorso esegetico possa essere alquanto diverso.

Iniziamo, al riguardo, con una considerazione di fondo: l'*emptor* non ha mai avuto la materiale disponibilità, né dunque la sfera di controllo, sui pesi richiesti in comodato dal venditore, che non avrebbe potuto verificare neppure se ciò fosse stato agevolmente possibile – il che è discutibile se le misure, in ipotesi eccezionali, procurate sono finalizzate all'*adpensio* di coacervi particolarmente ingenti – e l'avesse voluto.

A me pare evidente che, in base al contesto fattuale in cui si perfeziona la compravendita, egli sia necessariamente in buona fede²⁹, sicché in sostanza *ex fide bona* non deve nulla, neppure *sub specie* dell'obbligazione di *purgari dolo malo*, in quanto non è stato lui a «procurare e gestire» i *pondera iniqua*.

²⁷ D. 4.3.7 pr. (Ulp. 11 ad ed.): *Et eleganter Pomponius haec verba 'si alia actio non sit' sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem ea res pertinet salva esse non poterit. nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio emptorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem (hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit) aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est. et quod minor proponitur, non inducit in integrum restitutionem: nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.* Secondo M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., p. 35, qui Giuliano, «nel fare l'esempio della compravendita viziata dal dolo dello schiavo oggetto della vendita stessa, ritiene doversi applicare l'azione di dolo nei confronti dello schiavo, sempre che non concorra anche il dolo della parte acquirente, rispetto alla quale si potrà agire con l'azione contrattuale di compravendita».

²⁸ M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., p. 34.

²⁹ M. TALAMANCA, *Recensione*, cit., p. 801 s.

Di qui l'impossibilità di agire *ex vendito*: è il venditore ad aver procurato i pesi e dunque, se essi sono *maiora* in suo danno, egli versa in una figura di autoresponsabilità.

Nondimeno, pur in assenza di qualsiasi elemento fattuale che possa consentire l'evocazione del *furtum*, tanto più ove si consideri che il comodante nulla ottiene né programma di ottenere dal venditore, giacché agisce secondo me solo in funzione «anticompetitiva» contro un concorrente nel mercato agricolo, emerge nel ragionamento di Paolo il ricorso, in via topica, alla stessa dogmatica che sottende la soluzione di Mela ricordata da Ulpiano, e poc'anzi esaminata: dato che nel caso fatto da Trebazio è il venditore, e non il compratore, a concludere il comodato, se i pesi risultano *maiora* egli ne è *a fortiori* all'oscuro, giacché procederebbe ben paradossalmente in suo danno all'*adpensio*; di qui l'*error in corpore – sub specie* di un *error in pondere* – che rende parzialmente nulla per l'eccedenza l'*adpensio*, cioè la *traditio* che avrebbe implicato l'esatta individuazione del coacervo e la contestuale *perfectio* della vendita.

In difetto di *voluntas*, al venditore spetta contro l'*emptor* in perfetta buona fede solo una *condictio sine causa* per l'eccedenza, che dunque – trattandosi di cose fungibili – va semplicemente *in creditum*, generando quella che per gli *antecessores* sarebbe, come noto, un'obbligazione quasi contrattuale: questa evidenza esclude che possa competere l'*actio de dolo* per difetto di residualità rispetto alla *condictio*.

È, in estrema sintesi, l'estraneità assoluta del compratore alla scelta ed alla «gestione» dei pesi nel caso-base – da intendersi come sfera di controllo, e dunque come concreta possibilità di averli letteralmente «tra le mani», e, se del caso, ove da ciò insorgessero dei dubbi, procedere conseguentemente, se possibile, ad una loro verifica – ad escludere l'*actio ex vendito* ed a far propendere alla *condictio* per errore essenziale³⁰.

³⁰) Non insisterei, ai fini della nostra esegesi, sulla casistica del *falsum modum renutiare* da parte degli agrimensori: in D. 11.6.3.2-3 (Ulp. 24 ad ed.), innegabilmente, si fa il caso, filtrato dall'*ad edictum* di Pomponio, della vendita immobiliare in cui il *corpus* viene dolosamente misurato in termini errati, in difetto (nel § 3.2), con conseguente *condictio* di parte del prezzo in capo all'*emptor* che in ogni caso non può pretendere la *mancipatio* di un fondo più ampio di quello oggetto della convenzione, e che comunque, sempre tramite il filtro di Pomponio, in D. 11.6.5.1 (Ulp. 24 ad ed.) sembra poter esperire in tal caso, nei limiti dell'interesse, anche l'azione *ex empto*; od in eccesso (nel § 3.3, discusso da M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., p. 34 nt. 24, a proposito della rilevata ipotesi di connessione intertemporale, qui non condivisa, tra Trebazio ed il pensiero di Giuliano evocato in D. 4.3.7 pr. [Ulp.]), con conseguente *actio ex vendito* in capo al *venditor* ingannato dal *mentor*. Si tratta, come appare del tutto evidente, di fattispecie alquanto diverse, in quanto si discute di una vendita non già di genere implicante individuazione, ma di *species* soggetta a misurazione tecnica, per di più affidata ad un professionista, che è remunerato per *honorarium* e deve dichiarare *cuius modi ager veneat*, come si legge in D. 11.6.1 pr. (Ulp. 24 ad ed.): l'approccio topico dei *prudentes* sembra seguire percorsi non del tutto sovrapponibili in considerazione sia del diverso quadro fattuale, sia del parimenti diverso bilanciamento degli interessi in gioco.

E veniamo così alla tutela del compratore.

Il venditore, per il fatto di aver assunto l'iniziativa negoziale di farsi prestare i *pondera* e, di conseguenza, di aver ottenuto l'esclusiva sfera di controllo su di essi in quanto comodatario, deve senz'altro *purgari dolo* quando si scopre che le misure adoperate erano in difetto: si tratta di ragioni che, secondo me, Paolo ritiene implicite nel contesto fattuale sotteso dalla *conventio*, tali da giustificare l'esperibilità dell'azione *ex empto* in base a quanto rientri nell'*oportere ex fide bona*.

Ai tempi di Trebazio, peraltro, una siffatta configurazione del contenuto dell'obbligazione del venditore – come noto tratteggiata proprio da Paolo³¹ – non doveva essere ancora pienamente matura, ed è secondo me per questo che solo il giurista severiano, il quale fonda la propria dogmatica su un'elaborazione del contenuto dell'*oportere ex fide bona* nella vendita sorretta da un percorso scientifico e pratico assai più articolato, prospetta la soluzione incentrata sull'azione contrattuale.

Ribadirei, inoltre, che in questo caso non può aversi un errore sulla *numratio* dei *nummi*: il compratore, cioè, paga esattamente quanto intende acquistare, sicché per corollario ha direttamente l'azione contrattuale per l'esatto adempimento tramite *pondera aequa*.

5. Non mi pare irragionevole, a questo punto, congetturare che anche Ulpiano procedesse, in un *locus parallelus* del suo *ad edictum*, a riesaminare lo stesso *responsum* di Trebazio discusso da Paolo in un passo – sicuramente escerpito, a seguire la palingenesi leneliana³², dal commento all'editto *de dolo malo*, e specificamente ai *verba* edituali '*si de his rebus alia actio non erit*' – che presenta sinapsi sin troppo evidenti con quanto è sinora emerso per essere casuale.

Mi riferisco a

D. 19.1.32 (Ulp. 11 ad ed.): <?> Si quis a me oleum quod emisset adhibitis iniquis ponderibus accepisset, ut in modo me falleret, vel emptor circumscriptus sit a venditore ponderibus minoribus, Pomponius ait posse dici venditorem sibi dare oportere quod plus est [petere] <intendere>: quod habet rationem: ergo et emptor ex empto habebit actionem, qua contentus esse possit.

Non è in fin dei conti disagevole pensare che Ulpiano criticasse proprio Trebazio, e lo facesse negli stessi termini in cui si pronunciava Paolo, verosimilmente perché – lo vedremo a breve – i due giuristi severiani devono aver proficuamente attinto alla stessa fonte: se ripensiamo al sospetto che abbiamo mosso all'espressione '*de eo*' che si legge nell'*incipit* di D. 4.3.18.3, è proprio in questa prospettiva che possiamo ri-

³¹) D. 19.4.1 pr. (Paul. 32 ad ed.), su cui si veda per tutti M. TALAMANCA, s.v. *Vendita*, cit., p. 378 ss., in particolare p. 384 ss.

³²) O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig, 1889, col. 468 nt. 3 (Ulp. 388 Lenel).

pensare alla possibilità che la casistica tramandata nel nome di Trebazio fosse ben nota ai commissari imperiali i quali, disponendo del testo integrale, a noi inaccessibile, delle opere classiche oggetto di spoglio, dovevano con ogni probabilità rintracciarla in una pluralità di *loci paralleli*.

«A proposito di colui il quale aveva prestato pesi» era dunque una sutura ideale che, operando una semplificazione espositiva, evocava un caso noto nella cultura giuridica giustiniana.

Immaginiamo, dunque, che i commissari imperiali, dovendo inserire questo frammento non già nel titolo *de dolo malo* del Digesto, ma appunto in quello *de actionibus empti et venditi*, abbiamo stralciato tutta la parte introduttiva (cioè quella in cui doveva essere presentato il *responsum* di Trebazio, conservato, anche se a seguito di compressione, solo nell'*ad edictum* paolino) e conseguentemente riadattato i rilievi di Ulpiano al giurista repubblicano, originariamente anch'essi incentrati *sub specie* della residualità dell'*actio de dolo*, in modo da far emergere soltanto l'esito polarizzato sull'esperibilità delle tutele reipersecutorie.

In tal caso, ed in disparte la soppressione pressoché totale del caso-base che invece si conserva meglio in D. 4.3.18.3, tutto il tratto *si quis-minoribus* altro non sarebbe che il risultato di una massimazione più o meno ampia e quindi più o meno fedele al dettato originario, condizionata tuttavia, secondo me, dall'obiettivo – imposto da ragioni di coerenza interna al titolo del Digesto da intessere in modo da uniformare un discorso tecnico «polifonico» – di far emergere i presupposti per parlare, appunto, di *actiones empti et venditi*, e non certo di *actio de dolo* o di *condictio*, evidente soprattutto nell'ambiguità – tipica di un intervento di natura quasi parafrastica – della frase *ut in modo me falleret*, in cui il verbo *fallere* è adoperato nella consueta valenza morfologica impersonale, in correlazione con *adhibitis iniquis ponderibus*, dove la struttura sintattica (volutamente, riterrei) oblitera da chi dipenda il ricorso ai *pondera*.

Il rimaneggiamento è, tuttavia, mal riuscito, giacché il compendio che ne deriva pur sempre conserva assai bene la traccia testuale, sicuramente classica, dell'*intentio* della *condictio* nelle parole '*sibi dare oportere*', espressione perfettamente coincidente, è appena il caso di dirlo, con quanto si legge in diversi punti, tutti assai noti, del Veronese che discutono in chiave strutturale – cioè *sub specie* della tecnica formulare – delle pretese di *certum*³³ e manifestamente incompatibile con la deduzione di un *oportere ex fide bona* quale quello dell'*actio ex vendito*, sicché sarei indotto a correggere *petere* con *intendere*, non più attuale nella logica della *cognitio*.

La correzione – un'interpolazione sovrapponibile, per intenderci e solo per fare un esempio di scontata evidenza, alle consuete sostituzioni dei riferimenti agli atti formali di alienazione con la *traditio* – dell'*intendere* formulare con il *petere* della *cognitio*, più precisamente, è l'espressione del sincretismo delle azioni conse-

³³) Cfr. Gai. 2.204, 3.91, 4.4, 4.41, 4.64, 4.86.

guente alla riforma giustiniana del 531 conservata da C.I. 7.40.3, secondo la quale con la notificazione del *libellus* l'attore deduceva tutte le vie della giustizia astrattamente previste per raggiungere pienezza ed effettività della tutela invocata, spettando al giudice la qualificazione della domanda³⁴: ed è appena il caso di evidenziare come, alla luce di questa peculiare logica processuale, nel *petere* di D. 19.1.32 sia racchiusa non solo l'idea classica della *condictio*, ma anche quell'azione *ex vendito* che chiaramente esulava dal ragionamento del giurista.

Se ciò è vero, *sotto l'velame* dell'intervento compilatorio Ulpiano accordava al venditore, che cadeva in un errore essenziale (che «si ingannava», dunque, e non che «era ingannato») descritto come *in modo*, la *condictio* per *error in pondere*, vale a dire *in corpore*, ed al compratore l'*actio ex empto*, per le stesse ragioni divise da Paolo, e dunque a tutela dell'obbligazione di *purgari dolo malo* gravante sulla parte che ha l'esclusiva sfera di controllo dei pesi una volta che ne emerga l'irregolarità, rielaborata come una *circumscriptio* del venditore – che comunque sia è solo un modo alternativo di descrivere, sunteggiando un discorso forse più ampio, la stessa fattispecie – sempre in funzione di omologare il dettato classico al contenuto del titolo del Digesto oggetto di compilazione.

In altri termini, nell'ottica bizantina l'unico interesse sotteso dalla trascrizione di questo frammento nel titolo del Digesto *de actionibus empti et venditi* era costituito dalla focalizzazione del discorso sulle tutele reipersecutorie accordate alle parti, la cui qualificazione spettava al giudice della *cognitio* secondo C.I. 7.40.3.

Chiedere di più al passo, che per via della rilevata massimazione risulta secondo me affidabile tanto quanto fonti notoriamente parafrastiche, mi sembra fuori luogo: se, peraltro, Ulpiano davvero criticava lo stesso *responsum* di Trebazio esaminato da Paolo, allora i due giuristi severiani andavano all'unisono sulle ragioni di dissenso dal giurista repubblicano *sub specie* della residualità dell'azione di dolo, prospettando i medesimi rimedi (*condictio* al venditore, *actio ex empto* al compratore) idonei ad escluderne l'esperibilità. Traccia di questa impostazione, del resto, è l'espressione *qua contentus esse possit*, da cui si evince che, al di là della compressione, il discorso del giurista insisteva su una tutela diversa da quella *de dolo malo* idonea ad accordare adeguata protezione alla parte³⁵.

³⁴) Sul punto, cfr. F. GORIA, *Azioni reali per la restituzione della dote in età giustiniana: profili processuali e sostanziali*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del Seminario torinese, 4-5 dicembre 1991, in memoria di G. Provera*, Napoli, 1994, p. 205-301, in particolare p. 250-260, F. SITZIA, *L'azione nelle Novelle di Giustiniano*, in *BIDR*, 98-99, 1995-96, p. 171-198, in particolare p. 178 ss., ID., *D. 39.2.24.1a e la legittimazione all'actio damni infecti*, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'Impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro. Atti del Convegno di Modena, 21-22 maggio 1998* (cur. S. PULIATTI, A. SANGUINETTI), Milano, 2000, p. 273 e R. FERCIA, *Aliud petere e la metafora delle ôdoi*, in *RDR*, 4, 2004, *passim*.

³⁵) Cfr. E. STOLFI, *Studi sui «Libri ad edictum» di Pomponio*, I, *Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, p. 114 s. e ID., *Studi sui «Libri ad edictum di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, Milano,

Ora, come dicevo, Paolo ed Ulpiano potrebbero essere debitori della stessa fonte: ed è per questa ragione che le soluzioni esaminate accordano le stesse tutele per la medesima fattispecie.

E difatti, la citazione di Pomponio in D. 19.1.32 lascia intuire che all'*ad edictum* del giurista antoniniano attingesse non solo – come evidenzia Stolfi³⁶ – Ulpiano (la cui posizione ci è pervenuta, per chiare ragioni compilatorie, in termini «ipercompendiali» in D. 19.1.32), ma anche Paolo (la cui posizione ci è pervenuta, invece, un poco più precisa, al di là della massimazione, in D. 4.3.18.3), sicché la citazione di Trebazio da parte di quest'ultimo sarebbe allora pur sempre da ritenersi *de relato*.

Se ne desume allora che quanto resta del discorso di Trebazio in D. 4.3.18.3 sarebbe l'esito di una sintesi operata prima da Pomponio³⁷, poi da Paolo che leggeva Pomponio ed infine dai commissari imperiali che trascrivevano, comprimendolo, un frammento dell'*ad edictum* paolino recante una traccia già in quel contesto sbiadita dell'originario dettato del giurista repubblicano.

Sicuramente, poi, se la prospettiva palinogenetica che sto tentando di suggerire ha una qualche speranza di cogliere nel segno, da un lato sarebbe confermata la congettura di Mommsen che, come abbiamo visto, integrava quanto si legge in D. 4.3.18.3 con l'aggettivo '*iniqua*', non a caso conservato, nonostante la compressione, proprio in D. 19.1.32, dall'altro la compravendita di D. 4.3.18.3 avrebbe specificamente avuto ad oggetto *olei pondera*: una partita d'olio, secondo me, tanto ingente – e dunque un affare importante per il venditore – da imporre, come si accennava, la ricerca di pesi adeguati ad una misurazione eccezionale rispetto alle ordinarie negoziazioni, il che spiega anche l'apposizione della *condicio*, giustificata dal fatto che, con ogni probabilità, il venditore (mal) ripone totale fiducia nei suoi rapporti con il comodante, che evidentemente conosce assai bene in ragione dell'attività svolta.

Sempre se ciò è vero, riterrei allora difficilmente condivisibile la recente proposta esegetica che tende a ricostruire D. 4.3.18.3 con l'integrazione del termine

2001, p. 181.

³⁶) E. STOLFI, *Studi*, I, cit., p. 114 ss. e ID., *Studi*, II, cit., p. 181.

³⁷) Su Trebazio come fonte dell'*ad edictum* di Pomponio cfr. ancora E. STOLFI, *Studi*, cit., p. 323 ss.; il che non implica ritenere che i commissari imperiali disponessero dell'*ad edictum* di Pomponio, e che abbiano deciso di non adoperare questa fonte (sulla questione, cfr. ancora E. STOLFI, *op. cit.*, p. 10 ss.: personalmente, riterrei singolare che in Oriente non circolassero ancora nel VI secolo buone copie – e che la commissione guidata da Triboniano non fosse in grado di procurarsele – dell'*ad edictum* di Pomponio, certamente utilizzabile anche dopo la legge delle citazioni quanto meno in virtù dei rinvii ad esso che si riscontrano nelle opere dei giuristi severiani; verosimile è la preferenza dei commissari imperiali per i commentari *ad edictum* di Paolo ed Ulpiano in quanto pur sempre risultavano la sintesi ultima, che abbracciava anche Pomponio, del pensiero della giurisprudenza classica).

maiora, in luogo di *iniqua*³⁸, così da prospettare che il comodatario sia non già il venditore, ma il compratore³⁹ come nel (secondo me diverso, anche per autonomia di tradizione scientifica) caso fatto da Ulpiano tramite Mela in D. 47.2.52.22 (dove il comodatario è senz'altro il compratore).

6. Vista la *pars destruens* dell'argomentazione di Paolo, che molto probabilmente coincideva con quella di Ulpiano, siamo ora in grado di procedere all'esegesi della relativa *pars construens*.

Innanzitutto, ribadirei che la scelta dei pesi tramite lo strumento della *condicio* apposta alla vendita implichi *ex fide bona* che la *traditio* del coacervo acquistato avvenga tramite una sorta di «unità di misura negoziale», che non consente di esperire le azioni *ex empto* ed *ex vendito* in quanto prezzo ed attribuzione non possono che risultare conformi all'*Obligationsprogramm* scaturito dal regolamento contrattuale, ma contestualmente attribuisce alle parti l'*actio de dolo* in conseguenza del fatto che entrambe, nei termini che abbiamo poc'anzi tratteggiato, fanno affidamento sulla dichiarazione di Brenno la cui specifica decettività ingenera la condivisione del rischio – nel senso che, a monte, esse ignorano se i *pondera* siano irregolari in eccesso o in difetto né *a priori* si pongono il problema di verificarli quand'anche possibile: semplicemente, si fidano – dell'irregolarità.

In questo contesto, per Paolo si giustifica in via residuale l'azione di dolo del soggetto leso dalla frode, quantunque comodatario sia solo il venditore: ed è proprio qui che si può forse scorgere un'altra interpolazione per compressione.

Io immagino, infatti, che Paolo si soffermasse ulteriormente proprio sulla posizione del venditore ingannato da Brenno, e precisasse che l'azione di dolo poteva spettare non solo al compratore, cioè il soggetto che non è parte del contratto di comodato, qualora i *pondera* siano *minora*, ma anche a lui, pur essendo appunto il comodatario, ove siano *maiora*, e ciò quanto meno nel dubbio sull'esperibilità dell'*actio commodati contraria* in un caso *sui generis* in cui il prestito d'uso concerneva innegabilmente pesi materialmente perfetti, ma ideologicamente falsi e, con ogni probabilità, di ardua verificabilità *hic et nunc* ove riferibili a misure in ipotesi assai elevate.

Secondo me questo aspetto potrebbe essere dirimente ai fini della nostra esegesi.

Forse non a caso, infatti, i giuristi che sicuramente conoscono il *iudicium contrarium* editale sembrano ammettere questa tutela solo per vizi materiali della

³⁸) I. FARGNOLI, *Ricerche*, cit., p. 142.

³⁹) I. FARGNOLI, *Ricerche*, cit., p. 141 s., su cui si veda anche il dissenso di M.F. CURSI, *L'eredità*, cit., p. 51 e nt. 16, ma articolato attorno ad una prospettiva euristica in cui comunque non mi riconosco.

cosa data in comodato⁴⁰, percepibili, cioè, nella loro fisicità, come nell'esempio dei *vasa vitiosa* che rovinano o disperdono il contenuto riversatovi dal comodatario⁴¹, mentre in questo caso il vizio è, se così si può dire, ideologico, ovvero integralmente immateriale, giacché i *pondera* consegnati da Brenno al venditore non presentano alcun *vitium* fisico, ma recano impressa l'indicazione di una misura che non corrisponde a quella reale.

Ma allora – ove *a priori* non si ritenga che fosse proprio questa la ragione per cui Paolo neppure si sarebbe pronunciato su una siffatta figura di tutela contrattuale per il venditore: del resto, sul punto tace anche D. 19.1.32 (Ulp.) – nulla esclude che si trattasse di un'ipotesi particolare in cui si sarebbe potuto obiettivamente dubitare se al venditore spettasse un'altra azione, e cioè appunto l'*actio commodati contraria*, che – a seguire una parte della dottrina – parrebbe neppure proposta nell'editto⁴²: né, di conseguenza, escluderei che i commissari imperiali abbiano compreso – lo svelerebbe, forse, il *nisi* che si prospetta *ex abrupto* come una sutura tra un tratto testuale e l'altro, generando un'evidente *inconcinnitas* – una discussione sul punto non foss'altro perché, per tratteggiare il problema della possibilità di esperire l'azione di dolo in caso di dubbio sulla spettanza di un'altra azione, nella compilazione del titolo *de dolo malo* del Digesto essi avevano preferito affidarsi, come noto, all'autorità di Ulpiano che, al riguardo, se evocava Labeone⁴³,

⁴⁰ In disparte la casistica del furto della *res commodata* da parte del comodante (D. 47.2.60[59] [Iul.], D. 47.2.15.2 [Paul.], D. 13.6.21 pr. [Afr.]), delle *impensae* sostenute dal comodatario (D. 13.6.18.2 [Gai.]), ed infine del *servus* oggetto di comodato che commetta furto (D. 13.6.22 [Paul.]), in D. 13.6.5.8 (Ulp.) si fa il caso della cancellazione, da parte del comodante, di un chirografo scritto nel *codex* oggetto del prestito d'uso; in D. 13.6.18.3 (Gai.), del comodato di *vasa vitiosa* che rovinano o disperdono il liquido riversatovi da comodatario; mentre in D. 13.6.17.3 (Paul.) si esamina la fattispecie – per certi versi analoga a quella di D. 13.6.5.8 (Ulp.) – della intempestiva pretesa di restituzione di *pugillares* adoperati come prova di un credito, e quindi del comodato di *tigna vitiosa* materialmente inidonei a puntellare una costruzione (o comunque richiesti prima del suo consolidamento). Su questi problemi rinvio a E. SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., p. 93 ss. e A. MILAZZO, *Il contratto*, cit., p. 201 ss.

⁴¹ È, in particolare, il caso di D. 13.6.18.3 (Gai. 9 ad ed. prov.), su cui si veda E. SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., p. 106 s. e A. MILAZZO, *Il contratto*, cit., p. 207.

⁴² Cfr. sul punto O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, p. 253 s. e D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 53 nt. 119; di recente, peraltro, muovendo da D. 13.6.17.5 (Paul. 29 ad ed.), E. SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., p. 95 s. e nt. 24 per lo *status quaestionis*, ritiene plausibile che l'innovazione labeoniana, vale a dire un *iudicium contrarium* accordato in via decretale, «avesse aperto la strada ad una riconsiderazione dei problemi concernenti i rapporti tra comodante e comodatario, al punto da suggerire in epoca successiva la previsione di un mezzo di tutela editale, verosimilmente caratterizzato da un rinvio alla *bona fides*» (così a p. 96).

⁴³ D. 4.3.7.3 (Ulp. 11 ad ed.): *Non solum autem si alia actio non sit, sed et si dubitetur an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem et adfert talem speciem. qui servum mihi debebat vel ex venditione vel ex stipulatu, venenum ei dedit et sic eum tradidit: vel fundum, et dum tradit, imposuit ei servitutum vel aedificia diruit, arbores excidit vel extirpavit: ait Labeo, sive cavit de dolo sive non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam si cavit, dubium est, an competat ex stipulatu actio. sed est*

pur sempre ne contestava gli assunti.

In ultima analisi, non mi pare irragionevole supporre che, nella «Geistesart» bizantina, la «residualità per dubbio» dell'*actio de dolo* fosse in linea di principio recessiva a favore della punibilità della frode in quanto tale⁴⁴, che a quel punto emergerebbe chiaramente (anche) dal rimaneggiamento per compressione del nostro passo.

È in questo quadro che il giurista, escluse le azioni contrattuali reciprocamente esperibili, nonché verosimilmente tratteggiato il dubbio sull'*actio commodati contraria* astrattamente prospettabile nel caso del venditore che avesse consegnato merce in eccesso, riteneva comunque insufficiente l'atteggiamento reticente di Brenno meramente *sciens* nel caso-base, e richiedeva piuttosto quella condotta decessiva commissiva che costituisce il presupposto dell'apposizione della *condicio* con la quale le parti avevano subordinato l'efficacia della vendita all'*adpensio* con gli specifici pesi dichiarati regolari *decipiendi causa*.

Direi anzi che, probabilmente, il rigore con cui Paolo configura la condotta dolosa – in sostanza, non basta l'essersi fidati di un silenzio, pur se di mala fede, per agire *de dolo malo* contro Brenno – ben potrebbe collegarsi proprio al dubbio, la cui analisi congetturiamo soppressa dai commissari imperiali, sull'esperibilità dell'*actio commodati contraria*.

Se tutto questo è vero, a fronte di un dubbio sull'azione esperibile prevarrebbe, per Paolo, la punibilità del *dolus malus* che si connoti per una forma di decettività particolarmente incisiva, tanto più ove si consideri che essa, nel passo, si presenta forse retta da intendimenti «anticompetitivi», e dunque appunto – lo si diceva – alla stregua di una sleale intenzione di nuocere di natura meramente emulativa: una prospettiva, questa, che parrebbe allora differente da quella che Ulpiano discuteva criticando Labeone in D. 4.3.7.3, e che, per ragioni di coerenza sistematica all'interno del titolo *de dolo malo* del Digesto, ben potrebbe aver giustificato tagli anche significativi da parte dei commissari imperiali.

verius, si quidem de dolo cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio: si non est cautum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto, in ex stipulatu de dolo actio necessaria est.

⁴⁴) Giacché il dolo, nel modo di pensare degli *antecessores*, era pur sempre percepito come una figura autonoma di *delictum*: cfr. G. ROTONDI, *Dolus ex delicto e dolus ex contractu*, in *Scritti giuridici* (cur. E. ALBERTARIO), 2, Milano, 1922, p. 371 ss., E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obligationes e la genesi dell'art. 1097 del codice civile*, in *Studi di diritto romano*, 3, Milano, 1936, p. 83 ss., V. ARANGIO-RUIZ, *La compilazione giustiniana e i suoi commentatori bizantini (da Ferrini a noi)*, in *Scritti di diritto romano*, 4, Napoli, 1977, p. 12 ss. e G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in *AUPA*, 45.1, 1998, p. 342 s. e nt. 302.