

Osservazioni su D. 3.5.20, Paul. 9 ad ed.: un famoso caso di rapimento

Premessa

Le presenti note intendono tornare sul famoso caso riferito in D. 3.5.20: Paolo, nel nono libro di commento all'Editto, riferisce una testimonianza di Alfeno Varo che, a sua volta, nei suoi *Digesta*, attesta un caso discusso e risolto dal suo maestro Servio Sulpicio Rufo, la cui fattispecie potrebbe essere ricondotta ad un'ipotesi peculiare di gestione di affari altrui.

Si vuole qui rivedere la nota vicenda dei tre Romani prigionieri dei Lusitani dal punto di vista storico-giuridico, tenendo conto dei diversi contributi forniti dalla dottrina e tentando di proporre qualche ulteriore spunto interpretativo. Si ripercorreranno quindi le peculiari problematiche giuridiche, i particolari profili storici e le questioni prosopografiche sottese al testo, non mancando di evidenziare un punto apparentemente irrisolvibile: la struttura stilistica insita nel brano non consente infatti di individuarne con certezza la finalità teoretica di un caso fittizio o, diversamente, la pragmatica analisi di un caso realmente accaduto.

I. Il responso serviano nella tradizione testuale di Alfeno e Paolo

D. 3.5.20 pr. (Paul. 9 ad ed.): *Nam et Servius respondit, ut est relatam apud Alfenum libro trigesimo nono digestorum: cum a Lusitanis tres capti essent et unus ea condicione missus, uti pecuniam pro tribus adferret, et nisi redisset, ut duo pro eo quoque pecuniam darent, isque reverti noluisset et ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam solvissent: Servius respondit aequum esse praetorem in eum reddere iudicium.*

Nella ricostruzione leneliana il testo viene inserito nella sezione *Genuinum Alfeni opus*, i cui frammenti recano tutti l'indicazione esplicita del pensiero di Servio¹. I *Digesta* di Alfeno Varo comprendono come si sa numerosi responsi del giurista, che, alla luce delle nostre conoscenze, possono essere ricondotti talora al pensiero genuino autonomo di Alfeno, talaltra a quello di Servio, suo

¹ O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis* 1, Lipsiae 1889, col. 37, Alf. fr. 3, ove si omette la formula di apertura «*nam et*» e col. 981, Paul. fr. 191, ove lo studioso riporta il «*nam et*», che invece compare nell'*Editio Maior* di Mommsen.

"
"
"
"

maestro². L'espressione *ut est relatum* richiama infatti il discusso tema della paternità del pensiero espresso nei *Digesta* di Alfeno Varo: quanto è attribuibile a Servio e quanto al suo allievo? Il problema è stato molto dibattuto, ma è tuttora controverso e forse insolubile. Come ha motivatamente sostenuto Negri i *Digesta* di Alfeno Varo «sono anche una raccolta di dibattiti a cui Alfeno ha dato una prestigiosa sistemazione letteraria»³ ed è condivisibile il pensiero dell'Autore anche quando conferma il prestigio dell'opera alfeniana, sulla base della sua diffusione nel mondo classico in due edizioni epitomate, unica nel suo genere,

² Sul problema del rapporto tra Servio e Alfeno, ampiamente discusso in dottrina, si vedano fra gli altri C. Ferrini, *Intorno ai Digesti di Alfeno Varo*, in *BIDR.* 4 1891, 9 e in *Opere* 2, Milano 1929, 169-188, in particolare 172 *et passim*; E. Vernay, *Servius et son école: contribution à l'histoire des idées juridiques à la fin de la République romaine*, Paris 1909, *passim*; L. De Sarlo, *Alfeno Varo e i suoi digesta*, Milano 1940, 1-9 *et passim*; P. Meloni, *Servio Sulpicio Rufo e suoi tempi: studio biografico*, in *AC.* 20, 1951, 229-232; M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1971, 89-102; A. Schiavone, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino 1994, 99; P. Landau, s.v. *Agustin (Augustinus), Antonio*, in M. Stolleis (Hrsg.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, München 1995, 21; C.A. Cannata, *Per una storia della scienza giuridica europea 1. Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino 1997, 277; T. Masiello, *Le 'Quaestiones' di Cervidio Scevola*, Bari 1999, 51-52; H.J. Roth, *Alfeno Digesta. Eine spät republikanische Juristenschrift*, Berlin 1999, 23-25; P. Frezza, *Responsa e quaestiones. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in P. Frezza, F. Amarelli, E. Germino (a c. di), *Scritti* 3, Roma 2000, 351-412; in particolare 356; E. Stolfi, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio 1. Trasmissione e fonti*, Napoli 2002, 316 nt. 36; V. Carro, *Su Alfeno Varo e i suoi 'Digesta'*, in *Index* 30, 2003, 237; F. Cuenca Boy, s.v. *Antonio Augustin*, in R. Domingo, *Juristas universales, 2. Juristas modernos*, Madrid-Barcelona 2004, 212-216; A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 262, 134-170 *et passim*; i *Digesta* di Alfeno potrebbero rappresentare un'edizione commentata dei *responsa* del maestro (215); M. Miglietta, *«Servius respondit». Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. Prolegomena I*, Trento 2010, *passim*; Id., *Casi emblematici di 'conflitto logico' tra 'quaestio' e 'responsum' nei 'digesta' di Publio Alfeno Varo* cit. 275-327; D. Liebs, *Römische Jurisprudenz in Africa mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*, in *ZSS.* 127, 2010, 471-485; M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Bari 2012, 201.

³ G. Negri, *Per una stilistica dei Digesti di Alfeno*, in D. Mantovani (a c. di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, Torino 1996, 141; già M. Bretone (*Diritto e pensiero giuridico romano*, Firenze 1976, 49 ed anche in *Storia del diritto romano*, Bari 2012¹⁴, 202), dopo aver definito l'opera dell'allievo di Servio come «antologia serviana», sosteneva: «Nella sua splendida antologia Alfeno aveva raccolto i responsi del suo maestro Servio Sulpicio Rufo o che comunque erano maturati ed erano stati discussi nella scuola di Servio»; così come non sembra lasciare dubbi in proposito la trattazione dell'A. relativa al responso nella scuola serviana, in *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982, 89-102. È ragionevole pensare, tuttavia, che Alfeno non si sia limitato al mero resoconto del pensiero serviano, come argomentato di seguito nel testo. Sul tema Miglietta, *«Servius respondit»* cit. in particolare 216 ss. *et passim*; Id., *Casi emblematici di 'conflitto logico' tra 'quaestio' e 'responsum' nei 'digesta' di Publio Alfeno Varo*, in *Studi in onore di A. Metro*, 4, Milano 2010, 275-327.

con riferimento al periodo repubblicano; essa è stata ampiamente escerpita dai compilatori, il che testimonia che «la sistemazione e il livello di elaborazione dei materiali della scuola di Servio era meglio realizzata nei Digesti di Alfeno che altrove»⁴.

È ormai peraltro risaputo come non aiuti considerare la presenza della forma verbale ‘*respondit*’ piuttosto che di ‘*respondi*’ – entrambe infatti erano espresse nei manoscritti con la sigla ‘R’, sciolta arbitrariamente dai copisti talora come terza, talora come prima persona di ‘*respondeo*’⁵ –. La dottrina, dalla più risalente a quella più recente, nel tentare di determinare un criterio di attribuzione di paternità per i vari frammenti alfeniani, ha provato a comprendere se Alfeno si sia limitato ad una mera verbalizzazione del pensiero di Servio o delle discussioni che avvenivano presso la sua scuola, oppure se i quaranta libri da lui scritti debbano ritenersi come una raccolta di pareri autonomi e personali. Si è peraltro passati anche attraverso ipotesi concilianti, per cui, nei *Digesta*, sarebbero contenuti il pensiero, le teorie e gli insegnamenti serviani, arricchiti dall’apporto e dalla rielaborazione alfeniana. D’altra parte, partire ancora una volta dall’insegnamento di Bretone – per il quale nel responso serviano «il momento ‘pratico’ e quello ‘teorico’ si saldano l’uno all’altro, non delimitano neanche formalmente due zone autonome»⁶ – contribuisce ad escludere che la raccolta costituisca una mera sistemazione ordinata di casi scolastico-fittizi discussi da Servio con i suoi *auditores*. Ai fini del presente lavoro sarei propenso ad accogliere l’idea che Servio abbia formato i suoi allievi anche sulla base di casi realmente accaduti e che Alfeno, nella sua opera antologica, abbia raccolto gli insegnamenti teorico-pratici del maestro, ma, con ogni probabilità, esplicitando anche la propria personalità di giurista ormai formato ed autonomo⁷.

Si parte quindi dalle seguenti premesse: Alfeno è stato allievo di Servio, era

⁴ G. Negri, *Per una stilistica dei Digesti di Alfeno* cit. 148.

⁵ Così già F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968, 366 nt. 1; cfr. *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946, 205 nt. 5; cfr. *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 255 nt. 1.

⁶ Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* cit. 92; sul tema anche L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino 2012, 69-73.

⁷ Sul tema, si veda Ferrini, *Intorno ai Digesti di Alfeno Varo* cit. in particolare 174 e 176 *et passim*. È opportuno riproporre le parole di Bretone (*Diritto e pensiero giuridico romano* cit. 49; *Storia del diritto romano* cit. 202): «Nonostante le incerte vicende di una tradizione riduttiva e deformante, che ci consegna mutilata e alterata la scrittura alfeniana, questa è ancora riconoscibile: nell’evidenza descrittiva, nella vigorosa plasticità, nella icastica ricchezza dei particolari [...]. Il discorso tecnico, con il suo rigore interno, con le sue categorie ed ipotesi, si sviluppa da una rappresentazione vivace e minuta del fatto, in cui ricorrono elementi arcaici e reminiscenze del parlare quotidiano. È uno stile che non incontreremo più nella letteratura problematica e casistica più tarda».

suo *auditor* e doveva essere di levatura forse non inferiore a quella del maestro; ha composto 40 libri di *Digesta*, nei quali sicuramente vanno ravvisati l'impronta serviana, il suo metodo, la sua scuola; ed è altresì possibile ritenere che quando Alfeno scrive sia in parte divenuto autonomo dal pensiero di Servio, pur mantenendo quella *forma mentis* plasmata alla scuola del maestro. Sappiamo che l'autore dei *Digesta* talvolta assume posizioni antitetiche a quelle di Servio, sostenendo tesi contrapposte, considerandole maggiormente aderenti alle esigenze e alle realtà sociali⁸. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla *solutio* offerta dal cremonese a proposito di un *casus* relativo all'*instrumentum vineae*⁹, laddove Alfeno sostiene le soluzioni proposte da Cornelio Massimo – ritenute più adeguate a soddisfare le esigenze pratiche – a confutazione delle tesi di Servio Sulpicio Rufo¹⁰. Purtroppo, per la conoscenza del pensiero serviano si è costretti a fare affidamento sulla tradizione indiretta dei giuristi posteriori, che, talvolta, si esplica in mere citazioni di tipo riassuntivo di quello che fu il pensiero autentico del grande giurista tardo-repubblicano¹¹.

II. Caso reale o funzione teoretico-didascalica

Tenendo quindi presente il fatto che i *Digesta* di Alfeno in parte riproporrebbero il pensiero di Servio ed in parte rappresenterebbero una autonoma elaborazione giuridica dell'allievo, passiamo all'analisi del passo.

Il caso è famoso: tre Romani sono stati catturati dai Lusitani; uno di questi viene rimandato in patria per procurarsi la somma del riscatto per tutti i *captivi*; più letteralmente, il terzo viene mandato in patria a condizione di recuperare tale somma e a condizione che, nel caso in cui non fosse ritornato, gli altri due fossero tenuti a corrispondere la somma per il riscatto anche del primo. Il terzo non fa ritorno, gli altri due sono costretti a pagare anche per il compagno; una volta tornati in patria, si pone il problema di quale tutela vi sia per loro contro il terzo. Servio, interpellato, risponde che sia equo che il pretore conceda «un'azione» contro costui.

⁸ Sul tema anche M. Talamanca, *Diritto e prassi nel mondo antico*, in *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité. Atti della 51^a Sessione della SIHDA*, Crotone – Messina, 16-20 settembre 1997 (a cura di I. Piro), in *Pubblicazioni del Centro romanistico Internazionale Copanello*, Soveria Mannelli 1999, 105-211; in particolare 152; M. Miglietta, «*Servius respondit*» cit. 199-203.

⁹ D. 33.7.16.1, Alf. 2 *dig. a Paul. epit.*, Pal. 1, col. 47, Alf., fr. 44.

¹⁰ Cfr. M. Miglietta, *Giurisprudenza romana tardorepubblicana e formazione della «regula iuris»*, in *Seminarios Complutenses de Derecho romano. Revista internacional de derecho romano y tradición romanística*, 25, 2012, 187-244, in particolare 232-233.

¹¹ Cfr. Miglietta, «*Servius respondit*» cit. 23 *et passim*.

Miglietta¹², riconoscendo la paternità serviana del contenuto, pone in evidenza connotazioni linguistiche tipiche, quali ad esempio l'impiego del verbo *redire*¹³ e del sintagma *reddere iudicium*, che poi sarà tipico anche del linguaggio alfeniano¹⁴. L'autore, come già Ferrini, propende per una finalità teoretica e scolastica del responso e non per un mero scopo pratico¹⁵: secondo questa ipotesi Servio prospetterebbe un caso limite al fine di discutere l'operatività dell'*actio negotiorum gestorum*. Se così fosse si dovrebbe assumere tuttavia che l'*actio negotiorum gestorum* esistesse già ai tempi del maestro di Alfenio. Sul punto, come si vedrà più diffusamente in seguito, non vi è unanimità di vedute: per Cenderelli¹⁶, ad esempio, sarà proprio questo responso a porre le basi per l'istituzionalizzazione della tutela della *negotiorum gestio*, attraverso l'editto *de negotiis gestis*.

Se le tracce della tipica tecnica interpretativa di Servio sono l'impiego di distinzioni, le *differentiae*, il ricorrere del metodo diairetico e dialettico, la formulazione di più ipotesi e l'elaborazione poi di una sintesi, questi non si rinvencono nel passo in esame e ciò contribuisce – a meno che i compilatori non abbiano apportato modifiche e soprattutto tagli e sintesi – ad escludere la finalità teoretico-didascalica¹⁷. Va ribadito che tali elementi, tuttavia, sono poco più che presuntivi e sicuramente non dirimenti, atteso che i testi serviani sono quasi tutti

¹² «*Servius respondit*» cit. 23 e 261 nt. 201.

¹³ Sul tema specifico del verbo nell'ambito del *postliminium* cfr. *VIR* 5 s.v. *redeo*, Berolini 1939, coll. 43-44, ove se ne attesta l'uso in Scevola, Labeone, Fiorentino, Trifonino, Paolo, Ulpiano, Papiniano; in tema di *redemptio ab hostibus*, tra gli altri cfr. F. Bona, 'Postliminium in pace', in *SDHI*. 21, 1955, 249-275 (= Id., *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano 1-2*, in *Pubblicazioni della Università di Pavia, Facoltà di Giurisprudenza, Studi nelle scienze giuridiche e sociali*, n.s. 103, Padova 2003, 717-831; A. Maffi, *Ricerche sul postliminium*, Milano 1992, 169-235 *et passim*; M.F. Corsi, *La struttura del 'postliminium' nella Repubblica e nel Principato*, Napoli 1996, in particolare 191-227 *et passim*; M.V. Sanna, *Ricerche in tema di redemptio ab hostibus*, Cagliari 1998, *passim*; Id., *Nuove ricerche in tema di postliminium e redemptio ab hostibus*, Cagliari 2001, *passim*; L. D'Amati, *Civis ab hostibus captus. Profili del regime classico*, Milano 2004; B. Periñán Gómez, *Un estudio sobre la ausencia en Derecho romano: absentia y postliminium* cit.; Miglietta, «*Servius respondit*», cit. 261 nt. 201; S. Barbati, *Sui presupposti di applicazione e la natura giuridica degli effetti del postliminium*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana* 20, 2014, 587-813.

¹⁴ Miglietta, «*Servius respondit*» cit. 261-262. Alfenio usa l'espressione, ad esempio, in D. 44.7.20, Alf. 2 dig.

¹⁵ Ferrini, *Intorno ai digesti di Alfenio Varo* cit. 172; Miglietta, «*Servius respondit*» cit. 260 nt. 195, 262 e nt. 202.

¹⁶ A. Cenderelli, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano. I. Struttura, origini, azioni*, Torino 1997, 166.

¹⁷ Si veda anche Miglietta, «*Servius respondit*» cit. 194-195.

di tradizione indiretta¹⁸ e non è per noi possibile riscontrare – sempre – l’applicazione metodologica descritta in un noto passo del *Brutus* di Cicerone (152)¹⁹.

Bilanciando tuttavia l’apparente completezza del testo in esame con le argomentazioni di valore presuntivo, si può sostenere che non si tratti – semplicemente – di un caso di scuola elaborato da Servio per i suoi *auditores*. La fattispecie è inusuale, il caso è troppo peculiare, le situazioni giuridiche sottese alla questione non sono nettamente definibili; gli stessi istituti giuridici coinvolti non sono facilmente identificabili, la trama della vicenda è troppo complessa e troppo intricata, perché il passo possa presentarsi univocamente come il resoconto di una questione meramente scolastica.

È quindi opportuno anticipare un’ipotesi: forse Paolo riferisce la testimonianza di Alfeno, discepolo di Servio, nella quale il maestro, prestigioso giurista repubblicano, si preoccupa di suggerire la risoluzione di un caso concreto e atipico, tracciando un netto solco giuridico e gettando le sementi per l’istituzionalizzazione della tutela processuale più appropriata per un caso di tale genere. Si può ritenere non improbabile, dunque, che la fattispecie *de qua* possa non rappresentare un caso ipotetico, ma un episodio realmente accaduto, forse – sulle orme di D’Ors – «durante la Guerra Sertoriana»²⁰.

È possibile riconoscere un’oggettiva difficoltà contenuta nel testo; potrebbe anche apparire insolito che Alfeno Varo non si sia accorto che la fattispecie è singolare, limitandosi a riferirla. Il problema sussiste in quanto Paolo ci dà una testimonianza del pensiero riconducibile a Servio nell’ambito del suo commento all’editto e pertanto egli si limita a citare Alfeno in funzione meramente strumentale al commento stesso. Dunque non è possibile sapere quale fosse la conoscenza reale dell’allievo di Servio in proposito²¹.

Vero è ad ogni modo che l’inquadramento storico della vicenda consente di propendere per un caso realmente accaduto, dal momento che il resoconto paolino propone un *casus* compatibile con l’assetto storico-politico che connota l’espansione dell’*Urbs* in epoca repubblicana.

¹⁸ *Ibidem*, 23.

¹⁹ *Hic Brutus: ain tu? inquit: etiamne Q. Scaevolae Servium nostrum anteponis? Sic enim, inquam, Brute, existumo, iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno; quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia.*

²⁰ A. D’Ors, *Un episodio jurídico de la Guerra Sertoriana*, in *Anuario de Historia del Derecho español* 48, 1978, 269.

²¹ Ma cfr. sul punto A. Guarino, *Servio e i prigionieri dei Lusitani*, in *Pagine di diritto romano* 5, Napoli 1995, 423 ss.

III. Captivitas e postliminium in relazione alla fattispecie concreta

Un primo problema esegetico posto dalla dottrina che se ne è occupata riguarda dunque l'inquadramento storico della vicenda, la cui soluzione consente tra l'altro di comprendere se i *raptores* possano essere considerati veri *hostes* o semplici briganti. Questione non di poco conto perché si sa che il rapimento da parte di *hostes* avrebbe determinato la perdita della capacità giuridica dei *captivi*, conseguenza esclusa invece in caso di rapimento ad opera di semplici banditi, non annoverabili tra i nemici pubblici di Roma.

Esaustiva è in proposito la classificazione di Ulpiano nel primo libro delle Istituzioni:

D. 49.15.24, (Ulp. 1 *inst.*): *Hostes sunt quibus bellum publice populus Romanus decrevit vel ipsi populo Romano: ceteri latrunculi vel praedones appellantur. Et ideo qui a latronibus captus est, servus latronum non est, nec postliminium illi necessarium est: ab hostibus autem captus, ut puta a Germanis et Parthis, et servus est hostium et postliminio statum pristinum recuperat*²².

Nel passo di Ulpiano si fa menzione del *postliminium*, per il quale, come è noto, il cittadino romano, fatto prigioniero da nemici pubblici, *hostes*, poi sottrattosi alla cattività (*reversus ab hostibus*), una volta ritornato in patria con *animus remanendi*, riacquistava la condizione di cittadino, come se non l'avesse mai perduta²³. Se era *sui iuris*, riacquistava altresì *ex tunc* la titolarità delle sue

²² O. Lenel, *Pal.* 2, col. 927, Ulp., fr. 1911.

²³ Una generale e puntuale esposizione dei problemi sollevati dal *postliminium* in M. Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino 2011, 142-144, anche ed in particolare su D. 49.15.5.1, Pomp. 37 ad *Q.M.*; cfr. *Pal.* 2, col. 77, Pomp., fr. 319: *in bello, cum hi, qui nobis hostes sunt, aliquem ex nostris ceperunt et intra praesidia sua perduxerunt: nam si eodem bello is reversus fuerit, postliminium habet, id est perinde omnia restituuntur ei iura, ac si captus ab hostibus non esset. Ante quam in praesidia perducatur hostium, manet civis. Tunc autem reversus intellegitur, si aut ad amicos nostros perveniat aut intra praesidia nostra esse coepit*; Liv. 22.60.15; Hor. *Carm.* 3.5.41-43. Sul concetto generale di *capitis deminutio* U. Coli, *Capitis deminutio*, Firenze 1922; sul tema specifico, tra gli altri A. Amirante, *Captivitas e postliminium*, Napoli 1950, 9-46, in particolare 25-26, 173 nt. 2; H. Kornhardt, 'Postliminium' in *republikanischer Zeit*, in *SDHI.* 19, 1953, 1-37; F. Bona, 'Postliminium in pace', in *SDHI.* 21, 1955, 249-275, in particolare 262-263; M. Bretone, s.v. *Capitis deminutio*, in *NNDI.* 2, Torino 1958, 916-918; F. Bona, *Sull' 'animus remanendi' nel postliminio*, in *SDHI.* 27, 1961, 186-234; L. Amirante, *Prigione di guerra, riscatto e postliminium. Lezioni 1*, Napoli 1969, *passim*; A. Maffi, *Ricerche sul postliminium*, Milano 1992, in particolare 10, 12 nt. 13, 160 nt. 12, 229-235; M.F. Corsi, *La struttura del 'postliminium' nella Repubblica e nel Principato*, Napoli 1996, in particolare 137, 140-141 e nt. 51, 196-197 nt. 14, 246 nt. 7; L. D'Amati, *Civis ab hostibus captus. Profili del regime classico*, Milano 2004, in particolare 11 nt. 39, 26, 37-38 *et passim*; Perinián Gómez, *Un estudio sobre la ausencia en Derecho romano* cit. in particolare 119 ss. *et passim*; da ultimo, Barbatì, *Sui presupposti di applicazione e la natura giuridica degli effetti del postliminium* cit. 587-813.

situazioni giuridiche, ad eccezione, stando ad alcune interpretazioni, dello stato di coniuge e delle situazioni che avessero richiesto durata ininterrotta (come il possesso *ad usucapionem*); se fosse stata sua intenzione riunirsi con la moglie, avrebbe dovuto infatti dar vita a nuove nozze. Il matrimonio si sarebbe sciolto conseguentemente allo stato di cattività, ma non è semplice stabilire se il *regressus* avrebbe dovuto davvero dare vita a nuove nozze o se gli fosse bastato esplicitare nuovamente il consenso necessario ad integrare i requisiti per la reviviscenza del precedente matrimonio²⁴.

In particolare, per tornare a quanto qui rileva, nel momento in cui un *civis* veniva catturato dal nemico, egli diveniva *servus hostium*; tale situazione comportava la perdita della titolarità dei diritti, i quali tuttavia venivano riacquistati al momento del ritorno in patria, per effetto del *postliminium*. Il cittadino romano *captivus* usciva così dal novero dei *liberi* e dei *cives*²⁵. Un problema ampiamente dibattuto in dottrina riguarda altresì il tipo di *capitis deminutio* nell'ipotesi precitata: si configurava la *capitis deminutio maxima*, che determinava un'estinzione dei diritti e il conseguente eventuale riacquisto degli stessi all'atto del rientro in patria, oppure semplicemente una sospensione dei diritti che rimanevano pressoché in una situazione di pendenza?

In realtà, parte della dottrina ha sostenuto che in un primo tempo il *captivus* subisse la *capitis deminutio maxima*, perdendo di conseguenza la capacità giuridica; tutti i suoi diritti trasmissibili passavano dunque agli eredi e, in loro mancanza, si estinguevano; i diritti intrasmissibili cessavano invece di esistere. Le obbligazioni contratte prima della cattura erano considerate pendenti durante la prigionia se in esse vi era una successione, estinte in seguito alla *capitis deminutio* qualora non vi fosse successione²⁶.

Consequentemente all'elaborazione progressiva delle regole sul *postliminium* ed anche a seguito di una *lex Cornelia* non meglio conosciuta dell'81-80 a.C. e della relativa interpretazione giurisprudenziale, la prigionia di guerra non avrebbe più determinato la *capitis deminutio maxima*; i diritti del *captivus*, così come la sua capacità giuridica, intesa anche quale capacità di compiere validi

²⁴ Cfr. sull'argomento ad es. Amirante, *Captivitas e postliminium* cit. 149-152; D'Amati, *Civis ab hostibus captus* cit. 123-128; Sanna, *Ricerche in tema di redemptio ab hostibus* cit. *passim*; Id., *Nuove ricerche in tema di postliminium e redemptio ab hostibus* cit. *passim*; Id., *Capitis deminutio e captivitas*, in *Diritto@Storia* 6, 2007, 1-31; Barbati, *Sui presupposti di applicazione* cit. 645 *et passim*.

²⁵ Cfr. Brutti, *Il diritto romano nell'antica Roma* cit. 142; D. 38.4.13.2, Pomp. 4 *sen. consult.: quod inquit senatus 'si ex liberis quis in civitate esse desisset', eum significat, qui in perpetuum in civitate esse desierit, non etiam si quis ab hostibus captus reverti possit*; Gai 1.129.

²⁶ Cfr. Amirante, *Captivitas e postliminium* cit. 87.

negozi giuridici, sarebbero rimasti sospesi sino all'eventuale ritorno in patria²⁷.

Tuttavia il regime di *capitis deminutio*, conseguente alla cattività, quale rimedio antecedente alla *Lex Cornelia*, non è accolto pacificamente dalla dottrina²⁸.

Con riferimento alle ipotesi del *civis* in terra straniera ed alla *captivitas* è possibile affermare che entrambe abbiano costituito presupposti di applicazione del *postliminium*, finalizzato alla reintegrazione ed al reinserimento del *civis* entro la comunità di appartenenza, a prescindere dalla causa determinante la *deminutio*, che poteva esplicitarsi nella perdita dello *status civitatis* o *libertatis*²⁹. Sembra ragionevole affermare che i giuristi romani abbiano esaminato e risolto caso per caso i problemi sottesi alla particolare situazione giuridica del *captivus apud hostes*³⁰ ed anche il caso in esame certo merita considerazione in quanto vanta un ampio ventaglio di presupposti, condizioni ed effetti. Si accenna così per linee molto generali – in modo strumentale all'analisi del *casus* in commento – ad un istituto dai più complessi risvolti giuridici.

Si sa infatti che solo un soggetto capace giuridicamente e capace di agire poteva compiere validi e autonomi negozi giuridici³¹; a questo punto, al fine di verificare la capacità negoziale dei *tres captivi*, è opportuno fare un breve *excursus* storico, per linee generali, sulla vicenda sottoposta all'attenzione del giurista repubblicano. Va da sé dunque che la questione della capacità negoziale dei *tres captivi* risulta centrale, tanto più per l'interpretazione dell'*aequum esse pretorem in eum reddere iudicium*, ossia per comprendere quale rimedio

²⁷ Si veda sul punto A. Guarneri-Citati, *Reviviscenza e quiescenza nel diritto romano*, in *Annali Università Messina* 1, 1927, 24; B. Albanese, *Le persone nel diritto romano*, Palermo 1979, 37 e 316 nt. 14; Sanna, *Capitis deminutio e captivitas* cit. 1.

²⁸ Sul punto, cfr. Sanna, *Capitis deminutio e captivitas* cit. 1. Che ci fosse incertezza sul fatto che anche la *captivitas* desse luogo alla *capitis deminutio maxima* attesta anche Bretone, s.v. *Capitis deminutio*, cit. 917. Gaio e Paolo elaborano una tripartizione dell'istituto; Gai 1.159-162; D. 4.5.11, Paul. 2 ad Sab.: *Capitis deminutionis tria genera sunt, maxima media minima: tria enim sunt quae habemus, libertatem, civitatem, familiam, igitur cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem: cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem: cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat*; cfr. F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 72; Bretone, s.v. *Capitis deminutio* cit. 917; si veda anche D'Amati, *Civis ab hostibus captus* cit. in particolare per la tesi a sostegno della *capitis deminutio del captivus* 3-7 e per le tesi che negano il suo verificarsi 7-10. Ma, naturalmente, anche Coli, *Capitis deminutio* cit.; per un'ampia trattazione Barbatì, *Sui presupposti di applicazione* cit. *passim*.

²⁹ Cfr. al proposito Cursi, *La struttura del 'postliminium'* cit. 39-40.

³⁰ Sanna, *Capitis deminutio e captivitas* cit. 10.

³¹ Si usano qui categorie di impronta moderna, che non hanno riscontro in ambito romanistico ove si rintraccia una terminologia inerente al *caput* ed alla sua *deminutio*. Esse tuttavia rendono efficacemente il concetto; sull'uso di categorie moderne nei confronti del diritto romano, per tutti si veda A. Mantello, *Diritto privato romano. Lezioni* 1, Torino 2009, 50 ss.

processuale Servio abbia proposto per risolvere la questione prospettatagli.

Se già sono state proposte in dottrina diverse ipotesi sul corretto inquadramento giuridico della vicenda, si tenta ora di collocare l'avvenimento nella sua presumibile cornice storica.

IV. *Inquadramento storico della vicenda*

Se una contestualizzazione storica è funzionale al più corretto inquadramento giuridico della fattispecie, deve tuttavia essere evidenziato che lo *status* dei Lusitani, per lo meno sino ad Augusto, non è chiaramente definito. Non è dunque semplice individuare la natura dei *raptores* al momento del rapimento: si possono solo avanzare ipotesi, tenuto conto dell'insieme dei dati storici.

I Lusitani ebbero forse origine da schiere di *Lusonii* della Spagna centrale, spostatisi verso occidente presso la valle del Duero e la regione della Beira Alta. Affini agli Iberi, ottennero la vittoria contro i Celti e poterono espandersi dalla zona del Duero sino a quella del Tago. Menzionati da Livio per la prima volta³², i Lusitani appaiono come mercenari dei Cartaginesi, nel 218 a.C. Nel 193 a.C. sono già in lotta contro Roma; nel 179 a.C. inizia l'offensiva contro di loro da parte del pretore romano L. Postumio Albino, che trionfa su di essi. Nel 155 a.C. riprendono l'espansione, giungendo sino a Gibilterra, subendo infine una sconfitta ad opera di L. Mummio. Massacrati da Galba, dopo una nuova ribellione, organizzata da Viriato, ucciso poi a tradimento nel 139 a. C., i Lusitani vengono ancora sconfitti dal proconsole Decimo Giunio Bruto; vinti da Mario nel 113 a.C., si uniscono a Sertorio sino alla definitiva sottomissione ad opera di Augusto³³.

Pur essendo la Lusitania già 'romanizzata' da tempo³⁴, è nota una rivolta capeggiata da Quinto Sertorio, uomo di Mario nella lotta contro Silla, soffoca-

³² Liv. 35.1.

³³ Cfr. G. Corradi, s.v. *Lusitania*, in *GDE*. 12, Torino 1988, 565-566.

³⁴ Nella penisola iberica, a seguito delle conquiste scipioniche fra il 206 a.C. e il 197 a. C., furono create due province: la *Hispania Citerior* e la *Hispania Ulterior*; più tardi, a seguito di ulteriori conquiste, la regione venne divisa in tre province: la Tarraconese, che comprendeva la parte centro-settentrionale; la Betica, entro i cui confini ricadeva l'Andalusia, e la Lusitania, che corrispondeva, grosso modo, al territorio dell'odierno Portogallo; cfr. L. Pareti, *Storia di Roma e del mondo romano* 3, Torino 1953, 662-663; J.S. Richardson, *Hispaniae. Spain and the Development of Roman Imperialism 218-82 B.C.*, Cambridge 1986, 3; si veda anche, più recentemente, B. Scardigli, *Trent'anni di studi sertoriani*, in G. D'Urso (a c. di), *Hispania terris omnibus felicior. Premesse ed esiti di un processo di integrazione. Atti del convegno internazionale, Cividale del Friuli, 27- 29 settembre 2001*, Pisa 2002, 143-161.

ta poi da Pompeo intorno al 72 a.C. Si sa del resto che, dopo la morte di Silla (78 a.C.), molti tra i partigiani di Mario si erano rifugiati in Spagna e si erano uniti a Sertorio, il quale aveva avuto da Cinna l'incarico di governatore della Spagna Citeriore³⁵. Sui motivi della decisione di Sertorio di recarsi in Iberia le fonti classiche discordano; Appiano parla di una fuga in Spagna³⁶, per poi correggere questo dato, affermando che, da tempo, ne era stato eletto governatore³⁷. Plutarco riferisce invece che Sertorio, non vedendo salvezza per Roma con gli oligarchi al potere, andò in Iberia per assicurare un rifugio ai Mariani che riuscissero a sfuggire a Silla³⁸. Le vicende di Sertorio nella penisola Iberica si intrecciano con quelle dei Lusitani all'incirca nell'80 a. C., allorché questi gli offrono il comando supremo delle forze armate, contro gli assalti dei Romani di fazione avversa³⁹. La grande rinomanza di Sertorio in Iberia era dovuta in particolare all'episodio in cui egli, inviato in quella regione col grado di tribuno militare nell'esercito del pretore Gaio Didio e, stanziatosi nella città celtibera di Castulone (97 a.C.), riuscì a sconfiggere brillantemente gli abitanti della città con uno stratagemma⁴⁰.

Sertorio accettò quindi l'invito dei Lusitani, riorganizzò le loro forze armate e assoggettò le regioni dell'Iberia adiacenti al loro territorio senza incontrare alcuna resistenza⁴¹, perché le popolazioni si sottomisero in gran parte spontaneamente. In questo modo, dopo avere sconfitto quattro generali romani inviati dal Senato nel 79 e nel 78 a.C., Sertorio realizzò in Iberia uno 'stato' suo proprio, che doveva costituire la base e il punto di partenza, con le forze dei ribelli iberici, per marciare contro Roma e restaurarvi il governo popolare⁴². Moltissimi mariani lo avevano raggiunto, andando a comporre i quadri dell'amministrazione e dell'esercito, nonché a costituire il 'suo' Senato⁴³, che risiedeva ad Osca. In questa città egli aprì una scuola dove i figli dei capi delle tribù venivano

³⁵ Plut. *Sert.* 6; si veda Pareti, *Storia di Roma e del mondo romano* cit. 656.

³⁶ App. *Bell. Civ.* 1.86; 108.

³⁷ App. *Iber.* 101; *Bell. Civ.* 1.108.

³⁸ Plut. *Sert.* 6.

³⁹ Sall. *Hist.* 1 fr. 104 Frass.; Plut. *Sert.* 10; cfr. J. M. Roddaz, *D'une péninsule à l'autre: l'épisode sertorien*, in *Hiberia – Italia, Italia Hiberia*, Convegno internazionale di Epigrafia e Storia antica, Gargnano – Brescia (28 – 30 aprile 2005), 99-115; R. Seager, *The Wars against Sertorius and Spartacus, 79-71 B.C.*, in *The Cambridge Ancient History* 9, Cambridge 1994, 215-223.

⁴⁰ Sall. *Hist.* 1 fr. 104 Frass.; Plut. *Sert.* 3; sulla permanenza di Sertorio in Spagna dal 98 al 93 a.C. cfr. Sall. *Hist.* 1 fr. 93 Frass.

⁴¹ Sall. *Hist.* 1 fr. 105, 107, 109 Frass; Plut. *Sert.* 11-12; App. *Bell. Civ.* 1.108; Oros. 5.23.2.

⁴² Plut. *Sert.* 22; App. *Bell. Civ.* 1.108; Liv. *Per.* 96; Eutr. 6.3.

⁴³ Lo riporta espressamente App. *Bell. Civ.* 1.108; si veda anche *Mitrid.* 68; *Iber.* 101; Plut. *Sert.* 22.

istruiti ed educati secondo gli usi e le tradizioni romane, divenendo preziosi ostaggi a garanzia della fedeltà delle popolazioni iberiche alla causa di Sertorio. Ad accrescere la sua potenza contribuirono le truppe di reduci dell'esercito di Lepido, comandate da Perpenna⁴⁴, nonché l'alleanza coi pirati che si aggiravano indisturbati nel Mediterraneo⁴⁵.

Nel 76 a.C. egli poteva in pratica contare sull'appoggio di tutte le popolazioni al di qua del fiume Ebro e di gruppi di armati, che da ogni parte confluivano incessantemente sotto le sue insegne⁴⁶.

A questo punto si rese necessario l'intervento di Pompeo, che ottenne dal Senato il comando straordinario per combattere prima Lepido (77 a. C.) e quindi Sertorio⁴⁷. Il punto debole degli alleati iberici di Sertorio era insito nella natura stessa di questi popoli barbari, dominati dall'indisciplina e dalla presunzione, che li spingeva ad essere insofferenti ad ogni indugio e a voler assalire il nemico senza aspettare l'occasione propizia⁴⁸. Inoltre la fedeltà a Sertorio era commisurata al successo che di volta in volta egli dimostrava nelle varie operazioni belliche: infatti, quando, nel 73 a.C., Pompeo, con la collaborazione di Metello Pio, ottenne numerosi e decisivi successi, una gran parte delle popolazioni iberiche si allontanò da Sertorio, che fu infine ucciso a tradimento dal suo luogotenente Perpenna (72 a.C.)⁴⁹, geloso, lui nobile, della fama e della notorietà raggiunta da un 'bandito'⁵⁰; ma lo stesso Perpenna, intenzionato a muovere contro Pompeo, fu abbandonato dai soldati che lo lasciarono poi nelle mani dei nemici, dai quali venne ucciso.

Con la morte di Sertorio, la maggior parte degli Iberi si arrese spontaneamente a Pompeo, gli altri vennero da lui vinti e così tutta la Penisola tornò sotto il dominio e il controllo romani (72 a.C.)⁵¹.

La vittoria di Pompeo, tuttavia, potrebbe non avere completamente estirpato sacche di resistenza locale, da cui sarebbero derivati fenomeni di banditismo. Pertanto, tornando alla vicenda descritta nel passo in oggetto, in base alle precedenti considerazioni, è stato ipotizzato che, con buona probabilità, il rapimento sia avvenuto ad opera di banditi, briganti Lusitani, i *latrunculi vel praedones* di

⁴⁴ App. *Bell. Civ.* 1.107- 108; Plut. *Sert.* 15; Liv. *Per.* 90. Cfr. Sall. *Hist.* 1 fr. 84; 2 fr. 11-14.

⁴⁵ Sall. *Hist.* 2 fr. 15-19.

⁴⁶ Plut. *Sert.* 16.

⁴⁷ Cic. *Pro Font.* 2.4; Sall. *Hist.* 2 fr. 98.5; Pareti, *Storia di Roma e del mondo romano* cit. 669- 670.

⁴⁸ Plut. *Sert.* 16.

⁴⁹ Plut. *Sert.* 26.

⁵⁰ Plut. *Sert.* 25.

⁵¹ Plut. *Sert.* 27.

cui parla Ulpiano⁵², di certo non inquadrabili come *hostes*⁵³. Se accogliamo questa ipotesi, ecco che i *tres captivi* non persero mai la ‘capacità giuridica’, permanendo in capo a loro l’idoneità a compiere validi negozi giuridici. Qualora, al contrario, accogliessimo la tesi di chi sostiene che il rapimento sia avvenuto nel corso di una guerra civile⁵⁴, dovremmo necessariamente considerare quella dei tre prigionieri una cattività presso nemici pubblici, con conseguente relativa *capitis deminutio* e applicazione dell’istituto del *postliminium*, atteso che una guerra civile deve a tutti gli effetti considerarsi assimilabile ad un *bellum iustum versus hostes* comuni.

V. Un tentativo di datazione

A questo punto è opportuno cercare di inquadrare cronologicamente il *casus* ed il *responsum*.

Proviamo a circoscrivere il fatto. È di rilievo osservare che, una volta avvenuta una vera e propria pacificazione della provincia iberica, già da molto tempo romanizzata, un episodio di rapimento come quello in questione sarebbe potuto avvenire con minore probabilità. Come già rilevato, una pressoché definitiva pacificazione della zona è avvenuta tra il 73 e il 72 a.C.; è perciò sostenibile che l’episodio si sia verificato in epoca precedente a tale data. Va considerato peraltro che l’intero svolgimento della vicenda deve, per forza di cose, essere avvenuto in un arco temporale relativamente lungo: è stato effettuato un viaggio dei tre soggetti sino in Lusitania, poi è avvenuto il rapimento, con la successiva pattuizione circa il ritorno del terzo compagno, quindi l’effettivo rientro in patria di costui, nonché il computo del tempo previsto o, quantomeno prevedibile, perché il terzo rapito, giunto a Roma, si procacciò il denaro per tutti e per il necessario ritorno sul luogo del rapimento, che di fatto, poi, non avvenne. In altre parole, i Lusitani rapitori e i due compagni rimasti nelle loro mani hanno dovuto attendere e calcolare il tempo necessario per il ritorno del terzo sulla base di un giudizio prognostico, prima di attivare la soluzione estrema, ossia il pagamento delle tre quote, compresa quella del terzo mai ritornato. Effettuato il pagamento, i due hanno dovuto anche compiere il viaggio di rientro in patria.

Si può avanzare l’ipotesi che il rapimento, stando all’inquadramento storico di cui sopra, sia avvenuto entro un’area geografica quanto meno limitrofa all’o-

⁵² D. 49.15.24, Ulp. 1 *Inst.*

⁵³ Cenderelli, *La negotiorum gestio* cit. 167.

⁵⁴ D’Ors, *Un episodio jurídico de la Guerra Sertoriana* cit. 269 ss.

dierno Portogallo, dunque in una zona distante da Roma circa 2500 chilometri. Un viaggio di tal fatta poteva essere concluso entro un arco temporale piuttosto lungo, anche tenendo conto dei diversi mezzi di trasporto a disposizione e, presumendo altresì che il terzo compagno si sia allontanato dal luogo di prigionia munito di poco denaro. Il dato logistico deve essere raddoppiato, sussistendo la necessità di attendere il tempo virtuale di ritorno. Infine è necessario triplicarlo in conseguenza di un terzo viaggio: quello del definitivo ritorno in patria dei due *captivi* traditi. L'intera vicenda potrebbe pertanto essere avvenuta in un periodo di più mesi, se non addirittura di anni.

Non è possibile escludere che i due *captivi* siano rimasti tra le mani dei Lusitani per un periodo molto lungo, o che siano comunque ritornati in patria molto tempo dopo. Tuttavia è plausibile ritenere che, una volta a Roma, tra le prime preoccupazioni vi fosse quella di interpellare un giurista per la tutela dei propri interessi.

Ipotizziamo che Servio sia stato consultato poco dopo la conclusione della vicenda, senza che fosse decorso un eccessivo lasso di tempo tra la consumazione dell'episodio e la richiesta di aiuto al giurista, a poca distanza dal fatto, *rectius* dal ritorno a Roma⁵⁵. Peraltro Servio iniziò a dedicarsi seriamente al diritto relativamente tardi: anche se la data di nascita di Servio non è nota⁵⁶, sappiamo tuttavia che fu quasi coetaneo di Cicerone, il quale, in particolare nel *Brutus*⁵⁷, allude proprio alla condivisione di entrambi, sin dalla prima giovinezza, dello studio dell'arte oratoria e delle arti liberali in genere e al viaggio che i due intrapresero a Rodi insieme, per approfondire la loro cultura, in particolare la retorica presso Apollonio Molone⁵⁸. Stando alle ipotesi ricostruttive di D'Ors,

⁵⁵ Si vedano le considerazioni di Cenderelli, *La negotiorum gestio* cit. 167.

⁵⁶ Si suppone il 106-105 a.C. come data di nascita del giurista repubblicano, cfr. Cannata, *Per una storia della scienza giuridica europea* cit. 270.

⁵⁷ Cic. *Brut.* 151: *et ego: de me, inquam dicere nihil est necesse; de Servio autem et tu probe dicis et ego dicam quod sentio. Non enim facile quem dixerim plus studi quam illum et ad dicendum et ad omnes bonarum rerum disciplinas adhibuisse. Nam et in isdem exercitationibus ineunte aetate fuimus et postea una Rhodum ille etiam profectus est, quo melior esset et doctior; et inde ut rediit, videtur mihi in secunda arte primus esse maluisse quam in prima secundus. Atque haud scio an par principibus esse potuisset; sed fortasse maluit, id quod est adeptus, longe omnium non eiusdem modo aetatis sed eorum etiam qui fuissent in iure civili esse princeps.*

⁵⁸ Sul rapporto tra Servio e Cicerone cfr. Bretonne, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* cit. 86-87; A. Schiavone, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Bari 1987, 110; Id., *Ius* cit. 235-245; Cannata, *Per una storia della scienza giuridica europea* cit. 270-273; Miglietta, «*Servius respondit*» cit. 38 ss; per una approfondita disamina sul rapporto tra Cicerone e Servio e sul reciproco percorso formativo, si veda A. Castro Sáenz, *Cicerón y la jurisprudencia romana. Un estudio de historia jurídica*, Valencia 2010, 299-324, in particolare 303; Id., *Crónica de un desencanto: Cicerón y Servio Sulpicio Rufo a la luz de las 'cartas a Ático'*, in *SDHI.* 70, 2004,

si potrebbe identificare il termine *post quem* del responso dopo il 78 a.C., in un momento certamente successivo al rientro del giurista repubblicano da Rodi⁵⁹. Cenderelli sposta il termine intorno al 75 a.C. quando il giurista, presumibilmente trentenne avrebbe raggiunto la maturità e la fama per essere interpellato⁶⁰.

Alla luce delle predette considerazioni, si potrebbe ritenere di disporre quanto meno di un *terminus post quem* con riferimento alla presunta data del *responsum*, nonché di un *terminus ante quem* con riferimento all'avveramento dell'episodio. Si potrebbe sostenere dunque che il responso sia stato dato dopo il 78-75 a.C., e che l'episodio, protrattosi nel corso di un tempo considerevole, si sia concluso prima del 72 a.C. Tutto quanto ipotizzato e premesso, possiamo collocare la consumazione dell'episodio centrale della vicenda, ossia il rapimento ed il successivo *responsum* in un periodo compreso all'incirca tra il 78 e il 72 a.C. e, dunque, stando ai rilievi storici più sopra indicati, a ridosso della guerra sertoriana⁶¹.

VI. Aspetti giuridico-privatistici

Dopo avere riflettuto sulla tradizione, sui dettagli del *casus*, sull'inquadramento storico-politico e sulle ipotesi di datazione, è ora il momento di approfondire l'aspetto giuridico della fattispecie, al fine di tentare (ancora una volta) di identificare il rimedio giuridico che Servio Sulpicio Rufo intendeva proporre suggerendo *aequum esse praetorem in eum reddere iudicium*.

Ammesso che la cattività sia avvenuta per mano di *hostes*, sebbene nell'ambito di una guerra civile, è davvero così rilevante ai fini della nostra indagine la problematica relativa all'eventuale *capitis deminutio*? La capacità negoziale di

217-300; Id., *Itinerarios servianos: Servio Sulpicio Rufo ante Quinto Mucio pontifex, entre la historia y el mito* (Pomp. Enchir. D. 1.2.2.43 y Cic. Brut. 41.151-42.154), in *Studi in onore di Remo Martini* 1, Milano 2008, 509-543.

⁵⁹ D'Ors, *Un episodio jurídico de la Guerra Sertoriana* cit. 271; l'ipotesi si basa anche sulle testimonianze di Pomponio in D.1.2.2.43, Pomp. *l.s. ench.*; cfr. *Pal.* 2, col. 49, Pomp. fr. 178 – ove riferisce che Servio si dedicò all'approfondimento del diritto in seguito al rimprovero da parte di Quinto Mucio Scevola per non aver compreso un responso che gli aveva dato – unitamente a Cic. *Brut.* 151; sul passo di Pomponio si veda l'esautiva trattazione di Miglietta, «*Servius respondit*» cit. 86 ss.

⁶⁰ Cenderelli, *La negotiorum gestio* cit. 167.

⁶¹ Sulla datazione dell'episodio si vedano le osservazioni di G. Finazzi, *Ricerche in tema di «negotiorum gestio»* 1. *Azione pretoria ed azione civile*, Napoli 1999, 82-83 nt. 184, con le considerazioni svolte nella recensione di A. Cenderelli (*Rec. a G. Finazzi, Ricerche in tema di «negotiorum gestio»* 1. *Azione pretoria ed azione civile*, in Id. (a c. di C. Buzzacchi), *Scritti romanistici*, Milano 2012, 515-544, in particolare 534.

due soggetti rimasti nelle mani dei Lusitani *raptores*, qualora non fosse intervenuta la *capitis deminutio*, sarebbe rimasta integra? Oppure lo stesso stato di prigionia, inteso quale coartazione psico-fisica, da sé solo avrebbe potuto determinare un vizio ed una incapacità negoziale quanto meno parziale?

I rilievi che di seguito si andranno ad esporre proveranno a risolvere l'interrogativo prospettato.

Come anticipato, la sussistenza o meno della capacità di compiere negozi giuridici introduce più pregnanti e significative questioni: sulla base di quali presupposti fattuali e giuridici uno dei tre rapiti fu rinviato in patria per procacciarsi il riscatto per tutti?

Il terzo rapito viene rimandato in patria a condizione che si procuri il denaro per il riscatto e soprattutto a condizione che, se non fosse tornato, i due rimasti avrebbero pagato anche la sua parte (*ea condicione missus, uti pecuniam pro tribus adferret, et nisi redisset, ut duo pro eo quoque pecuniam darent*); resta da capire come e dove i due prigionieri rimasti si siano procurati il denaro che si trovarono costretti a dare ai Lusitani in conseguenza del mancato rientro del terzo, dal momento che costui era stato *missus* in patria proprio per trovare (ulteriore) denaro del riscatto! È plausibile ipotizzare che i prigionieri, al momento del rapimento, fossero in possesso di denaro – del quale sono stati immediatamente spogliati dai rapitori – ma in misura inferiore a quanto preteso dai Lusitani per la liberazione; motivo che determinò il rinvio in patria di un ostaggio. In un secondo momento i due ostaggi rimasti si sono procacciati il denaro necessario per pagare il riscatto per se stessi e per il terzo non ritornato, magari ricorrendo ad amici e parenti, forse, è immaginabile, con un invio di denaro, o, più probabilmente, per il tramite di un lusitano⁶².

Premessa la complessità della ricostruzione fattuale, viene da chiedersi se quello in esame non rappresenti davvero un caso di scuola, addirittura un *exemplum fictum*, creato da Servio per i suoi *auditores*, piuttosto che la descrizione di un episodio realmente accaduto. Ma questa ipotesi non convince: perché, infatti, un maestro avrebbe dovuto ricorrere ad un esempio così peculiare, e per quale motivo prospettare una vicenda assai intricata tanto da un punto di vista storico, quanto giuridico per spiegare la *negotiorum gestio*, un istituto che, tra l'altro forse non era ancora noto, nei suoi elementi pregnanti, ai giureconsulti dell'epoca?

Lasciamo questi interrogativi aperti e torniamo a chiederci quale fosse il fondamento giuridico dell'incarico dato, alla base del rientro in patria di uno

⁶² Ma sul problema della disponibilità del denaro si vedano le osservazioni di Miglietta, «*Servius respondit*» cit. 259-260 nt. 195.

degli ostaggi. Ci fu un accordo, o fu un'imposizione da parte dei *raptores Lusitani*, e, se un accordo vi fu, tra chi venne stipulato, tra *captivi e raptores*, tra i soli *captivi* o entrambe le cose, cioè i Lusitani volevano altro denaro e i rapiti si accordarono su come provvedere per procurarselo?

È a questo punto opportuno indagare sulla possibilità teorica e pratica di configurare un contratto di mandato stipulato tra gli ostaggi e, successivamente, sulla plausibilità di un'*actio mandati*, una volta rientrati in patria gli altri due rapiti. Se prendiamo in considerazione l'ipotesi del mandato, assumiamo in fatto che gli ostaggi avessero mantenuto la capacità giuridica e di conseguenza l'idoneità a compiere un valido negozio giuridico, a stipulare cioè un contratto di mandato, con il quale avrebbero consensualmente stabilito che uno dei tre, il mandatario, si assumesse l'obbligazione di procurarsi il denaro per conto degli altri e di ritornare quindi indietro con la somma necessaria. Il fatto che il terzo poi non sia tornato lo rende inadempiente e quindi passibile di un'*actio mandati* e consente agli altri due di ottenere una (eventuale) condanna per inadempimento; escludiamo che questa teoria possa portare a considerare quell'*ea condicione missus* una vera e propria condizione del contratto, dunque elemento accidentale del contratto, mentre accogliamo *in toto* la tesi di chi esclude la sussistenza di un contratto di società⁶³ e di coloro i quali non ravvisano la possibilità che si configuri un contratto di mandato. Quest'ultimo infatti è un contratto consensuale che racchiude nella stessa propria essenza l'espressione di un accordo volontario, libero e svincolato da qualsivoglia coazione psico-fisica. E tale non potrebbe essere un negozio concluso tra soggetti che si trovano in uno stato di prigionia⁶⁴.

Se si fosse trattato di un episodio avvenuto nel corso di una vera e propria guerra contro un nemico pubblico, i tre soggetti, in quanto caduti in condizioni di prigionia di guerra, sarebbero risultati altresì incapaci di assumere un'obbligazione civile. E anche nel caso si configurasse la vicenda, come è più probabile, nel contesto di una guerra civile e, pur non potendo i tre soggetti essere considerati come schiavi, ma essendo di fatto in condizione di coazione psicofisica e dunque privi della libertà di espressione del consenso, risulterebbe, secondo D'Ors⁶⁵, comunque impossibile ipotizzare la conclusione di un valido contratto consensuale di mandato.

In effetti sarebbe inverosimile ipotizzare la determinazione di un simile re-

⁶³ Sembra porsi il problema soltanto D'Ors, *Un episodio jurídico de la Guerra Sertoriana* cit. 272.

⁶⁴ *Ibidem*, 272-273; Cenderelli, *La negotiorum gestio* cit. 164-165. Ulteriori ragioni a sostegno dell'escludibilità di un'*actio mandati* si ritrovano nell'accurata disamina di Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* I cit. 85-86.

⁶⁵ *Un episodio jurídico de la Guerra Sertoriana* cit. 272-273.

golamento contrattuale, manifestandosi per il caso in esame una sorta di ‘illeceità dell’oggetto’; senza contare l’evidente vizio del consenso dei ‘mandanti’. Per i motivi sopra esposti, accogliamo in pieno la tesi dell’inesperibilità tanto di un’*actio mandati*, quanto anche di un’*actio mandati utilis*. È piuttosto maggiormente plausibile ipotizzare che, alla base del rientro, vi sia stata un’imposizione unilaterale da parte dei Lusitani⁶⁶.

Occorre dare uno sguardo a questo punto alla collocazione del passo nel Digesto e nella *Palingenesia* di Lenel: Paolo riporta il responso di Servio ove tratta l’*actio negotiorum gestorum*, nel IX libro del suo commento all’Editto, in cui si occupa della gestione di affari⁶⁷; nel Digesto il passo è raccolto sotto il Titolo V con la rubrica *De negotiis gestis*.

Nel Digesto, il passo precedente a quello in esame, appartenente ad Ulpiano, tratta della trasmissibilità dell’obbligazione per la gestione negoziale che riguarda chi morì in prigionia⁶⁸: tale trasmissibilità deve riferirsi all’impianto dell’*actio negotiorum gestorum* con la formula di buona fede, che è stata introdotta nell’Editto presumibilmente alla fine del I sec. a.C., ma che, forse, non esisteva ancora all’epoca di Servio. Paolo, nel passo immediatamente successivo a quello in esame⁶⁹, analizza come il gestore dei negozi relativi ad una eredità altrui si obblighi nei confronti dell’eredità e, reciprocamente, il titolare dell’eredità si obblighi verso costui, quand’anche si trattasse di un impubere. Subito dopo, il giurista si occupa di come il gestore sia tenuto a continuare i negozi altrui che abbia iniziato a gestire, anche nel caso in cui l’interessato sia, in seguito, morto⁷⁰. Infine considera il caso in cui Tizio, per mandato di Caio, si sia occupato degli affari di Sempronio; se Tizio non ha gestito correttamente tali affari, Caio sarà obbligato verso Sempronio tramite l’*actio negotiorum gestorum*, dovendogli cedere le sue azioni contro Tizio e dovendo rispondere anche di quanto abbia imprudentemente scelto, nonché per ogni danno subito da Sempronio per colpa di Tizio⁷¹.

Stando all’ordine dato da Lenel nella *Palingenesia* ai passi inseriti nel libro IX del Commento all’editto di Paolo, il passo appena precedente a quello in questione si occupa di un caso particolare⁷²: il padrone di un gestore che iniziò

⁶⁶ Guarino, *Servio e i prigionieri dei Lusitani* cit. 424; Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* 1 cit. 85.

⁶⁷ Cfr. Lenel, *Pal.* 1, col. 981.

⁶⁸ D. 3.5.19, Ulp. 10 *ad ed.*; cfr. in merito D’Ors, *Un episodio jurídico de la Guerra Sertoriana* cit. 274; Cic. *De off.* 3.70; Cic. *Top.* 66.

⁶⁹ D. 3.5.20.1, Paul. 9 *ad ed.*; cfr. *Pal.* 1, col. 981, Paul., fr. 191.

⁷⁰ D. 3.5.20.2, Paul. 9 *ad ed.*; cfr. *Pal.* 1, col. 981, Paul., fr. 191.

⁷¹ D. 3.5.20.3, Paul. 9 *ad ed.*; cfr. *Pal.* 1, col. 981, Paul., fr. 191.

⁷² D. 3.5.17, Paul. 9 *ad ed.*; cfr. *Pal.* 1, col. 981, Paul., fr. 190.

una gestione da schiavo può trattenere dal peculio quanto avrebbe potuto esigere da un gestore estraneo attraverso l'*actio negotiorum gestorum*. Il passo ancora precedente fa riferimento all'autorità di Pomponio⁷³ e, segnatamente, riguarda il caso peculiare in cui avvenga un mutamento relativo alla capacità del soggetto interessato, i cui negozi si vengano a gestire. Occorre preliminarmente distinguere se il negozio sia stato assunto come unico e continuato, oppure se si tratti di negozi connotati peculiarmente dalla qualità della persona dell'interessato: ad esempio se si sia assunto l'obbligazione un pupillo poi divenuto pubere, oppure uno schiavo poi divenuto libero, o ancora un *filius familias* poi divenuto *sui iuris*.

Dalla *comparatio* tra Digesto e *Palingenesia*, possiamo riscontrare chiaramente la collocazione del caso in oggetto principalmente entro la categoria della gestione d'affari altrui e in particolare entro quelle ipotesi di *negotiorum gestio* che vedono un mutamento della situazione giuridica del soggetto interessato nel corso della gestione. Come accennato in precedenza, Lenel, nella sezione dedicata a Paolo, nel riportare il passo nell'apposito luogo dedicato ai libri di commento all'Editto, conserva il '*nam et*', che, come s'è visto, è anche la formula di esordio del passo contenuto nel Digesto. Lo studioso intende dunque dare credito al fatto che l'espressione sia stata adoperata da Paolo stesso e che non sia da attribuire ai compilatori. Il giurista severiano, nel testo raccolto nel Digesto, vuole mettere in evidenza che appunto 'anche Servio' si fa sostenitore della teoria che di seguito viene esposta, o, quanto meno, che il giurista repubblicano si sia occupato – forse per primo – della risoluzione di un'atipica fattispecie concreta. Dunque, stando al Digesto, l'autore dell'epitome alfeniana riporta il parere di Servio in relazione ad un caso assai peculiare, che sembrerebbe proprio toccare il tema della *negotiorum gestio* e della relativa *actio negotiorum gestorum*⁷⁴.

L'aver volto lo sguardo alla collocazione del passo nel Digesto e, successivamente, nella *Palingenesia* di Lenel costituisce quanto meno un indizio per poter considerare la fattispecie in questione come un'ipotesi particolare di gestione di affari altrui, nella quale la situazione giuridica del soggetto interessato subisce un mutamento durante la gestione stessa⁷⁵.

Ma, con riferimento al *casus de quo*, si può davvero parlare di *negotiorum gestio* e di relativa *actio negotiorum gestorum*? E perché, allora, Servio non fa

⁷³ D. 3.5.14, Paul. 9 ad ed.; cfr. *Pal.* 1, col. 981, Paul., fr. 189.

⁷⁴ Per la ricostruzione delle formule si veda D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova 1999, 55-56.

⁷⁵ Per la precedente ricostruzione si vedano anche D'Ors, *Un episodio jurídico de la Guerra Sertoriana* cit. 274-275 e Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* cit. 86.

menzione alcuna di tali istituti? Il giurista repubblicano si limita infatti ad un generico *aequum esse praetorem in eum reddere iudicium*, senza ulteriormente qualificare l'azione a cui stava pensando⁷⁶.

A questo punto occorre riflettere sulla esperibilità di un'*actio negotiorum gestorum* e, di conseguenza, sulla configurabilità o meno di una particolare ipotesi di gestione di affari altrui⁷⁷.

Gli albori dell'istituto si riferiscono presumibilmente all'età tardo-repubblicana, per mezzo del *ius honorarium*⁷⁸: si tratta dunque di una tutela pretoria. Gli sviluppi sostanziali della gestione di affari altrui si muovono come è noto intorno all'evoluzione della tutela processuale e allo sviluppo cronologico delle *actiones*. Nella forma originaria veniva protetta giuridicamente la situazione per la quale un soggetto gestiva spontaneamente gli affari di un altro, assente da Roma, rappresentandolo come procuratore in giudizio⁷⁹: il *gestor* disponeva di un'*actio in factum* contro il *dominus negotii*⁸⁰. L'origine processuale della tutela pretoria tuttavia non porta ad escludere la sussistenza di una prassi consistente in azioni su base decretale in caso di gestione che esorbitasse dall'ambito processuale, proprio nella fattispecie in cui venissero a mancare altri idonei strumenti di tutela, fondati sul rapporto intercorrente tra *dominus* e *gestor*; ipotesi quest'ultima che sembra concretizzarsi proprio nel caso in esame⁸¹.

La questione è, come noto, complessa; ai fini della presente trattazione occorre postulare due possibili ipotesi: o l'*actio negotiorum gestorum* era già nota a Servio e forse precedente a lui⁸² ed allora il caso analizzato necessita, per la

⁷⁶ Cfr. sul punto G. Negri, *La gestione d'affari nel diritto romano*, in *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*, Madrid 1994, 673.

⁷⁷ La *negotiorum gestio* si può definire, in termini moderni, come causa non convenzionale di obbligazione. Si tratta, come è noto, di una gestione - spontaneamente intrapresa e utilmente condotta - di affari altrui. Di particolare pregnanza il fatto che la gestione non dovesse essere sollecitata dall'interessato. Sorgevano così obbligazioni reciproche: il gestore doveva portare a termine la gestione, se del caso, trasferendone gli effetti sul gerito. Il *dominus negotii* doveva assumere gli effetti della gestione e rivalere il rappresentante di tutte le spese e risarcirlo degli eventuali danni.

⁷⁸ Sul caso di dubbio circa l'altruità del negozio si veda a titolo esemplificativo D. 3.5.5.3, Ulp. 10 *ad ed.*; sulla *gestio sine mandato* D. 3.5.5 pr., Ulp. 10 *ad ed.*; sulla *gestio* concretamente intrapresa D. 3.5.9.1, Ulp. 10 *ad ed.*; sull'utilità del gerito D. 3.5.26 pr., Mod. 2 *resp.* Cfr. A. Guarino, *Diritto privato romano*, Napoli 2001¹², 964-965 e ntt. 85.3.1-4.

⁷⁹ Si veda anche G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1991³, 592-593.

⁸⁰ Cfr. Guarino, *Diritto privato romano* cit. 962-963.

⁸¹ Cfr. sul tema Negri, *La gestione d'affari nel diritto romano* cit. 673. È opportuno anticipare che forse è possibile presumere che Servio, al momento del *responsum* sul *casus* in esame, al massimo potesse disporre della conoscenza del rimedio *in factum* offerto al *gestor* contro il *dominus litis*, anche se non è possibile affermarlo con certezza.

⁸² Forse un'*actio negotiorum gestorum* con formula *in ius ex fide bona* esisteva già ai tempi di Quinto Mucio; sul tema e per un'ampia argomentazione anche a sostegno della predetta tesi

sua risoluzione, di una estensione in via utile di un rimedio già esistente, oggetto di elaborazione evolutiva da parte della giurisprudenza; oppure il *casus* riportato da Paolo rappresenta una tappa significativa in materia di gestione di affari altrui, in quanto descrive una fattispecie che richiede un intervento pretorio equitativo di tipo decretale, finalizzato alla risoluzione di una questione ‘nuova’ e ‘insolita’⁸³.

si vedano i ragionamenti e le ricostruzioni di R. Cardilli, *L’obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano 1995, in particolare 211-218; ma, prima, P. Voci (*La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, 179 – più in generale, sul tema e sull’istituto, 174-207) attribuisce al maestro di Servio l’incipit del commento di Pomponio (D. 3.5.10, Pomp. 21 ad ed.): *si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras: veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo. Nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet*; sulla questione tornerò ancora più avanti. L’Autore tuttavia precisa che Q. Mucio «non conosceva ancora la *neg. gestio* come istituto civilistico»; Voci ritiene che il maestro di Servio avesse noto il solo rimedio pretorio e che l’istituto «sia stato poi ricevuto nel *jus civile* nel periodo intercorrente tra Q. Mucio e il tempo in cui Cicerone scrisse il passo», collocato nel § 66 dei *Topica*.

⁸³ Parte della dottrina esclude l’esistenza – già ai tempi di Quinto Mucio – di un’*actio negotiorum gestorum* con formula *in ius ex fide bona*; così ad es. G. Nicosia (*Gestione di affari altrui. A) Premessa storica*, in *ED*. 18, 1969, pp. 628-643, in part. p. 633 nt. 25), che osserva che nell’elenco dei giudizi di buona fede, contenuto in Cic. *De off.* 3.70 e già noto a Quinto Mucio, il *iudicium negotiorum gestorum* non è compreso; ma in proposito Cardilli (*L’obbligazione di «praestare»* cit. 212) rileva come tale elenco non sia esaustivo. Sembra invece dell’avviso di Nicosia anche Negri, *La gestione d’affari nel diritto romano* cit. 664-666: l’Autore appare critico sulla priorità storica dell’*actio in ius ex fide bona*, di elaborazione creativo-giurisprudenziale e dubita persino che, nella specie, sussistesse una qualunque tutela. Questo spiegherebbe peraltro la risposta di Servio al *quaesitum*: «*aequum esse in eum reddere iudicium*»; sul problema del rapporto tra le formule – *in ius* e *in factum* – e sul relativo dibattito dottrinario si veda Mantovani, *Le formule del processo privato romano* cit. 55-56 nt. 151; per Cenderelli (*La negotiorum gestio* cit. 49 ss. e 166) l’Editto *de negotiis gestis* e la formula *in factum* previsti per la gestione occasionale e spontanea risalirebbero alla fine del I sec. a.C., essendo infatti già noti a Labeone, mentre sarebbero ignote a Servio Sulpicio Rufo, che, infatti, in D. 3.5.20 non ricorre ad un’*actio negotiorum gestorum* tipica; Finazzi (*Ricerche in tema di negotiorum gestio* 1 cit. 168-169) riprende ancora la tesi di Nicosia osservando che nell’elenco di Cic. *De off.* 3.70 non compare l’*iudicium negotiorum gestorum* civile di buona fede, che dunque sarebbe sconosciuto a Quinto Mucio. L’Autore propone il 76 a.C. quale termine successivamente al quale ci sarebbe l’introduzione del predetto *iudicium*. A sua volta corrobora la tesi osservando che in D. 3.5.20 Servio è ‘costretto’ a pensare ad un’*actio in factum*; qualora infatti fosse esistito l’*iudicium negotiorum gestorum bonae fidei*, il giurista avrebbe suggerito, quale rimedio, un’azione civile diretta o, quanto meno, un’*actio utilis*, che, come osserva Negri (*La gestione d’affari nel diritto romano* cit. 666), presuppone comunque una tipizzazione dell’azione diretta. Per una più approfondita ricostruzione storica dell’istituto si vedano ancora *ex multis* J. Partsch, *Studien zur Negotiorum Gestio* 1, Heidelberg 1913; G. Pac-

Più tardi si riconobbe, sempre a livello pretorio, un'*actio in factum* al *dominus* contro il *gestor*, azione che, successivamente, sarà definita *actio negotiorum gestorum directa*. In seguito si concepì una tutela in *ius ex fide bona*, cioè un giudizio di buona fede finalizzato a disciplinare le ipotesi di gestione senza mandato ed extra-processuali⁸⁴.

Tra Repubblica e Principato l'editto *de negotiis gestis* prevede altre due ipotesi: la gestione spontanea di affari di qualunque *dominus negotii* vivente in qualunque circostanza, anche al di fuori dell'ambito processuale. Fu prevista altresì la gestione spontanea degli affari di un soggetto morto nel periodo precedente alla presa in cura degli stessi da parte dei successori: c'erano sì le *actiones in factum*, ma vi erano altresì i giudizi di buona fede che erano rimedi in *ius*⁸⁵. Quanto ai requisiti della *negotiorum gestio*, innanzitutto doveva trattarsi di gestione di affari di un altro: il *gestor* compiva un atto di rilevanza giuridica nell'interesse del gerito, volontariamente, consapevole dell'altruità dell'interesse. La gestione doveva essere senza mandato, dunque spontanea. Il *gestor* quindi non doveva essersi impegnato con il *dominus* attraverso un vincolo obbligatorio, espresso o tacito; si può asserire pertanto la necessità di un'assenza di pregressi rapporti giuridici.

E già a questo punto ci si potrebbe interrogare circa la compatibilità o meno della *negotiorum gestio* con un impegno meramente morale del *gestor* verso il *dominus*. Nell'ambito dei requisiti per la configurabilità dell'istituto occorre inoltre un'utilità concreta per il *dominus*, derivante dalla gestione. La tutela giurisdizionale del *dominus* verso il *gestor* fu garantita con l'*actio negotiorum gestorum directa*: il *gestor*, invece, nei confronti del *dominus*, disponeva dell'*actio negotiorum gestorum contraria*.

Taluni parlano di *actiones negotiorum gestorum* dirette e contrarie, *in factum*, già in età repubblicana e con riferimento ai casi di gestione spontanea di affari di assenti⁸⁶. Resta comunque estremamente difficoltoso ipotizzare la genesi e la

chioni, *Trattato della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano e civile*, Milano 1915; M. Talamanca, *La fattispecie dell'«actio negotiorum gestorum»*, in *Labeo* 17, 1971, 217-244; Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* 1 cit. *passim*; Id., *Ricerche in tema di negotiorum gestio* 2.1. *Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino 2003, 513 e nt. 48; Id., *Ricerche in tema di negotiorum gestio* 2.2. *Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino 2006, *passim*.

⁸⁴ Cfr. Guarino, *Diritto privato romano* cit. 962.

⁸⁵ Sulla formazione, sull'avvicendamento e sul rapporto delle *actiones* relative alla gestione di affari si vedano per tutti Cenderelli, *La negotiorum gestio* cit. 49 ss.; Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* 1 cit. 3-22, *et passim*; Cenderelli, *Recensione a G. Finazzi* cit. 534-535.

⁸⁶ D. 3.5.3 pr., Ulp. 10 *ad ed.*; cfr. *Pal.* 2, col. 455, Ulp. fr. 347: *ait praetor: «Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: iudicium eo nomine*

cronologia della tutela prevista in caso di gestione di affari altrui⁸⁷. Gli elementi costitutivi dell'istituto della *negotiorum gestio* sono stati individuati dai giuristi dell'età del Principato⁸⁸.

Muovendo dalle linee istituzionali della *negotiorum gestio*, è ora il momento di valutare se sia possibile o meno riconoscere nella vicenda narrata un caso riconducibile alla gestione di affari. A tale proposito è opportuno sollevare una questione spinosa: i due prigionieri rimasti presso i Lusitani possono essere considerati *gestores* o piuttosto 'geriti' dal *missus* tornato in patria? Taluni ritengono più verosimile considerare come gestori i due rimasti nelle mani dei Lusitani⁸⁹: non essendo tornato il terzo compagno (*dominus* gerito), i due si sono trovati a dover gestire gli affari di costui, segnatamente pagando anche la sua parte di riscatto.

Qui si ritiene, diversamente, che il *missus* fosse il *gestor* di *negotia* i cui *domini* erano i due soggetti rimasti prigionieri nelle mani dei Lusitani⁹⁰. Supponiamo che effettivamente i due prigionieri siano i gestori degli affari del terzo com-

dabo». Nel caso vi fosse una gestione spontanea, dapprima di un singolo affare di un soggetto assente e/o di persona morta e poi anche di altri casi, in origine solo in caso di gestione processuale e, in séguito, per tutte le altre forme, il pretore introdusse già in età repubblicana specifiche *actiones negotiorum gestorum*, dirette e contrarie, non di buona fede, ma *in factum*. Sul punto si veda ad es. M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1994², 513-514.

⁸⁷ Per le linee essenziali sull'istituto si vedano Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* cit.; Negri, *La gestione d'affari nel diritto romano* cit. 661-686. Guarino, *Diritto privato romano* cit. 961-967; Pugliese, *Istituzioni di diritto romano* cit. 592-594; Marrone, *Istituzioni di diritto romano* cit. 513-514; Brutti, *Il diritto privato nell'antica Roma* cit. 521-523. Sull'atecnicità e non univocità della qualifica di *actio directa* e *actio contraria* si vedano le considerazioni di Cenderelli, *La negotiorum gestio* cit. 193 ss. e *Recensione a G. Finazzi* cit. 536 nt. 5: per l'Autore la valenza tecnica sarà univoca solo nel manuale istituzionale di Giustiniano.

⁸⁸ E poi confluiti nelle Istituzioni di Giustiniano: I. 3.27.1: *igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones quae appellantur negotiorum gestorum: sed domino quidem rei gestae adversus eum qui gessit directa competit actio negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est: quippe ita nascuntur istae actiones si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se optulerit: ex qua causa ii quorum negotia gesta fuerint etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti nulli demandata negotiorum suorum administratione peregre profecti essent, desererentur negotia: quae sane nemo curaturus esset, si de eo quod quis impendisset nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is qui utiliter gesserit negotia habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.*

⁸⁹ Cfr. ad es. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* cit. 87; di analogo avviso sembra essere anche Cenderelli, *La negotiorum gestio* cit. 165 e nt. 115; si veda Miglietta, «*Servius respondit*» cit. 258-262.

⁹⁰ Così anche D'Ors, *Un episodio jurídico de la Guerra Sertoriana* cit. 275-276.

pagno ritornato in patria. Ebbene, è possibile ritenere che una tale situazione fosse piuttosto atipica ai fini dell'esperibilità di un'*actio negotiorum gestorum*, rimedio di cui Servio, come detto, non fa menzione alcuna. Con ogni probabilità i due soggetti rimasti nelle mani dei Lusitani erano privi della capacità di compiere validi negozi giuridici, trovandosi in stato di coartazione psico-fisica, idonea quantomeno a viziare il loro consenso e la loro libertà di agire, se non addirittura in uno stato di incapacità giuridica: dunque sarebbero stati impossibilitati anche ad essere parte attiva di una *negotiorum gestio*⁹¹.

Occorre riflettere sul requisito della 'spontaneità' della gestione: si tratta di mera assenza di vincolo giuridico o di una più generica libertà di agire? Se assumiamo che non fosse necessaria la spontaneità del comportamento, ma semplicemente l'assenza di un incarico, allora dovremmo considerare spontanea anche una gestione esperita sotto coazione psico-fisica. Se invece ritenessimo che la spontaneità della gestione comporti un'adesione consensuale libera al negozio gestito, saremmo costretti ad escludere la configurabilità della *negotiorum gestio*.

Ancora più rilevante è la questione dell'altruità del negozio: non appare credibile che i prigionieri rimasti in Lusitania avessero gestito un negozio alieno, cioè nell'interesse del *missus*: ci chiediamo infatti dove sussista l'interesse di costui, ormai già libero in patria⁹². I due *captivi* avrebbero gestito un negozio (ammesso che di negozio si trattasse) nel proprio interesse, anzi si può correttamente affermare che costoro avrebbero gestito un 'proprio negozio', riguardo al quale il *missus* dovrebbe essere considerato completamente estraneo. Ecco perché sembra del tutto improbabile pensare alla possibilità di concedere un'*actio negotiorum gestorum contraria* in capo ai due *captivi*, una volta rientrati in patria: sarebbe realmente difficile ravvisare la stessa *negotiorum gestio*.

Pare invece più convincente considerare il *missus* come gestore degli affari dei due rimasti in cattività: il terzo compagno parte con l'intenzione di gestire gli affari degli altri due, perfettamente consapevole dell'altruità del negozio; egli agisce spontaneamente in quanto è assente qualsiasi forma di vincolo giuridico – segnatamente il mandato – data anche l'impossibilità che sia manifestato un valido consenso, in considerazione dello stato di costrizione psico-fisica. Quanto all'espressione *ea condicione missus*, la stessa rappresenta più che altro un elemento accidentale di un negozio invalido, per i motivi sopra detti, oppure una dizione priva di valore tecnico-giuridico, costituendo una semplice indicazione imposta dai Lusitani rapitori.

⁹¹ Sul punto è possibile replicare quanto detto in tema di incapacità giuridica e vizio del consenso con riferimento al contratto di mandato, per cui si vedano anche Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* cit. 83 e D'Ors, *Un episodio jurídico de la Guerra Sertoriana* cit. 272.

⁹² Cfr. anche D'Ors, *Un episodio jurídico de la Guerra Sertoriana* cit. 275.

La *negotiorum gestio* ha così inizio *sine mandato*, cioè, non solo senza un mandato giuridico, ma senza neppure uno specifico incarico informale, in quanto, come anticipato, si può ipotizzare che il *missus* sia rientrato in patria in conseguenza di un *diktat* unilaterale da parte dei Lusitani: l'arbitrio dei *tres captivi* sarebbe stato circoscritto alla scelta del reduce, il quale inizia la gestione nell'istante preciso in cui si distacca fisicamente dal luogo di prigionia, ormai libero nella propria determinazione di assumere volontariamente, liberamente e spontaneamente la gestione degli affari dei due rimasti⁹³. Si potrebbe individuare come momento iniziale della gestione proprio la partenza dalla località di prigionia. Quanto all'*utilitas* della gestione, è mia opinione poterla ravvisare *in re ipsa*: il terzo parte ed inizia la gestione d'affari altrui con la finalità di procurarsi il riscatto (anche) per gli altri, pagarlo, assicurando la libertà e dunque evidentemente un reale vantaggio per i compagni⁹⁴. Arrivato a Roma, probabilmente per sopraggiunto timore del ritorno in Lusitania, interrompe la sua gestione e si disinteressa degli altrui *negotia*, realizzando dolosamente una cattiva gestione, dunque un inadempimento dell'obbligazione non contrattuale.

Sembrerebbe astrattamente configurarsi la possibilità che i due *captivi* esercitino l'*actio negotiorum gestorum directa* contro il compagno sleale. Ma, a ben vedere, come più volte evidenziato, nel responso non si fa menzione alcuna di tale rimedio processuale; tuttavia il giurista repubblicano ravvisa l'equità della concessione di un giudizio contro il cattivo gestore; ma, presumibilmente, Servio pensava ad un rimedio *ad hoc*, non previsto, non ancora istituzionalizzato, ma che, con ogni probabilità, presto lo sarebbe stato, forse proprio conseguentemente all'apporto del giurista stesso. Non convince neppure l'ipotesi per cui, se un rimedio fosse già esistito in quanto cristallizzato in un editto, i due geriti non avrebbero avuto necessità di rivolgersi al giurista per ottenere delucidazioni in merito alla soluzione processuale⁹⁵.

Si potrebbe anche ipotizzare che Servio pensasse ad un'*actio utilis*: ma, in-

⁹³ Il requisito della spontaneità deve essere inteso come espletato in assenza di un vincolo giuridico tra i soggetti interessati; si vedano per tutti V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli 1985¹⁴, 358; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 610-611; Guarino, *Diritto privato romano* cit. 964.

⁹⁴ Mutuiamo da Finazzi la possibilità di riscontrare nella fattispecie un caso di *necessitas gestoria*, oltre che di *utilitas*, a mio avviso, però, proprio con riferimento alla gestione da parte del *tertius regressus*; cfr. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* 2.1 cit. 513 e nt. 48.

⁹⁵ Ma si vedano già Pacchioni, *Della gestione degli affari altrui* cit. 16-18 e, anche se sotto una diversa prospettiva, Cenderelli, *La negotiorum gestio* cit. 165-166, per il quale, come precisato, i due rimasti nelle mani dei rapitori sarebbero i *gestores*. Sul rapporto tra giurisprudenza e risoluzione casistica delle fattispecie, cfr. in particolare Miglietta, *Giurisprudenza romana tardo-repubblicana e formazione della «regula iuris»* cit. 187 ss.

nanzitutto, nel passo non è specificato nulla al riguardo; inoltre verrebbe da chiedersi sulla base di quale azione esistente avrebbe potuto essere modellata un'azione utile. Se consideriamo infatti che cronologicamente la prima ipotesi ad essere disciplinata, seppure con rimedio pretorio, fu quella che prevedeva che un soggetto avesse spontaneamente gestito gli interessi di una persona assente da Roma, rappresentandola come *procurator* in giudizio⁹⁶, ed anche ammettendo che tale disciplina esistesse già all'epoca di Servio, potremmo concludere che il rimedio prospettato dal giurista consistesse in un'*actio utilis* modellata su un'*actio negotiorum gestorum directa*, concessa al *dominus litis* contro il *gestor*. Ma questa soluzione appare poco convincente. Sembra pertanto condivisibile l'opinione di Cenderelli, secondo cui il responso serviano costituisce una «pietra miliare nella storia della gestione di affari»⁹⁷ altrui, la base e forse la genesi della tutela offerta dall'editto *de negotiis gestis*; dotato altresì di una portata autoritativa ed autorevole così importante ed imponente, esso incise dapprima sul magistrato che si occupò del *casus* in esame e, in séguito, sul pretore che ritenne opportuno disciplinare la fattispecie con l'*actio negotiorum gestorum*. Alla luce di queste considerazioni appare in definitiva poco probabile poter riferire la vicenda prospettata ad un caso discusso scolasticamente; piuttosto sembra verosimile che vi si debba leggere la risoluzione di un tanto atipico quanto importante caso pratico.

Seguendo la linea interpretativa di Cenderelli, Servio darebbe un responso inquadrabile in un momento in cui ancora non esisteva l'*edictum de negotiis gestis*, che avrebbe garantito l'*actio contraria* del gestore contro il gerito e quella *directa* del gerito contro il gestore, né esisteva altresì un'azione a tutela della gestione spontanea. È, di conseguenza, accattivante, sebbene priva di fondamento testuale, anche l'idea che sia stato proprio il pretore a rivolgersi a Servio, non sapendo come gestire una situazione non ancora espressamente disciplinata dall'editto⁹⁸; restando nell'ambito delle supposizioni, si potrebbe pensare che, in conseguenza del 'consulto', forse il pretore abbia concesso *ex decreto*, sulla base di criteri equitativi⁹⁹, un rimedio specifico per 'quel' caso; solo successivamente potrebbe essere seguita la previsione editale.

⁹⁶ Guarino, *Diritto privato romano* cit. 962.

⁹⁷ Cenderelli, *La negotiorum gestio* cit. 166. Ma si accoglie la tesi dell'Autore nell'ambito della presente ricostruzione, per la quale il *gestor* non può che essere il *missus* in patria. Detto in altre parole il *responsum* di Servio costituisce sì una tappa fondamentale nella storia della tutela della gestione di affari; tuttavia resta da vedere chi debba essere considerato 'gestore' e chi 'gerito' e di conseguenza quale *actio negotiorum gestorum* si possa configurare, sia essa in forma diretta, contraria o utile. La posizione qui assunta identifica i due prigionieri rimasti nelle mani dei Lusitani quali soggetti 'gestiti' – malamente – dal terzo compagno.

⁹⁸ Cenderelli, *La negotiorum gestio* cit. 166.

⁹⁹ Sul concetto di *aequum* per tutti Schiavone, *Ius* cit. 262 nt. 68.

Si può a questo punto proporre – sempre nell’ambito delle supposizioni, sebbene ammissibili – un’osservazione finale sulla probabile assenza dell’*actio de negotiis gestis* all’epoca di Servio: è ragionevole pensare che tale azione non esistesse ancora quando scriveva Alfeno, allievo di Sulpicio Rufo. L’allievo ricorda il responso del maestro alla fine dei suoi *Digesta*, nel XXXIX libro; tenuto conto che Alfeno segue l’ordine dell’Editto, il fatto che – come efficacemente osserva Cenderelli – vi sia un inserimento al di fuori dello schema edittole, fa supporre che il responso di Servio non trovasse un riscontro istituzionale nell’editto pretorio¹⁰⁰.

Se, come appare credibile, l’*actio negotiorum gestorum* non era disponibile ai tempi di Servio, occorre dunque, per la risoluzione del caso in esame, un rimedio *ad hoc*, precursore di quello processuale successivo, sconosciuto probabilmente persino ad Alfeno Varo, ma ben chiaro a Paolo; il giurista classico offre infatti una panoramica sui precedenti dell’*actio decretalis* a tutela della *negotiorum gestio*.

VII. Osservazioni finali

È possibile, in conclusione, formulare l’ipotesi per cui Servio con il suo responso prospetti una *solutio* che in seguito sarà istituzionalizzata¹⁰¹. Per il caso di specie, le parti, oppure un pretore, potrebbero aver ritenuto opportuno rivolgersi ad uno dei più autorevoli giuristi dell’epoca, per risolvere, magari per la prima volta, un problema inerente ad una gestione occasionale di affari altrui con un’azione che, presumibilmente, venne concessa *ex decreto* in via equitativa¹⁰²; altri casi saranno seguiti a questo, finché non si decise di disciplinare una volta per tutte la fattispecie astratta¹⁰³.

¹⁰⁰ Cfr. Cenderelli, *La negotiorum gestio* cit. 166. Sul punto si veda Mantovani, *Le formule del processo privato romano* cit. 55 nt. 151.

¹⁰¹ Non sembra lasciare spazio a dubbi l’opinione di Cenderelli, *Recensione a G. Finazzi* cit. 528 ed ancor più 535: per l’Autore il caso che impegna la *sapientia* di Servio consente persino la datazione dell’istituto, per quanto attiene all’Editto *de negotiis gestis*, e non, invece, all’introduzione dell’azione civile di buona fede, probabilmente già esistente, pur se riferita ad altro ambito di applicazione.

¹⁰² Si vedano le considerazioni di V. Giuffrè («*Regulae iuris*» e metodi della «*scientia iuris*», *Prospettive di approfondimenti*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto* 5, Lecce 2015, 11-26) sugli effetti e sul condizionamento della *regula iuris*, in particolare 18.

¹⁰³ Sul punto, Pacchioni, *Trattato della gestione degli affari altrui* cit. 16-18; Negri, *La gestione d'affari nel diritto romano* cit. 673; Cenderelli, *La negotiorum gestio* cit. 166; Miglietta, «*Servius respondit*» cit. 260 e nt. 196.

Non disponiamo altresì di elementi certi per sostenere con un buon margine di probabilità la tesi per cui l'*actio* relativa sia stata inserita nell'Editto a seguito del *responsum* di Servio; l'ipotesi resta confinata nell'ambito della 'possibilità', seppure connotata da ragionevolezza; tuttavia non possiamo neppure escludere che sia stato Paolo a fare del testo serviano un 'uso sapiente', forzando in parte la risposta del giurista tardo-repubblicano, effettivamente limitata, *expressis verbis*, ad un *aequum esse praetorem in eum reddere iudicium*¹⁰⁴.

Vero è che nel I secolo a.C. la gestione spontanea di affari altrui assume come fenomeno un rilievo notevole, tanto che si sarebbe presto rivelata necessaria una tutela specifica. Proprio in quest'ultimo secolo della Repubblica la giurisprudenza sembra aver recepito la pratica della gestione d'affari nel *ius civile*, attraverso l'elaborazione di una formula di buona fede, pur limitandosi ad una tutela generale, senza operare, momentaneamente, distinzioni tra pretese del *dominus* e pretese del *gestor*¹⁰⁵.

È difficile altresì stabilire quando fu emanato l'editto *de negotiis gestis*: sappiamo tuttavia che è precedente a Labeone, che lo conosceva bene e che pronunciò la sua opinione in riferimento ad esso. Labeone nasce, probabilmente, intorno al 45 a.C. e muore tra il 10 e il 22 d.C.¹⁰⁶; Ulpiano, nel suo commento all'Editto, cita più volte il pensiero labeoniano sull'*actio negotiorum gestorum*, in riferimento ad esempio all'*utilitas* della gestione¹⁰⁷ o alla responsabilità del gestore¹⁰⁸: possiamo dunque dedurre il *terminus ante quem* in cui fu verosimilmente promulgato l'editto *de negotiis gestis*, ma non quello *post quem*¹⁰⁹.

Dunque, in estrema sintesi: o Servio aveva già nota la disciplina dell'*actio negotiorum gestorum*, ma, in questo caso, il suo *responsum* è ugualmente fondamentale per disciplinare un'ipotesi così peculiare, nuova ed insolita, o, davvero, il *responsum* serviano costituisce un punto nodale per la successiva istituziona-

¹⁰⁴ Basti ricordare a questo proposito l'osservazione di Bretone (*Tecniche e ideologie dei giuristi romani* cit. 98) che, nell'epitome del giurista severiano, riconosce una certa libertà nell'opera di riassunto. Ma si vedano, ancor prima, le considerazioni di Ferrini, *Intorno ai Digesti di Alfeno Varo* cit. 173 e 175.

¹⁰⁵ Negri, *La gestione d'affari nel diritto romano* cit. 673.

¹⁰⁶ Si veda in proposito Cannata, *Per una storia della scienza giuridica europea* cit. 305.

¹⁰⁷ D. 3.5.9.1, Ulp. 10 *ad ed.*, cfr. *Pal.* 2, col. 458, Ulp., fr. 354: *is autem qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur, sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium.*

¹⁰⁸ D. 3.5.9. pr., Ulp. 10 *ad ed.*; cfr. *Pal.* 2, col. 458, Ulp., fr. 354: *sed an ultro mihi tribuitur actio sumptuum quos feci? Et puto competere, nisi specialiter id actum est, ut neuter adversus alterum habeat actionem.*

¹⁰⁹ Si vedano già le considerazioni di V. Arangio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma, anno acc. 1948-1949*, Napoli 1949, 33, 35-36 e 40.

lizzazione del rimedio attraverso l'*Edictum de negotiis gestis*¹¹⁰. Anche in base ai ragionamenti di Nicosia¹¹¹, Negri¹¹², Cenderelli¹¹³ e Finazzi¹¹⁴, sembra ragionevole ritenere che un giurista come Servio, qualora l'ordinamento lo avesse (già) previsto, avrebbe di certo suggerito il rimedio 'diretto' o, come detto, quantomeno un'estensione in via utile dello stesso. Evidentemente, nel caso in esame, la fattispecie è nuova, per lo meno insolita e porta il giurista repubblicano a proporre l'intervento pretorio a base equitativa. La soluzione contribuisce così a segnare la storia ed il percorso evolutivo della tutela della gestione di affari altrui, la cui formula è documentata nel decimo libro del commentario all'Editto di Ulpiano: *ait praetor: si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: iudicium eo nomine dabo*¹¹⁵.

Gli indizi a disposizione, così come ricostruiti e valutati nella loro complessità, consentono così di ipotizzare che Servio risolvesse una questione prima mai prospettata, con un rimedio *ad hoc*, rispondendo al quesito sottopostogli da privati, oppure chiarendo le idee ad un pretore in dubbio sul come disciplinare il *novum*.

Luca Ingallina

Università di Milano-Bicocca

luca.ingallina@gmail.com

¹¹⁰ Cenderelli, *La negotiorum gestio* cit. 166.

¹¹¹ *Gestione di affari altrui* cit. 633 nt. 25.

¹¹² *La gestione d'affari nel diritto romano* cit. 664-666.

¹¹³ *La negotiorum gestio* cit. 165-166.

¹¹⁴ *Ricerche in tema di negotiorum gestio* 1 cit. 168-169.

¹¹⁵ D. 3.5.3, Ulp. 10 *ad ed.*; cfr. *Pal.* 2, col. 455, Ulp. fr. 347; sulla clausola editale Arancio-Ruiz, *Il mandato in diritto romano* cit. 40 nt. 1; sulla ricostruzione dell'originario testo editale e sulla relativa bibliografia si veda Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* cit. 73-82, con le osservazioni di Cenderelli, *Recensione a G. Finazzi* cit. 530-531, il quale poi formula considerazioni sulla possibile datazione, 534; sull'analisi della *laudatio* ulpiana Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* cit. 25-32; sulla sistematica della clausola *de negotiis gestis* nell'ambito dell'editto, *Ibidem*, 32-35; sulla *iunctura* 'negotia gerere', *Ibidem*, 36-41. Ha osservato Guarino (*Diritto privato romano* 2 cit. 962 e nt. 85.2) che il testo originario della formula era probabilmente riferito al caso di gestione di affari processuali di persona assente da Roma da parte del *procurator*; è tuttavia improbabile che essa abbia continuato a riferirsi al mero caso del *dominus litis absens* per tutto il corso dell'età classica.

