

Gianluca Zarro, *Aspetti dell'autonomia negoziale dei romani, dalla fides ai nova negotia*, Iurisprudentia. Ricerche, 13, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, pp. XVIII-290. ISBN 9788863427165.

Il volume affronta spinosi problemi di esegesi e ricostruzione della vasta esperienza negoziale dei privati in Roma antica. Gianluca Zarro, in un'indagine che si snoda sul filo di sette capitoli, analizza il complesso tema dell'autonomia negoziale secondo un'ottica (vicina a quella romana) che potremmo definire di *Aktionenrechtliches Denken*.

Il primo capitolo (pp. 4-67) tratta dell'abbandono del modello processuale delle *legis actiones* a favore di quello formulare di più facile esperimento. Lo stesso celebre frammento di Gaio (Gai 4.30) per cui "... *istae legis actiones paulatim in odium venerunt*" rende l'idea della macchinosità del processo sacramentale, da cui la spinta molto forte dei privati verso un procedimento più accessibile. Accanto alle esigenze della prassi si pone in maniera determinante il ruolo della *fides* come regola d'inferenza dell'agire dei privati da cui scaturisce, tra le altre, la clausola "*ex fide bona*", che caratterizza la soluzione delle controversie nelle decisioni arbitrali. È proprio sulle differenze e identità tra *arbitrium* e *iudicium*, ma soprattutto tra le definizioni di *arbitrator* e *iudex* che l'Autore propone una narrazione contrappuntista del recepimento degli *arbitria ex fide bona* nel *de condendo* processo formulare del pretore. Dagli *arbitria*, seppur *paulatim*, si passerà ai *bona fidei iudicia* compiutamente in età classica: in essi l'*arbitrator* cede il passo ad un vero *iudex* in grado di poter sia condannare che assolvere grazie alla clausola "*si non parerit, absolvito*" di cui ancora nell'età di Cicerone (*de off.* 3.17.70, frammento che dà il nome al capitolo) non si rinviene traccia. Secondo Zarro in ciò si esplicherebbe la tensione fra spinta dei privati, nella loro autonomia negoziale, e attività pretoria di sistemazione delle *formulae in factum conceptae*.

Il secondo capitolo (pp. 68-114) è dedicato alla definizione di *contractus/um* ad opera di Marco Antistio Labeone. Di primaria rilevanza la personalità del giurista sannita, che propose una lettura nuova del termine *contractus* facendo riferimento alle ipotesi non riconosciute come tali, ma che si fondano comunque sull'equilibrio fra prestazioni in una *ultra citroque obligatio* (D. 50.16.19). In questa prospettiva la categoria labeoniana del *contractus* non intenderebbe comunque andare oltre l'essenza sinallagmatica dei tipi riconosciuti, quali l'*emptio venditio* o la *locatio conductio*. Zarro opportunamente rileva la difficoltà di distinguere fra pensiero labeoniano e interpretazione ulpiana. Ad esempio poco convincente risulta essere l'opinione per cui, nelle controversie sui *nova negotia*, già Labeone avrebbe proposto un'*actio praescriptis verbis*: tale opzione appare più convincentemente riconducibile ad Ulpiano. L'a. sensatamente rileva che non è sulla percentuale di innovatività o progressismo che si possa valutare il contributo di un giurista della portata di Labeone, al quale si deve il merito di aver posto, in ogni caso, solide basi al dibattito della successiva dottrina sui *nova negotia*.

Nel terzo capitolo (pp. 114-145) viene approfondito ulteriormente il tema dell'*agere praescriptis verbis*. In esso si indaga la prospettiva di Celso figlio che, come noto, operò oltre un secolo dopo Labeone. L'a. prende le mosse da una disamina di D. 12.4.6, D.

13.6.13.2 e D. 19.5.2, nonché di D. 2.14.7 pr., per esporre le tesi concernenti le opinioni di Celso (e la divergente posizione di Aristone) in materia di *synallagma*, espresse nel tempo da Cerami, Gallo e Burdese. L'approccio timido e cauto nei confronti dell'esperibilità dell'*actio praescriptis verbis* sarebbe comune ai due giuristi: se esso si giustifica facilmente in capo alla figura conservatrice di Labeone, la posizione di Celso si può spiegare solo se rapportata al problema di qualificazione della fattispecie atipica in relazione ai tipi già riconosciuti, per cui la *praescriptio* sarebbe utilizzabile nei soli casi di incertezza sulla qualificazione e non in alternativa alla *condictio*, che opera esclusivamente in virtù di un interesse dell'attore alla restituzione della cosa (o della prestazione).

Il quarto capitolo (pp. 147-193) tratta di contratti innominati. In esso l'Autore cerca di sintetizzare la dibattuta sistemazione dei contratti innominati messa in atto dal giurista severiano, che abbandona le troppo timide tesi dottrinali dei sabiniani (ma anche dei proculiani per bocca di Labeone) sulla definizione di *conventiones*, di cui Ulpiano, e non Pedio, realizza un *verbum generale*. Zarro rinviene il fulcro del ragionamento ulpiano nel concetto di *causa*, ripreso da Aristone, come qualificazione oggettiva del rapporto bilaterale, per cui pur in assenza di un *nomen negotii* è sufficiente che nella *conventio* traspaia una qualificazione oggettiva, una *causa*. La lunga vicenda dell'inglobamento nei ranghi del *ius civile* dei contratti basati su un *do ut des* o un *do ut facias* tradisce la difficoltà dei giureconsulti nel dare adeguata risposta alle esigenze dei privati e nel contempo nel realizzare una progressiva sistemazione della materia.

Il quinto capitolo (pp. 195-217) analizza la vicenda interpretativa del frammento gaiano D. 2.14.48¹ in merito alla capacità di pattuizione di effetti aggiuntivi negli atti traslativi. La scelta dei compilatori per la collocazione del passo nel titolo *de pactis* del Digesto fa intendere che essi abbiano selezionato il frammento proprio per il riferimento al *pacere* cui la legge decemvirale riconosce il potere di autoregolamentazione da parte dei privati (quelli componenti un *collegium*)². Il lungo e acceso dibattito sulla genuinità del riferimento gaiano alla legge decemvirale prima, e sull'eventuale presenza di manipolazioni tardoantiche del frammento poi, conducono ad un'aporia interpretativa per cui anche Zarro, correttamente, conclude con un *non liquet*. È verosimile, tuttavia, (soluzione per cui propende anche l'a.) un'intenzione dei compilatori di effettuare un diretto richiamo al *pacere* contemplato in XII Tab. 8.27. Meno incertezze dimostra Zarro nel ricomporre il secondo problema: se la dicitura *in traditionibus* del frammento in esame sia da riferire alla *mancipatio* o alla *traditio*. Ponendo attenzione al "*rerum*" si potrebbe pensare, come è stato sostenuto dal Gallo, ad una implicita esclusione del *pacere* nel trasferimento di *personae*. Ciò porta a credere che D. 2.14.48 possa avere riferimento all'istituto della *mancipatio*. Tuttavia, la solennità dei *certa verba* legati alle *nuncupationes* non consente facilmente margini di integrazione degli effetti, mediante un *pacere*, nelle traslazioni mancipatorie. Diversamente il formalismo gestuale della *traditio*, che si ma-

¹ D. 2.14.48 (Gai. 3 *ad leg. XII Tab.*): *In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est.*

² L'a. riporta D. 47.22.4: *Sodales sunt, qui eiusdem collegii sunt: quam Graeci ethaireian vocant. His autem potestatem facit lex pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant*, che, riprendendo la legge solonica, fa riferimento all'attività di *pacere* nelle *sodalitates*.

nifesta tramite la consegna, lascia spazio all'ipotesi che i privati potessero ampliare la portata degli effetti per mezzo del *pacere*. L'a. intende avvalorare tale conclusione anche alla luce della tesi secondo cui la *traditio* in età arcaica fosse un negozio causalmente astratto, per cui il legame con l'elemento soggettivo sarebbe dato dalla possibilità per i privati di ricomprendere l'intento negoziale solo per mezzo di dichiarazioni vincolanti a margine: il *pacere*.

Il sesto capitolo (pp. 219-243) è dedicato dall'a. all'analisi di due frammenti delle Istituzioni di Gaio concernenti la struttura formulare dell'*actio incerti ex stipulatu* e di quelle nei confronti dello *sponsor* o del *fidepromissor*. In particolare ci si interroga sulle ragioni della diversa posizione della *praescriptio* nella formula: *loco demonstrationis* nell'azione verso il debitore (*promissor*) di un *incertum* in Gai 4.136, prima dell'*intentio* invece in Gai 4.137, per l'azione contro i garanti. La questione essenziale risiede nella natura di *iudicium stricti iuris* per le azioni in esame, che esclude la presenza di *demonstratio*. In prima battuta la funzione della *praescriptio* sembra riferirsi a una limitazione soggettiva dell'azione, per cui l'obiettivo sarebbe stato evitare l'effetto consuntivo della *litis contestatio* e salvare la successiva azione nei confronti del garante nel primo caso e del debitore principale nel secondo. Tuttavia, l'a. rileva come la prospettiva di Gaio tralasci la distinzione tra il lato attivo e passivo dell'obbligazione plurisoggettiva, mentre considera la natura principale o accessoria dell'obbligazione. Inoltre, il confronto con il §131 afferente al capitolo *de praescriptione* lascia intendere che la *praescriptio* nel §137 avesse la funzione di limitazione del *petitum* ai crediti già scaduti (*cuius rei dies fuit*), piuttosto che di limitazione soggettiva. Ciò in virtù del fatto, che l'azione contro i garanti, trattando l'*eadem res* dell'obbligazione principale, avrebbe escluso, nonostante la *praescriptio*, l'azione contro il *promissor*. La stessa conclusione sembra doversi proporre per il §136, che l'a. licenzia come un'anomalia in virtù dell'inidoneità della *praescriptio inserta loco demonstrationis* a salvare la futura azione contro i garanti, invece, utile soltanto a rinviare l'azione per i crediti non scaduti.

Nel settimo capitolo (pp. 245-288) Zarro conclude il suo lavoro con un approfondimento sulla struttura delle obbligazioni plurisoggettive già anticipato in modo trasversale nel capitolo precedente. In particolare si pone attenzione all'istituto della *mutua fideiussio*, menzionata in D. 45.2.11 pr. (Pap. 11 *resp.*), che avrebbe avuto la funzione di superare l'effetto consuntivo della *litis contestatio* nei casi di *minoris petitio*. L'azione sarebbe dovuta essere divisa, quindi, tra i *mutui fideiussores*. Fonte principale della *mutua fideiussio* (rectius *alleleggie*) è la Novella 99 di Giustiniano. Mentre rimane incerta la relazione della Novella con il passo di Papiniano, resta da provare il più rilevante aspetto che mette a confronto la disciplina dell'*alleleggie* con il regime della solidarietà. Il fatto che i mutui fideiussori rispondessero per i debitori assenti o insolventi induce a pensare al regime della parziarietà: il creditore, inoltre, avrebbe la facoltà di dividere l'azione convenendo *pro parte* ciascuno dei debitori. Questi ed altri argomenti intendono descrivere l'istituto d'origine orientale in esame come un superamento o semplificazione del regime della solidarietà. La novella tardoantica testimonia la volontà di sistemazione di una prassi che, già due secoli prima di Papiniano e più di quattro prima di Giustiniano, era applicata anche nel territorio italico, come dimostra la ricostruzione del Purpura di P.Vindob. G 19792 sul prestito marittimo del 149 d.C.

La prospettiva processuale dell'autonomia negoziale proposta dall'autore muove dalla convinzione per cui sia soltanto l'azione a rendere sostanziale un diritto. Nell'*excursus* che va dal ruolo pratico della *fides* al riconoscimento dei *nova negotia* Gianluca Zarro racconta il grado di complessità maturato dall'autonomia negoziale dei romani. È, tuttavia, grazie all'opera sistematrice dei pretori e alle speculazioni di giuristi quali Labeone e Gaio, che tale complessità ci è stata consegnata quale esperienza giuridica tuttora imprescindibile anche nell'odierno dibattito dottrinale.

Fabrizio Morgagni
(Università del Salento)