

UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE – MILANO
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

RACCOLTE DI STUDI

4

**ANTOLOGIA
DEL DIGESTO GIUSTINIANO
SCRITTI IN RICORDO DI GIOVANNI NEGRI**

A CURA DI
LAURETTA MAGANZANI

ESTRATTO



UNIVERSITÀ
CATTOLICA
del Sacro Cuore

JOVENE EDITORE 2023

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2023

ISBN 978-88-243-2796-1

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

INDICE

<i>Premessa</i>	p. XIII
LAURETTA MAGANZANI	
Ricordo di un Maestro	» 1
ERNESTO BIANCHI	
Stendhal, Verdi, Alfeno Varo e Giovanni Negri. Il poeta e il giurista	» 21
LUCIO DE GIOVANNI	
Liberi e servi in un testo del giurista Marciano	» 33
LORENZO FRANCHINI	
La vicenda dei viaggiatori rapiti in Lusitania: nuova proposta di lettura di D. 3.5.20(21)pr.	» 43
GIOVANNI LUCHETTI	
Servio, il famoso <i>casus</i> dei Lusitani e la sua contestualizzazione nel commentario edittale di Paolo	» 61
ANTONIO PALMA	
Conflitto tra giudicati e tutela del convenuto: un caso di doppia rivendicazione nei <i>digesta</i> di Alfeno Varo	» 73
MARCO GARDINI	
La logica dell'accollo di rischio alla luce di D. 9.1.5 Alf. 2 <i>dig.</i>	» 85
FRANCESCO MUSUMECI	
<i>Lex Aquilia ex capite tertio</i> e lesione fisica del <i>liber homo bona fide serviens</i>	» 105
CARLO BEDUSCHI	
Percorsi giudiziari in D. 9.2.52.1	» 137

FABIO BOTTA

- '*Casu magis quam culpa*', '*casu magis quam voluntate*': sul criterio di imputazione della responsabilità in D. 9.2.52.4 Alf. 2 *dig.* e in D. 48.8.1.3 Marcian. 14 *inst.* p. 173

DARIO MANTOVANI

- Alfeno e la serietà dell'ironia. Un responso sulla legittimazione ad agire nell'*actio ad exhibendum* (D. 10.4.19) » 189

ALESSANDRO CORBINO

- D. 11.3.16 Alf. 2 *dig.* » 221

ALDO PETRUCCI

- Il *servus peculiatu*s coltivatore e la sua insolvenza nel pagamento dei buoi sostitutivi. Note in margine a Alf. 2 *dig.* D. 15.3.16 » 259

FAUSTO GORIA

- D. 17.2.71 pr. Paul. 3 *epitomarum Alfeni dig.*: uno studio esegetico » 271

LETIZIA VACCA

- Alfeno Varo e il '*periculum venditoris*' » 309

MASSIMO MIGLIETTA

- A proposito di una '*lex locationis*' nei '*digesta*' di Alfeno » 319

FEDERICO PROCCHI

- La demolizione 'necessaria' del casamento locato e la conseguente *deductio ex mercede* nel pensiero di Servio-Alfeno » 355

GIANFRANCO PURPURA

- Sulla documentazione del trasporto marittimo romano alla rinfusa » 369

PAOLA OMBRETTA CUNEO

- Riflessioni in margine a D. 24.1.66.1 Scaev. 9 *dig.* » 399

RENZO LAMBERTINI

- D. 28.5.45(44): una soluzione giurisprudenziale *contra voluntatem testantis* » 413

FRANCESCA SCOTTI

- Il legato alla moglie di cose «*quae eius causa parata essent*»: un esempio dai *digesta* di Alfeno Varo » 425

LUIGI PELLECCHI	
Alf. 2 <i>dig. a Paul. epit.</i> D. 33.2.12	p. 465
PAOLA BIAVASCHI	
Il labirinto dell' <i>instrumentum</i> e la possibile autonomia di Alfeno in D. 33.7.16	» 481
VINCENZO MANNINO	
D. 35.1.27 Alf. 5 <i>dig.</i> : un caso di ' <i>interpretatio integrativa</i> ' dei <i>verba testamentari</i>	» 517
GLORIA VIARENGO	
Alfeno Varo, Servio e le cave di pietra cote a Creta	» 527
LAURETTA MAGANZANI	
Lo <i>ius alluvionis</i> negli <i>agri limitati</i> ed <i>arcifinii</i> in un frammento del giurista Fiorentino (D. 41.1.16 6 <i>inst.</i>)	» 547
SALVATORE PULIATTI	
D. 48.19.28pr.-16 e la trattazione dei <i>genera poenarum</i> nel <i>de</i> <i>cognitionibus</i> di Callistrato	» 561
NICOLA PALAZZOLO	
L'appello al principe dalle città dell'impero. Quattro costituzioni dei <i>divi Fratres</i> nell'opera di Papirio Giusto (D. 49.1.21pr.-3)	» 583
PAOLO GARBARINO	
Alfeno e la nozione di ' <i>urbs</i> '/' <i>Roma</i> '. Brevi note su D. 50.16.239.6 Pomp. <i>l. sing. enchir.</i> e D. 50.16.87 Marcell. 12 <i>dig.</i>	» 609
FRANCESCO ARCARIA	
D. 50.16.203: Alfeno Varo, l'Italia e la Sicilia. Spunti per una riflessione sul 'geodiritto' romano	» 625
ERNESTO BIANCHI	
<i>Significationes</i> e parole di uso corrente. Valenze giuridiche, fat- tispecie astratte e forme negoziali teorizzate: il <i>puer</i>	» 669
GIOVANNA COPPOLA BISAZZA	
C. 3.28.35 <i>Imp. Iustinianus A. Iobanni p.p.</i> , una costituzione <i>ad</i> <i>commodum propositi operis pertinens</i>	» 683
<i>Elenco degli autori</i>	» 703

LORENZO FRANCHINI

LA VICENDA DEI VIAGGIATORI RAPITI IN LUSITANIA:
NUOVA PROPOSTA DI LETTURA DI D. 3.5.20(21)pr.

SOMMARIO: 1. Trascrizione e presentazione del passo. Il regime della *negotiorum gestio* e il problema della sua enucleazione ed evoluzione. – 2. I fatti, la *quaestio* che ne nacque, la riflessione dei posteri. – 3. Il contesto storico e l'eventualità della *capitis deminutio* dei rapiti. – 4. La valenza come precedente: per il mandato? – 5. La valenza come precedente: per la *negotiorum gestio* propriamente detta? – 6. L'autentica portata innovativa: il rilievo riconosciuto alla buona fede nei rapporti gestori. Inquadramento nell'ambito del dibattito giurisprudenziale del tempo.

1. *Trascrizione e presentazione del passo. Il regime della negotiorum gestio e il problema della sua enucleazione ed evoluzione*

Il passo che intendiamo qui esaminare è D. 3.5.20(21)pr.:

Paulus libro nono ad edictum. Nam et Servius respondit, ut est relatum apud Alfenum libro trigensimo 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 nolisset et ob hanc causam illi pro tertio quoque pecuniam solvissent: Servius respondit aequum esse praetorem in eum reddere iudicium.

Paolo, libro nono all'Editto. Infatti anche Servio, come è riportato nel libro trentanovesimo del Digesti di Alfeno, rispose in questi termini: dal momento che in tre erano stati catturati dai Lusitani e uno soltanto di loro era stato liberato alla condizione che riportasse il denaro per riscattare tutti e tre, e all'ulteriore condizione che se non fosse tornato i due rimasti pagassero anche per lui, e dal momento che poi egli non era voluto tornare e perciò quelli avevano pagato anche per il terzo, Servio rispose che era equo che il pretore accordasse loro un'azione contro di lui.

Esso è, in forza della sua collocazione¹, tradizionalmente riferito all'istituto della *negotiorum gestio*. Nel suo studio privilegeremo un approccio di tipo esegetico-induttivo, giacché oltremodo difficoltoso risulterebbe partire da presupposti di carattere generale, concernenti la vicenda storica della tutela giurisdizionale dell'istituto, che possano dirsi sufficientemente condivisi².

Certo, non avremmo scelto di esaminarlo, in una sede come questa, se non fossimo in linea di massima convinti delle ragioni di chi,

¹ Nell'ambito del titolo 3.5 del Digesto, *'De negotiis gestis'*, nonché nel libro nono del commento paolino all'editto, da cui è tratto, e in cui, con ogni probabilità, il giurista severiano trattava dello stesso argomento. Ma per un approfondimento v. soprattutto *infra*, § 3 e nt. 23.

² La dottrina – semplificando molto, sul punto – è, come noto, fondamentalmente divisa tra coloro che sostengono l'antecedenza della *formula in factum concepta* rispetto a quella *in ius* e coloro che la pensano esattamente all'opposto: v. per esempio, tra i primi, oltre a Negri, citato alla nt. successiva, M. WILSSAK, *Zur Geschichte der 'negotiorum gestio'*, Jena, 1879, pp. 13 ss.; P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, pp. 179 e 200 ss.; A. BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino, 1950, p. 42; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Padova, 1962, p. 306; A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 206 e nt. 3; M. KASER, *Das römische Privatrecht*², I, München, 1971, pp. 586 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Oxford, 1996, p. 437; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*, I. Azione pretoria e azione civile, Napoli, 1999; ID., II.1, *Requisiti delle 'actiones negotiorum gestorum'*, Cassino, 2003; II.2, *Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino, 2006; ID., *Ancora in margine all'editto 'de negotiis gestis'*, in *BIDR*, 101-102 (1998-1999), pp. 755 ss.; J. PARICIO, *Genesi e natura dei 'bonae fidei iudicia'*, in *Atti del Convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. In memoria di A. Biscardi'*, Milano, 2001, p. 209, nt. 16; tra i secondi, H. KRELLER, *Das Edikt der 'negotiis gestis' in der Geschichte der Gheschäftsbesorgung*, in *Festschrift P. Koschaker*, Weimar, 1939, pp. 193 ss.; ID., *Das Edikt 'de negotiis gestis' in der klassischen Praxis*, in *ZSS*, 59 (1939), pp. 390 ss.; ID., s.v. *Negotiorum gestio*, in *RE Suppl.* VII, Stuttgart-Weimar, 1940, col. 552 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, pp. 38 ss.; G. NICOSIA, s.v. *Gestione d'affari altrui (storia)*, in *ED*, XVIII, Milano, 1969, pp. 628 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, p. 592 s.; A. CENDERELLI, *La 'negotiorum gestio'*, I, *Struttura, origini, azioni*, Torino, 1997; ID., *'Actio negotiorum gestorum directa' e 'contraria' nel linguaggio romano classico e giustiniano* (già in *Mélanges F. Sturm*, Liège, 1999), ora in *Scritti romanistici*, a cura di C. Buzzacchi, Milano, 2011, pp. 453 ss.; ID., *In tema di origini e sviluppo delle 'actiones negotiorum gestorum'* (già in *Studi G. Impallomeni*, Milano, 1999), ora in *Scritti romanistici*, cit., pp. 463 ss.; ID., *Recensione a G. FINAZZI, Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*, I, cit. (già in *Iura*, 50, 1999), ora in *Scritti romanistici*, cit., pp. 515 ss.

come Giovanni Negri³, sosteneva la priorità cronologica della tutela *in factum* rispetto a quella *in ius*.

Ciò, pur nell'impressione che, come già si è illustrato altrove⁴, la ricostruzione in termini precisi di quella stessa vicenda ponga problemi di portata quasi insormontabile. La *negotiorum gestio*, se era assistita in età classica tanto da un *iudicium bonae fidei* quanto da una formula *in factum concepta*⁵, certo non lo era stata nell'ultimo secolo della repubblica. Qualsiasi tentativo di fare chiarezza è reso arduo, a nostro avviso, dalla circostanza che alla duplicità di azioni si contrappone l'attestazione di *Cic.*, *Top.* 17.66⁶, dalla quale si evince che un giudizio di buona fede, da ritenersi a nostro avviso ancora pretorio⁷, esisteva già al tempo in cui furono scritti i *Topica* (l'operetta, assai

³ G. NEGRI, *La gestione d'affari nel diritto romano*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 661 ss.

⁴ V. L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'. Questioni di metodo e di merito*, Napoli, 2015, p. 127 s.

⁵ Per le quali formule v. già, qui, D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova, 1999, p. 155 s. e nt. 151.

⁶ *In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus 'ex fide bona' est additum, ubi vero etiam 'ut inter bonos bene agier', inprimisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est 'quod aequius melius', parati eis esse debent. Ille enim dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset eumve cui mandatum esset alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro, tradiderunt.* A commento di tale passo, generalmente inteso, v. ad esempio, per tutti, A. MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris, 1954, pp. 44, nt. 2, 89 s.; ID., *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris, 1958, in *Iura*, 10 (1959), pp. 90, 188; G. BROGGINI, 'Iudex arbiterve'. *Prolegomena zum 'Officium' des römischen Privatrichters*, Köln, 1957, p. 205; L. LOMBARDI, L'actio aestimatoria e i 'bonae fidei iudicia', in *BIDR*, 53 (1960), p. 152 e nt. 42; A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, Napoli, 1964, pp. 4, 9; ID., *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, in *SDHL*, 65 (1967), pp. 85, 95 s.; G. CRIFÒ, 'Ex iure ducere exempla'. *Gaio Trebazio Testa ed i 'Topica' ciceroniani*, in *Studi C. Esposito*, II, Padova, 1972, p. 1105; B. SCHMIDLIN, *Der verfahrensrechtliche Sinn des 'ex fide bona' im Formularprozess*, in 'De iustitia et iure'. *Festgabe U. von Lübtow*, a cura di M. Harder e G. Thielmann, Berlin, 1980, p. 366; M.V. SANSÓN RODRÍGUEZ, *La buena fe en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones desde la perspectiva del derecho privado romano*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti A. Burdese*, III, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, p. 300 s.; F. TAMBURI, *Il ruolo del giurista nelle testimonianze della letteratura romana. I. Cicerone*, Napoli, 2013, p. 300 s.

⁷ Giacché noi siamo tra quelli che postulano l'origine pretoria dei *iudicia bonae fidei*, destinati a essere recepiti solo in un secondo momento nel *ius civile*: v. ancora l'opera menzionata *supra*, alla nt. 4, con ampio richiamo di fonti e letteratura.

tarda, risale come noto al 44 a.C.)⁸, mentre lo stesso Arpinate non lo inserisce nell'elenco delle azioni di buona fede che, stando al *De officiis*, avrebbero riscosso l'interesse di Q. Mucio Scevola⁹. Ulteriori complicazioni derivano dalla dialettica tra azioni dirette e contrarie, qui riferibili a entrambe le formule, che non si sa come possa essersi delineata nel tempo, per non dire della dialettica tra le azioni date in caso di fattispecie di gestione c.d. autorizzata (probabilmente le più antiche)¹⁰ e quelle di gestione c.d. spontanea o dell'assente.

2. *I fatti, la quaestio che ne nacque, la riflessione dei posteri*

La vicenda di cui il nostro passo tratta è ben nota.

Tre malcapitati viaggiatori, cittadini romani, vengono fatti prigionieri dai Lusitani. Con i loro catturatori raggiungono un accordo (*condicio*, da intendersi ovviamente non nel suo significato tecnico)¹¹ nel senso che uno solo di essi venisse liberato, affinché procurasse il denaro per il riscatto anche degli altri due, e che, se invece non fosse tornato, dovessero allora quest'ultimi pagare anche per lui. Essendosi ve-

⁸ Sul punto, v. ad esempio, per tutti, H. BORNECQUE, *Introduction*, in Cicéron, *Topiques*, Les Belles Lettres, Paris, 2012, p. 61; G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., pp. 172 ss.

⁹ Cfr. Cic., *De off.* 3.17.70: *Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur 'ex fide bona', fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*

¹⁰ Circostanza, questa, di cui noi, come per esempio M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 610, siamo essenzialmente convinti, col sostegno di una dottrina largamente concorde sul punto (benché discorde su altri: per tutti, v. ad esempio G. NICOSIA, s.v. *Gestione*, cit., pp. 636 e nt. 42, 637, 640 s.; G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., *passim*, ma specialmente pp. 82 ss., 89 ss., 176 ss., 419 ss.; ID., *Ricerche*, II.1, cit., p. 513, nt. 48; L. INGALLINA, *Osservazioni su D. 3.5.20, Paul. 9 'ad ed.': un famoso caso di rapimento*, in *QLSD*, 7 (2017), pp. 240, 246, con particolare riguardo alla gestione processuale). V. anche *infra*, § 5 e nt. 40.

¹¹ Quindi, né come elemento accidentale del negozio giuridico, né come clausola contrattuale. Così, giustamente, A. CENDERELLI, *La 'negotiorum gestio'*, cit., p. 164, che parla anzi di condizione di resa, di comando dei rapitori cui sottostare; cfr. per esempio A. GUARINO, *Servio e i prigionieri dei Lusitani* (già in *Labeo*, 15, 1969) e ora in *Pagine di diritto romano*, V, Napoli, 1994, p. 424; G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., p. 85; TH. MAYER-MALY, *Juristische Reflexionen uber 'ius' I*, in *ZSS*, 117 (2000), p. 16 e nt. 74; L. INGALLINA, *Osservazioni*, cit., p. 237.

rificata questa seconda eventualità, i due, tornati in patria, cercano di tutelarsi contro chi aveva intenzionalmente (*noluisse*)¹² tradito la loro fiducia e a tal fine Servio Sulpicio Rufo, richiesto di un consiglio, suggerisce che il pretore conceda un'azione per il caso concreto.

Bisogna anzitutto dire che il caso, così particolare, e ben circostanziato¹³, non pare essere di scuola, come pur qualcuno ha ipotizzato in dottrina¹⁴: della sua reale risalenza nel tempo avremo più precisamente modo di dire tra breve.

Autentica ci sembra anche la paternità serviana del responso, visto che il nome del più grande giurista di quel periodo si fa, nel frammento, per ben due volte¹⁵, e che esso venne inserito tra quelli che l'allievo Alfeno raccoglieva e commentava.

Epperò il problema, ai fini di una sua corretta interpretazione, è, oltre che giuridico – concernente cioè l'individuazione del rimedio che

¹² Se ne evince che il mancato ritorno non dipese da cause di forza maggiore, come pur si è talora supposto, da parte di qualche studioso (v. per esempio M. MIGLIETTA, *'Servius respondit'. Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana, Prolegomena I*, Trento, 2010, p. 260, nt. 195): si tratta di una riflessione assai importante, ai nostri fini.

¹³ Non sarebbe comune, per la formulazione di un caso astratto, pensare a tre romani intenti a viaggiare proprio in un luogo remoto come la Lusitania. Già questa sola circostanza ci conferma in qualche modo nella convinzione che si stava attingendo a particolari della vita reale delle persone, qui segnata da un'autentica disavventura.

¹⁴ Ci riferiamo a C. FERRINI, *Ricerche critiche ed esegetiche. Intorno ai Digesti di Alfeno Varo*, in *BIDR*, 4 (1891), p. 4, ripreso forse in considerazione, ci pare, soltanto da M. MIGLIETTA, *Servius*, cit., p. 260, nt. 195. Muovono espressamente contestazioni a questa ipotesi, fra gli altri, per esempio A. D'ORS, *Un episodio juridico de la guerra sertoriana*, in *AHDE*, 48 (1978), p. 269, e di recente L. INGALLINA, *Osservazioni*, cit., pp. 221, 225 s., 236.

¹⁵ Lo fa giustamente rilevare M. MIGLIETTA, *Servius*, cit., pp. 259 ss.; ma difendono fermamente la risalenza a Servio del responso, da altri data per scontata, anche per esempio A. BECHMANN, *Das 'ius postliminii' und die 'Lex Cornelia'*, Erlangen, 1872, pp. 71 ss.; C. FERRINI, *Ricerche*, cit., p. 7 s.; H.H. SEILER, *Der Tatbestand der 'negotiorum gestio' im römischen Recht*, Köln-Graz, 1968, pp. 80 ss.; K.H. ZIEGLER, *Lösegeld-Probleme im römischen Privatrecht*, in *Iuris Professio. Festgabe M. Kaser*, Wien-Köln-Graz, 1986, p. 383 s. V. anche L. INGALLINA, *Osservazioni*, cit., pp. 221 ss., 248, per il quale, invece, non si può in assoluto escludere che Alfeno, incline talora a rendersi scientificamente autonomo dal Maestro, o lo stesso Paolo, non sempre epitomatore fedele, abbiano apportato alterazioni al parere serviano (dubbi, questi, che nell'ottica dell'a. appaiono, comunque, più che altro il portato di questioni di carattere generale, qui non suscettibili di ampia trattazione, e non di preoccupazioni specifiche, visto che I. studia poi la vicenda, anche da questo punto di vista, nel presupposto della sua storicità).

Servio indicò di adottare –, anche logico¹⁶, perché da questo punto di vista c'è un anello che, per così dire, palesemente nella catena non tiene: ossia com'è possibile che i due rimasti in Lusitania abbiano potuto fin dall'inizio prevedere di pagare una somma la cui completa indisponibilità era al momento scontata, visto che al terzo era stato assegnato il compito di andarla a cercare altrove.

Insomma, l'impressione che il racconto sia in qualche modo rimaneggiato è probabilmente giustificata, ma da qui a dare per certa l'esistenza di una interpolazione giustiniana¹⁷ ce ne passa: più plausibile, a nostro avviso, che qualcosa dal valore meramente narrativo, più che normativo, si sia perso nella trasmissione di tale testimonianza da un'opera all'altra¹⁸.

Ora, come si diceva, siamo certi che al *responsum* di Servio venne riconosciuto rilievo, al più tardi all'epoca di Paolo, in materia di *negotiorum gestio*¹⁹. Il fatto che dopo lungo tempo non fosse stato dimentico

¹⁶ V. ancora M. MIGLIETTA, *Servius*, cit., p. 259 s., nt. 195, con argomentazioni approfondite; cfr. per esempio L. INGALLINA, *Osservazioni*, cit., p. 236.

¹⁷ Come per esempio fa, in tempi ancora relativamente recenti, A. GUARINO, *Servio*, cit., p. 424.

¹⁸ Ossia, evidentemente, dai *Digesta* di Alfeno alle epitomi, al commento all'editto di Paolo (che comunque, in quanto autore di una delle dette epitomi, era ovviamente in grado di leggere l'opera in originale: cfr. per esempio C. FERRINI, *Ricerche*, cit., p. 7; M. MIGLIETTA, *Servius*, cit., p. 261). I *prudentes* potrebbero avere a un certo punto ommesso alcuni particolari dell'episodio perché non funzionali alla definizione della *quaestio* posta a Sulpicio Rufo.

¹⁹ Come si diceva *supra*, § 1 e nt. 1, lo si evince dalla collocazione del passo tanto nei *Digesta* giustiniani, quanto, pressoché certamente, nell'opera paolina (cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, col. 981), ossia sotto il titolo '*De negotiis gestis*'; mentre così ancora non era nella parte (libro trentanovesimo) dei *Digesta* di Alfeno da cui è tratto il frammento (cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, cit., II, col. 37). A commento, v. per esempio C. FERRINI, *Ricerche*, cit., pp. 2, 7; A. D'ORS, *Un episodio*, cit., pp. 269, 275; G. NEGRI, *La gestione*, cit., p. 673, il quale osserva che non ci è dato sapere quale fosse il contenuto originario del libro XXXIX dei *Digesti* di Alfeno; A. CENDERELLI, *La 'negotiorum gestio'*, cit., pp. 143, 166, per cui Alfeno riportava il responso in questione verso la fine della sua opera perché esso, probabilmente, non era riconducibile sotto alcun editto; G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., p. 84, secondo il quale Alfeno forse, al pari di altri giuristi, nell'ultima parte dei suoi *Digesta* commentava singoli provvedimenti, dei quali la *lex Cornelia de captivis* potrebbe attagliarsi al caso nostro (cfr. *infra*, § 3 e nt. 21); M. MIGLIETTA, *Servius*, cit., pp. 258, 261; L. INGALLINA, *Osservazioni*, cit., pp. 221, 238 s., 247, per cui Alfeno, che nella sua opera seguiva l'ordine edittole, tratta del caso in esame solo alla fine, in via residuale, e senza riferimento alcuno alla disciplina di un istituto in particolare.

cato non può che significare, secondo noi, che esso aveva davvero inciso, e assai innovativamente, sulla disciplina che, forse proprio in rapporto a quell'istituto, si stava elaborando nel corso di un secolo tanto creativo della giurisprudenza romana, come il I a.C.

Ma quale fosse il tenore del responso, in che cosa insomma consistesse quel *iudicium* che il pretore, con provvedimento di natura indubbiamente decretale, avrebbe dovuto *reddere*²⁰, questo non è specificato, e su questo dobbiamo provare anche noi a interrogarci.

3. *Il contesto storico e l'eventualità della capitis deminutio dei rapiti*

Possiamo verosimilmente ritenere che, in questo frangente, nessun obbligo, rimasto inadempito, gravasse alla fine sul *missus*: ciò, né sul piano del diritto sostanziale (civile), né sul piano del diritto onorario, che promanasse dall'editto.

A parere di diversi autori²¹ su questo aspetto avrebbe inciso la condizione di prigionia nella quale i tre viaggiatori si sarebbero venuti a trovare, giacché la *captio* da parte dei Lusitani ne avrebbe comportato la *capitis deminutio* e dunque l'inidoneità a dar vita a qualsiasi rapporto valido per il diritto privato.

²⁰ Non ci sembra infatti contestabile che con la locuzione *reddere iudicium* – diversamente che con *actio competere* o *actione teneri* – si solesse alludere alla concessione di un'azione in sé decretale. Si tratta di un'opinione pressoché unanimemente condivisa; ma v. in particolare, qui, per esempio G. PACCHIONI, *Della gestione di affari altrui secondo il diritto romano civile e commerciale*, Padova, 1935, p. 16 e nt. 1; G. NEGRI, *La gestione*, cit., p. 673, il quale peraltro giustamente nota che il '*dare iudicium*' nulla implica circa il contenuto della formula accordata; G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., p. 83 e nt. 185; M. MIGLIETTA, *Servius*, cit., pp. 260, 262, che rammenta come il sintagma *reddere iudicium* rientrasse nel lessico di Servio e dunque di Alfeno (cfr. per esempio D. 44.7.20), essendo anzi rintracciabile, a prescindere da Paolo, nella epitome anonima (allo stesso M., p. 262, nt. 203, d'altronde rinviamo per una rassegna di fonti tratte dall'opera di altri giuristi romani); L. INGALLINA, *Osservazioni*, cit., pp. 240 s., 245, 247, 249.

²¹ V. per esempio C. FERRINI, *Appunti sulla dottrina romana della 'negotiorum gestio'*, in *BIDR*, 7 (1894), pp. 86 ss.; G. BESELER, *Miszellen*, in *ZSS*, 64 (1926), p. 271; H.H. SEILER, *Der Tatbestand*, cit., pp. 81 ss.; A. GUARINO, *Servio*, cit., p. 424; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *'Contractus' e 'pactum'. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana (Atti Copanello 1988)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1990, p. 79 e nt. 170; G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., pp. 83 e nt. 186, 84 ss.

Ora, tutto ovviamente dipende da come si voglia interpretare il termine *'Lusitani'*, se come popolo formalmente in guerra con Roma ovvero come singoli predoni appartenenti a quell'etnìa²². Solo nel primo caso si sarebbero prodotti i noti effetti della *captivitas* ed eventualmente, poi, del *postliminium*.

A favore della prima soluzione sembra deporre la collocazione del brano, preceduto da altri in cui effettivamente di prigionia in senso tecnico si tratta²³. A favore della seconda depongono considerazioni di ordine storico generale, perché ormai la Lusitania, sebbene non costituita come tale ancora in provincia autonoma²⁴, faceva parte della Spagna Ulteriore, e vi si era in quel tempo acceso non un *bellum hostium*,

²² Di quest'ultimo avviso per esempio G. PACCHIONI, *Contributo critico alla dottrina delle azioni 'negotiorum gestorum'*, in *BIDR*, 9 (1896), pp. 55 ss.; A. D'ORS, *Un episodio*, cit., pp. 270 ss.; A. CENDERELLI, *La 'negotiorum gestio'*, cit., pp. 161, 165 ss.; J.C. PRADO RODRÍGUEZ, *La 'solutio' del tercero 'ignorante vel invito debitore' y sus vías de regreso contra el deudor*, in *Iura*, 59 (2011), p. 253 s.

²³ V. D. 3.5.17(18), tratto dalla medesima opera di Paolo; 18(19).5, tratto dall'*ad Neratium* di Paolo; 19(20), tratto dall'*ad edictum* di Ulpiano, tutti concernenti casi di amministrazione di affari del *captivus*. V. ancora, in particolare, G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., pp. 84 ss., che rafforza questa tesi con argomenti palinogenetici, per alcuni dei quali v. *supra*, alla nt. 19, mentre altri edificano sulla congettura che, nella sistematica del libro nono del commento paolino all'editto, il nostro passo fosse immediatamente successivo al citato D. 3.5.17(18) (cfr. O. LENEL, *Palinogenesia*, I, cit., col. 981).

²⁴ Lo sarà, come noto, solo in epoca augustea. Sulla Lusitania romana, sulle vicende della sua conquista e sull'amministrazione del territorio, v. ad esempio, qui, per tutti A. SCHULTEN, s.v. *Lusitania*, in *RE*, XIII, Stuttgart-Weimar, 1927, col. 1867 ss.; F.H. STANLEY, *Roman Lusitania. Aspects of Provincial Romanization*, Ann Arbor, 1984, specialmente pp. 35 ss.; J.S. RICHARDSON, *'Hispaniae'. Spain and the Development of Roman Imperialism 212-82 B.C.*, Cambridge, 1986, specialmente pp. 3, 156 ss.; B. SCARDIGLI, *Trent'anni di studi sertoriani*, in *'Hispania terris omnibus felicio'*. *Premesse ed esiti di un processo di integrazione (Atti del convegno internazionale, Cividale del Friuli)*, a cura di G. Urso, Pisa, 2002, pp. 143 ss.; M. SALINAS DE FRÍAS, *Guerra, trasbhumancias y ocupación del territorio del Suroeste peninsular durante la República romana*, pp. 38 ss., e V. CLÉMENT, *Le territoire du Sud-Ouest de la péninsule Ibérique à l'époque romaine*, pp. 109 ss., entrambi in *Économie et territoire en Lusitanie romaine*, Madrid, 1999; *Lusitânia romana. Entre o mito e a realidade*, Cascais, 2009; L. INGALLINA, *Osservazioni*, cit., specialmente pp. 230 ss., con ampi richiami bibliografici, a corredo di un contributo che si fa apprezzare soprattutto per la ricchezza della ricostruzione storica (mentre ancora un po' ostica risulta invero, per l'a., la complessa materia della *negotiorum gestio*, tanto che non mancano nel saggio argomenti e conclusioni contraddittori, ivi compresi, a nostro avviso, quelli afferenti alla perdita o meno, da parte dei *tres rapti*, della capacità negoziale: v. pp. 227 ss., 235, 237, 244).

ma una specie di guerra civile, scatenata dalla ribellione di Sertorio, della quale episodi di razzie, latrocinii e rapimenti si presentano come una sorta di appendice²⁵.

Ad accogliere questa seconda soluzione sono personalmente incline, ma senza alcuna volontà di approfondimento, giacché a mio giudizio non è che la perdita della capacità giuridica potesse fare qui la differenza. Questo, principalmente, in base agli argomenti che addurremo, ma anche perché in ogni caso, lo si ricordi²⁶, il meccanismo del *postliminium* poteva semmai determinare la reviviscenza dei rapporti pregressi alla prigionia, non di quelli del tutto virtualmente instauratisi durante.

Non è ad ogni modo sbagliato chiedersi di che natura essi nella fattispecie fossero, o sarebbero teoricamente stati in una situazione più normale di questa.

4. *La valenza come precedente: per il mandato?*

Da un attento esame della nostra fonte emerge che la *condicio* cui si fa riferimento dette luogo a un duplice intervento, per così dire, “gestorio”: quello del terzo, incaricato di reperire la *pecunia*, e quello degli altri due, incaricati, non certo dal loro compagno di sventure, di provvedere alla fine a una *solutio* ritenuta valida anche per lui.

È stato sostenuto²⁷ che specie nell’incarico assunto dal terzo sia

²⁵ Presupposto è che i Lusitani fossero stati già sconfitti e che pertanto il sequestro dei tre romani fosse un comportamento di fatto banditesco, anziché consentito dal diritto di guerra (questa specifica alternativa è ben illustrata, ad esempio, da M. MIGLIETTA, *Servius*, cit., p. 260, nt. 195, e da S. BARBATI, *La ‘redemptio ab hostibus’ e lo ‘status’ del ‘redemptus’*, in *Atti dell’Accademia Romanistica Costantiniana*, XXI, Napoli, 2016, p. 153 s. e ntt. 42-44, che in particolare si colloca nella prospettiva dell’esistenza o meno di un “diritto di cattura”). D’altronde, secondo quanto ci attestano le fonti (v. per esempio App., *Hisp.* 59.247 ss.; 68.288 ss.; 71.301 ss.; 72.327 ss.; 100.433 ss.), quel paese era effettivamente pieno di ladri, ricattatori e pirati, i quali, al contrario degli *hostes* veri e propri, non potevano ridurre in schiavitù nessuno: così, espressamente, D. 49.15.19.2 e 49.15.24; ma si veda, agli stessi fini, D. 49.15.21.1, che esclude la *captivitas* anche in caso di *bellum civile*.

²⁶ Il monito, solo apparentemente pleonastico, in questo contesto, è di A. D’ORS, *Un episodio*, cit., p. 272, nt. 9.

²⁷ V. per esempio M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., pp. 79, 80 e nt. 172, secondo il quale, consistendo essenzialmente la fattispecie pattizia in un incarico assunto dal *missus* verso gli altri due e poi disatteso, l’ipotesi di un’*actio mandati* sarebbe stata, almeno in prima battuta, senza dubbio valutata da Servio.

ravvisabile la figura del mandato, e che il *iudicium* oggetto del responso serviano possa essere un adattamento in via utile dell'*actio mandati* edittale che, seppur ancora rilevante dal diritto onorario²⁸, certo già esisteva a quel tempo²⁹. L'idea dell'*actio utilis* sarebbe peraltro l'unica concepibile nella circostanza, qualora i tre avessero davvero subito la *capitis deminutio*³⁰. Assai più difficile, peraltro, pensare ai due rimasti in Lusitania come mandatari del terzo³¹, che avrebbe loro in qualche modo “confermato” l'incarico (alternativo al primo nella *condicio*) semplicemente scegliendo, di propria deliberata volontà³², di non tornare.

Comunque sia, la ricostruzione fondata sul mandato non è accettabile, dal nostro punto di vista³³. I contratti consensuali sono tali proprio perché strutturati sul libero consenso delle parti, che qui non vi è: non può esservi perché “parte” della *condicio* in questione sono anche e soprattutto i *raptores*, dai quali – assai più che non dai suoi compagni – il terzo risulta essere *missus* a procurare il denaro altrove³⁴.

²⁸ Cfr. quanto dicevamo *supra*, § 1 e nt. 7.

²⁹ Più precisamente, fin dall'epoca di Q. Mucio Scevola, come risulta da Cic., *De off.* 3.17.70 (trascritto *supra*, alla nt. 9).

³⁰ V. ancora per esempio M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 79, in rapporto al mandato; cfr., più in generale, per esempio G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., pp. 83 ss.

³¹ Idea, questa, che quasi mai affiora in dottrina, se non allo scopo di contestarla: v. per esempio A. D'ORS, *Un episodio*, cit., p. 272, e soprattutto A. CENDERELLI, *La 'negotiorum gestio'*, cit., p. 165.

³² Insistiamo nel sottolineare l'importanza del *noluisse* che figura nel testo, e che esclude ogni possibilità di una mancata *reditio* imputabile a forza maggiore. Cfr. *supra*, nt. 12.

³³ Del nostro stesso avviso, per esempio, G. PACCHIONI, *Contributo*, cit., p. 57, nt. 5; A. WATSON, *The Law*, cit., p. 206; H.H. SEILER, *Der Tatbestand*, cit., pp. 81 ss.; A. GUARINO, *Servio*, cit., p. 424; A. D'ORS, *Un episodio*, cit., pp. 272 ss., tra i pochissimi, peraltro, a prendere in considerazione l'ipotesi che potesse anche trattarsi di *societas*, naturalmente allo scopo di escluderla; A. CENDERELLI, *La 'negotiorum gestio'*, cit., pp. 163 ss.; G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., pp. 83, 85 s., 340, nt. 405, molto reciso nel rimarcare che, nel nostro passo, non c'è traccia di mandato; J.C. PRADO RODRÍGUEZ, *La 'solutio'*, cit., p. 254; L. INGALLINA, *Osservazioni*, cit., p. 237 s., 245.

³⁴ Ciò, a maggior ragione se si volesse valorizzare, nel testo, la dipendenza del passivo *missus*, al pari di *capti*, dalla antecedente espressione a *Lusitanis*, intesa ovviamente come complemento d'agente. D'altronde, sulla circostanza che nessun libero accordo negoziale sia intravedibile nella *conventio* in questione, la quale sembra più che altro unilateralmente imposta, con la forza, dai sequestratori, concordano praticamente tutti gli autori ricordati alla nt. precedente; ma v. in particolare A. CENDERELLI e G. FINAZZI, i quali rilevano che, tecnicamente, l'onere di pagare il riscatto anche per

Inoltre non si vede perché mai, in questo contesto di volontà coartate, un responso espresso in materia di mandato avrebbe dovuto rappresentare un precedente degno di memoria, dal momento che, oltretutto, nella riflessione dei posteri esso sarebbe stato attribuito alla sfera di un altro istituto, quale la *negotiorum gestio*. È dunque semmai nell'ambito del regime di essa che la valenza innovativa del pronunciamento serviano va individuata.

5. *La valenza come precedente: per la negotiorum gestio propriamente detta?*

Anche in rapporto alla *negotiorum gestio*, sono analogamente individuabili, nella nostra fattispecie, due figure di potenziali gestioni: ciò, assai più ragionevolmente che per il mandato, per cui rileva sempre l'esistenza di un incarico, mentre in questo caso, anche indipendentemente dall'incarico, rileva il fatto oggettivo della gestione, che rispettivamente vede coinvolto, come gestore, o il *missus*, nei riguardi del duo rimasto imprigionato, o quest'ultimo, nei riguardi del *missus*, per conto del quale, anche, viene compiuto il pagamento³⁵.

È allora plausibile pensare che, al fine di ripetere da parte di lui la somma saldata, i due, una volta liberati e rientrati in patria, abbiano deciso di esercitare un'azione, diretta o contraria che fosse³⁶, originata dalla *gestio*, e che, in prima battuta, trovasse una rispondenza nell'editto (in forma, eventualmente, anche utile, e anzi solo utile se vi fosse stata *capitis deminutio*)³⁷.

il terzo, che non fosse eventualmente ritornato, in nessun caso sarebbe potuto dipendere dall'incarico affidatogli, bensì dal patto intervenuto con i Lusitani.

³⁵ L'opinione secondo cui la fattispecie andrebbe ricostruita come un caso, seppur molto particolare, di *negotiorum gestio* è quasi unanime in dottrina, come risulterà dalle citazioni contenute nelle ntt. successive.

³⁶ Optano per l'*actio directa* ad esempio G. BESELER, *Miszellen*, cit., p. 271; A. D'ORS, *Un episodio*, cit., pp. 274 ss.; L. INGALLINA, *Osservazioni*, cit., pp. 243 ss.; per l'*actio contraria* ad esempio G. PACCHIONI, *Contributo*, cit., pp. 56 ss.; ID., *Della gestione*, cit., pp. 15 ss.; A. GUARINO, *Servio*, cit., p. 425; A. CENDERELLI, *La 'negotiorum gestio'*, cit., p. 165 e nt. 115; G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., pp. 85 ss.; II, cit., p. 122.

³⁷ In merito a quest'ultima osservazione v. ancora M. TALAMANCA, citato *supra*, alla nt. 21. Peraltro, l'ipotesi che si trattasse di azione edittale, anche semmai adattata, da noi recisamente rigettata, è quanto meno valutata per esempio da G. PACCHIONI, *Contributo*, cit., pp. 56 ss., per il quale l'azione edittale, nel caso (improbabile) che fosse già esistita, sarebbe stata comunque direttamente applicabile, senza bisogno di

Il tentativo di trovare tale rispondenza andò sostanzialmente a vuoto, e a nostro avviso ciò vale anche ai fini della concessione di un'azione utile o *ad exemplum*, nella quale non può essere identificata l'azione decretale che Servio Sulpicio Rufo davvero indusse, probabilmente, il pretore a concedere, su richiesta di questo o delle parti³⁸. Cerchiamo di capire il perché.

Figure di gestori già contemplate nell'editto erano sicuramente, a nostro avviso, allora, quelle dei rappresentanti processuali³⁹, e inoltre quelle dei *curatores* degli incapaci nonché del *procurator omnium bonorum*. Si tratta, come dicevamo, delle figure più antiche⁴⁰, nei confronti delle quali si dava al gerito, che le avesse incaricate o meno di alcunché, l'*actio negotiorum gestorum*, senz'altro secondo noi onoraria, e più probabilmente, ribadiamo⁴¹, *in factum*, non ancora di buona fede. Tutte, se si osserva bene, sono radicalmente inassimilabili a quelle dei soggetti implicati nel nostro caso, sia che vogliamo considerare tra di essi come gestore il terzo, sia che vogliamo considerare come gestori gli altri due. Ma anche prendendo idealmente a modello la gestione spontanea degli affari dell'assente, destinata a divenire la più invalsa in età classica⁴², l'impressione è che nella nostra vicenda non sia dato ri-

estensione da parte dei giuristi; J. PARTSCH, *Studien zur 'negotiorum gestio'*, I, Heidelberg, 1913, p. 41 s.; H.H. SEILER, *Der Tatbestand*, cit., pp. 80 ss., che parla di estensione analogica dell'*actio negotiorum gestorum*; A. GUARINO, *Servio*, cit., p. 424, secondo cui Servio, nel frammento, riconosce la esperibilità dell'*actio utilis*, anche perché Giustiniano vi è in qualche modo intervenuto; M.V. SANNA, *Ricerche in tema di 'redemptio ab hostibus'*, Cagliari, 1998, pp. 37 ss.; G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., p. 87.

³⁸ L'idea che possa essere stato lo stesso magistrato a chiedere lumi a Servio, dato che proprio non sapeva come orientarsi, affiora per esempio in A. CENDERELLI, *La 'negotiorum gestio'*, cit., p. 166; L. INGALLINA, *Osservazioni*, cit., p. 249.

³⁹ Si ricorda che l'editto *De negotiis gestis* risulta non a caso collocato nel titolo *De cognitoribus et defensoribus* (VIII), per evidenti ragioni di prossimità alla rappresentanza processuale. V. in proposito O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'*³, Leipzig, 1927, pp. 86 ss.

⁴⁰ Convinzione, questa, generalmente diffusa in dottrina, a prescindere dal tipo di azione che nei confronti di quei gestori fosse prevista. Cfr. ad esempio, per tutti, G. NICOSIA, s.v. *Gestione*, cit., pp. 629 ss., 636 s., 643; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 610; G. NEGRI, *La gestione*, cit., p. 673; A. CENDERELLI, *La 'negotiorum gestio'*, cit., p. 143; G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., pp. 82 ss., 89 ss., 113 ss.; II.1, cit., p. 513, nt. 48; L. INGALLINA, *Osservazioni*, cit., pp. 240, 246.

⁴¹ *Supra*, § 1.

⁴² Trattasi di un dato ampiamente condiviso, che non ha certo bisogno di essere suffragato in questa sede. Ci limitiamo pertanto a rinviare, per esempio, a G. NICOSIA, s.v. *Gestione*, cit., specialmente p. 636 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 611; A.

scontrare quasi nulla di omologo ad essa: dal punto di vista del *missus*, verso cui per ipotesi esercitare l'azione diretta, soprattutto perché manca la spontaneità, essendo chiaramente egli un incaricato⁴³; dal punto di vista degli altri due, che pagano per lui, per ipotesi legittimati a esercitare l'azione contraria, perché, a parte il requisito della spontaneità, non può dirsi che trattino un affare che, a quel punto, rivesta interesse per il terzo ormai libero e in fuga⁴⁴.

CENDERELLI, *La 'negotiorum gestio'*, cit., *passim*, ma specialmente pp. 168 ss.; G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., *passim*, ma specialmente pp. 53 ss., oltre che allo stesso D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., pp. 155 s.

⁴³ Per una rassegna di opinioni, v. ad esempio A. D'ORS, *Un episodio*, cit., p. 275 s., il quale osserva che il terzo aveva dato inizio alla presunta gestione a sua volta sotto la intimidazione dei Lusitani, quantunque poi si fosse reso libero, anche evidentemente di non ottemperare al suo obbligo di cercare in patria il denaro necessario; G. NEGRI, *La gestione*, cit., p. 673, secondo cui non sempre nei frammenti di Paolo, incluso il nostro, è marcata la distinzione tra gestione spontanea, intesa come *nulla necessitate cogente*, e non spontanea; G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., p. 86, il quale eccepisce anche altri argomenti, come la difficoltà di comprendere in che momento inizi la gestione e con che utilità anche per gli altri (visto che la mera partenza del *missus*, il quale principalmente aspira alla propria libertà, certo di per sé non arreca ad alcuno quel vantaggio reale ed effettivo in cui sembra si dovesse far consistere, fin dalle origini, il requisito dell'*utiliter coeptum*); J.C. PRADO RODRÍGUEZ, *La 'solutio'*, cit., p. 255 s., che riprende D'Ors; L. INGALLINA, *Osservazioni*, cit., p. 244 s., secondo cui, se per spontaneità volesse intendersi la mera mancanza di un vincolo giuridico, ossia di un incarico giuridicamente valido, qui il requisito in questione potrebbe essere addirittura ravvisato nel momento in cui il *missus* si allontana dai luoghi di prigionia.

⁴⁴ Per una rassegna di opinioni, v. ad esempio G. PACCHIONI, *Della gestione*, cit., p. 15, per cui la peculiarità sta qui nel fatto che il gerito non avrebbe avuto interesse alcuno né veste giuridica per promuovere l'*actio directa*; A. GUARINO, *Servio*, cit., p. 425, che a sua volta ravvisa la mancanza di interesse del terzo al pagamento del riscatto ai Lusitani; A. D'ORS, *Un episodio*, cit., p. 275, il quale, a parte ogni considerazione concernente la spontaneità di una gestione sotto minaccia del nemico, la ritiene non utile per il *missus*; M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 79 e nt. 71, che parla di pagamento avvenuto, da parte dei due rimasti prigionieri, nel proprio esclusivo interesse, in un contesto in cui mancava l'altruità della gestione, oggettivamente e soggettivamente intesa; G. NEGRI, *La gestione*, cit., p. 673, con analoghe considerazioni specifiche; A. CENDERELLI, *La 'negotiorum gestio'*, cit., p. 165 e nt. 115, il quale, invece, ritiene che, tutto sommato, il terzo non avrebbe potuto contestare troppo facilmente l'*utilitas* della *gestio*, peraltro certamente non spontanea, visto che quell'utilità era a monte del suo acquisto della libertà; G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., p. 87 s. e nt. 87, che parla di elementi di anomalia presenti nella nostra fattispecie rispetto a quelle più normali, come la non spontaneità della gestione, e la mancanza di alienità del negozio, dovuta anche alla difficoltà di individuare, pure in tal caso, il momento iniziale della *gestio*, che, nei

Se non è dato dunque immaginare che l'*actio* concessa potesse essere strutturata *ad exemplum* di una edittale, non è viceversa specularmente pensabile, in un frangente del genere, neppure l'opposto, cioè che sia stato il contenuto del decreto emesso a fornire in qualche modo il paradigma per la futura elaborazione, da parte del pretore, di una formula edittale che ne tenesse conto (come forse avvenne in altri contesti)⁴⁵.

Dobbiamo dunque ricavarne che si trattò di un caso del tutto particolare, rimasto di per sé isolato, irrilevante. Così irrilevante da... passare praticamente alla storia⁴⁶? Forse è necessario un ulteriore spunto di riflessione.

confronti del *missus*, bisognerebbe far artificiosamente coincidere non col pagamento del riscatto, bensì col precedente raggiungimento dell'accordo con i Lusitani, da ritenersi utile anche per lui; S. BARBATI, *La 'redemptio'*, cit., p. 153, il quale rimarca la peculiarità del caso, visto che al momento del pagamento del riscatto il *missus*, già libero, non vi ha alcun interesse; L. INGALLINA, *Osservazioni*, cit., p. 244, secondo cui non appare in alcun modo credibile che pagando i *raptores* i due abbiano curato un interesse altrui, dato che il terzo era già tornato in patria.

⁴⁵ La memoria va a certe convenzioni sinallagmatiche, la cui tutela avrebbe potuto attuarsi, in prima battuta, tramite la concessione di azioni decretali, per lo più formulate *ex fide bona*, suscettibili di generalizzazioni successive, con sbocchi talora editali. Sulla complessa materia non possiamo qui fermare la nostra attenzione; ma ci sia consentito di rinviare, in generale, al nostro *La recezione*, cit., specialmente pp. 68 ss. e nt. 97, 72 e nt. 105, 140, con ampio richiamo di fonti e letteratura; cfr. qui, in particolare, per esempio M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 78 e nt. 167, per il quale tuttavia Servio, nel nostro caso, non pensava affatto a una sorta di labeoniana *actio in factum civilis*, di cui è dubbio che sussistano i presupposti; A. CENDERELLI, *La 'negotiorum gestio'*, cit., p. 166, secondo cui invece la soluzione adottata rappresentò una pietra miliare nella storia della *negotiorum gestio*, e soprattutto di quella relativa all'intervento occasionale, giacché a quel decreto fecero verosimilmente seguito altri, tanto che poi ne derivò una previsione edittale (non tuttavia, lo si ricordi, nella discutibile ottica di C., un *iudicium bonae fidei*, che era preesistente); G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., p. 89, che ritiene il responso serviano dotato del valore proprio di una testimonianza storica, prodromica al sorgere del *iudicium bonae fidei*; L. INGALLINA, *Osservazioni*, cit., pp. 245, 247 ss., per cui il rimedio di carattere equitativo, concesso con decreto, era destinato a generalizzarsi, in una previsione edittale in merito alla quale, ci pare, l'a. non fornisce indicazioni univoche.

⁴⁶ Fino all'epoca di Paolo e di Giustiniano, il che per noi massimamente rileva; ma il passo fu oggetto anche in seguito di particolare attenzione, dalla Glossa in poi (cfr. ad esempio H.H. SEILER, *Der Tatbestand*, cit., pp. 80 ss.), tanto da essere persino richiamato dalla Cassazione di Torino (31.12.1904) all'inizio del secolo scorso (cfr. S. SCHIPANI, *Rileggere i 'Digesta'. Enuclcare i principii. Proporli*, in *Valori e principii del diritto romano. Atti S. Romano*, a cura di A. Triscioglio, Napoli, 2009, p. 52).

6. *L'autentica portata innovativa: il rilievo riconosciuto alla buona fede nei rapporti gestori. Inquadramento nell'ambito del dibattito giurisprudenziale del tempo*

Quel che storicamente accadde è abbastanza chiaro.

I due provvidero alla *solutio*, dopo essersi procurati il denaro con modalità di cui nulla più sappiamo⁴⁷ e che, pur impossibili al momento della *conventio*, si presumeva diventassero forse possibili in un tempo successivo.

I *solventes*, liberati e tornati a Roma, volevano ottenere giustizia contro il loro infedele compare, ma si trovarono in una situazione di difficoltà. Vi si trovarono, verosimilmente, insieme al pretore, che, pur intendendo dare loro soddisfazione, non sapeva come muoversi. Si ritenne allora addirittura opportuno consultare, sul punto, il più grande giureconsulto del tempo. Questi rispose che sarebbe stato *aequum* che il magistrato concedesse un'azione *ad hoc*.

Il riferimento all'equità fa pensare, per quel periodo, a una formula di buona fede⁴⁸: del che si ha testualmente conferma nel già citato passo dei *Topica* ciceroniani, ove fra l'altro si legge che nella formula di un *iudicium* considerato *bonae fidei* come l'*actio rei uxoriae* figurava una clausola, '*quod aequius melius*', da ritenersi equivalente ad '*ex fide bona*'⁴⁹.

⁴⁷ Cfr. *supra*, § 2 e nt. 16, con citazione di M. MIGLIETTA, *Servius*, cit., p. 259 s., nt. 195, e L. INGALLINA, *Osservazioni*, cit., p. 236. Vi è chi ipotizza in dottrina (G. PACCHIONI, *Contributo*, cit., p. 58) che per i due rimasti abbiano potuto pagare altre persone, dal che sarebbe derivato un problema di regolazione dei rapporti anche con costoro.

⁴⁸ A una siffata formula decretale, di carattere non esemplare, ci pare alludano per esempio A. D'ORS, *Un episodio*, cit., pp. 273 ss.; K.H. ZIEGLER, *Lösegeld-Probleme*, cit., p. 383 s.; M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., pp. 78 e nt. 167, 80; G. NEGRI, *La gestione*, cit., pp. 666, 673; O. BEHREND, *Dalla mediazione arbitrare alla protezione giurisdiziarie. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle c.d. 'formulae in factum conceptae'*, in *Diritto e giustizia nel processo*, a cura di C. Cascione e C. Masi Doria, Napoli, 2002, p. 205 e nt. 16; ID., *Die geistige Mitte des römischen Rechts. Die Kulturanthropologie der skeptischen Akademie*, in *ZSS*, 125 (2008), pp. 85 e nt. 122, 88, nt. 129, che parla di azione fondata sulla *aequitas naturalis*, di cui si aprono le fonti, sulla buona fede non editale.

⁴⁹ Di quest'avviso per esempio P. DE FRANCISCI, '*Iudicia bonae fidei*', *editti e 'formulae in factum'*, in *Studi Sen.*, 24 (1906), pp. 350 s., 390; V. ARANGIO RUIZ, *Le formule con 'demonstratio' e la loro origine*, in *Studi economico-giuridici Università di Cagliari*, 4 (1912), pp. 98 s., nt. 2, 111, 142 s.; G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei*

Se ne può inferire che davvero la controversia, almeno *in iure*, si definì in questo senso⁵⁰, e che la *litis contestatio* ebbe a oggetto un *iudicium* in cui si ordinava al giudice di condannare il *missus* se fosse stata appunto accertata la mala fede della sua condotta. Le altre parti della formula saranno state adattate alle caratteristiche del caso, le quali però, come dicevamo, erano talmente peculiari da non poter rappresentare un valido spunto per la riflessione giurisprudenziale vertente sugli elementi essenziali della *negotiorum gestio*.

Se nondimeno del responso serviano si conservò memoria, è perché esso a una riflessione importante aveva dato comunque adito. Riflessione che, a questo punto, a nostro avviso, *non poteva che riguardare la rilevanza che alla buona fede stessa, in sé considerata, dovesse essere riconosciuta anche nell'ambito in qualche modo riconducibile alla sfera della 'negotiorum gestio'*. È anzi lecito supporre che proprio grazie al responso di Sulpicio Rufo il tema della *bona fides* abbia fatto per la prima volta irruzione nella discussione relativa alle azioni a tutela della gestione d'affari⁵¹, che, stando alla rassegna muciana dei *iudicia bonae fidei* contenuta nel *De officiis* di Cicerone, da quel tema era rimasta del tutto avulsa.

'iudicia bonae fidei', in *RISG*, 3 (1928), pp. 49 s., 62 ss.; ID., *Il sistema romano dei contratti*³, Torino, 1963, p. 236; W. KUNKEL, *'Fides' als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, p. 9; M. HORVAT, *Osservazioni sulla 'bona fides' nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi V. Arangio Ruiz*, I, Milano, 1952, p. 435; A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., pp. 4 ss., 10, 12 ss., 17, 35, 37; G. BROGGINI, *Iudex*, cit., p. 124; G. NICOSIA, s.v. *Gestione*, cit., p. 631; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., pp. 337, 462, 494; C.ST. TOMULESCU, *La clause 'ex fide bona' dans la soi-disant 'Lex Rubria de Gallia Cisalpina'*, in *BIDR*, 78 (1975), p. 180, ntt. 33-35; G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., pp. 172 e 188; B. BISCOTTI, *Dal 'pacere' ai 'pacta conventa'*, Milano, 2002, p. 307 s.; J. PARICIO, *Apuntes sobre la 'actio fiduciae'*, in *Il ruolo della buona fede*, cit., p. 51; M. TALAMANCA, *La buona fede nei giuristi romani*, in *Il ruolo della buona fede*, cit., IV, pp. 279 e nt. 759, 309, nt. 849; M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote. I, La formula dell'actio rei uxoriae'*, Torino, 2006, pp. 113, 117, 187, 194 s.; F. TAMBURI, *Il ruolo*, cit., p. 300 s.

⁵⁰ Ciò, perché dell'esito vero e proprio della lite Paolo non ci riferisce in alcun modo (cfr. A. D'ORS, *Un episodio*, cit., p. 271), ma, considerato il valore che la vicenda acquisì nella riflessione dei posteri, azzarderemmo l'ipotesi che tale esito fosse favorevole ai due *solventes*.

⁵¹ Questo, ribadiamo, anche a prescindere dal tenore della formula dell'*actio in ius negotiorum gestorum* di buona fede, quale poi risulterà consolidato nei decenni successivi. Cfr., tra gli autori citati *supra*, alla nt. 45, che attribuiscono al responso serviano valore di precedente, più che altro G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., p. 89.

Il momento storico era alquanto propizio. Sulla cronologia della vicenda in esame sono state fatte, in dottrina, congetture assai ragionevoli, che non esitiamo a fare nostre⁵². Essa risalirebbe, come già si diceva, a un'epoca in cui, a seguito della rivolta sertoriana, la Lusitania era turbolenta, ossia agli anni Settanta del I secolo a.C.⁵³: calcolando il tempo necessario perché il *missus* se ne andasse senza lasciare speranze di una sua *reversio*, perché gli altri due individuassero il modo alternativo per pagare la *pecunia* stabilita e perché tornassero quindi a Roma da quella regione lontana, si arriverebbe all'incirca alla metà di quel decennio, se non addirittura oltre⁵⁴, che è poi l'epoca in cui Servio Sulpicio Rufo, ormai trentenne, aveva appunto acquisito l'autorevolezza necessaria perché ci si rivolgesse a lui ai fini della soluzione di un caso certo spinoso come questo⁵⁵.

D'altronde, l'intervento di Servio in materia dovette a nostro avviso dare ulteriore impulso al dibattito scientifico che si stava animando, giusto in quegli anni, in merito agli accorgimenti da adottare contro il *dolus malus* e per la tutela della *bona fides* e dell'*aequitas* (stando pressappoco alla sequenza rinvenibile in Cic., *Top.* 17.66). Non è un caso che di lì a poco un altro allievo di Q. Mucio Scevola, Aquilio Gallo, abbia propiziato l'inserimento nell'editto delle *formulae de dolo*⁵⁶. Non è soprattutto un caso che solo qualche tempo dopo, a

⁵² V. A. D'ORS, *Un episodio*, cit., pp. 270 ss.; A. CENDERELLI, *La 'negotiorum gestio'*, cit., pp. 167 ss.; G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., p. 82 s.; J.C. PRADO RODRÍGUEZ, *La 'solutio'*, cit., p. 253 s. e nt. 169; L. INGALLINA, *Osservazioni*, cit., pp. 226, 230 ss.

⁵³ In particolare, la regione potrebbe essere rimasta instabile, interessata da uno stato di guerriglia, almeno fino al 73, data della morte di Sertorio. A sostegno, v. ancora gli autori menzionati alla nt. precedente.

⁵⁴ Ciò, ad avviso dei succitati A. CENDERELLI e L. INGALLINA, ma sicuramente non più tardi della fine degli anni Settanta.

⁵⁵ Sulla cronologia della vita e dell'attività di Servio basti aggiungere – sempre, qui, ancora richiamando gli studiosi ricordati alla nt. 52 – che egli, nato nel 105 a.C., e recatosi da giovane in Grecia a studiare, soltanto dopo il suo ritorno, nel 78, avrebbe potuto nel giro di pochi anni acquistare la fama che gli sarebbe stata per sempre riconosciuta (cfr. Pomp. D. 1.2.2.43; Cic. *Brut.* 41.151).

⁵⁶ L'inserimento nell'editto delle *formulae de dolo* da parte di C. Aquilio Gallo, se avvenne quand'egli rivestì la carica di pretore (cfr. T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, II, New York, 1952, p. 151 s.), risale al 66 a.C.; se invece avvenne su suo suggerimento di giurista, come oggi è incline a credere una parte della dottrina, la svolta potrebbe essere stata invero impressa anche qualche tempo prima. Ad ogni modo, significativa di questa temperie, nella quale va compenetrata la nostra vicenda, che certo vede gravemente coartata la libera volontà delle parti in

compimento di un iter ermeneutico ormai pienamente interessante anche la *negotiorum gestio*, l'esistenza di un giudizio di buona fede risultò, dal medesimo passo ciceroniano, chiaramente attestata anche per questo istituto⁵⁷.

Abstract

In questo contributo ci si interroga circa la natura e la portata innovativa del rimedio che, secondo quanto riferisce Paolo in D. 3.5.20(21)pr., Servio Sulpicio Rufo avrebbe suggerito a due cittadini romani, rapiti in Lusitania e in seguito liberati, di utilizzare contro il loro compagno che, rilasciato col compito di trovare il denaro per riscattarli, poi non era più tornato. La soluzione proposta da Servio per un caso come questo, invero assai particolare, dovette costituire un precedente importante non tanto per la elaborazione della disciplina di istituti come il mandato o la *negotiorum gestio*, intesa nei suoi elementi costitutivi tipici, quanto piuttosto per il rilievo che nell'ambito di essa cominciarono da allora ad assumere equità e buona fede.

In this paper one reflects on the nature and on the innovativeness of the remedy that, according to Paul's statement in D. 3.5.20(21)pr., Servius Sulpicius Rufus suggested to two Roman citizens, kidnapped in Lusitania and later freed, to use against their companion who, released with the task of finding the money to ransom them, had then not returned. The solution proposed by Servius for a case such as this, indeed a very special one, must have constituted an important precedent not so much for the elaboration of the discipline of institutions such as mandate or *negotiorum gestio*, understood in its typical constituent elements, but rather for the prominence that equity and good faith began to assume within it from then on.

Parole chiave

Lusitania, *capitis deminutio*, mandato, *negotiorum gestio*, azioni decretali, buona fede

Lusitania, *capitis deminutio*, mandate, *negotiorum gestio*, decretal actions, good faith

causa, è anche l'introduzione nell'editto, da parte del pretore Cn. Ottavio, giusto all'inizio della guerra sertoriana (80-79 a.C.: v. ancora T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates*, cit., pp. 83, 85, nt. 1), dell'*actio quod metus causa*. Propriamente sensibile a questa problematica ci pare, tra i pochi, A. D'ORS, *Un episodio*, cit., pp. 273 ss., 276 e nt. 15.

⁵⁷ Cfr. *supra*, § 1.