

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO  
SAGGI

---

SCRIPTA EXTRAVAGANTIA  
STUDI IN RICORDO  
DI  
FERDINANDO ZUCCOTTI

A cura di Iole Fagnoli



— Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto —

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

Copyright 2024

*LED* Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

Via Cervignano 4 - 20137 Milano

Catalogo: [www.lededizioni.com](http://www.lededizioni.com)

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

---

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

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

---

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

Romanistisches Institut Universität Bern

Fondi di dotazione

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

Fondi di ricerca Saverio Masuelli

Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli Studi di Torino

Gianfranco Mozzali

Claudio Felisari

Elena Babanicas

Flora Maria Piccinini

Donatella e Guia Busdraghi

Stampa: Litogi

## Sommario

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

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

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

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

**Francesca Pulitanò**

*Università degli Studi di Milano*

## **Ferdinando Zuccotti e il dibattito attuale sull'agere per sponsionem**

1. La voce dei Maestri – 2. Alcune vicende dei *genera sponsionum* – 3. *Agere per sponsionem* e fattispecie contigue alla servitù: lo studio di Zuccotti – 4. Altri studi recenti: Varvaro, Cardilli, Fercia – 5. Una diversa prospettiva: la *condicio in praesens*

1. L'argomento dell'*agere per sponsionem*, del quale intende occuparsi il presente contributo, può essere definito come il *fil rouge* che unì, a partire dagli anni '60 del secolo scorso, dapprima Gaetano Scherillo a Franco Gnoli e successivamente, nello scorrere del tempo, lo stesso Gnoli alla scrivente. Scherillo assegnò infatti a Gnoli, nel 1965, una tesi di laurea intitolata *La legis actio per iudicis arbitrive postulationem e l'agere per sponsionem nella genesi del processo formulare*; circa trent'anni dopo, fui io a cimentarmi con l'argomento, su indicazione di Gnoli e sempre con una tesi di laurea, cui il Professore attribuì il titolo *La sponsio nel processo privato romano*. Il destino ha voluto che questo stesso tema abbia impegnato, nell'ultimo scorcio della sua vita, anche Ferdinando Zuccotti, che di Gnoli fu fraterno amico<sup>1</sup>. Poiché con entrambi ho condiviso una lunga esperienza scientifica e umana, sussistono anche ragioni affettive che mi inducono a riprendere alcuni aspetti della procedura *per sponsionem*, la cui reale portata pratica nel diritto classico resta, per molti versi, ancora misteriosa. All'aspetto puramente affettivo si aggiunge una considerazione: non v'è dubbio che negli ultimi tempi si stia assistendo ad un rinnovato interesse degli studiosi per il ruolo fondamentale della *sponsio* nella storia del processo romano, come emergerà dal prosieguo della trattazione<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>) F. ZUCCOTTI, *Un ricordo di Franco Gnoli*, in *Scritti scelti di diritto criminale* (cur. I. FARGNOLI, C. BUZZACCHI, F. PULITANÒ), Milano, 2022, p. 451ss.

<sup>2</sup>) Solamente tra il 2022 e il 2023, si contano cinque contributi: J. PLATSHECK, *Die genera actionum in Gai 4.1*, in *Iura*, 70, 2022, p. 71 ss.; F. ZUCCOTTI, *Di alcune verosimili ipotesi di «agere per sponsionem» in Alfeno Varo e in Aristone*, in *RDR*, 2022, 1 ss.; R. CARDILLI, *Un responsum di Labeone tramandato in Ulpianus libro undecimo ad edictum (D. 4.3.9.3) tra dolus e conventio atipica*, in *Ius hominum causa constitutum. Studi in onore di Antonio Palma*, 1, Torino, 2023,

Tutto ha inizio, dunque, dalle intuizioni di Gaetano Scherillo. Egli, come sopra accennato, era stato un convinto assertore dell'importanza della *sponsio* nell'evoluzione del processo, come dimostrano i lavori, scientifici e didattici, che lo studioso portò avanti durante tutto il corso della propria vita accademica. Da lui si vuole quindi partire, non senza premettere qualche precisazione generale sul tema.

Com'è noto, la *sponsio* processuale, nella forma dell'*agere in rem per sponsionem*, trova la sua enunciazione più esplicita nelle Istituzioni di Gaio:

Gai. 4.93-95: Per sponsionem vero hoc modo agimus: provocamus aduersarium tali sponsione: SI HOMO, QVO DE AGITVR, EX IVRE QVIRITIVM MEVS EST, SESTERTIOS XXV NVMMOS DARE SPONDES? deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere; qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse. (94) Non tamen haec summa sponsionis exigitur. non enim poenalis est, sed praeiudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur; unde etiam is, cum quo agitur, non restipulatur. ideo autem appellata est PRO PRAEDE VINDICIARUM stipulatio, quia in locum praedium successit, quia olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est pro re et fructibus, a possessore petitori dabantur praedes. (95) Ceterum si apud centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem sacramento \*\*\* reo provocato; eaque sponsio sestertiorum CXXV nummum fieri solet propter legem Crepereiam.

È qui documentata una soltanto delle diverse tipologie di *sponsiones* restituite dalla trattazione del giurista del II secolo; a questa si deve aggiungere – ovviamente – la funzione strettamente negoziale dell'istituto, e, in ambito più marcatamente processuale, altre due applicazioni della *sponsio*: quella *poenalis* conseguente alla procedura postinterdittale<sup>3</sup>, e la *sponsio tertiae vel dimidiae partis*, legata all'*actio certae creditae pecuniae*<sup>4</sup>.

Parecchie fonti non giuridiche ci informano del fatto che lo strumento della *sponsio* era largamente utilizzato, anche nelle epoche precedenti a Gaio, per la risoluzione di controversie di vario genere. Una ricognizione delle principali testimonianze ne mette in luce, oltre a quelle citate, altre applicazioni peculiari: ad esem-

---

341 ss.; R. FERCIA, 'Agere de dolo' e 'agere praescriptis verbis': riflessioni su un'annotazione di Pomponio a Labeone, in *Milan Law Review*, 4.1, 2023, p. 34 ss.; M. VARVARO, *Lineamenti di procedura civile romana*, Napoli, 2023 (costui, nel citato, recentissimo manuale di diritto processuale romano, dedica diverse decine di pagine al tema). Prima di loro, merita una menzione il contributo monografico di F.M. SILLA, *Genera actionum. Itinerari gaiani*, Lecce, 2012. Per una ricognizione bibliografica dell'ultimo decennio, cfr. G. GULINA, *Contributo allo studio della satisfactio pro praede litis et vindiciarum*, in *AUPA*, 46, 2013, 65 ss.

<sup>3</sup>) Gai. 4.165 ss. Sul tema, cfr. A.M. GIOMARO, *Agere per sponsionem. Dal procedimento interdittale al procedimento in rem*, in *Studi urbinati*, 43, 1990-1991, (rist. 2021), p. 197 ss.

<sup>4</sup>) Gai. 4.171.



pio, la *sponsio* era utile per l'accertamento dello *status* personale legato all'onorabilità oppure per la trattazione delle cause di libertà, o, ancora, per risolvere controversie ereditarie<sup>5</sup>.

Focalizziamoci, per ora, su quello che rappresentò, come detto, l'interesse specifico di Scherillo. Egli aveva infatti dedicato gli ultimi anni della propria vita ad approfondire le implicazioni della procedura *per sponsionem* sulla nascita del processo formulare, elaborando ipotesi destinate a raccogliere critiche tra i contemporanei, ma anche a porsi come necessario termine di confronto per qualsiasi studio successivo. L'idea di uno stretto legame tra la *sponsio praeiudicialis*, la *legis actio per iudicis postulationem* quale strumento idoneo ad azionarne le pretese e la struttura successiva della formula emergeva, a tratti ma con insistenza, in diversi lavori del Maestro milanese. Egli aveva colto l'occasione per enunciarla già nei corsi istituzionali sul processo<sup>6</sup> e ne aveva poi elaborato una esposizione più compiuta nel

<sup>5</sup>) Si veda Plaut. *Men.* 3.5.590, dove compare l'espressione *ut sponsio fieret*, e *Rud.* 3.4.712, di interpretazione più dubbia; per l'applicazione alle cause di libertà, cfr. Liv. 3.56.4; 3.57.5; per la *sponsio in probrum*, 40.46.14: *in probrum suum sponsionem factam*); un'altra menzione della difesa a mezzo di *sponsio* è contenuta in 39.43.5: *in extrema oratione Catonis condicio fertur, ut si id factum negaret ceteraque quae obiecisset, sponsione defenderet sese*. In Cic. *Verr.* II 1.115 si richiama la procedura *per sponsionem* per definire la titolarità della qualifica di erede (*pro praede litis et vindictiarum satis accepisset, sponsionem faceret, et ita de hereditate certaret*); ancora nelle Verrine, in II 3.133 si legge *sponsio fit de capite ac fortunis suis* e in II 3.135 *eandem sponsionem de societate fecit quam Rubrius facere voluerat*; ancora, riferito alla stessa vicenda, *sponsio est: 'ni te Apronius socium in decumis esse'*. In *Verr.* II 5.141 è testimoniata una *sponsio duorum milium nummum facere cum lictore suo, ni furtis quaestum faceret*; nella *pro Roscio comoedo* 4.12, la frase *in qua legitimae partis sponsio facta est* allude a una *sponsio tertiae partis* che accede all'*actio certae creditae pecuniae*. In *Pro Quinctio* 2.9 compare a più riprese la *sponsio in probrum*: 2.9: *iudicium prius de probro quam de re maluit fieri*, e 14.46: *sponsionem de probro facere maluerit*; in 9.32 risulta chiaramente descritta la sequenza processuale *sponsionem facere maluit; fecit; te iudicem*, C. *Aquili*, *sumpsit, ex sponsu egit*. Passando a Valerio Massimo, si segnalano almeno tre riferimenti diretti alla *sponsio*: 2.8.2: *Valerius sponsione Lutatium provocavit*; 6.1.10: *a quo appellati tribuni, cum de stupro nihil negaret, sed sponsionem se facere paratum diceret*; 7.2.4: *iudex aditus de sponsione*. Sulla *sponsio in probrum* cfr. J. CROOK, *Sponsione provocare: its Place in Roman Litigation*, in *JRS*, 66, 1976, p. 132 s.: lo studioso la qualificava come una forma di *sponsio* rilevante sul piano sociale, più che giuridico, usata per questioni d'onore senza precisi agganci con l'introduzione di un processo. In Gell. *Noct. Att.* 14.2.26 la *sponsio* è lo strumento attraverso cui si decide chi, tra due soggetti, sia "migliore"; in un altro brano, 6.11.9, pare documentata la funzione di garanzia (cfr. S. PEROZZI, *Della in rem actio per sponsionem durante il sistema formulare*, in *Scritti giuridici*, 3, Milano, 1948, p. 54). Si ricordi, per inciso, l'opinione di V. ARANGIO-RUIZ, *Sponsio e stipulatio: osservazioni nella terminologia romana*, in *BIDR*, 65, 1962, p. 200: nell'ambito della *verborum obligatio*, il termine *spondere* designava solo l'obbligazione del debitore, mentre se considerata come indicativa di un istituto, l'espressione *sponsio* si riferiva agli impieghi processuali (*agere per sponsionem, sponsio tertiae vel dimidiae partis, sponsio postinterdittale*).

<sup>6</sup>) Nella prima edizione del corso sul processo (G. SCHERILLO, *Lezioni sul processo. Introduzione alla cognitio extra ordinem. Corso di diritto romano*, Milano, 1960), Scherillo individuava teualmente un «punto di crisi» nello snodo dell'introduzione della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, accanto alla già esistente *legis actio sacramento*. Egli riteneva che anche la *iudicis postula-*

suo ultimo saggio, apparso postumo sul numero edito per il ventennale della rivista *Iura*<sup>7</sup>.

A quel saggio si rinvia per la disamina puntuale della tesi, che in questa sede ci si può limitare a sintetizzare come segue: l'esistenza di un legame tra la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* e il processo formulare era reso evidente dalla posizione del magistrato, dall'*intentio* delle formule *ex sponsione*, dal tenore della dichiarazione della pretesa dell'attore. La *sponsio praeiudicialis*, agendo da strumento novatorio di pretese di qualsiasi genere, e rendendole in tal modo tutte azionabili con la *legis actio per iudicis postulationem*, aveva rappresentato l'anello di congiunzione tra la vecchia e la nuova procedura<sup>8</sup>. Attraverso la *sponsio* sarebbe stato possibile creare un vincolo giuridicamente rilevante anche per le pretese *in rem*, purché inserite nello schema formale richiesto dal diritto. Come riporta chiaramente Gai. 4.93-94, nell'*agere in rem per sponsionem* la pregiudizialità della *sponsio* aveva come conseguenza il fatto che la *summa sponsionis*, il cui pagamento era sospensivamente condizionato, nella struttura negoziale, all'accertamento della pretesa dedotta nella *sponsio*, non venisse effettivamente corrisposta.

Un'altra caratteristica nodale della *sponsio* messa in evidenza da Scherillo era quella di non poter prescindere dalla cooperazione tra le parti, elemento che la rendeva idonea ad essere identificata come l'antenata dei primi giudizi formulari<sup>9</sup>. Assunto, questo, rafforzato dalla constatazione che, anche nel caso in cui tale collaborazione fosse mancata, il magistrato avrebbe potuto imporre la prestazione della *sponsio* sulla base dei propri poteri. Con l'apertura di Roma ai commerci e l'adattamento del formulario della *sponsio* ai peregrini si sarebbe così giunti all'individuazione del vero e proprio strumento formulare, caratterizzato, allo stesso modo delle pretese nascenti da *sponsio*, dalla pecuniarietà della condanna<sup>10</sup>.

La convinzione che queste intuizioni richiedessero un ulteriore sviluppo aveva portato Scherillo ad assegnare a Franco Gnoli una dissertazione sull'argomento.

---

*tio*, nelle sue applicazioni pratiche legate alla *sponsio*, fosse a un certo punto diventata *generalis*, ancorché Gaio non lo espliciti direttamente. Queste tesi vengono riprese successivamente, in una versione ulteriore del corso: cfr. G. SCHERILLO, *Corso di istituzioni di diritto romano*, 2, Milano, 1969, p. 143 ss. Si veda anche, da ultimo, F. PULITANÒ, *Franco Gnoli e il 'misterioso' incipit di Gai. 4.1*, in F. GNOLI, *Scritti*, cit., p. 424 ss.

<sup>7</sup>) G. SCHERILLO, *La legis actio per iudicis arbitrive postulationem e la genesi del processo formulare*, in *Iura*, 20, 1969, p. 5-48, ora in *Scritti giuridici*, 2.2, *Studi di diritto romano*, Milano, 1995, p. 537 ss. Da qui in poi le pagine faranno riferimento alla pubblicazione nel volume 2 degli *Scritti* dello stesso Autore.

<sup>8</sup>) G. SCHERILLO, *La legis actio*, cit., p. 540. Egli escludeva, invece, che la *legis actio per condictionem* avesse giocato una parte significativa in questa evoluzione (p. 543).

<sup>9</sup>) G. SCHERILLO, *La legis actio*, cit., p. 550 (ma cfr. già G. SCHERILLO, *Lezioni*, cit., p. 144).

<sup>10</sup>) Cfr. anche G. SCHERILLO, *La legis actio*, cit., 555 ss. per l'ipotesi dell'esistenza di formule che *ad legis actionem per iudicis arbitrive postulationem exprimuntur* (p. 562) e per la sanzionabilità anche del *damnum infectum* con la nostra *legis actio* (p. 563).

Sul contenuto della tesi di Gnoli, intitolata *La legis actio per iudicis arbitrive postulationem e l'agere per sponsionem nella genesi del processo formulare*<sup>11</sup>, ci si è già soffermati in altra sede<sup>12</sup>, ragion per cui sarà ora sufficiente solamente qualche rapido accenno.

Essa era articolata in tre capitoli: il primo conteneva una rassegna della dottrina sull'origine del processo formulare, con un richiamo alla distinzione di fondo tra coloro che avevano individuato la nascita di questo processo in un'evoluzione interna delle *legis actiones* e coloro che invece avevano preferito guardare al di fuori di quell'ambito<sup>13</sup>. Il secondo era dedicato *ex professo* alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, analizzata alla luce del ritrovamento del Gaio di Antinoe e della relazione con la *legis actio sacramento in personam*<sup>14</sup>. Il terzo capitolo, particolarmente complesso, si occupava specificamente dell'*agere per sponsionem* e della *sponsio praeiudicialis*, contestualizzandone la trattazione, secondo lo schema del manuale gaiano, nell'ambito della *satisfatio pro praede litis et vindiciarum* e soffermandosi, anche, sulla classificazione delle azioni *ex sponsionum generibus*<sup>15</sup>. Le conclusioni di Gnoli giungevano a confermare il legame tra la *sponsio* processuale,

<sup>11</sup>) La citerò, di seguito, con gli stessi criteri di una monografia a stampa. Rinnovo qui il ringraziamento, già espresso a suo tempo, alla moglie del Professore, Francesca Bruni, e al figlio Claudio Gnoli per avermi dato la possibilità di consultare direttamente l'unico esemplare della tesi di Franco Gnoli che è stato ritrovato nella sua biblioteca.

<sup>12</sup>) F. PULITANÒ, *Franco Gnoli*, cit., p. 421 ss.

<sup>13</sup>) In questo contesto Gnoli approfondisce anche criticamente le tesi di diversi studiosi: da un lato Keller, Huvelin, Luzzatto, Broggin, e, nell'ultimo capitolo, lo stesso Scherillo; sull'altro versante, Partsch, Wlassak, Wenger, Betti, Odoardo Carrelli. Per parte propria, osserva Gnoli che sia da escludersi un passaggio repentino dalle *legis actiones* al processo formulare, che, anzi, conobbero un lungo periodo di coesistenza: «[...] né giova d'altra parte alla ricerca del ponte di transizione dall'una all'altra procedura il considerare le *formulae* e le *legis actiones* come protagoniste di due mondi incommunicabili, l'un con l'altro in irresolubile contrapposizione» (F. GNOLI, *La legis actio per iudicis arbitrive postulationem e l'agere per sponsionem nella genesi del processo formulare* (tesi di laurea), Milano, 1964-65, p. 42).

<sup>14</sup>) Sul presupposto dell'antecedenza della *sponsio* alla legge delle XII tavole, l'analisi si concentra sulla nascita della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. L'aspetto su cui Gnoli si sofferma particolarmente è quello della differenza tra *iudex* e *arbiter*. Dopo aver sottolineato che le fonti collegano le cause sui crediti da *sponsio* al solo *iudex* (p. 93), rimarca come originariamente si potessero distinguere due procedure della *legis actio*, una *per iudicis* e l'altra *per arbitri postulationem* (p. 99 ss.): qui egli si conforma alla tesi di Scherillo, secondo la quale alla *sponsio* sarebbe stata applicata solamente quella che originariamente era la procedura con arbitro.

<sup>15</sup>) Gnoli ricorda la contrapposizione tra la tesi di F. BOZZA, *Actio in rem per sponsionem*, in *Studi Bonfante*, 2, Milano, 1930, p. 600, che circoscriveva l'impiego della *sponsio* processuale al solo processo centumvirale, e quella di G.I. LUZZATTO, *Spunti critici in tema di actio in rem per sponsionem*, in *Studi Albertario*, 1, Milano, 1950, p. 70, che considerava plausibile l'esistenza di un'epoca nella quale davanti ai centumviri si svolgevano anche liti non ereditarie, da identificarsi con le *vindications* in generale. Anche Gnoli riteneva possibile ampliare il terreno di applicazione dell'*agere per sponsionem* ben oltre le liti ereditarie.

la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* e la formula con cui la *sponsio* veniva azionata, da lui identificata dubitativamente con quella dell'*actio certae creditae pecuniae*.

Franco Gnoli si laureò il 13 luglio 1965, con la matricola 55027 e il massimo dei voti con lode, ma purtroppo Scherillo fece in tempo a seguire solo le prime battute della sua successiva carriera<sup>16</sup>. In quel primo periodo, Gnoli pubblicò due lavori, uno di argomento processuale e l'altro sulla *Lex Iulia peculatus*<sup>17</sup>. La morte prematura di Scherillo lo aveva reso troppo presto orfano di una guida preziosa per i suoi studi sul processo, ma successivamente, nel rendere onore al Maestro defunto in occasione di una raccolta degli scritti a lui dedicata, Gnoli tornò ancora sull'argomento, con un articolato saggio che affrontava lo spinoso problema della classificazione gaiana delle azioni in *genera* e *species*, così come sollevato dalla lettura del notissimo Gai. 4.1, di seguito riportato<sup>18</sup>:

Superest, ut de actionibus loquamur. et si quaeramus, quot genera actionum sint, verius videtur duo esse, in rem et in personam. nam qui IIII esse dixerunt ex sponsionum generibus, non animadverterunt quasdam species actionum inter genera se retulisse.

Gaio, nel ribadire la validità, al proprio tempo, della classificazione delle azioni in due categorie, *in rem* e *in personam*, ricorda l'opinione di innominati *quidam*, per i quali, argomentando dai *genera sponsionum*, le azioni dovevano essere suddivise in quattro categorie. L'errore di costoro sarebbe stato da individuarsi nella riconduzione a *genera* di quelle che invece erano *species*.

Già nella tesi di laurea, Gnoli aveva tentato di individuare i *quattuor genera sponsionum*, enumerandoli come segue<sup>19</sup>: 1) *in rem actio per sponsionem*, di cui in Gai. 4.91-94, con esclusione del giudizio centumvirale, «che può considerarsi a sé stante»; 2) *in rem actio per sponsionem* applicata al giudizio centumvirale e testimoniata da Gai. 4.95: essa avrebbe permesso l'uso della *legis actio sacramento in personam* anziché *in rem*; 3) *per sponsionem agere ex interdicto*, desumibile da Gai. 4.141 e da diverse fonti ciceroniane; 4) *sponsio tertiae (o dimidiae partis)* con conseguente *restipulatio* a titolo di penale. Prima di lui, un copioso filone dottrinale si era occupato del tema, delineando parecchie soluzioni possibili.

---

<sup>16</sup>) Per ulteriori dettagli, si rinvia a F. PULITANÒ, *Franco Gnoli*, cit., p. 431 ss.

<sup>17</sup>) F. GNOLI, *Introduzione alla dottrina romana del rapporto processuale in età classica: da un corso accademico del Prof. Arnaldo Biscardi*, Milano, 1971; ID., *Sulla paternità e sulla datazione della 'Lex Iulia peculatus'*, in *SDHI*, 38, 1972, p. 328 ss.

<sup>18</sup>) F. GNOLI, *Nuovi spunti per l'interpretazione di Gai. 4.1*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, 1, Milano, 1972, p. 67, ora in F. GNOLI, *Scritti*, cit., p. 389 ss. Si veda F. PULITANÒ, *Franco Gnoli*, cit., p. 436 ss.

<sup>19</sup>) F. GNOLI, *La legis actio*, cit., p. 144 ss.

Nell'articolato lavoro del 1972, Gnoli va oltre, procedendo ad un'attenta ricognizione della letteratura sul punto, soprattutto di matrice tedesca<sup>20</sup>, e suggerendo infine, senza però spingersi a una congettura risolutiva sulla classificazione delle azioni, «un esame analitico approfondito di tutte le fonti antecedenti a Gaio» come chiave di indagine per ulteriori studi futuri sulla questione, sul presupposto che nelle Istituzioni del II secolo «l'uso processuale della *sponsio*, pur se ampiamente documentato, è una sopravvivenza dei secoli precedenti, nelle cui fonti essa vive il proprio ruolo di diffuso strumento del processo»<sup>21</sup>.

2. Dopo l'intervento di Gnoli del 1972 sui *genera sponsionum*, l'unico contributo da segnalare è la presa di posizione di Mario Talamanca, che si pronuncia con toni fortemente critici sulla questione della classificazione<sup>22</sup>; il tema ricomincia poi a rivestire interesse a partire dagli anni '80 del Novecento, quando viene scoperta, in Spagna, l'epigrafe della *lex Irnitana*, databile all'anno 91 d.C. Si deve a De Bernardi una rassegna della letteratura principale precedente a quel momento, oltre che una disamina puntuale, in un lavoro del 1992, dei luoghi della legge nei quali compare la menzione della *sponsio*, che egli ritiene senz'altro essere qui richiamata nella propria applicazione processuale<sup>23</sup>.

Rilevano, in particolare, i capitoli 84, 85 e 89 della *lex Irnitana*, che trovavano un precedente nelle disposizioni della *lex de Gallia Cisalpina*<sup>24</sup>. Dall'analisi di quelle righe, De Bernardi giunge a confermare l'indubbio nesso tra *sponsio* e *praeiudicium*<sup>25</sup>, oltre che l'esistenza di un'ampia gamma di applicazioni della *sponsio* nel

<sup>20</sup> F. GNOLI, *Nuovi spunti*, cit., (= F. GNOLI, *Scritti scelti*, cit., p. 393 ss.), cui si rinvia. La completezza dell'informazione bibliografica esposta da Gnoli era stata lodata da Giuseppe Ignazio Luzzatto («ha visto anche diverse cose che mi erano sfuggite»), in una lettera inviata a Gabrio Lombardi nel dicembre del 1970. Cfr. F. PULITANÒ, *Franco Gnoli*, cit., p. 433.

<sup>21</sup> F. GNOLI, *Nuovi spunti*, cit., p. 418.

<sup>22</sup> Si veda, con specifico riferimento al saggio di Gnoli, M. TALAMANCA, *Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Colloquio italo-francese. La filosofia greca e il diritto romano*, 2, Roma, 1977, p. 242 ss., il quale, non senza risparmiare critiche al lavoro di Gnoli, riteneva che, in base al tenore letterale del paragrafo gaiano, la suddivisione in *genera* dei *quidam* non dovesse basarsi necessariamente su quattro applicazioni della *sponsio*, ma, probabilmente, su un «numero imprecisato» di esse; ciò osservato, però, ribadiva la validità dell'idea, già espressa da Autori più risalenti, secondo cui due dei quattro generi sarebbero da identificarsi con *actio in rem* e *actio in personam*.

<sup>23</sup> M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana LXXXIV-LXXXV-LXXXIX: nuovi spunti per una riflessione sulla sponsio nel processo romano*, in *Testimonium amicitiae*, Milano, 1992, p. 95-144. Si veda la bibliografia citata a p. 101 nt. 13 e a p. 103 nt. 14 e 15.

<sup>24</sup> Già nella *Lex Rubria*, al cap. 22, sembra esistere una applicazione della *sponsio* alla controversia su una *res* al cap. 22. Sul provvedimento, cfr. F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae. 'Municipalità' e 'ius Romanorum'*, Napoli, 1993, p. 149, secondo cui dalla *Lex Irnitana* si desume la possibilità di condurre liti di libertà attraverso l'*agere per sponsionem*; l'autrice si occupa anche della *sponsio in probrum* documentata dal cap. 84 ll. 12-13 della *lex Irnitana* (p. 155).

<sup>25</sup> Cap. 84 e cap. 89: cfr. M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana*, cit., p. 117 e p. 119, per una rifles-

periodo del primo principato (nelle forme della *sponsio in probrum*<sup>26</sup> e di quella *tertiaie et dimidiaie partis*<sup>27</sup>). In particolare, le espressioni *sponsione iudicioque se defendere* e *sponsionem facere* documentate dall'epigrafe sembrerebbero essere appunto riferite alla *sponsio tertiaie partis*, legata all'*actio certae creditae pecuniae*, o a quella conseguente alla *operis novi nuntiatio*<sup>28</sup>. Non si trovano invece, nel documento, appigli concreti per analizzare la dibattuta questione dei *genera actionum*, che De Bernardi indica come destinata a rimanere ancora aperta.

A quest'ultimo tema dedicherà un lavoro monografico, vent'anni più tardi, Francesco Silla. In estrema sintesi, secondo lo Studioso, la bipartizione preferita da Gaio, quella tra azioni *in rem* e azioni *in personam*, ben lungi dall'essere di lunga tradizione<sup>29</sup>, avrebbe trovato le proprie radici in una schematizzazione risalente a Giuliano<sup>30</sup>. Valutando la riconducibilità delle singole azioni all'uno o all'altro tipo (*in rem* o *in personam*) si sarebbe poi arrivati, ma solo in età severiana, a definire queste due tipologie come "contenitori" generali.

Sul problema specifico dei *genera sponsionum*, ritenendo non soddisfacente – come già Gnoli – l'idea che ai *duo genera, in rem e in personam*, ne andassero aggiunti altri due, e sollevando, anzi, il dubbio che non esistesse alcun punto di contatto tra le due classificazioni<sup>31</sup>, Silla giungeva a identificare, tra i tanti documentati dalle fonti, quattro possibili impieghi della *sponsio*, ciascuno ipoteticamente idoneo a rappresentare la base d'appoggio per fondare un singolo *genus*. Essi sono la *sponsio* negoziale, l'impiego processuale costituito dal rito *per sponsionem*, la *sponsio in probrum* e la *sponsio tertiaie partis* (sul *genus* derivante da quest'ultima si appuntano però talune perplessità di Silla<sup>32</sup>).

Si deve osservare che anche Silla, pur dopo una disamina particolarmente articolata e di ampio respiro, non ha ritenuto di poter proporre una soluzione plausibile alla questione, rinunciando a definirne i contorni precisi e mettendo in luce soprattutto le ragioni di incertezza interpretativa.

A distanza di un ulteriore decennio da quegli studi, e avvicinandoci così ai tempi attuali, occorre dare conto del fatto che la distinzione gaiana è stata posta gravemente in crisi dalle ipotesi ricostruttive avanzate da Platscheck<sup>33</sup>. Egli ha messo in evidenza come, probabilmente, il testo del manoscritto di Studemund, che

---

sione sull'impiego di tale *sponsio* nelle controversie di stato.

<sup>26</sup> Ancora cap. 84. M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana*, cit., p. 124 ss.

<sup>27</sup> Cap. 85. M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana*, cit., p. 132 ss.

<sup>28</sup> M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana*, cit., p. 111 s.

<sup>29</sup> F.M. SILLA, *Genera actionum*, cit., p. 63 ss. («è possibile che non si sia avuta, per lungo tempo, la percezione di esaustività della bipartizione delle azioni *in rem* ed *in personam*»).

<sup>30</sup> F.M. SILLA, *Genera*, cit., p. 56 s.

<sup>31</sup> F.M. SILLA, *Genera*, cit., p. 73.

<sup>32</sup> F.M. SILLA, *Genera*, cit., p. 128 s.

<sup>33</sup> J. PLATSHECK, *Die genera actionum in Gai 4.1*, in *Iura*, 70, 2022, p. 71-80.

nel punto rilevante presenta un'alterazione, sia stato sempre restituito in maniera erronea, tanto da ingenerare la discussione sulla presumibile esistenza di quattro *genera sponsionum*. Lo Studemund, invece, lungi dall'avallare la lettura corrente, che suona [...] *dixerunt ex sponsionum generibus*, contiene un 'in', fin qui trascurato dalla critica, che permetterebbe di ricostruire il tratto nel modo seguente, ancora più sibillino: '*in ex sponsionum generibus*'<sup>34</sup>.

Ciò premesso, può essere utile mettere a confronto il nostro paragrafo con altri due punti delle *Institutiones*, nei quali Gaio si sofferma, rispettivamente, sui *genera obligationum* (Gai. 3.163) e sui *genera interdictorum* (Gai. 4.161). In ambedue i casi il giurista usa l'espressione '*expositis generibus*'. Assumendo che l'*expositio generum* fosse una modalità didattica di Gaio, vi sarebbe un appiglio testuale per sostenere che la medesima fosse stata impiegata anche in Gai. 4.1: al posto di *in ex sponsionum generibus* si potrebbe allora leggere *in expositione generum*, liberando, di fatto, il campo dalla problematica esistenza di *genera* direttamente dipendenti dalla *sponsio*<sup>35</sup>.

Per Platscheck anche il fondamento dei *genera actionum* della classificazione criticata da Gaio potrebbe essere interpretato in modo diverso dalla *communis opinio*: i segni grafici del manoscritto non escluderebbero infatti la possibilità che nella frase *qui [...] dixerunt* si possa leggere sette (VII) e non quattro (IIII), il che potrebbe far pensare ad una precedente suddivisione delle azioni in sette *genera* (indipendenti dalla *sponsio*). Ma, per stessa affermazione dell'Autore, si tratta di uno spunto troppo vicino all'illazione, che non è possibile corroborare con alcuna fonte, e che, tra l'altro, continuerebbe a lasciare completamente irrisolto il problema di quali fossero i *genera* in parola<sup>36</sup>. Non v'è dubbio che l'effetto di questa lettura sia dirompente: essa, negando che la *sponsio* sia mai stata posta alla base della distinzione tra i generi di azioni, svuota la discussione del suo caposaldo principale.

La battuta d'arresto così subita dal dibattito sulla classificazione delle azioni è tuttavia compensata da una nuova, vivace attenzione rivolta all'impiego pratico della *sponsio* processuale nel panorama del diritto tardo-repubblicano e classico, su cui è d'obbligo soffermarsi<sup>37</sup>.

<sup>34</sup>) J. PLATSCHECK, *Die genera*, cit., p. 75.

<sup>35</sup>) J. PLATSCHECK, *Die genera*, cit., p. 76.

<sup>36</sup>) Anche in questo caso, l'Autore suggerisce che possa soccorrere un'integrazione argomentativa fondata sul confronto interno alle Istituzioni. In particolare, valutando la trattazione di Gai. 1.144-187, si arriverebbe ad individuare sette generi di tutela. Ma l'indizio è particolarmente labile, come lo stesso Platscheck mette in evidenza: J. PLATSCHECK, *Die genera*, cit., p. 77 s.

<sup>37</sup>) Per inciso, si osservi che, nel momento presente, anche le scoperte archeologiche inducono gli studiosi a interrogarsi ulteriormente sui meccanismi genetici dell'*agere per formulas*, tra tesi tradizionali e ulteriori considerazioni legate alla concezione delle formule. Il ritrovamento, in uno scavo sull'Aniene, di quello che Costabile (F. COSTABILE, *Il MEMORANDVM SVMPTVARIVM della Villa del Giurista sull'Aniene e la datazione degli affreschi con la formula processuale di Mucio*

3. Proprio un contributo di Ferdinando Zuccotti del 2022 ha messo in luce una possibile funzione dell'*agere per sponsionem* volta alla tutela di situazioni legate ai rapporti di vicinato, ma non propriamente riconducibili ad alcuna figura di diritto reale<sup>38</sup>. Lo Studioso ha analizzato, nello specifico, tre frammenti, ben noti in letteratura per la loro attitudine ad essere commentati anche nella prospettiva della tutela dell'ambiente<sup>39</sup>: essi sono D. 8.5.17 pr.; D. 8.5.17.2 (Alf. 2 dig.), dello stesso giurista; D. 8.5.8.5 (Ulp. 17 ad ed.).

Il primo testo<sup>40</sup> prende in considerazione il caso di un muro che, deformandosi, finisce per posizionarsi di fatto nello spazio del vicino confinante. Alfeno propone l'azionabilità del caso attraverso quella che in un primo momento Zuccotti definisce come una formula negatoria riconducibile alla *servitus prociendi*. Ad una perfetta identificazione con questa ostano però diversi elementi. Innanzi tutto, la *conceptio verborum* utilizzata nel passo (*'ius non esse illum parietem ita*

---

*Scevola*, in *TSDP*, 14, 2021, p. 16) ha definito come «prototipo tipologico» di una formula processuale, indicata come *formula Mucci Scaevolae*, ha stimolato un nuovo dibattito sul ruolo di questo giurista e della sua famiglia nell'elaborazione della tutela del *certum*. È chiaro che il tema si intreccia strettamente anche con le questioni qui sollevate. Sulla *formula Mucci*, cfr. *La villa del giurista sull'Aniene e i suoi affreschi*, cur. F. COSTABILE, Roma, 2021, con particolare riferimento agli scritti di M.A. CALABRÒ, *Nota linguistica sul latino delle iscrizioni dipinte della Villa di Mucio Scevola*, p. 174 ss.; M.P. PAVESE, *Formula Mucci: riflessioni su un genitivo e suo significato storico*, p. 183 ss.; E. JAKAB, *Formulae and proceedings before Roman courts*, p. 197 ss.; G. VALDITARA, *La formula di Mucio Scevola*, p. 213 ss.; R. CARDILLI, *La Formula Mucii Scaevolae della Villa del Giurista*, p. 219 ss.; R. FERCIA, *La doppia veste processuale del certum. Quinto Mucio e la conceptio verborum della conditio formulare*, p. 269 ss.; M. VARVARO, *La formula di Mucio Scevola, i nomi delle azioni e l'agere per concepta verba*, p. 345 ss. Da questi contributi emerge, una volta di più, la centralità di Quinto Mucio nell'elaborazione della tecnica formulare.

<sup>38</sup>) F. ZUCCOTTI, *Di alcune verosimili ipotesi di «agere per sponsionem» in Alfeno Varo e in Aristone*, in *RDR*, 22, 2022, p. 15, fa riferimento ad azioni che non hanno corrispondenza nell'editto pretorio e per le quali non c'è un *prius* sostanziale. Il dubbio di un'anomalia giuridica legata a queste situazioni era già stato avanzato dallo stesso Zuccotti diverso tempo prima: cfr. F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle cosiddette servitù pretorie*, in *Atti del Convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico' in memoria di Arnaldo Biscardi, Siena-Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001*, Milano, 2011, p. 376 e nt. 160.

<sup>39</sup>) Sul punto si veda, *ex multis*, A. DI PORTO, *La tutela della 'salubritas' fra editto e giurisprudenza. Il ruolo di Labeone*, in *BIDR*, 91, 1988, p. 1 ss.; più di recente, F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013, p. 194; M.F. CURSI, *Il divieto degli atti di emulazione: le contestate origini romane di un principio moderno*, in *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid, 2014, p. 609 e nt. 35; sotto il profilo dell'*actio negatoria*, S. MARTIN SANTISTEBAN, P. SPARKES, *Protection of immovables in European Legal Systems*, Cambridge, 2015, p. 19 ss.; G. SANTUCCI, *Diritto romano e diritto europeo*<sup>2</sup>, Bologna, 2018, p. 39 ss.; P. STARACE, *Titius Aristo, peritissimus et privati iuris et publici. Ricerche su un giurista di età traianea*, Torino, 2022, p. 120.

<sup>40</sup>) D. 8.5.17 pr. (Alf. 2 dig.): *si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret, ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet, agi oportet ius non esse illum parietem ita proiectum in suum esse invito se.*



*proiectum in suum esse*'), che appare, nella fattispecie, affatto peculiare e diversa da quella propria della servitù appena menzionata, pur dovendosi considerare il fatto che il responso risale a un'epoca nella quale non doveva ancora essersi completamente stabilizzato il quadro dei *iura in re aliena*. Inoltre, Zuccotti appare perplesso nel ritenere che la portata di questa servitù, che riguarda balconi e simili, potesse essere stata estesa anche a casi come questo. Semmai, tra l'altro (ed è il terzo elemento di critica), il problema principale sarebbe quello di evitare danni peggiori, elemento che inquadrirebbe la fattispecie nell'alveo del più tecnico *damnum infectum*, del quale però il testo non fa menzione. Siamo, dunque, di fronte ad una fattispecie ben poco lineare<sup>41</sup>.

Il secondo passo è un altro paragrafo dello stesso frammento, D. 8.5.17.2<sup>42</sup>: esso affronta la questione dell'ammucchiamento di letame addossato al muro del vicino, con conseguente marcescenza del medesimo e necessità di intervenire per porre fine alla situazione di rischio. Anche in questo caso Zuccotti parla di una «peculiare *negatoria servitutis*», soffermandosi altresì sull'ipotesi di un richiamo alla *cautio damni infecti*, evocata dalla menzione di una *stipulatio* finalizzata a ottenere il risarcimento del danno<sup>43</sup>.

Il terzo testo è quello, famosissimo, delle immissioni provenienti da un caseificio, dato in locazione a un casaro dal municipio di *Minturnae* (D. 8.5.8.5 [Ulp. 17 ad ed.]<sup>44</sup>). L'autore è Ulpiano, ma anche qui egli rimanda al parere di altri giuristi: innanzi tutto, di Aristone, dal quale si ricava la proposta di una tutela a mezzo di un'azione non meglio precisata, espressa nei termini '*ius ei non esse fumum immittere*' (esprimibili, sul versante opposto, nei termini '*ius mihi esse fumum immittere*'). A prescindere dalla complessità del caso, nel quale entrano in gioco inte-

<sup>41</sup>) F. ZUCCOTTI, *Di alcune*, cit., p. 4 e 5. Non può trattarsi, evidentemente, di una servitù in senso stretto, dato che non è configurabile alcun contenuto di servitù consistente nel diritto di disturbare il vicino con una patologia delle strutture edilizie.

<sup>42</sup>) *Secundum cuius parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat, consulebatur, quemadmodum posset vicinum cogere, ut sterculinum tolleret. Respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute agere oportere: si damni infecti stipulatus esset, possit per eam stipulationem, si quid ex ea re sibi damni datum esset, servare.*

<sup>43</sup>) F. ZUCCOTTI, *Di alcune*, cit., p. 7.

<sup>44</sup>) *Aristo Cerellio Vitali respondit non putare se ex taberna Casiaria fumum in superiora aedificia iure immitti posse, nisi ei rei servitutum talem admittit. Idemque ait: et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licet: in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquae esse immisionem: posse igitur superiorem cum inferiore agere ius illi non esse id ita facere. Alfenum denique scribere ait posse ita agi ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant. Dicit igitur Aristo eum, qui tabernam Casiariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse fumum immittere, sed Minturnenses ei ex conducto teneri: aequae sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, ius ei non esse fumum immittere. Ergo per contrarium agi poterit ius esse fumum immittere: quod et ipsum videtur Aristo probare. Sed et interdictum uti possidetis poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti.*

razioni tra diversi mezzi di tutela<sup>45</sup>, in questo contesto rileva la formulazione della frase infinitiva appena riportata, alla quale non è possibile collegare con sicurezza l'esistenza di una servitù nota. Allo stesso modo, non è immediato classificare il rimedio propugnato dalla pronuncia di Alfeno successivamente richiamata da Ulpiano: secondo il giurista repubblicano, qualora taluno, spaccando pietre sul proprio fondo, avesse lanciato schegge sul fondo confinante, sarebbe stato possibile agire affermando '*ius illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum fragmenta cadant*'.

Ricapitolando, tutte e tre le fattispecie sono costruite come servitù prediali, ma presentano decisi profili di stranezza<sup>46</sup>. Tra l'altro, anche ammesso che in epoca repubblicana si potessero configurare servitù così peculiari, i rimedi processuali evocati dai passi non corrispondono a nessuna formula editale conosciuta<sup>47</sup>.

Ancora più emblematico in questo senso è un ulteriore paragrafo ulpiano, D. 39.2.9.2 (Ulp. 53 ad ed.), ove Alfeno, in un caso di incrementi fluviali per avulsione, sulla base del principio per cui è sempre possibile rivendicare la zolla di terreno prima che le radici si siano saldate alla nuova sede, esprime la possibilità di agire nei seguenti termini: '*ius tibi non esse ita crustam habere*'. Pur ricalcandosi, nello schema rimediabile, l'azione *negatoria servitutis*, non si può tuttavia riconoscere a questa fattispecie la qualifica di vero e proprio *ius in re aliena*, anche in considerazione di una pluralità di problemi connessi alla costruzione della stessa da parte del giurista<sup>48</sup>.

La conclusione di Zuccotti è che le formulazioni qui brevemente riassunte fossero invece compatibili con la tutela realizzata attraverso l'*agere per sponsionem*<sup>49</sup>: la scomparsa prematura ha impedito allo Studioso di portare a compimen-

---

<sup>45</sup>) Per una breve ricognizione, cfr. F. ZUCCOTTI, *Di alcune*, cit., p. 10 e nt. 36.

<sup>46</sup>) F. ZUCCOTTI, *Di alcune*, cit., p. 11 e, testualmente, p. 14. Solo più avanti nel tempo si affermò infatti la tendenza a ricomprendere nelle servitù in senso tecnico tutti i rapporti di vicinato (p. 32).

<sup>47</sup>) Un'altra evidente stranezza è l'idea che le azioni possano essere riconosciute anche al semplice detentore (F. ZUCCOTTI, *Di alcune*, cit., p. 17). Zuccotti si dedica anche a un confronto con D. 8.5.14.1 (Pomp. 33 ad Sab.), che assomiglia al primo dei tre, anche se non è identico (p. 20 s.). In questi casi, «dovevano valere le ragioni sostanziali che i contendenti potevano in astratto far valere oggettivamente, senza steccati e separazioni tra i vari mezzi processuali idonei a farli prendere in considerazione dal giudice nel normale processo (fattore che probabilmente può tra l'altro concorrere a spiegare la relativa longevità di questo tipo di procedura)» (p. 24).

<sup>48</sup>) F. ZUCCOTTI, *Di alcune*, cit., p. 22. Ad esempio, il fatto che il testo affronti il tema dell'acquisto della proprietà con un approccio processuale e non sostanziale, come accade nel resto del titolo.

<sup>49</sup>) F. ZUCCOTTI, *Di alcune*, cit., p. 24. Ad ulteriore riprova, l'Autore adduce anche D. 8.5.13 (Proc. 5 epist.), dal quale appare chiaramente il carattere duttile della *sponsio*. Può così ulteriormente ipotizzare che le parole contenute in D. 8.5.8.5 si possano interpretare come allusive a due *sponsiones* di segno inverso (p. 27).

to gli spunti accennati in questo lavoro, in conclusione del quale egli avanza però l'invito ad approfondire lo studio, quale

«proficuo modo per individuare nelle fonti ipotesi sinora sfuggite di *agere per sponsionem*, consentendo un probabile sviluppo degli studi su tale procedura, di cui in concreto le particolari esplicazioni contingenti restano attualmente ancora poco conosciute, e permettendo di delineare per tal via un quadro relativamente più compiuto della non facile materia»<sup>50</sup>.

Si sente forte, in queste parole, anche l'eco del monito di Gnoli, che, in anni più risalenti, era stato quello di Scherillo.

4. L'auspicio espresso da Scherillo e Gnoli prima, da Zuccotti poi, ha trovato una realizzazione concreta negli interventi, quasi sovrapposti, di altri tre Studiosi, tutti apparsi nel corrente anno 2023: Mario Varvaro ha dedicato all'*agere per sponsionem* una lunga trattazione di stampo didattico; Riccardo Cardilli e Riccardo Fercia, sebbene da prospettive non del tutto coincidenti, hanno analizzato quasi contemporaneamente l'articolato caso di D. 4.3.9.3, dal quale soprattutto il secondo Autore ha ritenuto di poter ricavare interessanti indicazioni relative, appunto, all'impiego della procedura *per sponsionem* nel diritto del primo principato.

La disamina di Varvaro, che si estende per parecchie pagine, dà evidenza alla circostanza che, ancora oggi, il ruolo della *sponsio* processuale deve essere considerato di rilevanza centrale nello sviluppo del processo. L'autore palermitano, dopo un rapido riferimento all'esistenza, nelle fonti, delle già richiamate *sponsiones* concluse per accertare fatti riguardanti l'onore e la buona reputazione<sup>51</sup>, oltre che, nell'ambito criminale, di *sponsiones* finalizzate a creare un obbligo di pagare per il caso in cui le accuse risultassero fondate<sup>52</sup>, si dedica alla descrizione di quello che egli qualifica come un nuovo tipo di procedura affermatosi in età preclassica. Si tratta, appunto, dell'*agere per sponsionem* in senso stretto, cioè di quella forma processuale di accertamento del diritto di proprietà realizzato attraverso un processo *in personam*, a propria volta reso possibile dalla conclusione di una *sponsio*: di fatto, una promessa di pagamento condizionata alla verifica della titolarità del diritto reale e senza obbligo di effettiva corresponsione della somma alla controparte.

Dopo una breve digressione terminologica sulle espressioni *provocare sponsione* e *provocare ad sponsionem*, entrambe presenti nelle fonti<sup>53</sup>, l'analisi del notissimo Gai. 4.93-94 permette a Varvaro di soffermarsi sulle peculiarità del "nuovo" schema di giudizio. Innanzi tutto, Egli sottolinea l'elemento fondamentale del-

---

<sup>50</sup>) F. ZUCCOTTI, *Di alcune*, cit., p. 34.

<sup>51</sup>) M. VARVARO, *Lineamenti*, cit., p. 59.

<sup>52</sup>) M. VARVARO, *Lineamenti*, cit., p. 60 nt. 5.

<sup>53</sup>) M. VARVARO, *Lineamenti*, cit., p. 61 nt. 8.

l'inversione dell'onere della prova. Nella procedura *per sponsionem* esso gravava sul solo attore, spezzandosi così «la simmetria delle posizioni dei due contendenti»<sup>54</sup>. Sotto il profilo strettamente procedurale, Varvaro ricorda che la *sponsio* relativa all'accertamento del diritto di proprietà avrebbe dovuto essere preceduta da un'altra promessa del convenuto, la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*, le cui clausole – *ob rem iudicatam, ob rem non defensam, de dolo malo* – avrebbero garantito all'attore una collaborazione del convenuto all'instaurazione del processo (attraverso, appunto, la prestazione della *sponsio praeiudicialis*)<sup>55</sup>.

La lettura proposta da Varvaro si allinea, nella sostanza, con quella che fu l'idea originaria di Scherillo, poi ripresa anche da Gnoli nella tesi di laurea, secondo la quale la procedura *per sponsionem* avrebbe rappresentato un vero e proprio “ponte di passaggio” verso l'*agere per formulas*<sup>56</sup>; secondo questa interpretazione, in un primo momento il tramite fu rappresentato, come già ipotizzato da Scherillo, dalla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*<sup>57</sup>.

Ciò posto, si deve osservare che alcuni principi propri della rivendica trovano la loro prima espressione proprio nell'*agere per sponsionem*<sup>58</sup>. Dell'asimmetria tra la posizione delle parti si è già detto; aggiungiamo che la formula avrebbe permesso di sintetizzare in un unico programma tutti gli elementi prima racchiusi nelle *sponsiones*. Per mezzo di essa si potevano infatti includere nel programma di giudizio svariate questioni, «trasfuse in ulteriori clausole» e connesse con quella principale o relative ad eventi successivi alla *litis contestatio*, come ad esempio la *restitutio* o l'*exhibitio*<sup>59</sup>. In altri termini, l'*intentio* della formula petitoria sarebbe la versione formulare della *sponsio praeiudicialis*, la *clausola arbitraria* e la condanna ‘tradurrebbero’ la *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*.

Nella trattazione di Varvaro trova uno spazio anche un rapidissimo accenno alla questione dei *genera sponsionum*, sebbene espressa in modo assai dubitativo<sup>60</sup>. La natura didattica del volume fa sì che Varvaro non si addentri in questioni più

---

<sup>54</sup>) M. VARVARO, *Lineamenti*, cit., p. 62.

<sup>55</sup>) Per una ricostruzione del testo della promessa, cfr. M. VARVARO, *Lineamenti*, cit., p. 63 nt. 16. Un approfondimento sul versante della garanzia si trova in G. GULINA, *Contributo*, cit., p. 65 ss.

<sup>56</sup>) M. VARVARO, *Lineamenti*, cit., p. 67.

<sup>57</sup>) Si tratta di un tempo in cui la scrittura doveva essere già diffusa. Nel II a.C. la legge Ebuizia abolisce le *legis actiones*, tranne che per le cause che si svolgevano davanti al tribunale centumvirale, dove probabilmente si usava l'*agere per sponsionem* abbinato allo schema della *legis actio in personam*. M. VARVARO, *Lineamenti*, cit., p. 73 ss.

<sup>58</sup>) M. VARVARO, *Lineamenti*, cit., p. 70. Non abbiamo evidenze in tal senso, ma può essere che essa fosse impiegata anche per le azioni *in personam*.

<sup>59</sup>) M. VARVARO, *Lineamenti*, cit., p. 72.

<sup>60</sup>) «Non è facile individuare quali fossero i quattro generi di *sponsio* dai quali per tali giuristi derivavano altrettanti generi di azioni, ma fra essi possono immaginarsi le *sponsiones praeiudiciales*» (M. VARVARO, *Lineamenti*, cit., p. 70).

specifiche di esegesi testuale, cosa che avviene invece nei due contributi di Riccardo Cardilli<sup>61</sup> e di Riccardo Fercia<sup>62</sup>, i quali, nel medesimo turno di tempo, si sono dedicati all'esegesi di un famoso paragrafo ulpiano, nel quale Labeone e Pomponio si pronunciano, sotto profili diversi, sulle azioni da concedere in un'ipotesi non limpidissima di controversia su una partita di olio.

Non è intento di chi scrive ripercorrere nello specifico tutte le questioni sollevate dal testo, per la cui analisi si rimanda ai densi scritti dei due ultimi autori e di chi li ha preceduti<sup>63</sup>; è tuttavia imprescindibile riportare il passo e ricordare i problemi che esso solleva, anche se solo funzionalmente a qualche osservazione sul tema qui indagato:

D. 4.3.9.3 (Ulp. 11 ad ed.): Labeo libro trigensimo septimo posteriorum scribit, si oleum tuum quasi suum defendat Titius, et tu hoc oleum deposueris apud Seium, ut is hoc venderet et pretium servaret, donec inter vos de iudicetur cuius oleum esset, neque Titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati neque sequestraria Seium convenire potes nondum impleta condicione depositionis, de dolo adversus Titium agendum. Sed Pomponius libro vicensimo septimo posse cum sequestre praescriptis verbis actione agi, vel si is solvendo non sit, cum Titio de dolo. Quae distinctio vera esse videtur.

La sostanza del caso è la seguente: Tizio e Tu controbattono sulla proprietà di una certa quantità di olio. Nelle more della decisione su questo punto, Tu, che evidentemente possiede la merce, la deposita presso Seio perché la venda, evitando così gli eventuali pregiudizi economici che potrebbero derivare dal ritardo nella commercializzazione. Seio dovrà poi trasferire al vincitore del giudizio il prezzo ottenuto. Tizio, però, si rifiuta di *iudicium accipere*, determinando una serie di problemi a catena. Innanzi tutto, ci si chiede quale azione potrebbe esercitare Tu per ottenere il prezzo della merce venduta: secondo la pronuncia di Labeone, non sarà possibile impiegare né l'azione di mandato, né la *sequestrataria*, dato che la *condicio depositionis* non si è avverata. Si dovrà perciò ricorrere, per il giurista, all'azione di dolo contro Tizio. Questa soluzione non è condivisa del tutto da Pomponio, per il quale si dovrà esperire, in primo luogo, l'*actio praescriptis verbis* contro il sequestratario, e solo in via subordinata, se questa risulti infruttuosa, l'azione di dolo contro Tizio. Ulpiano approva questa seconda tesi.

Le questioni sollevate dal tenore letterale del caso sono più d'una: ci si è interrogati, ad esempio, sul tipo di azione al quale alluderebbe l'espressione *iudicium*

---

<sup>61</sup>) R. CARDILLI, *Un responsum*, cit., p. 341 ss.

<sup>62</sup>) R. FERCIA, *'Agere de dolo'*, cit., p. 34 ss.

<sup>63</sup>) Il passo è stato indagato soprattutto in relazione all'*agere praescriptis verbis*. Si veda, per una corposa rassegna di testi, E. STOLFI, *Ancora su 'actio de dolo', 'agere praescriptis verbis', e un synallagma che non c'è*, in *AUPA*, 64, 2021, p. 285 ss.

*accipere*; ci si è chiesti se il dolo di Tizio debba essere inteso come sostanziale o come processuale<sup>64</sup> e se il significato del verbo *defendere* sia o meno quello tecnicamente riconducibile alla *defensio formulare*.

Occorre sottolineare, innanzi tutto, che sugli aspetti sopra sintetizzati le ricostruzioni di Cardilli e di Fercia divergono in non pochi punti. Ai nostri fini, interessa soprattutto focalizzarsi sugli snodi ermeneutici che chiamano in causa l'*agere per sponsionem*.

Di tale procedura Cardilli non fa menzione: egli ritiene infatti plausibile che il tirarsi indietro di Tizio nel *iudicium accipere*, così come denunciato da Labeone, si riferisca al vero e proprio giudizio formulare con formula petitoria<sup>65</sup>. Allo stesso modo, il rifiuto di Tizio di *defendere* deve intendersi come consumato all'interno della rivendica formulare, anche se, per la verità, il fatto che Tu fosse possessore potrebbe dare origine a parecchie perplessità sul fronte della legittimazione passiva all'azione<sup>66</sup>. Nonostante questi aspetti di dubbio, per l'Autore Labeone ritiene sanzionabile con *actio de dolo* quello che può essere qualificato come un *venire contra factum proprium* di Tizio convenuto<sup>67</sup>.

Quanto alla posizione del sequestratario, le azioni tipiche sono escluse dalla pendenza della condizione sospensiva, oltre che dal fatto che il deposito non pare rappresentare il frutto di un accordo tra i due contendenti; il contesto in cui si muove Labeone gli impedisce di individuare come rimedio verso costui l'*actio praescriptis verbis*<sup>68</sup>, mentre essa, sotto forma di adattamento della relativa *conceptio verborum*, sarà ammessa senza difficoltà da Pomponio, proprio a causa della mutata visione propria del suo tempo<sup>69</sup>.

I rilievi critici alla configurabilità della rivendica formulare – nello specifico, la circostanza, che pare assodata per Labeone, che Tu sia possessore e che per questo risulterebbe molto difficile ammettere che egli avesse assunto la posizione di attore nell'azione petitoria – sono invece dirimenti per Fercia, il quale ricostruisce il

---

<sup>64</sup>) Per la discussione sul punto, cfr. R. CARDILLI, *Un responsum*, cit., p. 349 e nt. 27 e 28.

<sup>65</sup>) R. CARDILLI, *Un responsum*, cit., p. 347.

<sup>66</sup>) R. CARDILLI, *Un responsum*, cit., p. 352 s.; la criticità non era sfuggita a M. TALAMANCA, *Note sul Ulp. 11 ad ed. D. 4.3.9.3. Contributo alla storia del cd. contratti innominati*, in *Studi E. Fazalari*, 1, Milano, 1993, p. 198 ss., della cui complessa ricostruzione Cardilli dà conto, riportandola testualmente (p. 350 e nt. 34).

<sup>67</sup>) Per questo Tizio è ritenuto responsabile del danno patito da Tu (R. CARDILLI, *Un responsum*, cit., p. 355 ss.).

<sup>68</sup>) R. CARDILLI, *Un responsum*, cit., p. 360. Afferma l'Autore che «ad incidere sulla soluzione labeoniana sarebbero stati proprio i tipi contrattuali (mandato e sequestro) che potevano essere presi in considerazione, sebbene non perfezionati, per l'adeguamento della formula di azione con la *praescriptio verborum*».

<sup>69</sup>) R. CARDILLI, *Un responsum*, cit., p. 361. Si veda anche l'analisi, tutta focalizzata sui dubbi relativi alla concessione dell'*actio praescriptis verbis*, di E. STOLFI, *Ancora su 'actio de dolo'*, cit., p. 285 ss.

caso in altro modo. Egli intende infatti il verbo ‘*defendat*’, con il quale viene descritto il comportamento di Tizio, non come difesa tecnica nel processo ma, più genericamente, nel significato di ‘accampare diritti’. Si apre così la via ad un’altra interpretazione: Tu, che è possessore, non ha legittimazione attiva per intentare una *reivindicatio*, ma, a causa delle pressioni di Tizio, risulta avere bisogno di ricorrere ad un accertamento mero del proprio diritto di proprietà. Tale accertamento si può realizzare, nel caso concreto, con lo strumento dell’*agere per sponsionem*<sup>70</sup>.

In questa prospettiva, lo Studioso interpreta diversamente anche l’espressione *iudicium accipere*, la quale «va intesa, a questo punto, come allusiva al rifiuto del convenuto di collaborare al complessivo (ed unitario) procedimento descritto da Gai. 4.93: in sostanza, *Titius* si sottrae finanche all’addivenire al negozio verbale processuale che è presupposto logico e tecnico del susseguente *edere* la *formula* dell’*actio certi*, cioè la struttura verbale *qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere*»<sup>71</sup>.

Quanto al *dolus malus* di Tizio, esso consisterebbe «in questo conclamato rifiuto di collaborare all’instaurazione del processo *in rem* dopo aver ingenerato artificiosamente in capo a Tu il bisogno di tutela meramente accertativa»<sup>72</sup>.

Si potrebbe obiettare che nel testo non risulta alcun diretto riferimento all’*agere per sponsionem*, ma ciò non deve stupire: il disinteresse giustiniano per la procedura *per sponsionem* potrebbe aver determinato la sparizione del riferimento diretto ad essa nel nostro paragrafo, e più in generale nella compilazione. Nonostante ciò, nel caso specifico, si può concordare con Fercia nel ritenere che la lettura orientata a fare emergere la presenza “nascosta” della *sponsio* processuale nel testo sia un approccio di studio utile a superare i problemi interpretativi legati ai meccanismi tecnici della legittimazione attiva e passiva alla rivendica, contribuendo a spiegare la “stranezza” di un possessore che, secondo un’opinione affermatasi in letteratura, avrebbe assunto la posizione di attore. Se ne desume, altresì, la coesistenza temporale tra formula petitoria e *agere per sponsionem* (così, del resto, si legge letteralmente in Gai. 4.90: *aut per formulam petitoriam agimus, aut per sponsionem*), a motivo del diverso scopo della seconda, finalizzato al mero accertamento del diritto di proprietà.

Ciò premesso, si procede ora a qualche ulteriore osservazione.

5. Non v’è dubbio alcuno che il sistema delle *sponsiones* rappresentasse larga parte dello stesso sistema giuridico dell’età preebuzia e non pare dubbio nemmeno

<sup>70</sup>) R. FERCIA, ‘*Agere de dolo*’, cit., p. 37 s. In tal modo si giustificerebbe anche l’uso del verbo *deiudicare*, che farebbe riferimento alla necessità di decidere la questione della proprietà, oggetto fino a quel momento di discussione stragiudiziale (p. 40).

<sup>71</sup>) R. FERCIA, ‘*Agere de dolo*’, cit., p. 41.

<sup>72</sup>) R. FERCIA, ‘*Agere de dolo*’, cit., p. 42.

il fatto che tra le molteplici applicazioni della *sponsio* ve ne fossero alcune finalizzate alla semplificazione del sistema delle *legis actiones*<sup>73</sup>.

Le esortazioni di Gnoli a orientarsi in quella direzione sembrano essere state soprattutto raccolte, da ultimo, dagli studi di Zuccotti e di Fercia: con essi, a mio parere, ci si è avviati a superare un certo 'scollamento' tra la lettura di Gai. 4.93-94 come asettica testimonianza di un meccanismo processuale che, secondo il sentire corrente, sarebbe stato confinato nell'ombra con l'affermarsi della *formula* (prova ne sarebbe proprio il fatto che altre fonti giuridiche non ne recano significative tracce), e i casi concreti dell'età classica, per almeno alcuni dei quali è invece altamente probabile che l'*agere per sponsionem* trovasse un'effettiva applicazione<sup>74</sup>.

Di tale applicazione gli Autori sopra citati offrono due diversi punti di vista: Zuccotti individua una possibile funzione della procedura *per sponsionem* che per alcuni versi si discosta da quella gaiana. Essa, finalizzata a sanzionare situazioni non perfettamente sovrapponibili a *iura in re aliena* in senso proprio è forse maggiormente accostabile, da questo punto di vista, al meccanismo delle *sponsiones* legate agli interdetti. Fercia riconosce invece nel testo ulpiano di D. 4.3.9.3 la tipica funzione di mero accertamento propria del gaiano *agere in rem per sponsionem*, e la propone come ipotesi alternativa adatta a risolvere questioni 'scomode' di stampo processuale.

Come sopra ricordato, non si può prescindere dalla circostanza che sia stato l'intervento dei compilatori a costringere gli interpreti a un lavoro più complesso di scavo testuale e, conseguentemente, a confinare al piano congetturale il riconoscimento delle tracce dell'*agere per sponsionem* nella compilazione.

In chiusura di questa rassegna, non pare allora inutile richiamare l'attenzione su altri due testi, dai quali si desume un implicito riconoscimento, anche presso i giuristi di età severiana, se non direttamente dell'*agere per sponsionem*, quantomeno del principio che di esso si poneva alla base<sup>75</sup>:

D. 12.1.37 pr. (Pap. 1 def.): cum ad praesens tempus condicio confertur, stipulatio

---

<sup>73</sup>) Così, letteralmente, M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana*, cit., p. 144: «i riferimenti contenuti in detta *lex Irnitana*, affiancati a quelli di altre fonti, ci confermano ora come il ricorso alla *sponsio* in funzione pregiudiziale o mista pregiudiziale-penale, su accordo delle parti e spesso con il controllo del magistrato, anche al di là dei casi espressamente menzionati da Gaio, fosse d'uso per accertare questioni rilevanti in fatto e in diritto, in particolare la veridicità di affermazioni lesive dell'onore e [...] lo stato di un determinato soggetto». Lo stesso De Bernardi aveva in precedenza sottolineato (p. 123) un possibile impiego della *sponsio* anche come espediente per eludere i limiti di valore connessi alla giurisdizione dei magistrati municipali.

<sup>74</sup>) Peraltro, della coesistenza tra formula petitoria e *agere per sponsionem* non dubita G. GULINA, *Contributo*, cit., p. 74.

<sup>75</sup>) In questo paragrafo do una prima voce, in forma assai embrionale, all'idea nata da alcune conversazioni scientifiche con Riccardo Fercia, al quale va la mia gratitudine per il proficuo confronto.



non suspenditur et, si condicio vera sit, stipulatio tenet, quamvis tenere contrahentes condicionem ignorent, veluti 'si rex Parthorum vivit, centum mihi dari spondes?' eadem sunt et cum in praeteritum condicio confertur.

Siamo nel titolo 12.1, rubricato *De rebus creditis si certum petetur et de condicione*. Papiniano afferma espressamente che una *stipulatio* sottoposta a condizione formulata *ad praesens tempus* regge, anche se l'essere o meno vero l'evento dedotto in condizione sia ignorato dai contraenti<sup>76</sup>. Lo stesso principio si applica alla condizione *in praeteritum*.

Notiamo che la struttura stipulatoria esemplificata da Papiniano ('*si rex Parthorum vivit, centum mihi dari spondes?*'), è di fatto sovrapponibile a quella gaiana della *sponsio praeiudicialis*: l'accertamento di una situazione di fatto esistente – che in Gai. 4.53 si delinea come il diritto di proprietà su un bene, qui sulla condizione di vivente o defunto del re dei Parti – condiziona il dispiego degli effetti della disposizione negoziale<sup>77</sup>. Si fa strada così l'idea che il ragionamento sulla *condicio in*

<sup>76</sup>) I manuali istituzionali si occupano del tema inquadrandolo nella condizione cosiddetta "impropria". Sulla scia di H. DERNBURG, *System des Römischen recht. Der Pandekten*, 1, Berlin, 1902, p. 251, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1989, p. 221 definisce questo tipo di condizioni come «clausole negoziali che fanno riferimento ad eventi attuali o passati: non quindi futuri, e neanche oggettivamente incerti»; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 252 s., qualifica tale condizione come caratterizzata da uno stato di «incertezza soggettiva», che ne snatura i caratteri tipici; C. MOKREJS, 'In der Schwebe'. Zum Versuch der Kategorisierung der *condicio iuris im klassischen römischen Recht*, in *RIDA*, 56, 2009, p. 318, afferma non essere condizioni quelle circostanze caratterizzate da mancanza di pendenza; più di recente, N. COCH ROURA, *La forma estipulatoria. Una aproximación all'estudio del lenguaje directo de el Digesto*, Madrid, 2017, p. 282, parla senz'altro di «condizione impropria».

<sup>77</sup>) Solo per inciso, si ricorda che la *condicio in praesens* è richiamata dai giuristi anche, ad esempio, per l'istituzione di erede. Pomponio, nel titolo D. 28.3, *De iniusto rupto irrito facto testamento*, si esprime come segue: D. 28.3.16 (Pomp. 2 ad Quint. Muc.): *cum in secundo testamento heredem eum qui vivit instituimus sive pure sive sub condicione (si tamen condicio existere potuit, licet non exstiterit), superius testamentum erit ruptum. Multum autem interest, qualis condicio posita fuerit: nam aut in praeteritum concepta ponitur aut in praesens aut in futurum: [...] Quod si ad praesens tempus condicio adscripta est herede instituto, veluti 'si Titius consul est', eundem exitum habet, ut, si sit, possit heres esse et superius testamentum rumpatur, si non sit, nec possit heres esse nec superius testamentum rumpatur*. Un secondo testamento nel quale sia istituito un erede sotto condizione, in caso di effettiva sussistenza dell'evento dedotto in condizione (nella fattispecie, «se Tizio è console») romperà il primo anche se la condizione sia formulata *in praesens* (si veda E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, 2018, p. 184 ss.). Contrariamente a quanto afferma Pomponio, Ulpiano, in un passo tratto dal titolo 28.1, *Qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamentaria fiant*, considera non valida la condizione apposta alla istituzione di erede, se formulata *in praeteritum* o *in praesens*. L'esempio di condizione è il medesimo usato da Papiniano: «se il re dei Parti è vivo»: D. 28.7.10.1 (Ulp. 8 disp.): *si quem ita institutum ponamus: 'Ille, si eum codicillis heredem scripsi, heres esto', valet institutio etiam in filio qui in potestate est, cum nulla sit condicio, quae in praeteritum confertur vel quae in praesens, veluti 'si rex parthorum vivit', 'si navis in portu stat'*. Sulla questione dell'istituzione di erede, dunque, l'orientamento dei giuristi non è

*praesens* nella *stipulatio* condotto in età papiniana giustificati implicitamente anche il meccanismo dell'*agere in rem per sponsionem* e che, quindi, non debba essere strano pensare che una forma processuale di quel genere potesse essere ancora concretamente praticata anche in età tardo-classica.

Da questo punto di vista appare interessante richiamare il contesto nel quale, secondo Lenel, si inseriva la pronuncia di Papiniano: pur conoscendo i rischi di travisamento legati alla selezione compilatoria dei passi, notiamo che, nella palinogenesi leneliana, nel I libro delle definizioni, D. 12.1.37 [n. 32] era preceduto da D. 44.7.28 [n. 31], nel quale il giurista distingueva tra *actio*, *petitio* e *persecutio*<sup>78</sup>: *actio in personam infertur: petitio in rem: persecutio in rem vel in personam rei persecuendae gratia*.

Il Lenel ha sostenuto che quest'ultimo frammento fosse da riferire alla *stipulatio Aquiliana*, oggetto del precedente testo [n. 30] D. 2.5.15, ma ci si potrebbe forse legittimamente interrogare anche sulla possibilità che questa tripartizione facesse invece parte di un più ampio ragionamento, comprensivo anche della funzione della *condicio in praesens* sul piano processuale.

Evidentemente, questi brevi accenni non risolvono alcuna questione, ma, semmai, aprono una nuova, possibile prospettiva, consistente nell'aggiungere ai filoni di indagine esistenti<sup>79</sup> quello volto a cercare nelle fonti ulteriori testimonianze di *agere per sponsionem*, assumendosi come criterio di analisi i profili legati al contenuto della circostanza dedotta in condizione nel caso controverso. Da un simile angolo visuale, anche uno studio sulla *stipulatio Aquiliana* orientato in questa direzione potrebbe forse aggiungere qualche dato interessante. Ma, al momento, si tratta di un mero spunto di riflessione.

---

univoco: i due testi appena riportati lasciano presumere, infatti, un cambiamento di rotta tra Pomponio, che ammetteva la *condicio in praesens*, e Ulpiano, che la escludeva.

<sup>78</sup>) O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, 2, Lipsiae, 1889, c. 809-810.

<sup>79</sup>) Come si desume dalle pagine precedenti, essi si possono riassumere come segue: la valutazione sotto il profilo funzionale, volta a mettere in evidenza il sicuro ruolo dell'*agere per sponsionem* come ponte di passaggio verso la *formula* dell'azione *in rem* (così, come si è visto, Scherillo, Gnoli, Costabile, Varvaro); la ricognizione dei variegati scopi dell'accertamento compiuto a mezzo della *sponsio*, dalle cause di libertà, all'onore e alla reputazione; la *sponsio* nella procedura postinterdittale; l'individuazione dei *genera sponsionum* che, secondo Gaio, per un certo periodo furono addirittura posti alla base della classificazione delle azioni (così Silla e Platscheck).