
REVISTA DE DERECHO UNED, NÚM. 26, 2020

IUDICIA CONTRARIA IN CIC. DE OFF. III. 17.70.

SALVATORE ANTONIO CRISTALDI

Professore Associato (Prof. Titular en España)
Università di Enna “Kore” (Italia)

Abstract. L'autore critica un orientamento diffuso in dottrina, secondo il quale l'espressione “*iudicia contraria*”, figurante in Cic. *De off.* III. 17.70, sarebbe qui utilizzata con un significato non tecnico, riferibile pure alle azioni scaturenti dalla compravendita e dalla locazione. A suo avviso, tale espressione ha, invece, un significato tecnico, riscontrabile pure in testimonianze di età assai vicina a quella dell'arpinate.

Abstract. El A. cuestiona una posición doctrina generalizada que defiende que la expresión “*iudicia contraria*”, recogida en Cic. *De off.* III. 17.70, sería utilizada con un significado no técnico referida a las acciones derivadas de la compraventa y del arrendamiento. A su juicio, por el contrario, tal expresión sí posee un significado técnico del que puede encontrarse testimonios en tiempos próximos a los ciceronianos.

Abstract. The author criticises a well widespread opinion the expression “*iudicia contraria*” in Cic. *De off.* II. 17. 70 has in this case an atechanical meaning that can be referred too to the actions arising from the sale and the rental contracts. The author argues instead “*iudicia contraria*” in Cic. *De off.* II. 17. 70 does have a technical meaning that can be detected also in other sources next to time of Cicero.

Keywords: *iudicia contraria*; *ex fide bona*; *iudex*.

Sommario: 1. Stato della dottrina in merito alla interpretazione di Cic. *De off.* III. 17.70. 2. Il significato attribuito all'espressione “*iu-*

dicia contraria” da Cicerone. 2.1. ... e dai giuristi di epoca assai vicina a quella dell’arpinate. – 3. Importanza del compito svolto dal giudice nei *iudicia contraria* considerati da Cicerone.

Recepción original:3-2-2020

acceptación original:13-3-2020

1. STATO DELLA DOTTRINA IN MERITO ALLA INTERPRETAZIONE DI CIC. *DE OFF.* III. 17.70

Nelle fonti, il primo riferimento all’espressione “*iudicia contraria*” figura in un noto testo di Cicerone¹:

Cic. *De off.*, III, 17, 70: *Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint “boni” et quid sit “bene agi” magna quaestio est. 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 oportere.*

L’arpinate, esaltando l’importanza dei *verba* “*UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM*”² e “*UT IN-*

¹ Il tema dei “*iudicia contraria*” è stato trascurato dalla letteratura degli ultimi decenni anni. È merito di Enrico Sciandrello averlo riportato recentemente in auge, risvegliando l’interesse per un argomento che ha da sempre costretto gli studiosi a misurarsi con delle fonti che, seppur numerose per l’epoca classica, risultano molto scarse per l’epoca più antica.

² La clausola “*UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM*” è costruita in prima persona. In argomento, vd.: CARDILLI, R., «Bona fides» tra storia e sistema, Torino, Giappichelli, 2004, pág. 32 nt. 60. Sulla portata di questa clausola, mi limito a rinviare, tra gli altri, a DUNAND, J.P., *Le transert fiduciaire «donner pour reprendre»*. Mancipio dare ut remancipetur, Helbing et Lichtenhahn, Bâle, 2000, pp. 126 e ss., pág. 153 e s.; BEHRENS, O., *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. formulae in factum conceptae*, in *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche* (a cura di C. Cascione e C. Masi Doria), Editoriale Scientifica, Napoli, 2002, pág. 245 e ss.; BERTOLDI, F., *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Mucchi editore, Modena, 2012, pág. 24 e ss.; FALCONE, G., *Il rapporto ‘ius gentium’ – ‘ius civile’ e la ‘societas vitae’ in Cic., ‘off.’ 3.69-70*, in *AUPA.*, 56 (2013), pág. 266 e ss.; MARRA F., *Fiduciae causa*, Cedam, Milano, 2018, pág. 131 e ss. Cfr., inoltre, LENEL, O., *Essai de reconstitution de l’Édit perpétuel*, II, Larose, Paris, 1903, pág. 5.

*TER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE*³, presenta come *magna questio* quella riguardante la individuazione dei “boni” e il significato da attribuire all’espressione “bene agi”⁴ e riferisce, al riguardo, l’opinione di Q. Mucio Scevola⁵, pontefice massimo, secondo il quale vi è una *summa vis*⁶ in quegli *arbitria (iudicia)*⁷ ai quali si aggiunge “*ex fide bona*” e il *nomen bonae*

³ La clausola è quella che figura nell’*actio fiduciae*. Cfr. Cic. *de off.* III. 15. 61... in *fiducia UT INTER BONOS BENE AGIER*; e Cic. *ad famil.* 7.12.2: *Ubi porro illa erit formula fiduciae: VT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET? quis enim bonus est, qui facit nihil nisi sua causa?* Significativo è che Cicerone apra una parentesi in merito a chi siano i *boni viri*, dopo aver riferito una formula che imponeva di *bene agier* ad ambedue i contraenti. In argomento vd.: LONGO, C., *Corso di diritto romano. La fiducia*, Giuffrè, Milano, 1933, pag. 17 e ss.; GROSSO, G., *Ricerche intorno all’elenco classico dei “bonae fidei iudicia”*, in *RISG.*, 3¹ (1928), pag. 62 e ss.; e, più recentemente, CARDILLI, «Bona fides» tra storia e sistema, cit., pag. 32. Cfr., inoltre, BEHREND, *Dalla mediazione arbitrale*, cit., pag. 258 e ss.; BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., pag. 25 e ss.; e da ultimo, MARRA, *Fiduciae causa*, cit., pag. 150 e ss. La clausola comprende anche le parole “*et sine fraudatione*” che non figura altrove. Sul punto FALCONE, *Il rapporto ius gentium-ius civile*, cit., pag. 267 e ss.; Id., *La formula “ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione” e la nozione di “vir bonus”*, in *Fundamina*, 20(1), 2014, pag. 258 e ss. Cfr. anche LENEL, *Essai de reconstitution de l’Édit perpétuel*, II, cit., pag. 5 e ss.

⁴ CARDILLI, «Bona fides» tra storia e sistema, cit., pag. 33: “Dall’angolatura del discorso svolto da Cicerone, il richiamo a comportamenti qualificati dal punto di vista del soggetto attivo (*sine fraudatione*) o del soggetto passivo (*fraudatus*) come *fraus* assume un significato chiave, e proprio in connessione ad esso che si apre il collegamento agli *arbitria bonae fidei* attraverso la citazione di Quinto Mucio Scevola”.

⁵ Si disputa in dottrina se Cicerone abbia tratto il brano in esame dai *libri iuris civilis* di Q. Mucio o da qualche altra sua opera. Sul punto, FERRINI, C., *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in *AG.*, LII (1894), pag. 476 (e a nt. 1 bibliografia più risalente); più recentemente, FRANCHINI, L., *La recezione nel ‘ius civile’ dei ‘iudicia bonae fidei’*. *Questioni di metodo e di merito*, Jovene, Napoli, 2015, pag. 85 e ss. (a nt. 140 ulteriore bibliografia). Il giurista è menzionato da Cicerone pure in *Att.* 6.1.14-15.

⁶ Secondo il CARDILLI, «Bona fides» tra storia e sistema, cit., pag. 35, “la *vis* ha nel contesto il senso di «forza» che genera significati, che modella condotte, che permette di concretizzare l’indeterminatezza del valore insito nei concetti assunti nella formula”.

⁷ Com’è stato evidenziato da certa dottrina, Cicerone farebbe un uso “promiscuo” dei vocaboli ‘*iudicium*’ e ‘*arbitrium*’. Sulla questione, in particolare, BISCOTTI, B., *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall’epoca arcaica all’editto giuliano*, Giuffrè, Milano, 2002, pag. 231, spec. pag. 244 e ss. La “confusione terminologica” può vedersi già nello stesso brano in esame. Relativamente agli *arbitria* di cui si sta discorrendo, per esempio, l’arpinate dichiara che “*in plerisque essent iudicia contraria*”. Sempre con riferimento a questi *arbitria*, poi, Cicerone dice che in *iis magni esse iudicis statuere*, chiamando *iudex* colui che ci si aspetterebbe essere un *arbiter*. I “giudizi” cui si aggiunge la clausola *ex fide bona* sono indicati, poi, talvolta come *arbitria* (come nel brano in esame), più spesso come *iudicia*. Cfr. *Top.* 17.66: *In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi vero etiam ut inter bonos bene agier oportet, in primisque in arbitrio rei ux-*

fidei ha la più ampia estensione (*manare latissime*), trovando applicazione nella tutela, nella società, nella fiducia, nel mandato, nelle compere, nelle vendite, nelle conduzioni, nelle locazioni⁸: rapporti nei quali trova espressione una comunione di vita sociale⁹. In questi

riae, in quo est quod eius aequius melius, parati eis esse debent. Illi 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. Licebit igitur diligenter argumentorum cognitis locis non modo oratoribus et philosophis, sed iuris etiam peritis copiose de consultationibus suis disputare. Si noti che, a proposito di uno dei giudizi *bonae fidei*, quello *rei uxoriae*, viene qualificato prima *iudicium* poi *arbitrium* (Biscotti, *Dal pacere ai pacta conventa*, cit., pág. 245). Cfr. anche de off. 3.15.61. *et sine lege iudiciis, in quibus additur 'ex fide bona'. Reliquorum autem iudiciorum ...: in arbitrio rei uxoriae ...* Come osserva la BISCOTTI, “ancora una volta sono iudicia quelli ‘in quibus additur ex fide bona’, ma viene incluso tra i ‘*reliqua iudicia*’ anche quello *rei uxoriae*, immediatamente dopo chiamato *arbitrium*”. Di *iudicia* si parla anche in Cic. nat. 3.30.74: *tot iudicia de mala, tutelae, mandati, pro socio, fiducia, reliqua...* Sulla questione, comunque, ancora oggetto di discussione, non posso che rinviare a MASCHI, C.A., *Il diritto romano, I, La prospettiva storica della giurisprudenza classica*², Giuffrè, Milano, 1966, pág. 355; GALLO, F., *Bona fides e ius gentium, in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di Studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia- Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, II, Cedam, Padova, 2003, pág. 136 e ss. Ed ancora, BERTOLDI, F., *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, Giappichelli, Torino, 2003, pág. 96 e s.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *De los arbitria bonae fidei pretorios a los iudicia bonae fidei civiles*, in *Il ruolo*, II, cit., pág. 31 e ss.; SANSÓN RODRÍGUEZ, M.V., *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*, III, cit., pág. 297 e ss.; FUENTESECA DEGENEFTE, M., *Dare facere oportere y los origenes de la obligatio ex contractu*, in *RIDA.*, 55 (2008), pág. 221 nt. 52; CASCIONE, C., *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale. Prospettive sistematiche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2003, pág. 406; FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., pág. 28 e ss.

⁸ Le formule delle azioni elencate contengono la clausola *ex fide bona* ad eccezione dell'*actio fiduciae* (che contiene le parole “*ut inter bonos bene agier oportet*”). Questa, pur presentandosi in modo diverso dai *iudicia bonae fidei*, è ad essi assimilata. Cfr. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., pág. 24 e ss.; KACPRZAK, A., *Tra logica giurisprudenza. Argumentum a simili nei Topici di Cicerone*, The Journal of Juristic Papyrology, Supplement 10, Varsavia, 2012, pág. 245; MARRA, *Fiduciae causa*, cit., pág. 158 e ss.

⁹ Sull'accezione dell'inciso *quibus vitae societas contineretur*, rinvio a CARDILLI, R., *Societas vitae in Cic. Off. 3.70 e obligatio consensu contracta*, in *BIDR.*, 105 (2011), pág. 194: “...Va segnalato che l'elenco non si limita ad indicare rapporti del *ius gentium* come società, mandato, compravendita e locazione, ma vi include anche la fiducia e la tutela, istituti propri del *ius civile*, a dimostrazione del rapporto che si instaura senza soluzione di continuità attraverso il legame *fide-bona fides*, tra *ius civile* e *ius gentium*. In tutti questi rapporti negoziali, secondo il giurista, è contenuta la *societas vitae*. È affermazione di grande significato. I rapporti umani indicati, sia propri di una stessa *civitas*, sia quelli intercorrenti tra persone di diverse *civitates*, vengono inclusi in una volontaria comunione di vita. L'uomo è incluso in una comunità più ampia, nella quale vive in relazione con gli altri uomini a prescindere dall'appartenenza ad una comunità politica. La comunione volontaria (*societas*) tra gli uomini è vista come espressione di un dato naturale connesso al vivere”.

*arbitria (in iis)*¹⁰, in particolare, è compito di grande responsabilità del giudice¹¹ quello di stabilire ciò che ciascuna parte deve prestare all'altra, specialmente perché per parecchi¹² di essi ci sono *iudicia contraria*¹³.

Per SCHMIDLIN, B., *Il consensualismo contrattuale tra nomina contractus e bonae fidei iudicia*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate in ricordo di G. Pugliese (1914-1995)*, Cedam, Padova, 2008, pág. 105, Mucio, con l'espressione, circoscrive "il nucleo degli affari indispensabili in un società urbana...". Sul punto, anche FALCONE, *Il rapporto 'ius gentium' – 'ius civile'*, cit., pág. 271 e ss.; FIORI, R., *La nozione di ius gentium nelle fonti di età repubblicana*, in *Scritti per A. Corbino*, 3, Libellula, Lecce, 2016, pág. 118.

¹⁰ Riferisco il pronome "iis" agli *arbitria*. In questo senso mi pare evidente il collegamento con *iis arbitris, in quibus adderetur ex fide bona* che figura qualche riga prima. Così già SCHIAVONE, A., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Laterza, Bari, 1987, pág. 68; Id., *Ius. L'invenzione del diritto in occidente*, Piccola Biblioteca Einaudi, Torino, 2017, pág. 193; GALLO, F., *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Giappichelli, Torino, 1992, pág. 37 nt. 34; BEHREND, *Dalla mediazione arbitrale*, cit., pág. 218; CARDILLI, «Bona fides» tra storia e sistema, cit., pág. 40; FIORI, R., *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Jovene, Napoli, 2011, pág. 334; FALCONE, *Il rapporto 'ius gentium' – 'ius civile'*, cit., pág. 262 nt. 6. Diversamente, SCIANDRELLO, E., *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, Jovene, Napoli, 2017, pág. 52 nt. 10, riferisce il pronome ai rapporti elencati immediatamente prima (*in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societates contineretur; in iis magni esse...*). Questa interpretazione sarebbe suggerita dalla "distanza che intercorre tra i due elementi del discorso, distanza che si riduce invece prendendo in considerazione i rapporti elencati poco prima della pausa ... e richiamati proprio attraverso l'uso del pronome 'iis' con valore epianetico". Ai nostri fini, in ogni caso, la questione non assume particolare rilievo.

¹¹ FIORI, *Bonus vir*, cit., pág. 336 nt. 205, traduce con "è compito fondamentale del giudice". Lo studioso, a proposito della frase *in iis magni esse iudicis statuere*, osserva che essa "potrebbe essere letta non solo ... leggendo *magnus* come attributo di *iudex*..., ma anche interpretando *magni* in senso avverbiale («in quei giudizi è compito fondamentale del giudice quello di stabilire...»). In tal senso, come segnala lo stesso studioso, anche LOMBARDI, L., *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Giuffrè, Milano, 1961, pág. 191 nt. 72, che, "in analogia ...con *quanti ea res est*" traduce con "essere assai, in gran parte ufficio del giudice". "*Magnus*", considerato come attributo di *iudex*, è stato tradotto in "illuminato" (GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., pág. 37 nt. 34), "di grande statura" (BEHREND, *Dalla mediazione arbitrale*, cit., pág. 218), "preparato e avveduto" (FALCONE, *Il rapporto ius gentium-ius civile*, cit., pág. 268).

¹² Traduco in questo modo il "*plerisque*" ciceroniano. Così già LIEBE, F., *Die Stipulation und das einfache Versprechen*, Meyer, Braunschweig, 1840, pág. 257 nt. 1 (ed ivi menzionate alcune testimonianze di un uso di *plerisque* in questo senso). Cfr., inoltre, FORCELLINI, Ae., *Lexicon totius latinitatis* ad.h.l. C'è da dire che la dottrina dominante traduce con "la maggior parte".

¹³ In passato c'è stato chi ha inteso l'inciso *quid quemque cuique praestare oportere* come apposizione di *iudicia contraria*, circostanza questa che ha condotto PARTSCH, J., *Studien zur Negotiorum Gestio*, I, Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Heidelberg, 1913, pág. 54 e ss. (cfr. anche Id., *Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Rechte*, in *Aus Nachgelassenen und Kleineren Verstreuten Schriften von J. Partsch*, Berlin-Heidelberg, 1931, pág. 74 e

Il brano ciceroniano è stato fatto oggetto dell'attenzione della dottrina in relazione a diverse prospettive d'indagine¹⁴. Ai nostri fini,

nt. 204), a sostenere che Cicerone identificava nel passo sopra riportato il *iudicium contrarium* con una formula dall'*intentio* diretta al *quid quemque cuique praestare oporteret*, con una formula cioè a struttura bilaterale. La dottrina oggi dominante concorda nel sostenere che *statuere* regge la frase *quid-oportere* e che *praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria* sia una parentetica.

¹⁴ Mi limito a ricordare, in materia di *fiducia*, tra gli altri: LONGO, *Corso di diritto romano*, cit., pag. 8 e ss.; ERBE, W., *Die Fiduzia im römischen Recht*, Hermann Böhlau Nachfolger, Weimar, 1940, pag. 91; NOORDRAVEN, B., *Die Fiduzia im römischen Recht*, J. C. Gieben, Amsterdam, 1999, pag. 298 e ss.; DUNAND, *Le transert fiduciaire*, cit., págs. 126 e s., 153 e ss., 186; FERCIÀ, R., «Fiduciam contrahere» e «contractus fiduciae», Jovene, Napoli, 2012, pag. 26 e ss.; BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., pag. 25 e ss.; MARRA, *Fiduciae causa*, cit., pag. 131 e ss., 159 e ss. In materia di *bona fides*, tra gli altri, FERRINI, *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*, cit., pag. 476; GROSSO, G., *Ricerche intorno all'elenco classico dei "bonae fidei iudicia"*, in *RISG.*, 3 (1928), pag. 63 e ss.; HORVAT, M., *Osservazioni sulla «bona fides» nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi in onore di V. Arangio Ruiz*, I, Jovene, Napoli, 1953, pag. 437 e s.; CARCATERA, A., *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Jovene, Napoli, 1964, pag. 10 e ss.; FREZZA, P., «Fides Bona», in *Studi sulla buona fede*, Giuffrè, Milano, 1975, pag. 16; M. DE BERNARDIS, *A proposito della pretesa contrapposizione concettuale tra «dolus» e «bona fides» nel linguaggio dei giuristi*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano 7-9 aprile 1987, II, Cisalpino-Goliardica, Milano, 1990, pag. 137; BEHREND, *Dalla mediazione arbitrale*, cit., pag. 218; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *De los arbitria bonae fidei pretorios*, cit., pag. 31 e ss.; spec. 46 e ss.; GALLO, *Bona fides e ius gentium*, in *Il ruolo*, cit., II, pag. 136 e ss.; SANSÓN RODRÍGUEZ, *La buena fe en el ejercicio de los derechos*, cit., pag. 296 e ss.; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo*, IV, cit., págs. 5 e 143 e ss.; STOLFI, E., «Bonae fidei interpretatio». Ricerche sull'interpretazione di buona fede tra esperienza romana e tradizione romanistica, Jovene, Napoli, 2004, pag. 29 e nt. 9; R. FIORI, *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica* (a cura di L. Garofalo), Cedam, Padova, 2006, pag. 75 nt. 85; Id., *Bonus vir*, cit., pag. 334; Id., *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica*, P.II, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 4 (a cura di R. Fiori), Jovene, Napoli, 2011, pag. 113; SCHMIDLIN, *Il consensualismo contrattuale*, cit., pag. 103 e s.; CARDILLI, R., *La «buona fede» come principio di diritto dei contratti. Diritto romano e america latina*, in *Il ruolo*, I, cit., pag. 310 e ss.; Id., «Bona fides». Tra storia e sistema, cit., pag. 29; Id., *Societas vitae in Cic. Off. 3.70 e obligatio consensu contracta*, cit., pag. 194; GULINA, G., «Stipulatio e "Fides Bona". Il fondamento della pretesa dedotta con la formulazione fittizia del capitolo XX della Lex Rubria de Gallia Cisalpina», in *Studi in onore di R. Martini*, II, Giuffrè, Milano, 2009, pag. 397 e ss.; FRANCHINI, L., *Osservazioni in merito alla recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di M. Talamanca (a cura di L. Garofalo), II, Cedam, Padova, 2011, pag. 140 e ss.; Id., *La recezione nel 'ius civile'*, cit., pag. 21 e ss.; CORBINO, A., *Fides bona contraria est fraudi et dolo*, in *RIDA.*, 60 (2013), pag. 119 e s. Ed ancora, più in generale, COSTA, E., *Cicerone giureconsulto*, I (ed. anast. Roma 1964), pag. 179 nt. 1; ARANGIO RUIZ, V., *Il mandato in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1949, pag. 95; BISCARDI, A., *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Casalpino-Goliardica, Milano, 1976, pag. 97; BEHREND, O., *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in *Index*, 12 (1983-84), pag. 200; SCHIAVONE, *Giuristi e no-*

assume particolare rilievo la parte finale del brano, nella quale figura, per l'appunto, l'espressione *iudicia contraria*¹⁵.

Quest'ultima, mentre per alcuni studiosi¹⁶ alluderebbe a quegli stessi *iudicia* qualificati come *contraria* in epoca classica, e cioè – avendo presente l'elencazione ciceroniana – solo a quelli spettanti al tutore contro il pupillo, al fiduciario contro il fiduciante, al mandatario contro il mandante¹⁷; per altri, invece, essa sarebbe impiegata in un senso diverso da quello che le viene riconosciuto in epoca classica¹⁸. Secondo infatti una interpretazione risalente già al Pernice¹⁹, l'espressione *iudicia contraria* sarebbe utilizzata da Cicerone in

bili, cit., pág. 68 e s.; SARGENTI, M., *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Ivra*, 38 (1987), pág. 33; NÖRR, D., *Sulla specificità del mandato romano*, in *SDHI.*, 60 (1994), pág. 370; DYCK, R., *A commentary on Cicero, De officiis*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1996, pág. 584; CENDERELLI, A., *La negotiorum gestio*, Torino, 1997, pág. 142; GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, cit., pág. 37; FINAZZI, G., *Ricerche in tema di negotiorum gestio. I. Azione pretoria ed azione civile*, Jovene, Napoli, 1999, págs. 168, 174; BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa*, cit., pág. 423; CASCIONE, *Consensus*, cit., pág. 406 e s.; FUENTESECA DEGENEFTE, *Dare facere oportere*, cit., pág. 221; KACPRZAK, *Tra logica giurisprudenza*, cit., pág. 245 e ss.; FALCONE, *Il rapporto ius gentium-ius civile*, cit., pág. 261 e ss.

¹⁵ Dal punto di vista dei *iudicia contraria*, cfr., in particolare, BIONDI, B., 'Iudicia bonae fidei', in *AUPA.*, 7(1918), pág. 154 e ss.; PROVERA, G., *Linee generali di uno studio sui "iudicia contraria"*, in *SDHI.*, 8 (1942), págs. 119 e 123; ID., *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Giappichelli, Torino, 1951, págs. 9 e 35; SCHWARZ, F., *Die Konträrklagen*, in *ZSS.*, 71 (1954), pág. 213; SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, cit., *passim*.

¹⁶ Tra gli altri, vd.: WLASSAK, M., *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, Fischer, Jena, 1879, págs. 185 e ss., spec. 195; BRINZ, A., *Lehrbuch der Pandekten*, II.1, Erlangen, 1882, pág. 51 e ss.; FERRINI, *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*, cit., pág. 478; ROTONDI G., *Appunti sulla teoria romana del deposito*, in *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Hoepli, Pavia, 1922, pág. 87 nt. 2 (ed ivi ulteriore bibliografia); ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., pág. 92 e ss.; STEIN, P., *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Oliver & Boyd, Edinburgh, 1958, pág. 116 e s.

¹⁷ Si tratterebbe di *formulae in ius concepate*, uguali ed opposte a quelle delle corrispondenti azioni dirette.

¹⁸ E non sarebbe "così sicuramente probante per uno speciale concetto di *iudicium contrarium*". Così WENGER, L., *Istituzioni di procedura civile romana*, Giuffrè, Milano, 1938, pág. 168 nt. 45.

¹⁹ Vd. PERNICE, A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, Scientia Verlag Aalen, 1963 (rist. ed. Halle 1895), C (=II,1²), pág. 258 n. 1, il quale si chiede: "Was hindert, dies auf Kauf, Miete und Gesellschaft zu beziehen? Wer zwingt uns den Ausdruck technisch zu nehmen?".

senso atecnico (così il Biondi²⁰, il Provera²¹, lo Schwarz²², il Kaser²³ e più recentemente anche il Cardilli²⁴)²⁵, alludendo ad azioni contrapposte²⁶ che mai sarebbero state qualificate come contrarie nelle fonti giuridiche del principato: e cioè “con riferimento alla duplice formula reciproca nascente dalla vendita e dalla locazione, ed al carattere mutuo delle azioni ‘*mandati*’ e ‘*societatis*’ derivante dalla loro esperibilità ‘*invicem*’”²⁷.

A queste azioni contrapposte hanno poi riferito l’espressione usata dall’arpinate anche quegli studiosi che, pur non pronunciandosi espressamente circa la questione del suo significato tecnico o

²⁰ BIONDI, ‘*Iudicia bonae fidei*’, cit., pág. 154 e ss.

²¹ PROVERA, *Linee generali di uno studio sui ‘iudicia contraria’*, cit., pág. 120; Id., *Contributi*, cit., pág. 30 e ss.; Id., ‘*Actiones contrariae*’ e *sistema contrattuale romano*, in *Labeo* 1(1955), pág. 336 e ss. Cfr., più in generale, Id. v. *Iudicium contrarium*, in *NNDI.*, 9, Utet, Torino, 1963, pág. 340 e ss.

²² SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, cit., pág. 213, secondo cui nel brano in esame “... ist der Begriff keineswegs technisch”.

²³ KASER, M., *Das Römische Privatrecht*, Beck, München, 1955, pág. 441 nt. 6: “In einem weiten, untechnischen Sinn spricht Q. Mucius b. Cic. De off. 3.17.70 von iudicia contraria, er schließt darin auch die Klagen aus den “gegenseitigen” Verträgen ein”. Cfr. pure KASER M. - HACKL K., *Das römische Zivilprozeßrecht*², Beck, München, 1996, pág. 344 nt. 5.

²⁴ CARDILLI, «Bona fides». *Tra storia e sistema*, cit., pág. 40 nt. 74 “la paritetica *praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria* non va intesa in senso tecnico (*iudicia contraria*), ma ...come espressione, nella maggior parte dei negozi richiamati, di rapporti obbligatori tutelati da azioni autonome contrapposte”.

²⁵ Anche KRELLER, H., *Zum iudicium mandati*, in *Archiv für die civilistische Praxis (Festschrift für P. Heck)*, 1931, pág. 131 e ss., ha negato la possibilità di attribuire un significato tecnico alla terminologia *actio contraria* o *iudicium contrarium*.

²⁶ Con l’espressione *iudicium contrarium*, in particolare, Cicerone non avrebbe fatto riferimento ad un particolare strumento processuale con caratteristiche proprie e distinte da quelle dell’azione principale cui veniva opposto. Il Biondi, il Provera, lo Schwarz e molto più recentemente pure lo Sciandrello, sebbene con differenti articolazioni, hanno ritenuto che con l’espressione in esame si facesse riferimento (almeno in origine) ad una formula *in factum*, dunque, ad una formula con caratteristiche proprie distinte da quelle della formula *in ius* prevista per l’azione principale. Secondo il PROVERA, *Contributi*, pág. 24, in particolare, il *iudicium contrarium* classico era un mezzo processuale (*in factum*) caratterizzato dal fatto di essere normalmente impiegato in opposizione ad un’altra azione precedentemente intentata, realizzando così una chiara ipotesi di riconvenzione.

²⁷ BIONDI, ‘*Iudicia bonae fidei*’, cit., pág. 156. In questa direzione anche PROVERA, *Contributi*, cit., pág. 35: “Ci pare perciò debba essere accettata la tesi di coloro che ritengono che Cicerone parli di iudicia contraria in senso non tecnico, alludendo all’esistenza, per certi rapporti, di azioni reciproche. Lo scrittore latino in sostanza, nell’esaminare il potere del giudice nei giudizi di buona fede, afferma che, in virtù di quel potere, detto giudice era autorizzato a valutare le pretese e le controprese delle parti, specie poi quando a disposizione delle stesse vi erano azioni contrapposte. Il che si verificava nella compravendita, locazione-conduzione, società e mandato”. Cfr. anche, *Linee generali di uno studio*, cit., pág. 113 nt. 2.

meno, l'hanno comunque intesa in un senso diverso da quello che le viene riconosciuto per l'epoca classica²⁸. E così pure lo Sciandrello, il quale, da ultimo, dopo aver individuato azioni contrapposte per cinque degli otto rapporti elencati da Cicerone (*mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis*), ha concluso che “vi è, dunque, una forte discontinuità tra l'uso dell'espressione *iudicia contraria* nel passo ciceroniano e quello attestato nelle fonti giurisprudenziali a partire dall'età augustea...”²⁹; l'arpinate, a suo giudizio, avrebbe impiegato l'espressione *iudicia contraria* con riguardo ad ipotesi – in particolare, anche l'a. *empti*, l'a. *venditi*, l'a. *locati* e l'a. *conducti*³⁰ – “diverse rispetto a quelle che sarebbero state poi prese in considerazione dalla giurisprudenza classica”³¹.

A mio sommesso modo di vedere, questa seconda prospettiva non può essere in verità seguita. Non mi pare possa ritenersi infatti che, con l'espressione *iudicia contraria*, Cicerone alludesse anche alle azioni reciproche di *emptio venditio* e di *locatio conductio*: con ogni probabilità egli alludeva, invece, a quelle stesse azioni qualificate come contrarie a n c h e nelle fonti giuridiche del principato.

²⁸ Così anche LIEBE, *Die Stipulation und das einfache Versprechen*, cit., pág. 257 e nt.1; BENÖHR, H.P., *Das sogenannte Synallagma in den Konsensulkontrakten des klassischen römischen Rechts*, de Gruyter, Hamburg, 1965, pág. 17 e s., il quale, pur non dicendo nulla circa un utilizzo “atecnico” dell'espressione *iudicia contraria*, riferisce l'espressione alle azioni nascenti da compravendita e locazione. Cfr. anche WIEACKER, F., *Das Gesellschafterverhältnis des klassischen Rechts*, in ZSS., 69 (1952), págs. 322 e 329.

²⁹ SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, cit., pág. 59.

³⁰ A proposito del brano in esame, lo SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, cit., pág. 165, in sede di conclusioni, osserva: “il valido esperimento del '*iudicium contrarium*', qui semplicemente inteso come azione contrapposta e, perciò, riferibile anche ad *actiones* come quella *empti, venditi, locati e conducti*...”.

³¹ Secondo lo SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, cit., pág. 55, il richiamo nel brano ai *iudicia contraria* sembrerebbe “quasi rappresentare un monito nei confronti del giudice, il quale deve sapere che, se la sua decisione non sarà conforme allo *statuere quid quemque cuique praestare oporteret*, verrà data la possibilità alla parte condannata (naturalmente può trattarsi solo del convenuto) di esperire un *iudicium contrarium*, ossia un'azione contrapposta a quella che ha dato avvio alla lite appena conclusa”. L'espressione evocherebbe, cioè, “l'idea di un mezzo processuale finalizzato principalmente a consentire, alla parte che ne poteva disporre, di ripristinare una condizione di equilibrio turbata da una decisione emessa al termine di un precedente giudizio svoltosi tra le stesse parti (ma a ruoli naturalmente invertiti) *ex eadem causa*” (pág. 165). Da questo punto di vista, occorre sottolineare che, a detta dello studioso, non si può “disconoscere il fatto che Cicerone (o, forse, già Quinto Mucio) impiegasse questa espressione per rappresentare una dinamica nello svolgimento delle controversie tra privati del tutto simile a quella che si riscontra, come vedremo, nell'ambito della casistica interessata dall'applicazione dei *iudicia contraria*”.

2. IL SIGNIFICATO ATTRIBUITO ALL'ESPRESSIONE "IUDICIA CONTARIA" DA CICERONE

Entro subito *in medias res*.

Nel brano l'arpinate, nel quadro di una discussione più ampia relativa alla definizione di chi siano i "boni" e di che cosa significhi "bene agi", tocca il tema dell'*officium iudicis*; un *officium* che è reso particolarmente delicato dal fatto che in parecchi degli *arbitria* da lui menzionati (*in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis*) risultano esperibili *iudicia contraria* ("... *praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria*").

Cicerone parla perciò dei *iudicia contraria* come di una evenienza da tenere in considerazione nella valutazione che il giudice è chiamato a fare negli *arbitria* nei quali deve decidere quali siano – *ex fide bona* – le pretese in base alle quali determinare l'ammontare della condanna: ma si tratta di una evenienza, ed è questo che va qui evidenziato, che non riguarda tutti gli *arbitria* menzionati: *in plerisque*, appunto.

Ora, nell'ambito di quegli *arbitria* nei quali figura una simile evenienza, "*contrarium*" è quel *iudicium* che proviene evidentemente dalla direzione opposta rispetto al *iudicium* diretto previsto ontologicamente per ciascuno dei rapporti menzionati.

Contrarium nel senso di "opposto", per altro, figura altrove in Cicerone:

Cic. inv. 1.28.42: *Contrarium est, quod positum in genere diverso ab eodem, cui contrarium dicitur, plurimum distat, ut frigus calori, vitae mors...*

Cic. Div. 2.7: *Nihil enim est tam contrarium rationi et constantiae quam fortuna...*

Come il freddo è opposto al caldo, come la morte alla vita, la ragione e la costanza al caso³², così "*contrarium*" è quel *iudicium* che compete alla parte che si obbliga a svolgere una certa attività e nei confronti della quale può esperirsi l'azione diretta: è questo l'angolo prospettico dal quale muove l'arpinate. L'evenienza del *iudicium*

³² Cfr. anche Cic. Top. 47: *Contrariorum autem genera plura; unum eorum quae in eodem genere plurimum differunt, ut sapientia stultitia. Eodem autem genere dicuntur quibus propositis occurrunt tamquam e regione quaedam contraria, ut celeritati tarditas, non debilitas. Ex quibus contrariis argumenta talia existunt: Si stultitiam fugimus, sapientiam sequamur, et bonitatem si malitiam. Haec quae ex eodem genere contraria sunt appellantur adversa.*

contrarium, in alcuni dei rapporti elencati, costringe così il giudice a dover prendere in speciale considerazione tutto il quadro dei possibili contenuti obbligatori scaturenti dal rapporto.

Ciò detto, occorre chiedersi in relazione a quali *arbitria* tra quelli elencati (e cioè: *in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis*) Cicerone parla di *iudicia contraria*.

Rispondere non è facile, anche perché, come bene è stato evidenziato dallo Sciandrello, non aiuta ovviamente l'interpunzione "su cui inevitabilmente influiscono le scelte operate a livello interpretativo".³³

Sicché, preliminarmente, occorre capire se gli *arbitria* menzionati sono in tutto sei o otto.

Lo Sciandrello giustamente sottolinea l'uso di "*rebus*"³⁴ prima della sequenza *emptis-venditis-conductis-locatis*³⁵, che, a suo dire "sembra indicare l'individualità degli affari negoziali", circostanza, questa, che porta lo studioso a considerare un elenco nel quale sono considerati complessivamente otto rapporti e non sei.

A mio avviso le cose non stanno così.

Il termine *rebus* accanto ad *emere vendere - locare conducere* non è usuale in Cicerone:

Cic. in nat. Deor. 3.30.74³⁶: *inde tot iudicia de fide mala, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem*³⁷

Il che evidentemente vuol dire che, nella prospettiva dell'arpinate, quel termine aveva un preciso significato, che si coglie solo nel contesto del ragionamento.

Il termine *rebus* amplia la profondità del discorso al fine di evidenziare il difficile e particolare compito del giudice che è quello

³³ SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, cit., pág. 55.

³⁴ Così, invero, già CASCIONE, *Consensus*, cit., pág. 407.

³⁵ Per l'inversione qui "del tipo ordine *locatio (et) conductio*", rinvio a CASCIONE, *Consensus*, cit., págs. 407 e 470.

³⁶ LOMBARDI, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, cit., pág. 166; BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa*, cit., pág. 423; BEHREND, *Dalla mediazione arbitrale*, cit., pág. 230.

³⁷ Il BEHREND, *Dalla mediazione arbitrale*, cit., pág. 229, a proposito del mandato, ha osservato: "il *mandatum* è munito di un *iudicium de fide mala*, cioè sulla fedeltà non adempiuta in un rapporto di fiducia particolare, mentre le azioni nel caso di *emptio venditio* o *locatio conductio* sono denominate di meri *iudicia contra fidem* e reagiscono alla semplice rottura della *fides* nei confronti di un altro, come avviene nei contratti bilaterali".

di individuare ciò che ciascuna parte deve all'altra nelle cose comprate³⁸ e in quelle vendute, in quelle condotte e in quelle locate.

Il modo con cui Cicerone si esprime non deve dunque trarre in inganno: i rapporti cui si riferisce l'arpinate sono sei (tutele, società, fiducia, mandato, *emptio-venditio* e *locatio-conductio*) e non otto.

Ma per quali di essi, allora, sono previsti *iudicia contraria*?

Escludo l'*emptio-venditio* e la *locatio-conductio*. Rispetto, infatti, al singolo *iudicium* previsto per la compera (l'*actio empti*), o per la vendita (l'*actio venditi*), rispetto all'*actio locati* o a quella *conducti*, non può esserci un *iudicium contrarium*³⁹ giacché a disposizione delle parti ci sarebbe stato un apposito e distinto *iudicium* con una propria denominazione. Ciascuna delle azioni menzionate, infatti, tutela specifiche obbligazioni (quella di consegnare, di pagare il prezzo, etc.) – previste ontologicamente e geneticamente nel programma causale del contratto – sicché l'azione diretta all'adempimento dell'una non può essere la "contraria" dell'altra, ma un'altra azione.

In tal senso si consideri, del resto, che di *actio contraria* non si parla mai nei riguardi delle azioni nascenti dai contratti bilaterali propriamente detti⁴⁰.

Escludo poi anche l'*actio pro socio*, la quale, come esattamente ha osservato l'Arangio Ruiz, è sempre la stessa, chiunque l'intenti⁴¹ (nella *societas* le obbligazioni delle varie parti sono in massima parte

³⁸ Sicché, nelle cose che si comprano, solo per fare un esempio, il giudice dovrà stare attento alla qualità, ai tempi di consegna, alle usanze dei luoghi attese e conosciute dalle parti, a come deve essere dato il prezzo, a chi consegnato, se c'erano stati dei patti aggiunti etc. A tutto questo il giudice avrebbe dovuto dare un contenuto concreto e specifico alla luce proprio della *fides*.

³⁹ In questo senso, seppur brevemente a livello quasi di intuizione, già BEHREND, *Dalla mediazione arbitrale*, cit., pág. 218 nt. 39, il quale a proposito del brano in esame, con riferimento ai *iudicia contraria* ha brevemente osservato: "penso a tutti i casi menzionati nel testo con la sola eccezione delle azioni dell'*emptio venditio* e della *locatio conductio* che sono di natura unilaterale".

⁴⁰ PROVERA, *Contributi*, cit., pág. 9.

⁴¹ ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., pág. 85, "e ciò perché ciascuno dei soci può incorrere in violazioni di contratto identiche a quelle nelle quali possono incorrere gli altri".

omogenee), per cui non è possibile⁴², con riferimento ad essa, individuare una direzione⁴³ o un senso “normale”⁴⁴.

Escluse, dunque, l'*emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas*, restano la tutela, il mandato e la fiducia.

Ebbene, a mio avviso, gli *arbitria* per i quali Cicerone prospetta l'esistenza di *iudicia contraria* sono proprio quelli in materia di tutela⁴⁵, di mandato e di fiducia⁴⁶. Gli stessi *arbitria*, c'è da dire, individuati anche dall'Arangio Ruiz: il “minimo indispensabile perché lo scrittore potesse usare il pronome *pleraque*”⁴⁷.

⁴² Nega l'esistenza di *iudicia contraria* in tema di società anche WIEACKER, *Das Gesellschafterverhältnis*, cit., pág. 329.

⁴³ Per questa ragione, come ha sostenuto ALBANESE, B., «*Iudicium contrarium*», in *IVRA* 21(1970), pág. 16, “non può inquadrarsi nello schema costituito dalla contrapposizione di un'azione diretta ad un'azione contraria”.

⁴⁴ SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, cit., pág. 58. Queste obiezioni sono state considerate pure da Enrico Sciandrello, il quale, seppur cautamente, ha osservato che, a suo giudizio, non si può scartare del tutto l'ipotesi che l'*actio pro socio* possa essere considerata contraria, se “esperita da un socio precedentemente convenuto in giudizio con tale azione, identica per denominazione, ma opposta per quanto riguarda la direzione della pretesa”. In questa direzione, per altro, già FERRINI, *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*, cit., pág. 478.

⁴⁵ Secondo l'opinione consolidata, invero, si può parlare di un'*actio tutelae* contraria solo a partire dal principato. Cfr., tra gli altri, PROVERA, *Contributi*, cit., págs. 36 e 45 e ss.; SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, cit., págs. 164, 213 e s.; FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., pág. 195 e s. In questo quadro, da ultimo, si ascrivono il FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., pág. 125, secondo cui “.. il *iudicium tutelae* rientrava certamente tra quei pochi per cui, stando a Cic. *off.* 3.1.17.70, al tempo di Q. Mucio non v'era *actio contraria*”; e lo SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, cit., pág. 152, per il quale, si può datare “l'introduzione di una specifica formula di azione a favore del tutore al più tardi nella prima metà del II sec. d.C., probabilmente in prossimità della cd. cristallizzazione dell'editto pretorio voluta da Adriano”. Di contro, però, c'è da dire, ALBANESE, B., *Le persone nel diritto privato romano*, Tipografia S. Montaina, Palermo, 1979, pág. 504 ntt. 386 e 507, dopo aver osservato (pág. 504 nt. 386) che l'*actio tutelae* è nota a Q. Mucio Scevola (citando proprio Cic. *de off.* 3.17.70), più avanti (pág. 507) afferma che “è notevole il fatto che, fin dagli inizi verosimilmente, l'*a. tutelae* – con la medesima formula – potè essere esperita dal tutore (o dai suoi eredi) contro l'ex-pupillo (o i suoi eredi)...”. Cfr. anche ZANNINI P., *Tutela (dir. rom.)*, in *ED.*, 45, Giuffrè, Milano, 1992, pág. 310.

⁴⁶ Così già STEIN, *Fault in the Formation of Contract*, cit., pág. 117.

⁴⁷ ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., pág. 100 e s. Così già pure FERRINI, *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*, cit., pág. 478, che ricomprende però anche l'*a. pro socio*: “Come «*contrarium iudicium*» fu considerata dall'antica giurisprudenza romana anche l'*actio pro socio*, quando si dava contro il precedente attore...”.

Con l'espressione *iudicia contraria*, dunque, l'arpinate indica quelle stesse azioni che sono qualificate come contrarie a n c h e nelle fonti giuridiche del periodo classico⁴⁸.

Ma c'è di più.

Considerato che nell'inciso "*magni esse iudicis ...*", l'infinito "*esse*" è retto da "*Scaevola ... dicebat*", occorre per conseguenza riconoscere che anche Scevola⁴⁹ parlava di *iudicia contraria*⁵⁰. E sembra proprio che lo facesse nel senso appena indicato: nessun ostacolo di ordine storico-processuale mi pare possa opporsi ad una simile affermazione.

2.1 ... e dai giuristi di epoca assai vicina a quella dell'arpinate

C'è da dire, in ogni caso, che quello di Cicerone è un uso dell'espressione che trova una conferma evidente in alcune testimonianze riguardanti Labeone e Sabino: due giuristi i quali vivono in un'epoca molto vicina alla sua. Anch'essi, infatti, la utilizzano per indicare quelle stesse azioni che si trovano qualificate come *contrariae* anche in epoca più tarda.

⁴⁸ C'è da dire, però, che per questi rapporti la *communis opinio* ritiene esistessero *iudicia contraria* solo per l'epoca classica, con ciò, invero, smentendo la testimonianza ciceroniana nella quale l'arpinate cita, addirittura, Quinto Mucio: circostanza, questa, che, invero, già di per sé legittima almeno il sospetto che questi *iudicia* in materia di tutela, di mandato e di fiducia fossero già conosciuti agli inizi del I sec. a.C. Cfr., per un quadro generale, tra gli altri, PROVERA, *Contributi*, cit., págs. 8 e 36; più recentemente, FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., pág. 119 e ss.; e SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, cit., pág. 89 e ss.; 165 e ss. Diversamente, ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., pág. 100 (con riferimento al mandato); STEIN, *Fault in the Formation of Contract*, cit., pág. 116 e s.

⁴⁹ Scevola, console nell'anno 95 a.C. (MASCHI, *Il diritto romano, I, La prospettiva storica della giurisprudenza classica*², cit., pág. 696), sembra si sia occupato proprio di *iudicia bonae fidei*. Cfr. D. 13.6.5.3 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit*. Al riguardo vd.: KARLOWA, O., *Römische Rechtsgeschichte*, II, Veit & C., Leipzig, 1901, pág. 603.

⁵⁰ *Contra*, tuttavia, già PERNICE, *Labeo*, C, cit., pág. 258 nt. 1, il quale, premesso che "*Nach Cicero de off. 3.70 seien die iudicia contraria schon zu Q. Mucius Zeit, also verhältnismässig früh, anerkannt gewesen*", ha poi osservato: "*Das trifft nicht ganz zu*". Lo studioso, però, non fornisce alcuna specifica motivazione.

Quanto a Labeone (vissuto, com'è noto, in un arco di tempo compreso, all'incirca, tra il 43 a.C e il 22 d.C.⁵¹), si consideri, innanzitutto, la testimonianza che ci viene offerta da:

D. 13.6.17.5 (Paul. 29 ad ed.): *Rem commodatam perdidit et pro ea pretium dedi, deinde res in potestate tua venit: Labeo ait contrario iudicio aut rem mihi praestare te debere aut quod a me accepisti reddere.*

Il brano riguarda il comodato, e dunque fa riferimento a un *iudicium bonae fidei* non figurante nell'elencazione ciceroniana⁵². Esso, tuttavia, ai nostri fini riveste speciale interesse.

Il comodatario ha perduto la cosa a lui data in comodato e, a causa di ciò, ne ha corrisposto il valore; successivamente, però, essa è tornata nella disponibilità del comodante. Ebbene, Paolo afferma che secondo Labeone il comodatario potrà pretendere, avvalendosi del *iudicium contrarium* (*comodati*), la consegna della cosa o la restituzione di quanto da lui pagato (*aut rem mihi praestare te debere aut quod a me accepisti reddere*).

Nonostante le perplessità espresse in dottrina circa la genuinità dell'inciso *Labeo ait contrario iudicio*⁵³, a me pare che, in realtà,

⁵¹ R. ORESTANO, s.v. *Labeone M. Antistio*, ora in *Scritti*, V, Napoli, 2000, pág. 32.

⁵² C'è da dire che, a giudizio di alcuni studiosi, l'elenco ciceroniano non sarebbe esaustivo, ricomprendendo anche rapporti non menzionati espressamente nell'elenco (KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., pág. 603). Cfr. anche COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I, cit., pág. 179.

⁵³ In dottrina il valore di questo riferimento al *iudicium contrarium* da parte di Labeone è stato diversamente interpretato. C'è chi l'ha considerato genuino: FERRINI, C., *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in *AG.*, LIII (1894), pág. 49; e più recentemente, TARDIVO, C.M., *Studi sul «commodatum»*, in *AG.*, 204 (1984), pág. 257; PASTORI, F., *Comodato. Contratto. Responsabilità*, Cisalpino, Milano, 1990, págs. 71, 45; P. ZANNINI, s.v. *Comodato nel diritto romano*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sez. Civ., III, Torino, 1988, pág. 34; e, da ultimo, SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, cit., pág. 83 e ss.; 93 e ss.; MILAZZO A., *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna*, Giappichelli, Torino, 2018, pág. 218. Chi, invece, l'ha considerato insiticio (SCHULZ, F., *Classical Roman Law*, Oxford University Press, 1951, pág. 50 e ss.) o, comunque, non genuino: MASCHI, C.A., *La categoria dei contratti reali*, Giuffrè, Milano, 1973, pág. 203; PARICIO, J., *Una nota complementaria sobre la pretendida formula de buena fe del comodato (Contraposición entre D.13.6.13pr. e D.13.6.17.5)*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Cisalpino-La Goliardica, Milano, 1987, pág. 359; ID., *Formulae comodati*, in *Iuris Vincula*, VI, Jovene, Napoli, 2001, pág. 178; CERAMI, P., *Il comodato*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje Murga Gener*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, págs. 326 e 329. A giudizio di quest'ultimo studioso (che riprende invero un'idea già a suo tempo avanzata dal MASCHI, *op.cit.*), in particolare, "l'azione suggerita da Labeone doveva essere forse ... la *condictio indebiti*... I compilatori, sintetizzando il brano originale, trascrissero soltanto la soluzione paolina, lasciando sopravvivere la citazione del nome (ma non anche della decisione) di Labeone". Ad una *condictio* "a pesar de que el texto no se refiera expresamente a esta

l'attribuibilità a Labeone del riferimento al *iudicium contrarium* non possa essere posto in discussione.

Il giurista, dunque, utilizza quest'ultima espressione per indicare proprio quella stessa azione che è qualificata come contraria anche nelle fonti giuridiche successive⁵⁴, nella sua configurazione giuridica più matura.

A fronte di questa testimonianza, è possibile citarne un'altra, anche se in essa il collegamento tra Labeone e il *iudicium contrarium* non risulta con uguale chiarezza⁵⁵.

Si tratta di

D. 27.4.3pr. (Ulp. 36 *ad ed.*): *Quid ergo si plus in eum impendit, quam est in facultatibus? videamus an possit hoc consequi. et Labeo scripsit posse. sic tamen accipiendum est, si expedit pupillo ita tutelam administrari: ceterum si non expedit, dicendum est absolvi pupillum oportere: neque enim in hoc administrantur tutelae, ut mergantur pupilli. iudex igitur, qui contrario iudicio cognoscit, utilitatem pupilli spectabit et an tutor ex officio sumptus fecerit.*

Il caso è quello di un tutore che ha speso per il pupillo più dell'ammontare dei beni dello stesso. Ulpiano, nell'interrogarsi se in questo caso il tutore possa recuperare anche quel di più, ricorda il parere di Labeone secondo cui ciò è possibile. Il giurista severiano, a questo punto, aggiunge una notazione ulteriore (*sic tamen accipiendum est*), volta a integrare, o forse solamente a precisare, il pensiero espresso da Labeone: quel recupero sarà possibile a condizione che il pupillo abbia trovato giovamento da una siffatta amministrazione, mentre, in caso contrario, questi dovrà essere assolto, giacché la tu-

acción" accenna anche MARTÍN MINGUIJÓN, A.R., *Fórmulas reconstruidas y acciones in factum conceptae*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 377.

⁵⁴ Per il comodato vd.: D. 13.6.18.4 (Gaius 9 *ad ed. provinc.*): *Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensionis. sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensionis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem*; D. 13.6.21pr. (Afric. 8 *quaest.*): *Rem mihi commodasti: eandem subripuisti: deinde cum commodati ageres nec a te scirem esse subreptam, iudex me condemnavit et solvi: postea comperi a te esse subreptam: quaesitum est, quae mihi tecum actio sit. respondit furti quidem non esse, sed commodati contrarium iudicium utile mihi fore*; D. 13.6.22 (Paul. 22 *ad ed.*): *Si servus, quem tibi commodaverim, furtum fecerit, utrum sufficiat contraria commodati actio (quemadmodum competit, si quid in curationem servi impendisti) an furti agendum sit, quaeritur. et furti quidem noxalem habere qui commodatum rogavit procul dubio est, contraria autem commodati tunc eum teneri, cum sciens talem esse servum ignoranti commodavit.*

⁵⁵ Per tutti, da ultimo, SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, cit., págs. 148 e ss.; 92 e ss.

tela non deve arrecare un danno al pupillo (*neque enim in hoc administrantur tutelae, ut mergantur pupilli*).

Ebbene, è nel tratto finale (*iudex igitur, qui contrario iudicio cognoscit, utilitatem pupilli spectabit et an tutor ex officio sumptus fecerit*) che Ulpiano fa riferimento al *iudicium contrarium*, a proposito del compito che il giudice deve svolgere in quella circostanza. Come può vedersi, questo riferimento è sicuramente da attribuire al giurista severiano; tuttavia ritengo oltremodo probabile che allo stesso *iudicium contrarium* non possa non avere fatto allusione anche Labeone, allorché si pronunciava in senso affermativo circa il recupero dell'intero ammontare delle spese sostenute dal tutore (*et Labeo scripsit posse*)⁵⁶.

Le due testimonianze prese in considerazione mostrano, in materia di *iudicia contraria*, una linea di continuità tra Cicerone e Labeone⁵⁷: una linea, c'è da dire, che sembra ritrovarsi pure in Masurio Sabino (vissuto, com'è noto, a cavallo tra l'ultimo decennio del I sec.

⁵⁶ Questo riferimento al *iudicium contrarium* da parte di Labeone viene riconosciuto da H. SEILER, H., *Der Tatbestand der Negotiorum gestio im römischen Recht*, Bohlau, Köln-Graz, 1968, pág. 155, secondo il quale "Nach Labeo ist der tutor befugt, mit dem *contrarium iudicium* auch Aufwendungen geltend zu machen, die höher sind als der Wert des Mündelvermögens". Secondo, invece, lo SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, cit., pág. 148, sarebbe riferibile a Labeone solo il parere positivo circa la possibilità di recuperare le spese, mentre la precisazione successiva circa l'*utilitas* del pupillo, nonché la menzione finale del *iudicium contrarium* "sembrano riconducibili ad Ulpiano... e, quindi, non possiamo sapere attraverso quale strumento Labeone suggerisse di attuare giudizialmente la soluzione da lui prospettata".

⁵⁷ A questo riguardo va pure ricordata la menzione di Labeone che viene fatta da Pomponio in: D. 13.7.3 (Pomp. 18 *ad Sab.*): *Si quasi recepturus a debitore tuo comminus pecuniam reddidisti ei pignus isque per fenestram id misit excepturo eo, quem de industria ad id posuerit, Labeo ait furti te agere cum debitore posse et ad exhibendum: et, si agente te contraria pigneraticia excipiat debitor de pignore sibi reddito, replicabitur de dolo et fraude, per quam nec redditum, sed per fallaciam ablatum id intellegitur*. L'indicativo *replicabitur* del tratto finale mostra che esso non può dipendere dalla proposizione principale *Labeo ait...* (a differenza del *posse*, che sicuramente va ad essa riferito). Tuttavia va osservato che secondo la MARTÍN MINGUIJÓN, *Fórmulas reconstruidas y acciones in factum conceptae*, cit., pág. 378 e G. PAPA, *La 'replicatio'. Profili processuali e diritto sostanziale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pág. 50 e ss., proprio a Labeone andrebbe attribuito pure il successivo discorso relativo all'*a. pigneraticia contraria*. Di diverso avviso è, invece, lo SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, cit., pág. 122, secondo cui "nel brano sono indicati due diversi percorsi di tutela, che, in considerazione delle rispettive specificità, difficilmente dovevano essere presentati entrambi da Labeone, a meno di non immaginare un taglio significativo tra la prima e la seconda parte del brano... Alla luce di quanto osservato, pare quindi più probabile che la menzione del *iudicium contrarium*... sia da ricondurre alla mano di Pomponio".

a.C e il secolo successivo)⁵⁸, come sta a testimoniare un frammento di Ulpiano nel quale si fa menzione di un *contrarium iudicium* concesso da Sabino a vantaggio dei curatori:

D. 27.4.1.2 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Sed et si curator sit vel pupilli vel adulescentis vel furiosi vel prodigi, dicendum est etiam his contrarium dandum. idem in curatore quoque ventris probandum est. quae sententia Sabini fuit existimantis ceteris quoque curatoribus ex isdem causis dandum contrarium iudicium.*

Il brano è stato ritenuto interpolato⁵⁹. Da ultimo, lo Sciandrello, sulla scia del Finazzi⁶⁰, l'ha considerato inservibile allo scopo di formulare un'ipotesi circa una datazione dell'*actio contraria*, perché in esso sarebbe ravvisabile "un intervento dei compilatori volto a lasciar intendere che il *iudicium contrarium* concesso da Sabino a vantaggio dei curatori fosse quello *tutela*, anziché quello *negotiorum gestorum* in via utile"⁶¹.

Lo stesso Finazzi, però, respinge l'ipotesi di uno spostamento di D.27.4.1.2 dalla *sedes materiae* della *negotiorum gestio* (lb. 10 *ad edictum*), al luogo dove Ulpiano svolgeva il suo discorso a proposito dell'*actio tutelae contraria*, perché questa, a suo dire, presupporrebbe forse "una eccessiva diatesi sistematica dei compilatori"⁶².

A giudizio di questo studioso si potrebbe ipotizzare che il giurista classico "per una qualche ragione, trattando dello *iudicium contrarium tutela* menzionasse l'*actio negotiorum gestorum contraria* spettante ai curatori ed i compilatori, intervenendo sul passo, abbiano posto in relazione l'affermazione ulpiana con quella che chiamavano *contraria utilis actio*"⁶³.

Ora, considerata l'affinità sotto il profilo funzionale tra la tutela e la curatela, a me sembra molto plausibile immaginare, come per altro è già stato sostenuto in dottrina⁶⁴, che Sabino abbia esteso

⁵⁸ R. ORESTANO, v. *Sabino Masurio*, ora in *Scritti*, V, Napoli, 2000, pag. 56 e s.

⁵⁹ COSÌ BIONDI, *'Iudicia bonae fidei'*, cit., pag. 90; PROVERA, *Contributi*, cit., pag. 48 nt. 10; ALBANESE, *Le pesone*, cit., págs. 528 nt. 508; 547 nt. 643.

⁶⁰ FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., pag. 303 e ss.

⁶¹ SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, cit., pag. 150 nt. 206.

⁶² FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., pag. 303.

⁶³ Quanto poi alla tesi del Finazzi, mi pare invero difficile che in tema di *actio tutelae* Ulpiano (il giurista se ne doveva occupare nel libro 36 *ad ed.* – cfr. D.27.4.1pr.-8; 27.4.3pr.-9. Cfr. O. LENEL, *Das Sabinussystem*, Strassburg, 1892, ora in *Gesammelte Schriften*, II, Jovene, Napoli, 1990, pag. 67 e ss.) abbia potuto alludere all'*actio negotiorum gestorum* in via utile senza mai addirittura nominarla.

⁶⁴ COSÌ ASTOLFI, R., *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Cadam, Padova, 1983, pag. 243 nt. 243; TRIGGIANO, A., *Note sull'interruzione e sulla sospensione della prescrizione nel codice giustiniano*, in *TSDP.*, 3(2010), pag. 110. C'è da dire, però, che

il *iudicium tutelae contrarium* (già menzionato, come visto, in D. 27.4.3pr.)⁶⁵ a favore dei curatori.

Sicché le due azioni avrebbero mantenuto, a mio avviso, ambiti di applicazione diversi, posto che l'*actio negotiorum gestorum* a differenza dell'*actio tutelae contraria* poteva essere esercitata anche durante la curatela e non solo a conclusione della stessa⁶⁶.

Per altro, indizi di un'attenzione di Sabino per i *iudicia contraria* appaiono pure, indirettamente, se si considera che gli stessi Ulpiano e Pomponio citano i *iudicia contraria* proprio in alcuni frammenti tratti dal loro commento "*ad Sabinum*". In particolare, con riferimento al *pignus*, oltre al già citato D. 13.7.3 (Pomp. 18 *ad Sab.*), si consideri D. 13.7.1.2 (Ulp. 40 *ad Sab.*)⁶⁷ – per l'ipotesi di pegno di una cosa diversa da quella pattuita –⁶⁸; con riguardo alla fiducia D.

l'assimilazione della curatela alla tutela, secondo una opinione consolidata costituirebbe, invece, "l'œuvre de la pratique et du droit officiel du Bas-Empire" (così SOUBIE, A., *Recherches sur les origines du rubriques du Digeste*, Saint-Joseph, Tarbes, 1960, pág. 131).

⁶⁵ Cfr. *supra* § 2.

⁶⁶ D. 27.3.4.3 (Paul. 8 *ad Sab.*): *Cum furiosi curatore non tutelae, sed negotiorum gestorum actio est: quae competit etiam dum negotia gerit, quia non idem in hac actione, quod in tutelae actione, dum impubes est is cuius tutela geritur, constitutum est.* Vedi pure D. 27.4.1.3 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Finito autem officio hanc actionem competere dicemus tutori: ceterum quamdiu durat, nondum competit.* Sul punto, tra gli altri, SEILER, *Der Tatbestand der Negotiorum gestio*, cit., págs. 151 e ss.; 215 e 236 e ss. [cfr. rec. di G.I LUZZATTO, in *Labeo*, 17 (1971), pág. 479 e ss.; e TALAMANCA, M., *Le fattispecie dell'«actio negotiorum gestorum»*, in *SDHI.*, 35 (1969), pág. 217 e ss.].

⁶⁷ D. 13.7.1.2 (Ulp. 40 *ad Sab.*): *Si quis tamen, cum aes pignori daret, adfirmavit hoc aurum esse et ita pignori dederit, videndum erit, an aes pignori obligaverit et numquid, quia in corpus consensum est, pignori esse videatur: quod magis est. tenebitur tamen pigneraticia contraria actione qui dedit, praeter stellionatum quem fecit.*

⁶⁸ PROVERA, *Contributi*, cit., pág. 99 e s. e da ultimo, SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, cit., pág. 127.

13.7.8pr.⁶⁹. Si può, insomma, ipotizzare che il riferimento al *iudicium contrarium* fosse contenuto proprio nell'opera commentata⁷⁰.

Insomma, quello che le testimonianze mostrano è che, nel torno di tempo compreso tra la seconda metà del I sec. a.C e i primi decenni del secolo successivo, l'espressione *iudicia contraria* viene uti-

⁶⁹ D. 13.7.8pr. (Pomp. 35 *ad Sab.*): *Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem [pignoris] <fiduciae> causa <mancipio> acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam [pigneraticiam] <fiduciae> actionem habeo: finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse, item insulam fulsisse vel refecisse et postea deustam esse, nec habere quod possem retinere.* In dottrina si ritiene che il frammento si riferisse in origine alla fiducia. Sul punto, tra gli altri, BIONDI, 'Iudicia bonae fidei', cit., pág. 132; PROVERA, *Contributi*, cit., pág. 56 e s.; SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di 'iudicia contraria'*, cit., pág. 69 (a nt. 60 ulteriore bibliografia). Da ultimo, MARRA, *Fiduciae causa*, cit., pág. 202. Per il BIONDI, 'Iudicia bonae fidei', cit., 132 e ss., che nega l'esistenza di un *iudicium contrarium fiduciae*, il passo, interpolato, sarebbe da emendare così: *Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem [pignoris] (fiduciae Pomp.) causa acceperim, [non tantum] retentionem, [sed etiam contrariam pigneraticiam actionem] habeo: finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam [et eum decessisse], item insulam fulsisse vel refecisse [et postea deustam esse, nec habere quod possem retinere].* *Contra* però, PROVERA, *Contributi*, cit., pág. 57, secondo cui, appunto, la menzione dell'*actio contraria* nel passo non può essere attaccata in alcun modo.

⁷⁰ C'è poi una testimonianza gaiana che fa riferimento all'azione del mandatario contro il mandante, dunque a quella che chiamiamo un'*actio "contraria"*, nella quale si ricorda Sabino (e Cassio) a proposito delle conseguenze in tema di eccesso di mandato. Gai. 3.161: *Cum autem is, cui recte mandaverim, egressus fuerit mandatum, ego quidem eatenus cum eo habeo mandati actionem, quatenus mea interest inplere eum mandatum, si modo implere potuerit; at ille mecum agere non potest. itaque si mandaverim tibi, ut verbi gratia fundum mihi sestertiis C emeris, tu sestertiis CL emeris, non habebis mecum mandati actionem, etiamsi tanti velis mihi dare fundum, quanti emendum tibi mandassem; idque maxime Sabino et Cassio placuit.* Al mandatario, infatti, si nega la possibilità di esercitare l'azione nei confronti del mandante (*non habebis mecum mandati actionem*) qualora abbia violato in eccesso i limiti (nel caso rappresentato nel brano, l'acquisto di un fondo per cento sesterzi) del mandato ricevuto. Opinione questa per la quale Gaio ricorda che "*idque maxime Sabino et Cassio placuit*". L'azione, invece, non si nega nel caso in cui i limiti siano stati rispettati. Nel brano, è vero, non figura l'espressione *iudicium contrarium mandati* per indicare l'azione del mandatario verso il mandante. Ma ciò si deve imputare sicuramente a Gaio che nelle sue Istituzioni non utilizza mai quell'espressione, preferendo quella "*mandati actio/mandati iudicio*" per indicare indifferentemente l'azione del mandante contro il mandatario (Gai. 3.111, 117, 161) o quella del mandatario contro il mandante (Gai. 3. 127, 156, 160). Altrove, invece, il giurista utilizza l'espressione *iudicium contrarium mandati*. Così in un testo nel quale, a giudizio del Provera, "non vi è traccia di alterazioni sostanziali" e dove si concede al procuratore l'azione contraria di mandato per recuperare ciò che abbia pagato per adempiere al giudicato: D. 3.3.46.5 (Gaius 3 *ad ed. provinc.*): *Item contra quod ob rem iudicatum procurator solverit, contrario mandati iudicio recipere debet...* Considerato ciò, allora, non si può escludere che anche Sabino potesse fare espreso riferimento al *iudicium contrarium mandati*, negando l'azione nel caso di eccesso di mandato. Le testimonianze riferite mostrano allora un quadro rispetto al quale non appare azzardato prospettare, almeno in tema di tutela e mandato, l'esistenza di *iudicia contraria* al tempo di Masurio Sabino, un tempo molto prossimo a quello della testimonianza ciceroniana.

lizzata in un'accezione che appare costante e perfettamente definita: la stessa che essa assumerà in epoca successiva e mai con riferimento alle azioni nascenti da *emptio venditio* e *locatio conductio*.

3. IMPORTANZA DEL COMPITO SVOLTO DAL GIUDICE NEI IUDICIA CONTRARIA CONSIDERATI DA CICERONE

Ora, una volta escluso che Cicerone abbia utilizzato l'espressione *iudicia contraria* con riferimento alle azioni nascenti dalla *emptio-venditio* e dalla *locatio-conductio*, e per converso, avendo verificato che l'ha usata per indicare le stesse azioni che sono qualificate tali in epoca successiva – in un contesto storico perfettamente in linea con la testimonianza ciceroniana –, cade la tesi di certa dottrina secondo la quale l'arpinate avrebbe utilizzato l'espressione in esame in senso atecnico. Appare anzi ragionevole affermare che Cicerone utilizzi l'espressione “in senso tecnico”, alludendo cioè a quelle stesse azioni che ritroveremo anche nelle fonti giuridiche del principato.

Resta da comprendere, però, in che senso i *iudicia contraria* rendono più complesso il compito del giudice.

Cicerone non dice niente al riguardo, ma è possibile formulare una ipotesi.

Se si considera, infatti, che l'arpinate usa l'espressione *iudicia contraria* riferendosi proprio a quegli stessi *iudicia* che sono considerati come “contrari” anche in epoca classica, un dato, allora, può ricavarsi proprio da alcune testimonianze relative a questa età.

Per l'epoca classica, in particolare, quel che sappiamo è che l'azione contraria può essere esperita dal tutore⁷¹, dal fiduciario, dal mandatario per le spese sostenute⁷² e, forse, anche per i danni su-

⁷¹ Al termine della tutela. Cfr. D. 27.3.4pr. (Paul. 8 ad Sab.): *Nisi finita tutela sit, tutelae agi non potest: finitur autem non solum pubertate, sed etiam morte tutoris vel pupilli*; D. 27.4.1.3 (Ulp. 36 ad ed.): *Finito autem officio hanc actionem competere dicemus tutori: ceterum quamdiu durat, nondum competit. sed si pro tutore negotia gessit vel etiam curam administravit, locus erit iudicio etiam statim, quia hoc casu in ipsum quoque statim actio competit*; D. 27.4.4 (Iul. 21 Dig.): *A tutela remotus eo loco haberi debet, quo esset finita tutela, et sicut actiones patitur perinde ac si pupillus pubes factus esset, ita contrario iudicio, si quid ei aberit, persequi debet: nihil enim prohibet suspectum tutorem esse, quamvis complura in rem pupilli impenderit, quae eum amittere non oportet.*

⁷² Per la tutela: D. 27.4.1pr. (Ulp. 36 ad ed.); D. 27.4.1.4 (Ulp. 36 ad ed.); D. 27.4.1.6 (Ulp. 36 ad ed.); D. 27.4.3pr. (Ulp. 36 ad ed.); D. 27.4.3.1 (Ulp. 36 ad ed.); D. 27.4.3.8-9 (Ulp. 36 ad ed.); D. 27.4.4 (Iul. 21 Dig.); D. 27.4.5 (Ulp. 1 resp.). Per la fiducia: D. 13.7.8pr. (Pomp. 35 ad Sab.); PS. 2.13.7; per il mandato D. 3.3.46.5 (Gaius 3 ad ed. provinc.); D. 17.1.12.8 (Ulp. 31 ad ed.); D. 17.1.12.9 (Ulp. 31 ad ed.).

biti⁷³. Sappiamo, inoltre, che l'azione *contraria* si può esercitare indipendentemente dall'azione diretta.

Il che implica, innanzitutto, che l'azione *contraria* può essere esercitata anche quando la diretta non sia stata esercitata.

A questo riguardo si consideri il seguente brano di Ulpiano:

D. 27.4.1.8 (Ulp. 36 ad ed.): *Hanc actionem dandam placet et si tutelae iudicio non agatur: etenim nonnumquam pupillus idcirco agere tutelae non vult, quia nihil ei debetur, immo plus in eum impensum est, quam quod ei abest, nec impediendus est tutor contrario agere.*

In esso il giurista ricorda che l'azione *contraria* si può dare anche se non si agisca con l'azione di tutela (diretta). Può accadere, infatti, che il pupillo non abbia alcun interesse ad agire con l'azione di tutela, dal momento che non gli è dovuto nulla o che, addirittura, nei suoi confronti sia stato speso più di quanto a lui manchi effettivamente⁷⁴.

Ed implica, ancora, che il *iudicium contrarium* può esperirsi anche dopo che l'azione diretta sia stata esercitata, come si arguisce da questo frammento sempre in tema di tutela:

D. 27.4.1.4 (Ulp. 36 ad ed.): *Praeterea si tutelae iudicio quis convenietur, reputare potest id quod in rem pupilli impendit: sic erit arbitrii eius, utrum compensare an petere velit sumptus. quid ergo, si iudex compensationis eius rationem non habuit, an contrario iudicio experiri possit? et utique potest ...*

È, infatti, nella libertà del convenuto chiedere con l'azione principale di compensare le spese nel giudizio promosso contro di lui (*ex eadem causa*) oppure agire con il *iudicium contrarium* dopo l'esercizio dell'azione diretta nella quale il giudice non si sia pronunciato sulla richiesta di compensazione.

⁷³ Per la tutela, cfr. 27.4.1.2 (Ulp. 36 ad ed.); D. 27.4.1.5 (Ulp. 36 ad ed.); D. 27.4.4 (Iul. 21 Dig.); D. 27.4.1.6 (Ulp. 36 ad ed.). Per il mandato: D. 17.1.12.9 (Ulp. 31 ad ed.).

⁷⁴ Una conferma dell'indipendenza dell'azione *contraria* da quella diretta si trova pure in D. 13.6.17.1 (Paul. 29 ad ed.): *Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et ceterae quae dicuntur contrariae*, un brano in tema di *actio commodati contraria*, particolarmente dibattuto in dottrina, nel quale si trova generalizzato il principio dell'indipendenza dell'azione *contraria* dalla diretta (*sicut et ceterae quae dicuntur contrariae*). Cfr. anche D. 13.6.18.4 (Gaius 9 ad ed. provinc.): *Quod autem contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam recto iudicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere iure pensationis. sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut iudex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit aut sine iudice restituta est: dicemus necessariam esse contrariam actionem*

Se, dunque, il *iudicium contrarium* non è stato ancora avanzato quando il legittimato all'azione diretta (mandante, fiduciante, pupillo) ha esperito la sua azione, il giudice dovrà valutare bene, poiché (trattandosi di azione diversa) “il giudicato” della diretta non preclude, in linea di principio, il *iudicium contrarium*, a meno che il giudice dell'*actio directa* non si sia espressamente pronunciato sulla richiesta del convenuto.

In tal senso si veda:

D. 27.4.1.4 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Praeterea si tutelae iudicio quis convenietur, reputare potest id quod in rem pupilli impendit: sic erit arbitrii eius, utrum compensare an petere velit sumptus. quid ergo, si iudex compensationis eius rationem non habuit, an contrario iudicio experiri possit? et utique potest: sed si reprobata est haec reputatio et adquevit, non debet iudex contrario iudicio id sarcire.*

Nella parte finale del brano si dice che la mancata considerazione della richiesta di compensazione da parte del giudice dell'*actio tutelae*, non impedisce al tutore di agire con il *iudicium contrarium tutelae* per il conseguimento delle spese sostenute⁷⁵, a meno che il giudice dell'*actio tutelae directa* si sia pronunciato negativamente sulla richiesta di compensazione. In tal caso, nell'*actio contraria* eventualmente esperita dal tutore, il giudice non dovrà esaminare le richieste avanzate dal tutore⁷⁶.

Il giudice dell'azione contraria, dunque, avrebbe dovuto tener conto, in certi casi, della decisione assunta dal giudice dell'*actio directa*; come pure quest'ultimo avrebbe dovuto tener conto della decisione del giudice dell'*actio contraria* (qualora questa fosse stata esperita per prima) e quindi “chiudere la strada” alle relative contropetese che potevano essere vantate dal tutore in occasione dell'esercizio dell'*actio directa*.

Si consideri al riguardo questo brano di Celso nel quale si afferma che quando un minore di venticinque anni è reintegrato nei

⁷⁵ D. 3.5.7.2 (Ulp. 10 *ad ed.*): *Si quocumque modo ratio compensationis habita non est a iudice, potest contrario iudicio agi: quod si post examinationem reprobatae fuerint pensationes, verius est quasi re iudicata amplius agi contrario iudicio non posse, quia exceptio rei iudicatae opponenda est; D. 16.2.7.1 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet petitio: nec enim rei iudicatae exceptio obici potest. aliud dicam, si reprobavit pensationem quasi non existente debito: tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio.**

⁷⁶ In D.3.5.7(8).2, in materia di *negotiorum gestio*, si dice che qualora si fosse agito, nonostante la pronuncia negativa sulla compensazione, sarebbe stata concessa l'*exceptio rei iudicatae*.

confronti di colui contro il quale egli agì con l'azione di tutela, non per questo deve reintegrarsi al tutore l'azione contraria di tutela:

D. 4.4.28 (Celsus 2 Dig.): *Cum minor quam quinque et viginti annis adversus eum, cum quo tutelae egit, restituitur, non ideo tutori contrarium tutelae iudicium restituendum est.*

Il caso prospettato da Celso presuppone, dunque, l'avvenuto esperimento delle azioni diretta e contraria⁷⁷. Il giudice che si fosse pronunciato nuovamente sull'*actio directa* avrebbe dovuto attentamente considerare il caso e respingere l'eventuale richiesta di compensazione.

Ebbene, alla luce di queste testimonianze, tenendo conto del modo in cui Cicerone intende l'espressione *iudicia contraria*, risulta allora oltremodo plausibile la ragione per la quale, a giudizio dell'arpinate, il giudice che conosce dell'azione diretta ha un compito assai delicato nel formulare la sua decisione. Egli, infatti, deve differentemente calibrare e tradurre in regole precettive la forza "creatrice" (*summa vis*) della *bona fides* – propria di quei *negotia* – in funzione del diverso contenuto delle obbligazioni delle parti⁷⁸; ma il punto è che il suo compito sarebbe stato ancora più arduo soprattutto alla luce del "condizionamento" che questi concretamente avrebbe subito – nella determinazione del contenuto delle obbligazioni delle parti – a causa del potenziale esercizio del *iudicium contrarium* o dall'avvenuto esperimento del *iudicium* stesso (circostanza che lo avrebbe costretto ad operare in modo coerente con quanto già disposto dal giudice dell'azione contraria).

Insomma, la presenza in certi casi di *iudicia contraria* avrebbe notevolmente complicato l'*officium* del giudice e condizionato lo svolgimento del giudizio, costringendo il giudice a considerare sia le vicende intercorse che quelle eventuali.

⁷⁷ Il problema che il giurista affronta, scrive il Provera, "presuppone evidentemente che sia avvenuta una *litis contestatio* unica relativa alle due azioni". Il problema, ritengo, non sarebbe potuto sorgere di fronte a due azioni rimaste separate ed indipendenti l'una dall'altra. In questo caso, infatti, non sarebbe stato necessario affermare che la *in integrum restitutio* del giudizio sull'*actio tutelae* diretta non avrebbe avuto effetto sul giudizio relativo all'azione contraria.

⁷⁸ CARDILLI, «Bona fides» tra storia e sistema, cit., pág. 35: "La *summa vis* che Quinto Mucio riscontra in tali *arbitria* è infatti direttamente connessa, nel discorso di Cicerone, alla *magna quaestio* su chi siano i <viri> *boni* e cosa sia il *bene agi* scolpiti dai *concepta verba* della formula dell'*actio fiduciae*. La *vis* ha nel contesto il senso di forza che genera significati, che modella condotte, che permette di concretizzare l'indeterminatezza del valore insito nei concetti assunti nella formula". A nt. 65 leggiamo: "È significativo, a mio avviso, che si qualifichi come 'forza'... insita in questi *arbitria*, la possibilità di tradurre in regole di condotta e norme precettive questi concetti-valore attraverso il potere del giudice, la cui statuizione sarà, oltre il dovuto delle parti, secondo ciò che in buona fede una all'altra si devono...".