
Il ruolo dei *verba ‘nisi restituent’* nella promessa dell’*actio de recepto**

» EMANUELA CALORE**

ABSTRACT. L’articolo si pone l’obiettivo di riflettere sul ruolo delle parole ‘*nisi restituent*’ nella clausola edittale riportata da Ulpiano in 14 *ad ed.* D. 4.9.1pr., con la quale il pretore prometteva la concessione di un’*actio de recepto*. Più nello specifico, nel contributo ci si chiede, anche sulla base di altre fonti (tra cui, in particolare, Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.5 ed *Ed. Theod.* 119), se la formula dell’*actio de recepto* contenesse una clausola restitutoria e, nel caso affermativo, quali sarebbero potute essere le implicazioni di una tale presenza, tanto dalla prospettiva dell’imprenditore quanto da quella del cliente.

PAROLE CHIAVE: imprenditori, responsabilità, clausola restitutoria, *actiones arbitrariae*, *actio de recepto*.

El papel de los *verba ‘nisi restituent’* en la promesa de la *actio de recepto*

RESUMEN. El artículo tiene como objetivo reflexionar sobre el papel de las palabras ‘*nisi restituent*’ en la cláusula edictal referida por Ulpiano en 14 *ad ed.* D. 4.9.1pr., con la cual el pretor prometía la concesión de una *actio de recepto*. Más específica-

* Fecha de recepción: 20 de julio de 2022. Fecha de aceptación: 24 de febrero de 2023.
Para citar el artículo: Calore, E., “Il ruolo dei *verba ‘nisi restituent’* nella promessa dell’*actio de recepto*”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 45, julio-diciembre 2023, 17-46. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.45.02>.

** Università degli Studi di Roma ‘Tor Vergata’, Roma, Italia; profesora asociada de Derecho Romano y de Derechos de la Antigüedad. Doctora en Sistema Jurídico Romanístico, Unificación del Derecho y Derecho de la Integración de la Università degli Studi di Roma ‘Tor Vergata’, Roma, Italia. Contacto: emanuela.calore@uniroma2.it ORCID: 0000-0002-9809-0838.

mente, el artículo se pregunta, también sobre la base de otras fuentes (incluyendo, en particular, Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.5 y *Ed. Theod.* 119), si la fórmula de la *actio de recepto* contenía una cláusula restitutoria y, en caso afirmativo, cuáles podrían haber sido las implicaciones de tal presencia, tanto desde la perspectiva del empresario como desde la del cliente.

PALABRAS CLAVE: empresarios, responsabilidad, cláusula restitutoria, *actiones arbitrariae*, *actio de recepto*.

The Role of the *Verba ‘Nisi Restituent’* in the Promise of the *Actio de Recepto*

ABSTRACT. The article aims to reflect on the role of the words ‘*nisi restituent*’ in the edictal clause referred to by Ulpiano in 14 *ad ed.* D. 4.9.1pr., with which the *praetor* promised to grant of an *actio de recepto*. More specifically, the article investigates, also on the basis of other sources (including, in particular, Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.5 and *Ed. Theod.* 119), whether the *formula* of the *actio de recepto* contained a restitution clause and, if so, what could have been the implications of such a presence, both from the perspective of the entrepreneur and from that of the customer.

KEYWORDS: entrepreneurs, responsibility, restitution clause, *actiones arbitrariae*, *actio de recepto*.

SOMMARIO: Introduzione. I. La clausola edittale riportata da Ulp. 4 *ad ed.* D. 4.9.1pr. II. La formula dell’*actio de recepto* e la possibile presenza di una clausola restitutoria. Conclusioni. Riferimenti.

Introduzione

Nel diritto romano un ruolo molto importante per la tutela dei clienti nei rapporti commerciali con i *nautae*, *caupones* e *stabularii* è svolto dal pretore e, in particolare, dagli ‘speciali’¹ rimedi processuali da lui introdotti: l’*actio de recepto*, l’*actio furti in factum* e l’*actio damni in factum adversus nautas, caupones, stabularios*.

L’esame dei *verba* edittali e delle formule dei rimedi contro questi imprenditori (*exercitores*)² marittimi e terrestri permette di cogliere l’entità dell’intervento pre-

1 Serrao, F., *La responsabilità per fatto altrui in diritto romano. Corso di lezioni*, Pisa, Libreria Universitaria, 1970, ora, da cui si cita, in Id., *Impresa e responsabilità a Roma nell’età commerciale*, Pisa, Pacini, 1989, 144 ss.; 154 ss.; Cursi, M. F., “*Actio de recepto e actio furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios*. Logiche differenziali di un sistema composito”, in *Studi per G. Nicosia*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2007, 117 ss.

2 Come è noto, il termine *exercitor*, inizialmente impiegato per indicare l’armatore, colui che era al vertice di un’impresa navale, grazie all’*interpretatio* dei giuristi sul verbo *exercere* è stato progres-

rio nell'individuazione di una responsabilità *ex recepto* e più in generale nell'allocazione del rischio in queste attività commerciali. La dottrina³ ritiene prevalentemente che l'intervento del pretore abbia inciso, aggravandola, sulla responsabilità dell'imprenditore, il quale avrebbe visto affiancarsi alla responsabilità nascente dal contratto sottostante, che comunque regolamentava il rapporto, una diversa responsabilità, di origine pretoria, per la mancata restituzione, il furto o il danneggiamento di quanto ricevuto e/o portato sulla nave, nella locanda o nella stazione di cambio dai clienti. L'innovazione del pretore è poi arricchita dall'*interpretatio prudentium*⁴.

In questo contributo mi soffermerò in particolare sul ruolo del pretore e sul suo possibile ricorso, nel promettere l'*actio de recepto*, alla tecnicità processuale della clausola restitutoria, che egli avrebbe potuto utilizzare, a vantaggio dell'attore, per rendere più probabile⁵ la *restitutio* della *res* consegnata in custodia e, allo stesso tem-

sivamente esteso ad indicare colui che si trova al vertice di un'impresa, non necessariamente navale. Cfr. Petrucci, A., "Negotiationes e negotiatores. Tipologia dell'organizzazione imprenditoriale romana", in Cerami, P. e Petrucci, A., *Diritto commerciale romano, Profilo storico*, 3.^a ed., Torino, Giappichelli, 2010, 59 s.

- 3 Glück, F., *Commentario alle Pandette*, vol. IV, tradotto e annotato da Landucci, L., Milano, Vallardi, 1890, 374 ss.; van Oven, J. C., "Actio de recepto et actio locati", *RHD*, vol. 24, 1956, 139 ss.; Arangio-Ruiz, V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, rist. della II ed. (Napoli, 1968), Napoli, Jovene, 1987, 103; Serrao, F., "La responsabilità per fatto altrui in diritto romano", *BIDR*, vol. 66, 1964, 19 ss., ora, da cui si cita, in *Impresa e responsabilità*, cit., 95 ss.; Földi, A., "Anmerkungen zum Zusammenhang zwischen der Haftung *ex recepto nautarum cauponum stabulariorum* und der Haftung für custodia", *RIDA*, vol. 50, 1993, 265 ss.; Fercia, R., *Criteri di responsabilità dell'exercitor. Modelli culturali dell'attribuzione del rischio e 'regime' della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, Torino, Giappichelli, 2002, 171 ss. e 202 ss.; Id., *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padova, Cedam, 2008, 291 ss.; Petrucci, A., "Tipi di attività contrattuali e di responsabilità connesse all'esercizio di un'impresa di navigazione", in Cerami e P., Petrucci, A., *Diritto commerciale*, cit., 273, a proposito della clausola editale riportata in D. 4.9.3.1; Cursi, M. F., "Actio de recepto", cit., 127 ss.; Pelloso, C., "Custodia, *receptum* e responsabilità contrattuale. Una rilettura dei dogmi civilistici alla luce del metodo casistico romano", *Seminarios complutenses de derecho romano*, vol. 29, 2016, 281 ss.; Galeotti, S., *Mare monstrum mare nostrum. Note in tema di pericula maris e trasporto marittimo nella riflessione della giurisprudenza romana (I sec. a.C.-III sec. d.C.)*, Napoli, Jovene, 2020, 136 ss. Un'altra parte della dottrina ha ritenuto che il pretore sarebbe intervenuto con il *receptum* per limitare la responsabilità dei *nautae* (*caupones* e *stabularii*), altrimenti oggettiva. In questo senso De Robertis, F. M., *Receptum nautarum. Studi sulla responsabilità dell'armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina particolare concernente il caupo e lo stabularius*, Bari, Grafiche Alfredo Cressadi, 1952, 13 ss., il quale pensa "ad un intervento del Pretore allo scopo di esonerare il *nauta* dalla antica responsabilità obbiettiva [...] scaturente dalla *locatio operis faciendi*, a meno che non fosse stata assunta garanzia espressa di *salvum fore*: lungi quindi dall'aggravare la responsabilità originaria del *nauta*, egli sarebbe intervenuto ad opporvi una grave limitazione, pur se soltanto in ordine alla sfera di applicazione, e senza toccarne minimamente la intensità" (16 s.).
- 4 A questo proposito può essere interessante ricordare l'ipotesi avanzata da Thomas, J. A. C., "Carriage by Sea", *RIDA*, vol. 7, 1960, 504 ss., che il *receptum* e la responsabilità ad esso connessa trovino la loro origine nella *scientia* di Labeone. Per una risalenza della responsabilità da *receptum* ad un periodo precedente a quello della creazione del sistema della responsabilità contrattuale, "*sogar des System der contractus bonae fidei*" e ad una successiva limitazione della responsabilità *ex recepto* da parte di Labeone, cfr. Földi, A., *Anmerkungen*, cit., 278 ss.
- 5 In considerazione del più esteso lasso temporale a disposizione del convenuto e della condanna, in caso di mancata *restitutio*, nel valore della *res* calcolato sulla base del *iusiurandum in litem* da parte dell'attore.

po, per bilanciare l'aggravamento della responsabilità degli imprenditori marittimi e terrestri risultante dall'*actio de recepto*, con l'estensione della possibilità di *restituere* – e quindi di evitare la condanna – ad un momento successivo alla *litis contestatio*.

I. La clausola edittale riportata da Ulp. 14 ad ed. D. 4.9.1pr.

A. I *verba edicti* e la possibilità che promettessero un'azione arbitraria

Ulpiano, nel libro quattordicesimo del suo commento all'editto, riporta la clausola edittale con la quale il pretore prometteva la concessione di un'azione (detta *actio de recepto*) contro gli armatori, i locandieri e i titolari di una stazione di cambio⁶ che non restituivano quello che, di chiunque fosse, avessero ricevuto affinché fosse salvaguardato:

D. 4.9.1pr. Ulp. 14 ad ed. Ait praetor: “*Nautae caupones stabularii quod cuiusque saluum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo*”.

L'introduzione di questa promessa è, probabilmente, da ricondurre al II sec. a.C.⁷. L'attenzione del pretore è su soggetti specificamente individuati, prima i *nautae* e, forse, solo in un secondo momento i *caupones* e gli *stabularii*⁸, e sul presupposto

6 Per Földi, A., “Anmerkungen”, cit., 265 ss., nonostante la dottrina moderna tenda a tradurre i termini *nautae*, *caupones* e *stabularii* rispettivamente con ‘*Schiffer*’ (armatori), ‘*Herbergswirte*’ (titolari di una locanda) e ‘*Stallwirte*’ (titolari di una stalla), gli *stabularii* non sarebbero stati propriamente dei titolari di una stalla, quanto piuttosto dei titolari di una locanda accanto alla quale era pure presente una stalla per gli animali; pertanto – a suo avviso – sarebbe preferibile parlare di responsabilità degli ‘*Schiffer*’ e degli ‘*Herbergswirte*’. Pur essendo possibile che la locanda avesse annessa una stalla, non si può escludere che vi fossero locande senza stalle annesse e, considerato ciò, mi sembra preferibile, anche nelle lingue moderne, distinguere tra *caupones* e *stabularii* e, in italiano, tradurre *stabularius* con ‘titolare di una stazione di cambio’ (che poteva avere annessa una locanda). Cfr. anche Heumann, H. y Seckel, E., *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, 11.^a ed., Graz, Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1971, 59 e 552, per il significato di ‘*caupo*’ come ‘*Gastwirt*’ o ‘*Schenk*’, e quello di ‘*stabularius*’ come ‘*Stallwirt*’.

7 Petrucci, A., “Tipi di attività”, cit., 261 ss.

8 Difficile dire con sicurezza, sulla base delle informazioni che ci sono giunte, se fin dall'inizio il pretore avesse contemplato tutte e tre le categorie di esercenti un'attività commerciale. Ritengono che il pretore si fosse inizialmente rivolto ai *nautae* e successivamente anche agli albergatori e ai titolari di una stazione di cambio, Lenel, O., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3.^a ed., 1927, rist. Aalen, Scientia Verlag, 1965, 131, nt. 15; Huvelin, P., *Études d'histoire de droit commercial romain*, vol. I, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, 120 ss., 137 ss., 156; Fercia, R., *La responsabilità*, cit., 202 s.; Petrucci, A., “Tipi di attività”, cit., 261 ss., 269. Diversamente, Karlowa, O., *Römische Rechtsgeschichte*, vol. II, t. I, Leipzig, 1901, Veit & Comp., 1316, nt. 4, per il quale le parole *eodem modo tenentur caupones et stabularii* di Ulp. 14 ad ed. D. 4.9.3.2 non permetterebbero di escludere che la clausola edittale commentata dal giurista includesse anche i citati imprenditori terrestri. Sembra pensare a degli editti separati per i *nautae* da una parte e per i *caupones* e *stabularii* dall'altra, Thomas, J. A. C., “Carriage by Sea”, cit., 489; ancora diversamente De Robertis, F. M., *Receptum nautarum*, cit., 144 ss., per il quale l'editto del pretore, così come la relativa *interpretatio* da parte dei *prudentes*, non avrebbe considerato i *caupones* e gli *stabularii* in

della concessione contro di loro dell'azione: aver ricevuto qualcosa, di chiunque fosse, affinché fosse salvaguardato (*quod cuiusque saluum fore receperint*⁹) e non averlo restituito. L'attenzione del titolare della *iurisdiction* sulla *restitutio* è dunque molto alta, e ciò è confermato dagli ulteriori rimedi da lui previsti contro tali imprenditori marittimi e terrestri volti a sanzionare la mancata riconsegna a causa di furto o la non riconsegna della *res integra* a causa del danneggiamento subito dalla stessa.

Nei rapporti commerciali con i *nautae*, *caupones* e *stabularii* si ha un *receptum*¹⁰ – un patto pretorio – quando essi si impegnano a salvaguardare ciò che hanno ricevuto, indipendentemente da colui al quale appartenga la *res* ricevuta¹¹. La mancata restituzione di quanto ricevuto legittima la concessione, da parte del pretore, dell'azione: *nisi restituent in eos iudicium dabo*.

La parte dei *verba edicti* appena richiamata condiziona, unitamente al verificarsi degli altri presupposti, il *iudicium dabo*. A questo dato, che dal tenore delle parole sembra certo¹², è invece dubbio se se ne possa aggiungere un altro, cioè quello della

ordine alla responsabilità *ex recepto*. Dai testi dei giuristi che commentavano la clausola editale, si ricava però che la categoria “di riferimento” era quella dei *nautae*, mentre gli altri esercenti venivano spesso richiamati per precisare che quanto detto valeva anche per loro. Si pensi, ad esempio, a Gai. 5 *ad ed. prov.* D. 4.9.2 *sicut et caupo viatorum*; oppure a Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.2 *Eodem modo tenentur caupones et stabularii, quo exercentes negotium suum recipiunt*.

- 9 Sull'importanza e sul significato dell'espressione *saluum fore receperint*, cfr. Goldschmidt, L., “Das *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*”, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, n.° 3, 1860, 97 ss.
- 10 Ude E., “Das *receptum nautarum, ein pactum praetorium*”, *ZRG RA*, vol. 12, 1891, 66 ss.; Lusignani, L., *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano*, vol. I, *Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum e gli altri casi di locatio conductio*, Parma, Tipografia operaia Adorni-Ugolotti e C., 1902, 24 ss.; Brecht, Ch. H., *Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht*, München, C.H. Beck, 1962, 83 ss.; secondo Frezza, P., s.v. “*receptum*”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 14, Torino, Utet, 1967, 1026 = ora in *Scritti*, II, a cura di Amarelli, F. e Germinio, E., Roma, Lateran University Press, 2000, 600, il *saluum fore recipere*, dal quale sarebbe sorta la responsabilità, originariamente sarebbe nato da un patto aggiunto al contratto concluso tra i *nautae, caupones, stabularii* ed i loro clienti, mentre, con il tempo, la responsabilità si sarebbe ritenuta nascere indipendentemente da una dichiarazione espressa dell'obbligato, dalla ricezione delle *res* da parte dell'armatore, dell'albergatore o dello stalliere. In questo senso, cfr. anche Lenel, O., “*Rc. a L. Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrecht*”, *ZRG RA*, vol. 13, 1892, 403, nt. 1; Pernice, A., “*Parerga X. Zum römischen Gewohnheitsrecht*”, *ZRG RA*, vol. 20, 1899, 137; Partsch, J., “*Der ediktale Garantievertrag durch receptum*”, *ZRG RA*, vol. 29, 1908, 405 ss.; Arangio-Ruiz, V., *Responsabilità contrattuale*, cit., 107. Sul *receptum*, cfr. anche De Robertis, F. M., *Receptum nautarum*, cit., 5 ss.; Petrucci, A., “*Tipi di attività*”, cit., 261 ss. Cursi, M. F., “*Actio de recepto*”, cit., 119 ss.; Carvajal, P. I., “*La persistencia de 'recipere' en su acepción de 'prometer' y la desvinculación entre vis maior y la exceptio Labeonis en época postclásica: 'saluum recipere obligare' y 'suscipere in fidem suam'*”, in *Studi in onore di A. Metro*, a cura di Russo Ruggeri, C., vol. 1, Milano, Giuffrè, 2009, 409 ss.; Peloso, C., “*Custodia*”, cit., 281 ss.; Galeotti, S., *Mare monstrum*, cit., 136 ss.
- 11 D. 4.9.1.7 Ulp. 14 *ad ed. Item Pomponius libro trigensimo quarto scribit parvi referre, res nostras an alienas intulerimus, si tamen nostra intersit salvas esse: etenim nobis magis, quam quorum sunt, debent solvi. et ideo si pignori merces accepero ob pecuniam nauticam, mihi magis quam debitori nauta tenebitur, si ante eas suscepit*. Cfr. Fercia, R., *La responsabilità*, cit., 297.
- 12 Tanto che la dottrina maggioritaria legge il *nisi restituent* dei *verba edicti* solo come condizione per la concessione dell'azione. Tra gli altri, in questo senso Betti, E., *Studi sulla litis aestimatio del processo civile romano*, II, *Le actiones quibus et rem et poenam persequimur del processo classico*,

presenza di una clausola restitutoria in senso tecnico nella formula dell'*actio de recepto* e dunque del suo carattere di azione arbitraria¹³.

Il tratto caratterizzante le azioni che contengono una clausola restitutoria, e che alcune volte nelle fonti sono dette *actiones arbitrariae*, consiste nel fatto che in esse il giudice, dopo aver valutato la sussistenza del diritto vantato dall'attore (*pronuntiatio de iure*), non deve subito pronunciare la sentenza, ma innanzitutto ordinare¹⁴ al convenuto la restituzione della cosa (*iussum de restituendo*). Se il convenuto ottempera all'ordine (*iussum*) viene assolto, in quanto viene meno l'ulteriore condizione per la condanna. Solamente nell'ipotesi in cui il convenuto trascuri questo ordine, segue la condanna al pagamento di una somma di denaro, che in caso di *contumacia* (cioè di volontaria non restituzione) potrebbe superare di molto il valore dell'oggetto, o comunque essere particolarmente svantaggiosa per il convenuto che non ottempera alla restituzione, perché si baserebbe sul giuramento estimatorio (sullo *iusiurandum in litem*) dell'attore.

Come è noto, le azioni che contengono una clausola restitutoria acquistano una particolare rilevanza nell'ambito del processo romano classico, in quanto attraverso di esse si poteva superare la alternatività, altrimenti necessaria, tra assoluzione e condanna pecuniaria¹⁵, e soddisfare pienamente l'interesse dell'attore che in taluni

Città di Castello, Soc. Tip. Leonardo da Vinci, 1915, 15 nt. 1, per il quale non ci sarebbe ragione per credere che il *nisi restitutum* della clausola edittale “alluda a una clausola formolare di restituzione: esso designa per contro – almeno per l'età della sua origine – il presupposto del *iudicium*”, benché, come ha osservato (7 e nt. 2), egli ritenga non si possa escludere che il *restituere*, originariamente ammesso *ante iudicium acceptum*, finisse anche per questo rimedio con l'essere riconosciuto *ante condemnationem*; Maier, G. H., *Prätorische Bereicherungsklagen*, Berlin-Leipzig, De Gruyter, 1932, 124; Carvajal, P. I., “La persistencia”, cit., 419 s.

13 La dottrina ha discusso molto sul rapporto tra clausola restitutoria, azioni arbitrarie e *arbitrium iudicis*, assumendo posizione molto diverse (Biondi, B., *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis*, Palermo, 1912, rist. anastatica Roma, L'Erma di Bretschneider, 1970, 5 ss.; Lenel, O., “Zur Lehre von den *actiones arbitrariae*”, in *Festgabe für R. Sohm dargebracht zum goldenen Doktorjubiläum von Freunden, Schülern und Verehrern*, Leipzig, Duncker & Humblot 1914, 201 ss. [= in *Gesammelte Schriften*, vol. 3, 1902-1914, Napoli, Jovene, 1991, 503 ss.]; Levy, E., “Zur Lehre von den sog. *Actiones arbitrariae*”, *ZRG RA*, vol. 36, 1915, 1 ss.; Chiazzese, L., *Jusiurandum in litem*, Milano, Giuffrè, 1958, 103 ss.; Calore, E., *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e actio in rem scripta*, Milano, Giuffrè, 2011, 261 ss., 343 ss.; Viaro, S., *L'arbitratus de restituendo nelle formule del processo privato romano*, Napoli, Jovene, 2012, 105 ss.; Gaulhofer, J., *Metus. Der prätorische Rechtsschutz bei Furcht, Zwang und Gewalt*, Wien-Köln-Weimar, Böhlau, 2019, 173 ss.). Senza entrare in questa sede in modo approfondito nella questione, dalla lettura delle fonti sul tema, mi sembra possa ricavarsi che le azioni munite di una clausola restitutoria fossero caratterizzate da una più ampia discrezionalità del *iudex* in ordine alla *restitutio* (connessa all'*arbitrium iudicis*) e probabilmente anche per questo motivo fossero talvolta indicate nelle fonti con la qualifica di *actiones arbitrariae*, benché essa sia impiegata dai giuristi non solo per le azioni nelle cui formule era contenuta una clausola restitutoria. Cfr. anche *infra*, nt. 70.

14 Viaro, S., *L'arbitratus*, cit., 160 ss., 196 s., ritiene piuttosto che lo *iussum de restituendo* costituisca un invito o meglio ancora un'autorizzazione. Così, anche Gaulhofer, J., *Metus*, cit., 204 ss.

15 Chiazzese, L., *Jusiurandum*, cit., 150. Non mi sembra invece convincente il ragionamento di Viaro, S., *L'arbitratus*, cit., 193 ss., per la quale le azioni munite di clausola restitutoria non avrebbero derogato “alla regola cardine del processo formolare – ossia al carattere pecuniario dell'eventuale condanna emessa dal *iudex* –, che rimaneva salda in tutti i casi in cui una rimessione in pristino

casi, come quello del *receptum*, era volto alla salvaguardia della *res* e alla sua restituzione.

Quella di considerare l'*actio de recepto* un'*actio* arbitraria è una ipotesi che la dottrina¹⁶, soprattutto meno recente, ha discusso e in qualche caso accolto¹⁷, ma che oggi, per lo più, non viene presa in esame¹⁸, e quindi – implicitamente – non ritenuta fondata. Probabilmente, ha pesato sull'affermarsi di questo orientamento la ricostruzione della formula dell'*actio de recepto* proposta da Rudorff¹⁹, da Lenel, in particolare nelle prime due edizioni²⁰ del suo studio sull'editto perpetuo, e più recentemente da Mantovani²¹, che contiene il richiamo al *restituere* all'infinito perfetto. Questo uso del tempo verbale implica che la restituzione dovesse essere fatta prima della *litis contestatio* e quindi escluderebbe una clausola restitutoria operante come condizione negativa della condanna, che infatti in tali ricostruzioni non è presente.

In una riflessione sull'aggravamento della responsabilità dell'*exercitor* in seguito all'introduzione di 'speciali' rimedi contro i *nautae*, *caupones* e *stabularii*, la presenza o meno nella formula dell'*actio de recepto* della clausola restitutoria è

non avesse avuto spontaneamente luogo *ante sententiam*". La studiosa, infatti, pone l'accento sulla persistenza di una eventuale condanna pecuniaria, che non è però messa in discussione da chi, come me, sostiene che la clausola in esame permettesse di superare tale condanna, di evitarla.

- 16 Cuiacius, I., *Ad lib. XIII Pauli ad edictum*, in *Opera Omnia*, vol. I, Lugduni, sumptibus Ioannis Pillehotte, 1614, 977; Faber, A., *Rationalia in Pandectas I*, Genève, ex Typis Vignonianis, 1604, ad D. 4.9.3.1 e ad D. 4.9.3.2; Rudorff, A. F., *Römische Rechtsgeschichte*, vol. II, Leipzig, Tauchnitz, 1859, 154; Goldschmidt, L., "Das *receptum nautarum*", cit., 117 s.; Lenel, O., "Zur Lehre", cit., 210 (benché non proprio esplicitamente); Peters, H., "Generelle und spezielle Aktionen", *ZRG RA*, vol. 32, 1911, 296 s.; Karlowa, O., *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 1316; Levy, E., "Zur Lehre", cit., 24 ss.; Id., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, vol. II., t. I, Berlin, Vahlen, 1922, 88; Voci, P., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, Giuffrè, 1939, 130 ss.; Chiazzese, L., *Jusiurandum*, cit., 5, 82, 241; Stolfi, E., *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*, vol. II, *Contesti e pensiero*, Milano, Led, 2001, 159; Viaro, S., *L'arbitratus*, cit., 9, nt. 23. Per un maggiore ragguaglio sulle diverse posizioni, cfr. *infra*, § II.B.1.
- 17 Cuiacius, I., *Ad lib. XIII Pauli ad edictum*, cit., 977; Faber, A., *Rationalia in Pandectas I*, cit., ad D. 4.9.3.1 e ad D. 4.9.3.2; Goldschmidt, L., "Das *receptum nautarum*", cit., 117 s.; Peters, H., "Generelle und spezielle Aktionen", cit., 296 s.; Karlowa, O., *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 1316; Levy, E., "Zur Lehre", cit., 24 ss.; Id., *Die Konkurrenz*, cit., 88; Voci, P., *Risarcimento*, cit., 130 ss.; Chiazzese, L., *Jusiurandum*, cit., 5, 82, 241.
- 18 Fanno eccezione, per quanto ho potuto vedere, Stolfi, E., *Studi*, cit., 159, il quale considera il rimedio in esame un'azione arbitraria, e Viaro, S., *L'arbitratus*, cit., 9, nt. 23, la quale si pone il problema se dal *nisi restituent* della clausola editale con la quale si prometteva l'*actio de recepto* possa scaturire un'azione arbitraria.
- 19 Rudorff, A. F. *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae, 1869, rist. Navarra, Eunsa, 1997, 65. Cfr. *infra* § II.A.
- 20 Lenel, O., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, 1.^a ed., Leipzig, Tauchnitz, 1883, 104, il quale aderiva alla ricostruzione di Rudorff; nello stesso senso nella seconda edizione: Id., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 2.^a ed., Leipzig, Tauchnitz, 1907, 127. Nella terza edizione, invece, la ricostruzione proposta da Lenel (Id., *Das Edictum perpetuum*, 3.^a ed., cit., 131) contiene un *nisi restituet* al posto del precedentemente ipotizzato *neque restituisse*.
- 21 Mantovani, D., *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, 2.^a ed., Padova, Cedam, 1999, 68 s. Cfr. *infra* § II.A.

però a mio avviso interessante, perché se presente, avrebbe determinato che i poteri del giudice fossero più articolati e più ampi che in altre azioni²², eccettuate quelle di buona fede e quelle nelle cui formule, come l'*actio de eo quod certo loco*²³, verosimilmente si menzionava l'*arbitrium iudicis*; avrebbe permesso al convenuto di avere un margine maggiore, anche temporale, per la restituzione e, allo stesso tempo, avrebbe aumentato la probabilità per l'attore di vedersi restituita la *res*, anche in considerazione del fatto che la mancata restituzione avrebbe potuto comportare la determinazione, per la condanna, del valore della *res* sulla base dello *iusiurandum in litem* (giuramento estimatorio) dell'attore²⁴. Una nuova considerazione della questione, pertanto, non sembra inutile, perché – come vedremo nei §§ successivi – oltre al *nisi*

22 Pernice, A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, vol. II, t. 1, 2.^a ed., Halle, Max Niemeyer, 1895, 288 ss.; Levy, E., “Zur Lehre, cit., 61 ss.; Kaser, M. e Hackl, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, 2.^a ed., München, C.H. Beck, 1997, 337 e nt. 19, per i quali, però, la discrezionalità del giudice avrebbe potuto incidere sul ‘come’ della “*Befriedigung*” (e quindi della *restitutio*) e non sul ‘quanto’ della stessa. Diversamente: Riccobono, S., “Rc. a O. Lenel, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, Leipzig, 1907”, *BDR*, vol. 20, 1908, 101 ss., per il quale la compilazione giustiniana avrebbe inteso l'*arbitratus* in modo nuovo e diverso rispetto a quello dei classici e “cioè nel senso che il giudice in questa categoria di azioni ha il potere di *aestimare ex bono et aequo*”; Id., “Dal diritto romano classico al diritto moderno”, *AUPA*, vol. III-IV, 1917, 180, nt. 2; Id., “La dottrina generale del compenso di spese fatte su cosa altrui”, *AUPA*, vol. III-IV, 1917, 390 ss.; Chiazzese, L., *Jusiurandum*, cit., 26 ss., 41, 111, secondo il quale le azioni con clausola restitutiva non sarebbero state caratterizzate da una maggiore discrezionalità (per la critica alla tesi di Pernice, alla quale comunque Chiazzese, considerandola storicamente, riconosce “un posto d’onore”, cfr. 20 ss.; per la critica a Levy, 31 ss.). Più recentemente è intervenuta sulla questione Viaro, S., *L’arbitratus*, cit., 106 ss. e 156, per la quale, d’accordo con Chiazzese, la clausola restitutiva non avrebbe attribuito al *iudex* “un’autonomia di giudizio di carattere diverso da quella che normalmente gli spettava in relazione alle altre *formulae*”. Ritiene, però, Viaro – a differenza di Chiazzese – che “l'*arbitrium* del giudice consistesse nella decisione volta ad ammettere o meno la *restitutio* in relazione alla specifica vicenda di cui era chiamato a occuparsi, se del caso fissando le condizioni cui la *restitutio* stessa sarebbe stata soggetta: di talché, la clausola arbitraria altro non avrebbe significato che, semplicemente, ‘se la cosa non sia restituita per decisione del giudice’”. A sostegno di questa tesi, la Viaro osserva che se il *iudex*, in considerazione della clausola restitutiva, avesse sempre dovuto ordinare la *restitutio*, egli avrebbe dovuto assolvere il convenuto “ogni qual volta vi fosse stata una reintegrazione *ante sententiam* in favore dell’attore: in pratica, il convenuto stesso avrebbe avuto a propria disposizione un comodo espediente per ravvedersi solo una volta aver saputo di aver torto, quando già vi era insomma la certezza che una sentenza sfavorevole sarebbe stata pronunciata qualora egli non avesse tenuto un atteggiamento collaborativo”. Una simile formula, quindi, per la studiosa avrebbe favorito “intenti defatigatori”, “svuotato di ogni portata lo stesso istituto del *iusiurandum in litem*, privandolo di tutta la sua carica latamente ‘punitiva’”, “il vero ‘arbitro’ dell’intera situazione sarebbe stato il convenuto”. Ritengo, però, che se consideriamo lo scopo, la funzione (principale) dei rimedi in cui tale clausola era presente, cioè quello di far conseguire all’attore la *restitutio* della *res*, la valutazione sulle conseguenze di una clausola restitutiva, che avrebbe permesso “sempre e comunque di procedere a *restitutio*”, non sarebbe stata che positiva, perché tale clausola avrebbe permesso all’attore, con un più ampio raggio di possibilità, di ottenere il proprio risultato, benché ciò avrebbe anche comportato al convenuto di evitare in qualsiasi momento precedente alla *condemnatio* le conseguenze di una condanna che dovesse tenere conto del *iusiurandum in litem*.

23 Cfr. *infra*, nt. 70.

24 Per Chiazzese, L., *Jusiurandum*, cit., 112, il rifiuto del convenuto di obbedire al *iussum iudicis* costituisce l’unico presupposto classico del *iusiurandum in litem*: “Si pone così la tesi del nesso classicamente indissolubile tra *jusiur. in litem* e formule munite di clausola restitutiva”.

restituent della clausola edittale, ci sono indizi, presenti in altre fonti (D. 4.9.3.5; *Ed. Theod.* 119), che potrebbero condurre verso l'inclusione della clausola restitutoria nella formula dell'*actio de recepto* e perché, se tale ipotesi fosse confermata, il pretore avrebbe potuto voler dotare il rimedio in questione di uno strumento che in una qualche misura bilanciassero l'aggravata responsabilità dei *nautae*, *caupones* e *stabularii*.

B. Il valore della clausola 'nisi restituent' e l'interpretatio prudentium dei verba edicti

Per cercare di chiarire il valore del richiamo alla restituzione nelle parole dell'editto riportate da Ulpiano nel testo tramandato in D. 4.9.1pr., è prezioso il commento dei giuristi a quella clausola edittale, che prevede la responsabilità *ex recepto* dei *nautae caupones* e *stabularii*. I giuristi ne elogiano l'utilità e chiariscono i motivi che spinsero il pretore ad inserirla nell'editto:

Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.1.1

Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiae eorum committere. neque quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esse statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus.

Ulpiano, nel qualificare di massima utilità la clausola edittale che aveva appena citato (D. 4.9.1pr.), sottolinea che i *nautae*, *caupones* e *stabularii* sono esercenti di attività commerciali di cui – in determinate circostanze – non si possa fare a meno e quindi sia necessario rimettersi alla loro *fides* e affidare le cose alla loro custodia²⁵. Inoltre, il giurista precisa che non si possa ritenere che la previsione edittale sia troppo severa contro tali imprenditori, perché a loro è data la possibilità di non impegnarsi con qualcuno e perché se il pretore non avesse introdotto una simile previsione, si sarebbe concessa agli armatori, ai locandieri e ai titolari di una stazione di cambio la possibilità di associarsi con i ladri, tanto che commettono frodi nonostante l'introduzione di tale clausola edittale.

La frase *neque quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum* lascia presumere che qualcuno avesse ritenuto (troppo)²⁶ l'intervento del pretore, forse

25 Cursi, M. F., "Actio de recepto", cit., 129.

26 Sebbene, più in generale, da alcune fonti sembrerebbe ricavarsi l'idea che i Romani avessero una cattiva considerazione dei *nautae*, *caupones* e *stabularii*. Cfr., tra gli altri, Horatius, *lib. 1 Serm.* 1, v. 29; 5, v. 4 ss., v. 70 ss.; Martialis, *lib. 1, Epigr.* 26; 57 (56); 2.51; e 3.57; Plaut., *Aulul.*, 3.5.35 (= 509); Sen., *De ben.*, 1.14.1; Cic., *Cluent.* 59.163. Allo stesso tempo, però, in merito alla reputazione dei *nautae*, da altre fonti emerge il riconoscimento dell'*utilitas* della loro attività per i traffici com-

perché introduceva un aggravamento della responsabilità dell'imprenditore rispetto a quella che si sarebbe potuta far valere con le azioni nascenti dai contratti dello *ius civile*²⁷.

In questa parte iniziale del commento ulpiano alla clausola edittale, che si concretizza in una *laudatio edicti*, non vi è alcun esplicito richiamo al ruolo della mancata *restitutio*, né per giustificare la responsabilità degli esercenti l'attività commerciale, né per argomentare l'infondatezza dell'opinione di chi considera la promessa edittale troppo severa, a differenza delle considerazioni che Ulpiano svolge sulla promessa edittale dell'*actio quod metus causa*, che è nelle fonti qualificata come un'azione arbitraria²⁸. Un confronto con il commento ulpiano alla clausola edittale sul *metus*, mostra che in quest'ultima, invece, il giurista riconosce la "clemenza" del pretore nel dotare l'azione per quanto compiuto a causa di timore, che prevedeva una pena nel quadruplo, di una clausola restitutoria (Ulp. 11 *ad ed. D.* 4.2.14.1 [...] *satis clementer cum reo praetor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si vult poenam evitare*²⁹).

Anche nella parte finale del commento ulpiano alla clausola edittale che prometteva l'*actio de recepto*, prettamente dedicata ai *verba 'nisi restituent, in eos iudicium dabo'*³⁰, il giurista – per quanto ci è giunto – non dedica attenzione al valore della *restitutio* nella fattispecie in esame. Questa assenza, se attribuibile ad Ulpiano, può spiegarsi con il fatto che egli si era già soffermato nel commento ai precedenti titoli edittali (mi riferisco, in particolare, al titolo edittale che prometteva tutela per quanto compiuto *metus causa* che probabilmente conteneva le parole *nisi restituetur*³¹, o per quanto compiuto a causa di dolo³²) sul valore della clausola restitutoria e non ritenesse necessario tornarci.

In ogni caso, il tenore delle parole dell'editto mostra chiaramente che la mancata restituzione da parte dei *nautae, caupones* e *stabularii* di quanto ricevuto costituisce un presupposto per la concessione dell'azione. In considerazione del modo e del tempo verbale utilizzato (*restituent*), ci si può però anche chiedere se il pretore, per bilanciare l'aggravata responsabilità connessa a queste attività commerciali, abbia o

merciali, soprattutto quando questi erano in grado di garantire l'approvvigionamento a Roma anche durante l'inverno, come si ricava, ad esempio, da Svet., *Claud.* 18.2.

27 Petrucci, A., "Tipi di attività", cit., 273.

28 Cfr. Ulp. 11 *ad ed. D.* 4.2.14.4; I. 4.6.31.

29 Cfr. Calore, E., *Actio quod metus causa*, cit., 273 ss.; Viaro, S., *L'arbitratus*, cit., 49 ss.; Gaulhofer, J., *Metus*, cit., 202 ss; 243 s.

30 Lenel, O., *Palingenesia iuris civilis*, vol. II, Lipsiae, Tauchnitz, 1889, 491. Diversamente, Cerami, P., "Tabernae deversoriae. Settore economico e regime giuridico nel periodo imprenditoriale", in *Studi in onore di A. Metro*, a cura di Russo Ruggeri, C., vol. 1, Milano, Giuffrè, 2009, 467, sembra attribuire anche il testo riportato in D. 4.9.3.1 al commento alla formula dell'*actio de recepto*.

31 Ulp. 11 *ad ed. D.* 4.2.9.7; D. 4.2.12; D. 4.2.14pr.-2. Cfr. Calore, E., *Actio quod metus causa*, cit., 57, 65 e 261 ss.

32 Si pensi a Ulp. 11 *ad ed. D.* 4.3.17pr.

meno voluto anche preannunciare nella clausola edittale il ricorso alla tecnica processuale che prevede l'inserimento nella formula dell'azione della clausola restitutoria, che avrebbe riconosciuto al giudice un potere discrezionale grazie al quale egli avrebbe potuto incidere nella determinazione della restituzione.

II. La formula dell'*actio de recepto* e la possibile presenza di una clausola restitutoria

A. Le proposte di ricostruzione della formula

Oltre ai *verba* della clausola edittale, decisiva per una valutazione complessiva della situazione in cui si sarebbe venuto a trovare l'imprenditore in seguito al *receptum* è quindi la formula dell'azione *de recepto*, che purtroppo non ci è tramandata dalle fonti nel suo tenere letterale. Rudorff, Lenel (nelle prime due edizioni) e Mantovani la ricostruiscono in modo pressoché simile.

Rudorff³³: *Iudex esto. Si paret N^{um}N^{um} (servum, filium, institorem NⁱNⁱ voluntate eius), cum navem (cauponam, stabulam) exerceret, NⁱNⁱ [rectius AⁱAⁱ] res, quibus de agitur, salvas fore recepisse neque restituisse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N^{um}N^{um} A^oA^o condemna, si n.p.a.*

Lenel³⁴: *S.p. N^mN^m, cum navem exerceret, AⁱAⁱ res q.d.a. salvas fore recepisse neque restituisse, q.e.r.e., t.p., iudex, N^mN^m A^oA^o c.s.n.p.a.*

Mantovani³⁵: *C. Aquilius iudex esto. Si paret N.Negidium cum navem exerceret A.Agerii res quibus de agitur salvas fore recepisse neque restituisse, quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex N.Negidium A.Agerio condemnato, si non paret absolvido.*

In Lenel però, in seguito ad una più approfondita riflessione sulle *actiones arbitrarie*³⁶, si insinua il dubbio che il *nisi restituisse* della clausola edittale non permettesse la presenza di un *nisi restituisse* nella formula dell'*actio de recepto*, e pertanto egli propone una diversa ricostruzione che tiene conto di queste considerazioni (*S.p. N^mN^m, cum navem exerceret, AⁱAⁱ res q.d.a. salvas fore recepisse, nisi restituet*³⁷,

33 Rudorff, A. F., *Edicti perpetui*, cit., 65.

34 Lenel, O., *Das Edictum perpetuum*, 1.^a ed., cit., 104; Id., *Das Edictum perpetuum*, 2.^a ed., cit., 127.

35 Mantovani, D., *Le formule*, cit., 68 s.

36 Lenel, O., "Zur Lehre", cit., 210, sottolinea la rigorosa osservanza delle regole della *consecutio temporum* nella redazione delle clausole edittali.

37 Lenel, O., *Das Edictum perpetuum*, 3.^a ed., cit., 131, nt. 20. Cfr. anche Id., "Zur Lehre", cit., 210, nt. 1.

*q.e.r.e.*³⁸, *t.p. iudex N^mN^m A^oA^o c.s.n.p.a.*), ma che – mi sembra – non scioglie del tutto il nodo della questione della presenza o meno di una clausola restitutoria nella formula dell’azione. Mantovani, probabilmente anche sulla base di tali riflessioni di Lenel, a proposito del *neque restituisset* presente nella ricostruzione da lui proposta, segnala³⁹ che è possibile anche un’altra formulazione: ‘*nisi restituet*’.

B. L’*actio de recepto* era un’*actio arbitraria*? Nella sua formula era presente una clausola restitutoria?

1. Le diverse posizioni assunte dalla dottrina

Nelle fonti a noi pervenute sull’*actio de recepto* non ricorre una sua qualificazione in termini di *actio arbitraria*. Inoltre, nei commenti dei giuristi alla formula dell’azione non ci sono riflessioni del tutto esplicite che lascino pensare con certezza ad una presenza della clausola restitutoria. Tuttavia, una parte della dottrina ha ritenuto certo che l’*actio de recepto* avesse una clausola restitutoria e che fosse un’azione arbitraria.

Cuiacio⁴⁰, nonostante qualche dubbio iniziale (... *proculdubio*), ritiene che essa, in modo simile all’*actio quod metus causa* ed alla *rei vindicatio*, fosse un’azione arbitraria. Più precisamente – osserva Cuiacio – se l’*exercitor* non avrà restituito *arbitrio iudicis* la *res* che gli è stata consegnata affinché la tenesse salva, allora sarà data questa azione (*de recepto*) per quanto è l’interesse dell’attore che fosse restituita – stimato con il *iusiurandum in litem* –, in modo analogo a quanto avviene nell’*actio de dolo*, che è anche un’azione arbitraria. Similmente, per Favre⁴¹ l’*actio de recep-*

38 Lenel, O., *Das Edictum perpetuum*, 3.^a ed., cit., 131, nt. 21, sulla base di D. 4.9.6.2, ipotizza che a questo punto potesse essere anche contenuta una *taxatio* pretoria.

39 Mantovani, D., *Le formule*, cit., 69, nt. 259.

40 Cuiacius, I., *Ad lib. XIII Pauli ad edictum*, cit., 977: “*Dixi autem hac actione exercitores teneri nisi restituant. Haec sunt verba edicti, nisi restituant, quae proculdubio, quod non animaduertent, hanc actionem arbitriam faciunt, ut in edicto, quod metus causa ... Et in formula actionis in rem ... Omnem actionem in rem certissimum est esse arbitriam ... Et ideo in specie proposita, si res, quas exercitor salvas fore recepit, non restituerit arbitrio iudicis, tum demum haec actio ex edicto praetoris datur, quantum interest actoris, quante ea res est ab actore aestimata, iureiurando in litem, ut fit in actione de dolo, quae etiam est arbitriam, l. arbitrio. de dolo. ...*”.

41 Faber, A., *Rationalia in Pandectas I*, cit., ad D. 4.9.3.1 e ad D. 4.9.3.2: “*Duplex enim actio datur ex hoc edicto, utraque in factum. Una in simplum ex contractu vel quasi contractu de recepto, quae merè rei persecutoria est § pen. j. (D. 4.9.3.4) Altera in duplum ex quasi delicto ... Porrò quem ex hoc edicto datur, arbitriam est ... Fit enim condemnatio ex huiusmodi actione non precisè, sed sub ea exceptione si res non restituatur arbitrio iudicis. Nec me movet quod obiicit Accursius qui contrà putat ad d.l.i. in prin. quod in hoc iudicio non feruntur duae sententiae. Nam nec in aliis duae feruntur, sed una dumtaxat. l. itè si cum. 14 § hæc autè, ubi dixi. supra quod.met. caus. (D. 4.2.14.4). Praecedit iussum restituendi, si res arbitrio iudicis non restituatur, sit condemnatio ex bono et aequo” ... “Porrò actio de qua in h.t. non bonae fidei est, sed potiùs arbitriam...” ... “quae regula ad speciem huius § minùs pertinet, quoniam actio quae ex hoc edicto competit. de recepto non bonae fidei est sed arbitriam, ut scripsi ad § ait praetor...”.*

to era un'actio arbitraria, dal momento che la *condemnatio* sarebbe stata *sub ea exceptione si res non restitatur arbitrio iudicis*. Inoltre, il ragionamento di Favre sotteso a questa qualificazione ancora una volta conteneva dei richiami e dei rinvii all'actio *quod metus causa*. Anche Goldschmidt⁴², nelle ultime pagine del suo più ampio studio sul *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*, qualifica l'actio *de recepto* come *actio arbitraria*, indicando⁴³, a supporto di ciò, i *verba edicti 'nisi restituent'*, la somiglianza con le “imparentate” *actione depositi* e *locati*, che però – ritengo si debba aggiungere – non sono *actiones arbitariae*, ma di buona fede, e un rapido richiamo al cap. 119 dell'*Edictum Theoderici*. I rilievi di Goldschmidt sono stati criticati da Karlowa⁴⁴, ma condivisi da Peters⁴⁵. Per Karlowa nella *quasi intentio* della formula dell'actio *de recepto* si sarebbe dovuto indicare, come condizione per la condanna, un *salvum fore recepisse* da parte del *nauta* o degli altri imprenditori potenzialmente convenuti e il *non restituisset*⁴⁶. La mancata *restitutio*, quindi, a suo avviso avrebbe costituito una condizione per la condanna⁴⁷, pur non essendo presente nella formula una clausola restitutoria. Diversamente, invece, per Peters, l'actio *de recepto* sarebbe stata un'azione arbitraria e il *restituere* avrebbe costituito lo scopo dell'azione⁴⁸. Anche Levy, in contributi diversi⁴⁹, qualifica come arbitraria l'azione in esame, precisando che ciò non sarebbe contraddetto dall'assenza delle parole *arbitrio iudicis* nella clausola edittale che la prometteva⁵⁰. Voci⁵¹, in occasione di un approfondimento del richiamo all'*officium iudicis* in Ulp. 14 *ad ed. D.* 4.9.3.5, ritiene che l'azione in esame fosse un'azione arbitraria. Pur con una lettura

42 Goldschmidt, L., “Das receptum nautarum”, cit., 117 s.: “Schließlich mag noch bemerkt werden [...] daß die actio in factum de recepto eine actio arbitraria war. [...] Daher hier die Feststellung des Klägerischen Interesses durch Würdigungseid schlechthin zulässig ist”.

43 Goldschmidt, L., “Das receptum nautarum”, cit., 117.

44 Karlowa, O., *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 1316 e nt. 6 con le critiche alla tesi di Goldschmidt.

45 Peters, H., “Generelle und spezielle Aktionen”, cit., 296 s.

46 Karlowa, O., *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 1316.

47 E rispetto a ciò ci si dovrebbe chiedere se, in un qualche momento, non fosse ammissibile per un'assoluzione una *restitutio* successivamente alla *litis contestatio*. Chiazzese, L., *Jusiurandum*, cit., 110 s., rileva infatti che durante il periodo classico ad opera dei Sabiniani si riconobbe anche nei giudizi che riconoscevano la possibilità di *restituere* solo fino alla *litis contestatio* che il convenuto evitasse “la condanna, operando la *restitutio post acceptum iudicium*”.

48 Peters, H., “Generelle und spezielle Aktionen”, cit., 296 s.: “... das ‘nisi restituent’ im prätorischen Edikt selbst steht dort als Ziel der von den nautae etc. eingegangenen Verpflichtung und besagt natürlich noch nichts für die Formel, aber ‘restituere’ ist doch auch das direkte Ziel der Klage”.

49 Levy, E., “Zur Lehre”, cit., 24 ss.; Id., *Die Konkurrenz*, cit., 88.

50 Levy, E., “Zur Lehre”, cit., 24 ss.: “Wo kein derartiges Mißverständnis zu besorgen war, da hören wir denn auch von einem ‘arbitrio iudicis’ nichts. Es kann kein Zufall sein und ergänzt unsere Beweisführung in wertvollster Weise, daß sämtliche übrigen uns erhaltenen ediktalen Restitutionsklauseln das arbitrium nicht erwähnen: l. D. 4.9.1pr.: Nautae caupones stabularii quod, cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo”; Id., *Die Konkurrenz*, cit., 88.

51 Voci, P., *Risarcimento*, cit., 130 ss., in merito a Ulp. D. 4.9.3.5, osserva che si sarebbe discusso del concorso dell'actio *furti* con l'actio *de recepto*, che era reipersecutoria e arbitraria.

che in alcuni, non marginali, punti si discosta da quella di Levy, anche Chiazzese⁵² cita l'*actio de recepto* tra le *actiones arbitrariae*. Ancora, in questo senso, sulla scia di Voci e a proposito di D. 4.9.3.5 si è espresso Stolfi⁵³.

La dottrina che si è occupata *ex professo* della ricostruzione delle *formulae* dei rimedi giurisdizionali, invece, come abbiamo visto, non ha incluso una clausola restitutoria nella formula dell'*actio de recepto*. Rudorff⁵⁴ esclude espressamente che l'*actio de recepto* sia un'azione arbitraria e spiega il *nisi restituet* della clausola edittale come una condizione per la concessione del *iudicium*. Anche Lenel non la include, ma, mentre nelle prime due edizioni dello studio sull'editto perpetuo⁵⁵ ipotizza che nella formula vi fosse un *neque restituisse*, nella terza edizione, preferisce optare per un *nisi restituet*⁵⁶. Mantovani, come Rudorff e il primo Lenel, presume un *neque restituisse* nell'*intentio*, benché segnali come possibile la formulazione al *nisi restituet*⁵⁷.

2. Le fonti

Oltre al futuro del *nisi restituet* della clausola edittale riportata da Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.1pr., un indizio della possibile presenza della clausola restitutoria nella formula

52 Chiazzese, L., *Jusurandum*, cit., 5 ss. e 82, a proposito della clausola edittale riportata in D. 4.9.1pr.: "Qui non vi è dubbio che la *restitutio* può compiersi anche *apud iudicem*, ed è certo del pari che l'editto non conteneva nessun accenno al giudice, laddove non avrebbe potuto mancare, se i rilievi del Levy cogliessero nel segno"; cfr. anche 241.

53 Stolfi, E., *Studi*, cit., 159.

54 Rudorff, A. F., *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 154, dopo aver trattato dell'*actio arbitraria*, aggiunge: "*Eine andere Natur aber haben die Klagen, in welchen das NISI RESTITVET edictale Bedingung des Iudicium, nicht der Condemnatio ist, z. B. gegen Nautae, Publicani, dies bedeutet nur, dass die Strafe nicht, wie in der Actio furti, der That auf dem Fusse folgt, sondern dass sie durch Naturalbefriedigung vor dem Prozesse abgewendet werden kann*". Qui Rudorff sembrerebbe riconoscere un *nisi restituet* nella formula dell'*actio de recepto*, benché lo spieghi come condizione edittale del *iudicium*. Id., *Edicti perpetui*, cit., 65, però, finisce con il proporre nella formula un *neque restituisse*.

55 Lenel, O., *Das Edictum perpetuum*, 3.^a ed., cit., 131.

56 Come opportunamente osservato da Levy, E., "Zur Lehre", cit., 26, prima della terza edizione del *Das Edictum perpetuum*, ma dopo la pubblicazione dell'articolo "Zur Lehre von den *actiones arbitrariae*", Lenel, pur avendo riconosciuto che difficilmente nella formula potesse esserci un *neque restituisse*, quanto piuttosto un *nisi restituet* (posizione poi confermata, a differenza delle prime due, nella terza edizione del *Das Edictum perpetuum*), non scioglie la questione se l'*actio de recepto* fosse o meno un'*actio arbitraria*. Kaser, M., *Quantum ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München, C.H. Beck, 1935, 46, nt. 9, invece legge la formula ricostruita da Lenel nella terza edizione come quella di un'azione arbitraria.

57 Cfr. *supra*, nt. 39.

dell'*actio de recepto* è contenuto in una parte del commento ulpiano⁵⁸ alla formula⁵⁹ di questa azione:

Ulp. 14 *ad ed. D. 4.9.3.5 Novissime videndum, an eiusdem rei nomine et de recepto honoraria actione et furti agendum sit: et Pomponius dubitat: sed magis est, ut vel officio iudicis vel doli exceptione alterutra esse contentus debeat.*

Ulpiano, probabilmente subito dopo⁶⁰ aver ricordato che questa azione – l'*actio de recepto* –, come afferma Pomponio, è reipersecutoria⁶¹ e quindi viene concessa anche contro l'erede e senza limitazioni di tempo, in questo testo prende una precisa

58 La completa riconducibilità del testo ad Ulpiano è stata messa in dubbio dalla dottrina. Si veda, tra gli altri, Schulz, F., "Die Aktivlegitimation zur *actio furti* im klassischen römischen Recht", *ZRG RA*, vol. 32, 1911, 69 ss., in particolare 71; Biondi, B., "*Iudiciae bonae fidei*", *AUPA*, vol. 7, 1918, 55; Id., "Le *actiones noxales* nel diritto romano", *AUPA*, vol. 10, 1925, 143 s.; Beseler, G., "Miscellanea", *ZRG RA*, vol. 44, 1924, 366; Solazzi, S., "Appunti di diritto romano marittimo", *Rivista della navigazione*, vol. 2, 1936, 113-131 e 278-280 = da cui si cita, in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, Jovene, 1960, 515, nt. 42; sui dubbi di genuinità, cfr. anche Kaser, M., *Quanti ea res est*, cit., 46; De Robertis, F. M., *Receptum nautarum*, cit., 117 s. e nt. 3 (con indicazione e discussione della dottrina), sospetta dell'inciso *vel officio-debet* (118 e nt. 2); Fercia, R., *Criteri di responsabilità*, cit., 171 ss., ipotizza che l'intervento compilatorio sia stato essenzialmente riassuntivo, senza minare la sostanza del contenuto; però, Id., *La responsabilità*, cit., 352 ss. e 358, nt. 64, ritiene piuttosto che il riferimento all'*officium iudicis* sia incomprensibile in un *iudicium* classico e, al contrario, comprensibile nella prospettiva della *cognitio* del V-VI d.C.

59 Lenel, O., *Palingenesia*, cit., 491.

60 Nell'opera ulpiana il paragrafo in esame era probabilmente preceduto da quello ora in D. 4.9.3.4. Così, Lenel, O., *Palingenesia*, cit., 491, il quale ipotizza che i testi ora in D. 4.9.3.2-5 fossero dal giurista dedicati al commento della formula dell'*actio de recepto*.

61 Non mi sembra fondata l'ipotesi che l'*actio ex recepto* avesse uno "Strafcharakter", che fosse finalizzata ad una *poena* anche se le si riconosce una funzione risarcitoria (così, invece, Levy, E., *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin, Vahlen, 1915, 30 ss., per il quale il carattere penale della nostra azione si lascerebbe riconoscere dalla parole ulpiane in D. 4.9.1.1 '*ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum*' e dal fatto che Ulpiano in D. 4.9.3.3 abbia dovuto negare per essa la nossalità; Id., *Die Konkurrenz*, cit., 87 s.) o, in modo simile, che originariamente fosse un'*actio ex delicto* (Betti, E., *Studi*, cit., 7, nt. 2, non esclude che – a suo avviso similmente all'*actio depositi in factum* – anche l'*actio de recepto* fosse in origine *ex delicto*; ancora Sargenti, M., "Osservazioni sulla responsabilità dell'*exercitor navis* in diritto romano", in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, Giuffrè, 1953, 575 s. e nt. 2, considera di dubbia collocazione l'*actio in factum de receptis*, fra le azioni penali e le azioni contrattuali. A suo avviso essa sarebbe stata originariamente connessa "ai fatti dannosi che danno origine alla responsabilità dell'armatore, e non ad un presupposto contrattuale"; il carattere di questa azione emergerebbe da Ulp. 14 *ad ed. D. 4.9.3.1 nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum*). L'esigenza di reprimere l'*improbitas* può spiegare la responsabilità *sine culpa* dell'armatore. Quanto al commento ulpiano in D. 4.9.3.3, invocato da Levy a sostegno del carattere penale dell'*actio de recepto*, direi che Ulpiano non intendesse negare la nossalità dell'*actio de recepto*, che come il giurista stesso sottolinea *rei persecutionem continet* (D. 4.9.3.4). Piuttosto, direi che in quel punto il giurista stesse discutendo del concorso dell'*actio de recepto* con l'*actio furti (in factum) noxalis* (così, Cursi, M. F., "*Actio de recepto*", cit., 140; invece, in un primo momento, Fercia, R., *Criteri di responsabilità*, cit., 171 ss., pensa all'*actio furti* civile e nossale, e successivamente [Id., *La responsabilità*, cit., 353 ss. e nt. 53] all'*actio furti in factum* [cfr. *infra*, nt. 63]).

posizione sulla questione, ancora una volta già discussa da Pomponio⁶², del concorso cumulativo dell'*actio de recepto* con l'*actio furti in factum*⁶³. In relazione a ciò Ulpiano afferma che è preferibile (*sed magis est*)⁶⁴ non ammettere il cumulo delle due azioni⁶⁵, ma accontentarsi dell'una o dell'altra azione grazie all'*officium iudicis* o all'*exceptio doli*.

- 62 Per Stolfi, E., *Studi*, cit., 159, Pomponio avrebbe ipotizzato, senza prendere una esplicita posizione, “la possibilità di una consunzione processuale dell’una azione o dell’altra”.
- 63 Pensano all'*actio furti in factum*, Biondi, B., “Le *actiones noxales*”, cit., 143; De Robertis, F. M., *Receptum nautarum*, cit., 117, nt. 2; Liebs, D., *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1972, 108 s., e 207 s.; Cursi, M. F., “*Actio de recepto*”, cit., 140; Cerami, P., “*Tabernae deversoriae*”, cit., 480. Voci, P., *Risarcimento*, cit., 131, nt. 4, sembra non ritenere necessario chiarire se si tratti dell'*actio furti* dello *ius civile* o di quella speciale, dal momento che entrambe sarebbero tipicamente penali, ma Id., “Azioni penali e azioni miste”, *SDHI*, vol. 64, 1998, 8, nt. 38, pensa senza dubbio all'*actio furti* pretoria; Stolfi, E., *Studi*, cit., 158 s., benché precisi che nel caso discusso attivamente legittimato all'*actio furti*, tanto ordinaria quanto speciale, fosse il *dominus* delle *res* consegnate, dalla prosecuzione dell’analisi sembra maggiormente orientato a ragionare sull'*actio furti* civilistica (infatti, prospetta l’ipotesi di un furto commesso dallo stesso *nauta* o quella di un furto commesso da un terzo, ma in caso di insolvenza del *nauta*). Diversamente, pensano sicuramente all'*actio furti* civilistica Glück, F., *Commentario alle Pandette*, cit., 480, nt. 26 (invece L. Landucci, che traduce Glück, ritiene che il caso contemplasse l'*actio furti in factum* [481, nt. a] e spiega il non riconoscimento del cumulo con il carattere sussidiario dell'*actio honoraria de recepto*, che però non mi pare sia riscontrabile nelle fonti); Lusignani, L., *Studi*, cit., 28, 38 s.; Schulz, F., “Die Aktivlegitimation”, cit., 69 ss.; Luzzatto, G. I., *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, vol. 1, *La responsabilità per custodia*, Milano, Giuffrè, 1938, 171, 175, nt. 1; De Robertis, F. M., *Receptum nautarum*, cit., 117 ss., pur rilevando l’incertezza se si trattasse dell'*actio furti civilis* o dell'*actio furti in factum* (117, nt. 2), finisce con il riconoscere che fosse quella civilistica; Kaser, M., “Grenzfragen der Aktivlegitimation zur *actio furti*”, in De iustitia et iure. *Festgabe für U. von Lubtow*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, 294 e nt. 20, sembra orientato verso l'*actio furti* civilistica; legge il testo nella prospettiva dell’azione penale civile, in un primo momento, Fercia, R., *Criteri di responsabilità*, cit., 171 s., per il quale il giurista si sarebbe posto il problema del possibile concorso “tra l'*actio de recepto* contro l'*exercitor* e l'*actio furti* contro il suo ausiliare (libero) autore del fatto, nonostante la responsabilità abbia la medesima fonte (*eiusdem rei nomine*)”. Cfr. anche 172, nt. 68. Tuttavia, Fercia, successivamente (Id., *La responsabilità*, cit., 353 ss. e nt. 53), ha riconsiderato l’identificazione dell'*actio furti* citata in D. 4.9.3.5 con l’azione penale civile, ritenendo piuttosto che si trattasse dell'*actio furti in factum*. Pensa all’azione civile, Vacca, L., “Eccezione di dolo generale e delitti”, in *L’eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di Garofalo, L., Padova, Cedam, 2006, 335 s. = in *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano*, a cura di Cortese, B.-Galeotti, S.-Guida, G.-Rossetti, G., Napoli, Jovene, 2015, 367 s. Ritengo che ormai possa intendersi superato l’argomento della pura natura penale dell'*actio furti in factum* (su cui cfr. Serrao, F., *Impresa e responsabilità*, cit., 104 ss.; Cursi, M. F., “*Actio de recepto*”, cit., 140 s.), che conduceva Levy, E., *Die Konkurrenz*, cit., 83 ss., a negare che l’azione, sulla quale Pomponio e Ulpiano discutevano della sua cumulabilità con l'*actio de recepto*, fosse l'*actio furti in factum*.
- 64 Non si può escludere, considerando l’espressione *ex magis est*, che Pomponio avesse optato per una soluzione diversa. Stolfi, E., *Studi*, cit., 159, pensa che Ulpiano con quell’espressione volesse “accentuare il proprio superamento delle altrui perplessità”. In modo simile, Cursi, M. F., “*Actio de recepto*”, cit., 140.
- 65 Se si considera l’una azione reipersecutoria e l’altra penale potrebbe apparire difficile individuare la *ratio* che aveva guidato Ulpiano a negare il cumulo (Cerami, P., “*Tabernae deversoriae*”, cit., 479, crede che il cumulo fosse la soluzione a lungo seguita dalla giurisprudenza classica). Voci, P., *Risarcimento*, cit., 131, ritiene che un’esigenza di equità abbia condotto Ulpiano verso questa solu-

L'impostazione del testo, per quanto fortemente sospettato di interpolazioni⁶⁶, non lascia a mio avviso alcun dubbio sul problema in esso discusso. Ulpiano e Pomponio prima di lui si interrogavano sulla possibilità di esercitare o meno cumulativamente contro l'imprenditore l'*actio de recepto* e l'*actio furti in factum*. La questione non poteva, invece, riguardare l'*actio furti civilis*, a meno di ipotizzare che l'*exercitor* stesso fosse stato l'autore del furto o la sua insolvenza, e così superare il principio ricordato da Ulpiano (D. 47.5.1.4⁶⁷) secondo il quale l'*actio furti* (civilitica) non sarebbe spettata al *dominus rei subreptae*, quanto a colui che sopportava il *periculum custodiae*, ma nel testo non ci sono elementi in tal senso. Invece, che il dubbio, di Pomponio prima e di Ulpiano poi, vertesse sulla possibilità di cumulare l'*actio de recepto* con l'*actio furti in factum*, è spiegabile con il fatto che, come aveva ricordato Pomponio e rifacendosi a lui il giurista severiano, *actio de recepto rei persecutionem continet*. Proprio la finalità reipersecutoria dell'*actio de recepto*, considerato che invece l'*actio furti in factum* ha una componente penale, che in linea di principio renderebbe ammissibile il cumulo con un'azione reipersecutoria, potrebbe aver generato il dubbio, probabilmente sciolto da Ulpiano. Solo la riflessione sulla funzione anche risarcitoria dell'*actio furti in factum* e sulla responsabilità oggettiva che essa sanzionava⁶⁸ potrebbe infatti aver condotto i giuristi, con qualche iniziale incertezza (come mostra il *magis est*), ad individuare gli strumenti che avrebbero permesso di evitare il cumulo dell'*actio furti in factum* con l'*actio de recepto*: l'*officium iudicis* e l'*exceptio doli*.

Il richiamo all'*officium iudicis* è stato letto da una parte della dottrina⁶⁹ come un indice della presenza di una clausola restitutoria nella formula dell'azione e della

zione; De Robertis, F. M., *Receptum nautarum*, cit., 116, ipotizza che il cumulo tra *actio ex recepto* e *actiones in factum furti* o *damni* sarebbe stato respinto (come si ricava anche da D. 4.9.5.1), perché si sarebbe trattato di concorso tra azioni penali e azione reipersecutoria di buona fede. La soluzione proposta dai giuristi acquista chiarezza se si tiene conto della penalità affievolita che caratterizzava le *actiones in factum furti* e *damni* (Serrao, F., *Impresa e responsabilità*, cit., 104 ss.). In questo senso, Cursi, M. F., "Actio de recepto", cit., 140 s., richiama il carattere delle *actiones in factum* di furto e di danno, "che piega la natura penale propria del furto e del danno aquiliano a una finalità risarcitoria" e rende "plausibile il divieto di concorrenza con l'*actio de recepto*, dichiaratamente reipersecutoria". Aderisce a questa tesi, Cerami, P., "Tabernae deversoriae", cit., 480.

66 *Supra*, nt. 65.

67 D. 47.5.1.4 Ulpianus 38 *ad ed. Quod si receperit salvum fore caupo vel nauta, furti actionem non dominus rei subreptae, sed ipse habet, quia recipiendo periculum custodiae subit.*

68 Cursi, M. F., "Actio de recepto", cit., 140 s.; Fercia, R., *La responsabilità*, cit., 358.

69 Levy, E., "Zur Lehre", cit., 24 ss.; Voci, P., *Risarcimento*, cit., 130 s., qualifica chiaramente la nostra azione come arbitraria e nella spiegazione del testo in esame, ipotizzando uno *iussum de restituendo* (132), riconosce la presenza nella formula di una clausola restitutoria. Diversamente, Chiazzese, L., *Jusiurandum*, cit., 231 ss., in particolare 238, considera spurio il richiamo all'*officium iudicis* e in ogni caso non in grado di riferirsi implicitamente ad una *cautio de remittendo*. Cfr. anche Fercia, R., *Criteri di responsabilità*, cit., 172, per il quale il richiamo all'*officium iudicis* potrebbe non essere genuino, sebbene ritenga che sia "opportuna una cauta riserva in merito" e, in un contributo successivo (Id., *La responsabilità*, cit., 358, nt., 64), ipotizza che si tratti di un'alterazione postclassica.

sua natura di azione arbitraria⁷⁰. Questo dato, in realtà, isolatamente considerato non potrebbe costituire una prova della presenza di una clausola restitutoria nell'azione in esame, soprattutto se, con Chiazzese⁷¹, si ritiene che *arbitrium iudicis* e *officium iudicis* fossero sostanzialmente equivalenti e si tiene conto del fatto che i giuristi si riferiscono all'*arbitrium iudicis* anche in merito ad azioni sicuramente non contenenti una clausola restitutoria⁷². Nel caso dell'*actio de recepto*, però, come vedremo, si deve tenere conto anche di altri elementi che potrebbero permettere di ipotizzare che contenesse una clausola restitutoria⁷³, quindi vale la pena soffermarsi sulla menzione dell'*officium iudicis*.

Una parte della dottrina, che nel testo in esame ritiene classico il rinvio all'*officium iudicis*, lo riferisce all'ipotesi in cui, essendo possibile esperire tanto l'*actio de recepto* quanto l'*actio furti*, si fosse prima agito con l'azione reipersecutoria⁷⁴. In questo caso il *iudex*, nell'ambito del suo *officium*, per evitare il cumulo dei due rimedi, avrebbe potuto chiedere all'attore di prestare una *cautio de remittendo*⁷⁵ in merito

-
- 70 Come sembrerebbe mostrare l'*actio de eo quod certo loco*, il binomio clausola restitutoria-azione arbitraria, pur essendo la regola, ha conosciuto delle eccezioni. Proprio l'*actio de eo quod certo loco*, infatti, anche se indicata nelle fonti come arbitraria, molto probabilmente non conteneva nella formula una clausola restitutoria, quanto piuttosto la clausola '*arbitrio tuo*', "che avrebbe accordato al giudice ampie possibilità di valutazione, senza pensare ad una formulazione all'*utriusque interesse*" (così, Pulitanò, F., *De eo quod certo loco. Studi sul luogo convenzionale dell'adempimento nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 2009, 190 ss.).
- 71 Chiazzese, L., *Jusiurandum*, cit., 88 ss., il quale, a proposito della clausola restitutoria, ritiene che "'*arbitrio iudicis*' è esattamente equivalente ad '*officio iudicis*', e non ha altro significato e valore; tuttavia, spiega una funzione essenziale, perché racchiude l'autorizzazione pretoria ad emanare il '*iussus de restituendo*'. Se, nella *claus. rest.*, fosse mancata la nostra locuzione, il giudice non avrebbe mai potuto *ordinare la restituito*". Rilevato, però, che *arbitrium iudicis* ricorre anche a proposito di azioni che non contengono nella formula una clausola restitutoria (91 ss.), lo studioso precisa ancora che anche in quest'ultima relazione l'*arbitrium iudicis* ha il significato costante di '*officium iudicis*', benché a prima vista possa far pensare ad un "libero apprezzamento del giudice"; solo per l'*actio de eo quod certo loco* sarebbe stata impiegata dai giuristi classici con questo significato (92).
- 72 Cfr. Chiazzese, L., *Jusiurandum*, cit., 91 e, più recentemente, Viaro, S., *L'arbitratus*, cit., 156 ss. e nt. 143, per un richiamo delle fonti.
- 73 Oltre al *nisi restituet* della clausola editale che prometteva l'*actio de recepto* e all'*officium iudicis* del testo in esame, è rilevante un richiamo, come vedremo, dell'*edictum Theoderici* (cap. 119) allo *iurandum in litem* in una fattispecie riconducibile alla tutela pretoria *de recepto*.
- 74 Voci, P., *Risarcimento*, cit., 130 ss., benché pensi al caso in cui il *nauta* risponda del furto proprio.
- 75 Soluzione simile, benché in merito al concorso di strumenti processuali diversi da quelli in esame, è prospettata da Pomponio 6 *ad Sab. D.* 47.2.9.1: *Sed si eam a fure vindicasset, conditio mihi manebit. sed potest dici officio iudicis, qui de proprietate cognoscit, contineri, ut non aliter iubeat restitui, quam si conditionem petitor remitteret: quod si ex conditione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum aut (quod magis placet), si paratus esset petitor aestimationem restituere nec restituetur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor; Ulp. 16 ad ed. D. 6.1.13 Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem iudex habere debet: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae. et Labeo putat cavere petitorem oportere lege Aquilia non acturum, quae sententia vera est.*

alla non esperibilità da parte sua, agendo *in eiusdem rei nomine*, anche di un'*actio furti*⁷⁶. Nel caso, invece, si fosse agito prima con l'*actio furti*, se il *dominus* delle *res* consegnate avesse successivamente agito anche con l'*actio de recepto*, sempre secondo la dottrina che ritiene genuino il testo, l'imprenditore convenuto avrebbe potuto chiedere l'inserimento di un'*exceptio doli* nella formula⁷⁷.

Questa spiegazione del rinvio all'*officium iudicis* (e alla connessa *cautio de remittendo*) è plausibile, soprattutto se, come mi sembra preferibile, si ritiene che i giuristi ragionassero su un possibile concorso tra *actio de recepto* e *actio furti in factum*. Se così fosse, l'*officium iudicis*⁷⁸ avrebbe tenuto conto di quanto affidato dall'attore al *nauta* o al locandiere o al titolare della stazione di cambio e di cui l'attore stesso chiedeva la *restitutio*, ma nello stesso tempo, anche grazie all'intervento dei giuristi (Ulpiano), avrebbe potuto considerare iniquo che l'attore agisse anche con un ulteriore strumento che avesse pure una finalità risarcitoria o quantomeno una penalità affievolita e sanzionasse una responsabilità oggettiva (l'*actio furti in factum*). Pertanto, il *iudex* avrebbe chiesto all'attore – che agiva con l'*actio de recepto* – proprio in virtù del suo *officium*, di pronunciare una promessa di garanzia di non agire con l'altra azione⁷⁹ (*cautio de remittendo* dell'*actio furti in factum*). In questo modo la tutela degli interessi dei clienti, per raggiungere la quale il pretore aveva introdotto una responsabilità aggravata degli *exercitores*, veniva bilanciata (a livello processuale) con la tutela degli interessi degli esercenti un'attività commerciale, che altrimenti sarebbero potuti risultare soccombenti a due azioni con uno scopo in parte coincidente⁸⁰.

Nel secondo caso, quello in cui si fosse agito prima con l'*actio furti in factum*, invece, in base alla spiegazione proposta, il *iudex* avrebbe potuto evitare la pronun-

76 Voci, P., *Risarcimento*, cit., 130 ss.; Stolfi, E., *Studi*, cit., 159 s.; Cerami, P., "Tabernae deversoriae", cit., 480 s. Cerami, però, a differenza di Voci e Stolfi, non sembra ritenere in alcun modo che l'*actio de recepto* contenesse una clausola restitutoria e che fosse un'azione arbitraria. Per la proposta ricostruttiva della formula dell'*actio de recepto*, Cerami cita (475, nt. 65) la terza edizione del *Das Edictum perpetuum* di Lenel, ma non tiene conto delle modifiche apportate da Lenel in quest'ultima edizione rispetto alle precedenti; infatti, nella formula riportata da Cerami c'è il *neque restituisse* invece del *nisi restituet* dell'ultima versione leneliana.

77 *Infra*, nt. 81.

78 Si discute sul potere del giudice nelle azioni con clausola restitutoria. Cfr. Chiazzese, L., *Jusiurandum*, cit., 29 s., 86 s., per il quale, grazie all'espressione *arbitrio iudicis* della clausola restitutoria, il giudice avrebbe potuto emanare il *iussus de restituendo*. Ma come ho detto (*supra* nt. 71), Chiazzese ritiene spurio il richiamo dell'*officium iudicis* nel testo in esame, pur ammettendo che l'*actio de recepto* contenesse una clausola restitutoria.

79 Voci, P., *Risarcimento*, cit., 131 ss.; Stolfi, E., *Studi*, cit., 159. Sul rapporto tra *cautiones iudiciales* e *officium iudicis*, cfr. anche Giomaro, A. M., *Cautiones iudiciales e officium iudicis*, Milano, Giuffrè, 1982, 175 ss., benché non si occupi del testo in esame, solo citato (33, nt. 67); Pulitanò, F., *De eo quod certo loco*, cit., 175 ss.

80 Cerami, P., "Tabernae deversoriae", cit., 481.

cia di un *iussum de restituendo* solo grazie ad un'*exceptio*⁸¹, che il giurista non individua in una *exceptio rei in iudicium deductae*, ma in un'*exceptio doli*⁸². La necessità di ricorrere ad un'*exceptio*, però, mi sembra opportuno precisare, non implica di per sé l'assenza di una clausola restitutoria e di un richiamo all'*arbitrium iudicis* nella formula dell'*actio de recepto*⁸³, sulla base del fatto che l'*officium iudicis* sarebbe stato sufficiente ad evitare il cumulo. Quest'ultima interpretazione mi sembra supportata dalla lettura di Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.2.14.13, in cui Ulpiano, richiamando ancora una volta Pomponio, osserva che colui il quale ha indotto timore – in questo caso si agisce contro l'autore della *vis* – è tenuto tanto con l'*actio quod metus causa* quanto con l'azione di dolo, entrambe azioni arbitrarie, e che ciascuna delle due azioni si consuma in seguito all'esercizio dell'altra opponendosi un'*exceptio in factum*: *Eum qui metum fecit et de dolo teneri certum est, et ita Pomponius, et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita*.

Non si può, inoltre, neppure del tutto escludere, benché mi sembra meno probabile anche in considerazione dell'appena richiamata comparazione con D. 4.2.14.13, che l'*officium iudicis* intervenisse nel caso in cui, esercitata per prima l'*actio furti in factum*, si fosse poi agito anche con l'*actio de recepto*. In questo caso, la complessiva valutazione in ordine alla *restitutio*, che sarebbe rientrata nell'*arbitrium iudicis* menzionato nella clausola restitutoria, avrebbe consentito al *iudex* di procedere all'asso-

81 Voci, P., *Risarcimento*, cit., 133 s., ritiene che non sia necessaria l'*exceptio* “quando si tratti di un fatto, di cui si deve tener conto per determinare il contenuto della *restitutio*: qui il potere di coordinare i vari elementi di questa importa il potere di invitare l'attore alla *cautio*. Quando si tratti, invece, di ciò, che si è agito penalmente e che, per motivi detti, la condanna da azione reipersecutoria debba essere impedita del tutto (non già regolata nel suo ammontare), il giudice non ha più alcuna facoltà di astenersi da quanto la formula gli impone: pronunciare il *iussum* ed, eventualmente, la condanna se la pretesa risulti fondata. Qui è necessaria l'*exceptio doli* se si vuole ottenere l'assoluzione”.

82 Cursi, M. F., “*Actio de recepto*”, cit., 141, spiega il ricorso suggerito dal giurista all'*exceptio doli*, piuttosto che alla *exceptio rei in iudicium deductae*, con l’“elasticità” che caratterizzava la prima e che le avrebbe permesso di adattarsi a “situazioni limite” come quella dell'*actio furti in factum*: “La particolare configurazione dell'*actio furti in factum* rende difficile ravvisare una perfetta identità di *petitum* con l'*actio de recepto*, dal momento che si prevede una sanzione pecuniaria a titolo risarcitorio e penale, in un caso, esclusivamente risarcitorio, nell'altro, con misura della pena notevolmente diversa (il *duplum*, nell'azione penale, il *simplum*, in quella contrattuale)”; cfr. anche Fercia, R., *La responsabilità*, cit., 358 s., il quale spiega il richiamo all'*exceptio doli* e non all'*exceptio rei in iudicium deductae* con il fatto che nel caso discusso non si ravvisa un'*eadem res deducta*. L'*eadem res* riguarderebbe solo “lo specifico evento che giustifica la tutela”. Infatti, nell'*actio de recepto* viene dedotto “un *res recipere* collegato alla mancata *restitutio*”, nell'*actio furti in factum* viene dedotto un furto “imputabile ad agente ignoto, ma individuabile in una cerchia predeterminata di persone”. Inoltre, il ricorso all'*exceptio doli* anche per Fercia sarebbe giustificato dalla connotazione non esclusivamente penale dell'*actio furti in factum* che, se cumulata con l'*actio de recepto*, darebbe all'attore la possibilità di arricchirsi.

83 Che diversamente sarebbe messo in discussione anche dall'introduzione dell'*exceptio labeoniana* volta ad impedire la condanna di quegli armatori che non avrebbero potuto *restituere* le *res* loro affidate per essere queste perite in seguito ad un naufragio o comunque per *vis maior*.

luzione⁸⁴, mentre l'*exceptio doli* sarebbe servita nel caso in cui si fosse prima agito con l'*actio de recepto* (senza ordine di una *cautio de remittendo*).

In ogni caso, comunque, la clausola restitutoria, nella quale verosimilmente era menzionato l'*arbitrium iudicis*, se inserita dal pretore nella formula dell'*actio de recepto*, avrebbe potuto permettere un bilanciamento degli interessi delle parti coinvolte (aggravamento della responsabilità dell'*exercitor* – evitare un ingiustificato arricchimento del cliente) e, allo stesso tempo, anche a vantaggio dell'attore che aveva interesse alla *restitutio* della *res*, avrebbe potuto estendere ad un momento successivo alla *litis contestatio* la possibilità del convenuto di *restituere* e aumentare la 'pressione' ad ottemperare allo *iussum de restituendo*, grazie alla previsione del *iusiurandum in litem* per l'ipotesi della *contumacia*. Da un punto di vista di politica del diritto, l'opportunità, evidentemente discussa dai giuristi, di evitare il cumulo tra *actio de recepto* e *actio furti in factum*, si spiega, oltre che con un contenuto anche risarcitorio della condanna a cui questa azione avrebbe potuto condurre, considerando la particolare natura dell'*actio furti in factum* che sanziona l'imprenditore per una responsabilità oggettiva, che prescinde dunque da un suo comportamento doloso e include una possibile responsabilità per il *delictum* altrui.

Un'altra fonte che lascia pensare alla presenza di una clausola restitutoria nella formula dell'*actio de recepto* è tratta dall'editto di Teoderico. Siamo quindi all'inizio del VI sec. d.C.⁸⁵, nell'ambito di una compilazione con la quale Teoderico il Grande⁸⁶ o, forse, un ignoto giurista “desideroso di confezionare un prontuario a uso dei tribunali romano-gotici”, aveva raccolto una serie di norme giuridiche romane in uso presso i Goti⁸⁷:

Edictum Theoderici cap. 119: *Si quid de taberna <nave>⁸⁸ vel stabulo perierit, ab his, qui locis talibus praesunt, vel qui in his negotiantur, repetendum est, ita ut*

84 Se così fosse, la soluzione sarebbe simile a quella che, secondo la lettura di Vacca, L., “Eccezione”, cit., 336, ci è presentata in Iav. 14 *ex Cassio* D. 47.2.72 pr. (benché in questo caso si trattasse di un'azione di buona fede) *Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest: et, si furti actum est, commodati actio extinguitur, si commodati, actioni furti exceptio obicitur*. Secondo Vacca, infatti, a proposito del testo di Giavoleno, nel caso di concorso tra *actio commodati* e *actio furti*, qualora si fosse agito prima con l'*actio furti*, l'*officium iudicis* proprio dei giudizi di buona fede avrebbe portato all'estinzione dell'azione di comodato. Sul collegamento tra questo testo e il dubbio di Pomponio in D. 4.9.3.5 cfr. anche Fercia, R., *La responsabilità*, cit., 358 ss.

85 Si ritiene che l'editto di Teoderico sia stato pubblicato in Italia tra il 500 e il 524 d.C. Cfr., tra gli altri, Grosso, G., *Lezioni di storia del diritto romano*, 5.^a ed., Torino, Giappichelli, 1965, 453 s.; Guarino, A., *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, a cura di Labruna, L., Napoli, Jovene, 1968, 475 s.

86 In realtà l'attribuzione dell'*Edictum* a Teoderico il Grande è fortemente discussa dalla dottrina. Per un'indicazione della letteratura cfr. Licandro, O., *Edictum Theoderici. Un misterioso caso librario del Cinquecento*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2013, 11, nt. 2, e per una possibile soluzione sulla questione della paternità dell'opera, 125 ss.

87 Licandro, O., *Edictum Theoderici*, cit., 130 ss.

88 Nell'indice dell'ed. Pithou si legge: CXVIII. *Si quis de taberna, nave aut stabulo perierit*. Cfr. anche Pardessus, J. M., *Collection de lois maritimes antérieures au XVIII.^e siècles*, I, Paris, Impr. royale,

praestent sacramenta de conscientia sua suorumque: et si hoc fecerint, nihil cogantur exsolvere, aut certe quantum petitor juraverit se in eo loco perdidisse, restituant.

Nel capitolo 119 si afferma che se qualcosa viene perso in una locanda o in una nave o in una stazione di cambio deve essere recuperato da coloro che sono responsabili di tali luoghi o sono gestori degli stessi, a patto che prestino giuramenti sulla coscienza (buona fede?) loro e dei loro collaboratori⁸⁹: se avranno fatto così non siano costretti a pagare niente, altrimenti certamente restituiscano quanto l'attore avrà giurato di aver perso in quel luogo.

La natura dell'opera nella quale la disposizione normativa è riportata rende più complesso stabilire se il contenuto di quest'ultima fosse o meno romano e, se romano, riconducibile allo strumento giurisdizionale in esame.

La base giuridica della disposizione, letta nel suo complesso, potrebbe essere individuata nella disciplina romana del *receptum* e nell'*actio de recepto*⁹⁰, ma non

1828, 150 e nt. 4; Bluhme, F., "Edictum Theoderici Regis", in *Monumenta Germaniae Historica, Legum*, vol. 5, Hannover, Impensis bibliopolii Hahniani, 1889, 165, nt. a; Fercia, R., *La responsabilità*, cit., 346; Licandro, O., *Edictum Theoderici*, cit., 178, nt. vii.

89 Il testo non chiarisce chi fossero i "suoi", ma in considerazione della fattispecie contemplata mi sembra preferibile pensare che fossero i 'collaboratori' degli imprenditori marittimi e terrestri, come ad esempio il *magister navis*, e non i "cari", come invece ha proposto una parte della dottrina. Nel primo senso, cfr. anche la traduzione del testo proposta da Lafferty, S. D. W., *Law and Society in the Age of Theoderic the Great. A Study of the Edictum Theoderici*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 284 s.; Fercia, R., *La responsabilità*, cit., 347, per il quale il *sacramentum* avrebbe dovuto vertere sulla *conscientia* dell'imprenditore o del preposto. Meno esplicito, ma direi nello stesso senso, Harke, J. D., "Der streitentscheidende Parteieid im römischen und westgotischen Recht", in *Recht im Wandel-Wandel des Rechts. Festschrift für J. Weitzel zum 70. Geburtstag*, Czeguhn, I. (a cura di), Wien, Vandenhoeck & Ruprecht, 2014, 24. Diversamente, nel secondo senso, la traduzione a cura di O. Licandro e S. Faro in Licandro, O., *Edictum Theoderici*, cit., 179.

90 Non mi sembra condivisibile la lettura di Fercia, R., *La responsabilità*, cit., 346 ss., il quale, osservato che il *caput* in esame era collocato tra quelli disciplinanti ipotesi di furto, ritiene che esso avesse introdotto "una rielaborazione dell'originaria disciplina dell'*actio furti in factum*: la tutela ivi prevista viene espressamente riferita, del resto, al *furtum* avvenuto nello *stabulum* ed a quello avvenuto in una *taberna*". In *cap.* 119, però, si parla genericamente di perimento, senza limitare l'ipotesi al *furtum*, benché questo caso fosse potenzialmente incluso nel perimento; inoltre, il riferimento al giuramento dell'attore mi sembra deporre contro l'interpretazione della previsione come riferita all'*actio furti in factum* benché 'rielaborata'. Infatti, la condanna non era al *duplum* (come ci saremmo dovuti aspettare in caso di *actio furti in factum*), ma limitata "al valore delle cose rubate determinato in base a giuramento dell'attore" (347), tanto che Fercia è portato ad affermare che la tutela "sembra configurarsi in funzione meramente reipersecutoria e, comunque, subordinata al difetto di *sacramentum de conscientia*. La previsione editale, quindi, sembra ricorrere più ai principi che emergono nell'editto *de recepto* che a quelli riconducibili alla tutela *poenalis* speciale delineata dall'editto pretorio". In realtà, collegando *cap.* 119 alla tutela classica *de recepto* non sarebbero necessarie le forzature che conducono Fercia ad individuare "una singolare eterogenesi della funzione originaria della tutela" dell'*actio furti in factum*, a suo avviso comprensibile con l'ipotesi che quest'ultima nel periodo classico non fosse nossale. *Contra* la tesi di un'*actio furti in factum* non nossale, formulata da Fercia anche in *Criteri di responsabilità*, cit., 201, cfr. Cursi, M. F., "Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della c.d. *exceptio noxalis*", in AA. VV., *Filìa. Scritti per G. Franciosi*, vol. I, Napoli, Satura, 2007, 657 ss.; Ead., "Actio de recepto", cit., 126, nt. 35.

solo in ciò⁹¹. Infatti, mentre la possibilità di recuperare quanto perso nella locanda, sulla nave o nella stazione di cambio, l'attenzione sulla mancata *restitutio* di quanto consegnato agli imprenditori terrestri e marittimi richiamati e la stima della condanna sulla base del *iusiurandum* dell'attore possano essere ricondotti all'*actio de recepto*, lo stesso non potrebbe dirsi per il riferimento ai *sacramenta de conscientia sua suorumque*. Per quanto è possibile ricavare dalla lettura delle fonti, nella disciplina processuale romana prevista per la tutela del *receptum* non si faceva ricorso a tali giuramenti, ma al più ad una *cautio*. Tali *sacramenta*, invece, fanno pensare ai giuramenti purgatori⁹² dei convenuti, più facilmente spiegabili con un'influenza del diritto processuale germanico o comunque del diritto germanico⁹³.

Proprio l'ultima parte del capitolo 119 è stata interpretata da una parte della dottrina⁹⁴ come un evidente indizio della presenza di uno *iusiurandum in litem* e dunque di una clausola restitutiva nella formula dell'*actio de recepto*⁹⁵. Nelle azioni che prevedevano nella formula una clausola restitutiva, infatti, in caso di mancata *restitutio* imputabile al convenuto, il giudice avrebbe condannato quest'ultimo al

-
- 91 Recentemente in questo senso, di Cintio, L., "Il naufragio e la *lex Raetica Curiensis*. Un caso particolare di epitome", in *KOINΩNIA*, vol. 44, t. 1, 2020, 488, per la quale il *caput* in questione avrebbe recepito la tradizione risalente al testo editale riportato da Ulpiano 14 *ad ed.* (D. 4.9.1pr.), lasciando però anche emergere un cambiamento di tendenza non certo marginale rispetto agli "antichi *prudentes*". Presso questi ultimi sarebbe stato possibile recuperare "gli oggetti persi in seguito a un naufragio, o a eventi ad esso assimilati, soltanto dopo aver fornito la prova di appartenenza secondo i criteri del processo formulare, diversamente in *ET.*, il principio è assorbito dal giuramento. Dalla prova oggettiva si passa al giuramento". Sono d'accordo sulla possibilità di individuare in *cap.* 119 un fondamento romano nella disciplina del *receptum* e una 'novità' rispetto alla disciplina processuale della tutela di quest'ultimo nei *sacramenta de conscientia*. Non sono però convinta che tali *sacramenta de conscientia* avessero lo scopo di fornire la prova dell'appartenenza dei beni. Mi sembra più probabile che si facesse ricorso ad essi per rafforzare l'estraneità degli imprenditori marittimi e terrestri e dei loro collaboratori rispetto alla perdita subita dai clienti della *taberna*, della nave o della stazione di cambio.
- 92 d'Ors, Á., *El Código de Eurico. Edición, palingenesia, índices*, Madrid, AEOE, 2014, 204, nt. 661, sembra pensare ad un giuramento che permettesse al convenuto di liberarsi dalla responsabilità per la quale era stato citato in giudizio.
- 93 Così, Rohn, G.F., *Commentatio ad edictum Theoderici regis ostrogothorum*, Halae, Formis Friderici Grunerti Filii, 1816, 38, nt. 57; Zimmermann, E., *Der Glaubenseid, Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung*, Marburg-Leipzig, N. G. Elwert, 1863, 94 e nt. 28; Dahn, F., "Die Edicte der Könige Theoderich und Athalarich", in *Die Könige der Germanen. Das Wesen des ältesten Königthums der germanischen Stämme und seine Geschichte bis zur Auflösung des karolingischen Reiches*, vol. 4, Würzburg, Fleischmann, 1866, 90; Bluhme, F., "Edictum Theoderici Regis", cit., 165 in nota; De Robertis, F. M., *Receptum nautarum*, cit., 132 e nt. 1; Fercia, R., *La responsabilità*, cit., 347 e 348; di Cintio, L., "Il naufragio", cit., 488 (su cui *supra*, nt. 91).
- 94 Goldschmidt, L., "Das *receptum nautarum*", cit., 117 s., nt. 107; Peters, H., "Generelle und spezielle Aktionen", cit. 296 s.; Levy, E., "Zur Lehre", cit., 27; Chiazzese, L., *Jusiurandum*, cit., 5 e nt. 2.
- 95 Se è vero, come sostenuto da Chiazzese, L., *Jusiurandum*, cit., 149, che la *contumacia* costituisce l'unico presupposto del *jusiurandum in litem* e che, "come 'contumacia' non si ha se non di fronte al tassativo 'iussus de restituendo', e questo può essere solo pronunciato dal giudice nei processi che s'incentrano in formule munite di clausola restitutiva, così il risultato ultimo è che giuramento estimatorio non si dava, nel sistema del processo formulare, se non, per l'appunto, in codesta categoria di giudizi", allora l'*actio de recepto* avrebbe dovuto contenere una clausola restitutiva.

pagamento del valore della cosa non restituita e per la determinazione del *quantum* si sarebbe avvalso del *iusiurandum in litem* dell'attore, cioè del giuramento estimatorio sul valore della *res*, che avrebbe potuto superare il suo reale valore.

Anche in considerazione dello *iusiurandum in litem*, la presenza o meno della clausola restitutoria nella formula dell'*actio de recepto* avrebbe potuto incidere sulla complessiva situazione in cui si sarebbe venuto a trovare l'*exercitor* in caso di mancata *restitutio*, perché se egli, convenuto in giudizio, non avesse restituito, la condanna avrebbe potuto superare il semplice valore della *res*.

Conclusioni

Le fonti considerate nei paragrafi precedenti, benché non numerose, non esplicite e, nel caso del cap. 119 dell'*Edictum Theoderici*, non del tutto rappresentative di un regime romano, contengono elementi spiegabili con la presenza di una clausola restitutoria nella formula dell'*actio de recepto* o che – diversamente – necessitano di un'altra spiegazione, perché in ogni caso non possono essere ignorati.

Come abbiamo visto, infatti, la promessa edittale (D. 4.9.1pr.) include il requisito, formulato al futuro, della mancata restituzione (*nisi restituent*); è testimoniata la possibilità di evitare il cumulo dell'*actio de recepto* con l'*actio furti in factum* grazie all'*officium iudicis*' (D. 4.9.3.5); è richiamato lo *iusiurandum in litem*, al fine di quantificare il *quantum* della condanna, nel caso di mancata restituzione (*Ed. Theod.* 119). Si tratta di indizi che, considerati complessivamente, rendono plausibile l'ipotesi che nella formula dell'*actio de recepto* vi fosse una clausola restitutoria, anche se – si deve pure osservare – essa non è richiamata dai giuristi in luoghi e contesti in cui gli sarebbe stato funzionale, come ad esempio laddove Ulpiano spiegava come la promessa dell'*actio de recepto* non dovesse essere considerata troppo dura per gli imprenditori.

Non si può, quindi, escludere che il pretore, proprio al fine di assicurare una maggiore efficacia alla tutela del *receptum*, avesse dotato la formula dell'azione di una clausola restitutoria, che avrebbe permesso al giudice di *iubere*, nella fase del processo che era sotto il suo controllo, la *restitutio*, e allo stesso tempo, grazie al richiamo all'*officium iudicis*, come suggerisce Ulpiano, di tenere conto, escludendola, della possibilità di cumulare l'*actio de recepto* con un'*actio furti in factum* o, possiamo aggiungere, con un'*actio damni in factum*. Infatti, da un lato la clausola restitutoria avrebbe conferito al giudice il potere di *iubere* la *restitutio* dopo la *litis contestatio* e di avvalersi del giuramento estimatorio dell'attore per determinare l'ammontare della condanna in caso di mancata restituzione (aggravando così la posizione dell'imprenditore che non avesse restituito), ma allo stesso tempo, come abbiamo visto nella discussione di Pomponio e Ulpiano sul cumulo delle azioni, grazie all'*officium iudicis*, avrebbe potuto permettere di bilanciare gli interessi dei clienti con quelli degli esercenti un'attività commerciale, che altrimenti sarebbero

potuti risultare soccombenti a due azioni con uno scopo (almeno in parte) coincidente, e che sanzionavano una responsabilità oggettiva.

Pur ipotizzando con cautela la presenza di una clausola restitutiva nella formula dell'*actio de recepto*, alla luce delle fonti considerate nelle pagine precedenti, mi sembra che in ogni caso risulti confermato l'obiettivo principale perseguito dal pretore con la promessa edittale ricordata da Ulpiano nel testo riportato in D. 4.9.1pr.: quello di contrastare le occasioni di mancata restituzione da parte degli imprenditori marittimi e terrestri delle *res* ricevute dai clienti, superando il criterio della responsabilità soggettiva.

Riferimenti

Arangio-Ruiz, V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, rist. della II ed. (Napoli, 1968), Napoli, Jovene, 1987.

Beseler, G., "Miscellanea", *ZRG RA*, vol. 44, 1924.

Betti, E., *Studi sulla litis aestimatio del processo civile romano*, II, *Le actiones quibus et rem et poenam persequimur del processo classico*, Città di Castello, Soc. Tip. Leonardo da Vinci, 1915.

Biondi, B., "*Iudiciae bonae fidei*", *AUPA*, vol. 7, 1918.

Biondi, B., "*Le actiones noxales nel diritto romano*", *AUPA*, vol. 10, 1925.

Biondi, B., *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis*, Palermo, 1912, rist. anastatica, Roma, L'Erma di Bretschneider, 1970.

Bluhme, F., "*Edictum Theoderici Regis*", in *Monumenta Germaniae Historica, Legum*, vol. 5, Hannover, Impensis bibliopolii Hahniani, 1889.

Brecht, Ch. H., *Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht*, München, C.H. Beck, 1962.

Calore, E., *Actio quod metus causa. Tutela della vittima e actio in rem scripta*, Milano, Giuffrè, 2011.

Carvajal, P. I., "La persistencia de '*recipere*' en su acepción de 'prometer' y la desvinculación entre *vis maior* y la *exceptio Labeonis* en época postclásica: '*salvum recipere obligare*' y '*suscipere in fidem suam*'", in *Studi in onore di A. Metro*, a cura di Russo Ruggeri, C., vol. 1, Milano, Giuffrè, 2009.

- Cerami, P., “*Tabernae deversoriae*. Settore economico e regime giuridico nel periodo imprenditoriale”, in *Studi in onore di A. Metro*, a cura di Russo Ruggeri, C., vol. 1, Milano, Giuffrè, 2009.
- Chiazzese, L., *Jusiurandum*, Milano, Giuffrè, 1958.
- Cuiacius, I., *Ad lib. XIII Pauli ad edictum*, in *Opera Omnia*, vol. I, Lugduni, sumptibus Ioannis Pillehotte, 1614.
- Cursi, M. F., “*Actio de recepto e actio furti (damni) in factum adversus nautas, caupones, stabularios*. Logiche differenziali di un sistema composito”, in *Studi per G. Nicosia*, vol. III, Milano, Giuffrè, 2007.
- Cursi, M. F., “Tra responsabilità per fatto altrui e logica della nossalità: il problema della c.d. *exceptio noxalis*”, in AA. VV., *Filia. Scritti per G. Franciosi*, vol. I, Napoli, Satura, 2007.
- d’Ors, A., *El Código de Eurico. Edición, palingenesia, índices*, Madrid, AEOE, 2014.
- Dahn, F., “Die Edicte der Könige Theoderich und Athalarich”, in *Die Könige der Germanen. Das Wesen des ältesten Königthums der germanischen Stämme und seine Geschichte bis zur Auflösung des karolingischen Reiches*, vol. 4, Würzburg, Fleischmann, 1866.
- De Robertis, F. M., *Receptum nautarum. Studi sulla responsabilità dell’armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina particolare concernente il caupo e lo stabularius*, Bari, Grafiche Alfredo Cressadi, 1952.
- di Cintio, L., “Il naufragio e la *lex Raetica Curiensis*. Un caso particolare di epitome”, in *KOINΩNIA*, vol. 44, t. 1, 2020.
- Faber, A., *Rationalia in Pandectas I*, Genève, ex Typis Vignonianis, 1604.
- Fercia, R., *Criteri di responsabilità dell’exercitor. Modelli culturali dell’attribuzione del rischio e ‘regime’ della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, Torino, Giappichelli, 2002.
- Fercia, R., *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padova, Cedam, 2008.

- Frezza, P., s.v. “receptum”, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 14, Torino, Utet, 1967.
- Galeotti, S., *Mare monstrum mare nostrum. Note in tema di pericula maris e trasporto marittimo nella riflessione della giurisprudenza romana (I sec. a.C.-III sec. d.C.)*, Napoli, Jovene, 2020.
- Gaulhofer, J., *Metus. Der prätorische Rechtsschutz bei Furcht, Zwang und Gewalt*, Wien-Köln-Weimar, Böhlau, 2019.
- Giomaro, A.M., *Cautiones iudiciales e officium iudicis*, Milano, Giuffrè, 1982.
- Glück, F., *Commentario alle Pandette*, vol. IV, tradotto e annotato da Landucci, L., Milano, Vallardi, 1890.
- Goldschmidt, L., “Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum”, *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, vol. 3, 1860.
- Grosso, G., *Lezioni di storia del diritto romano*, 5.^a ed., Torino, Giappichelli, 1965.
- Guarino, A., *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, a cura di Labruna, L., Napoli, Jovene, 1968.
- Harke, J. D., “Der streitentscheidende Parteieid im römischen und westgotischen Recht”, in *Recht im Wandel-Wandel des Rechts. Festschrift für J. Weitzel zum 70. Geburtstag*, Czeguhn, I. (a cura di), Wien, Vandenhoeck & Ruprecht, 2014.
- Huvelin, P., *Études d'histoire de droit commercial romain*, vol. I, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929.
- Karlowa, O., *Römische Rechtsgeschichte*, vol. II, t. 1, Leipzig, Veit & Comp., 1901.
- Kaser, M. y Hackl, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, 2.^a ed., München, C.H. Beck, 1997.
- Kaser, M., “Grenzfragen der Aktivlegitimation zur *actio furti*”, in *De iustitia et iure. Festgabe für U. von Lubtow*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980.
- Kaser, M., *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München, C.H. Beck, 1935.

- Lafferty, S. D. W., *Law and Society in the Age of Theoderic the Great. A Study of the Edictum Theoderici*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- Lenel, O., “Rc. a L. Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrecht*”, *ZRG RA*, vol. 13, 1892.
- Lenel, O., “Zur Lehre von den *actiones arbitrariae*”, in *Festgabe für R. Sohm dargebracht zum goldenen Doktorjubiläum von Freunden, Schülern und Verehrern*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1914 = in *Gesammelte Schriften*, vol. 3, 1902-1914, Napoli, Jovene, 1991.
- Lenel, O., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig, Tauchnitz, 1883.
- Lenel, O., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 2.^a ed., Leipzig, Tauchnitz, 1907.
- Lenel, O., *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3.^a ed., 1927, rist. Aalen, Scientia Verlag, 1965.
- Levy, E., “Zur Lehre von den sog. *Actiones arbitrariae*”, *ZRG RA*, vol. 36, 1915.
- Levy, E., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, vol. II, t. 1, Berlin, Vahlen, 1922.
- Levy, E., *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin, Vahlen, 1915.
- Licandro, O., *Edictum Theoderici. Un misterioso caso librario del Cinquecento*, Roma, L’Erma di Bretschneider, 2013.
- Liebs, D., *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1972.
- Lusignani, L., *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano*, vol. I, *Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum e gli altri casi di locatio conductio*, Parma, Tipografia operaia Adorni-Ugolotti e C., 1902.
- Luzzatto, G. I., *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, vol. I, *La responsabilità per custodia*, Milano, Giuffrè, 1938.

- Maier, G. H., *Prätorische Bereicherungsklagen*, Berlin-Leipzig, De Gruyter, 1932.
- Mantovani, D., *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, 2.^a ed., Padova, Cedam, 1999.
- Partsch, J., “Der ediktakle Garantievertrag durch *receptum*”, *ZRG RA*, vol. 29, 1908.
- Pellosso, C., “Custodia, *receptum* e responsabilità contrattuale. Una rilettura dei dogmi civilistici alla luce del metodo casistico romano”, *Seminarios complutenses de derecho romano*, vol. 29, 2016.
- Pernice, A., “Parerga X. Zum römischen Gewohnheitsrechte”, *ZRG RA*, vol. 20, 1899.
- Pernice, A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, vol. II, t. 1, 2.^a ed., Halle, Max Niemeyer, 1895.
- Peters, H., “Generelle und spezielle Aktionen”, *ZRG RA*, vol. 32, 1911.
- Petrucci, A., “*Negotiationes e negotiatores*. Tipologia dell’organizzazione imprenditoriale romana”, in Cerami, P. e Petrucci, A., *Diritto commerciale romano, Profilo storico*, 3.^a ed., Torino, Giappichelli, 2010.
- Petrucci, A., “Tipi di attività contrattuali e di responsabilità connesse all’esercizio di un’impresa di navigazione”, in Cerami, P. e Petrucci, A., *Diritto commerciale romano, Profilo storico*, 3.^a ed., Torino, Giappichelli, 2010.
- Pulitanò, F., *De eo quod certo loco. Studi sul luogo convenzionale dell’adempimento nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 2009.
- Rohn, G. F., *Commentatio ad edictum Theoderici regis ostrogothorum*, Halae, Formis Friderici Grunerti Filii, 1816.
- Rudorff, A. F. *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae, 1869, rist. Navarra, Eunsa, 1997.
- Rudorff, A. F., *Römische Rechtsgeschichte*, vol. II, Leipzig, Tauchnitz, 1859.
- Sargenti, M., “Osservazioni sulla responsabilità dell’*exercitor navis* in diritto romano”, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, Giuffrè, 1953.
- Schulz, F., “Die Aktivlegitimation zur *actio furti* im klassischen römischen Recht”, *ZRG RA*, vol. 32, 1911.

Serrao, F., “La responsabilità per fatto altrui in diritto romano”, *BIDR*, vol. 66, 1964.

Serrao, F., *Impresa e responsabilità a Roma nell’età commerciale*, Pisa, Pacini, 1989.

Serrao, F., *La responsabilità per fatto altrui in diritto romano. Corso di lezioni*, Pisa, Libreria Universitaria, 1970.

Solazzi, S., “Appunti di diritto romano marittimo”, *Rivista della navigazione*, vol. 2, 1936 = in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, Jovene, 1960.

Stolfi, E., *Studi sui libri ad edictum di Pomponio*, vol. II, *Contesti e pensiero*, Milano, Led, 2001.

Thomas, J. A. C., “Carriage by Sea”, *RIDA*, vol. 7, 1960.

Ude E., “Das *receptum nautarum*, ein *pactum praetorium*”, *ZRG RA*, vol. 12, 1891.

Vacca, L., “Eccezione di dolo generale e delitti”, in *L’eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di Garofalo, L., Padova, Cedam, 2006.

van Oven, J.C., “*Actio de recepto et actio locati*”, *RHD*, vol. 24, 1956.

Viaro, S., *L’arbitratus de restituendo nelle formule del processo privato romano*, Napoli, Jovene, 2012.

Voci, P., “Azioni penali e azioni miste”, *SDHI*, vol. 64, 1998.

Voci, P., *Risarcimento e pena privata nel diritto romano classico*, Milano, Giuffrè, 1939.