

*Estratto*

# ARCHIVIO GIURIDICO

*Filippo Serafini*

*dal 1868*

*già diretto da*

GIUSEPPE DALLA TORRE

*Direzione*

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

*Comitato Direttivo*

FRANCESCO BONINI  
 Rettore Università  
 “Lumsa”

MARIO CARAVALE  
 Prof. Em. Università  
 di Roma “La Sapienza”

FRANCESCO P. CASAVOLA  
 Pres. Em.  
 Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO  
 Prof. Em. Università  
 di Roma “TorVergata”

GIUSEPPE DE VERGOTTINI  
 Prof. Em. Università  
 di Bologna

JAVIER FRANCISCO  
 FERRER ORTIZ  
 Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI  
 Ord. Università di  
 Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA  
 Prof. Em. Università  
 di Napoli “Federico II”

PASQUALE LILLO  
 Ord. Università della  
 “Tuscia” di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI  
 Ord. Università  
 di Bologna

FERRANDO MANTOVANI  
 Prof. Em. Università  
 di Firenze

PAOLO MENGOLZI  
 Prof. Em. Università  
 di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID  
 Cat. Universitat  
 de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO  
 Cat. Universidad  
 de Huelva

ALBERTO ROMANO  
 Prof. Em. Università  
 di Roma “La Sapienza”



STEM Mucchi Editore

# ARCHIVIO GIURIDICO

*Filippo Serafini*

*dal 1868*

*già diretto da*

GIUSEPPE DALLA TORRE

*Direzione*

GERALDINA BONI

Ord. Università di Bologna

*Comitato Direttivo*

FRANCESCO BONINI

Rettore Università  
"Lumsa"

MARIO CARVALE  
Prof. Em. Università  
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA

Pres. Em.  
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO  
Prof. Em. Università  
di Roma "Tor Vergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI  
Prof. Em. Università  
di Bologna

JAVIER FRANCISCO  
FERRER ORTIZ  
Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI  
Ord. Università di  
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA  
Prof. Em. Università  
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO  
Ord. Università della  
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI  
Ord. Università  
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI  
Prof. Em. Università  
di Firenze

PAOLO MENGOZZI  
Prof. Em. Università  
di Bologna

FRANCISCA PÉREZ MADRID  
Cat. Universitat  
de Barcelona

CARLOS PETIT CALVO  
Cat. Universidad  
de Huelva

ALBERTO ROMANO  
Prof. Em. Università  
di Roma "La Sapienza"

Anno CLIV - Fascicolo 2 2022



STEM Mucchi editore

Amministrazione: Stem Mucchi editore S.r.l.

Direzione: Via Zamboni, 27/29 - 40126 Bologna

Redazione: Via Zamboni, 27/29 - 40126 Bologna; Via della Traspontina, 21 - 00193 Roma

Autorizzazione: del Tribunale di Modena, n. 328 dell'11-05-1957

Direttore responsabile: Marco Mucchi

#### Periodico trimestrale, prezzi abbonamento

Formato cartaceo Italia ..... € 114,00

Formato cartaceo estero ..... 164,00

Formato digitale (con login)..... 98,00

Formato digitale (con ip) ..... 107,00

Formato cartaceo Italia + digitale (con login)..... 136,00

Formato cartaceo estero + digitale (con login) ..... 185,00

Formato cartaceo Italia + digitale (con ip) ..... 145,00

Formato cartaceo estero + digitale (con ip) ..... 194,00

Fascicolo singolo cartaceo' ..... 30,00

Fascicolo singolo digitale ..... 25,00

Tutti i prezzi si intendono iva e costi di spedizione inclusi. \*Escluse spese di spedizione.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'annata successiva se non annullati (tramite comunicazione scritta a [info@mucchieditore.it](mailto:info@mucchieditore.it)) entro il 31 dicembre del corrente anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo (più spese di spedizione). Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'amministrazione della Rivista. Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della Rivista.

Il cliente ha la facoltà di revocare gli ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla sede della Casa editrice, o scrivendo a [info@pec.mucchieditore.it](mailto:info@pec.mucchieditore.it) entro le successive 48 ore (identificazione del cliente e dell'ordine revocato). Nel caso in cui la merce sia già stata spedita il reso è a carico del cliente e il rimborso avverrà solo a merce ricevuta. Per gli abbonamenti eventuale revoca deve essere comunicata entro e non oltre il 7° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

© Stem Mucchi Editore S.r.l. - 2022

Via Jugoslavia, 14 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94

e-mail: [info@mucchieditore.it](mailto:info@mucchieditore.it) - [info@pec.mucchieditore.it](mailto:info@pec.mucchieditore.it)

indirizzi web: [www.mucchieditore.it](http://www.mucchieditore.it) - [www.archiviogiuridiconline.it](http://www.archiviogiuridiconline.it)

facebook - twitter - instagram

Tipografia, impaginazione, web: Stem Mucchi Editore (MO). Stampa: Legodigit (TN).

Finito di stampare nel mese di luglio del 2022.

### ***Direzione***

Geraldina Boni – Ord. Università di Bologna

### ***Comitato Direttivo***

Francesco Bonini – Rettore Università “Lumsa”; Mario Caravale – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”; Francesco P. Casavola – Pres. Em. Corte Costituzionale; Francesco D’Agostino – Prof. Em. Università di Roma “Tor Vergata”; Giuseppe De Vergottini – Prof. Em. Università di Bologna; Javier Francisco Ferrer Ortiz – Cat. Universidad de Zaragoza; Vittorio Gasparini Casari – Ord. Università di Modena e Reggio Emilia; Luigi Labruna – Prof. Em. Università di Napoli “Federico II”; Pasquale Lillo – Ord. Università della “Tuscia” di Viterbo; Giovanni Luchetti – Ord. Università di Bologna; Ferrando Mantovani – Prof. Em. Università di Firenze; Paolo Mengozzi – Prof. Em. Università di Bologna; Francisca Pérez Madrid – Cat. Universitat de Barcelona; Carlos Petit Calvo – Cat. Universidad de Huelva; Alberto Romano – Prof. Em. Università di Roma “La Sapienza”

### ***Comitato Scientifico***

Enrico Al Mureden – Università di Bologna  
Salvatore Amato – Università di Catania  
Maria Pia Baccari – “Lumsa” di Roma  
Christian Baldus – Università di Heidelberg  
Michele Belletti – Università di Bologna  
Michele Caianiello – Università di Bologna  
Marco Cavina – Università di Bologna  
Olivier Echappé – Université de Lyon 3  
Luciano Eusebi – Università Cattolica del S. Cuore  
Montserrat Gas-Aixendri – Universitat Internacional de Catalunya  
Libero Gerosa – Facoltà di Teologia di Lugano  
Herbert Kronke – Università di Heidelberg  
Alessia Legnani Annichini – Università di Bologna  
Francesco Morandi – Università di Sassari  
Andrés Ollero – Università “Rey Juan Carlos” di Madrid  
Paolo Papanti Pelletier – Università di Roma “Tor Vergata”  
Otto Pfersmann – Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne  
Angelo Rinella – “Lumsa” di Roma  
Giuseppe Rivetti – Università di Macerata  
Gianni Santucci – Università di Trento  
Nicoletta Sarti – Università di Bologna  
Carmelo Elio Tavilla – Università di Modena e Reggio Emilia

### ***Redazione***

Dott.ssa Daniela Bianchini Jesurum – Avvocato del Foro di Roma; Dott.ssa Maria Teresa Capozza – “Lumsa” di Roma; Dott. Matteo Carnì – “Lumsa” di Roma; Dott. Francesco Galluzzo – Univ. Cattolica di Milano; Prof. Manuel Ganarin – Università di Bologna; Prof. Juan José Guardia Hernández – Universitat Internacional de Catalunya; Dott. Alessandro Perego – Università di Padova; Dott. Nico Tonti – Università di Bologna

Enrico Sciandrello

**‘AB UTRAQUE PARTE DIRECTA EST’.  
RIFLESSIONI SULL’ESERCIZIO  
DELL’ACTIO PRO SOCIO IN ETÀ  
GIUSTINIANEA\***

1. Nel discorso condotto nelle Istituzioni di Giustiniano con riguardo alle pene previste a carico dei litiganti temerari risultano attestati i casi nei quali i condannati in alcuni giudizi subivano la sanzione dell’infamia:

I. 4.16.2: *Ex quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo, item tutelae, mandati, depositi, directis non contrariis actionibus, item pro socio, quae ab utraque parte directa est, et ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur...*

Dopo l’indicazione delle azioni penali di furto, rapina, *iniuria* e dolo, l’elenco prosegue con quelle reipersecutorie esperibili in materia di tutela, mandato, deposito e società, in relazione alle quali viene precisato un aspetto<sup>1</sup>: mentre per le prime tre ipotesi l’effetto infamante si produce solo con riferimento alle azioni dirette e non anche a quelle contrarie, per l’ultima non appare prospettabile alcuna distinzione, in quanto l’*actio pro socio* risulta essere ‘*ab utraque parte directa*’, il che comporta la sanzione dell’infamia per qualunque socio condannato in tale giudizio.

Questa puntualizzazione, che a prima vista può apparire scontata, dato che effettivamente l’*actio pro socio* fuoriesce

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

<sup>1</sup> Secondo una plausibile ricostruzione di G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle ‘Institutiones’ di Giustiniano*, in *AUPA*, 1998, 45, 1, p. 354, la compilazione di questa parte delle *Institutiones*, così come di tutto il libro IV, sarebbe riconducibile alla mano di Doroteo.

dallo schema della contrapposizione tra azione diretta e contraria, rappresenta comunque una novità rispetto a ciò che emerge dalle fonti di epoca classica nelle quali sono attestati elenchi di azioni infamanti. Mi riferisco principalmente<sup>2</sup> alle due testimonianze riportate in

Gai 4.182: *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi...*

e

D. 3.2.1 (Iul. 1 ad ed.): *Praetoris verba dicunt: 'Infamia notatur qui...pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit...'*

Il luogo gaiano corrispondente a quello delle Istituzioni imperiali non prende in considerazione il problema della distinzione tra azioni dirette e contrarie, mentre tale aspetto risulta evidenziato nel passo giuliano, sul quale però gravano forti sospetti di corruzione<sup>3</sup>. Ho già espresso altrove la mia posizione circa l'opportunità di espungere dal testo di D. 3.2.1 il

---

<sup>2</sup> Tralascio di considerare le fonti epigrafiche coinvolte nel discorso intorno al problema dell'infamia per le ragioni già evidenziate in dottrina (B. ALBANESE, «*Iudicium contrarium*» e «*ignominia*» nel mandato, in *Iura*, 1970, 21, p. 18 s., ora in Id., *Scritti giuridici*, I, a cura di M. MARRONE, Palermo, 1991, p. 938 s.) e da me condivise in altra sede (E. SCIANDRELLO, *A proposito di D. 3.2.1 [Iul. 1 ad ed.]*, in A. Pierluigi Zannini, *Scritti di diritto romano e giusantichistici*, a cura di F. ZUCCOTTI, M.A. FENOCCHIO, Milano, 2018, p. 285 s.). Per un quadro ricostruttivo completo sul punto si rinvia a M. KASER, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in *ZSS*, 1956, 73, pp. 220-278.

<sup>3</sup> I dubbi riguardano addirittura la provenienza del brano, dato che nell'*inscriptio* si menziona un'opera giuliana (i *libri ad edictum*) di cui non vi è traccia altrove, nemmeno nell'*Index Florentinus*. Cfr., ad esempio, O. LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, in *ZSS*, 1881, 2, p. 58, nonché Id., *Palingenesia iuris civilis*, I, Leipzig, 1889 (rist. Roma, 2000), c. 484, nt. 4, convinto dell'impossibilità di attribuire a Giuliano la redazione di un commentario all'editto; per una sintesi delle teorie avanzate dagli studiosi sul punto si rinvia a E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, *Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, p. 538 s., nt. 33.

riferimento all’esclusione dell’effetto infamante per i condannati *contrario iudicio*<sup>4</sup>, ma, anche volendone ammettere la genuinità, è facile osservare come qui non venga in alcun modo sancita una specificità dell’*actio pro socio* rispetto alle azioni di tutela, mandato e deposito.

Ciò, a dire il vero, è stato spiegato in dottrina, facendo leva sul sicuro intervento compilatorio riguardante non tanto l’aggiunta delle parole ‘*non contrario iudicio*’, quanto la soppressione del richiamo all’*actio fiduciae*, che avrebbe finito per travolgere una porzione di testo da cui sarebbe emersa la differenza tra il regime dell’*actio pro socio* e quello delle altre azioni reipersecutorie di seguito elencate<sup>5</sup>. Anche a questo proposito ho già avuto modo di sottolineare come la pressoché certa cancellazione dell’*actio fiduciae* dall’elenco di azioni infamanti di D. 3.2.1 non possa giustificare una proposta integrativa del testo, tale da giungere ad un risultato simile a quello che si ricava dalla lettura di I. 4.16.2 in tema di *actio pro socio*<sup>6</sup>.

Appare più probabile, invece, che proprio il passo delle *Institutiones* rappresenti il logico corollario dell’inserzione delle parole ‘*non contrario iudicio*’ in D. 3.2.1: i giustinianeî avrebbero così avvertito la necessità di dare conto della differenza di regime tra azioni dirette e contrarie anche nel testo istituzionale, ma prestando attenzione ad escludere da questo discorso l’*actio pro socio*, ritenuta per l’appunto *ab utraque parte directa*<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. E. SCIANDRELLO, *A proposito*, cit., p. 283 ss.

<sup>5</sup> Questa tesi, com’è noto, è stata sostenuta da B. ALBANESE, «*Iudicium contrarium*», cit., p. 15, ora in Id., *Scritti giuridici*, I, cit., p. 935, il quale proponeva di ricostruire i *verba* editali riportati in D. 3.2.1 nel modo seguente: ‘...*qui pro socio < suo nomine damnatus erit: qui fiduciae >, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit...*’.

<sup>6</sup> Cfr. E. SCIANDRELLO, *A proposito*, cit., p. 287 s.

<sup>7</sup> Secondo F. SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, in ZSS, 1954, 71, p. 210, nt. 362, questa maggiore precisione di I. 4.16.2 è spiegabile in ragione del fatto che i giustinianeî si sarebbero potuti muovere più liberamente in fase di redazione del manuale istituzionale, perché non vincolati al testo dell’editto come in D. 3.2.1.

2. Stabilito che la regola di esclusione dell'effetto infamante per i condannati *contrario iudicio* risulta essere, con ogni verosimiglianza, frutto di un intervento compilatorio, occorre domandarsi se l'annotazione relativa all'*actio pro socio* debba essere letta in una prospettiva puramente dogmatica o se, invece, vi sia spazio per collegarla a questioni di carattere pratico, magari dipendenti dal mutato assetto normativo di età giustiniana.

Per tentare di fornire una risposta a questo interrogativo, bisogna riflettere ancora un momento sulla ragione addotta dai giustiniani a sostegno della suddetta regola di esclusione. Tale motivazione va rintracciata in un passo escerpito dal commento ulpiano all'editto e conservato in

D. 3.2.6.7 (Ulp. 6 *ad ed.*): *Contrario iudicio damnatus non erit infamis: nec immerito. Nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi.*

Non è il caso di soffermarsi in questa sede sui sospetti che hanno accompagnato la lettura del brano, quasi certamente non genuino<sup>8</sup>, ma che qui interessa in una prospettiva di diritto giustiniano e, quindi, solo al fine di cogliere l'aspetto ritenuto decisivo dai compilatori per ammettere una differenza di regime tra azioni dirette e contrarie con riguardo all'infamia. L'elemento caratterizzante i *iudicia contraria*, secondo questa visione, consiste nel fatto che in tali giudizi si agisce *non de perfidia, sed de calculo*, ossia non sul presupposto di una violazione della *fides*, bensì in base ad un mero calcolo pecu-

---

<sup>8</sup> Per un ragguglio bibliografico sul punto v. B. ALBANESE, «*Iudicium contrarium*», cit., p. 36, nt. 55, ora in Id., *Scritti giuridici*, I, cit., p. 956, nt. 55. Ad ogni modo, anche chi, come lo stesso Albanese o, prima ancora, G. PROVERA, *Contributi alla teoria dei iudicia contraria*, Torino, 1951, p. 113 s., ha difeso la classicità del brano dal punto di vista del criterio ivi accolto, non ha potuto negare che la stesura attuale appaia frutto dell'intervento di una mano successiva rispetto a quella ulpiana. Per una proposta volta a rintracciare l'originario contesto di riferimento del principio affermato in D. 3.2.6.7 mi permetto di rinviare a E. SCIANDRELLO, *A proposito*, cit., p. 290 s.



niario – definito giudizialmente (*qui fere iudicio solet dirimi*) –, necessario per ristabilire l’equilibrio economico tra le parti.

È di immediata evidenza l’infondatezza del principio sancito in questo brano se applicato, come pure si lascia intendere, indistintamente a tutti i *iudicia contraria*, a prescindere dal fatto che le corrispondenti azioni dirette fossero infamanti o meno: basti pensare al caso del comodato per il quale non mancano testimonianze in grado di sconfessare l’idea che con un *iudicium contrarium* si potesse agire solo *de calculo*<sup>9</sup>. Da altro punto di vista, volendo restringere il discorso alle azioni elencate in D. 3.2.1, va ricordata l’ipotesi dell’*actio mandati contraria* esperita dal *fideiussor*, considerata infamante secondo il dettato di D. 3.2.6.5<sup>10</sup>, testo con riguardo al quale le fonti bizantine rivelano lo sforzo di armonizzazione rispetto

---

<sup>9</sup> Quella più emblematica è senz’altro rappresentata da D. 13.6.17.3 (Paul. 29 ad ed.): *Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. Geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficium ac nuda voluntas fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. Ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvare quippe nos, non decipi beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.* Per un esame di questa e di altre testimonianze in tema di *iudicium commodati contrarium* rinvio a E. SCIANDRELLO, *Ricerche in tema di ‘iudicia contraria’*, Napoli, 2017, p. 93 ss. Sulla scorta del passo paolino non esita a parlare di bilateralità del contratto di comodato nella riflessione della giurisprudenza severiana A. MILAZZO, *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna*, Torino, 2018, p. 161 ss.

<sup>10</sup> D. 3.2.6.5 (Ulp. 6 ad ed.): *‘Mandati condemnatus’: verbis edicti notatur non solum qui mandatum suscepit, sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat. Ut puta fideiussi pro te et solvi: mandati te si condemnato, famosum facio.*

alla regola generale ‘*contrario iudicio damnatus non erit infamis*’ espressa in D. 3.2.6.7<sup>11</sup>.

Date queste premesse, non deve stupire, allora, che i giustinianeî abbiano voluto sgombrare il campo da ogni equivoco, chiarendo nelle *Institutiones* la posizione dell’*actio pro socio* rispetto a quella delle azioni di tutela, mandato e deposito, chiarimento che riecheggia, ancora una volta, nelle testimonianze bizantine originate dal commento ai passi raccolti sotto il titolo del Digesto ‘*De his qui notantur infamia*’ (D. 3.2)<sup>12</sup>. Certo, come già osservato in apertura della presente indagine, la precisazione di I. 4.16.2 può apparire scontata e persino superflua, visto che l’*actio pro socio* era considerata (*ab origine*) unica per tutti i soci, senza differenze di qualificazione a seconda della parte intenzionata a promuoverla<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Il carattere eccezionale dell’ipotesi contemplata in D. 3.2.6.5 è ribadito più volte da Stefano nell’ambito del discorso dedicato al problema dell’infamia nelle azioni contrarie. Cfr. *sch. 2 ad Bas. 21.2.1* ([BS IV, 1278]: Ὑπέξελέ μοι τὴν κοντραριαν μανδάτι, ἦν κινεῖ ὁ ἐγγυητής. Αὕτη γάρ παρὰ τοῦ ἐγγυητοῦ κινουμένη, εἰ καὶ κοντραρια ἐστίν, ἀτιμοῖ, ὡς ἐν τῷ παρόντι διγ. ζ’. φησὶν ὁ Οὐλίπιανός), *sch. 23 ad Bas. 21.2.6* ([BS IV, 1297]: ...Μόνη δὲ ἡ περὶ ἐγγύης κοντραρια ἀτιμοὶ καὶ τοῦτο εὐλόγον ἐστίν. Ὁ γάρ ἐγγυησάμενός τινα καὶ ὑπὲρ ἐκείνου καταβαλὼν καὶ ἀγνωμονοῦμενος εἰς τοῦτων ἀπόλημιν παρὰ τοῦ ἐγγυηθέντος πῶς οὐκ ἄξιόν ἐστιν ἀτιμοῦν αὐτόν, ὑπὲρ οὗ πρὸς τὸν εὐεργέτην ἀνώμων γέγονεν;) e *sch. 29 ad Bas. 21.2.6* ([BS IV, 1298]: Ἐπὶ τῶν κοντραριῶν ἀγωγῶν οὐκ ἀτιμοῦται ὁ καταδικασθεὶς. Κοντραρίας γάρ κινουμένης οὐ περὶ τῆς ἀπιστίας τοῦ ἐναγομένου ζητήσεις γίνεται, ἀλλὰ περὶ ψήφου, ἥτις σχεδὸν ἐν δικαστηρίῳ διακρίνεται. Ὡστε ἀμέλει παρὰ τοῦ ἐγγυητοῦ κινουμένη κοντραρια μανδάτι ἀτιμοῖ, ἐπειδὴ ἀπιστίαν τοῦ ἐξεγγυηθέντος κατηγορεῖ· ἀπιστία γάρ ἐστίν ὡς ἀληθῶς ἀπατάσθαι τὸν ἐγγυητήν).

<sup>12</sup> Così *sch. 18 ad Bas. 21.2.1* ([BS IV, 1281]: Ἡ πρὸ σόκιο ἐξ ἑκατέρου πλευροῦ διρέκτα ἐστὶ καὶ ἀτιμοποιός, ὡς ἰστυτοῦτ. δ’. τιτ. ις’ ...) e *sch. 19 ad Bas. 21.2.6.5* ([BS IV, 1296]: ...ἐγνωσ γάρ ἐν τῷ α’. διγ. τοῦ παρόντος τίτλου, ὅτι ὁ σοῦο νόμιμε τῆ τουτέλαε, τῆ μανδάτι, τῆ δεπόσιτι ταῖς διρέκταις, οὐκ ἔτι δὲ ταῖς κοντραριαῖς καταδικασθεὶς ἀτιμοῦται. ταῦτα μὲν οὖν περὶ τῶν ἀγωγῶν, ἐφ’ ὧν ἐστιν κοντραριαν εὐρεῖν. ἡ γάρ πρὸ σόκιο ἐξ ἑκατέρου πλευροῦ διρέκτα οὔσα τὸν καταδικαζόμεν ἀτιμοῖ, ὡς ἐγνωσ ἐν τῷ ις’ τιτ. τῆς δ’. τῶν ἰστυτοῦτ.), ma si veda anche, con riguardo ai testi di commento al titolo del *Codex ‘De causis, ex quibus infamia alicui inrogatur’* (C. 2.11[12]), *sch. 4 ad Bas. 21.3.21* ([BS IV, 1326]: Ἐπὶ τῆς κοινωνίας ἑκατέρωθεν ἡ προσόκιο διρέκτα ἐστίν· ἅμα γάρ τῆ συστάσει τῆς κοινωνίας ἑκότερα δίδοται καὶ οὐ περιμένει ἐπισυμβῆναι τι τὸ μέλλον συστήσαι τὴν μίαν, οἷον δαπάνην, ὡς ἐπὶ τοῦ παραθηκαρίου ἢ τοῦ ἐπιτρόπου ἢ τοῦ ἐγγυητοῦ).

<sup>13</sup> Sul punto v., tra gli altri, V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell’Università di Roma, anno 1948-1949*, Napoli, 1949 (rist. 1965), p. 85; F. WIEACKER, *Das Gesellschafterverhältnis des klassi-*

Ciò è senz'altro vero, però, se si affronta la questione dal punto di vista della previsione astratta del mezzo processuale; in una prospettiva di concretezza, invece, occorre perlomeno riflettere sulla possibilità che in epoca formulare l'*actio pro socio* fosse giudicata *contraria*, nel senso di 'contrapposta', quando veniva esperita da un socio precedentemente convenuto in giudizio con tale azione, identica per denominazione, ma opposta con riguardo alla direzione della pretesa. È questa, ad esempio, l'impressione che si ricava da una testimonianza come Cic. *off.* 3.17.70<sup>14</sup>, dove l'espressione '*iudicia contraria*' sembra utilizzata con un significato non tecnico, in quanto riferibile anche ad ipotesi diverse da quelle tradizionalmente prese in considerazione dalla giurisprudenza classica<sup>15</sup>. Secondo la visuale accolta nel passo ciceroniano, ai

---

*schen Rechts*, in *ZSS*, 1952, 69, p. 329; B. ALBANESE, «*Iudicium contrarium*», cit., p. 16, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, cit., p. 936; in tempi più recenti, S.A. CRISTALDI, '*Iudicia contraria*' in Cic. '*De off.*' III.17.70, in *Revista de Derecho UNED*, 2020, 26, p. 116 s.

<sup>14</sup> Cic. *off.* 3.17.70: *Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.* Per una lettura approfondita del passo rinvio a E. SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., p. 50 ss.; alla letteratura ivi citata va aggiunto il recente contributo di S.A. CRISTALDI, '*Iudicia contraria*', cit., p. 105 ss.

<sup>15</sup> Sulla questione è intervenuto, da ultimo, S.A. CRISTALDI, '*Iudicia contraria*', cit., p. 105 ss., il quale, prendendo le distanze dall'opinione dominante in dottrina (tra gli altri v. A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II.1, Halle, 1895, p. 258, nt. 1; B. BIONDI, '*Iudicia bonae fidei*', in *AUPA*, 1918, 7, p. 156; G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 36; F. SCHWARZ, *Die Konträrklagen*, cit., p. 213; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996<sup>2</sup>, p. 344, nt. 5; R. CARDILLI, '*Bona fides*' *tra storia e sistema*, Torino, 2010<sup>2</sup>, p. 40, nt. 74), attribuisce invece un significato tecnico all'espressione '*iudicia contraria*' riportata nel brano; egli sembra fondare la sua convinzione più che altro sul fatto che l'uso di tale espressione risulta attestato in testi giurisprudenziali di epoca immediatamente successiva a quella di Cicerone e con riguardo a mezzi processuali considerati *iudicia contraria* anche in età più tarda. A me sembra, però, che questo argomento non riesca a superare un ostacolo derivante direttamente dall'interpretazione del passo ciceroniano e che coinvolge il numero di *arbitria bonae fidei* per i quali l'Arpinate prospetta l'esistenza di *iudicia contraria*; secondo S.A. CRI-

(mezzi identificati con l'espressione) *iudicia contraria* è riconosciuta una funzione riequilibratrice dei rapporti tra le parti definiti all'esito del primo giudizio, nel quale il giudice non ha tenuto conto di ciò che l'attore deve al convenuto; tale funzione si può scorgere anche con riferimento all'*actio pro socio*, allorché essa venga utilizzata una seconda volta per far valere pretese contrapposte *ex eadem causa* in un nuovo giudizio a parti invertite<sup>16</sup>.

---

STALDI, '*Iudicia contraria*', cit., p. 116 s., su un totale di sei rapporti (tutela, società, fiducia, mandato, compravendita e locazione conduzione) gli *arbitria* in questione sarebbero stati quelli in materia di tutela, fiducia e mandato, che però non rappresentano la maggior parte di quelli precedentemente elencati, come suggerisce l'uso di '*plerisque*' nella frase incidentale '*praesertim...iudicia contraria*', bensì solo la metà. Non a caso, per superare l'*impasse*, lo studioso (S.A. CRISTALDI, '*Iudicia contraria*', cit., p. 119, nt. 12) finisce per tradurre '*plerisque*' con 'parecchi', accogliendo una soluzione che mi pare forzata rispetto al normale impiego di questo termine nella lingua latina. Resto perciò convinto di quanto già sostenuto in altra sede (E. SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., p. 50 ss.), ossia che qui l'espressione '*iudicia contraria*' coinvolga inevitabilmente anche azioni per le quali in epoca successiva non verrà adottata tale terminologia: ciò vale per le *actiones empti, venditi, locati* e *conducti*, ma probabilmente anche per quella *pro socio*.

<sup>16</sup> Ammettono questa possibilità con riguardo alla testimonianza ciceroniana C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in *AG*, 1894, 52, p. 478 e G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 66, nt. 46. *Contra*, perché disposti ad inquadrare il problema solo dal punto di vista della previsione astratta del mezzo processuale, V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., p. 85; F. WIEACKER, *Das Gesellschafterverhältnis*, cit., p. 329; B. ALBANESE, «*Iudicium contrarium*», cit., p. 16, ora in *Id.*, *Scritti giuridici*, I, cit., p. 936; in tempi più recenti, S.A. CRISTALDI, '*Iudicia contraria*', cit., p. 116 s. Personalmente mi sono già espresso in favore del primo orientamento (cfr. E. SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., p. 58 s., nt. 31), rilevando però come lo spazio per questo genere di sviluppo della controversia tra le parti dovesse essere limitato ai casi di esperimento dell'*actio pro socio manente societate*, per i quali era richiesto verosimilmente l'uso di una *praescriptio* (così V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1965 [rist. 2006], p. 179 s.), al fine di circoscrivere gli effetti preclusivi della *litis contestatio* ed evitare che l'esercizio dell'azione portasse alla liquidazione della società e, quindi, alla sua estinzione, risultato, quest'ultimo, di cui ci informano Ulpiano (D. 17.2.63.10) e Paolo (D. 17.2.65 pr.) in due testimonianze di difficile coordinamento (v. per tutti M. TALLAMANCA, voce *Società (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 849 s.). Sul punto va segnalata una maggiore propensione della dottrina contemporanea ad ammettere l'idea di un esercizio dell'*actio pro socio manente societate*: cfr. F.-S. MEISSEL, '*Societas*'. *Struktur und Typenvielfalt des römischen Ge-*

Questo ragionamento presuppone, dunque, che espressioni quali '*iudicium contrarium*' o '*actio contraria*' non avessero ancora acquistato una determinazione di contenuti così puntuale, da consentire la costruzione di una categoria autonoma come quella che pare attestata definitivamente solo in età giustiniana: ciò è verosimile per l'epoca tardo-repubblicana, come risulta dal passo ciceroniano poc'anzi ricordato, ma sembra probabile anche per l'età classica, dal momento che le fonti in nostro possesso testimoniano una realtà più variegata rispetto a quella rappresentata dai compilatori<sup>17</sup>. Ecco che allora la puntualizzazione di I. 4.16.2 non pare più così banale, ma risulta funzionale alla definizione dei contorni di una categoria di azioni aventi, nell'ottica giustiniana, caratteristiche ben precise<sup>18</sup>.

3. Sul piano degli effetti che una simile impostazione poteva produrre, specialmente in un'ottica di confronto rispetto al sistema formulare, occorre tenere presente quanto stabilito in una costituzione di Giustiniano conservata in

C. 7.45.14 (*Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.*): *Cum Papi-  
nianus summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposu-*

---

*sellschaftsvertrages*, Frankfurt am Main, 2004, p. 40 ss.; P. CERAMI, *Impresa e 'societas' nei primi due secoli dell'impero*, in *AUPA*, 2007-2008, 52, pp. 75-132, ora in *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'impero, Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 5-8 giugno 2004)*, a cura di F. MILAZZO, Milano, 2012, p. 220 s. (da cui cito); da ultimo, A. MILAZZO, *Manente societate agi pro socio: nuovi spunti interpretativi su 'consensus sociorum' e 'solutio societatis'*, in *TSDP*, 2020, 13, p. 15 ss.

<sup>17</sup> Basti pensare all'impiego gaiano (Gai. 4.177-179) dell'espressione '*iudicium contrarium*' per designare uno dei mezzi volti a contrastare le ipotesi di *calumnia actoris*. Per un riepilogo della letteratura sul tema rinvio a E. SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., p. 76, nt. 75.

<sup>18</sup> Mi pare che questa prospettiva emerga con una certa evidenza da una testimonianza della tradizione bizantina, vale a dire uno scolio di Costantino Niceo (*sch. 4 ad Bas.* 21.3.21 [BS IV, 1326] per il cui testo v. *supra* nt. 12), che, nel ricordare il carattere di azione diretta ἐκἀερωθεν dell'*actio pro socio*, evidenziava come quest'ultima fosse a disposizione di ciascun socio non appena concluso il contratto, a differenza delle azioni (*scil.* contrarie) spettanti al depositario, tutore o fideiussore per azionare un obbligo (puramente eventuale) di rimborso delle spese.

*it non solum iudicem de absolute rei iudicare, sed ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare, huiusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat iudici vel contra actorem ferre sententiam et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare, nulla ei opponenda exceptione, quod non competens iudex agentis esse cognoscitur. Cuius enim in agendo observavit arbitrium, eum habere et contra se iudicem in eodem negotio non dedignetur.*

Preliminarmente occorre rilevare come sussista qualche incertezza circa la collocazione cronologica di questo provvedimento imperiale, dal momento che l'unica notizia al riguardo ci viene offerta da un ms. *Pistoriensis*, che lo fa risalire al 530, data però inconciliabile con l'invio a Demostene attestato nell'*inscriptio*, motivo per il quale Krüger<sup>19</sup> e, sulla sua scia, la dottrina successiva<sup>20</sup> ne hanno ipotizzato l'emanazione lo stesso giorno (30 ottobre 529) della precedente *lex* 13<sup>21</sup>, indirizzata al medesimo *praefectus praetorio*. Se questa ipotesi fosse confermata, vi sarebbe una coincidenza per quanto riguarda la data di emanazione, oltre che con C. 7.45.13 – da Krüger considerata addirittura *iungenda* a C. 7.45.14<sup>22</sup> –, con un gruppo

---

<sup>19</sup> *Ad h. l.* nt. 3.

<sup>20</sup> Cfr. G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano, 1983, p. 20, nt. 20; M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 587, nt. 33; M. BIANCHINI, *La 'subscriptio' nelle 'leges' giustiniane del 30 ottobre 529*, in *Studi in onore di F. de Marini Avonzo*, Torino, 1999, p. 47, nt. 3, ora in EAD., *Temi e tecniche della legislazione tardoimperiale*, Torino, 2008, p. 115, nt. 3; P. GARBARINO, *Note su C. 1.14.12 e il 'Novus Codex'*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, III, a cura di I. PIRO, Tricase, 2016, p. 252 s., nt. 18.

<sup>21</sup> C. 7.45.13 (*Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.*): *Nemo iudex vel arbiter existimet neque consultationes, quas non rite iudicatas esse putaverit, sequendum, et multo magis sententias eminentissimorum praefectorum vel aliorum procerum (non enim, si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum iudicum vitium extendi oportet, cum non exemplis, sed legibus iudicandum est), nec si cognitionales sint amplissimae praefecturae vel alicuius maximi magistratus prolatae sententiae: sed omnes iudices nostros veritatem et legum et iustitiae sequi vestigia sancimus. (D. III k. Nov.) [a. 529].*

<sup>22</sup> *Ad h. l.* nt. 2.

di altri tredici testi accolti nel *Codex*<sup>23</sup>. Tra questi, vale la pena ricordarlo, vi è pure C. 1.14.12<sup>24</sup>, recante una notissima costituzione con la quale Giustiniano stabilì il valore normativo generale delle decisioni imperiali assunte nelle forme di decreti o rescritti, in connessione con l'affermazione per cui solo all'imperatore era riservato il compito di creare e di interpretare il diritto<sup>25</sup>.

L'importanza di questa costituzione nell'ambito del nostro discorso dipende anche dalla possibilità, prospettata in dottri-

---

<sup>23</sup> Si tratta di C. 1.2.22, 1.14.12, 2.55.4, 4.1.12, 4.34.11, 5.12.30, 5.30.5, 6.4.3, 6.30.19, 6.42.30, 6.61.6, 8.53.34, 11.48.20, tutti accompagnati da una *subscriptio* in cui è riportata la formula della *recitatio*, a differenza di C. 7.45.13, per il quale è indicata solo la data di emanazione. Sul legame tra questi testi v. M. BIANCHINI, *La 'subscriptio'*, cit., p. 47 ss, ora in EAD., *Temi e tecniche*, cit., p. 115 ss.

<sup>24</sup> C. 1.14.12 (*Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.*): *Si imperialis maiestas causam cognitionaliter examinaverit et partibus cominus constitutis sententiam dixerit, omnes omnino iudices, qui sub nostro imperio sunt, sciant hoc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed omnibus similibus. 1. Quid enim maius, quid sanctius imperiali est maiestate? vel quis tantae superbiae fastidio tumidus est, ut regalem sensum contemnat, cum et veteris iuris conditores constitutiones, quae ex imperiali decreto processerunt, legis vicem obtinere aperte dilucideque definiunt? 2. Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat huiusmodi regiam interpretationem obtinere, eorum quidem vanam scrupulositatem tam risimus quam corrigendam esse censuimus. 3. Definimus autem omnem imperatoris legem interpretationem sive in precibus sive in iudiciis sive alio quocumque modo factam ratam et indubitatum haberi. Si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet. 4. Cur autem ex suggestionibus procerum, si dubitatio in litibus oriatur et sese non esse idoneos vel sufficientes ad decisionem litis illi existiment, ad nos decurritur et quare ambiguitas iudicum, quas ex legibus oriri evenit, aures accipiunt nostrae, si non a nobis interpretatio mera procedit? vel quis legum aenigmata solvere et omnibus aperire idoneus esse videbitur nisi is, cui soli legis latorem esse concessum est? 5. Exploris itaque huiusmodi ridiculis ambiguitatibus tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur: nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus, quia et eis hoc maiestas imperialis permisit. (Recitata septimo milliario urbis Constantinopolitanae in novo consistorio palatii Iustiniani. D. III k. Nov. Decio vc. cons.) [a. 529].*

<sup>25</sup> Su questo brano v. G.G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, p. 86 ss.; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore*, cit., p. 7 ss.; e, in tempi più recenti, P. GARBARINO, *Note*, cit., p. 247 ss.

na<sup>26</sup>, che essa facesse parte di un unico provvedimento imperiale insieme a C. 7.45.13 e, di conseguenza, alla successiva *lex* 14<sup>27</sup>: dal punto di vista tematico non sussistono particolari ostacoli ad ammettere un legame tra C. 1.14.12 e C. 7.45.13, visto che quest'ultima costituzione, imponendo ai giudici di decidere in base alle leggi e non ai precedenti giudiziari<sup>28</sup>, ben si concilia con lo spirito della prima, volta ad affermare la supremazia del potere imperiale nella produzione ed interpretazione del diritto<sup>29</sup>; attraverso una lettura combinata dei due testi, quindi, si chiarisce la differente efficacia delle sentenze emesse dalla cancelleria imperiale e da qualsiasi altro organo giudicante, ancorché di rango elevato<sup>30</sup>.

Appare più difficile, invece, stabilire un collegamento con C. 7.45.14, in cui, come vedremo tra poco, si affronta il problema della possibile condanna dell'attore alla luce di un intervento, di più ampia portata, sul rapporto tra domanda e sentenza; ad ogni modo, anche volendo dubitare che questo testo

---

<sup>26</sup> Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, *Die nachklassischen Entwicklungen*, München, 1975<sup>2</sup>, p. 56, nt. 34.

<sup>27</sup> Ciò sulla base della menzionata idea ricostruttiva di Krüger, secondo cui la *lex* 14 sarebbe da considerare *iungenda* a C. 7.45.13.

<sup>28</sup> Sul contenuto di questa costituzione cfr. U. VINCENTI, *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana*, Padova, 1995<sup>2</sup>, p. 7 ss.; e S. PULIATTI, 'Officium iudicis' e certezza del diritto in età giustiniana, in *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'Oriente in età giustiniana tra passato e futuro, Atti del Convegno (Modena, 21-22 maggio 1998)*, a cura di S. PULIATTI, A. SANGUINETTI, Milano, 2000, p. 149 s., nonché Id., 'Innovare cum iusta causa'. Continuità e innovazione nelle riforme amministrative e giurisdizionali di Giustiniano, Torino, 2021, p. 336.

<sup>29</sup> Da ultimo, ribadisce la coerenza tra il contenuto di C. 1.14.12 e quello di C. 7.45.13 P. GARBARINO, *Note*, cit., p. 261.

<sup>30</sup> Precisa che le «consultationes e le *sententiae*, alle quali è vietato al giudice di uniformarsi, sono quelle *contra leges* (rispettivamente, *non rite, non bene*)» U. VINCENTI, *Il valore*, cit., p. 8; su questa linea anche L. VACCA, *La rilevanza delle 'res iudicatae' nella formazione del diritto casistico romano*, in EAD., *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, a cura di G. ROSSETTI, Torino, 2017, p. 163, nt. 21 (da cui cito), nonché in *Il processo e le sue alternative. Storia, teoria, prassi. Atti del Convegno - Cagliari 25-27 settembre 2014*, a cura di F. BOTTA, F. CORDOPATRI, Napoli, 2017, pp. 435-450. Non sembra ammettere, invece, questa limitazione ai precedenti giudiziari viziati S. PULIATTI, 'Officium iudicis', cit., p. 150, nonché Id., *Innovare cum iusta causa*', cit., p. 336.



e quelli conservati in C. 1.14.12 e C. 7.45.13 facessero parte di unico provvedimento legislativo<sup>31</sup>, resta il dato relativo alla coincidenza cronologica di queste disposizioni imperiali, segno di un'attenzione particolare riservata a diverse tematiche connesse con l'amministrazione della giustizia<sup>32</sup>.

Veniamo ora al contenuto di C. 7.45.14<sup>33</sup>. Dal testo della costituzione emerge come la cancelleria giustiniana abbia voluto qui porre fine ad una situazione di incertezza, risalente con tutta probabilità all'epoca tardo-classica, visto il richiamo iniziale all'opinione di Papiniano<sup>34</sup>. La regola stabilita è quella per cui deve essere consentito al giudice di pronunciarsi anche *contra actorem*, senza che gli si possa opporre eccezione di

---

<sup>31</sup> La questione resta sostanzialmente impregiudicata anche nelle trattazioni di GG. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, cit., 88, nt. 143; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore*, cit., pp. 9, nt. 5 e 13, nt. 8; U. VINCENTI, *Il valore*, cit., p. 11, nt. 23; e P. GARBARINO, *Note*, cit., p. 261.

<sup>32</sup> Cfr. G.L. FALCHI, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di "leges" e "iura"*, in *SDHI*, 1993, 59, pp. 5 e 27 ss., il quale parlava al riguardo di «leggi volte alla disciplina...degli organi giudicanti».

<sup>33</sup> Sui contenuti di questa testimonianza, seppur da diverse angolazioni, v. F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, VI, Berlin, 1847, p. 341 ss.; C. APPLETON, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris, 1895, p. 230 ss.; B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, in *AUPA*, 1929, 12, p. 269 ss.; G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 27 s.; R. REZZONICO, *Il procedimento di compensazione nel diritto romano classico*, Basel, 1958, p. 51 s.; U. ZILLETTI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965, p. 184 ss.; D. SIMON, *Untersuchungen zum Justinianischen Zivilprozeß*, München, 1969, p. 132; G.P. SCAFFARDI, *Alcune considerazioni sulla 'mutua petitio' nel processo civile giustiniano*, in *Studi Parmensi*, 1982, 31, p. 205 ss.; P. PICHONNAZ, *La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, Fribourg, 2001, p. 243 s.; S. PULIATTI, 'Officium iudicis', cit., p. 118 s.; Id., *Accertamento della 'veritas rei' e principio dispositivo nel processo postclassico-giustiniano*, in *Principi generali e tecniche operative del processo civile romano nei secoli IV-VI d.C.*, Atti del Convegno (Parma, 18 e 19 giugno 2009), a cura di S. PULIATTI, U. AGNATI, Parma, 2010, p. 122 s.; Id., *Innovare cum iusta causa'*, cit., p. 311 s.; S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del Codice*, Bologna, 2010, p. 26 s.

<sup>34</sup> Secondo la proposta ricostruttiva di O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, cit., c. 820, Papiniano avrebbe espresso l'opinione ricordata dai giustiniani nel libro IV delle *quaestiones*. Sulla citazione papiniana v. S. DI MARIA, *La cancelleria imperiale*, cit., p. 26 s.

incompetenza, dal momento che chi promuove l'azione in giudizio deve accettare il rischio non solo di non vedere accolta la propria pretesa, ma addirittura di subire la condanna a dare o fare qualcosa in favore del convenuto.

Va subito precisato che è pressoché impossibile stabilire quale fosse l'esatta portata della *sententia* papiniana e, di conseguenza, comprendere in che modo la costituzione in esame ne estendesse l'ambito applicativo (...*huiusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus*...). Non sappiamo, in particolare, quale fosse il contesto processuale di riferimento, se quello formulare<sup>35</sup> oppure quello cognitorio<sup>36</sup>: nel primo caso occorrerebbe pensare che la possibilità di giungere ad una condanna di chi aveva promosso l'azione in giudizio fosse limitata alle ipotesi di *iudicia duplicia*, per i quali, difatti, le fonti attestano un'incertezza legata alla distinzione dei ruoli di attore e convenuto<sup>37</sup>; nel secondo, invece, andrebbe ipotizzato che già verso la fine dell'epoca classica la cornice della *cognitio extra ordinem* consentisse, senza particolari limitazioni, la pronuncia di sentenze di con-

---

<sup>35</sup> Così F.C. VON SAVIGNY, *System*, cit., VI, p. 338 ss. e B. BIONDI, *La compensazione*, cit., p. 278.

<sup>36</sup> Così C. APPLETON, *Histoire*, cit., p. 234 s. e G. PROVERA, *Lezioni sul processo civile giustiniano*, I-II, Torino, 1989, p. 147.

<sup>37</sup> Cfr. D. 10.3.2.1 (Gai. 7 ad ed. prov.): *In tribus duplicibus iudiciis familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum quaeritur, quis actor intellegatur, quia par causa omnium videtur: sed magis placuit eum videre actorem, qui ad iudicium provocasset*. In questi casi l'*intentio* della formula sarebbe stata concepita al *quidquid alterum alteri praestare oportet* (cfr. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1999<sup>2</sup>, p. 60 s.), consentendo quindi al giudice di pronunciarsi anche contro colui che aveva assunto l'iniziativa processuale. Personalmente non credo che si possa aggiungere a questa ipotesi quella dell'esperimento di un *iudicium contrarium*, accostata alla precedente da chi ha sostenuto che con tale mezzo si potesse mettere in atto, per diritto classico, un meccanismo volto a perseguire la condanna dell'attore in via riconvenzionale; sul punto rinvio a quanto già osservato in E. SCIANDRELLO, *Ricerche*, cit., p. 5 ss., a proposito delle teorie di F.C. VON SAVIGNY, *System*, cit., VI, p. 330 ss.; B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, cit., p. 61 ss., nonché ID., *La compensazione*, cit., p. 278; G. PROVERA, *Contributi*, cit., p. 24 ss.

danna nei confronti dell'attore<sup>38</sup>. È chiaro, dunque, che l'accoglimento dell'una o dell'altra prospettiva finirebbe per orientare il giudizio sul tipo di intervento estensivo da parte dei giustinianeï, ma, allo stato attuale delle fonti, non è possibile andare al di là di semplici congetture; sul punto appare quindi preferibile esercitare l'*ars ignorandi*.

Ciò che vale la pena di considerare, invece, è un aspetto opportunamente messo in luce dallo Zilletti<sup>39</sup>, a parere del quale la vera innovazione recata dalla statuizione giustiniana è quella che riguarda il potere del giudice di decidere in merito ad un'eventuale condanna dell'attore sulla base delle circostanze della lite, a prescindere da qualsiasi allegazione del convenuto volta a legittimare una domanda riconvenzionale. In quest'ottica la rimozione del limite di competenza (*nulla ei opponenda exceptio, quod non competens iudex agentis esse cognoscitur*), che *prima facie* parrebbe essere l'elemento di novità introdotto dalla costituzione, rappresenta in realtà il logico corollario di un principio avente ben altra portata e che investe la «relazione fra domanda e provvedimento»<sup>40</sup>.

Il fatto che nel brano manchi un riferimento alla volontà del convenuto di ottenere la condanna dell'attore, o comunque non si faccia cenno alla necessità di attivarsi in qualche modo a tale scopo, testimonia come questo esito della controversia non presupponesse in ogni caso la proposizione di una doman-

---

<sup>38</sup> Se non già al tempo di Papiniano (sul punto v. P. PICHONNAZ, *La compensation*, cit., p. 243, nt. 1087), ciò è sicuro per l'epoca postclassica, come testimonia C. 7.51.5.1 (Αὐτοκράτωρ Ζήνων Α.): Καταδικαζομένου μη μόνον τοῦ ἐνάγοντος καὶ τοῦ ἐναγομένου, ὅτε πρόσφορος ἐκατέρω ἐστὶν ὁ δικαστὴς, ἀλλὰ καὶ τοῦ ἐνάγοντος ἀπρόσφορός ἐστιν, ἡττηθῆ δὲ ἐξ ἀντεναγωγῆς, μὴ δυνάμενος ἐκείνον τὸν δικαστὴν παραιτήσασθαι, εἴτε ἄρχοντες εἴησαν δικασταὶ εἴτε θεοὶ διαιτηταὶ: ἔχουσι γὰρ καὶ οὗτοι ἐκβιβαστὰς καὶ ἐπεικτάς. (D. VII k. April post consulatum Longini) [a. 487]. Secondo C. APPLETON, *Histoire*, cit., p. 235 s., questo testo ridurrebbe la portata innovativa di C. 7.45.14; di diverso avviso U. ZILLETTI, *Studi*, cit., p. 186, nt. 175, per il quale la costituzione di Zenone non «costituisce un effettivo precedente» di quella giustiniana.

<sup>39</sup> Cfr. U. ZILLETTI, *Studi*, cit., p. 185 ss.

<sup>40</sup> Così U. ZILLETTI, *Studi*, cit., p. 185.

da riconvenzionale<sup>41</sup>, eventualità pure nota per diritto giustiniano come dimostra il contenuto di Nov. 96.2<sup>42</sup>.

Risulta più complicato stabilire quali fossero gli eventuali limiti imposti al giudice nella valutazione delle possibili contropretese del convenuto. Certo non sembra condivisibile l'idea del Savigny, il quale pensava che con le parole *'in eodem negotio'* usate nel finale di C. 7.45.14 s'intendesse richiamare il requisito dell'*ex eadem causa*<sup>43</sup>, valevole per la compensazione di crediti e debiti reciproci nell'ambito dei giudizi di buona fede nel sistema formulare<sup>44</sup>. È stato già osservato<sup>45</sup> come tale

<sup>41</sup> E, per tale ragione, non occorre nemmeno immaginare, sulle orme di F.C. VON SAVIGNY, *System*, cit., VI, p. 340, che nel brano si stesse considerando una sorta di tacita riconvenzione («stillschweigende Widerklage»); sul punto v. anche U. ZILLETTI, *Studi*, cit., p. 186.

<sup>42</sup> Nov. 96.2: Κάκεινο μέντοι τῆς προσηκούσης τυχεῖν ἐπανορθώσεως δεῖ. προσῆλθε γάρ τις διδάσκων, ὡς ἐν αἰτίας ἐποιήσατο τὸν ὑπεύθυνον τὸν αὐτοῦ παρὰ τινι τῶν ἐνδοξοτάτων ἡμῶν ἀρχόντων, εἶτα ὁ γενόμενος ἐν εὐθύναις ὡς δὴ καὶ αὐτὸς τὸν ἐνάγοντα ὑπεύθυνον ἔχειν παρ' ἐτέρῳ τοῦτον εἰλκυσε δικαστῆ. καὶ τι παράδοξον ἐγένετο· ἐπειδὴ γὰρ ἑκάτερος ἰδίᾳ τὴν τοῦ ἐνάγοντος ἐπέιχε τάξιν, ἐλεινὸν τι καὶ γελοῖον κατὰ ταῦτόν συνέβαιεν. ἅμα γὰρ εἰ βουληθεῖ τις τὴν οἰκειαν κινήσαι δίκην, εὐθὺς ὁ ἀνταιτιωσάμενος παρὰ θατέρῳ τῶν δικαστῶν εἴλκεν αὐτὸν παρ' ὃν αὐτὸς ἐκλήρωσατο δικαστὴν, ἀλλήλους τε περιέλκοντες ἀθάνατα διέμενον δικαζόμενοι. 1. Θεσπιζομεν τοῖνον, εἴ τις ὑπεύθυνον οἶεται ἔχειν τὸν κατ' αὐτοῦ τὴν αἰτίαν ἀποθέμενον, μὴ παρ' ἐτέρῳ δικαστῆ, ἀλλὰ παρὰ ταῦτῳ εὐθὺς ἐξ ἀρχῆς αἰτιάσθαι, καὶ τὸν αὐτὸν εἶναι δικαστὴν ἐφ' ἑκατέρας ὑποθέσεως. εἰ δέ γε τυχόν ἀπαρέσειεν αὐτῷ ὁ παρ' ᾧ τὴν δίκην ἀπεκλήρωσατο δικαστῆς, ἔξεστιν αὐτῷ καὶ τοῦτο ἐπανορθοῦσθαι. εἴκοσι γὰρ ἡμερῶν προθεμίαν ἐνδόντων ἡμῶν μετὰ τὴν τοῦ βιβλίου πομπήν, μεθ' ἣν δεῖ προκατάρχεσθαι, ἔξεστιν εἴσω τῆς εἰρημένης ἀνακωχῆς παραιτήσασθαι μὲν ἐκείνον, ἐτέρου δὲ τυχεῖν, παρ' ᾧ πάλιν ὁμοίως ἑκατέραν ἀγωνίζεσθαι προσήκει δίκην, καὶ τὰς τοιαύτας τέχνας κατὰ μηδὲν γίνεσθαι, ἀλλ' ἕκαστον τοῖς οἰκείοις χρῆσθαι δικαιόις. εἰ μέντοι σιγήσειεν, εἶτα ὕστερον βουληθεῖ τὴν δίκην παρ' ἐτέρῳ δικαστῆ κινεῖν, ἀνάγκην ἔχειν αὐτὸν ἀναμένειν τὸ πέρασ τῆς δίκης τῆς ἐπαγομένης αὐτῷ παρὰ τοῦ εἰς δικαστήριον αὐτὸν ἐλκύσαντος, καὶ ἐπειδὴν πέρασ ἡ δίκη λάβοι, τηνικαῦτα αὐτὸν τὴν οἰκειαν δίκην παρ' ἐτέρῳ δικαστῆ προτιθέναι, ἵνα οὕτω τὰς τοιαύτας αὐτῶν ἀνέλωμεν τέχνας τε καὶ κατ' ἀλλήλων ἐπιρραῖς. [a. 539]. Su questo testo e, più in generale, sulla proposizione della domanda riconvenzionale nel diritto giustiniano cfr. D. SIMON, *Untersuchungen*, cit., p. 131 s.; con riguardo all'opportunità di tenere distinti i piani di C. 7.45.14 e Nov. 96.2 si veda, oltre a U. ZILLETTI, *Studi*, cit., p. 186, nt. 175, anche G.P. SCAFFARDI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 205 ss.

<sup>43</sup> Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *System*, cit., VI, pp. 339 s. e 343.

<sup>44</sup> Gai. 4.61: ... *continentur, ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum cum quo actum est condemnare.*

<sup>45</sup> Cfr. C. APPLETON, *Histoire*, cit., p. 232.

espressione faccia riferimento piuttosto al medesimo contesto processuale, il che naturalmente implica un più ampio margine di manovra del giudice, autorizzato a conoscere la totalità dei rapporti tra le parti e a decidere in relazione ad essi, qualora dagli atti della causa emergano elementi sufficienti per giungere ad una statuizione<sup>46</sup>.

Un limite può essere individuato osservando gli indirizzi generali della politica giustiniana in materia di amministrazione della giustizia; mi riferisco in particolare all'esigenza di celerità del processo civile<sup>47</sup>, oggetto di attenzione da parte di Giustiniano sia nei primissimi interventi legislativi, sia in quelli successivi alla nostra costituzione<sup>48</sup>. Un esempio efficace rispetto al discorso che stiamo conducendo sembra potersi rintracciare nella nota *lex* (C. 4.31.14) con cui venne riformato l'istituto della compensazione: qui<sup>49</sup>, difatti, si pone attenzione a che l'accertamento del controcredito vantato dal convenuto non richieda un tempo d'indagine eccessivo, tale da pregiudicare le aspettative di tutela dell'attore. È ragionevole pen-

---

<sup>46</sup> In questo senso v. S. PULIATTI, 'Officium iudicis', cit., p. 119, nonché ID., *Innovare cum iusta causa*', cit., p. 311.

<sup>47</sup> Sul tema si rinvia a F. GORIA, *C. 3.1.12 e la celerità del processo civile come valore nella legislazione giustiniana*, in *Valori e principi del diritto romano. Atti della Giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano Maestro di Istituzioni (Torino, 12 ottobre 2007)*, Napoli, 2009, p. 129 ss., ora in *Diritto romano d'Oriente. Scritti scelti di Fausto Gorla*, a cura di P. GARBARINO, A. TRISCUOGGIO, E. SCIANDRELLO, Alessandria, 2016, p. 455 ss.

<sup>48</sup> Secondo F. GORIA, *C. 3.1.12*, cit., p. 130, ora in *Diritto romano d'Oriente*, cit., p. 456 s., «il fine di abbreviare la durata dei processi, e in particolare di quelli civili, può essere considerato...uno degli obiettivi che le costituzioni giustiniane perseguirono con maggiore costanza e determinazione».

<sup>49</sup> C. 4.31.14.1 (*Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.*): *Ita tamen compensationes obici iubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare. Satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam paene convicta est, opponi compensationem iam certo et indubitato debito et moratoris ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque iudices observent et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et amplioem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam iam paene expeditam sententia terminali componant...* (*D. k. Nov. Constantinopoli post cons. Lampadii et Orestis vv. cc.*) [a. 531].

sare, quindi, che ciò costituisse un limite per il giudice in ogni caso, indipendentemente dal fatto che gli elementi fondanti una possibile contropotesa del convenuto venissero allegati da quest'ultimo o emergessero dagli atti della causa.

4. Chiariti gli aspetti essenziali del provvedimento conservato in C. 7.45.14, occorre tornare al problema da cui siamo partiti e valutare in che modo il principio sancito in tale costituzione possa collegarsi all'espressione '*ab utraque parte directa*', utilizzata dal compilatore delle Istituzioni per qualificare l'*actio pro socio* nell'ambito di un discorso volto a distinguere le azioni dirette da quelle contrarie, in ragione del carattere infamante attribuito alle prime e non alle seconde.

Proviamo per un momento ad immaginare il possibile sviluppo di una lite tra due soci alla luce di quanto stabilito in C. 7.45.14: una volta promossa l'azione in giudizio<sup>50</sup>, il giudice investito della domanda, nel raccogliere elementi utili all'inquadramento del rapporto tra le parti, sarebbe potuto venire a conoscenza anche di fatti idonei a fondare una contropotesa del convenuto; qualora il valore di quest'ultima avesse superato quello della potesa attorea, il giudice sarebbe stato autoriz-

---

<sup>50</sup> Di recente S. SCIORTINO, *Il nome dell'azione nel 'libellus conventionis' giustiniano*, Torino, 2018, pp. 117 ss. e 132 ss., ha dimostrato con argomenti convincenti che, nell'ambito del processo civile giustiniano, l'esercizio dell'*actio pro socio* rientrava tra quei casi nei quali l'attore avrebbe avuto interesse ad indicare il *nomen actionis* nel *libellus conventionis*. Secondo la ricostruzione dello studioso, infatti, tale interesse sarebbe potuto dipendere da due distinti motivi. Il primo si ricollega al regime dell'azione, che, in quanto rientrante tra quelle con condanna limitata all'*id quod facere potest*, prevedeva la possibilità per l'attore di richiedere al convenuto la prestazione della *cautio de residuo*, strumento che gli avrebbe permesso di scongiurare il rischio di una diversa qualificazione dell'azione da parte del giudice, tale da pregiudicare la futura richiesta di un eventuale residuo. Il secondo nasce dal concorso tra l'*actio pro socio* e quella *communi dividundo*; osserva in proposito lo studioso (*ivi*, p. 121): «quando *ex eadem causa* nascessero a favore dell'attore più azioni tra le quali costui avrebbe potuto scegliere, egli doveva mettere a conoscenza del giudice e del convenuto quale azione era stata intentata, al fine di applicare il suo specifico regime e consentire in futuro di verificare se un'azione veniva esercitata una seconda volta *de eadem re*».

zato a pronunciarsi *contra actorem*, condannandolo alla differenza in favore del convenuto.

A questo punto occorre domandarsi se ciò sia sufficiente affinché si possano produrre a carico dell'attore gli effetti tipici di una condanna derivante da *actio pro socio*, nello specifico, per quanto qui interessa, la sanzione accessoria dell'infamia. La risposta a questa domanda potrebbe apparire scontata, visto che la contropotesa del convenuto risulta fondata sul medesimo rapporto fatto valere in giudizio dall'attore. Il problema si pone allora poiché stiamo considerando un'ipotesi che presuppone l'inattività del convenuto, il quale, al massimo, potrebbe essersi «limitato ad una difesa meramente informativa, cioè senza allegare imperativamente i fatti che possono legittimare la riconvenzione»<sup>51</sup>.

A tale inattività fa da contrappeso, d'altronde, il potere attribuito al giudice dal disposto di C. 7.45.14<sup>52</sup>, il che induce a credere che si possa sciogliere positivamente il dubbio poc'anzi esposto; una diversa conclusione, infatti, rischierebbe di svuotare di significato una norma introdotta per ampliare le prerogative del giudice in vista del perseguimento di obiettivi di economia processuale e di certezza del diritto. Inoltre, non si vede il motivo per il quale dovesse essere preclusa al giudice la possibilità di individuare il fondamento giuridico della condanna dell'attore e, quindi, l'applicazione del relativo regime sanzionatorio, quando, in fin dei conti, nella procedura *per libellum* poteva essere rimessa allo stesso giudice l'identificazione dell'azione con cui era stata promossa la lite<sup>53</sup>.

Tirando le fila del nostro discorso, è chiaro allora che, in un caso come quello appena descritto, l'esercizio dell'*actio pro socio* avrebbe esposto l'attore al rischio di subire una condan-

---

<sup>51</sup> Così U. ZILLETTI, *Studi*, cit., p. 185. Sul potere-dovere di impulso istruttorio dell'ufficio del giudice nel *medium litis* si rinvia ancora una volta a U. ZILLETTI, *Studi*, cit., p. 205 ss.

<sup>52</sup> Inquadra questa costituzione tra gli interventi legislativi volti a contrastare i casi di inattività delle parti S. PULLATTI, *Innovare cum iusta causa*, cit., p. 311.

<sup>53</sup> Su questi temi v., da ultimo, S. SCIORTINO, *Il nome dell'azione*, cit., p. 9 ss.

na dal carattere addirittura infamante; in qualunque direzione fosse stata rivolta l'azione, la parte condannata (non necessariamente il convenuto) avrebbe subito anche la sanzione accessoria dell'infamia. Secondo questa prospettiva, dunque, non pare del tutto priva di rilevanza pratica la precisazione riportata in I. 4.16.2 a margine dell'elenco delle azioni infamanti.

Che ciò potesse verificarsi in un contesto come quello delle controversie nascenti dal contratto di *societas* è tutt'altro che improbabile, specialmente se si considera che, già in epoca formulare, l'esercizio dell'*actio pro socio* era perlopiù funzionale alla liquidazione della società<sup>54</sup>. È da escludere, però, che nell'ambito della procedura *per formulas*, si potesse giungere ad una condanna dell'attore, visto che il testo della formula avrebbe consentito al giudice di pronunciarsi solo sulla posizione del convenuto; nella migliore delle ipotesi costui avrebbe potuto ottenere una sentenza di assoluzione, qualora fosse riuscito ad opporre in compensazione un credito idoneo a coprire per intero quello vantato dall'attore.

Secondo la logica formulare, invece, lo strumento più adeguato per salvaguardare le contropretese del convenuto, non tutelabili mediante compensazione nel giudizio promosso dall'attore, era quello delle *cautiones*, alle quali si faceva ricorso, generalmente, per regolare i rapporti tra le parti suc-

---

<sup>54</sup> Cfr. M. TALAMANCA, voce *Società (dir. rom.)*, cit., p. 850, che al riguardo evidenziava opportunamente l'inclusione dell'*actio pro socio* tra i *iudicia generalia*, secondo quanto risulta da D. 17.2.38 pr. (Paul. 6 ad Sab.): ...*Quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi)*. Per la possibilità di esperire l'azione *manente societate* si rinvia a quanto osservato *supra*, nt. 16; oltre alla dottrina ivi menzionata, va ricordata la peculiare posizione espressa da A. GUARINO, 'Solutio societatis', in *Labeo*, 1968, 14, p. 164, poi in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Torino, 1970, p. 32 s., ora in *Id.*, *La società in diritto romano*, Napoli, 1988, p. 152 s., secondo cui, per diritto classico, la *solutio societatis ex actione* (o meglio, nella sua prospettiva, *ex litis contestatione*) sarebbe stata prospettabile solo nel caso di *societas* bilaterale, poiché nelle altre ipotesi gli effetti conseguenti all'esercizio dell'azione avrebbero riguardato unicamente il *socius* in veste di attore.



cessivi al momento della *litis contestatio* o della sentenza<sup>55</sup>; in alternativa, vi era pur sempre la possibilità per il convenuto di farsi attore in un nuovo processo mediante l'esercizio dell'*actio pro socio*.

A fronte della rilevata complessità nella regolamentazione dei rapporti tra le parti per un tempo successivo allo scioglimento della società *ex actione*, deve evidenziarsi la semplificazione offerta dal diritto giustiniano, che, in una diversa cornice processuale, prevede la possibilità per il giudice di pronunciarsi sulle pretese di entrambe le parti, anche laddove quella del convenuto non sia stata fatta oggetto di specifica domanda riconvenzionale. Con questo non si intende affermare, ovviamente, il superamento in età giustiniana del sistema delle *cautiones* o l'impossibilità per il convenuto di dar vita ad un nuovo processo con l'*actio pro socio*, bensì evidenziare il più ampio spazio di manovra riservato al giudice che, a differenza di quanto previsto nella procedura *per formulas*, avrebbe potuto tutelare le ragioni del convenuto anche quando ciò avesse dato luogo ad una sentenza di condanna nei confronti dell'attore.

Tenuto conto di tutti questi aspetti, ecco che allora la precisazione '*ab utraque parte directa est*', riferita all'*actio pro socio* in I. 4.16.2<sup>56</sup>, rivela tutta la sua utilità da un punto di vi-

---

<sup>55</sup> La testimonianza più evidente in questo senso è l'*incipit* di D. 17.2.38 pr. (Paul. 6 *ad Sab.*): *Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate...* Sul punto v. M. TALAMANCA, voce *Società (dir. rom.)*, cit., p. 852, nt. 416 (ove indicazione di altre fonti) e, prima ancora, V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., p. 187, il quale a tal proposito osservava: «anche dato che l'azione sia intentata, ...a società finita, non è detto che siano effettivamente liquidi tutti i crediti che ciascuno dei soci possa vantare verso gli altri... In queste condizioni, il giudice dell'*a. pro socio* valuterà i crediti liquidi di ciascun socio verso gli altri, opererà ove occorra la compensazione, condannerà quelli che risultino debitori; ma prima di pronunciare le condanne e le assoluzioni...inviterà i soci a darsi reciprocamente cauzione, cioè a promettere l'uno all'altro, nella forma di stipulazione, di far le debite parti di ogni profitto o perdita che possa successivamente risultare».

<sup>56</sup> Si veda il recente contributo di R. LAMBERTINI, *Alla ricerca della 'societas' consensuale giustiniana*, in *Legal Roots*, 2020, 9, p. 402, il quale ha opportunamente ricordato le parole di R. BONINI, *Le Institutiones Iustiniani sive Elementa' (e la riforma degli studi giuridici): a. 533*, in *Lineamenti di storia*

sta pratico, oltre che dogmatico: essa costituisce un *caveat* per la parte intenzionata ad agire per prima in giudizio, poiché la rende consapevole di esporsi al rischio di subire una condanna dal carattere addirittura infamante, qualora il giudice ravvisi i presupposti per una pronuncia *contra actorem*; allo stesso tempo contribuisce a mettere in luce l'opportunità di una distinzione (quella tra *actiones directae* e *contrariae*), che, pur abbozzata per diritto classico, pare compiutamente teorizzata solo a partire dall'età giustiniana.

---

*del diritto romano*, sotto la direzione di M. TALAMANCA, Milano, 1989<sup>2</sup>, p. 656, a proposito delle Istituzioni imperiali, opera considerata «non soltanto il momento di maggior sintesi, ma anche quello di più pacata riflessione nell'intero ciclo delle compilazioni giustiniane».

**ENRICO SCIANDRELLO, 'Ab utraque parte directa est'. Riflessioni sull'esercizio dell'*actio pro socio* in età giustiniana**

L'indagine prende spunto da un brano delle Istituzioni di Giustiniano (I. 4.16.2), in cui è riprodotto un elenco di azioni infamanti: qui si afferma, con riguardo alle azioni reipersecutorie, che la sanzione dell'*ignominia* colpisce solo i condannati con le *actiones directae*, non anche con quelle *contrariae*, escludendo da tale distinzione l'*actio pro socio* giudicata *directa* da un parte e dell'altra (*ab utraque parte*).

Premesse alcune considerazioni sugli interventi giustiniane in materia di *actiones contrariae*, si analizzano le possibili conseguenze legate agli sviluppi di una controversia avviata con l'*actio pro socio*, al fine di verificare su un piano pratico, oltre che dogmatico, l'utilità della precisazione riportata in I. 4.16.2, specialmente alla luce delle modifiche introdotte da Giustiniano con riguardo all'ampliamento dei poteri del giudice nel processo civile.

**Parole chiave:** *actio pro socio*, infamia, *actiones contrariae*, Istituzioni di Giustiniano.

**ENRICO SCIANDRELLO, Remarks on the use of the *actio pro socio* in Justinian's age**

The research takes its cue from a text of Justinian's Institutes (I. 4.16.2), which reproduces a list of actions that involve infamy: here it is stated, about reipersecutory actions, that the sanction of *ignominia* affects only those condemned with the *actiones directae*, not even with *contrariae*, excluding from this distinction the *actio pro socio* considered *directa* on both sides (*ab utraque parte*).

After some considerations on the innovations of the compilers in the matter of *actiones contrariae*, the possible consequences linked to the development of a dispute started with the *actio pro socio* are analysed, to verify on a practical as well as dogmatic level the usefulness of the clarification given in I. 4.16.2, especially in the light of the changes introduced by Justinian with regard to the extension of the powers of the judge in civil procedure.

**Key words:** *actio pro socio*, infamy, *actiones contrariae*, Institutes of Justinian.

NOTE SUI COLLABORATORI DEL FASCICOLO 2 2022

Antonio BANFI, Professore ordinario di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università degli Studi di Bergamo

Marco PARISI, Professore ordinario di Diritto canonico e diritto ecclesiastico, Università degli Studi del Molise

Laura GUTIÉRREZ MASSON, Profesora titular de Derecho romano, Universidad Complutense de Madrid

Enrico SCIANDRELLO, Professore associato di Diritto romano e diritti dell'antichità, Università di Torino

Claudio GENTILE, Dottore in Diritto canonico, Pontificia Università Urbaniana

Darjn A.N. COSTA, Dottore di ricerca in Economia, Società, Diritto, Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo"

Luigi PROSIA, Dottorando di ricerca in Informatica giuridica, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Nico TONTI, Dottorando di ricerca in Diritto canonico e Diritto ecclesiastico, Alma Mater Studiorum Università di Bologna

Teodoro LANGELLOTTI, Cultore della materia in Storia del diritto medievale e moderno, Alma Mater Studiorum Università di Bologna

INDICE DEL FASCICOLO 2 2022

**Miscellanea**

*Antonio Banfi*, A proposito della diatriba su *accusatio*, *inquisitio* e mondo antico: brevi riflessioni sul metodo ..... 281

*Marco Parisi*, The religious dimension of the migrant in Italy. Rights and identities in the management of the immigration phenomenon ..... 311

*Enrico Sciandrello*, ‘*Ab utraque parte directa est*’. Riflessioni sull’esercizio dell’*actio pro socio* in età giustiniana ... 331

*Claudio Gentile*, Il progetto di riorganizzazione delle diocesi italiane del card. De Lai ..... 355

*Darjn A.N. Costa*, Dalla *lex Barbarius* alla l. 241/1990. Prospettive storico-comparatistiche sull’attività del funzionario di fatto. II. Le teorie sulla validità degli atti. Sviluppi e richiami negli ordinamenti moderni ..... 407

*Nico Tonti*, *Much Ado About Nothing*: l’immunità giurisdizionale della Santa Sede al vaglio della Corte europea dei diritti dell’uomo ..... 439

*Teodoro Langellotti*, Note intorno al sindacato degli ufficiali di giustizia nel Regno di Napoli. Il fallimentare *restyling* nella trattatistica di Età Moderna ..... 497

**Recensioni** ..... 535

INDICE DEL FASCICOLO 1 2022

<i>Geraldina Boni</i> , Il contributo di Joaquín Llobell riguardo al giudizio penale nella Chiesa.....	7
<i>Alberto Fabbri</i> , Note sul profilo giuridico delle congregazioni religiose in Italia e titolarità del possesso dei beni tra Otto e Novecento. La situazione a Pesaro.....	72
<i>Petar Popović</i> , Il ruolo della giustizia nella strutturazione del concetto di diritto in Bobbio, Ferrajoli, Zagrebelsky e (d'altra parte) Cotta .....	95
<i>Giancarlo Caporali</i> , I diritti sociali nel pensiero rivoluzionario francese. Lavoro ed assistenza come diritti individuali.....	134
<i>Emanuele Tuccari</i> , Note ministeriali e notazioni critiche sulla disciplina 'democratica' delle associazioni del Terzo settore .....	167
<i>Angelina Cirillo</i> , Giurisdizionalismo a Napoli tra '600 e '700: itinerari storiografici.....	198
<i>Elena Pezzato</i> , La questura di Costantino.....	214
<i>Alessandro Agri</i> , La riparazione dei danni di guerra in Italia: dibattito dottrinale e provvedimenti legislativi tra la fine dell'Ottocento e la prima guerra mondiale .....	239
<i>Enrico Giarnieri</i> , Il decreto di esecutività della Segnatura Apostolica tra la 'doppia conforme' e la riforma del processo matrimoniale canonico.....	312
<i>Francesco Passaseo</i> , Beni comuni e accesso a pagamento alle chiese. Il progetto ' <i>LeccEcclesiae</i> - alla scoperta del Barocco' dell'arcidiocesi di Lecce .....	358
<i>Fabio Ratto Trabucco</i> , Il feticcio del cd. semestre bianco presidenziale nel sistema dei <i>checks and balances</i> italiani.....	398

# ARCHIVIO GIURIDICO *Filippo Serafini*

Periodico Fondato nel 1868

*Pubblicazione trimestrale*

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-blind peer review*.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze social e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences; SCOPUS.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, estratto degli articoli in formato pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: **info@muccheditore.it**.

**Recensioni e segnalazioni bibliografiche:** gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'*Archivio giuridico Filippo Serafini*. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Direzione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.