

Claudio Corsetti

*La creazione del diritto dal processo:
il praetor e le actiones in factum*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La nascita del *praetor* e la *iurisdictio* - 3. *Lactio in factum*: presupposti applicativi e funzione - 4. La struttura dell'*actio in factum* - 5. Dall'*actio in factum* al rimedio tipico: notazioni conclusive.

1. *Premessa*

La presenza di lacune all'interno dello svolgimento storico di un ordinamento è un elemento endemico ed ineliminabile, connaturato sia all'inevitabile divenire del contesto sociale ed economico cui si riferisce e sia all'impossibilità, per il dettato normativo, di definire in maniera completa ed onnicomprensiva l'intera realtà fenomenica giuridicamente rilevante.

Ad ogni sistema giuridico, pertanto, è demandato il compito di elaborare sistemi e meccanismi atti a colmarle, i quali possono avere carattere interpretativo, come l'analogia o il ricorso ai principi generali, o arrivare ad imporre all'organo giudicante di rimettersi ad un intervento del legislatore, come nel caso limite del *referé legislatif*.

Tra questi due poli si pongono, nella specificità dell'ordinamento romano, le *actiones in factum*¹ (o decretali), rimedi pretori concessi *ad hoc* per quei singoli casi ritenuti meritevoli di tutela ma non ancora regolati dal diritto. Per queste particolari fattispecie, difatti, può registrarsi come il magistrato giudicante, in assenza di una prescrizione normativa che le

¹ E. BETTI, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, Padova, 1927, 21 ss.; A. WATSON, *Actio de dolo and actiones in factum*, in ZSS, LXXVIII, Weimar, 1961, 392-402; G. PROVERA, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, IV, Milano, 1983, 335 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 303; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 205-206; Id., *Actio e diritto subiettivo*, Napoli, 2006, 138; C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*, I, Torino, 1997, 194.

contempli, possa elaborare uno specifico strumento di tutela, che consenta la decisione della controversia - demandata ad uno *iudex privatus* - e, più in generale, il superamento della 'carenza di norme' per il singolo caso.

Le suddette azioni sono rese possibili e poggiano sulla peculiare natura della *iurisdictio*² pretoria nel processo formulare: tale funzione, difatti, lungi dal poter essere identificata con la moderna 'giurisdizione', si esplica mediante l'indicazione, per la singola controversia, delle regole giuridiche da applicare per la sua risoluzione. Più nello specifico, inoltre, l'*agere in factum*, è consentito in ragione del carattere statutivo-costitutivo³ che la *iurisdictio* pretoria assume progressivamente dopo il 367 a.C. e dalla sua combinazione con l'*imperium*⁴ del magistrato, il potere di comando tramite il quale si esprimevano in senso autoritativo i pubblici poteri.

Ciò che vuole qui adombrarsi, però, è se vi sia la possibilità che le azioni decretali, rimedi attinenti al singolo *casus* ma sintomo di una carenza normativa, possano oltrepassare la dimensione della singola fattispecie per divenire diritto generale ed astratto. Questa, è cosa ben diversa dal saggiare l'eventualità di generalizzare la singola *actio in factum*, il che è escluso in maniera recisa dalla natura di rimedio inderogabilmente particolare di tali *actiones*.

Le possibilità di fare in modo che tramite la concessione delle singole azioni decretali si giunga a colmare la corrispondente lacuna dell'ordinamento sono, semmai, da ricercarsi altrove: risiedono, in maniera più ampia, nelle specificità del sistema giuridico romano, nella sua capacità osmotica⁵, amplificata dal dualismo tra *ius civile* e *ius honorarium*, e nella sua spiccata resilienza, che gli consente di aderire in maniera coerente ai mutamenti della società di cui le lacune normative sono espressione, e di evolversi, senza alcuna apparente soluzione di continuità.

² E. BETTI, *La creazione*, cit., 3-10; Id., *Iurisdictio praetoris e potere normativo*, in *Labeo*, XIV, Napoli, 1968, 7 ss; F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937, *passim*; M. LAURIA, *Iurisdictio*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930, 486-493; C. GIOFFREDI, *Contributi allo studio del processo civile romano*, Milano, 1947, 9 ss.; Id., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, *passim*; G. NICOSIA, *Giurisdizione nel diritto romano*, in *Silloge: scritti 1956-1996*, II, Catania, 1998, 611 ss.; O. TELLEGEN-COUPERUS, *Pontiff, Praetor, and Jurisdiction in the Roman Republic*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, LXXIV, Leida, 2006, 31 ss.; 34-36; GIOV. GUIDA, *Ius dicere e iudicare*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, III, Padova, 2015, 3 ss.

³ G. NICOSIA, *Giurisdizione* (voce), in *Dig. Disc. Priv. - Sez. Civ.*, IX, Torino, 1993, 122.

⁴ Sulla trattazione dell'*imperium* del pretore in correlazione alla *iurisdictio* si veda: L. BOVE, *Iurisdictio* (voce), in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, 346-348; G. NOCERA, *Reddere ius*, Roma, 1976, 181-183; L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 1989, 47; F. GALLO, *L'officium*, cit., 104.

⁵ M. BRUTTI, *Il diritto romano come metateoria*, Postfazione a *Actio e diritto subiettivo*, Napoli, 2006, 485.

2. *La nascita del praetor e la iurisdictio*

La figura del pretore, tra le magistrature romane, può essere di certo considerata quella che desta il maggior interesse da parte degli studiosi del diritto⁶, data la centralità che ha rivestito nell'evoluzione dell'ordinamento romano. Ai fini di questa analisi è doverosa una breve ricognizione riguardo la sua origine ed il suo ruolo nella trasformazione del diritto romano, sottolineandone alcune delle attribuzioni.

Il *praetor* viene istituito nel 367 a.C. dalle *leges Liciniae Sextiae* ed i motivi alla base della sua creazione risiedono in un ventaglio di cause che possono essere schematizzate, per semplicità espositiva, in fattori interni alle istituzioni romane ed esterni, ovvero afferenti alla struttura socio-economica.

Per ciò che concerne il primo insieme di motivazioni, l'angolo visuale dal quale occorre osservare la creazione della pretura, è quello del turbolento *iter* delle *leges Liciniae Sextiae*, promulgate a seguito di gravi scontri tra il patriziato e la plebe, che vengono ritenute il frutto di una negoziazione tra le due componenti della *civitas* riguardo l'organizzazione della repubblica.

A tal riguardo, le fonti romane⁷ che trattano dell'istituzione del *praetor* sono fondamentalmente due, e possono essere analizzate congiuntamente:

Liv. 6.42.11: *Et ne is quidem finis certaminum fuit. Quia patricii se auctores futuros negabant, prope secessionem plebis res terribilesque alias minas civilium certaminum venit cum tandem per dictatorem condicionibus sedatae discordiae sunt concessumque ab nobilitate plebi de consule plebeio, a plebe nobilitati de praetore uno qui ius in urbe diceret ex patribus creando.*

⁶ Data la vastità della letteratura che invole a vario titolo il *praetor*, i riferimenti di seguito indicati devono intendersi puramente esemplificativi: E. BETTI, *La creazione, passim*; V. ARANGIO-RUIZ, *Pretore* (voce), in *Enc. It.*, XXVIII, Roma, 1935, 221; C. GIOFFREDI, *Ius, lex, praetor: forme storiche e valori dommatici*, in *SDHI*, XIII-XIV, Roma, 1948, 7-140; U. BRASIELLO, *Pretore gaiano e pretore imperiale*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, II, Milano, 1951, 152-166; F. SERRAO, *La iurisdictio*, cit., *passim*; I. BUTI, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli, 1984, *passim*; F. GALLO, *L'officium*, cit., *passim*; G. PUGLIESE, *I pretori fra trasformazione e conservazione*, in *Scritti Giuridici 1985-1995*, Napoli, 2007, 157-168.

⁷ Questa precisazione risulta necessaria in riferimento a Lyd. 1.38.25-29, in cui l'erudito bizantino tratta della nascita della pretura. Tuttavia, tale fonte risulta scarsamente considerata dagli studiosi alla luce del fatto che l'Autore scrive ad oltre un millennio di distanza dai fatti narrati e riconnette al pretore, nello specifico, unicamente funzioni di difesa militare della *civitas*. In tal senso: U. COLI, *Tribù e centurie dell'antica repubblica romana*, in *SDHI*, XXI, Roma, 1955, 181 ss; O. TELLEGEN-COUPERUS, *Pontiff*, cit., 34-36.

D. 1.2.2.27 (Pomp. *l.sing enchiridii*): *Cumque consules avocarentur bellis finitimis neque esset qui in civitate ius reddere posset factum est, ut praetor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est, quod in urbe ius redderet.*

Il primo dei due passi riportati, tratto dall'*Ab Urbe condita* di Tito Livio, si apre con la minaccia, da parte della plebe di sedizioni civili e di una nuova secessione. Il patriziato, di conseguenza, cede alle rivendicazioni dei plebei concedendo a questi l'accesso alla carica di console ma, di contro, pretende che gli si riservi una carica di nuova istituzione: il pretore. Questa magistratura, riporta Livio, avrebbe avuto il compito di amministrare la giustizia in Roma, o meglio di «*dicere ius in urbe*».

L'altra fonte riportata - tratta dall'*Enchiridion* di Pomponio - come rilevato anche dalla Sommariva⁸ - risulta meno approfondita riguardo alle cause della creazione della pretura, in quanto si riferisce genericamente alla necessità, da parte dei consoli, di delegare la funzione giurisdizionale⁹, essendo questi gravemente impegnati nella conduzione delle campagne militari.

Se le premesse riportate da Pomponio appaiono più sfumate e parzialmente divergenti rispetto a quelle di Livio¹⁰, individuando la necessità di creare la carica di pretore nell'impossibilità da parte dei consoli di continuare a gestire l'amministrazione della giustizia, l'espressione con la quale il *praetor* viene definito ripropone il paradigma dello *ius dicere*, utilizzando il sinonimo «*ius reddere*».

È pertanto di palese evidenza che il tratto caratteristico e centrale della figura del pretore risieda nello *ius dicere*, ovvero, sciogliendo l'espressione latina, la funzione di indicare e dichiarare il diritto. Malgrado le assonanze terminologiche tra *ius dicere*/*iurisdictio* e 'giurisdizione', appare da subito chiaro che non è possibile il tentativo di conciliare il moderno concetto di potere giudiziario o funzione giurisdizionale con la *iurisdictio* romana.

Difatti, se negli ordinamenti moderni alla giurisdizione si riconnette quella particolare attività del giudice tesa a conoscere una determinata

⁸ G. B. SOMMARIVA, *Lezioni*, cit., 224-225: l'Autrice ritiene che ciò sia da imputarsi al fatto che, quando Pomponio scrive, la magistratura pretoria aveva già subito un sensibile ridimensionamento nel peso e nelle funzioni.

⁹ Così anche in: G. NOCERA, *Reddere*, cit., 179.

¹⁰ Ciò è probabilmente da attribuirsi a due ordini di ragioni; da una parte, infatti, l'intento delle due opere è profondamente diverso, in quanto l'*Ab Urbe condita* è un'opera di storiografia annalistica, mentre l'*Enchiridion* si focalizza sullo sviluppo dell'ordinamento giuridico. Inoltre, l'inserzione delle rivendicazioni plebee nell'ottica dell'apertura della carica consolare e dell'istituzione della pretura, è perfettamente coerente con l'estrazione sociale di Tito Livio, discendente da una famiglia della *nobilitas* plebea e profondamente legato ai valori repubblicani.

controversia ed a risolverla mediante applicazione del dato normativo al caso concreto, nel sistema giuridico romano per *iurisdictio* si intende un potere attribuito al magistrato non di giudicare, ma di individuare quali siano le regole in base alle quali si debba risolvere una certa controversia.

La *iurisdictio*, infatti, risulta afferire non al momento del giudizio sul caso concreto (demandato, nel sistema formulare, ad uno *iudex privatus* individuato nella *datio iudicis*), ma si sostanzia nella fase *in iure*, in un sottile processo di interpretazione del sistema giuridico al fine di dichiarare quali siano le regole da applicare ad una determinata fattispecie. Si tratta di un potere che si esplica, nel processo *per formulas*, mediante un procedimento ermeneutico di valore costitutivo¹¹, in quanto ciò che viene dichiarato dal pretore non si limita a conferire formale e solenne autorità a quanto richiesto dalle parti, ma si configura come una vera e propria pronuncia-provvedimento, alla quale sono sottoposti sia i richiedenti che il *iudex privatus*.

Tale *interpretatio* magistratuale consiste in un'operazione di alto livello tecnico-giuridico che abbisognava, perciò, del supporto della *scientia iuris*, a maggior ragione che il *praetor* non era necessariamente un esperto del diritto ma, in generale, la pretura costituiva unicamente una tappa all'interno del *cursus honorum*. Per di più, questo tipo di interpretazione del diritto, costitutiva in quanto non meramente descrittiva, ed il necessario affiancamento del magistrato da parte dei giuristi, risulta tanto più indispensabile alla luce del fatto che il pretore attraversa i drastici cambiamenti della realtà economica e sociale intervenuti a partire dall'inizio dell'inarrestabile espansione di Roma nel III secolo a.C..

Difatti, la *res publica* romana muta, nel volgere di pochi secoli, da piccola comunità agricola e pastorale a potenza militarmente e commercialmente egemone nel Mediterraneo; tale cambiamento strutturale e relativamente repentino si riflette anche sul sistema giuridico, *in primis* sulla realtà negoziale, che si trova a dover aderire con sempre maggiore efficacia e puntualità ad un sistema economico tanto complesso quanto dinamico.

Ciò permette di comprendere anche il secondo ordine di fattori alla base della genesi e dello sviluppo della *iurisdictio* pretoria: l'interprete del mutamento della prassi negoziale e l'organo che ha consentito all'ordinamento romano di accompagnare e adattarsi alle trasformazioni socioeconomiche è proprio il pretore attraverso la sua funzione tipica,

¹¹ Così ritenuto da C. GIOFFREDI, *Diritto*, cit., 63 ss; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano I. Le legis actiones*, Roma, 1962, 150; G. NICOSIA, *Giurisdizione*, cit., 122; GIOV. GUIDA, *Ius dicere e iudicare*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, Vol III, Padova, 2015, 18; *Contra*: F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 63 ss.

ossia l'amministrazione della giustizia¹². Questo, verosimilmente, appare rispondere anche a delle esigenze pratiche *lato sensu* 'obbligate', in quanto né il farraginoso meccanismo di approvazione delle *leges*, né la lenta recezione *moribus* potevano soddisfare in maniera puntuale ed efficace quella 'domanda di diritto' propria di ogni mutamento della realtà sulla quale insiste un determinato ordinamento giuridico.

Riguardo agli strumenti utilizzati dal pretore a questo fine, la *iurisdictio* pretoria, in combinazione con l'*imperium*¹³, ovvero sia il potere di comando, rendono possibile l'emanazione di un atto normativo di portata generale, l'editto, e la predisposizione di uno schema processuale, il rito *per formulas*, strutturalmente più aderente alla fattispecie concreta e sensibilmente più malleabile rispetto al procedimento *per legis actiones*: l'apertura del processo formulare nei confronti della prassi, inoltre, non viene meno nel caso in cui il pretore si limiti ad essere «*viva vox iuris civilis*»¹⁴, ossia applichi alla controversia sottopostagli degli schemi di formule già predisposti

¹² Sul ruolo del pretore in relazione ai mutamenti del III secolo a.C. si veda: A. GUARINO, *Le origini quiritarie*, Napoli, 1973, 296 ss.; L. VACCA, *La giurisprudenza*, cit., 31 ss.; F. GALLO, *L'officium*, cit., 37; G. PUGLIESE, *Il pretore*, cit., 163 ss.; Id., *Diritto e processo nella esperienza romana*, in *Scritti giuridici (1985-1995)*, Napoli, 2007, 743 ss.

¹³ F. LEIFER, *Die Einheit des Gewaltgedankens im römischen Staatsrecht*, München 1914, 69 ss.; E. BETTI, *La creazione*, cit., 12; M. LAURIA, *Iurisdictio*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930, 486-493; F. DE MARTINO, *La giurisdizione*, cit., 199 ss.; G. NOCERA, *Reddere*, cit., 181 ss.; L. VACCA, *La giurisprudenza*, cit., 47; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 58; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 205; Id., *Actio e diritto subiettivo*, Napoli, 2006, 126; G. NICOSIA, *La giurisdizione nel diritto romano*, in *DDP civ. 4*, IX, Milano, 1993, 121; F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino, 1997, 104; GIOV. GUIDA, *Ius dicere*, cit., 35. I rapporti tra *iurisdictio* ed *imperium* sono un tema particolarmente dibattuto in dottrina: a tal riguardo possono identificarsi tre orientamenti di massima. Un primo, riconducibile al Leifer considera la *iurisdictio* come espressione dell'*imperium* e costituisce oggetto di critica *in primis* del Lauria (e successivamente del Nicosia) che, in maniera antitetica considera le due funzioni come totalmente indipendenti e separate. Tra questi due poli interpretativi si pone l'elaborazione del De Martino, seguita e perfezionata dal Pugliese e più recentemente dal Guida. Secondo questo orientamento, benché la *iurisdictio* sia una delle funzioni astrattamente ricomprese nell'*imperium*, possiede una sua autonomia ontologica che le consente di essere attribuita anche separatamente ad un determinato magistrato. Alla luce dell'assetto dei poteri e delle funzioni dell'ordinamento romano ritengo preferibile quest'ultimo orientamento in quanto, da una parte le tesi del Leifer non riescono a spiegare in maniera compiuta l'esistenza di magistrature giurisdicenti ma prive di *imperium* (come gli edili curuli), mentre la linea interpretativa del Lauria non tiene conto di tutti quegli atti che sono espressione della combinazione tra *iurisdictio* ed *imperium* (cd. '*magis imperium quam iurisdictionis*').

¹⁴ Espressione mutuata da D. 1.1.8 (Marcianus, *liber primus institutionum*): *Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis*.

dall'editto¹⁵.

È proprio la combinazione tra questi due elementi – editto e processo formulare - a fare in modo che, a livello sistematico, il diritto riesca a rispondere alle esigenze della prassi, in quanto la fonte normativa predispondeva annualmente in via generale e programmatica gli strumenti di protezione che il pretore avrebbe concesso, allargando l'area delle fattispecie tutelate, e lo strumento processuale consentiva, mediante l'interpretazione tanto del caso concreto quanto dell'editto, di adattare la previsione editto alla fattispecie oggetto di controversia.

Il fil rouge che attraversa l'attività sia legislativa che processuale del pretore è costituito dalla consulenza dei giuristi che assistono il magistrato sia in sede di redazione dell'editto sia nella costruzione e concessione delle singole formule, anche attraverso i pareri rilasciati alle parti.

Il quadro che può tratteggiarsi è quello di un ordinamento in cui piano sostanziale e processuale si influenzano reciprocamente con il comune obiettivo di garantire una efficace protezione delle situazioni giuridiche ritenute meritevoli di tutela. Inoltre, la sottoposizione di questi due livelli ad una costante opera di *interpretatio* da parte della scienza giuridica consente di guidare l'evoluzione dell'ordinamento giuridico in maniera efficiente sul piano delle tutele e dei rimedi elaborati ed in modo che le innovazioni predisposte si innestino in maniera coerente e armoniosa con il tessuto giuridico preesistente.

La pretura, pertanto, ed il suo luogo di azione privilegiato, ovvero il processo formulare, con l'imprescindibile apporto degli interpreti del diritto, si configurano come il punto di incontro e di equilibrio tra le istanze di una collettività in evoluzione, necessariamente foriera di mutamenti giuridici, ed il sistema ordinamentale, strutturalmente incapace di mutare con la stessa rapidità della società e, perciò, intrinsecamente conservatore. Si tratta, difatti, di un meccanismo evolutivo risultante da una tensione dialettica pressoché costante tra trasformazione ed innovazione, come efficacemente sottolineato anche dal Pugliese¹⁶: il diritto di matrice pretoria, difatti, non sovverte la natura del sistema giuridico romano, ma, utilizzando e adattando lo strumentario giuridico e concettuale già acquisito consente al diritto di evolversi, migliorarsi e talvolta correggersi, allargando l'area delle fattispecie riconosciute ed elaborando nuovi strumenti di tutela che non depotenzino l'unità e l'armonia dell'ordinamento.

¹⁵ L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, in *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea*, Torino, 2017, 86. «Questo stesso editto, infatti, nel momento in cui viene posto, non fa altro che generalizzare la tutela processuale concessa inizialmente per singoli casi concreti.»

¹⁶ G. PUGLIESE, *I pretori*, cit., 157-168.

3. *L'actio in factum: presupposti applicativi e funzione*

Lasciando qui da parte lo strumento edittale che consente di predisporre *ex ante*, all'atto dell'ingresso in carica del magistrato giudicante, uno schema di tutela e quindi, indirettamente di riconoscere nuove fattispecie negoziali, ci si vuole concentrare sull'attività del pretore nei confronti di quei casi concreti che non presentino alcuna corrispondenza con il dato normativo preesistente. In tali rapporti giuridici, caratterizzati da un elevato livello di atipicità, il *praetor*, esercitando tanto la *iurisdictio* quanto l'*imperium*, ha a disposizione una rosa di strumenti atti ad indicare il diritto applicabile alla singola controversia, via via più incisivi a seconda del grado di novità del *casus* esaminato.

Difatti, può accadere che sia sufficiente l'interpretazione di uno strumento giuridico già noto, adattandolo a nuove esigenze mediante gli strumenti dell'analogia, delle *actiones utiles* e dell'elaborazione di *fictiones iuris*, o si debba ricorrere alla concessione di una azione *ad hoc*, utilizzando lo strumento dell'*actio in factum* o decretale.

Può notarsi che è proprio in quest'ultima ipotesi che l'equilibrio tra innovazione e conservazione volge in maniera più decisa nei confronti del primo dei due termini: tanto più è atipica una fattispecie concreta, quanto più l'esercizio della *iurisdictio* risulta libero¹⁷, non in quanto arbitrario ma in quanto creatore e tendenzialmente discrezionale. Occorre però precisare che, anche in questo caso, l'attività del pretore non si sgancia in modo netto dal tessuto giuridico, in quanto, nonostante la situazione giuridica per la quale concede un'*actio in factum* non trovi tutela nello *ius* vigente, la formula mediante la quale questa fattispecie viene *ex novo* tutelata è composta utilizzando per quanto possibile la logica, lo strumentario e le categorie propri del sistema giuridico.

Inoltre, è doveroso sottolineare che la concessione dell'azione decretale non è in alcun modo assimilabile ad una attività paralegislativa, in quanto, a differenza dello strumento edittale, il rimedio approntato dal magistrato non è suscettibile di essere direttamente generalizzato ed utilizzato al di fuori del caso concreto e quindi di costituire una qualche aspettativa di tutela per future fattispecie simili.

I presupposti e la funzione dell'*actio in factum* si ritrovano abilmente sintetizzati nelle fonti da un frammento del *liber VIII Quaestionum* di Papiniano:

¹⁷ La definizione di *iurisdictio* 'libera' può riferirsi a E. BETTI, *La creazione del diritto nella 'iurisdictio' del pretore romano*, Padova, 1927, cit. 8.

D. 19.5.1 pr. (Pap., 8 quaest.) *Nonnumquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendemus ad eas, quae in factum appellantur. sed ne res exemplis egeat, paucis agam. 1 Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit. 2 Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum neque commodatum erit, sed non exhibita fide in factum civilis subicitur actio.*

Questo frammento¹⁸, posto dai compilatori in apertura del titolo del Digesto dedicato alle *actiones in factum* e *praescriptis verbis*, ovvero, in generale, alla tutela delle convenzioni atipiche o contratti innominati, indica che vi sono casi in cui, per la tutela di una fattispecie, si ricorre allo strumento dell'*actio in factum*, ove non sia possibile rintracciare uno strumento adeguato nel novero delle azioni edittali e delle azioni ordinarie. Difatti con l'espressione «*iudiciis proditis*» devono intendersi richiamati quegli schemi di formule indicate all'interno dell'editto del pretore, mentre per «*vulgaribus actionibus*», quei rimedi processuali che possono considerarsi comunemente impiegati.

L'*actio in factum* si configura, perciò, come un rimedio che non costituisce l'ordinaria amministrazione della giustizia, fatto che si evince dal «*nonnumquam*» iniziale, ma la cui concessione non doveva essere particolarmente rara o difficoltosa, il che si ricava dall'utilizzo dell'avverbio «*facile*». Pertanto, stando a quanto riporta Papiniano, era possibile che talvolta il pretore si trovasse a raffrontarsi con una fattispecie che, seppur ritenuta meritevole di tutela, non trovava un possibile inquadramento tra i rimedi conosciuti: in tal caso può ricorrersi all'*actio in factum*.

La chiosa del *principium* del frammento riportato, inoltre, introduce la necessità di addurre degli esempi per chiarire la natura e la portata della suddetta azione («*sed ne res exemplis egeat, paucis agam.*»), che costituiscono il contenuto dei successivi §1 e §2. Ambo le ipotesi riportate nei due frammenti trattano di fattispecie in cui vi è incertezza sul negozio giuridico intercorso tra le parti, e quindi sul rimedio processuale da richiedere nella fase patologica del contratto.

Nel primo caso, in cui il proprietario di alcune merci si avvalga di un *magister navis* per il trasporto di queste, potrebbe insistere tra le parti tanto un contratto di locazione dell'imbarcazione, in cui il *mercator* sarebbe locatario e pertanto tutelato da *actio conducti*, quanto una *locatio operis*

¹⁸ Per una esegesi più approfondita del passo si rimanda a C. A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, in *Scritti scelti di diritto romano*, III, Torino, 2014, 23-35.

avente ad oggetto la *vectura* delle merci, in cui costui sarebbe il locatore e disporrebbe pertanto di *actio locati*.

Nel secondo caso, invece, si tratta di ricondurre la *traditio* di una *res* con lo scopo di determinarne il valore allo schema del comodato o del deposito. Gli *exempla* riportati da Papiniano conducono entrambi alla stessa soluzione, il ricorso all'*actio civilis in factum* che, malgrado richiami terminologicamente l'*actio in factum*, si sostanzia in un rimedio profondamente differente. Difatti, per *actio civilis in factum* (o *praescriptis verbis*) deve intendersi un'azione contrattuale generale, fondata sulla sinallagmaticità del contratto, ed utilizzata in via sussidiaria per la tutela *ex fide bona* di contratti innominati. Può ritenersi, pertanto, che vi sia uno iato tra il *principium* del passo e gli esempi riportati da Papiniano, in quanto l'*actio civilis in factum* può essere considerata al più, sulla scorta dei rilievi del Cannata¹⁹ e del Santoro²⁰, una creazione giurisprudenziale della prima età classica, in quanto si basa su una compiuta e matura elaborazione del concetto di *synallagma*.

L'*actio in factum* di cui trattasi in apertura del passo, al contrario, deve ritenersi un rimedio connaturato alla *iurisdictio* pretoria, una delle sue attribuzioni originarie, strettamente correlata alla valutazione del caso concreto in relazione alla sua meritevolezza di tutela, e non diretta a far valere un'obbligazione in quanto parte di un *synallagma*. La distanza tra le due sezioni di cui si compone il frammento può trovare una possibile spiegazione nell'ipotesi per la quale D.19.5.1 pr. ed i successivi §2 e §3 non si trovassero originariamente in quest'ordine all'interno del *liber octavo quaestionum* di Papiniano che, come ritiene anche il Lenel²¹, conteneva anche la trattazione delle *actiones in factum* in generale²².

¹⁹ C. A. CANNATA, *L'actio*, cit., 23 ss.; contra A. BURDESE, *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, 113 ss.

²⁰ R. SANTORO, *Actio praescriptis verbis e praescriptio*, in *Scritti Minori*, I, Torino, 2009, 282 ss. Il Santoro però, mentre ritiene genuino D.19.5.1, ipotizza, che D.19.5.2 non menzionasse l'*actio civilis in factum* ma l'*agere praescriptis verbis*. Ai fini della presente analisi ciò non risulta rilevante, in quanto è sufficiente attestarsi al mero rilevamento dell'incongruenza dei due esempi riportati con l'*actio in factum*. Tale presupposto esegetico risulta condiviso sia da chi, come il Cannata opta per la genuinità di entrambi i frammenti, sia dal Santoro, che ritiene interpolato il §2.

²¹ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsia, 1889, 825, fr. 151-155.

²² Risultano meno convincenti le ipotesi di interpolazione di D.19.5.1-2 avanzate dalla dottrina più risalente, che espunge dai due passi il lemma 'civilem', considerando accordato per i due casi in esame una semplice *actio in factum*. Se si accettassero le tesi interpolazioniste dovrebbe ammettersi non più una semplice inesattezza sotto il profilo dell'ordine con cui sono riportati i frammenti del *liber octavo quaestionum*, ma una aporia sostanziale e giuridica. I due casi del §1 e §2, riguardando la sola incertezza sul rimedio da utilizzare, non risulterebbero altrimenti pertinenti con la premessa del *principium* che indica come

Vieppiù che l'indicazione in astratto dei presupposti dell'*actio* in questione non si ritrova in maniera isolata in D.19.5.1 pr., ma trova ulteriore riscontro anche in Pomponio:

D. 19.5. 11 (Pomp., 39 ad Q. Muc.) *Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet praetor in eo quod legi deest: quod facit in lege Aquilia reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae, idque utilitas eius legis exigit.*

e in questo frammento, sulla scorta delle risultanze esegetiche del Santoro²³ e del Burdese²⁴, la condizione necessaria per la concessione di un'*actio in factum* viene rintracciata nell'assenza – e pertanto insufficienza – dei rimedi edittali «*Quia actiunum non plenus numerus esset*». Inoltre, le successive considerazioni sulle *actiones in factum* e la *lex Aquilia* sono tanto pertinenti quanto chiarificatrici della portata di questo rimedio pretorio. A tal riguardo Pomponio sottolinea come lo strumento che ha consentito di sanzionare quelle fattispecie lesive non rientranti, neanche in via *utile*, nella *lex Aquilia* è stato proprio l'*agere in factum*.

Il riferimento indiretto è qui alle ipotesi di *damnum neque corpore neque corpori*, riscontrabile anche in I.4.3.16²⁵, in cui si tratta negli stessi termini di *actiones in factum* allo scopo di correggere ed integrare la *lex Aquilia*. Il passo riportato, infatti, fornisce anche le motivazioni alla base della concessione di un'*actio in factum* in un campo in cui già esiste un riferimento normativo, e

presupposto dell'*agere in factum* la assoluta mancanza di un'azione tipica da proporre e non il mero dubbio sulla scelta dell'*actio*, conseguenza di una fattispecie concreta in bilico tra due figure contrattuali riconosciute. Le tesi interpolazioniste risultano, su tutti, sostenute da: P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 242, 267; P. COLLINET, *La nature des actions des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, Parigi, 1947, 366 ss..

²³ R. SANTORO, *La tutela delle convenzioni atipiche*, in *Scritti Minori*, Torino, 2009, 381-382.

²⁴ A. BURDESE, *Osservazioni in tema di cd. contratti innominati*, in *SDHI*, LII, Roma, 1985, 478. L'Autore, inoltre, ritiene che in D.19.5.11 Pomponio stia riportando, parzialmente, il pensiero di Quinto Mucio.

²⁵ I.4.3.16: [...] *sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri: veluti si quis, misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit, ut fugeret*. La fattispecie di danno qui considerata in astratto è quella arrecata senza alcun contatto fisico e che non abbia prodotto alcuna lesione di *corporis*. In tale ipotesi non viene ritenuta sufficiente né l'*actio legis Aquilia* diretta, né la concessione di un'*actio utilis*, stante la distanza tra dettato legislativo e *casus*. Pertanto si ritiene, continua il passo, che il danneggiante debba essere chiamato a rispondere della lesione in base ad una *actio in factum*, come nel caso in cui un soggetto, mosso da misericordia, liberi dalle catene il servo altrui affinché si dia alla fuga.

quindi, per via traslata, della relazione tra dato legislativo ed *agere in factum*. Nella consapevolezza che una prescrizione normativa non possa essere esaustiva in termini di fattispecie comprese, anche una *lex iusta*, come la *lex Aquilia* può portare ad alcune conseguenze inique nella misura in cui per le particolari modalità di manifestazione del fatto, questo non ricada nel suo campo di applicazione e non si riscontrino gli estremi neanche per la concessione di un'*actio utilis*.

La concessione di rimedi *in factum* assurge quindi a garanzia di coerente applicazione del dato legislativo e da valvola di sicurezza al fine di mantenere la razionalità dell'ordinamento giuridico. Tale tutela, inoltre, può essere richiesta non solo nella circostanza in cui vi sia una mancanza di disciplina in termini assoluti, ma anche nelle situazioni per le quali la disciplina di ordine generale non comprenda il caso di specie, che risulta però meritevole di tutela nella misura in cui la mancata concessione di un'*actio* si sostanzia in una palese iniquità.

4. La struttura dell'*actio in factum*

Una volta delineati, seppur sommariamente, i presupposti per la concessione di un'*actio in factum*, bisogna ora introdurre la struttura di questo tipo di azioni, tentando di identificare come, in concreto, il pretore poteva *dicere ius* riguardo ad una fattispecie che non trovava un puntuale riscontro normativo e soprattutto in che modo una tutela accordata e valevole solo per il caso concreto poteva transitare dal campo delle soluzioni particolari a quello delle situazioni giuridiche tutelate dall'ordinamento in via generale, creando pertanto indirettamente diritto.

Per quanto riguarda il primo punto, ovvero la costruzione concreta di un'*actio in factum*, deve necessariamente osservarsi come tali azioni dovessero avere la *formula in factum concepta*, in quanto non era possibile esprimere la pretesa vantata dall'attore riferendosi al diritto vigente, ma doveva richiamarsi il fatto concreto sottoposto alla cognizione del magistrato nella parte iniziale della formula - ovvero nella *demonstratio* -, a cui si aggiungeva la facoltà accordata al giudice di condannare o assolvere.

Ciò è perfettamente esemplificato da Gai 4.46:

Gai 4.46: *Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo quod factum est adiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur [...] et denique innumerabiles eius modi aliae formulae in albo proponuntur.*

Queste formule, come indica Gaio, avevano carattere residuale e venivano richieste per tutti quei casi in cui la *causa petendi*, non potendo attagliarsi ad un diritto già riconosciuto dall'ordinamento, doveva essere espressa mediante l'indicazione del *factum*. Inoltre, tale tipologia di formula *in factum concepta*, trovava numerose esemplificazioni all'interno dell'editto del pretore («*innumerabiles eius modi aliae formulae in albo proponuntur.*»).

Vi è quindi, un sottile equilibrio tra diritto e fatto, in cui il fatto viene evidenziato nei suoi elementi qualificanti e ne risulta giuridicizzato, e, d'altra parte, l'elemento giuridico viene modellato sulla scorta della fattispecie, determinando una reciproca comprensibilità tra linguaggio del diritto e accadimento concreto.

Difatti, la fase *in iure*, ove viene materialmente costruita e concessa la formula dell'*actio in factum* si struttura in questo particolare caso come il momento in cui diviene possibile la sintesi tra una situazione concreta, sconosciuta al diritto, e il sistema normativo in cui, di contro, non è ricompreso il fatto. La risultante, ovvero la formula, reca con sé sia il presupposto di fatto, posto in apertura dell'enunciato formulare, sia la concessione di tutela giuridica, chiaramente dipendente dalla verifica dell'accadimento concreto.

Lo stesso Gaio offre un esempio di ciò nel frammento successivo:

Gai 4.47: *Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. Illa enim formula, quae ita concepta est: IUDEX ESTO. QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR, QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA, EIUS, IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO, in ius concepta est. at illa formula, quae ita concepta est: IUDEX ESTO. SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE, QUANTIEA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM, IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO. SI NON PARET, ABSOLVITO, in factum concepta est. Similes etiam commodati formulae sunt.*

Questo brano propone, difatti, due formule (una *in ius* e l'altra *in factum*), per la tutela di una fattispecie di deposito, specificando che entrambe erano riportate nell'editto e che una situazione simile si verificava anche per il comodato.

Focalizzandosi sulla formula *in factum*²⁶, può individuarsi nella parte iniziale il richiamo all'accadimento concreto («*Si paret [...] non esse*»), ovvero al caso di un piatto d'argento depositato dall'attore presso il convenuto e non restituito per dolo del depositario, dalla verifica del quale dipende la condanna, quantificata sulla base del valore dell'oggetto depositato (*quanti ea res erit*), che integra l'elemento giuridico.

A ben vedere, quindi, il fatto concreto permea non solo il presupposto ma è anche il parametro per la determinazione dell'ammontare del risarcimento: questi due elementi, accadimento (mancata restituzione della *res* depositata) e tutela risarcitoria commisurata al valore del bene, sono posti in relazione da una condotta giuridicamente rilevante, ovvero il dolo del depositario.

Nella struttura di tale formula, quindi, si ripercuote quella oscillazione tra *ius* e *factum* che consente al pretore di incardinare una fattispecie di nuova emersione all'interno dei binari della tutela giuridica mediante il processo formulare; il fatto è presente nei suoi elementi qualificanti, mentre la tutela, nel concreto la condanna o l'assoluzione del convenuto, è resa possibile dalla mediazione di una condotta riconosciuta come antiggiuridica, ovvero la presenza o meno di dolo.

Per quanto concerne invece la *formula in ius*, questa utilizza il parametro della *bona fides* per la determinazione degli obblighi del depositario nei confronti del depositante, per la definizione del *quantum* e dell'*an* della condanna. È chiaro che in tal modo la tutela del depositante risulta rafforzata, essendo l'alea della condanna non più limitata al valore del bene depositato ed inoltre, anche la valutazione della condotta del depositario si arricchisce di molteplici sfaccettature, non essendo più sanzionabile solo la mancata restituzione dolosa della *res*, ma, più in generale, l'inadempimento di quanto il depositario era obbligato a fare o dare al depositante *ex fide bona*.

Ne consegue che l'*actio depositi in ius* è costruita in maniera molto più duttile in confronto al corrispondente strumento *in factum*, consentendo una tutela calibrata e modellata sulla fattispecie concretamente in esame, rimediando a qualsiasi violazione della *bona fides* perpetrata nello svolgimento del rapporto di deposito.

È evidente come questo secondo tipo di *formula* sia stata una conquista della giurisdizione pretoria, necessariamente affiancata dalla *scientia iuris*, ed inerisce ad un panorama giuridico mutato rispetto alla tutela del depositante mediante *actio in factum*. Invero, l'*actio depositi in ius*, è specchio del

²⁶ Sul presente frammento e, in maniera più ampia, sui rapporti tra *formula in factum* e *in ius ex fide bona* riguardo le fattispecie di deposito si veda: G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1971, 69 ss.

recepimento all'interno dell'ordinamento del contratto di deposito che, da convenzione atipica si struttura quale contratto tipico. Di ciò si ha un riscontro anche in Ulpiano:

D.2.14.7.1 (Ulp., *14 ad ed.*): *Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus.*

In questo frammento, il giurista afferma come quelle convenzioni per le quali è specificatamente prevista un'azione all'interno dell'editto assumono il nome tipico di un contratto, e tra questi egli menziona, appunto, anche il deposito. Tale testo, come riconosce anche il Cannata²⁷, costituisce inoltre la base della moderna distinzione tra contratti tipici ed atipici.

Per ciò che interessa alla presente analisi, quindi, può identificarsi un percorso, di cui il contratto di deposito (e il comodato, come suggerito dallo stesso Gaio nel precedente frammento), può costituire un esempio emblematico, che dalla sede processuale, mediante *actio in factum*, culmina con il riconoscimento da parte dell'ordinamento di un accordo che, da convenzione atipica diviene contratto tipico.

La tipizzazione di un contratto, invero, non può essere considerata in alcun modo un fatto esclusivamente processuale ma sottende ad un mutamento del sistema giuridico: l'inserzione di un nuovo tipo contrattuale tra quelli giuridicamente riconosciuti implica di per sé che il diritto sia mutato. Vi è infatti, una priorità sia logica che giuridica tra ordinamento – riguardato dal punto di vista della sua composizione –, inserzione di un contratto tra quelli tipici e tutelabilità mediante formula *in ius* dello stesso. In altri termini, un contratto è tipico e tutelato *in ius* perché, a monte, contemplato dal diritto.

Nel caso di un accordo, però, in cui si rinviene accanto all'*actio in ius* anche quella *in factum*, bisogna necessariamente inserire quest'ultima in un rapporto di priorità, questa volta non logica ma storica, con la ricezione da parte del sistema giuridico. Difatti, la tutela di una convenzione atipica può solo e soltanto essere in relazione di antecedenza con la corrispondente *actio in ius*: la tutela straordinariamente ha senso ed è tale, se e fintantoché un determinato contratto non sia conosciuto dal diritto, ponendosi in linea

²⁷ C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Scritti scelti di diritto romano*, I, Torino, 2014, 303. *Adde* L. GAROFALO, *Contratto, convenzione e obbligazione in Sesto Pedio*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, I, Milano, 2007, 39 ss.

diacronica con il suo riconoscimento giuridico²⁸.

Si può quindi aderire all'impostazione propria di quegli studiosi²⁹ che evidenziano una relazione cronologica tra le due formule riportate da Gaio in 4.47, in cui quella *in factum* precede quella *in ius*.

5. *Dall'actio in factum al rimedio tipico: notazioni conclusive*

Una volta che si è osservata la possibilità che un rapporto non conosciuto dal diritto riesca a permeare l'ordinamento, passando dalla tutela decretale al far parte del novero delle *actiones in ius*, bisogna identificare il mezzo che consente tale recepimento.

Escluso che ciò avvenga in base ad una *lex* bisogna necessariamente propendere o per l'inserzione all'interno dell'editto pretorio o per la recezione *moribus*: di fatto l'una non esclude l'altra, in quanto, come ipotizzato anche da autorevoli studi³⁰, la concessione di una o più *actiones decretales* poteva costituire il banco di prova per una futura inserzione nell'editto pretorio, oppure, la reiterazione della concessione della tutela per una determinata situazione non conosciuta dallo *ius* determinava, nel corso del tempo, un recepimento consuetudinario. Tra i due meccanismi 'recettivi', inoltre, vi è la fondamentale differenza che, nel caso di recepimento a mezzo di consuetudine, la fattispecie entra nel novero dello *ius civile*, mentre, con l'inserzione nell'editto, diviene parte dello *ius honorarium*.

A tal proposito, è particolarmente interessante la ricostruzione del Betti³¹, anche se analizzabile solo sul piano della verosimiglianza e non verificabile nelle fonti: egli sostiene che all'inizio non vi era alcun editto e

²⁸ Possono esservi due ordini di motivi che giustificano la presenza di entrambe le formule nell'editto e che quindi, quella *in ius*, non avesse formalmente rimpiazzato quella *in factum* ma vi si sia affiancata. Può, difatti, ipotizzarsi che la *formula in factum* potesse essere utilizzata per la tutela di fattispecie di deposito che si discostavano dal contratto tipo, o, sulle quali, vi fosse comunque un alto grado di incertezza riguardo la qualificazione. Non è poi da escludere che la persistenza nell'editto di tale formula possa giustificarsi con il carattere tratlatizio di questo.

²⁹ G. ROTONDI, *Le due formule classiche dell'actio depositi*, in *Scritti Giuridici, II*, Pavia, 1922, 1 ss; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 549; G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 538-540. *Contra*: F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del ius honorarium*, in *SDHI*, LVII, Roma, 1996, 1-63.

³⁰ E. BETTI, *Lacreazione*, cit., 21-22; G. PUGLIESE, *Actio*, cit. 146; F. GALLO, *L'officium*, cit., 100-103; L. VACCA, *Contributo allo studio*, cit., 86-88.

³¹ E. BETTI, *La creazione*, cit., 21.

che, conseguentemente, lo strumento con il quale i pretori amministravano ordinariamente la giustizia fossero proprio le *actiones decretales*. La prassi di emanare un editto annuale sarebbe invalsa ben dopo l'istituzione della carica pretoria, che all'inizio doveva servirsi di un semplice albo, non avente alcun valore giuridico, con il quale comunicava ai cittadini quali fossero i mezzi di tutela che potevano essere azionati. Di conseguenza, la reiterata concessione di queste proto-*actiones in factum* avrebbe fatto in modo che fossero recepite *moribus* direttamente nello *ius civile*: questa ricostruzione, però, deve necessariamente fermarsi sulla soglia del probabile, non essendovi alcuna fonte che la asseveri con certezza.

Il dato ineliminabile, in qualsiasi ricostruzione che in concreto tenti di esplicitare il rapporto cronologico tra *actio in factum* e riconoscimento ordinamentale è però quello della prassi giurisdizionale: la tutela atipica viene sperimentata nella pratica del giudizio, affinata dall'apporto dei giuristi e nel caso in cui, se reiterata, dia buona prova di sé può essere inserita direttamente nell'ordinamento, tramite editto³², o indirettamente recepita attraverso i *mores*³³.

A prescindere, tuttavia, dal mezzo concretamente utilizzato per includere all'interno dell'ordinamento una convenzione o un mezzo di tutela atipico, tipizzandolo, si vuole qui evidenziare come il luogo di origine di tale mutamento sia non quello più strettamente legislativo, ma l'amministrazione della giustizia da parte del pretore, ovvero, per via traslata, il contatto tra realtà sociale e diritto, in cui convergono *scientia iuris*, fattispecie concreta e poteri del magistrato (*iurisdictio* e *imperium*).

È dalla commistione di questi tre elementi che il caso concreto non previsto dall'ordinamento trova tutela, ed è in questo momento che, per molte fattispecie, può identificarsi la genesi di quel procedimento che le porta ad essere recepite dal diritto, modificandolo. Tale particolare meccanismo di trasformazione del sistema giuridico, è consentito da una molteplicità di fattori, tutti in relazione tra di loro e che fungono allo stesso tempo da garanti della coerenza dell'ordinamento e fucine per la sua evoluzione: la perizia degli interpreti del diritto, che consente di approntare delle *formulae in factum* che siano in armonia con la logica dell'ordinamento e quindi potenzialmente affiancabili ai rimedi già conosciuti; il peculiare

³² L. VACCA, *Contributo allo studio*, cit., 86.

³³ Anche in F. GALLO, *L'officium*, cit., 105. Riguardo l'evoluzione giuridica susseguente ai mutamenti socioeconomici del III secolo a.C. così si esprime l'Autore: «Il pretore interveniva allora nei modi noti: [...] concorrendo alla recezione *moribus* con la concessione nei casi concreti (mediante *decreta*) di nuovi mezzi processuali elaborati, nel solco della tradizione, dai giuristi».

officium del pretore, che diviene il punto di contatto tra realtà e diritto, e che ha a disposizione sia la *iurisdictio* che l'*imperium* per coniugare questi due piani; infine, la tendenziale apertura verso l'esterno del sistema ordinamentale romano, che consente il recepimento di nuovi istituti da luoghi diversi dall'organo detentore del potere legislativo, ovvero i *mores* e gli editti dei magistrati giurisdicenti.

In conclusione, da questa breve disamina, può vedersi come, l'esercizio della *iurisdictio* libera, sia il fulcro dell'adeguamento dell'ordinamento all'evoluzione della prassi negoziale romana: il pretore, difatti, può accordare tutela ad una convenzione atipica concedendo, mediante *actio in factum*, una formula coerente con i principi e gli strumenti dell'ordinamento. In questa particolare ipotesi, innanzi al magistrato, vi è l'utilizzo di criteri che non sono unicamente applicativi dell'ordinamento, ma sono inquadrabili anche nella funzione legislativa, limitata, ovviamente, al caso concreto: il tutto però, è bene ribadirlo, rimanendo nell'ambito della *iurisdictio* pretoria.

Se il 'ragionamento legislativo', che sottende la creazione dello strumento di tutela per una fattispecie specifica, ha un riscontro positivo nella pratica, infine, è lo stesso ordinamento a riceverlo, facendolo divenire da provvedimento valido solo per il caso concreto a tutela accordata dal diritto in via generale, annoverando, quindi, la convenzione non più atipica, tra i contratti tipici.

È il compimento di un percorso, che trova la sua origine nel processo, e nella capacità della *iurisdictio* romana di anteporre ai limiti fisiologici dell'ordinamento la necessità di proteggere una fattispecie meritevole di tutela non ancora contemplata. Si tratta, invero, della possibilità che all'espansione della giurisdizione segua quella del diritto e che ciò avvenga non attraverso l'intervento del legislatore, ma tramite la recettività di cui lo stesso sistema giuridico romano è dotato.

In questo meccanismo osmotico tra prassi negoziale, processo ed ordinamento, termine medio e filtro necessario è appunto la sede giurisdizionale in cui avviene materialmente la creazione dello strumento di tutela del singolo caso e dalla quale può prendere le mosse la modifica e lo sviluppo del diritto stesso. Questo, tuttavia, non è un traguardo il cui raggiungimento è giuridicamente vincolato, ma un esito possibile e dipendente dal riscontro positivo sia sul lato della prassi, ovvero della reiterazione e dell'utilità della tutela di una certa convenzione atipica, sia sul lato del sistema giuridico, in quanto la suddetta convenzione e la sua tutela siano compatibili e coerenti con la struttura di questo. Perciò, solo l'oscillazione tra diritto generale e pratica, permette, con il necessario

apporto interpretativo dei giuristi, la (indiretta) generalizzazione e astrazione della fattispecie tutelata *in factum* e quindi, per via traslata, la creazione del diritto dal processo.

