

LA SUSSIDIARIETÀ DELL'« ACTIO DE DOLO »

1. — D. 4.3.1.1 (Ulp. 11 ed.): *Verba autem edicti talia sunt: « Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, (intra annum, cum primum experiundi potestas fuerit,) iudicium dabo »* (cfr. anche CI. 2.20.2 [Carac. 211] e Ulp. off. proc. D. 47.20.3.1; per l'integrazione, Lenel, EP.³ 114 e nt. 15).

Ai problemi della sussidiarietà dell'*actio de dolo* (*ad.*), dal diritto classico al giustiniano, l'Albanese (*La sussidiarietà dell'« actio de dolo »*, in AUPA. 28 [1961] estr. p. 153) oggi dedica una ricerca, che è, come sempre, singolarmente fine, sagace, penetrante, e che si inquadra negli studi da lui precedentemente dedicati alla *lex Aquilia*, al *furtum*, all'*actio servi corrupti*. E i risultati cui egli, contro la dottrina finora dominante, ragionatamente perviene sono, in sintesi, questi: a) la portata del principio di sussidiarietà non differiva gran che, nel sistema giustiniano, da quel che era in diritto preclassico e classico: fu la giurisprudenza classica, in particolare, da un lato a restringere la concessione dell'*ad.* ai soli casi in cui mancasse un qualsiasi altro efficace rimedio a favore della vittima (sia contro l'autore del dolo, che contro il terzo che avesse ricavato il profitto), dall'altro a ritenere concedibile l'azione anche nel caso di dubbio circa l'esistenza di altro rimedio e anche nel caso di insolvenza dell'*alius*; b) la ragione della sussidiarietà non va ricercata sul piano sistematico, ma sul piano storico: in un'epoca in cui la nozione di *damnum* andava espandendosi e la nozione di *furtum* andava invece limitandosi, Aquilio Gallo seppe genialmente colmare ogni deprecabile lacuna attraverso l'introduzione di un'*actio* intesa alla repressione dei comportamenti maliziosi non altrimenti sanzionati e sanzionabili. Le due affermazioni, come è evidente, si completano e si giustificano a vicenda, sorrette l'una e l'altra da una indagine critica che, partendo dalla più attenta esegesi dei singoli testi, si leva ad una suggestiva analisi, quanto mai interessante, di tutto il sistema nella sua complessità. E tuttavia

* In *Labeo* 8 (1962) 270 ss.

qualche dubbio rimane (anzi, più precisamente, sorge) proprio dall'attenta lettura dell'elegantissimo saggio. Di cui mi propongo perciò, in queste pagine, un tentativo di più approfondita, pur se succinta, disamina.

2. — Comincerò col dare provvisoriamente per scontato quanto sostiene l'a., nella prima e più lunga parte del lavoro (p. 10-135), in ordine alla portata del principio di solidarietà. E mi domando: è non pertanto giustificata e soddisfacente la tesi (135 ss.) circa le ragioni della sussidiarietà dell'*ad.*?

Riterrei, francamente, di no. Secondo l'a., Aquilio Gallo avrebbe dato il crisma della sussidiarietà all'*ad.*, in quanto avrebbe contato che questa si applicasse solo in mancanza di « un'altra sistemazione accettabile », e ciò spiegherebbe perché i giureconsulti successivi interpretarono estensivamente il termine *actio* nel senso di rimedio giudiziario (comprensivo dell'*exceptio*, dell'*in integrum restitutio*, dell'*interdictum* ecc.). Ma se proprio Aquilio Gallo avesse ragionato così, è ovvio che egli non avrebbe lasciato ai suoi posteri il compito dell'interpretazione estensiva (risolvendosi in una applicazione restrittiva dell'*edictum de dolo*), ma li avrebbe preceduti (e non avrebbe potuto farne a meno) esprimendosi in maniera diversa ed evitando il ricorso al limitato termine *actio*. D'altra parte, il fatto (plausibilissimo) che l'*ad.* sia stata introdotta per colmare una lacuna del sistema repressivo romano non mi sembra che spieghi la sua inapplicabilità nelle ipotesi in cui fosse possibile al *deceptor* di ottenere una reintegra patrimoniale con altri mezzi giudiziari (l'*actio furti* non concorreva forse con la *condictio furtiva*?), ma spiega solo la sua (ovvia) inapplicabilità ai casi in cui il comportamento malizioso del soggetto fosse da inquadrare in altra specifica ipotesi di illecito privato.

A mio avviso, la ragione originaria della sussidiarietà dell'*ad.* (e quindi il senso « aquiliano » dell'eccezione « *si alia actio non erit* »), se non fu quella che solitamente si adduce sulla base di Ulp. D. 4.3.1.4 (« *quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni* »: cfr. 136 s.), non fu però neanche quella indicata dall'a. Probabilmente, Aquilio Gallo, conscio del carattere generico della nozione del dolo, consapevole del fatto che il suo era un « *generale edictum* » alla stessa guisa di quello relativo all'*actio iniuriarum*, sottolineò con il « *si alia actio non erit* » la necessità di non ricorrere all'*ad.* quando si potesse ricorrere ad altra azione penale. I giuristi successivi, invece, avendo ormai dinanzi a sé una nozione ben precisata e definita del *dolus* (cfr. al proposito la testimonianza di Ulp. D. 4.3.1.2 circa il pensiero di Servio e di Labeone), utilizzarono l'eccezione « *si alia actio non erit* » ad altro scopo, e cioè

allo scopo di impedire, restrittivamente, il ricorso all'*ad.* quando vi fosse altro possibile mezzo di soddisfacimento del *deceptus*. In altri termini, la sussidiarietà dell'*ad.*, nel senso in cui è intesa e spiegata dai giureconsulti dell'età classica avanzata, fu il frutto di una elaborazione successiva all'introduzione dell'*edictum de dolo*.

Quanto ai motivi per cui i giuristi della prima età classica, utilizzando la clausola « *si alia actio non erit* », crearono il principio di sussidiarietà, io non condivido lo scetticismo dell'autore verso le spiegazioni comunemente addotte (in particolare, il carattere infamante dell'azione). Forse l'esplicazione più plausibile è proprio quella addotta da Ulpiano in D. 4.3.1.4; testo di cui l'a. (136 s.) giustamente difende la sostanziale genuinità, ma poco convincentemente tenta di sminuire la portata giustificativa della sussidiarietà. Vero è che non a tutte le azioni *famosae* venne fatto lo stesso trattamento, ma è anche vero che per le altre azioni infamanti mancò ai giureconsulti l'appiglio della clausola « *si alia actio non erit* ».

3. — Veniamo ora alla portata del principio di sussidiarietà dell'*ad.* Secondo l'a. tutto quanto si legge, in proposito, nelle fonti giustinianee esprime sostanzialmente quello che già fu il pensiero della giurisprudenza classica. Ma anche su questo terreno esiterei, per verità, a seguirlo fino in fondo.

Va premesso che quasi tutti i testi relativi alla questione risultano, per ammissione dello stesso a., ampiamente rimaneggiati. Ciò posto, si tratta veramente di alterazioni formali, e comunque non innovative, come egli animosamente sostiene, o si tratta piuttosto, almeno in parte, di alterazioni sostanziali e innovative?

L'a. cerca di sorreggere la sua tesi essenzialmente con la considerazione che il diritto postclassico-giustiniano mostra un certo quale disinteresse per l'*ad.*, e comunque non sente più il problema sollevato dall'incertezza circa l'esistenza di un altro rimedio. Ma, questo può forse valere a giustificare la classicità dell'estensione dell'*ad.* al caso del dubbio circa l'esistenza di un altro rimedio, non anche a giustificare la estensione dell'*ad.* al caso di insolvenza dell'*alius*. Vi osta il fatto, poc'anzi accertato (v. n. 2), che fu proprio la giurisprudenza classica ad applicare restrittivamente l'*edictum*, da un lato creando il principio di sussidiarietà, dall'altro interpretando il termine *actio* nel senso generico di rimedio giudiziario. I giuristi classici andavano, sí, per il concreto, e non è detto che non abbiano ampiamente discusso circa la possibilità di più estese applicazioni dell'*ad.*, ma sta di fatto che l'indirizzo generale da

essi forgiato era severamente limitativo ed è perciò da presumere, di fronte a testi interpolati, che certe stridenti applicazioni estensive dell'*ad.* non siano state proclamate da loro, ma siano piuttosto dipese da interpretazioni innovative postclassiche, specialmente pregiustiniane.

Ora, pur ammirando l'impegno dialettico posto dall'a. per difenderne la classicità, mi pare veramente strano che i giuristi classici possano aver formulato la regola della concedibilità dell'*ad.* nel caso che l'*alius solvendo non sit*, perché si tratta, oltre tutto, di un principio cerebrino, che presuppone in chi lo ha posto un'assai scarsa sensibilità pratica. Come farà, infatti, il pretore, sia pure in sede di *causae cognitio* particolarmente approfondita, a stabilire che Sempronio, estraneo alla lite di dolo promossa da Tizio contro Caio, è insolvente e insolubile (sia pure per « notoria insolvenza », cfr. 20), sì che l'*ad.* non va denegata a Tizio? Passi, se la questione è proposta sotto forma di dubbio *an alia actio sit* a favore di Tizio; ma chi si sente di attribuire alla serietà dei giuristi classici (serietà che costituisce una ipotesi di lavoro non disattesa certamente dall'a.) una così abnorme (e vorrei dire, obliqua) indagine pretoria?

4. — D'altronde, troppi testi alterati concorrono a rendere viepiù plausibile la vecchia tesi del Pringsheim (*Subsidiarität und Insolvenz*, in ZSS. 41 [1920] 254 ss.) circa il carattere non classico (anche se non decisamente giustiniano, direi) della regola in esame. Solo che è arbitrario, almeno a mio avviso, seguire il metodo adottato dall'a., che esamina quei testi separatamente, o tutt'al più in sequenze palinogenetiche per autore (Ulpiano, Paolo, Gaio).

Bisogna tener presente, infatti, un dato essenziale: e cioè che i testi in oggetto (fatta eccezione di Ulp. D. 17.1.8.1) sono fusi, nei *Digesta*, in una « catena » pressoché unitaria, sicché non è audacia affermare che la interpolazione sicuramente sostanziale di alcuni inviti a presumere la interpolazione non soltanto formale degli altri, ed inviti a concludere infine per l'innovazione postclassica. E per rendersene meglio conto, altro non resta che passare rapidamente in rassegna i *loci* interessati, nell'ordine in cui si leggono nei *Digesta*.

(a) D. 4.3.1.8 (Ulp. 11 ed.): *Non solum autem si adversus eum sit alia actio, adversus quem de dolo quaeritur,*

h.t. 2 (Paul. 11 ed.): *vel ab eo res servari poterit.*

h.t. 3 (Ulp. eod.): *non habet hoc edictum locum, verum etiamsi adversus alium*

h.t. 4 (Paul. eod.): *sit actio, vel si ab alio res mihi servari potest.*

In questa concatenazione di testi si afferma e si sottolinea il prin-

cipio che l'*ad.* non è concedibile se il *deceptor* o l'*alius* possano essere convenuti con altra azione o possano comunque essere astretti alla restituzione del maltolto. I due inserti di Paolo sono stati evidentemente operati da mano postclassica (meno mi convince l'idea che in questo lavoro di tarsia possano essersi indugiati addirittura i compilatori): ad ogni modo, non può non convenirsi con l'a. (38 ss.) che essi siano sostanzialmente genuini. Nulla, peraltro, autorizza l'a. ad affermare che l'accenno paolino al *res servari posse* implichi adesione alla pretesa dottrina pompeoniana sulla concedibilità dell'*ad.* in caso di insolvenza dell'*alius*. I due frammentini non hanno alcun valore, né probatorio né indiziario.

(b) D. 4.3.5 (Ulp. *eod.*): *Ideoque si quis pupillus a Titio tutore auctore concludente circumscriptus sit, non debere eum de dolo actionem adversus Titium habere, cum habeat tutelae actionem, per quam consequatur quod sua intersit. Plane si tutor solvendo non sit, dicendum erit de dolo actionem dari ei.*

L'a. (16 ss.) non nega gli indizi specifici di rimaneggiamento del tratto *plane rell.*, ma li qualifica validi solo a diagnosticare una interpolazione formale. Per mio conto, la diagnosi non può che dipendere da una valutazione della forma infinitiva del tratto precedente. Piuttosto che pensare alla scomparsa del reggente *ait* riferito ad un qualche giurista pre-ulpiano, mi sembra che il periodo presupponga un implicito *Ulpianus ait* e che esso sia, dunque, scaturito dal sunto di un lettore postclassico (il che è confermato dal grossolano *non debere eum de dolo actionem habere*, che il Beseler [Beitr. 4.86] proponeva di correggere in *non debere ei de dolo actionem dari*). Non mi pare, dunque, che possa parlarsi di una « rielaborazione formale compilatoria... al fine di sopprimere riferimenti giurisprudenziali »: l'affermazione non può convincere chi badi al fatto che, prima e dopo, le citazioni di altri giuristi (Labeone, Pomponio) sono state lasciate intatte da Triboniano. Vero è invece che il testo giunse già alterato, sino ad *intersit*, ai compilatori e che di esso il tratto *plane—ei*, che è stilato in forma diretta, evidentemente non faceva parte. Pertanto *plane—ei* costituisce una giunta innovativa (vuoi dei compilatori, vuoi di precedenti studiosi postclassici, come tendo a ritenere) ad un dettato che era sostanzialmente e formalmente concluso col *quod sua intersit*.

(c) D. 4.3.6 (Gai. 4 *ed prov.*): *Nam is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est.*

Il testo ha, nella sua posizione attuale, un indiscutibile valore confermativo del *plane rell.* del precedente fr. 5. Giustamente l'a. (40 ss.) svalorza i molteplici attacchi che sono stati mossi ad esso, prevalentemente sulla base di rilievi formali. Anche se è esagerato affermare che

il frammento « appare scritto in un ottimo latino », deve convenirsi che l'alterazione del contesto non è probabile: addirittura assurda è la tesi del Longo G. (*Contributi alla dottrina del dolo* [1937] 160) che il brano sia stato integralmente falsificato, *inscriptio* compresa, dai compilatori. Ma, posto che il *nam* iniziale sia un « aggancio compilatorio » (come afferma l'a., 42), è sicuro che il riferimento originario (e genuino) del brano sia stato alla ipotesi che *l'alius solvendo non sit*? L'interrogativo è legittimo, e la risposta (almeno in termini di probabilità) dipenderà dalle conclusioni di tutto il nostro discorso.

(d) D. 4.3.7 pr. (Ulp. 11 ed.): *Et eleganter Pomponius haec verba « si alia actio non sit » sic excipit, quasi res alio modo ei ad quem res pertinet salva esse non poterit. rell.*

Tralasciando di seguire l'a. (21 ss.) nella complessa (e per vero piuttosto rischiosa) esegesi della parte non trascritta, mi limiterò ad osservare che, nel brano in esame (cioè in quello che riguarda il nostro argomento), è arbitrario vedere un implicito riferimento anche alla concedibilità dell'*ad.*, « ove il rimedio contro il terzo si profili in partenza come inefficace per la notoria insolvenza di lui ». Il riferimento è ammissibile solo se si dà per ammesso il principio di cui l'a. sostiene (ma ancora non dimostra, almeno a questo punto) la classicità; ma, senza dimostrazione adeguata, il principio non può essere dato per ammesso, ragione per cui il riferimento non è ammissibile. Questo per non parlare dell'azione di ammorbidente esercitata dal *quasi* di Pomponio e dall'*eleganter* di Ulpiano (cfr. Philonenko, *Elegantia*, in *St. De Francisci* 2 [1956] 513 ss.), che indeboliscono assai il valore indicativo e allusivo del testo.

(e) Non riguardano (o non sembrano riguardare) il principio *si solvendo non sit* i §§ 1 e 2 di D. 4.3.7. Lo stesso è a dirsi per il § 3 (in cui si introduce il discorso circa la concedibilità dell'*ad.*, *si dubitetur an alia actio sit*). L'a. (48 ss.) riconosce invece sostanzialmente alterati i §§ 6 e 8, che contengono allusioni al principio in discussione: « che questa circostanza si dia è fatale, data la gran massa di alterazioni subite dai testi del Digesto ». Ma era il caso di alterare dei testi per sfondare una porta già aperta sin dall'epoca classica?

(f) D. 4.3.7.9 (Ulp. eod.): *Si dolo malo procurator passus sit vincere adversarium meum, ut absolveretur, an de dolo actio adversus eum qui vicit competat, potest quaeri. et puto non competere, si paratus sit reus transferre iudicium sub exceptione hac: « si collusum est »: alioquin de dolo actio erit danda, scilicet si cum procuratore agi non possit, quia non esset solvendo.*

Anche l'a. (45 ss.) dubita della genuinità del testo, sopra tutto perché non si inquadra nel discorso aperto col fr. 7.3, in cui si enuncia il principio labeoniano circa la concedibilità dell'*ad. si dubitetur an alia actio sit* (« il testo attuale, certamente connesso ... con tale questione, non mostra tracce di un possibile dubbio sulla pertinenza delle *aliae actiones* »); tuttavia, non vi sarebbero ragioni per credere ad una interpolazione sostanziale, tanto più che il contenuto sembra confermato da D. 17.1.8.1. Ma lasciamo per ora da parte questo secondo brano e fermiamoci al fr. 7.9. Anche a prescindere da facili rilievi formali (cfr. Pringsheim, *cit.* 260), esso è altamente sospetto. Il rappresentante processuale di A ha lasciato assolvere, *dolo malo*, B: sorge il problema (*potest quaeri*) se ad A spetti l'*ad.* contro B; e il testo afferma che l'*ad.* non spetta ad A se B è disposto ad una *translatio sub exceptione* « *si collusum est* », mentre in caso contrario gli spetta, « beninteso (*scilicet*) ove A non possa esercitare l'*actio mandati* contro il rappresentante processuale perché insolubile ». Solitamente (cfr. Mayer-Maly, *Collusio im Zivilprozess*, in ZSS. 71 [1954] 251 s.), si interpreta il brano nel senso che vi sia stata *collusio* tra il *procurator* e B, ma si noti che Ulpiano non parla di *collusio* o di *praevaricatio*, bensì di un *procurator* che *dolo malo* non si oppone alle difese del convenuto, lasciando che venga assolto; a termini di interpretazione letterale, l'autore del dolo sembrerebbe il *procurator* (di cui A sarebbe, pertanto, la vittima), ma se così fosse, non vi sarebbe ragione di domandarsi se spetti l'*ad.* contro B, estraneo alla *machinatio*; dunque, è evidente che l'autore del dolo è B e che la vittima delle sue male arti è stato il *procurator* di A. Si spiega allora la *ratio dubitandi* (*an de dolo actio ... competat, potest quaeri*): essa discende dal dubbio che ad A non spetti, in linea principale, l'*actio mandati* contro il *procurator*, che in fin dei conti è un *deceptus*. E giustamente Ulpiano risolve il dubbio negativamente (*et puto non competere*), mentre le limitazioni e i distinguo che seguono sono opera di un lettore postclassico, cui invece è parso che tra *procurator* e B vi fosse stata *collusio* e cui quindi è sfuggito il perché potesse dubitarsi della concedibilità dell'*actio mandati* contro il *procurator*.

(g) D. 4.3.8 (Gai. 4 ed. prov.): *Quod si cum scires eum (sc.: qui mutuam pecuniam rogavit) facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo iudicium dandum est.*

A induce maliziosamente B a contrattare con C, ben sapendo *eum facultatibus labi*: meritamente B potrà esercitare l'*ad.* contro A. Secondo l'a. (43 ss.) questo dipende dal fatto che C è insolvente, ed è vero.

Ma, si badi bene, C non è un *alius* contro cui si possa esperire l'azione contrattuale (rispetto a cui l'*ad.* è sussidiaria): C è un *alius* contro cui è stata inutilmente esperita da B l'azione contrattuale, sicché appunto per ciò è venuto alla luce il dolo di A. Lungi dal ritenere che l'*ad.* sia esperibile pur quando esista altra azione, a patto che il soggetto passivo di quest'ultima sia insolubile, Gaio insegna che non è il caso di parlare di *alia actio*, precludendo l'esperimento dell'*ad.*, quando il dolo di A abbia messo B in condizione di esercitare un'azione a vuoto contro C. E si chiarisce finalmente, a questo punto, il senso genuino del brano riportato nel fr. 6: *nam is* (cioè B) *nullam videtur actionem habere, cui, propter inopiam adversarii* (cioè C) *inanis actio est.*

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

Non è questo il luogo per seguire da vicino l'a. (85 ss.) nella sua complessa (e direi alquanto esasperata) critica del testo. A mio avviso, non vi sono seri motivi per negare che *Tu*, trovandosi a contestare del proprio olio con Tizio, ha eseguito presso Seio (evidentemente, col consenso di Tizio) una specie di *depositio in sequestrem* con mandato ad alienare la deperibile merce ed a conservarne il prezzo sinché la lite sia risolta. Di fronte alla riluttanza di Tizio ad *accipere iudicium*, *Tu* (attore nella controversia) si trova a mal partito, in quanto che la *condicio depositionis* non si è verificata e pertanto egli non è in grado di convenire Seio né con l'*actio mandati* (nell'ipotesi che l'olio sia stato già convertito in danaro), né con l'*actio sequestraria*, o comunque essa si chiami (nell'ipotesi che l'olio non sia stato ancora venduto). Data la inesistenza di *alia actio*, Labeone riteneva esperibile da *Tu* l'*ad.*, a differenza di Pomponio, che riteneva possibile un'*alia actio* ancora, l'*actio in factum* da *do ut facias*. Per verità, poco si capisce come mai Pomponio dichiarasse esperibile l'*actio in factum*, visto che sussisteva tuttora la difficoltà della *condicio depositionis non impleta*. A questo punto il testo è visibilmente guasto: forse Pomponio precisava che non sarebbe mai stato il caso di pensare ad un'*actio mandati* o ad un'*actio in sequestrem*, ma sarebbe stato piuttosto il caso di pensare ad un'*actio in factum*. Comun-

que, il Pringsheim ha perfettamente ragione quando denuncia il carattere chiaramente insiticio del finale *vel si is solvendo non sit rell.* e della cerebrina *distinctio* che ne scaturisce: infatti il problema, sia per Labeone, che per Pomponio, che per Ulpiano, è tutto e solo imperniato sulla esistenza o meno di un'*alia actio*, che impedisca il ricorso all'*ad.* contro Tizio.

(i) D. 17.1.8.1 (Ulp. 31 ed.): *Sed etsi per collusionem procuratoris absolutus sit adversarius, mandati eum teneri: sed si solvendo non sit, tunc de dolo actionem adversus reum, qui per collusionem absolutus sit, dandam ait.*

È vano tentar di sostenere l'interpolazione del passo sulla base di indizi locali, che indubbiamente sono insufficienti. Ben rileva, inoltre, l'a. (45 ss.) che sminuisce i sospetti di interpolazione il fatto che il frammento è fuori della *sedes materiae* (D. 4.3); al che va aggiunto, per buona misura, che il frammento è di massa sabiniana, mentre gli altri finora esaminati (e in particolare D. 4.3.7.9) sono di massa edittale. Tuttavia, a questo punto del nostro discorso non possono e non debbono essere sottovalutate due circostanze: a) che l'elaborazione postclassica relativa all'*is qui solvendo non est* è visibile, in D. 4.3.5+7 pr.+7.6+7.8+7.9+9.3, ad occhio nudo ed è tutta relativa ad un brano del libro 11 *ad edictum* di Ulpiano; b) che lo spunto per il malinteso postclassico può essere derivato, come sta a dimostrare D. 4.3.6+8, dal principio indubbiamente classico per cui non si considerava titolare di *alia actio* la vittima del dolo che, essendo stato indotto ad una certa contrattazione, avesse inutilmente esperito l'azione contrattuale. Onde è legittimo il sospetto che un annotatore dei *libri ad edictum* di Ulpiano, avendo riscontrato nel libro 11 il rilievo dato all'ipotesi dell'*alius* che *solvendo non sit* (e forse anche, avendo interpretato il passo di D. 4.3.7.9 nel senso che vi si parlasse della *praevaricatio* di un rappresentante processuale), abbia diligentemente riportato il principio a margine di un passo del libro 31 *ad edictum*, relativo ad un caso indubbio di *praevaricatio* del *procurator* (o chi per lui). Il sospetto di interpolazione di *sed si solvendo non sit rell.* in D. 17.1.8.1 è accresciuto dal fatto che il verbo reggente, *ait*, è senza soggetto: piuttosto che alla cancellazione o alla caduta del nome di qualche giurista precedente (per esempio, Labeone, citato in D. 17.1.8 pr.), potrebbe pensarsi al soggetto implicito (ovvio, per l'annotatore marginale) *Ulpianus*. Che l'interpolazione di D. 17.1.8.1 sia triboniana è reso poco probabile dalla rilevata diversità delle masse. Senza prendere posizione sulla tesi ultimamente difesa dal Wieacker (*Textstufen klassischer Juristen* [1960] 221 ss.), la nostra ipotesi con-

ferma la forte rielaborazione cui fu sottoposto in età postclassica e pregiustiniana il commentario edittole di Ulpiano.

5. — Ad ogni modo, quel che è veramente importante, per poter apprezzare a pieno l'impostazione della giurisprudenza classica, è l'accettazione e l'elaborazione del principio labeoniano per cui l'*ad.* va concessa *et si dubitetur an alia actio sit*: il che l'a. (62 ss.) pone in luce con acutissime (anche se non sempre del tutto convincenti) esegesi. Chi tenga presente quanto si è sostenuto dianzi (n. 2), e cioè che l'inammissibilità dell'*ad.* quando vi sia altra possibilità di rivalsa per il *deceptus* è frutto di una interpretazione giurisprudenziale della clausola edittole *si alia actio non sit*, sarà facilitato a comprendere il perché della tendenza classica all'*in dubio pro ad.*: la sussidiarietà dell'*ad.*, non stabilita espressamente dall'editto, più che una ferma regola, era un orientamento generale, passibile, entro certi limiti, di molteplici deviazioni. La troppo rigida applicazione del principio di sussidiarietà si sarebbe risolta in una negazione di quelle esigenze equitative, cui aveva obbedito Aquilio Gallo nell'emanare l'*edictum de dolo*.