

« ACTIO PETITIO PERSECUTIO »

1. — Il vecchio enigma, da molti giudicato insolubile, del senso di *actio petitio persecutio* (*app.*) è stato affrontato *ex novo* dal Casavola, in una monografia di cui (spero che l'amicizia per l'autore non mi inganni) non sapresti se ammirare di più la concinnità del discorso, la tensione della dialettica, o l'eleganza (quando non cade, a volte, in ricercatezza) dell'espressione stilistica (Casavola F., *Actio petitio persecutio* [Napoli 1965] p. 120).

Il problema scaturisce da un numero assai limitato, ma assai contrastante di dati. Il trinomio *app.* figura, nel suo misterioso significato, nella *Rhet. ad Herenn.* 2.12.18, in tre leggi della Spagna romana (*Urson.* 125, 126, 128-132; *Salpens.* 26; *Malacit.* 58, 62, 67) e in alcuni testi della compilazione giustiniana (I. 3.29.2, Flor. D. 46.4.18.1, Iul. D. 46.8.23, Ulp. D. 50.16.49). Due altri testi della compilazione ne danno, ma con risultati parzialmente diversi, una spiegazione: per Papiniano (1 *def.* D. 44.7.28), « *actio in personam infertur, petitio in rem, persecutio in rem vel in personam rei persecuendae gratia* »; Ulpiano (49 *Sab.* D. 50.16.178.2), « *plerumque actiones personales solemus dicere. petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur. persecutionis verbo* (ecco la differenza da Papiniano) *extraordinarias persecutiones puto contineri, ut puta fideicommissorum et si quae aliae sunt, quae non habent iuris ordinarii executionem* ». Queste due spiegazioni (sopra tutto quella di Ulpiano, che si riferisce anche alla *cognitio extra ordinem*) non sono evidentemente conciliabili, o pienamente conciliabili, con le altre fonti, o con tutte le altre fonti: particolarmente, col testo di Cicerone, con le tre leggi spagnuole e con la formula della *stipulatio Aquiliana* riportata dalle Istituzioni e dal testo di Florentino. Né in tutte le fonti che parlano di *app.* è parsa sinora possibile una interpretazione conforme della triade. Ond'è che il Mitteis (*RPR.* 1 [1908] 89 ss.), generalizzando un giudizio già pronunciato dal Bruns a proposito delle leggi spagnuole,

* In *Labeo* 12 (1966) 129 ss.

ha concluso qualificando *app.* un cumulo di parole senza senso, frutto della tendenza legislativa al pleonasma, e condannando altresì come illusorio, oltre che palesemente epidermico, il tentativo di spiegazione offerto da Papiniano e da Paolo.

Casavola comincia col sostenere che le due definizioni dei giuristi severiani non hanno affatto carattere generalizzante, ma sono rigorosamente attinenti a due formulari specifici: al formulario della *stipulatio Aquiliana* quella di Papiniano, al formulario delle *stipulationes emptae et venditae hereditatis* quella di Ulpiano. Caduta la necessità di far quadrare con le due definizioni il senso di *app.* nei testi estranei alla *stipulatio Aquiliana* ed alle stipulazioni di alienazione dell'*hereditas*, egli passa, con analisi dotte e sottili, ad affermare che, dovunque essa appare, la locuzione *app.* è relativa solo alla *cognitio* ordinaria, anzi alla procedura *per formulas*, e si svolge in un modo molto semplice: « *app.* è locuzione composita, dovuta alla giurisprudenza cautelare della tarda repubblica, espressiva della posizione dell'attore nella fase ordinatoria del processo, in quella del *petere* tramite la *litis contestatio*, nella terza del *persequi* davanti al giudice » (cfr. 2). Tutto questo i due giuristi severiani, Papiniano e Ulpiano, né lo seppero né furono in grado di capirlo, tanto più ch'erano assillati « dall'esigenza di un'interpretazione contemporanea, viva ed utile, che rispecchiasse nella triade *app.* la generale validità, logica e terminologica dell'*actio* a qualificare e regolare ogni richiesta di tutela esperibile in ciascuno dei due sistemi processuali », quello ordinario e quello straordinario (cfr. 119 s.).

2. — Del libro la parte che più immediatamente convince è quella dedicata al significato originario del trinomio (cfr. 76-106). Nelle tre leggi spagnuole, spiega suggestivamente Casavola, esso non ha affatto il carattere di ridondanza e di verbosità attribuitogli ingenerosamente dal Bruns, dal Mommsen e dal Wlassak, ma può spiegarsi, con alto grado di probabilità, come riferito alle fasi successive di quel processo privatistico e formulare, mediante il quale l'attore di una *petitio multae* perveniva a lucrare per sé l'importo della condanna (cfr. 81 ss.). Già questa dimostrazione sarebbe sufficiente a giustificare la locuzione, ma Casavola sostiene qualcosa di più: che essa fu inserita nelle tre leggi anche per reminiscenza ed influenza di formulari privatistici anteriori, in cui già si erano consolidati i tre significati, di *actio* come potere di promuovere il giudizio, di *petitio* come potere di tradurre la propria pretesa nella *litis-contestatio*, di *persecutio* come potere di difendere le proprie ragioni dinanzi al giudice. E quali questi formulari? A prescindere dalle *stipula-*

tionones emptae et venditae hereditatis (in cui non è testualmente provato che figurasse *app.* in luogo di un puro e semplice *actio*), due sono per Casavola indiscutibili: quello della *stipulatio Aquiliana* e quello della *cautio amplius non peti*.

Cominciamo dalla *cautio amplius non peti*. Convincentissima è la dimostrazione ch'essa attenesse al solo processo formulare (cfr. 94 ss.), e convincentissima è altresì la dimostrazione che ad essa appunto si riferisse *Rhet. ad Herenn.* 2.12.18 (cfr. 88 ss.). Ma è proprio sicuro che il formulario relativo, anziché limitarsi a parlare di *actio*, parlasse di *app.*? È proprio sicuro che *app.* non sia locuzione dell'*Auctor ad Herennium*, conforme ad una fraseologia usata anche da Cicerone (cfr. *Verr.* 4.70, su cui p. 88)? A Casavola la cosa sembra certa, perché lo si legge in *Iul. 5 ex Min. D. 46.8.23 (Iulianus respondit: verius est non obligari fideiussores: nam in stipulatione cavetur non petiturum eum, cuius de ea re actio petitio persecutio sit, et ratum habituros omnes, ad quos ea res pertinebit)*, ma, a mio sommessso avviso, è più che lecito il dubbio che ivi Giuliano, anziché riferire il tenore del formulario, invochi la funzione della *cautio* ed appunto perciò, per conferire maggiore intensità alla sua tesi, parli di *app.*, anziché semplicemente di *actio*. Comunque, va in ogni caso dato atto a Casavola che nel testo di Giuliano (siamo, dunque, in età preseveriana) *actio* ha valore di potere di agire e quindi « *petitio* e *persecutio* non possono non avere che valori omogenei e correlati a quello di *actio* », cioè « debbono corrispondere al potere (o ai poteri) di iniziativa e di impulso che l'attore spiega nel processo » (cfr. 99 ss.).

Ma il problema più grosso attiene alla *stipulatio Aquiliana*, cui Casavola dedica tutto intero il secondo capitolo (cfr. 31 ss.). Nel formulario riportato in *I. 3.29.2* e in *D. 46.4.18.1* la locuzione *app.* figura e risalta senza ombra di dubbio. Ma come si fa ad assegnarle il significato casavoliano, particolarmente se si ammette che ad esso si riferisse, con la sua spiegazione, Papiniano, nel brano riportato da *D. 44.7.28*? Casavola, che sostiene appunto il riferimento di Papiniano al formulario, è costretto, per arrivare alla sua conclusione a riesaminare molta parte della problematica relativa alla *stipulatio Aquiliana*, pervenendo alla fine ai seguenti risultati: *a)* *I. 3.29.2* non è derivato, come si tende generalmente a credere, da *Flor. D. 46.4.18.1*, ma è stato tratto (ben lo avrebbe intuito, a suo tempo, il Ferrini) dalle *res cottidianae* di Gaio, cioè da un'opera (precisa Casavola), checché si dica in contrario, sostanzialmente classica (cfr. 32 ss.); *b)* il testo « gaiano », pervenutoci attraverso le Istituzioni di Giustiniano, è più sicuro e attendibile di quello, manomesso e abbreviato, « fiorentiniano » (cfr. 37 ss.); *c)* le critiche avan-

zate da più parti contro la tradizione « florentiniana », e più ancora contro quella « gaiana », sono infondate, arbitrariamente distruttive e spesso poco serie (cfr. 44 ss., 49 ss., 58 ss. e cfr. ancora 47: « rapide e incontrollate suggestioni », quelle del Wlassak, non osservazioni critiche; ivi: dimostrazioni, quelle del Wlassak, del Segrè, del De Ruggiero, del Solazzi, « prestigiose e funambolesche, che costano ai testi un prezzo troppo alto per essere serio »; 61: « priva di dimostrazioni serie », la tesi del Wlassak; 62: « abile escamotage », una spiegazione del Meylan); *d*) una critica « chiarificante », e non « dissolvitrice » (cfr. 47), porta a ritenere che la *stipulatio Aquiliana* sia stata, sin da Aquilio Gallo, una stipulazione novativa, dunque relativa a sole *obligationes* (civilistiche), ma si sia differenziata dalle stipulazioni novative ordinarie per il fatto di accompagnarsi ad una *acceptilatio*, da pronunziarsi nello stesso giorno, sicché da essa non nasceva l'*actio ex stipulatu* (cfr. 66-71 e cfr. ancora 65: « dalla novazione ordinaria il creditore ha azione, da quella aquiliana no »; 72: « nella *stipulatio Aquiliana*, essendo l'effetto novativo limitato a costituire, in luogo delle *plures obligationes* precedenti *quoquo modo contractae*, un'unica *obligatio verbis*, che renda possibile il compimento del *contrarius actus*, egualmente *verbis*, dell'*acceptilatio*, un'*actio* dalla *nova obligatio* non ha modo di nascere »); *e*) non deve far specie, pertanto, che nel formulario della *stipulatio Aquiliana* si enumerassero, *ad abundantiam*, anche le azioni reali che il creditore avrebbe potuto esercitare (nella veste di proprietario della *res* dedotta in obbligazione) contro il debitore (che quella *res* possedesse, detenesse, o avesse dolosamente cessato di possedere o detenere), perché tanto non sorgeva problema circa la trasfusione di queste azioni in un'*actio ex stipulatu* (cfr. 68 ss., 71 ss.): l'inserzione era fatta al fine di evitare che il debitore fosse esposto, dopo l'*acceptilatio*, ad un'*actio in rem*, cui non avrebbe potuto opporre la novazione, estintiva della sola *actio in personam* scaturita dall'*obligatio*; *f*) il richiamo all'*app.*, contenuto nel formulario, non ha peraltro valore di riferimento alle *actiones in rem* (cui il formulario accenna solo successivamente), ma è inteso a specificare nel senso casavoliano l'*agere in personam* scaturente dalle *obligationes* novate (cfr. 66 ss.); *g*) Papiniano pasticciò tutto e, ritenendo falsamente che il riferimento alle *actiones in rem* avesse inizio già con la clausola *app.*, si sforzò di interpretare la triade nel modo che sappiamo (cfr. 73 ss.).

3. — Per esser franco, questa ricostruzione abilissima (no, non intendo qualificarla, perché abilissima, di escamotage) mi lascia ammi-

