ANNA MARIA GIOMARO

'ACTIO IN FACTUM ADVERSUS ARGENTARIOS'

SOMMARIO: 1. I termini della questione. — 2. Il significato tecnico dell'espressione *edere rationes*. — 3. Il *iusiurandum non calumniae causa postulare edi sibi* ed il *decretum editionis*. — 4. D. 2, 13, 8, pr.: il dolo come criterio di responsabilità. — 5. Il regime della condanna. — 6. L'ipotesi circa la pretesa natura penale dell'*actio in factum*. — 7. D. 2, 13, 4, 2-4: considerazioni sulla responsabilità del *filius* e del *servus argentarius*. — 8. *L'actio in factum* come azione *ad exhibendum*. — 9. Considerazioni riassuntive sulla disciplina bancaria nel mondo romano.

1. Alcuni anni or sono, nel suo attentissimo studio sulla delegazione nel diritto romano, la Sacconi (1) descriveva l'affermarsi dell'attività bancaria in Roma nei seguenti termini: « Allorchè il sistema tradizionale di tenere il denaro in una cesta di ferro, o rivestita in ferro, posta all'ingresso del *tablinum*, cominciò a rivelarsi poco sicuro per la conservazione di ingenti capitali, si diffuse, presso i romani che non volevano investire altrimenti il proprio denaro, l'uso di affidare tali somme agli argentari. L'affidamento poteva avvenire in due forme: mediante la consegna di cassette o sacchi pieni di denaro contato, oppure mediante il versamento di una somma che diveniva oggetto di un credito da parte del cliente » (2). Dopo aver citato, a riprova, due passi di Ulpiano relativi al concorso fra creditori, D. 42, 5, 24, 2 (3) e D. 16, 3, 7, 2 (4), con particolare riguardo

(1) G. SACCONI, *Ricerche sulla delegazione in diritto romano*, Milano 1971.

(2) SACCONI, *op. cit.*, p. 164 s.

(3) D. 42, 5, 24, 2 (ULP. l. 63 *ad ed.*): *In bonis mensularii vendundis post privilegia potiorem eorum causa esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt. sed enim qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt a ceteris creditoribus non separantur, et merito: aliud est enim credere, aliud deponere. si tamen nummi exstent, vindicari eos posse puto a depositariis et futurum eum qui vindicat ante privilegia.*

(4) D. 16, 3, 7, 2 (ULP. l. 30 *ad ed.*): *Quotiens foro cedunt nummularii, solet primo loco ratio haberi depositariorum. hoc est eorum qui depositas pecunias habuerunt, non quas faenore apud nummularios vel cum nummulariis vel per ipsos exercebant. et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habe-*

a quest'ultimo, l'Autrice concludeva, col Mitteis ([5]), « che la *pecunia exercita cum nummulariis* indica il denaro impiegato in società dal banchiere e dal cliente, la *pecunia exercita apud nummularios* si riferisce al denaro per cui il banchiere corrispondeva al cliente un interesse fisso e infine la *pecunia exercita per nummularios* allude al denaro che il banchiere dava a credito, dietro prestazione di garanzie reali, per conto del cliente. Per concludere non manca, tra le notizie forniteci da Ulpiano, un riferimento implicito al deposito di cassette o sacchetti di denaro. Il giurista infatti menziona una *reivindicatio* esperibile dal depositante e tale azione non è possibile se non nel caso in cui le monete siano individuabili » ([6]). « ... Praticamente essi — i banchieri — sono incaricati di effettuare erogazioni, dietro delegazione, su somme date a credito dai singoli clienti » ([7]).

Peraltro, nel caso di denaro dato in deposito al banchiere che ne poteva disporre a suo piacimento, salvo corrispondere un interesse e restituire — a richiesta del cliente — una somma pari a quella ricevuta, è configurabile fra le parti il solo rapporto di deposito irregolare. E certamente fu questa la forma di commercio bancario che ebbe col tempo maggior diffusione ([8]); tuttavia le fonti non la prendono in considerazione in maniera autonoma.

Invece abbiamo numerosissimi esempi, nei testi giuridici e letterari, di *pecunia exercita per nummularios.*

Se nella relazione fra banchiere e cliente entra in giuoco il meccanismo della delegazione — cosa che appare inconfutabile —, per valutare l'importanza e la diffusione dell'attività bancaria bisogna tener distinti il rapporto di provvista da quel-

---

tur, dummodo eorum qui vel postea usuras acceperunt ratio non habeatur, quasi renuntiaverint deposito.

(5) Cfr. L. MITTEIS, *Trapezitika*, in *ZSS* 19 (1898), p. 207.

(6) SACCONI, *op. cit.*, p. 166 s.

(7) SACCONI, *op. cit.*, p. 168.

(8) SACCONI, *op. cit.*, p. 167

lo di valuta. Il primo è configurabile come deposito irregolare, per il quale può essere stabilita la corresponsione di interessi. Il secondo può dar luogo a rapporti giuridici diversi.

Così, di volta in volta, il cliente poteva rivolgersi al banchiere perchè provvedesse al pagamento di una schiava o di uno schiavo ([9]); e, in generale, poteva delegare il banchiere *ad res quasdam mobiles vel immobiles emendas* ([10]), ovvero al pagamento di crediti e interessi di qualsiasi natura ([11]).

Il banchiere poteva intervenire nelle amministrazioni patrimoniali, o come semplice depositario ([12]), ovvero, come incaricato del cliente per provvedere per esempio, alla vendita all'incanto di un fondo ([13]), o alla vendita dell'*hereditas* ([14]), o di cose pupillari ([15]).

Molto spesso venivano rivolte ai banchieri richieste di mutuo; e proprio sotto questo punto di vista si deve ricordare un intervento autoritativo di Giustiniano, diretto a rendere più sicura la posizione dell'argentario mutuante ([16]).

Per concludere, a sottolineare la molteplicità di negozi giuridici in cui poteva verificarsi un intervento dei banchieri, basti citare un passo della *pro Fonteio* di Cicerone a proposito dell'attività bancaria in Gallia: *nemo Gallorum sine cive Romano quicquam negoti gerit, nummus in Gallia nullus sine civium romanorum tabulis commovetur* ([17]).

Su queste premesse risulta evidente l'importanza che assumevano, nel mondo romano, le *rationes* ([18]), che documentavano i rapporti fra cliente e banchiere. Le fonti parlano, in pro-

---

(9) Cfr. Plauto, *curc.* 5, 2, 20, e anche 3, 1, 62-66 e 2, 3, 66-69.
(10) Cfr. Nov. 136, 1.
(11) Cfr. Plauto, *asin.* 2, 4, 30-34 e Cesare, *de bel. civ.* 3, 1, 2.
(12) Cfr. D. 26, 7, 50.
(13) Cfr. Cic., *pro Caec.* 6. 17.
(14) Cfr. D. 5, 3, 18 pr.
(15) Cfr. D. 46, 3, 88.
(16) Cfr. Nov. 136, 1.
(17) Cfr. Cic., *pro Font.* 5, 11.
(18) Cfr. Sacconi, *op. cit.*, p. 147 ss.

posito, di *fides pubblica* (D. 2, 13, 9, 2) e di *officium atque ministerium causae publicae* (D. 2, 13, 10, 1), e sottopongono ad una particolare disciplina la produzione in giudizio di questi documenti. Peraltro si rende opportuno verificare certe conclusioni della dottrina in tema di *editio rationum argentarii.*

Un obbligo particolare è imposto dall'editto agli argentari:

> D. 3, 13, 4, 1 (ULP. l. 4 *ad ed.*) *Argentariae mensae exercitores rationes, quae ad se pertinent, edent adiecto die et consule.*

Il pretore stesso esercitava una coazione indiretta sui banchieri per costringerli a *erede rationes*, minacciando sanzioni contro coloro che rifiutassero l'*editio* ([19]).

> D. 2, 13, 9 pr. (PAUL. l. 3. *ad ed.*) *Quaedam sunt personae, quas rationes nobis edere oportet nec tamen a praetore per hoc edictum compelluntur. veluti cum procurator res rationesve administravit, non cogitur a praetore per metum in factum actionis rationes edere: scilicet quia id consequi possumus per mandati actionem. et cum dolo malo socius negotia gessit, praetor per hanc clausolam non intervenit: est enim pro socio actio. sed nec tutorem cogit praetor pupillo edere rationes: sed iudicio tutelae solet cogi edere.*

Si vuole enumerare qui una serie di persone che, pur avendo l'obbligo di *erede rationes*, tuttavia non devono figurare fra i destinatari della clausola edittale che imponeva autonomamente tale obbligo. Infatti, si tratta di soggetti che già per se stessi sono ritenuti responsabili dei conti, e, come tali, sono costretti all'esibizione in virtù del particolare rapporto giuridico di cui sono parte. Così, nel caso del *procurator*, è sufficiente

---

([19]) Circa l'opportunità di reprimere con la minaccia di sanzioni l'omissione dell'*editio* si legga L. DE SARLO, *La produzione dei documenti nel processo romano classico*, estratto da *RIL* 15 (1937), p. 6.

che il *dominus negotii* esperisca l'*actio mandati* per ottenere i conti dell'amministrazione; nel caso del socio che abbia negoziato dolosamente è sufficiente che gli altri soci lo convengano con l'*actio pro socio*; e, ugualmente, nel caso del tutore, per il rendiconto della tutela, è sufficiente l'*actio tutelae*. Si tratta, infatti, di azioni specifiche per la buona amministrazione della cosa altrui, in rapporti particolari che hanno tale amministrazione come causa.

Ma se nei casi precedenti è sufficiente l'azione data per il rapporto fra le parti — e si noti, frattanto, che non si tratta mai di azione penale ([20]) — ci si domanda quale possa essere la disciplina dell'*editio rationum* negli altri casi, come, ad esempio, quello degli argentari. Il passo di Paolo offre una risposta in questo senso laddove, parlando del *procurator* dice che egli *non cogitur a praetore per metum in factum actionis rationes edere*. Di conseguenza, nel caso degli argentari, il pretore concederà, di volta in volta, un'autonoma *actio in factum* per costringerli a produrre i conti in giudizio.

Il parallelo con l'*actio mandati, tutelae* e *pro socio* consente anche di dire qualche parola sulla natura di quest'ob-

---

([20]) Nessun dubbio per quanto concerne l'*actio mandati* e l'*actio pro socio*. Invece, la fattispecie della tutela può dare a pensare, in quanto le fonti ricordano anche un'*actio rationibus distrahendis*, di natura penale. Si noti, però, che la finalità dell'*actio in factum* è diversa da quella dell'*actio rationibus distrahendis*: nel caso della tutela c'è stata una malversazione e le *rationes* sono richieste appunto per documentare questa malversazione e comminare, in seguito, la sanzione penale; nel caso degli *argentarii* le *rationes* sono richieste come prova fine a se stessa, non per accertare una responsabilità penale. Del resto, anche l'*actio rationibus distrahendis* in epoca storica è solo un ricordo: al suo posto si trova l'*actio tutelae*, che non è azione penale, e che del regime primitivo conserva solo il carattere infamante.

Lo stesso Paolo distingue nettamente dall'*actio in factum* le azioni concesse nel caso di mandato, società e tutela, nelle quali l'*editio rationum* non è la finalità prima del processo, com'è, invece, per l'*actio in factum*. E, d'altra parte, tutti i mezzi di coercizione testimoniati dalle fonti in ipotesi di omessa *editio* sono di natura civile: cfr. DE SARLO, *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati*, Torino 1938, p. 275 s., ed anche *Ancora sulla produzione dei documenti nel processo romano*, estratto dalla *Rivista di dir. proc. civ.* 16 (1939), p. 3 s.

bligo. L'*editio argentaria* non deriva dalla particolare natura del rapporto, ma rimane tuttavia legata strettamente al rapporto stesso. Non si tratta, almeno per diritto classico, di un obbligo di natura processuale, come ha messo in luce il De Sarlo ([21]); è vero che l'argentario è obbligato a *edere rationes* anche se non è parte nel processo in cui è richiesta la produzione dei documenti (D. 2, 13, 10 pr. : *Argentarius edere iubetur*: *nec interest cum ipso argentario controversia sit an cum alio* ...), ma l'*editio* gli è richiesta solo in virtù del suo rapporto col richiedente.

Rimane incerta, però, la natura dell'*actio in factum*.

La dottrina, oggi, è volta quasi unanimamente a considerarla azione penale: e questa soluzione è confortata da serie motivazioni ([22]).

Ma non meno validi motivi si possono apportare a sostegno di una conclusione opposta: l'*actio in factum adversus argentarios* sarebbe un'azione *ad exhibendum*. Però, di fronte a certe caratteristiche dell'azione che non collimerebbero del tutto con quelle dell'*actio ad exhibendum*, i sostenitori di questa opinione, spesso, hanno dovuto ripiegare su di una soluzione di compromesso ([23]). Pertanto, l'*actio in factum*, pur model-

---

([21]) Cfr. DE SARLO, *La produzione*, cit., p. 14, e *Ancora sulla produzione*, cit., p. 3.

([22]) Cfr. *infra*, in particolare p. 91 ss.

([23]) Già il GLUCK parlava dell'azione nei termini che si userebbero per l'*actio ad exhibendum*, insistendo però nel chiamarla *actio in factum de edendo*, e protestandone una non meglio specificata differenza con l'*actio ad exhibendum* stessa (cfr. il *Commentario alle Pandette*, II, p. 516 ss.). Nell'opinione del DEMELIUS (*Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das klassische und heutige Recht*, Graz 1872, p. 250 ss.) all'*actio in factum* viene a mancare il carattere di azione preparatoria ad una *reivindicatio* che sarebbe proprio dell'*actio ad exhibendum*, e, pertanto, a fondamento della legittimazione passiva all'azione non sarebbe la *facultas exhibendi*, ma la qualità di *argentarius*. Secondo il BURILLO (*Recensione a Fernandez-Barreiro*, in *IURA* 21, 1970, p. 282 ss.) l'interesse richiesto per la legittimazione attiva all'*actio in factum* non corrisponde all'interesse tipico dell'*actio ad exhibendum*; inoltre, sulla base di una sostanziale differenza tra *exhibere* ed *edere* — documentata dal FERNANDEZ-BARREIRO (*La previa informacion del adversario en el proceso privado romano*, Pamplona 1969, p. 127 ss.) con specifico richia-

lata sull'*actio ad exhibendum*, sarebbe però un'azione del tutto speciale, tipica della sola categoria degli *argentarii*, e sorta come regolamentazione pretoria di un problema pratico che, col tempo, veniva ad assumere sempre maggior rilevanza, dato l'estendersi dell'attività dei banchieri.

A mio avviso non vi sono motivi sufficienti per concludere a favore del carattere penale dell'*actio* in questione (il che implicherebbe, fra l'altro, la costruzione della fattispecie nel novero degli illeciti pretori). Anzi, tutti gli argomenti che si possono trarre dai testi confortano la tesi che si tratti di *actio ad exhibendum*, salvo che per talune caratteristiche di cui si dirà in seguito.

Rinviamo a più tardi, quando avremo esposto più compiutamente tutti i termini del problema, una elencazione specifica dei dati su cui si fonda la tesi che potremmo chiamare penalistica. Frattanto se ne possono discutere alcune premesse.

2. Per negare l'identificazione dell'*actio in factum* con un'*actio ad exhibendum*, la dottrina si richiama innanzi tutto al significato dell'espressione *edere rationes*: *edere* — si dice — non è *exhibere*.

A proposito della produzione di documenti, e in particolare in rapporto alle *rationes*, le fonti tramandano tre distinte espressioni, *edere*, *reddere*, ed *exhibere rationes*.

---

mo ad uno studio del Burillo sull'*actio ad exhibendum* (*Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum' en derecho clasico*, in *SDHI* 26, 1960, p. 208 ss.) — verrebbe a cadere ogni coincidenza nelle finalità delle due azioni, in quanto, nell'un caso, la finalità dell'*edere* sarebbe puramente conoscitiva, mentre nell'altro, la funzione tipica dell'*exhibere* sarebbe quella di costituire una remora all'*indefensio* nel processo principale.

Solamente il Marrone ('*Actio ad exhibendum*', in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo* 26, 1957, p. 233 ss.) afferma senza dubbi l'identificazione completa dell'*actio in factum* con un'*actio ad exhibendum*, ed anzi ritiene che proprio solamente in questa ipotesi l'*actio ad exhibendum* abbia mantenuto il suo carattere di autonomia anche in età postclassica, senza scadere, come per tutte le altre sue applicazioni, ad un mero ruolo preparatorio delle azioni petitorie.

Nessun dubbio può sorgere circa il significato di *reddere rationes* ([24]), che le fonti definiscono più volte, e chiaramente. I testi più significativi a questo proposito sono:

D. 35, 1, 32 (AFR. l. 9 *quaestionum*) *Quamvis rationes reddere nihil aliud sit quam reliqua solvere, tamen et si statuliberi et heredis culpa, sine fraude tamen servi, minus solutum sit et bona fide redditas esse rationes existimatum fuerit, liberum fore: et nisi ita observetur, neminem, qui sub condicione ita manumissus esset, umquam ad libertatem perventurum, si per imprudentiam minus solutum esset. haec ita accipienda ait, si quando is, qui rationes reddere iussus sit, per aliquem errorem sine dolo malo ita rationes ediderit, ut dominus quoque circa computationem errasset.*

D. 35, 1, 81 pr. (PAUL. l. 21 *quaestionum*) *Iulius Paulus Nymphidio. Quaesisti, si ita in testamento cautum esset: 'Stichus si rationes reddiderit, cum contubernali sua liber esto eisque decem heres dato', an Sticho mortuo antequam rationes redderet, vel pariatore vel reliqua habente, libera esset mulier? et an de legato idem accipiamus? libertate data, si rationes reddiderit, hanc condicionem rationum reddendarum, ut iussus videatur reliqua reddere, si qua habet, cum fide actus sui. quae si nulla sunt, pure accepisse libertatem videbuntur...*

D. 50, 16, 89, 2 (POMP. l. 6 *ad Sab.*) *Inter 'edere' et 'reddi rationes' multum interest: nec is, qui edere iussus sit, reliquum reddere debet: nam et argentarius edere rationem videtur, etiamsi quod reliquum sit apud eum non solvat.*

([24]) Cfr. FERNANDEZ-BARBEIRO, *op. cit.*, p. 134 ss.

e soprattutto

D. 35, 1, 82 (CALLISTRATUS l. 2 *quaestionum*) *Cum servus ita liber esse iussus sit 'si rationes reddiderit' eique fundum heres dare damnas sit, videamus, utrum condicio libertati praeposita sit an vero et legato. et quidem libertati soli accipiamus praepositam, nullus tractatus amplius superest: nam legatum purum invenitur et ideo inutile fit: quod si condicio etiam legato insita sit, quod quidam recte putant, simul cum libertate dies quoque legati utiliter cedit. quid ergo continetur his verbis 'si rationes reddiderit'? quidam hoc aiut 'si reliqua reddiderit', quasi nihil intersit, utrum sub hac condicione 'si reliqua' vel hac 'si rationes reddiderit'. sed nos neque condicionem meram putamus esse, quae in datione exsistit, neque meram condicionem, quae in facto sit, sed eam condicionem, quae ex mixtura quadam consistit. nam non utique si ille in folle reliqua optulerit, liber erit: non enim testator hoc sensit, sed illud, ut rationes reddat, quomodo servus reddere solet, id est legendas offere rationes primum, deinde computandas, ut explorari possit, imputationes probe an improbe referantur, accepta recte relata an non recte: ita enim incipit quidem res a facto, pervenit autem ad pecuniam. inest his verbis etiam heredes notitia instrui, rationum, ut sciant, quid in quaque ratione scriptum sit. nam quod ipse vivus facturus erat, ab heredibus suis fieri iussisse intellegitur: ille autem utique non sic solebat servo suo ostendenti reliqua rationes subscribere, sed ita, ut legeret examinaret exciperet. itaque cum servo sub hac condicione testamento libertas datur 'si rationes reddiderit', non hanc solam habet significationem, si cautiones strumentaque omnia actus sui exhibuerit heredi, sed et si reliqua solverit.*

Una espressione del primo dei passi sopra riportati (intendo riferirmi alla frase *is, qui reddere rationes iussus sit... ita rationes ediderit, ut dominus quoque circa computationem errasset*) sembra distinguere nell'attività complessiva del *reddere rationes* almeno tre momenti diversi, e cioè innanzi tutto l'*editio*, ad iniziativa di colui che ha tenuto i conti (in questo caso il servo), in secondo luogo la *computatio*, cioè la verifica delle operazioni contabili ed il calcolo delle rimanenze, ad iniziativa soprattutto della controparte, ed infine il *reliqua solvere*, che rappresenta il saldo e la chiusura dei conti, e che altrove può essere indicato come l'unico momento significativo del *reddere rationes*, in quanto comprende necessariamente in sè i primi due momenti ([25]).

Anche D. 50, 16, 89 conferma questa affermazione: il giurista non si sarebbe curato di porre in particolare evidenza la differenza fra *edere* e *reddere rationes*, se fra i due momenti non vi fosse anche qualche cosa di comune. *Edere* e *reddere* si trovano fra loro in un rapporto di continenza; infatti, mentre Pomponio è ben legittimato ad affermare *nec is, qui edere iussus sit, reliquum reddere debet*, per quanto riguarda la proposizione inversa deve dire: *is, qui reddere rationes iussus sit, non videtur satisfacere, si reliquum reddat non editis rationibus* (D. 34, 3, 8, 5: POMP. 1. 6 *ad Sabinum*).

Si deve prendere in particolare esame anche D. 35, 1, 82, al punto *non enim testator hoc sensit, sed illud, ut rationes reddat, quomodo servus reddere solet, id est legendas offerre rationes primum, deinde computandas, ut explorari possit, imputationes probe an improbe referantur, accepta recte relata an non recte.* Anche qui sono posti in rilievo i due aspetti del *reddere rationes* che sono l'*editio* e la *computatio*, e l'*editio* vi è qualificata come un *rationes legendas offerre.*

Si può parlare a questo proposito di esibizione?

([25]) Così nell'espressione iniziale di D. 35, 1, 32.

Le fonti tramandano altre due definizioni di *edere*, ambedue sotto il nome di Ulpiano:

> D. 2, 13, 1, 1 (ULP. l. 4 *ad ed.*) *Edere est copiam describendi facere: vel in libello complecti et dare: vel dictare...*
>
> D. 2, 13, 6, 7 (ULP. l. 4 *ad ed.*) *Edi autem est vel dictare vel tradere libellum vel codicem proferre* ([26]).

L'*edere*, dunque, non ha lo stesso significato del *praesentiam corporis praebere* che era richiesto per l'*exhibitio* ([27]), o, almeno, non sempre ([28]): colui cui l'*editio* è richiesta può *codicem proferre* (D. 2, 13, 6, 7), cioè presentare il suo libro dei conti in modo che l'altra parte possa trarre essa stessa una copia scritta delle note che la interessano; ma può anche *tradere libellum* (D. 2, 13, 6, 7), cioè trascrivere egli stesso le note pertinenti e consegnare lo scritto alla controparte (il *tradere libellum* di D. 2, 13, 6, 7 corrisponde perfettamente a *in libello complecti et dare* di D. 2, 13, 1, 1); ed infine può *dictare* (D. 2, 13, 1, 1 e D. 2, 13, 6, 7), vale a dire leggere ad alta voce e scanditamente in modo che la controparte possa trarne le indicazioni che crede; in definitiva ognuno di questi mezzi è possibile, basta che, comunque, si dia al richiedente la possibilità di conoscere e prendere nota del contenuto dei conti (il *copiam describendi facere* di D. 2, 13, 1, 1).

Non si può negare che, allorchè si parla di *codicem proferre*, esista un oggetto materiale, il *codex*, su cui si può esplicare l'attività dell'*exhibitio*. Ma, innanzi tutto l'oggetto dell'*edi-*

([26]) La prima definizione sembra riferirsi più propriamente all'*editio actionis*, e solo la seconda all'*editio rationum*; ma la corrispondenza è pressochè perfetta, come ha notato A. BISCARDI, in *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, p. 299 ss.

([27]) Cfr. D. 50, 16, 22 (GAIUS l. 4 *ad ed. prov.*): *Plus est in restitutione quam in exhibitione: nam 'exhibere' est praesentiam corporis praebere...*

([28]) Così anche FERNANDEZ-BARBEIRO, *op. cit.*, p. 128 ss.

tio non è il *codex* bensì le *rationes*, i conti, nella loro immaterialità, riguardo ai quali, appunto, non si può *praesentiam corporis praebere*, quando poi non si parli di *exhibere* come di un « dare la possibilità di impossessarsi della cosa » (D. 43, 5, 3, 8, ULP. l. 68 *ad ed.* : *Quid sit exhibere videamus. exhibere hoc est materiae ipsius adprehendae copiam facere*), o « dare la facoltà di vedere e toccare materialmente » (D. 43, 29, 3, 8, ULP. l. 71 *ad ed.*: ... *exhibere est in publicum producere et videndi tangendique hominis facultatem praebere*...) ([29]).

In D. 35, 1, 82, or ora citato, si parla di un *reddere rationes* che *in datione exsistit*, poi ancora di un *reddere rationes* che *in facto est*, ed in ultimo di un *reddere rationes* che *ex mixtura quadam consistit*: come si evince dal seguito del passo Callistrato non vuol fare altro che isolare i vari elementi compositivi del *reddere rationes*, dei quali si è già fatto cenno. Allora, il *reddere rationes* che *in facto est* equivarrebbe forse al *legendas offerre*, cioè alla semplice *editio*, come è menzionata alla fine del passo in questione.

Ed infine si consideri anche l'ultima parte di D. 35, 1, 82: ... *ille* (scilicet *testator*) *autem utique non sic solebat servo suo ostendenti reliqua rationes subscribere, sed ita, ut legeret examinaret exciperet. itaque cum servo sub hac condicione testamento libertas datur 'si rationes reddiderit', non hanc solam habet significationem, si cautiones strumentaque omnia actus sui exhibuerit heredi, sed et si reliqua solverit*: l'*exhibere* sembrerebbe doversi identificare con quell'*ostendere ut legeret examinaret exciperet rationes* che il servo soleva fare quando il padrone era in vita. Ma anche con ciò non si può dire che l'*edere*, che pure poco prima era stato definito come un *legendas*

([29]) L'affermazione è valida sia nel caso che il comportamento dell'*exhibere*, secondo l'opinione del BURILLO (*op. ult. cit.*, p. 216 ss.), venga identificato con il « dare la possibilità di impossessarsi della cosa », richiedendo quindi una cooperazione attiva da parte dell'esibente, sia che si preferisca aderire all'interpretazione del MARRONE (*op. cit.*, p. 296 ss.), secondo il quale l'*exhibitio* comporterebbe soltanto un *tollere pati*, senza alcuna partecipazione attiva da parte dell'esibente.

offerre rationes, sia un *exhibere*: infatti il giurista non parla di *ostendere rationes*, come se queste fossero materializzate, e quando deve usare il verbo tecnico *exhibere*, dà all'*exhibere* stesso un oggetto che lo renda possibile, cioè *cautiones strumentaque omnia actus sui*, e non *rationes*.

Se anche talvolta l'*edere* può essere confuso con l'*exhibere* — scrive il Fernandez-Barreiro —, la differenza fra l'una attività e l'altra sta nella finalità essenzialmente informativa dell'*editio* ([30]).

Per concludere può essere utile considerare brevemente il significato pratico dell'individuazione dei vari momenti compositivi del *reddere rationes*, ciascuno per suo conto.

Il primo atto del rendiconto è in ogni caso l'*editio*, esposizione informativa dello stato dei conti, spesso limitata *a capite*: alla semplice *editio* erano tenuti in particolare gli argentari.

Il secondo atto consisteva nella *computatio*, della quale si è già messo in luce il valore ricognitivo circa l'ammontare degli attivi e dei passivi: la *computatio* presuppone necessariamente l'*editio*, e rappresenta, per esempio, la usuale attività di rendiconto del servo (*quomodo servus reddere solet*) ([31]) durante lo svolgimento dell'attività negoziale cui fosse stato preposto ([32]).

Il terzo atto, il *reliqua solvere*, non consiste *ex mixtura quadam*, cioè come dice Callistrato nel passo già esaminato, non

---

([30]) Cfr. FERNANDEZ-BARREIRO, *op. cit.*, p. 127 ss.

([31]) D. 35, 1, 82 di CALLISTRATO, precedentemente citato.

([32]) Invero l'ipotesi può essere giustificata anche al di fuori del caso della preposizione del servo: un qualunque rappresentante durante lo svolgimento del negozio o delle attività affidategli, se viene richiesto dei conti per una normale revisione, è tenuto alla *computatio* in questo senso, cioè a *edere* e *computare*. Così il *procurator*, così il socio nell'*actio pro socio* quando non si verifichi un caso di espulsione dalla società (nel qual caso sarebbe tenuto a *reddere rationes*, come si dice poco oltre), così il tutore convenuto con l'*actio tutelae* durante la tutela: e queste sono le situazioni cui fa cenno Paolo in D. 2, 13, 9 pr. (*Quaedam sunt personae, quas rationes nobis edere oportet nec tamen a praetore per hoc edictum compelluntur. veluti cum...*) (cfr. *supra*, p. 58 s.).

vi si è adempiuto se semplicemente *in folle reliqua optulerit*, senza aver premesso un'*editio* ed una *computatio*: si tratta del rendiconto totale che può essere richiesto alla chiusura di un'attività negoziale o al termine di una relazione personale di fiducia (come è il caso del rapporto fra il servo ed il padrone alla morte di quest'ultimo).

3. A salvaguardia degli interessi dell'argentario a colui che domanda l'*editio* viene imposto un *iusiurandum non calumniae causa postulare edi sibi.*

> D. 2, 13, 6, 2 (ULP. 1. 4 *ad ed.*) *Exigitur autem ab adversario argentarii iusiurandum non calumniae causa postulare edi sibi: ne forte vel supervacuas rationes vel quas habet edi sibi postulet vexandi argentarii causa.*

E si legga anche:

> D. 2, 13, 9, 3 (PAUL. 1. 3. *ad ed.*) *Ceterum omnibus postulantibus et iurantibus non calumniae causa petere rationes, quae ad se pertineant, edi iubet* (scilicet *praetor*).

Questo giuramento rappresenta uno dei rimedi diretti a reprimere la *calumnia* ([33]). I testi non dicono di più. Tuttavia dalla loro lettura si ricava un'impressione generale, non documentata, che si tratti di un giuramento del tutto particolare ([34]). Innanzi tutto l'iniziativa sembra dover partire dal magistrato, e non dalle parti: infatti, è il magistrato che, quando l'attore gli presenta la *postulatio editionis*, prima di intervenire concretamente, lo costringe a giurare. Anche in questo caso la coazione è indiretta: solo se l'attore avrà prestato il giuramen-

---

(33) Cfr. M. LEMOSSE, *Histoire du serment de calumnia*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 21 (1953), p. 31 ss.

(34) Cfr. LEMOSSE, *op. cit.*, p. 57 ss.

to, il pretore interverrà a suo favore. Perciò, il giuramento si pone come un presupposto necessario dell'intervento del pretore.

Sulla base di questo giuramento il pretore emanerà un *decretum* ([35]), con il quale imporrà al banchiere di produrre in giudizio le *rationes* pertinenti alla causa.

4. Ulpiano espone chiaramente i criteri su cui è commisurata la responsabilità di colui che non effettua l'*editio ubi exigitur*:

> D. 2, 13, 8 pr. (ULP. l. 4 *ad ed.*) *Ubi exigitur argentarius rationes edere, tunc punitur, cum dolo malo non exhibet: sed culpam non praestabit nisi dolo proximam. dolo malo autem non edidit et qui malitiose edidit et qui in totum non edidit.*

Il criterio di imputazione di responsabilità è il dolo: inoltre, secondo la lettera del testo, al dolo può essere assimilata la *culpa*, quando sia *dolo proxima*.

Non si tratta di un'elencazione esauriente della casistica del *non edere dolo malo*. Ulpiano vuole semplicemente richiamare l'attenzione su due casi particolari, che, altrimenti, avrebbero potuto far sorgere dei dubbi: fra le fattispecie che si possono ricondurre all'editto — egli dice — rientrano anche: 1) l'*editio malitiosa*, 2) l'*editio* parziale; la specificazione si rendeva necessaria perchè con l'espressione *dolo malo non edere*, intesa alla lettera, l'editto sembrava prevedere la sola situazione di colui che, con dolo, si fosse rifiutato di compiere l'*editio rationum* nel modo più assoluto.

([35]) L'esistenza di questo *decretum editionis* è argomentata dal verbo che compare in un testo di Ulpiano, D. 2, 13, 8, 1, dove, nel caso di *argentarii* che non abbiano effettuato l'*editio* loro richiesta, si prevede un'azione diretta a far ottenere all'interessato una somma pari al valore della perdita subita al momento in cui l'*editio* fu richiesta, e cioè *cum decerneretur a praetore*. Cfr. FERNANDEZ-BARREIRO, *op. cit.*, p. 163 ss. e 208.

È facile intendere il significato di *editio malitiosa*: più che il fatto rappresentato dall'azione dell'argentario, si vuole sottolineare qui l'elemento soggettivo dell'azione stessa, e ciò perchè l'azione onn è quella tipica, è un *edere* e non un *non edere* ([36]). In tal modo si viene a colpire anche l'argentario che compie l'*editio* (e, quindi, ottemperando egli al *decretum editionis* del pretore non dovrebbe essere ricompreso fra i destinatari della clausola edittale), ma la compie con l'intento di danneggiare colui che aveva richiesto l'*editio* stessa: tale, ad esempio, è il caso di colui che esibì i conti falsando le cifre, o facendo risultare a suo favore dei crediti che in realtà non esistevano, e tutto ciò allo scopo di recar danno alla controparte.

Per lo stesso motivo viene presa in considerazione la seconda ipotesi, l'*editio* parziale. Certamente nell'*in totum non edidit* è sempre presupposto l'ablativo *dolo malo* che era espresso nelle premesse: così la fattispecie esula solo in parte dall'enunciazione del concetto generale, in quanto l'argentario non rifiuta del tutto di compiere l'*editio*, ma la compie solo parzialmente. Si può fare l'ipotesi dell'argentario Tizio, che, avendo convenuto in giudizio il suo mutuatario Caio, deve esibire tutti i conti relativi ai suoi rapporti con Caio (si sa, infatti, che l'azione a favore o contro l'argentario comporta l'inserimento di diritto di eventuali clausole compensative) ([37]); in mala fede Tizio produce solo i conti a lui più favorevoli, in maniera tale da limitare i suoi addebiti nei confronti di Caio. Nè appare necessario che l'azione veda lo stesso argentario come attore o con-

---

([36]) La Glossa Magna a *et qui malitiose* dice: *litera ista sibimet contradicere videtur. nam qui malitiose edidit, dolo malo edidit. dicas ergo, dolo malo non edidit, idest editionem fidelem omisit: ut sit verbum infinitum. vel dic verius, non edidit scilicet iuris fictione, sic et supra D. 2, 8, 6* ...

([37]) Il passo è riportato con un diverso significato nei Basilici (cfr. BAS. 7, 18, 8: *Δόλος δέ ἐστι καὶ τὸ μὴ ἐκδοῦναι καὶ τὸ κακοθελῶς ἐκδοῦναι* ...; nella traduzione dell'Heimbach esso suona: ... *Dolus autem est et plane non edere et malitiose edere* ...), dove, per rendere il discorso più logico, il primo esempio viene posposto al secondo.

venuto: sappiamo, infatti, che egli è costretto all'*editio* anche per azioni che si svolgono fra terzi, quando l'esibizione dei suoi conti possa avere pertinenza con la lite (D. 2, 13, 10, pr.). La circostanza più semplice che può venire alla mente in questo caso è quella della delegazione ([38]). Tra Caio e Sempronio si è instaurato un giudizio per il pagamento di una somma di denaro ricevuta a titolo di mutuo: il mutuatario Sempronio assume di non aver adempiuto personalmente nelle mani di Caio, ma di aver delegato a Tizio il pagamento del debito, il quale pertanto è stato saldato dall'argentario. Perciò dai libri contabili del banchiere risulterà il meccanismo della *delegatio*, e cioè il rapporto di provvista fra Sempronio e Tizio ed il rapporto di valuta fra Caio e Sempronio. Sarà interesse di Sempronio far esibire in giudizio questi conti, e se l'argentario ne farà un'*editio* solo parziale, tacendone alcune poste, sarà tenuto responsabile *dolo malo*.

Interviene a questo punto il richiamo alla *culpa dolo proxima*.

Il De Medio, agli inizi di questo secolo, esaminando il concetto di *culpa lata*, *culpa proxima dolo*, concludeva col negarne la classicità e col limitare alle sole conseguenze giuridiche la sua equiparazione col dolo ([39]). Il concetto di *culpa lata* sarebbe sorto in epoca bizantina e, come insegna anche il Ferrini, nel campo esclusivo delle azioni di buona fede, dove appariva più difficile la distinzione tra i due gradi di responsabilità, dolo e colpa; e sempre in età bizantina sarebbe stata generalizzata la sua equiparazione col dolo.

Queste conclusioni fanno scuola ancor oggi. Pertanto, la dottrina è concorde nel ritenere frutto di interpolazione le pa-

---

([38]) Cfr. S. Solazzi, *La compensazione nel diritto romano*, Napoli 1950, p. 31 ss.

([39]) Cfr. Sacconi, *op. cit.*, p. 169 ss.

role *sed culpam non praestabit nisi dolo proximam* ([40]), o, almeno, il solo *nisi dolo proximam* ([41]).

Si può concludere che la responsabilità per la mancata *editio rationum argentarii* presupponeva sempre l'intenzionalità di tale comportamento, venendo meno nei casi di *culpa*, caso fortuito e forza maggiore ([42]).

Rimane da chiedersi se l'interpolazione avesse un significato, sia pure per i soli bizantini, cioè se rispondesse ad un preciso caso concreto, oppure se fosse stata inserita solamente al fine di dare espressione al nuovo concetto di *culpa lata*, dal momento che se ne presentava l'occasione. Tenendo presente che l'esemplificazione ulpianea del *dolo malo non edere* non si presenta affatto come esauriente, mi sembra che, sul piano della logica, possano ipotizzarsi dei casi di *culpa*, e quindi anche di *culpa lata*, assumendo come definizione di quest'ultima le parole che leggiamo nel Digesto, al titolo *de verborum significatione: lata culpa est nimia neglegentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt* (D. 50, 16, 213, 2). Infatti, in qualsiasi forma venga effettuata, l'*editio* comporta sempre una valutazione di « pertinenza » da parte del soggetto che la compie. Così, almeno, mi sembra che si debba leggere fra le righe di

---

([40]) Cfr. A. DE MEDIO, *Studi sulla 'culpa lata' in diritto romano*, in *BIDR* 17 (1905), p. 5 ss., e continuaz., in *BIDR* 18 (1906), p. 260 ss. Sul punto vedi anche C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano 1908, p. 578.

([41]) Cfr. B. KÜBLER, *Die Haftung für Verschulden bei kontraktsähnlrichen und deliktsähnlichen Sculdverhältnissen*, in *ZSSt* 39 (1918), p. 207 nt. 2; K. BILDING, *'Culpa'. 'Culpa lata' und 'culpa levis'*, in *ZSSt* 39 (1918), p. 24 nt. 1; G. ROTONDI, *Scritti giuridici*, II, Milano 1922, p. 98 nt. 3; E. ALBERTARIO, *Recensione a C. Tumidei*, in *Arch. giur.* 89 (1923), p. 258 nt. 1; A. PERNICE, *Labeo*, II, 2, 1, (Tübingen 1963), p. 176 s.; G. MACCORMAK, *'Culpa'*, in *SDHI* 38 (1972), p. 178 nt. 148.

([42]) Il DE MEDIO, per esempio (*op. cit.*, I parte, p. 13 e p. 16 s.): allorchè si dice che *culpam non praestabit*, si vuole escludere tutta la *culpa*, di qualsiasi grado, e, quindi, necessariamente anche quella *dolo proxima*.

Come il De Medio, anche il LEVY (*Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin 1915, p. 62 nt. 1) e il DE FRANCISCI (*Studi sulle azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva*, Milano 1912, p. 39 nt. 12) espungono la sola parte finale della frase, cioè *nisi dolo proximam*.

D. 2, 13, 10, 2 di Gaio: *edi autem ratio ita intellegitur, si a capite edatur, nam ratio nisi a capite inspiciatur, intellegi non potest; scilicet ut non totum cuique codicem totasque membranas inspiciendi describendique potestas fiat, sed ut ea sola pars rationum, quae ad instruendum aliquem pertineat, inspiciatur et describatur.* Pertanto quando l'argentario effettua l'*editio* mediante *dictatio*, tale *dictatio* deve comunque procedere *a capite*, ma non deve invece includere necessariamente il conto nella sua completezza, potendo l'argentario limitarsi a produrre lo stralcio delle appostazioni che a sua discrezione ritiene pertinenti al caso specifico. È da escludersi, per contro, che egli abbia facoltà di valutare discrezionalmente anche l'opportunità dell'*editio*: ma di fatto non è difficile che egli, inconsapevolmente, scivoli da una valutazione di pertinenza ad una di convenienza e di opportunità; così quando l'argentario *in libello complectit et dat*, in vero trascrive e consegna alla controparte le sole poste che reputa rilevanti; ed infine quando *codicem profert*, non presenta il suo libro dei conti e degli affari al completo, ma di esso soltanto quelle appostazioni che ritiene pertinenti alla controversia in corso. Ed in questa valutazione di « pertinenza » — alla quale, però, bisogna anche dire che il banchiere è sollecitato dalla controparte — può esserci posto per un *non intellegere quod omnes intellegunt.*

In definitiva, mentre la giurisprudenza classica limitava la responsabilità per l'omessa *editio* al dolo, con esclusione assoluta della *culpa*, i bizantini, grazie al nuovo concetto da loro stessi elaborato, si sentirono in dovere di allargare concretamente i limiti di tale responsabilità.

Peraltro l'esigenza di estendere e rafforzare la responsabilità dei banchieri può farsi sentire solo nel diritto postclassico, nell'ambito di un processo pubblicistico, dove l'*editio rationum* cessa di costituire un obbligo nascente dal particolare rapporto giuridico fra banchiere e cliente, per divenire un obbligo di

natura pubblicistica, connesso con la nuova disciplina della prova testimoniale ([43]).

5. Il regime di questa *actio in factum* appare chiarito dallo stesso Ulpiano:

> D. 2, 13, 8, 1 (ULP. 1. 4 *ad ed.*) *Is autem qui in hoc edictum incidit, id praestat, quod interfuit mea rationes edi, cum decerneretur a praetore, non quod hodie interest: et ideo licet interesse desiit vel minoris vel pluris interesse coepit, locum actio non habebit neque augmentum neque deminutionem.*

Chi non abbia ottemperato alla disposizione edittale che impone l'*editio*, è condannato a rimborsare *quod interfuit mea rationes edi cum decerneretur a praetore, non quod hodie interest*: e perciò non si terrà alcun conto di eventuali modificazioni di tale interesse, delle quali non si poteva avere cognizione *cum decerneretur a praetore* ([44]). Tale, almeno, dovrebbe essere il senso generale del discorso.

([43]) A proposito dell'argentario le fonti parlano soltanto due volte di circostanze che potremmo qualificare di caso fortuito e forza maggiore. Però ambedue i testi cui mi riferisco, D. 2, 13, 6, 9 e D. 2, 13, 7 pr., non riguardano affatto il lato del problema che qui ci interessa. Nell'uno (D. 2, 13, 6, 9) Ulpiano rileva che, in generale, un argentario non può mai richiedere l'*editio* ad un altro argentario, perchè deve possedere egli stesso i documenti, come strumenti della sua professione; si deroga a questa regola solo nel caso che *naufragio vel ruina vel incendio vel alio simili casu* abbia perduto le sue carte, oppure queste siano depositate lontano, *veluti trans mare*. Nell'altro testo (D. 2, 13, 7 pr.) è fatto il caso di una seconda richiesta da parte dello stesso soggetto e contro lo stesso soggetto: il pretore non concede mai la seconda *editio*, tranne che per tre ipotesi, 1) se le *chartae editae* la prima volta si trovano in altro luogo lontano, 2) se è richiesta un'*editio* più circostanziata, 3) se le *rationes* già prodotte sono andate perdute *casu maiore, non vero neglegentia*.

Per ciò che riguarda la seconda *editio* e l'*editio* richiesta da un argentario, più in particolare, cfr. FERNANDEZ-BARREIRO, *op. cit.*, p. 182 ss.

([44]) Come il FERNANDEZ-BARREIRO dice più volte, sulla base delle fonti, il magistrato emanava il *decretum editionis* solo su certe basi (e cioè l'imposizione del *iusiurandum calumniae* ed una previa *causae cognitio*), ma senza svolgere alcuna

A ben guardare, però, l'espressione *locum actio non habebit neque augmentum neque deminutionem* non consente alcuna traduzione letterale. Il passo rivela così chiari indizi di rimaneggiamento. Un tentativo di ricostruzione si potrebbe fare considerando il *neque augmentum neque deminutionem*, e, di conseguenza, il *vel minoris vel pluris interesse coepit*, come un'aggiunta operata dai compilatori per amor di specificazione, o fors'anche un semplice glossema, dal momento che non aggiunge niente di nuovo: forse in origine il testo di Ulpiano diceva solamente: *et ideo licet interesse desiit locum actio habebit.* Ma anche così la frase sarebbe scorretta e priva di significato per il diritto romano perchè verrebbe a concepire l'*actio* non come un *agere* dell'attore, ma secondo il significato moderno di azione. Un secondo tentativo potrebbe essere questo: un amanuense avrebbe sostituito con le parole *locum actio* il termine che si leggeva originariamente nel testo, *condemnatio*, per cui la ricostruzione del passo potrebbe essere la seguente: *et ideo licet interesse desiit vel minoris vel pluris interesse coepit* [*locum actio*] <*condemnatio*> *non habebit neque augmentum neque deminutionem.*

Comunque il senso generale del discorso è indubbiamente quello che già si è indicato: infatti esso viene confermato da un passo di Gaio che espone in maniera anche più esplicita e particolareggiata i connotati della condanna nel caso che l'argentario risulti soccombente. Il giurista propone una fattispecie particolare. Il giudizio per il quale l'*editio* era stata inutilmente richiesta si è concluso con esito negativo per l'interessato; a

---

indagine sull'interesse (cfr. *op. cit.*, in ispecie p. 157). La valutazione dell'interesse non avveniva nemmeno al momento della concessione dell'azione, ma solamente a quello della condanna (*op. cit.*, p. 163).

Circa la *causae cognitio* — che le fonti, invero, ricordano solo nel caso di seconda richiesta di *editio* e di *editio* a favore di un argentario (D. 2, 13, 6, 9-10) — cfr. R. Martini, *Il problema della 'causae cognitio' pretoria*, Milano 1960, p. 86 s.

questo punto costui intenta azione contro l'argentario che rifiutò l'*editio*:

> D. 2, 13, 10, 3 (GAIUS l. 1. *ad ed. prov.*) *Cum autem in id actio competit, quanti agentis intersit editas sibi rationes esse: eveniet ut, sive quis condemnatus sit, sive quod petierit non obtinuerit eo, quod non habuerit rationes ex quibus causam suam tueri possit, id ipsum, quod ita perdiderit, hac actione consequatur. sed an hoc procedat videamus: nam si apud hunc iudicem, qui inter eum et argentarium iudicat, potest probare se illo iudicio, quo victus est, vincere potuisse, poterat et tunc probare: et si non probavit aut probantem iudex non curavit, de se ipso aut de iudice queri debet. sed non ita est. fieri enim potest, ut nunc, rationes vel ipso edente vel alio modo nanctus, aut aliis instrumentis vel testibus, quibus illo tempore aliqua ex causa uti non potuit, possit probare potuisse se vincere. sic enim et de cautione subrepta aut corrupta competit condictio et damni iniuriae actio: quia quod ante non potuimus intercepta cautione probare et ob id amisimus, hoc nunc aliis instrumentis aut testibus, quibus tum uti non potuimus, probare possumus* ([45]).

La prima parte del passo non fa che ripetere quanto già è stato detto a proposito del testo di Ulpiano: l'azione compete per l'ammontare dell'interesse che l'attore aveva all'*editio rationum*, in modo che, se qualcuno ha perduto, o non ha otte-

([45]) Può sorprendere il fatto che il testo cominci a trattare di un'*actio* nel *quanti agentis intersit*, che, in contrasto con quanto detto da Ulpiano, parrebbe commisurata all'interesse attuale. In realtà, il contrasto non esiste. Gaio, all'inizio, parla in termini generali per definire un'azione nei limiti dell'interesse, e solo poi specifica in termini temporali: infatti, se dapprima viene usato il presente, *quanti intersit*, in relazione di determinazione con *actio* (e non in relazione temporale con *competit*), nel seguito il discorso di Gaio collima pienamente con quello di Ulpiano (*quod petierit... quod non obtinuerit,... id ipsum, quod ita perdiderit, hac actione consequatur*)

nuto quanto doveva a causa della mancata *editio*, quella somma stessa otterrà con l'azione contro l'argentario ([46]). *Sed an hoc procedat videamus*. Gaio vede nel caso due possibilità: 1) o è possibile, ora come allora, dimostrare le proprie ragioni e vincere la causa anche senza l'*editio* (si tratta di dimostrare l'esistenza

([46]) La determinazione di ciò che i Romani intendevano coll'*id quod interest* ha dato adito a vivaci polemiche in dottrina. Le diverse opinioni danno risalto tutte, sia pure in maniera diversa, alla differenza fra il *quod interest*, appunto, ed il *verum pretium rei*, che è misura della condanna per certe categorie di azioni.

Dopo le prime posizioni sull'argomento, dal Savigny al Pernice, all'Albertario, al De Francisci, al Levy, il *quod interest* cominciò ad essere definito come criterio soggettivo sussidiario, cui dovesse farsi ricorso quando una stima del *pretium rei* non avesse significato o risultasse impossibile, ovvero quando l'*interest* fosse il solo mezzo per far ottenere all'attore quanto avrebbe potuto ottenere con altre azioni, che, però, gli erano precluse, per un qualsiasi motivo (cfr. P. Voci, *Risarcimento del danno e pena privata nel diritto romano classico*, Milano 1939, p. 56 s.). In pratica, però, si continuava a dargli un valore più che altro reipersecutorio (cfr. U. Brasiello, *Atto illecito, pena e risarcimento del danno. Corso di diritto romano*, Milano 1957, p. 73 ss. e 245 ss.). Così, si è pervenuti ad ipotizzare un diretto collegamento col valore materiale della cosa, secondo una valutazione pur sempre di fatto, rimessa, però, non ai giuristi, bensì al giudice (cfr. H. Honsell, '*Quod interest in bonae fidei iudicium*'. *Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München 1968, p. 174 s.). Ovvero, ancora, si è fatta parola di una valutazione che abbia riferimento a circostanze soggettive, e che sia stima del danno e del lucro (cfr. S. Tafaro, '*Id quod interest*', in *Index* 1971, p. 359 ss.).

Infine, si è giunti a concludere che tra *interest* e *pretium rei* vi è a volte un rapporto di equivalenza, e a volte no; ma che, comunque, per il furto di documenti, l'*interest* delle fonti configura il valore rappresentativo del documento stesso (tanto è vero che viene raddoppiato, mentre il *pretium rei* nell'*actio furti*, in genere, si quadruplica: D. 47, 2, 50) (cfr. F. M. de Robertis, '*Quanti res est*' - '*Id quod interest*' *nel sistema della grande compilazione*. (*Contributo alla dottrina del risarcimento del danno nel diritto giustinianeo*), in *SDHI* 32, 1966, p. 114 ss.). La base di questa soluzione rimane sempre la teoria del Voci: nel *quanti ea res est* o *erit* prevale l'idea della pena, nell'*interest* prevale l'esigenza del risarcimento del danno (cfr. de Robertis, *op. cit.*, p. 118 ss.); nell'*actio furti* e nell'ipotesi del furto di documenti il criterio base della condanna è quello rappresentato dal valore della cosa, mentre l'*interest* è solo criterio sussidiario (de Robertis, *op. cit.*, p. 126).

Anche secondo il Medicus (*Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln-Graz 1962, p. 299 ss.) diverse, e cioè ben quattro, sono le sfumature di significato, e quindi di valutazione anche pecuniaria, che il *quod interest* poteva assumere nei testi giuridici dell'età classica: esso, cioè, avrebbe potuto indicare « das, was dazwinschenliegt » (*op. cit.*, p. 300), oppure « was auf ihn entfällt » (*op. cit.*, p. 301), o ancora « einen Zuschlag zu einer Hauptleistung, ähnlich wie es bisweilen *causa* tut » (*op. cit.*, p. 301), o infine « was der Kläger vom Beklagten verlangen kann » (*op. cit.*, p. 302).

e l'ammontare dei debiti): in tal caso, la parte che non l'abbia fatto nel primo giudizio o che non vi sia stata creduta *imputet sibi* o *imputet iudici*; 2) oppure solo ora è possibile dimostrare che se l'argentario avesse esibito i conti il richiedente avrebbe vinto la lite, e ciò in base a documenti e testimonianze che non aveva avuta la possibilità di citare nel primo processo: solo in questo caso Gaio ammette l'azione.

Alla fine del passo il giurista richiama, per analogia, l'ipotesi di furto o deterioramento di documenti. In questa ipotesi l'interessato poteva esperire l'*actio damni iniuriae* e la *condictio*, o meglio, come specifica la glossa di Accursio al punto ([47]), la *condictio ex causa furtiva* e l'*actio furti* in caso di *cautio subrepta*, l'*actio damni* in caso di danneggiamento. Queste azioni erano concesse quando si fosse perduto il processo principale (quello per il quale era necessario presentare i documenti rubati o corrotti), in quanto, però, fosse possibile, in seguito, dimostrare altrimenti il proprio diritto.

Quale può essere il valore di questa analogia?

Si può pensare ad un tipo di analogia formale, che coinvolga anche gli aspetti tecnico giuridici delle due fattispecie. Allora il discorso analogico autorizzerebbe a ritenere che anche l'ipotesi in questione, quella dell'omissione dell'*editio rationum* da parte degli argentari, fosse configurata come illecito, sia pure di origine e con tutela pretoria.

Ma è più logico pensare ad una analogia sostanziale e pratica. Infatti, le situazioni sono uguali: nell'un caso Tizio aveva perduto il processo perchè l'argentario non aveva compiuto l'*editio* con cui l'attore avrebbe potuto provare il suo diritto, nell'altro caso l'esito negativo del processo doveva imputarsi al fatto che la *cautio* era stata rubata o falsificata; e nell'uno

---

([47]) Cfr. la Magna Glossa a D. 2, 13, 10, 3: «*Condictio, primo casu datur condictio furtiva et actio furti ad duplum quantitatis, quae continebatur in cautione. in secundo datur actio damni iniuriae sive legis Aquiliae ad interesse, sive ad damnum: ut hic ...*».

e nell'altro caso si può ancora agire, e vincere, adducendo le stesse *rationes* o *cautiones* che si siano riottenute in qualche modo, ovvero *aliis instrumentis aut testibus.*

6. Ora ci si può chiedere se le ipotesi configurate da Ulpiano (D. 2, 13, 8 pr.) rappresentino veramente episodi di illecito privato (si noti il *punitur* del passo or ora citato, ed anche il *deliquit* di D. 2, 13, 4, 4), ovvero se si tratti soltanto di responsabilità civile dell'argentario per inadempimento dell'obbligazione di *edere*; in pratica, se l'*actio in factum* possa essere intesa davvero come azione penale pretoria per il danno subito.

Già si è rilevato come la maggior parte della dottrina non abbia dubbi circa il suo carattere penale ([48]); e generalmente la si è voluta avvicinare all'azione per danneggiamento.

L'insegnamento dell'Albanese in tema di *actio utilis* ed *actio in factum legis Aquiliae* ([49]) ha messo in luce che le carat-

---

([48]) Oltre al FERNANDEZ-BARREIRO, *op. cit.*, p. 133 (in ispecie nt. 18) e p. 162 ss., si vedano KÜBLER, *op. cit.*, p. 207; DE MEDIO, *op. cit.*, II, parte, p. 263; B. BIONDI, *Le 'actiones noxales' nel diritto romano classico*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 10 (1926), p. 63 nt. 9;; LEVY, *op. cit.*, p. 61 ss.; P. BERETTA, *Le formule in 'id quod interest'*, in *SDHI* 3 (1937), p. 421; VOCI, *op. cit.*, p. 151 s.; BRASIELLO, *op. cit.*, p. 53; D. MEDICUS, *'Id quod interest'*, Köln-Graz 1962, p. 12 ss. e p. 277 ss.; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe*, Göttingen 1972, p. 232 nt. 211 e p. 263 nt. 148. Pur con qualche dubbio si schiera per questa opinione anche il PERNICE, *op. cit.*, 2, p. 176 ss.

Ma già il DE SARLO, pur asserendo il carattere penale dell'azione (cfr. *Il documento*, cit., p. 258 s.) a tratti sottolinea certi paralleli con l'*actio ad exhibendum* (*La produzione*, cit., p. 14; si veda anche *Ancora sulla produzione*, cit., p. 3 s.).

A ben vedere, neppure il FERNANDEZ-BARREIRO appare del tutto sicuro circa la natura penale dell'*actio* in questione, e la confronta tante volte con l'*actio ad exhibendum*, da far dubitare che egli stesso rimanga convinto, in fondo, dell'opinione dominante: il BURILLO (*Recensione*, cit, p. 237 s.) interpreta le sue conclusioni nel senso che l'*actio in factum* giuocherebbe un suo ruolo autonomo fra l'*actio ad exhibendum* e l'azione penale.

([49]) B. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 21 (1950).

L'*actio legis Aquiliae* tipica era concessa quando i requisiti previsti dalla *lex Aquilia* si fossero tutti verificati, e cioè: *a*) doveva trattarsi di un'azione, e non di omissione; *b*) era necessaria l'antigiuridicità obiettiva dell'atto; *c*) le fattispecie

teristiche distintive dei due tipi d'azione pretoria risultano basate su una distinzione classica, conosciuta anche da Ulpiano, che, però, col tempo, aveva perduto la sua rigidità ([50]): in base ad essa l'*actio utilis* presupporrebbe un danno che fosse stato arrecato *non corpore*, ma pure attraverso un *facere* antigiuridico (*iniuria*), mentre l'*actio in factum* verrebbe in essere per danni cagionati con un'omissione (*non facere*) o con un *facere* non antigiuridico (*facere iure*) ([51]). Rispetto all'azione tipica, sia l'una che l'altra forma di procedimento pretorio rappresenterebbe un'evoluzione della colpevolezza in senso soggettivo ([52]).

In pratica, in conformità con i principi generali illustrati dal Betti ([53]), se ne può concludere che l'*actio utilis* era concessa in quei casi che, pur se non corrispondevano rigorosamente alle norme della *lex Aquilia*, tuttavia non ne esulavano del tutto, e cioè quando la condotta come elemento costitutivo dell'illecito consisteva in un *iniuria facere* (anche se non si trattava precisamente precisamente dell'*occidere urere frangere rumpere* legislativamente previsti), però non si concretizzava il requisito del *corpore corpori damnum dare*, richiesto dalla elaborazione giurisprudenziale sulla *lex Aquilia* stessa. Viceversa l'*actio in factum* rappresentava il rimedio concesso quando il fatto dannoso presentava caratteristiche opposte a quelle richieste

---

previste dalla legge erano solamente l'*occidere, urere, frangere, rumpere*; *d*) il danno doveva essere dato *corpore*; *e*) doveva determinarsi una *mutatio rei*, o, almeno, una *deminutio pretii*. Invece, qualora il danno fosse stato provocato con un'omissione (e non con un'azione), o quando mancasse l'*iniuria*, e si trattasse, cioè, di danno provocato con un'azione (o omissione) giuridicamente lecita, o, infine, quando non si fosse verificata una *mutatio rei* o un deprezzamento, il pretore provvedeva concedendo un'*actio in factum*. D'altra parte, nel caso in cui l'offesa non fosse stata arrecata *corpore*, era data un'*actio utilis ade xemplum legis Aquiliae* (vedi ALBANESE, *op. cit.*, p. 93 ss.).

([50]) Spesso le due espressioni sono usate l'una per l'altra: cfr. ALBANESE, *op. cit.*, p. 97 ss.

([51]) Cfr. ALBANESE, *op. cit.*, p. 179 ss.

([52]) Cfr. ALBANESE, *op. cit.*, p. 189 s.

([53]) Cfr. E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova 1942, p. 285 ss. e P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1957, p. 117 s.

dalla legge, cioè quando non si trattava di un *facere*, ma di un *non facere*, ovvero quando, pur trattandosi di un *facere*, il comportamento del soggetto non era un comportamento antigiuridico, cioè quando il danno non era arrecato *iniuria*, bensì *iure*.

Nel caso dell'*editio rationum argentarii* la condotta del banchiere può presentarsi come un'omissione antigiuridica, un *non facere iniuria*. È ben vero che non si verificano nè la *mutatio rei* nè la *deminutio pretii*, che l'Albanese ritiene elementi essenziali del reato tipico del danneggiamento: e perciò si potrebbe forse discutere se dovesse concedersi veramente un'*actio in factum*, o non, piuttosto, un'*actio utilis*. Per questa particolare ipotesi l'Albanese non si pone il problema di confrontare le sue conclusioni con i dati delle fonti: se queste parlano di *actio in factum*, si tratterà sicuramente di *actio in factum ad exemplum legis Aquiliae* ([54]).

Il fatto che Gaio, D. 2, 13, 10, 3, si limiti a parlare di *actio* senza specificazioni, non significherebbe, di per sè, l'inesattezza dell'ipotesi sopra formulata quando la si volesse accogliere: il giurista potrebbe aver parlato della questione nel passo che precedeva il frammento a noi pervenuto. Anzi, in tal modo, i collegamenti logici del discorso tornerebbero a meraviglia. Infatti, Gaio avrebbe detto che l'editto del pretore concedeva un'*actio in factum* per sanzionare « penalmente » la responsa-

([54]) Cfr. ALBANESE, *op. cit.*, p. 93 nt. 2. Altrove, però, lo stesso Autore ritiene più fondato fare riferimento alla casistica del furto (cfr. ALBANESE, *La nozione del 'furtum' fino a Nerazio*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo* 23 (1953), p. 73 ss. e 117 nt. 80, e *La nozione del 'furtum' da Nerazio a Marciano*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo* 25 (1956), p 129 ss., 147 ss., e 287 nt. 453). La diversa configurazione del fatto rappresenterebbe la conferma della teoria dell'autore circa l'impoverimento, documentabile in età preclassica e classica, dell'« ambito sterminato che la figura del *furtum* aveva finito per abbracciare » durante il periodo postdecemvirale, impoverimento dovuto a varie cause, fra cui appunto l'emanazione della *lex Aquilia de damno*, che aveva preso a disciplinare alcune fattispecie originariamente ricomprese nella nozione di *furtum* (cfr. anche ALBANESE, voce *Furto* (*storia*), in *Enc. d. diritto*, 18, Milano 1969, p. 315 ss.).

bilità degli argentari che non avessero effettuato l'*editio*; e avrebbe continuato poi con le parole *cum autem in id actio competit, quanti agentis intersit editas sibi rationes esse, eveniet ut...*

Con tutto ciò si accorda il passo di Paolo, precedentemente ricordato, che parlava appunto di un'*actio in factum.*

Non mi sembra, tuttavia, che questa soluzione sia del tutto appagante: infatti col presunto carattere penale dell'azione non si accordano alcune delle caratteristiche che si sono notate in precedenza; e soprattutto la natura della responsabilità che fa capo all'argentario per la mancata *editio*, quale si può desumere dalle fonti.

7. A questo punto risulta opportuno prendere in esame un passo di Ulpiano, di difficile interpretazione (si noti come la maggior parte dei frammenti del titolo *de edendo*, in cui è localizzata tutta la materia che ci interessa, sia derivata da Ulpiano, e precisamente dallo stesso libro 4 del commentario *ad edictum* di Ulpiano); da esso si sono voluti trarre vari argomenti ad avvalorare l'ipotesi di coloro che classificano come penale l'*actio in factum.*

> D. 2, 13, 4, 2-4 (ULP. 1. 4 *ad ed.*) 2. *Sed et filius familias continetur his verbis, ut vel ipse cogatur edere: an et pater quaeritur. Labeo scribit patrem non cogendum, nisi sciente eo argentaria exercetur: sed recte Sabinus respondit tunc id admittendum, cum patri quaestum refert.* 3. *Sed si servus argentariam faciat (potest enim), si quidem voluntate domini fecerit, compellendum dominum edere ac perinde in eum dandum est iudicium, ac si ipse fecisset. sed si inscio domino fecit, satis esse dominum iurare eas se rationes non habere, si servus peculiarem faciat argentariam, dominus de peculio vel de in rem verso tenetur: sed si dominus habet rationes nec edit, in solidum tenetur.* 4. *Etiam is qui desiit argentariam facere, ad editionem compellitur.*

Il passo è stato ripetutamente discusso ([55]): a monte delle varie interpretazioni date dai sostenitori della natura penalistica dell'azione contro i banchieri è la seguente argomentazione: se si discute della responsabilità del figlio e del servo, e si ammette senz'altro, almeno in certi casi, una responsabilità parallela del padre o padrone, si è senza alcun dubbio in ipotesi di responsabilità penale.

L'ultima posizione in merito è quella assunta dal Fernandez-Barreiro. Il giurista parla di obbligazione del padre quando questi sapeva dell'attività bancaria del figlio, o piuttosto, quando ne aveva tratto egli stesso dei vantaggi economici; da ciò l'autore desume che, qualora, invece, il padre non fosse stato a conoscenza del genere di negoziazioni compiute dal figlio o non ne avesse ricavato lucro, l'*editio* sarebbe stata richiesta direttamente al figlio e contro di lui sarebbe stato emanato il *decretum editionis*. Perciò, nel primo caso l'azione data contro il padre si configurerebbe come azione penale senza possibilità di *noxae deditio* (dove il carattere penale dell'azione si argomenterebbe, in particolare, dall'aver disatteso al *decretum editionis* del pretore e dall'*in solidum*, che è scritto alla fine del paragrafo 3, e che starebbe a significare, appunto, *sine noxae deditione*) ([56]); nel secondo caso, invece, poichè la responsabilità dell'inottemperanza al *decretum editionis, inscio patre*, graverebbe esclusivamente sul figlio, sarebbe concessa contro il padre un'azione nossale.

Diversa risulterebbe l'ipotesi del servo. Qui, qualora il padrone fosse stato consapevole dell'attività del servo stesso, a lui verrebbe richiesta l'*editio* e contro di lui sarebbe data l'azio-

---

([55]) Fra gli autori che se ne sono interessati più diffusamente cfr. FERNANDEZ-BARREIRO, *op. cit.*, p. 208 ss.; B. KÜBLER, *op. cit.*, p. 208; B. BIONDI, *op. cit.*, p. 64; P. VOCI, *op. cit.*, p. 114. Ora anche I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, Napoli 1976, p. 129 s.

([56]) Di cumulatività solidale nel senso di impossibilità delle *noxae deditio* si fa ampio discorso in *Atto illecito, pena e risarcimento del danno. Corso di diritto romano*, di U. BRASIELLO, cit., p. 154 ss.

ne *ac si ipse fecisset*; invece, il *dominus inscius* rimarrebbe obbligato a *edere rationes* solamente nel caso che i registri dei conti si trovino attualmente presso di lui (ed in quest'ultimo caso, qualora non li voglia presentare, sarebbe tenuto *in solidum*). Pertanto — conclude lo spagnolo — lo schiavo non è nè può mai essere soggetto passivo del *decretum editionis*.

Infine, l'ultima parte del passo, dove si parla di *actiones adiecticiae*, sarebbe frutto di interpolazione: altrimenti — si giustifica l'autore — perchè le stesse azioni non sarebbero menzionate anche per il figlio oltre che per lo schiavo?

Fin qui l'opinione del Fernandez-Barreiro.

Innanzi tutto consideriamo qual'è la reale differenza tra la posizione del figlio e quella del servo. Io direi che il discorso riferito al figlio e quello riferito al servo vanno integrati l'uno con l'altro come parti di un'unica digressione sui soggetti a potestà. Infatti, il discorso di Ulpiano si inizia ricoscendo senz'altro al *filius* la capacità di essere obbligato all'*editio*. Quanto, poi, alla complementare responsabilità del *pater*, il giurista accenna ad una divergenza di opinioni fra la scuola proculiana e quella sabiniana ([57]): mentre la prima affermava una responsabilità del padre alla condizione che l'attività bancaria fosse stata esercitata *sciente eo*, la seconda richiedeva che lo stesso padre ne avesse tratto lucro: e Ulpiano sembra aderire all'opinione di Sabino. Di seguito si viene a parlare del servo, ma quasi in forma di contrapposizione (si noti la congiunzione avversativa *sed*, che inizia il 3° paragrafo). Eppure mi sembra che Ulpiano dovesse riconoscere in capo al *pater* o al *dominus*, indifferentemente, la stessa responsabilità nei confronti dei terzi, quando avesse tratto arricchimento dall'attività del suo sottoposto; e così, ugualmente, sia il *pater* che il *dominus* avrebbe potuto liberarsi dall'obbligo di *edere rationes* giurando di non avere i codici relativi; sia per il padrone che per il padre, infine, in

([57]) Sul punto si veda anche A. BISCARDI, *Actio pecuniae traiecticiae*, Torino 1974, p. 17 ss.

caso di negozio peculiare, sarebbero venute in essere le *actiones adiecticiae qualitatis*. La posizione del figlio e quella del servo risulterebbero, nelle loro linee generali, uguali: infatti, non si può affermare che il servo può *argentariam facere*, e limitare, nel contempo, la responsabilità del *dominus*, senza lasciare privi di tutela i terzi, qualora non fosse riconosciuta anche al servo la capacità di obbligarsi a *edere*. D'altra parte l'obbligo di *edere* ha natura contrattuale e non processuale, deriva dal particolare rapporto fra cliente e banchiere, e non dalla qualità di parte in un processo (tanto è vero che il banchiere è obbligato a *edere* anche se non è parte processuale) ([58]); nè la situazione in esame è una di quelle situazioni particolari in cui la giurisprudenza romana ha sottolineato le differenze tra *filiusfamilias* e *servus* sul piano della capacità contrattuale ([59]).

Il motivo della trattazione separata dei due casi nel testo di Ulpiano sarebbe da ricercarsi, forse, nel fatto che, se è vero che i due soggetti, *filius* e *servus*, erano originariamente incapaci allo stesso modo secondo il *ius civile*, ben presto la capacità del figlio fu accettata su un terreno squisitamente pretorio e di lì trapassò al *ius civile*, mentre non si giunse mai ad ammetterla anche per lo schiavo.

Ma, a parte tutto ciò, a mio parere il passo non riguarda nemmeno propriamente, il tema specifico dell'*actio in factum adversus argentarios*.

Gravi problemi di interpretazione sorgono proprio per quel che concerne l'*actio de peculio* e *de in rem verso* ([60]). Giu-

---

([58]) Cfr. D. 2, 13, 10 pr. (Gaius 1. 1 *ad ed. prov.*): *Argentarius rationes edere iubetur nec interest cum ipso argentario controversia sit an cum alio* ...

([59]) Cfr. Biscardi, *op. ult. cit.*, p. 19 ss.

([60]) Ci si può chiedere, innanzi tutto, se si tratti di un'azione unica, con condanna alternativamente nei limiti del peculio o, nel caso che questo non esista o non copra tutti i debiti, nei limiti dell'arricchimento, ovvero di due azioni distinte, concesse nei due casi indipendentemente l'una dall'altra. Secondo il Solazzi, che a lungo si è occupato dei due schemi processuali e delle loro relazioni, si tratterebbe di due azioni distinte, ma in un certo senso unificabili, nel senso, cioè, che,

stamente la critica testuale ha notato un'incongruenza nell'ultima parte del discorso di Ulpiano, incongruenza che — mi sia consentito anticipare — potrebbe celare, in realtà, lo slittamento delle argomentazioni verso altri problemi, che non sono propriamente quelli dell'*editio rationum*, bensì quelli più generali della responsabilità contrattuale dei sottoposti a potestà. Infatti, non mi sembra che si possa ipotizzare, riguardo alle *actiones adiecticiae* richiamate in D. 2, 13, 4, 3, un'interpolazione così grave e, direi, illogica, come la opina il Fernandez-Barreiro, dal momento che non se ne vede nessuna giustificazione possibile.

Innanzi tutto la responsabilità prima del *pater* o *dominus* — come quella del figlio — è connessa con l'obbligo di *edere rationes*, a meno che, come si è detto, non si ricorra al giuramento *eas se rationes non habere*. Ma come è sanzionata tale responsabilità? forse con le azioni *de peculio* e *de in rem verso*,

---

mentre si può agire *de peculio* anche se non si è verificato arricchimento, non è possibile, invece, agire per la *versio* se non esiste un *peculio* [cfr. *Sul peculio nell'actio de rem in verso'*, in *Arch. giur.* 152 (1957), p. 13]. L'autore richiama, fra gli altri, anche questo passo, D. 2, 13, 4, 3, per dimostrare come, mentre nelle fonti appare l'espressione *agere de peculio* isolata, non compare mai, invece, un'ipotesi di *versio* senza richiamo al peculio (cfr. *Peculio e 'in rem versio' nel diritto classico*, in *Ricordo delle onoranze a Biagio Brugi*, Palermo 1911, p. 212 ss.); e poichè è improbabile che l'azione per l'arricchimento (e vi sono molti casi in cui appare l'unica azione logica) si trascinasse dietro una clausola inutile (dato anche che le due pretese avevano vita assolutamente diseguale, in quanto l'esperibilità dell'*actio de peculio* cessava decorso un anno dalla cessazione della *patria potestas*, mentre la responsabilità per la *versio* rimaneva perpetua), il Solazzi concludeva che la *versio* presuppone sempre un peculio (*op. ult. cit.*, p. 215) e che non poteva intentarsi un'azione per arricchimento senza sottolineare nella formula stessa l'esistenza di questo peculio (*op. ult. cit.*, p. 218).

È ben vero che la giurisprudenza romana elaborò poi anche il concetto di *actio de in rem verso utilis*, da esperirsi appunto quando il soggetto a potestà non avesse avuto concessione del peculio (cfr. SOLAZZI, *op. ult. cit.*, p. 220). Però questo non mi sembra il caso. Per svolgere attività bancaria assai difficilmente il figlio o servo non si sarà servito del peculio, sia pure all'insaputa dell'avente potestà: l'attività stessa comportava troppi rischi economici e la necessità, spesso, di forti anticipazioni finanziarie, alle quali il soggetto non poteva pensare di far fronte senza un peculio di base. Sull'attività bancaria nel mondo antico ed i suoi rischi cfr., per tutti, G. SACCONI, *op. cit.*, p. 163 ss.

come il passo sembra far supporre? La risposta è, ovviamente, negativa. Sappiamo infatti che questa funzione sanzionatoria nei confronti del rifiuto ad effettuare l'*editio rationum* viene assolta da un'*actio in factum*. Ma a questa considerazione se ne aggiunge un'altra di carattere sostanziale: quelle azioni prendono in considerazione una responsabilità per atti negoziali già compiuti, e compiuti rispettivamente col peculio o in maniera tale da procurare un arricchimento all'avente potestà.

E proprio questo assunto rappresenta la chiave per l'interpretazione del vero significato del testo di Ulpiano. Pertanto, direi che sia il richiamo alle *actiones adiecticiae*, sia la previsione di una responsabilità solidale per il caso che il *dominus* si fosse rifiutato di fare l'*editio* richiesta, si pongono in rapporto con una diversa responsabilità, che non è quella di *edere rationes*. Si pensi al caso in cui un servo abbia compiuto negozi d'attività bancaria tramite il peculio. Non ha alcuna rilevanza ai nostri fini il fatto che il padrone ne fosse a conoscenza o meno: la *scientia domini* è richiesta solamente per determinare in capo a chi ricada l'obbligo dell'*editio rationum* ([61]). E ammettiamo che, una volta presentati i conti, si palesi la necessità di un'azione per inadempimento delle obbligazioni bancarie: ci si chiede chi dovrà essere soggetto passivo di tale azione. Invero, la sola presenza del peculio in questa ipotesi basta a fondare una responsabilità adiettizia del *dominus*, la quale garanti-

---

([61]) Potrebbe essere utile leggere a questo punto G. Tilli, « *Dominus sciens* » e « *servus agens* », in *Labeo* 23 (1977), p. 16 ss. *passim*, anche se l'attenzione dell'autore è tutta rivolta ai problemi della responsabilità per delitti commessi da un *servus*. Benchè il Tilli non prenda in esame questa fattispecie particolare (l'*editio* non eseguita), tuttavia nelle sue conclusioni (p. 40 s.), con la previsione di una corresponsabilità del *servus agens* accanto al *dominus sciens*, e quindi di una duplice possibilità di azioni, un'*actio poenalis in solidum* e un'*actio noxalis*, sembra avvicinarsi molto nella forma alle espressioni usate nel testo in esame: ciò potrebbe offrire la chiave per una nuova diversa lettura del passo. Si noti però che il Tilli parte da chiare ipotesi di delitti commessi dal *servus* e discute della *scientia domini* riferita al delitto stesso: nel nostro caso invece la *scientia* è riferita all'attività bancaria svolta dallo schiavo, non all'*editio*.

sca al cliente la possibilità di convenire in giudizio una persona giuridicamente capace e che abbia, perciò, la possibilità di adempiere l'eventuale condanna. Pertanto, sempre in relazione a questa ipotesi, se i registri dei conti si trovano presso l'avente potestà e questi non ne fa l'*editio*, sarà tenuto responsabile *in solidum*, e non semplicemente nei limiti del peculio concesso al servo e secondo i criteri dell'*actio* relativa ([62]).

Perciò mi sembrerebbe di dover concludere che il passo di Ulpiano non ci è giunto nella sua stesura originaria. Non è pensabile che il giurista compendiasse in maniera così grossolana i due tipi di responsabilità: egli avrebbe iniziato col trattare dell'obbligo di *edere rationes*, che riguarda anche il *filius argentarius*, nonostante la sua limitata capacità; poi avrebbe accennato alla responsabilità complementare del *pater* o *dominus*, con riguardo sempre all'*editio rationum*, per concludere sconfinando nel campo della responsabilità sostanziale dell'avente potestà; ed infine, avrebbe ripreso brevemente il discorso

---

([62]) A questo punto l'ampliamento della responsabilità del *dominus in solidum*, invece che essere riaffermazione del carattere penale dell'*actio in factum* (cfr. *supra*, p. 83 e nt. 56), mi sembra posto a sottolineare il diverso regime dell'*actio de peculio* e *de in rem verso*, che comportavano una responsabilità rispettivamente nei limiti del peculio e dell'arricchimento, nei confronti delle altre azioni adiettizie, in base alle quali sull'avente potestà gravava la responsabilità di tutto il debito: nel caso si sarebbe operata una deroga ai normali criteri di responsabilità delle suddette azioni *de peculio* e *de in rem verso* (cfr., in questo senso, L. DE SARLO, *Il documento* cit., p. 236 s.).

Si è detto che il BRASIELLO, *op. cit.*, p. 154, parla di cumulatività solidale nel senso di impossibilità della *noxae deditio*. L'Autore fa anche una precisazione sul concetto di *scientia patris* o *scientia domini* (si veda *supra*, nt. precedente), come di concetto strettamente collegato ad azioni penali per gli illeciti compiuti da persone *alieni iuris*. Sulla presenza o meno di questa *scientia* si fonderebbe non già la responsabilità in genere del *pater* o *dominus* per quel che riguarda l'azione lecita o illecita del sottoposto, ma la mera possibilità di *noxae dedere*. Non mi sembra, però, che questa opinione sia sostenibile anche per D. 2, 13, 4, 3: infatti qui la *scientia* riguarda l'attività bancaria, e non l'atto illecito (se di atto illecito si vuol parlare nei confronti del rifiuto dell'*editio rationum*). E lo stesso testo fonda la responsabilità solidale del *dominus* sul rifiuto del *dominus* stesso, non sulla sua *scientia*. Perciò, non mi pare che qui si possa fare richiamo ad ipotesi di *noxae deditio*.

sulla clausola edittale che imponeva l'*editio rationum* anche a colui *qui desiit argentariam facere*. Ovvero, se anche tale era la disposizione della materia nell'opera di Ulpiano, mi sembra tuttavia che l'argomentare dovesse essere molto più particolareggiato e coerente. A mio sommesso avviso il passo rappresenta una sintesi non molto felice di un testo di Ulpiano che doveva essere ben più ampio. I compilatori giustinianei, per poter riassumere la lunga casistica che probabilmente si era presentata in concreto, e che lo stesso Ulpiano aveva forse esaminato, colsero l'occasione del discorso intorno alla responsabilità del *filius*, per inserirci, di seguito, i vari casi di responsabilità adiettizia del *pater* o *dominus argentarii*: ricollegandoli al discorso precedente con quel semplice richiamo all'obbligo del *pater* di *edere rationes* ([63]).

Rileggendo il testo alla luce di quanto si è detto, la disciplina dell'*editio rationum* per ciò che concerne il *filius argentarius* risulta essere la seguente:

1) Labeone escludeva che il *pater* potesse essere costretto a *edere rationes*;

2) lo stesso giurista, però, riteneva che anche il *pater* dovesse effettuare l'*editio* se *sciente eo argentaria exercetur*;

3) Sabino rettificava che l'elemento determinante per ammettere la responsabilità paterna non doveva essere la *scientia*, ma l'arricchimento del *pater*;

4) Ulpiano, infine, si dichiara dell'opinione di Sabino.

D'altra parte, nel caso del *servus argentarius*:

1) il *dominus* era tenuto a *edere rationes* quando era *sciens* (letteralmente: *volens*);

([63]) Si osservi che anche da un punto di vista letterale il passo è costruito in maniera piuttosto faticosa, con una serie di frasi non strettamente concatenate da un punto di vista logico. L'elemento di congiunzione fra l'una e l'altra è costituito ripetutamente dall'avversativa *sed* (quando, spesso, non vi è nessun motivo di contrapposizione fra quanto si è già detto e quanto si sta per dire).

2) non vi era tenuto se era *insciens*: e in tal caso bastava che giurasse di non possedere i conti richiesti.

Perciò è chiaro che se il *dominus* aveva dato ordine di esercitare la professione di banchiere al suo sottoposto, o quando egli stesso l'aveva messo a capo dell'attività speculativa, l'elemento della *scientia* su cui basare la responsabilità esisteva necessariamente, in quanto esisteva la *voluntas*. Invero le regole dettate qui dalla giurisprudenza devono estendersi anche, e soprattutto, al caso in cui questa preordinazione del *dominus* non compare, ed il servo abbia cominciato a negoziare di propria iniziativa. Ma lo stesso discorso può essere ripetuto per il figlio. E difatti, se un peculio fosse stato concesso appositamente per svolgere l'attività di banchiere, o se, comunque, indipendentemente dal peculio, l'avente potestà avesse preposto il figlio o il servo ad una *mensa argentaria*, sarebbe stato forse più logico pensare di fare ricorso all'*actio institoria*, in base alla quale l'avente potestà avrebbe risposto per l'intero debito: ma il passo di Ulpiano non fa riferimento a quest'azione. Se ne deve concludere, perciò, che l'ipotesi presa in considerazione dal giurista sia precisamente quella in cui il soggetto avesse iniziato le trattative bancarie di sua esclusiva iniziativa. Così viene ad assumere una rilevanza maggiore la ricerca della responsabilità dell'avente potestà e s'illuminano di un più vivo significato i vari casi di *scientia* e di arricchimento. Ma, d'altronte, questa soluzione poteva già essere implicita nelle premesse: infatti è logico pensare che non dovevano sorgere dubbi sulla responsabilità del *pater* o *dominus* quando egli stesso avesse dato ordini per le negoziazioni.

Infine, si noti che le due soluzioni avanzate per il servo — e per esse Ulpiano non documenta divergenze di opinioni — corrispondono perfettamente alla teoria di Labeone a proposito della responsabilità del *pater argentarii*. Il testo non dice se anche per il servo Sabino avesse proposto la soluzione che si legge a suo nome per il figlio. Ulpiano, in ogni modo, sembra

ritenere che l'obbligo del *dominus* all'*editio* si dovesse ammettere solo nel caso che il servo avesse agito *inscio domino*, anche se quest'ultimo ne avesse tratto lucro.

E forse il giurista si è indotto a trattare separatamente delle due ipotesi anche sulla base di questa differenza, pur non sostanziale.

8. A questo punto si può riprendere il discorso sull'*actio in factum* cui accenna Paolo (D. 2, 13, 9 pr.).

In realtà anche gli altri argomenti su cui si fonda il suo riconoscimento come azione penale non vanno esenti da critiche. Le motivazioni addotte sarebbero le seguenti:

1) l'azione è annuale ([64]); ma — si potrebbe obiettare — la cosa non deve far meraviglia in ogni caso, trattandosi di un'azione pretoria;

2) suo presupposto è l'inottemperanza al *decretum editionis* del pretore, che non può essere sanzionata in altro modo che con una pena ([65]); ma con questo argomento si dovrebbero classificare allora come azioni penali anche tutte le azioni *ex interdicto*, per esempio, cosa che nessuno ha mai sostenuto;

3) criterio di imputabilità è unicamente il dolo come nei casi di responsabilità penale ([66]); ma — aggiungerei — non solo in quelli, poichè la previsione di una responsabilità solamente per dolo esiste anche al di fuori del campo penale, per esempio nell'*actio ad exhibendum*;

4) inoltre l'azione risulterebbe trasmissibile dal lato attivo e intrasmissibile dal lato passivo; ma qui non si tratta di dati sicuri perchè il passo di Ulpiano su cui si basa questa affermazione (D. 2, 13, 13, Ulp. l. 4 *ad ed.*: *Haec actio neque post annum neque in heredem nisi ex suo facto dabitur. here-*

([64]) Cfr. D. 2, 13, 13; sul punto anche Fernandez-Barreiro, *op. cit.*, p. 188.
([65]) Cfr. Fernandez-Barreiro, *op. cit.*, p. 176.
([66]) Cfr. Fernandez-Barreiro, *op. cit.*, p. 170 ss.

di autem dabitur) è contraddetto da un brano di Paolo, D. 2, 13, 9, 1, precedentemente citato ([67]);

5) infine, l'azione stessa presenta la caratteristica tipicamente penale della cumulatività dei soggetti, *si plures fuerint argentarii* (D. 2, 13, 6, 1) ([68]); e anche qui non parlerei di caratteristica tipicamente penale, quanto piuttosto di solidarietà passiva.

Infine, a ben guardare, in questo caso mancano gli stessi estremi del *delictum* del danneggiamento: infatti, in tutti i vari casi di comportamento che possono essere rapportati alla norma della *lex Aquilia de damno* (in particolare intendo riferirmi a ipotesi di illecito compiuto su dei documenti, che è il caso citato da Gaio, D. 2, 13, 10, 3, in analogia con quello della mancata *editio rationum argentarii*) ([69]), il comportamento deve sempre esplicarsi nei confronti di un oggetto materiale, ad esempio anche *chartae, membranae, codices, tabulae, cautiones*:

([67]) Il LONGO ha analizzato a fondo il passo di Paolo (cfr. *L'origine della successione particolare nelle fonti del diritto romano*, in *BIDR* 14 (1902), p. 165 ss.); l'Autore ritiene frutto di interpolazione giustinianea, l'*aut pater aut dominus* ed il concetto di *iuris successores*. Tuttavia, rimane genuina la regola per cui i *successores argentarii* (che non siano il legatario ed il donatario) sono obbligati all'*editio rationum*. Questa affermazione si trova ripetuta senza alcuna perplessità dallo stesso Ulpiano in D. 2, 13, 6, 1 (*Cogentur et successores argentarii rationes edere* ...).

Di fronte alla contraddizione fra i due giuristi, e soprattutto fra i due passi di Ulpiano, il FERNANDEZ-BARREIRO (*op. cit.*, p. 182 e p. 211 s.) si trova costretto a separare l'obbligo di *edere*, passivamente trasmissibile, dall'*actio in factum*, che, essendo penale, sarebbe invece intrasmissibile. Questa macchinosa interpretazione non mi convince; essa lascia senza risposta un interrogativo di fondo: in che maniera potrebbe essere fatto valere contro gli eredi l'obbligo di *edere*, se l'azione a sua tutela è intrasmissibile?

Il passo di Ulpiano, in realtà, rappresenta uno dei motivi più validi a favore della natura penale dell'*actio in factum*. Mentre per ciò che riguarda l'annualità, si potrebbe obiettare, come si è detto, che l'azione *in factum*, come tale, sarebbe in ogni caso annuale, invece, di fronte alle contraddizioni dei giuristi in tema di trasmissibilità, mi sembra arrischiato ipotizzare una qualunque soluzione.

([68]) Cfr. FERNANDEZ-BARREIRO, *op. cit.*, p. 215 ss.

([69]) Cfr. *supra*, p. 76 ss.

l'immaterialità delle *rationes* impedisce il ricorso all'*actio legis Aquiliae*.

Ma un'azione *in factum*, comportante una condanna nei limiti del valore della cosa al momento della richiesta, la possiamo trovare in altri passi del Digesto. Intendo riferirmi a

> D. 10, 4, 3, 14 (ULP. l. 24 *ad ed.*) *Interdum aequitas exhibitionis efficit, ut, quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Iulianus tractat. servus, inquit, uxoris meae rationes meas conscripsit: hae rationes a te possidentur: desidero eas exhiberi. ait Iulianus, si quidem mea charta scripta sint, locum esse huic actioni, quia et vindicare eas possum: nam cum charta mea sit, et quod scriptum est meum est: sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri: in factum igitur mihi actionem competere.*

Il passo è ricompreso nell'ampia discussione di Ulpiano che apre il titolo *ad exhibendum* del Digesto. Esso presenta la soluzione di un problema particolare, derivato, probabilmente, da un caso concreto. La massima, però, può essere assunta a principio generale: qualora non si possa agire *ad exhibendum* per l'inesistenza di uno dei caratteri distintivi dell'azione, si può ottenere dal pretore, in via equitativa, un'*actio in factum*, la quale, perciò sarà modellata sulla struttura dell'*actio ad exhibendum* ([70]).

Lo studio del Marrone sul processo esibitorio permette di mettere a punto con una certa precisione i dati caratteristi-

---

([70]) Secondo il BURILLO (*Contribuciones*, cit., p. 199 ss., e, in ispecie, p. 207 s.) l'*actio ad exhibendum* sarebbe sempre un'azione pretoria *in factum*. Questa ipotesi, forse, potrebbe rappresentare un argomento di più a favore della tesi che mi propongo di dimostrare, ma non sarebbe ancora la dimostrazione. E d'altra parte, in questa sede, non è il caso di prendere posizione circa la natura dell'*actio ad exhibendum*.

ci dell'azione tipica: *a*) si tratta di un'azione civile ([71]); *b*) la legittimazione attiva compete innanzi tutto al *dominus*, e poi anche, sempre in diritto classico, all'usufruttuario, al creditore pignoratizio, al legatario *per vindicationem*, all'*adsertor libertatis* e al proprietario bonitario, salvo tener presenti ulteriori allargamenti della legittimazione nel periodo postclassico ([72]); *c*) legittimato passivo è il possessore, o anche, in certi casi, il semplice detentore della cosa di cui si chiede l'esibizione ([73]); *d*) inoltre, è necessario un interesse attuale dell'attore all'esibizione: si noti, però, che, almeno per il diritto classico, questo interesse, di per sè solo, non è sufficiente alla concessione dell'azione ([74]); *e*) l'attore, affermatosi proprietario, deve provare il suo diritto all'esibizione della cosa ([75]); *f*) l'azione, mediante clausola arbitraria, dà all'attore la possibilità di impossessarsi della cosa, imponendo al convenuto, se questi non contesta il diritto dell'attore, un semplice *tollere pati* ([76]); *g*) infine, l'eventuale condanna pecuniaria viene computata sulla base di un'*aestimatio*, effettuata mediante giuramento dell'attore sul *quanti ea res erit*, in un primo momento, e sul *quod actori interest* in seguito ([77]).

Allorchè manchi uno dei suddetti requisiti, l'*actio ad exhibendum* come azione tipica viene esclusa: e l'esempio più lo-

---

([71]) Cfr. MARRONE, *op. cit.*, p. 448 ss.

([72]) Cfr. MARRONE, *op. cit.*, p. 18 ss.; cfr. anche BURILLO, *op. ult. cit.*, p. 241 ss.

([73]) Cfr. MARRONE, *op. cit.*, p. 113 ss.; si veda anche BURILLO, *op. ult. cit.*, p. 255 ss.

([74]) Cfr. MARRONE, *op. cit.*, p. 89 ss. Il BURILLO (*op. ult. cit.*, p. 233 ss.), mentre concorda col Marrone per quanto riguarda la necessità dell'interesse, ne contesta, invece, la seconda affermazione: per l'Autore spagnolo l'interesse è, al tempo stesso, necessario e sufficiente per la concessione dell'azione.

([75]) Cfr. MARRONE, *op. cit.*, p. 28 s.

([76]) Cfr. MARRONE, *op. cit.*, p. 296 ss. Il BURILLO (*op. ult. cit.*, p. 216 ss.) oppone che con l'*actio ad exhibendum* non ci si contentava di gravare il convenuto con un semplice *tollere pati: exhibere* — egli precisa — significa portare in giudizio la cosa per permettere all'attore di impossessarsene; e il convenuto è tenuto a facilitargli l'impossessamento.

([77]) Cfr. MARRONE, *op. cit.*, p. 492 ss.

gico è quello di chi non sia proprietario, nè si trovi in una delle situazioni illustrate dal *ius civile* per essere legittimato attivamente, e tuttavia, abbia interesse all'esibizione.

È questa, appunto, l'ipotesi proposta dal testo di Ulpiano. Il servo di mia moglie ha tenuto per me dei conti, e questi sono posseduti da un terzo; se la *charta*, cioè la materia su cui i conti stessi sono trascritti, non mi appartiene, io non posso esperire nè la *reivindicatio*, nè l'*actio ad exhibendum*: tuttavia mi è concesso di agire *in factum* per l'esibizione.

Invero, potrebbe sembrare, forse, più appropriata nel caso un'*actio utilis*, se dobbiamo accogliere come carattere distintivo fra l'azione in via utile e l'azione *in factum* (quando si riferiscono ad un'azione tipica del *ius civile*) quello che addita nella prima la semplice mancanza di alcuno degli elementi costitutivi dell'azione tipica, e nella seconda la presenza di elementi contrari ([78]). Infatti Ulpiano dice semplicemente *si charta mea non fuit*, senza distinguere come ci si potrebbe aspettare, se il convenuto dell'azione *in factum* fosse esso stesso proprietario della *charta* — nel qual caso, verificandosi una circostanza opposta a quella richiesta dall'azione tipica, si dovrebbe agire *in factum* —, oppure se non lo fosse — e, pertanto, si possa agire *utiliter* —. Ma forse il giurista non si pone nemmeno questo problema perchè nell'ipotesi esaminata la qualifica *in factum* dell'azione derivava da un'altra circostanza, anch'essa opposta a quelle richieste dal *ius civile*, e cioè il fatto che mancasse un oggetto concreto e materiale su cui rendere possibile l'attività dell'*exhibere*.

Quindi, ritornando agli *argentarii*, mi sembra che l'*actio* concessa dal pretore per costringere i banchieri all'*editio rationum* debba ascriversi alla categoria delle *actiones in factum*, ma anche che debba essere modellata, come tale, sull'*actio ad exhibendum*, della quale presenta tutte le caratteristiche. Infat-

---

([78]) Cfr. *supra*, p. 79 ss.

ti: 1) è data contro l'argentario in quanto possessore dei registri dei conti; 2) deve essere provato l'interesse positivo dell'attore all'*editio*, e ciò con dei limiti ben precisati; 3) la condanna pecuniaria è nei limiti dell'interesse; e ancora 4) come l'*actio ad exhibendum*, è prevista per i soli casi di responsabilità dolosa ([79]); 5) anch'essa presuppone l'imposizione di un *iusiurandum calumniae*, sulla base del quale il pretore emana un *decretum*, che sarà *decretum exhibitionis* nell'un caso e *decretum editionis* nell'altro ([80]); 6) l'interesse dell'attore non è motivo d'indagine particolare al momento della concessione dell'azione, bensì al momento della sentenza: per la concessione, invece, basta la semplice affermazione dell'interesse da parte dell'attore stesso, quella che nella dottrina processualistica moderna è la *legitimatio ad causam* ([81]); 7) l'ammontare della condanna per l'argentario sarà determinato, probabilmente, in base ad una *aestimatio* giurata dell'attore, come avviene in tutte le azioni nell'*id quod interest* ([82]), e come avviene in particolare nell'*actio ad exhibendum*.

In definitiva, dei requisiti dell'*actio ad exhibendum* mancano quello che riguarda la legittimazione attiva (infatti l'attore non è il proprietario del *codex rationum*, nè si trova in una di quelle situazioni giuridiche ai cui titolari fu estesa la capacità di agire *ad exhibendum* ([83]); anzi proprio il convenuto è allo stesso tempo possessore e proprietario dei registri stessi), e quello che riguarda l'oggetto.

([79]) Cfr. MARRONE, *op. cit.*, p. 216 ss., e BURILLO, *op. ult. cit.*, p. 273 ss.

([80]) In particolare sul *decretum exhibitionis* cfr. BURILLO, *op. ult. cit.*, p. 208 ss.; sul *decretum editionis*, in particolare, si veda FERNANDEZ-BARREIRO, *op. cit.*, p. 163 ss.

([81]) Per quel che riguarda l'*actio ad exhibendum* si veda MARRONE, *op. cit.*, p. 104.

([82]) Cfr. L. AMIRANTE, voce *Giuramento* (*diritto romano*), in *Noviss. Dig. Ital.* VII, Torino 1961, p. 942.

([83]) Cfr. MARRONE, *op. cit.*, p. 18 ss.

Per ciò che concerne il primo dei requisiti mancanti, cioè la legittimazione attiva di colui che, pur non essendo proprietario delle *chartae, tabulae* o *membranae*, richiedesse ugualmente l'*editio rationum*, e contro il vero proprietario, la giurisprudenza romana dovette avvertire la necessità di una giustificazione dogmatica che non si risolvesse in un semplice stratagemma processuale.

Si leggano, a tal proposito, i seguenti passi:

> D. 2, 13, 6, 5 (Ulp. l. 4 *ad ed.*) *Unde apparet, ita demum tenere hoc edictum, si ad eum pertineat. pertinere autem videtur ad me ratio, si modo eam tractaveris me mandante: sed si procurator meus absente me mandaverit, an mihi edenda sit, quasi ad me pertineat? et magis est ut edatur. procuratori quoque meo edendam rationem, quam mecum habet, non dubito, quasi ad eum pertineat: et cauturum de rato, si mandatum ei non sit.*

> D. 2, 13, 4, 1 (Ulp. l. 4 *ad ed.*) *Huius edicti ratio aequissima est: nam cum singulorum rationes argentarii conficiant, aequum fuit, id quod mei causa confecit meum quodammodum instrumentum mihi edi.*

Il caso presentato dal primo passo non propone particolari difficoltà. Si tratta di individuare quando si abbia diritto all'*editio* da parte dell'argentario, cioè quando le *rationes* possano dirsi *pertinentes*. Certamente nessun dubbio sorge allorchè il conto sia stato redatto su incarico della persona interessata; e lo stesso diritto all'*editio* si dovrà riconoscre anche al *procurator* del cliente, nonchè al cliente stesso per gli affari conclusi fra il suo *procurator* e l'argentario.

Il secondo passo (D. 2, 13, 4, 1) è ancora più esplicito nell'affermare che, poichè l'argentario ha redatto i conti *mei causa*, il conto stesso deve intendersi *meum quodammodum instru-*

mentum; e ciò senza necessità di alcun riferimento ad un rapporto formale di incarico, che obblighi in qualche modo il banchiere, nei confronti del cliente, in rapporto ai conti ([84]).

9. Tutta la disciplina dell'*editio rationum argentarii* mi sembra ispirata a criteri di protezione nei confronti della categoria e dell'attività dei banchieri.

Se ne è visto un esempio nel *iusiurandum calumniae*, che risponde alle esigenze di segretezza del banchiere per quel che riguarda i suoi affari. Ed anche il concetto di *edere rationes*, come dichiarazione resa dal banchiere stesso sulla situazione dei conti, visto in parallelo con le analoghe attività della *computatio* e della *redditio*, permette al banchiere di conservare la segretezza dei suoi affari di fronte ai terzi. Ma alla stessa esigenza di segretezza sembra preordinata la norma contenuta in D. 2, 13, 10, 2, che sotto la veste di un'imposizione al banchiere (*edi autem ratio ita intellegitur, si a capite edatur, nam ratio nisi a capite inspiciatur, intellegi non potest*), nasconde, in realtà, un diritto a suo favore, quello di *edere a capite* e non totalmente.

E ancora: la limitazione della responsabilità ai soli casi in cui vi sia stato il dolo rappresenta anch'essa una norma che tiene conto degli interessi dell'argentario. E, del resto, continuando su questa via, gli stessi bizantini che, come si diceva, si sen-

([84]) Il passo è stato sospettato di interpolazione (Cfr. A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, Palermo 1921, p. 138 nt. 1; S. SOLAZZI, *'Quodam modo' nelle Istituzioni di Gaio*, in *SDHI* 19 (1953), p. 104 e p. 131 s.), ma innanzi tutto le critiche non erano sorte proprio dall'esegesi di questo testo, e in secondo luogo — cosa del resto più importante — sono rimaste più che altro sul piano della forma, senza intaccare la sostanza. In particolare i sospetti si sono appuntati sull'*aequissima*, che secondo il Guarneri Citati è frutto dell'enfasi giustinianea, e sul *quodammodo*, che, secondo le parole del Solazzi, « accompagnando un termine giuridico esprime un'equiparazione più o meno imperfetta che confonde le idee di giustizia, moralità, socialità, turba la logica e fa perdere al diritto ogni consistenza. Altro era il linguaggio dei giuristi romani e altra la forza dei loro concetti giuridici ». Anche queste affermazioni non convincono: il *quodammodo* è frequentissimo nei testi, e spesso generico (cfr. *VIR*, voce *quodammodo*).

tirono in dovere di dare una maggior ampiezza a questa responsabilità, non giunsero fino a prendere in considerazione la semplice *culpa*, anche nelle sue manifestazioni normali o più lievi, e ricorsero al concetto di *culpa lata*.

D'altra parte (anche se nel Digesto vi sono altri esempi di questo tipo) potrebbe sorprendere il fatto che la condanna dell'*actio in factum* contro il banchiere comprenda soltanto il *quod interfuit mea rationes edi cum decerneretur a praetore* e non il *quod hodie interest*. L'azione — cioè — sanziona una responsabilità del banchiere per il solo danno emergente; la responsabilità per il *lucrum cessans*, già riconosciuta ampiamente nel diritto romano, come ha dimostrato con acutezza il Below ([85]), qui non trova espressione. Eppure vi potrebbe essere giustificata. In realtà — io credo — non si voleva gravare il banchiere di una responsabilità oltre i limiti del prevedibile, cosa che avrebbe potuto nuocere alla sua attività, se non addirittura pregiudicarla.

Del resto, è logico che col tempo, mentre i banchieri venivano ad assumere un peso considerevole nella vita sociale, si facesse sentire presso il pretore una esigenza pratica di loro eclusivo interesse, che sarebbe, in fondo, lo spunto storico

---

([85]) Cfr. K. H. Below, *Die Haftung für 'lucrum cessans' im römischen Recht*, München 1964. Però secondo il Medicus (*op. cit.*, p. 277 ss.) i passi relativi alla azione contro il banchiere, in particolare D. 2, 13, 8 pr. e D. 2, 13, 10, 3, sarebbero nelle loro conclusioni postclassici.

Il Below non prende in particolare esame i due passi suddetti. In teoria il caso del banchiere potrebbe anche rientrare fra quelli che l'autore considera come ipotesi di liquidazione del lucro cessante ammesse nel diritto classico [quelle, cioè, in cui il lucro cessante risulti in maniera obiettiva da « objektiv-tipisch Situationen » (*op. cit.*, p. 41), e non anche da « subjektiv-individuellen Eingenschaften » della persona che ha subito l'atto in discussione, le quali sarebbero diventate rilevanti solamente nel diritto postclassico (*op. cit.*, p. 41 e 123)]; ma potrebbe anche non esservi ricompreso, in quanto il testo stesso prescinde dal considerare se il mancato guadagno potesse avere o meno i caratteri dell'obiettività. In verità, per escludere la liquidazione del lucro cessante nell'ipotesi dell'*actio in factum adversus argentarios* io parlerei piuttosto di situazioni e attitudini soggettive di colui che ha compiuto l'omissione incriminata.

della più moderna disciplina del segreto bancario e in genere di tutte le guarentigie offerte, via via nel tempo, all'impresa bancaria ([86]).

Sotto questo profilo si può anche comprendere il motivo per cui — pur di fronte agli interessi di colui che richiedeva l'*editio*, interessi che a loro volta non potevano essere, e non furono, trascurati — l'azione *in factum* non sia stata concepita come azione penale: l'interesse sociale alla continuità dell'attività bancaria, pur esigendo che essa fosse adeguatamente disciplinata sul piano giuridico, impose parallelamente di contenere le sanzioni applicabili al banchiere entro i limiti dello stretto necessario ([87]).

([86]) Cfr. B. RENDA, *Le banche nella giurisprudenza*, Padova 1972, p. 223 ss., che nelle noterelle introduttive alle sentenze riporta un'ampia bibliografia sulla disciplina del segreto bancario; si veda anche G. RUTA, *Il sistema della legislazione bancaria*, Roma 1976, parte III, cap. I: *Problematica del segreto bancario e sua soluzione negli altri Paesi*, e cap. II: *Il fondamento giuridico*.

([87]) A conclusioni non dissimili, del resto, si potrebbe pervenire analizzando sotto questo profilo altri istituti particolari della disciplina romana sull'attività bancaria, quali il *receptum argentarii*, ovvero la regolamentazione tutta particolare della compensazione nel caso di rapporti con un banchiere.