

## CONSIDERAZIONI SUL REGIME PROCESSUALE DELL'ACTIO FUNERARIA

Gianluca Zarro\*

SOMMARIO: 1.- Premessa: aspetti problematici e delimitazione dell'indagine; 2.- L'origine dell'*actio funeraria*; 3.- Struttura di *actio in bonum et aequum*; 4.- La *conceptio verborum*; 5.- La possibile protoformula arbitrale dell'*actio funeraria*

**1.- Premessa: aspetti problematici e delimitazione dell'indagine**

Secondo la dottrina corrente<sup>1</sup> l'*actio funeraria* era un'azione pretoria *in factum*, ma anche *in bonum et aequum concepta*<sup>2</sup>. Essa era anche *perpetua*<sup>3</sup> trasmissibile sia attivamente che passivamente agli eredi, mentre più dibattuto è il carattere di azione sussidiaria<sup>4</sup>, giacché si scrive che tale requisito è da ritenersi giustiniano, apparendo interpolata la testimonianza labeoniana riportata da Ulpiano in D. 11.7.14.12.

---

\* Dottore di Ricerca in Diritto romano e tradizione romanistica presso l'Università degli Studi 'Federico II' di Napoli, Assegnista di ricerca in Diritto Romano presso l'Università degli Studi 'Federico II' di Napoli.

<sup>1</sup> Un punto di partenza anche per la bibliografia sull'argomento è costituito dalla voce enciclopedica di A. Palma, sv. *Sepolcro, Sepoltura*, in *Enc. Dir.*, 42 (1990) 14ss. Annovera l'*actio funeraria* nell'ambito delle *actiones in bonum et aequum*, ma sostenendone la natura di *actio in factum*, M. Varvaro, *Lineamenti di procedura civile romana*, Napoli 2023, 114ss. Nell'ambito della dottrina specialistica più risalente occorre ricordare i saggi di H. Funcke, *Die Actio Funeraria*, Halle an der Salle 1890, 13 ss. e di P. Thomas, *Observations sur les actions «in bonum et aequum conceptae»*, in *NRH*. 25 (1901) 563. Più di recente, il tema è stato trattato da P. De Francisci, *La legittimazione attiva nell'azione funeraria*, in *'Filangieri'* 40 (1915) 27; F. Pringsheim, *Bonum et equum*, in *ZSS*. 52 (1932) 78ss.; G. Donatuti, *'Actio funeraria'*, in *SDHI*. 8 (1942) 48s.; S. Tondo, *'Osservazioni intorno alla pro herede gestio'*, in *AG.*, 153 (1957) 3ss.; C. Beduschi, *Hereditatis aditio. I. L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza romana classica*, Milano 1976, 73ss.; A. Cenderelli, *Gestione di affari ereditari ed editto de "sumptis funeorum". Punti di contatto ed elementi di differenziazione*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi* 1 (Milano 1982) 265 ss; A. Cenderelli, *"Gerere negotium humanitatis"*, in *Sodalitas A. Guarino* 2, (Napoli 1984) 793ss.; Paricio, *Notas sobre el edictum de sumptibus funeorum*, in *Studi Senesi* 97 (1985) 452ss.; Id., *"Acción funeraria"*, in *Derecho romano de obligaciones*, in *Estudios Murga Gener*, Madrid 1994, 687ss.[=*Acción funeraria*, in *De justitia y el derecho. Escritos misceláneos romanísticos*, Madrid 2002, 507-524, da cui saranno tratte le successive citazioni]; E. Schrage, *"De opgedrongen verrijking: Over de actio funeraria, de actio negotiorum gestorum en de kosten van de begrafenis"*, in *Acta Juridica*, 1992, 48-56; P. J. Thomas, *Actio funeraria*, in *Fundamina* 11, 2005, 321-334; O. Unger, *Actio funeraria. Prinzip Und Fall Der Verbotswidrigen Geschäftsführung Ohne Auftrag: Prinzip und Fall der verbotswidrigen Geschäftsführung ohne Auftrag*, Tübingen 2018, 2- 259.

<sup>2</sup> Come discenderebbe da D. 11.7.14.6 (Ulp. 25 ad ed.): *Haec actio quae funeraria dicitur ex bono et aequo oritur: continet autem funebris causa tantum impensam, non etiam ceterorum sumptuum. Aequum autem accipitur ex dignitate eius qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide, ut neque plus imputetur sumptus nomine quam factum est neque tantum quantum factum est, si immodice factum est: deberet enim haberi ratio facultatum eius, in quem factum est, et ipsius rei, quae ultra modum sine causa consumitur. Quid ergo si ex voluntate testatoris impensum est? Sciendum est nec voluntatem sequendam, si res egrediat iustam sumptus rationem, pro modo autem facultatum sumptum fieri.*

<sup>3</sup> Si suole citare in proposito D. 11.7.31.2 (Pomp. 15 ad Sab.): *Haec actio non est annua, sed perpetua, et heredi ceterisque successoribus et in successores datur.*

<sup>4</sup> Palma, sv. *Sepolcro, sepoltura* cit. 14.

Altra parte della dottrina<sup>5</sup> scrive che l'azione era *quasi ex contractu*,<sup>6</sup> *ex bono et aequo*,<sup>7</sup> e il giudice aveva giurisdizione di equità<sup>8</sup>.

È opinione consolidata<sup>9</sup> quella che le *actiones in bonum et aequum conceptae* siano connotate da una *condemnatio* discrezionale e che in tale categoria possono ascrivere secondo un'elencazione classica<sup>10</sup>, l'*actio iniuriarum*, l'*actio de sepulcro violato*, allorché ad agire fosse il titolare dello *ius*

<sup>5</sup> Thomas, *Actio funeraria* cit. 12

<sup>6</sup> I. 3.27.1: *Igitur cum quis absentis negotia gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quae appellantur negotiorum gestorum: sed domino quidem rei gestae adversus eum qui gessit directa competit actio, negotiorum autem gestori contraria. quas ex nullo contractu proprie nasci manifestum est: quippe ita nascuntur istae actiones, si sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit: ex qua causa ii quorum negotia gesta fuerint etiam ignorantes obligantur. idque utilitatis causa receptum est, ne absentium qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, deserentur negotia: quae sane nemo curaturus esset, si de eo quod quis impendisset nullam habiturus esset actionem. sicut autem is qui utiliter gesserit negotia, habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat. quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.* Cfr. Funcke, *Die Actio Funeraria* cit. 13, il quale rileva anche che l'azione è perpetua.

<sup>7</sup> D. 11.7.14.6 (Ulp. 25 ad ed.): *Haec actio quae funeraria dicitur ex bono et aequo oritur.*

<sup>8</sup> D. 11.7.14.10 (Ulp. 25 ad ed.): *Iudicem, qui de ea aequitate cognoscit;* D. 11.7.14.13 (Ulp. 25 ad ed.): *... Et generaliter puto iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulgent.*

<sup>9</sup> Scrive in proposito il Paricio, *Estudio sobre las "actiones in aequum conceptae"*, Milano 1986, 7: «En cualquier caso, no estamos ante una categoría unitaria de acciones, a diferencia de cuanto sucede en los *bonae fidei iudicia*». Nella sintesi conclusiva della sua opera lo studioso spagnolo sottolinea che nella *condemnatio* editale di tali formule *bonum* non figurava accanto ad *aequum*. Ciononostante «l'ultima giurisprudenza classica» utilizzò spesso (ma non sempre) la locuzione *bonum et aequum* per dar conto del semplice *aequum* dell'editto; «mentre talora alcuni giuristi tardi qualificarono codeste azioni *actiones in bonum et aequum conceptae*». Paricio, *Estudio* cit. 121. Tale opinione aveva un autorevole antecedente nell'importante contributo di A. Guarino, «*Actiones in aequum conceptae*», in *Labeo* 8 (1962) 7ss. (ora in Id., *Pagine di Diritto Romano* 7, Napoli 1995, 21-38), il quale ritiene che dalle azioni con condanna in *quantum aequum videbitur* sarebbero germinate, nel corso del Principato, tutte le *actiones* denominate, poi, in *bonum et aequum*. Cfr. anche A. Guarino, s.v. *Equità (Diritto romano)*, in *NNDI*. 6 (1960) 620. Laura Solidoro ha evidenziato la problematicità di una simile evoluzione in '*Aequitas*' e '*ius scriptum*'. *Profili storici*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino* 1 (2012) 207-320, spec. 259 (ora in Ead., *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas. Lezioni*, Torino 2013, 1-27). Scrive la studiosa: «se pure è vero che Papiniano, discutendo un caso pratico, sottolinea *dixi recte eum ea actione experiri, quae in bonum et aequum concepta est* (Pap. 8 *quaest.* D. 47.12.10), è altrettanto vero che per l'*actio sepulchri violati* la giurisprudenza classica continuò a prevedere la *condemnatio* nel quanti *ob eam rem aequum videbitur* (Ulp. D. 27.12.3 pr.)». Ead., *Aequitas*' e '*ius scriptum*' cit. 259 [= *Tra morale* cit., 76]. A detta di A. Söllner, *Zur Vorgeschichte und Funktion der 'actio rei uxoriae'*, Köln-Wien 1969, spec. 135ss. una pietra angolare utile per individuare la natura dell'azione sarebbe costituita dalla *exceptio doli*. Pur essendo detta *exceptio* immanente nei *bonae fidei iudicia* e pur avendo il giudice la possibilità di colpire contegni dolosi, ciò non risulta dal contenuto della formula dell'azione. In altri termini, l'*exceptio doli* non vi compare. Orbene, se deve individuarsi nelle fonti l'*exceptio doli* in unione con una azione, sono da escludersi le azioni connesse ai *iudicia bonae fidei*. Nel Digesto vi sono alcuni frammenti che sembrano parlare di un'*actio rei uxoriae* unita con una *exceptio doli*. Ma detta unione, a dire dello studioso, si rivela del tutto apparente. Sulla rilevanza della *exceptio doli* nel caso specifico v. M. Lauria, *Matrimonio – dote in diritto romano*, Napoli 1952, 105 ss. Sulla monografia di Söllner v. la recensione fattane da Guarino, *Rec. a Söllner, Zur Vorgeschichte und Funktion der 'actio rei uxoriae'*, in *Iura* 20 (1969) 688ss. Per una ricognizione generale sulla categoria delle azioni qui prese in esame v. J. Paricio, *Estudio* cit. 75 ss.

<sup>10</sup> Scrive in proposito il Guarino, *Actiones in aequum conceptae* cit. 22 nt. 11: «L'elenco più ricco delle cd. *actiones in bonum et aequum conceptae* comprende tutt'al più nove azioni, ma rigore di indagine vuole che la lista sia decurtata del *iudicium de moribus* e dell'*actio negotiorum gestorum*, in ordine a cui le fonti tacciono nel modo più completo». L'elenco offerto dall'eminente studioso comprende: «*Actio iniuriarum, actio de sepulchro violato, actio de effusis vel deiectis, actio in iudicem qui litem suam fecerit, actio (adiecticia) de feris, iudicium de moribus, actio negotiorum gestorum, actio funeraria, actio rei uxoriae*». Nella redazione di questo elenco lo studioso napoletano dichiara di richiamarsi a Pringsheim, *Bonum et equum* cit. 100 ss., tuttavia egli stesso espunge l'*actio de moribus* e l'*actio negotiorum gestorum*. La dottrina più recente esclude, dall'elenco delle *actiones in bonum et aequum conceptae*, l'*actio rei uxoriae* sulla base

*sepulchri*, l'*actio de effusis vel deiectis* e l'*actio de feris*, quando agiva la vittima delle lesioni ed, infine, l'*actio funeraria*. Più controverso era, invece, il caso dell'*actio de moribus*.

Secondo questa stessa dottrina anche l'*actio funeraria* presentava una condanna in *aequum* nella sua formula, giacché la persona estranea all'asse ereditario che spontaneamente si era occupata delle spese funerarie e per di più con l'intenzione di recuperare quanto speso, non poteva far gravare sulla persona tenuta a sostenere il costo del funerale, di solito l'erede, spese superiori a quelle che la condizione del defunto esigeva.

È, poi, opinione condivisa<sup>11</sup> che l'*actio funeraria* aveva una stretta affinità con l'*actio negotiorum gestorum in factum*<sup>12</sup>: «La *actio funeraria* tenía función similar a la *actio negotiorum gestorum contraria* y, por lo demás, los juristas vieron en el gasto realizado una gestión de

---

delle testimonianze di Cicerone, Cic. *top* 17.66; Cic. *de off.* 3.15.61 e di Gai 4.62. Cfr. Paricio, *Estudio* cit. 100, nonché Varvaro, *Studi sulla restituzione della dote. I. La formula dell'actio rei uxoriae* (Torino 2006) spec. 81 s., il quale respinge la tesi di Lenel, che inquadrava l'*actio rei uxoriae* tra le *actiones in bonum et aequum conceptae*, scrivendo: «Tuttavia, anche a voler far ricorso alla categoria delle *actiones in (bonum et) aequum conceptae*, risulta comunque contraddittorio riconoscere da un lato che l'*actio rei uxoriae* vi apparteneva perché aveva una *condemnatio* in cui compariva la clausola QUOD EIUS MELIUS AEQUIUS ERIT e, dall'altro, ricostruire il programma di giudizio con una struttura formulare diversa da quelle delle altre azioni, che sembrano costituite da una *demonstratio* cui segue direttamente una *condemnatio*, fra loro collegate, sul piano logico e sintattico, dalle parole OB EAM REM (così almeno l'*actio iniuriarum* e l'*actio funeraria*) e che non hanno una formula né in *ius* né tanto meno *certa*».

Più agevole è la dimostrazione che tanto l'*actio adversus iudicem qui litem suam fecit*, quanto l'*actio negotiorum gestorum in factum* non possono essere annoverate tra le *actiones in bonum et aequum conceptae*, Cfr. Paricio, *Estudios* cit. 106, 112

<sup>11</sup> Il legame tra le due azioni e le modalità attraverso le quali esso avesse ad atteggiarsi costituiscono una delle problematiche maggiormente attenzionate dalla dottrina che si è occupata del tema dell'*actio funeraria*, sul punto occorre citare P. De Francisci, *La legittimazione attiva nell'azione funeraria*, in *Filangieri* 49 (1915) 27; G. Donatuti, *Actio funeraria*, in *SDHI* 8 (1942) 42 e spec. 78 s. Il Donatuti, in particolare, ha cercato di risolvere il problema del rapporto tra le due azioni riconoscendo alle stesse autonomia reciproca e rilevando che «in realtà fra i presupposti dell'*actio negotiorum gestorum* è la gestione o la cura di un *negotium* che possa dirsi di alcuno oppure la gestione di un *negotium hereditarium*» ed affermando, altresì, che «la cura dei funerali di una persona non è un *negotium hereditarium*, perché non riguarda un bene, che possa considerarsi parte dell'eredità giacente». Sempre a parere dello stesso studioso «... l'*actio funeraria* non è una specie di *actio negotiorum gestorum*, perché per questa mancherebbe un vero *dominus negotii*», giacché difetterebbe, per ogni ipotesi di *actio negotiorum gestorum*, un *dominus* al quale gli affari possano essere riferiti. In ultima analisi sarebbe assente per l'*actio funeraria* una *utilitas* dell'iniziativa assunta e ciò renderebbe ontologicamente non sovrapponibile le due azioni. Di avviso differente S. Tondo, *Osservazioni intorno alla pro herede gestio*, in *AG.*, 153, (1957) 3. Questo studioso nelle ipotesi in cui si trova a sottoporre ad esegesi fattispecie di *funerationes* poste in essere da soggetti non direttamente tenuti a tali incombenze tende ad inquadrarle in termini di *negotiorum gestio*. In questo senso Cfr. C. Beduschi, *Hereditatis adictio. I. L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza classica* (Milano 1976) 73 ss. Un importante contributo sul tema è da ricondurre agli scritti di A. Cenderelli, *Gestione d'affari ereditari ed editto de sumptis funerum* cit. 269, il quale ebbe a manifestare apertamente il proprio dissenso rispetto all'opinione del Donatuti, sostenendo che «È facile opporvi, infatti, la considerazione che, mentre, l'*utilitas* della gestione implica, in genere, un'indagine casistica sul comportamento che normalmente l'assente avrebbe tenuto nell'occuparsi dei propri affari (e, quindi, assume una coloritura soggettiva), quando il *dominus negotii* non è più in vita (e cioè in tutti i casi di *gestio hereditatis*) l'*utilitas* può essere accertata per forza di cose, solo in base ad elementi oggettivi: e là dove essa – come nel caso di specie – è presupposta aprioristicamente da una obbiettiva necessità dell'intera comunità, la discussione dell'argomento da parte dei giuristi sarebbe stata del tutto oziosa».

<sup>12</sup> Oltre alla dottrina già citata che si è occupata dell'*actio funeraria*, il parallelismo con la gestione di affari altrui è riconosciuto anche nella dottrina che ha approfondito gli aspetti processuali dell'*actio negotiorum gestorum*. G. Nicosia, sv. *Gestione d'affari altrui (Premessa storica)*, in *Enc. Dir.* 18 (1969) 633 ss.; A. Cenderelli, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano. I. Struttura, origini azioni*, Torino 1997, 147 ss.; G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio I. Azione pretoria ed azione civile*, Napoli 1999, 425.; Id., *Ricerche in tema di negotiorum gestio. II.1 Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino 2003, 33 ss. Id., *Ancora in margine all'editto 'de negotiis gestis'*, in *BIDR.* (2005) 755 ss.; Id., *Ricerche in tema di negotiorum gestio II.2 Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino 2006, 357 ss.

negocios<sup>13</sup>». Questo legame sembrerebbe, poi, confermato dalle testimonianze di Trebazio<sup>14</sup>, Proculo<sup>15</sup> e Labeone<sup>16</sup> che accostano l'*actio funeraria* alla gestione di affari altrui<sup>17</sup>.

Cionondimeno i problemi connessi con l'esercizio di questa azione sono oggi in gran parte ancora insoluti<sup>18</sup>; in questa sede, cercherò di concentrare l'attenzione su due questioni che mi appaiono fondamentali: il rapporto con l'*actio negotiorum gestorum in factum*, che è preliminare alla corretta individuazione dell'origine dell'*actio funeraria* e la possibile struttura di *actio in (bonum et) aequum concepta* dell'*actio funeraria*, partendo dal presupposto che questo nucleo di azioni non presenta caratteristiche omogenee al suo interno.

## 2. L'origine dell'*actio funeraria*

A mio avviso un punto di partenza dell'indagine può essere rinvenuto negli escerti del Digesto in cui si descrive l'*edictum de sumptis funerum*, cioè D. 11.7.12.2 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Praetor ait: "Quod funeris causa sumptus factus erit, eius recipiendi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, iudicium*

<sup>13</sup> J. Paricio, *Estudio cit.* 90. Lo studioso spagnolo ha dedicato tutta una serie di contributi al tema. Id., *Notas sobre el «edictum de sumptibus funerum»*, in *Studi senesi* 97, Siena 1985, 452, (= *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid 1994, 687 ss., nonché con il titolo si *Acción funeraria*, ma senza sostanziali modifiche anche in Id., *De la justicia y el derecho, Escritos misceláneos romanísticos*, Madrid 2002, 507ss.). Gli esiti di tale lavoro trovano una sintesi anche all'interno della questione relativa alle azioni di buona fede in Id., *Genesis e natura dei 'bonae fidei iudicia'*, in *Atti del convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico'*, Siena 12–16 dicembre 2001, in <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/> 1 ss.

<sup>14</sup> D. 11.7.14.11 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Si quis, dum se heredem putat, patrem familias funeraverit, funeraria actione uti non poterit, quia non hoc animo fecit, quasi alienum negotium gerens: et ita Trebatius et Proculus putat. Puto tamen et ei ex causa dandam actionem funerariam.*

<sup>15</sup> Cfr. *retro* nt. 14.

<sup>16</sup> D. 11.7.14.13 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Idem Labeo ait, si prohibente herede funeraveris testatorem, ex causa competere tibi funerariam: quid enim si filium testatoris heres eius prohibuit? Huic contradici potest: "Ergo pietatis gratia funerasti". Sed pone me testatum: habiturum me funerariam actionem: de suo enim expedit mortuos funerari. Et quid si testator quidem funus mihi mandavit, heres prohibet, ego tamen nihilo minus funeravi? Nonne aequum est mihi funerariam competere? Et generaliter puto iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget; cfr. tuttavia anche D. 11.7.14.16 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Si tamen quasi negotium heredis gerens funeravit, licet ratum non habeat, tamen funeraria eum agere posse Labeo scribit*, in cui si è sottolineata, da più parti la portata apparentemente ambigua dell'espressione *quasi negotium heredis gerens*.*

<sup>17</sup> D. 11.7.14.7 (Ulp. 25 *ad ed.*): *... Igitur aestimandum erit arbitro et perpendendum, quo animo sumptus factus sit, utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit vel ipsius humanitatis, an vero misericordiae vel pietati tribuens vel affetti;* D. 11.7.14.9 (Ulp. 25 *ad ed.*): *... ut quis pro parte quasi negotium gerens, pro parte pietatis gratia id faciat ...;* D. 11.7.14.11 (Ulp. 25 *ad ed.*): *... quia non hoc animo fecit, quasi alienum negotium gerens ...;* D. 11.7.14.13 (Ulp. 25 *ad ed.*): *... Et generaliter puto iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, ...;* D. 11.7.14.16 (Ulp. 25 *ad ed.*): *...Si tamen quasi negotium heredis gerens funeravit, licet ratum non habeat, tamen funeraria eum agere posse Labeo scribit.*

<sup>18</sup> Una questione ancora dibattuta attiene a quali siano le spese astrattamente ripetibili con l'azione funeraria cioè quelle strettamente necessarie *funeris causa*; si tratterebbe, secondo l'orientamento della dottrina, delle spese per il trasporto del cadavere al sepolcro, come si ricava da D. 11.7.14.3, delle spese per l'acquisto del sepolcro le quali sono parimenti desumibili da D. 11.7.14.3., delle spese per la preparazione e conservazione del corpo, a proposito delle quali si rinvia a D. 11.7.14.4 e D. 15.3.7.3; ancora, vanno considerate le spese per comprare gli unguenti ed i profumi, le spese per il sarcofago e la protezione del sepolcro di cui si tratta in D. 11.7.14.4 e in D. 11.7.37.1. Cfr. Unger, *Actio funeraria* cit. 101 ss. Sul punto cfr. anche Thomas, *Actio funeraria* cit. 11, il quale si chiede quali siano considerate le vere spese funerarie e ritiene che le stesse vadano commisurate al rango e alla ricchezza del defunto. Prescinde dalla discussione dell'argomento il recente lavoro di. Prescinde dalla discussione dell'argomento il recente lavoro di M. Milani, *Il regime dei sepolcri nella giurisprudenza classica* (Napoli 2023) 1-148 su cui la recensione di E. Simone, *Sui sepolcri*, in *KOINONIA* 48 (2024)685 ss.

*dabo.*" e D. 11.7.12.3 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Hoc edictum iusta ex causa propositum est, ut qui funeravit persequatur id quod impendit: sic enim fieri, ne insepulta corpora iacerent neve quis de alieno funeretur.*

Parte della dottrina<sup>19</sup> ha sottolineato l'analogia con l'*actio negotiorum gestorum* contraria nella sua formula *in factum* anche in virtù di quanto si ricava da D. 11.7.1 (Ulp. 10 *ad ed.*): *Qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede.*

Proprio l'ipotizzato legame con l'*actio negotiorum gestorum* nella sua formula *in factum* ha posto l'esigenza di indagare il rapporto con D. 3.5.3 pr. (Ulp. 10 *ad ed.*): *Ait praetor: "Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusque cum is moritur fuerint, gesserit: iudicium eo nomine dabo."*, il cui tenore letterale solleva questioni esegetiche sia con riguardo al momento della sua introduzione, sia all'ambito applicativo, cioè se l'editto abbia introdotto un'*actio in factum*, sia se esso si riferisca alla sola obbligazione del gestore od anche a quella del gerito, sia alla sua eventuale riferibilità anche all'azione civile di buona fede, che era posta a presidio della spontanea gestione di affari altrui.

Quanto all'azione a tutela della gestione di affari altrui è stato scritto<sup>20</sup> che in «un momento imprecisato successivamente alla diffusione del processo formulare tra *cives* ed alla nascita dell'*actio mandati*, e precedente alla introduzione dello *iudicium negotiorum gestorum* civile e cioè alla metà del I sec. a. C.» il pretore nell'intento di favorire la *defensio* processuale di soggetti che non la potevano assumere personalmente, proprio in virtù dell'editto menzionato in Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.5.3 pr. abbia introdotto una formula *in factum concepta*, attraverso la quale colui che avesse spontaneamente assunto la *defensio* di un altro soggetto, poteva ripetere le somme a tal uopo pagate ed essere sollevato dalle obbligazioni assunte. Vi sono poi ragionevoli possibilità che come congetturato dal Nicosia<sup>21</sup>, al momento della sua apparizione l'editto abbia introdotto unicamente l'azione a favore del gestore.

Tralasciando le questioni attinenti all'ambito di applicazione dell'*actio negotiorum gestorum*, che afferiscono solo incidentalmente al tema del presente lavoro – ma prendendo atto delle parole del Finazzi che indicano con una credibile approssimazione le date di origine dell'azione di gestione d'affari altrui nella sua formula *in factum* collocandone l'origine intorno alla metà del I sec. a. C.–

<sup>19</sup> Cfr. nt. 17. In particolare merita di essere riportata l'osservazione del Cenderelli, *La negotiorum gestio* cit. 76: «Malgrado ciò, il brevissimo frammento sopra riportato risulta essere stato scritto da Ulpiano non in tema di *actio funeraria*, bensì in tema di *negotiorum gestio*: lo si desume agevolmente dalla considerazione che, secondo la ricostruzione che il Lenel compì, nella *Palingenesia iuris civilis* del commentario *ad edictum* di Ulpiano (ricostruzione che nel caso di specie è particolarmente affidabile, perché tale commentario fu utilizzato dai compilatori giustinianeî con notevole larghezza) alla trattazione dell'*actio funeraria* e dei problemi connessi era dedicato il venticinquesimo libro, mentre il decimo libro era specificamente relativo alla gestione di affari: la distanza – nei commenti e, quindi nel testo stesso dell'editto – dei due argomenti testimonia dell'autonomia reciproca che deve riconoscersi ai due istituti, pur nelle possibili sovrapposizioni».

Si può concordare con il Cenderelli nel ritenere che fu la volontà dei compilatori a dare valenza generale al frammento meritevole di essere riferito soprattutto all'*actio funeraria* a tal punto da essere collocato all'inizio della *sedes materiae* scelta per il Digesto.

Oltre alla dottrina già citata che si è occupata dell'*actio funeraria*, il parallelismo con la gestione di affari altrui è riconosciuto anche nella dottrina che ha approfondito gli aspetti processuali dell'*actio negotiorum gestorum*. G. Nicosia, sv. *Gestione d'affari altrui (Premessa storica)*, in *Enc. Dir.*, 18 (1969) 633 ss.; A. Cenderelli, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano. I. Struttura, origini azioni*, Torino 1997, 147 ss.; G. Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio I. Azione pretoria ed azione civile*, Napoli 1999, 425; ID., *Ricerche in tema di negotiorum gestio. II.1 Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino 2003, 33 ss. ID.; *Ancora in margine all'editto 'de negotiis gestis'*, in *BIDR.* (2005) 755 ss.; ID., *Ricerche in tema di negotiorum gestio II.2 Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino 2006, 357 ss.

<sup>20</sup> Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* 1 cit. 424.

<sup>21</sup> G. Nicosia, s.v. *Gestione d'affari altrui (Premessa storica)*, in *Enc. Dir.*, 18 (1969) 628ss.

voglio riportarmi ancora ai risultati della dottrina che con maggiore acribia<sup>22</sup> si è occupata dell'argomento, la quale ha concordemente ritenuto seppur in maniera congetturale che: «Que en la *funeratio* los juristas vieron una gestión de negocios ajenos, es algo que se manifiesta con claridad en las fuentes y debemos admitirlo sin reservas; en este sentido, se ha visto deste antiguo a la acción funeraria como una variante de la *actio negotiorum gestorum contraria*, en su fórmula *in factum*. Esto ha llevado a suponer que el *edictum de sumptis funerum* sería históricamente anterior al *edictum de negotis gestis*, pues, en caso contrario, no se explicaría la creación de un edicto «especial» existiendo ya otro “general”».

El núcleo de la presente contribución está en comprobar en qué medida ello es cierto y hasta qué punto rilevante».

In altri termini, si è sottolineato che l'*edictum de sumptis funerum* doveva essere antecedente all'*edictum de negotiis gestis*, perché l'esigenza del seppellimento dei cadaveri, o se si preferisce di non lasciare insepolti i corpi, come si ricava da D. 11.7.12.3 (Ulp. 25 *ad ed.*), doveva necessariamente essere precedente a quella della gestione rappresentativa dei negozi altrui, che era alla base dell'*actio negotiorum gestorum*.

Ora, anche senza voler indagare l'origine dell'*actio negotiorum gestorum* – sebbene in proposito un testo significativo è Cic. *top.* 17.66, che inquadra nell'ambito dei *iudicia bonae fidei* l'*actio negotiorum gestorum* nella sua formula in *ius* – pur tenendo conto delle difficoltà di individuare una datazione precisa all'*actio negotiorum in factum*, si deve riconoscere che la problematica deve fare i conti con due ordini di problemi: a) l'esigenza alla base della sepoltura dei cadaveri, seppur limitata all'azione di recupero delle spese sostenute da un terzo o dall'erede, e non estesa anche alla mera misericordia o pietà, è logicamente anteriore a quella della rappresentanza spontanea; b) L'*actio negotiorum gestorum in factum*, essendo una azione decretale, deve essere collocata in un contesto cronologico che tenga conto dello sviluppo di questa categoria di azioni di tipo pretorio<sup>23</sup>.

### 3. Struttura di *actio in bonum et aequum*

L'opinione che individua nell'*actio funeraria* un'*actio in (bonum et) aequum concepta* si fonda principalmente su D. 11.7.14.6 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Haec actio quae funeraria dicitur ex bono et aequo oritur: continet autem funeris causa tantum impensam, non etiam ceterorum sumptuum. Aequum autem accipitur ex dignitate eius qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide, ut neque plus imputetur sumptus nomine quam factum est neque tantum quantum factum est, si immodice factum est: deberet enim haberi ratio facultatum eius, in quem factum est, et ipsius rei, quae ultra modum sine causa consumitur. Quid ergo si ex voluntate testatoris impensum est? Sciendum est nec voluntatem sequendam, si res egrediatur iustam sumptus rationem, pro modo autem facultatum sumptum fieri.*

<sup>22</sup> Paricio, *Acción funeraria* cit. 511.

<sup>23</sup> M. F. Cursi, *Le norme in materia di sepoltura*, in M. F. Cursi (cur.) *XII Tabulae. Testo e commento*, II, Napoli 2018, 703ss, la quale non identifica all'interno delle XII tavole una norma che tutelasse il terzo o comunque l'erede per il recupero delle spese funerarie. Si deve, quindi, ritenere che la relativa esigenza sia sorta in data successiva coerentemente all'affermarsi della procedura formulare. Non menziona la relativa problematica, pur nel quadro di una attenta analisi delle fonti antiche, neppure L. D'Amati, *Sepolcro e reliquiae hominis*, in *LR Legal Roots* 9 (2020) 147ss., Ead., *Dis manibus (sacrum). La sepoltura nel diritto della Roma pagana*, Bari 2021, 142ss.; Ead., *La sepoltura non è per tutti*, in E. Höbenreich, M. Rainer, G. Rizzelli (curr.), *Liber amicorum et amicorum. Festschrift für/Scritti in onore di Leo Peppe*, Bari 2021, 123 ss.

Dal frammento si desume che l'azione funeraria riguarda le spese per il funerale e non altre; essa è originata da esigenze fondate sull'*aequum*; inoltre, si chiarisce che per *aequum* deve intendersi *accipitur ex dignitate eius qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide, ut neque plus imputetur sumptus nomine quam factum*, cioè che *aequum* promana dalla dignità del defunto, dalla *causa*, dal tempo e dalla buona fede, inoltre espressamente si usa l'espressione *ex bono et aequo oritur*.

Orbene, a parte la difficoltà di comprendere con precisione di significato il contenuto delle parole *ex causa, ex tempore et ex bona fide*, intese come significanti del lemma *aequum*, la centralità dell'uso della parola *aequum* con riferimento all'*actio funeraria* emerge anche da D. 11.7.14.13 (Ulp. 25 ad ed.): *Idem Labeo ait, si prohibente herede funeraveris testatorem, ex causa competere tibi funerariam: quid enim si filium testatoris heres eius prohibuit? Huic contradici potest: "Ergo pietatis gratia funerasti". Sed pone me testatum: habiturum me funerariam actionem: de suo enim expedit mortuos funerari. Et quid si testator quidem funus mihi mandavit, heres prohibet, ego tamen nihilo minus funeravi? Nonne aequum est mihi funerariam competere? Et generaliter puto iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget*.

In questo frammento Ulpiano si chiede se sia equo che l'azione funeraria spetti a chi ha sostenuto le spese funerarie nonostante il divieto dell'erede. Per rispondere a questo interrogativo Ulpiano si richiama a Labeone, il quale nega la sovrapposibilità con l'*actio negotiorum gestorum*; infatti, il giurista sannita scrive di reputare che un giudice giusto non debba imitare la mera gestione degli affari altrui, ma debba seguire più liberamente l'equità, quando ciò gli è consentito dalla natura dell'azione, volendo sottolineare la distinzione strutturale tra l'*actio negotiorum gestorum* e l'*actio funeraria*.

In altri termini il duplice richiamo all'equità non può essere inteso come giustificato da mere esigenze di giustizia, pertanto, sembra che un elemento di distinzione con l'azione posta a presidio degli affari altrui, possa essere il *petitum* dell'*actio funeraria*: la *condemnatio in aequum* non era presente nella formula *in factum* dell'*actio negotiorum gestorum*. La *condemnatio* di quest'ultima era limitata al solo *quanti ea res erit*<sup>24</sup>. In altri termini, mentre l'azione in esame è *in (bonum et) aequum concepta*, invece nell'*actio negotiorum gestorum* vi è un'azione diretta al recupero delle somme oggettivamente erogate dal *gestor*; inoltre in quest'ultima occorre che la gestione sia stata *utiliter coepta*<sup>25</sup>, e senza che si dia spazio a valutazioni equitative.

#### 4. La *conceptio verborum*

Occorre domandarsi se anche l'*actio funeraria* fosse sussimibile nelle *actiones in (bonum et) aequum conceptae* o se viceversa la stessa, data anche la sua risalenza, non potesse aver avuto un percorso storico differente ed immaginare che, come l'*actio rei uxoriae* per ciò che concerne i *iudicia bonae*

<sup>24</sup> J. Paricio, *Estudio* cit. 91: «¿cómo podemos sostener que esa clara diferencia de D. 11.7.14.13 fuera obrada los **compilatores?**». La tesi della identificabilità dell'*actio negotiorum gestorum in factum* – anche essa da intendersi *in aequum concepta* – con l'*actio (in bonum) et aequum concepta* fu sostenuta da P.F Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*<sup>7</sup>, Parigi 1924, 657ss. senza tuttavia trovare sostenitori.

<sup>25</sup> D. 3.5.11 (Ulp. 10 ad ed.): *Sicut autem in negotiis vivorum gestis sufficit utiliter negotium gestum, ita et in bonis mortuorum, licet diversus exitus sit secutus*.

*fidei*<sup>26</sup> o l'*actio fiduciae causa*<sup>27</sup>, presentasse alcune peculiarità in grado di tenerla distinta dal novero delle altre azioni *in (bonum et) aequum conceptae*, alla stessa guisa di come l'*actio rei uxoriae* e l'*actio fiduciae* meritano una collocazione a parte nell'ambito dei *iudicia bonea fidei*.

Si è, a questo punto in grado di approcciarci al tema della formula dell'*actio funeraria*; in particolare il Lenel, sulla base della formula dell'*actio iniuriarum*<sup>28</sup>, aveva ricostruito nei seguenti termini il testo della formula dell'*actio funeraria*:

*Quod As. As. in funus L. Titii sumptum fecit, q.d.r.a., quantae pecuniae aequum iudici videbitur Nm. Nm.[ad quem ea res pertinent]<sup>29</sup> ei eo nomine condemnari, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao condemnato; si non paret, absolvito.*

La formula è stata di recente riproposta dal Mantovani<sup>30</sup>,

*C. Aquilius iudex esto. Quod A. Agerius in funus L. Titii sumptum fecit, quantum bonum et aequum C. Aquilio iudici videbitur N. Negidium eo nomine condemnari, tantam pecuniam C. Aquilius N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

In via preliminare mi pare di poter dare seguito all'opinione di quella dottrina<sup>31</sup> che ammette la presenza del lemma *bonum* accanto ad *aequum*, giacché tale coppia è attestata nel linguaggio

<sup>26</sup> A proposito dell'*actio rei uxoria* il Guarino sostenne che ci troveremmo davanti, dunque, ad «un unicum che, come non può essere perfettamente ragguagliato agli ordinari *iudicia bonae fidei*, così non può essere esattamente inquadrato nel paradigma delle nostre azioni [*in aequum conceptae*]» A. Guarino, «*Actiones in aequum conceptae*» cit. 12. [ora in Id., *Pagine di Diritto Romano* cit. 26]. Sottolinea al riguardo Varvaro che, diversamente da quanto sostenuto da Otto Lenel, «si deve credere che in sede di *actio rei uxoriae* l'*officium iudicis* non si limitasse alla verifica della sussistenza dell'obbligazione, ma comportasse anche un apprezzamento relativo all'entità dell'oggetto di tale obbligazione». Cfr. M. Varvaro, *Studi sulla restituzione della dote* cit. 50 ss.

<sup>27</sup> Circa la formula contenuta nell'*actio fiduciae* che, a mio avviso, accanto a quella *rei uxoria* fu un prototipo delle *actiones* di buona fede, è possibile richiamare le riflessioni di J. Paricio, *Apuntes sobre la actio fiduciae*, in L. Garofalo (cur.), *Il ruolo della buona fede oggettiva ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti A. Burdese 3*, Padova 2003, 54: «La *actio fiduciae* (prototipo de las acciones de buena fe, aunque su fórmula no hiciera expresa referencia a la buena fe, sino que mantuviera los términos ya referidos de formulación más arcaica) y las restantes acciones de buena fe no tienen un fundamento legal, a diferencia de las demás acciones personales civiles pero tampoco son propiamente pretorias u honorarias, y nada tienen que ver con las acciones *in factum*». In particolare, l'autorevole studioso criticava la ricostruzione di P. Fuenteseca, *Líneas generales de la «fiducia cum creditore»*, in *Derecho romano de obligaciones. Estudios Murga*, Madrid 1994, 387 ss. che, invece, aveva immaginato per l'*actio fiduciae* un prototipo di *actio in factum*, con un'evoluzione non dissimile rispetto all'*actio depositi* e *comodati*.

<sup>28</sup> O. Lenel, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup>, Leipzig 1927, 399, secondo cui la formula munita di *demonstratio* avrebbe avuto valore di *intentio*, nell'impiego delle parole *ad quem ea res pertinet*.

<sup>29</sup> Aggiunge il *factum* descritto all'interno della parentesi quadra UNGER, *Actio funeraria* cit. 106, il quale si richiama all'*edictum de sumptis funerum*, cioè D. 11.7.12.2 (Ulp. 25 ad ed.): *Praetor ait: "Quod funeris causa sumptus factus erit, eius recipiendi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, iudicium dabo."*, che come è evidente contiene il richiamo all'inciso *ad quem ea res pertinet*.

<sup>30</sup> D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Padova 1999, 74.

<sup>31</sup> Mantovani, *Le formule del processo* cit. 75 nt. 124, secondo cui, a prescindere da D. 47.10.18 pr. e D. 44.7.34, nella *condemnatio* dell'*actio iniuriarum* avrebbe dovuto essere presente la coppia *bonum et aequum* per i seguenti motivi: «a) i giuristi difficilmente avrebbero aggiunto al termine semanticamente forte *aequum* un termine che non apporta un altro significato, ne consegue che traevano l'espressione dalla formulazione editale; a conferma b) la coppia *bonum et aequum* è attestata nel linguaggio comune già nell'età antica; c) la appartenenza della diadi al linguaggio ufficiale dell'epoca preadrianea è ribadita da *Lex Irm.* c. 69; d) l'uso di entrambi i termini (in grado comparativo) si riscontra nell'*actio rei uxoriae*; e) soprattutto, il *Sctum de finibus Magnetum et Priensium* (ca metà II sec.a. C. in greco; ed *FIRA III* 162= S: L.

comune già nell'età antica a partire da Terenzio e forse anche da Plauto<sup>32</sup>; su questo punto si tornerà in seguito, per il momento è necessario affrontare il tema della esistenza, all'interno della formula, di una *demonstratio* o se l'*actio funeraria*, in quanto *actio in factum*, fosse già connotata dal *si paret... si non paret*.

La ricostruzione del Lenel, come detto, era influenzata dal modello della formula dell'*actio iniuriarum* quale risulta dalle testimonianze di Gaio e di Paolo: Gai 4.60... *aut si is, cui pugno mala percussa est, in actione iniuriarum etiam aliam partem corporis percussam sibi demonstrauerit*; Paul. de iniur. Coll 2.6.5:... *sic enim et formula concepta est: QUOD NUMERIUS NEGIDIUS ILLI LIBELLUM MISIT AULO AGERIO INFAMANDI CAUSA*. Entrambi i testi garantiscono nella formula la presenza di una *demonstratio* cui doveva seguire una *condemnatio incerta* al *bonum et aequum* che per il Lenel avrebbe avuto valore di *intentio*.

A giudizio di una parte della dottrina<sup>33</sup> per ciò che concerne la formula dell'*actio funeraria* – ma il discorso viene esteso dallo studioso spagnolo, anche alle *actiones in factum* – non pare rilevante sapere se essa avesse inizio con il *si paret* condizionale ovvero con il *quod* causale, giacché la clausola assolutoria della *condemnatio, si non paret absolvito*, permetterebbe sempre all'organismo giudiziale di indagare sopra il fatto denunciato dalla parte istante. In altri termini, pur ignorando se la formula dell'*actio funeraria* contenesse un *quod* od un *si paret*, la formula della stessa conterrebbe una descrizione del *factum*, dalla cui verifica dipenderebbe la irrogazione della *condemnatio*.

Occorre però innanzitutto ricordare che la natura di *condemnatio in aequum* attribuita all'*actio funeraria* sarebbe stata determinata dall'opportunità di non gravare l'ereditando, o comunque il soggetto a cui carico incombessero le spese del funerale, di un costo che non avesse alcuna proporzionalità con la situazione economica o con il prestigio del defunto. Anche la dottrina<sup>34</sup> che più recentemente si è occupata della materia, partendo dall'assimilazione con l'*actio iniuriarum*<sup>35</sup>, ha individuato una struttura simile dell'*actio funeraria*, ritenendo che nella stessa fosse presente una *demonstratio* in luogo dell'*intentio*. Secondo questa dottrina, la formula dell'*actio funeraria* è concepita *in factum*, perché non si riferisce ad un obbligo giuridico esistente, bensì ai fatti che danno origine all'azione; in essa sarebbe presente una *demonstratio (quod ... factum)* che espone brevemente i fatti e una *condemnatio (quanta pecuniae ...)* che ordina al giudice di emettere la sentenza. Mancherebbe l'*intentio*, che nelle formule concepite *in factum* designa solitamente il fondamento dell'azione (il *factum*); tuttavia, una funzione comparabile aveva evidentemente la *demonstratio* introduttiva (vedi le parole: *in funus ...sumputus fecit*).

---

Ager, *Interstate Arbitrationis in the Greek Word*, Berkley et alibi 1996, nr 120 II) attesta un *iudium de iniuris* (sia pure internazionale) *in bonum et aequum*».

<sup>32</sup> Cfr. *infra* nt. 45.

<sup>33</sup> Paricio, *Acción funeraria* cit. 509.

<sup>34</sup> Unger, *Actio funeraria* cit. 106: Die Formel ist *in factum* konzipiert, denn sie verweist nicht auf eine bestehende Rechtsverbindlichkeit, sondern stellt auf den klagebegründenden Sachverhalt ab. Sie besteht aus zwei Hauptbestandteilen: Einer den Sachverhalt knapp umreißen den *demonstratio (quod-factum)* und einer den Richter zur Verurteilung anweisenden *condemnatio (quanta pecuniae-fin)*. Eine *intentio*, die bei *in factum* konzipierten Formeln üblicherweise die Klaggrundlage (das *factum*) bezeichnet, fehlt; eine vergleichbare Funktion kam jedoch offenbar der einleitenden *demonstratio* zu (siehe dort die Worte: *in funus ...sumputus fecit*). Sul punto cfr. F.S., Meissel, (2020) 'Rec.' a O. Unger, *Actio Funeraria. Prinzip und Fall der verbotswidrigen Geschäftsführung ohne Auftrag*, Mohr Siebeck, in ZSS, 137, (2020) 480-487. Scrive il Meissel, 'Rec.' a O. Unger, *Actio Funeraria* cit. «Nicht ganz überzeugend ist es, wenn Unger meint, dass bei der *actio funeraria* (anders als bei den *bonae fidei iudicia* im engeren Sinn) lediglich die Höhe des Anspruchs, nicht aber die Statthaftigkeit als solche dem richterlichen Ermessen unterstehen sei (107)».

<sup>35</sup> Su questa assimilazione, pur generalmente data per presupposta, in realtà avanzerei alcuni dubbi, giacché l'*actio funeraria*, nell'ambito del *genus actiones (in bonum et) aequum conceptae*, è l'unica a non avere carattere penale, per cui una assimilazione ad altre azioni mi pare analogicamente insostenibile.

Riconosciuta<sup>36</sup> la forte analogia con l'*actio iniuriarum*, questa dottrina si spinge ad ipotizzare una originaria natura penale dell'*actio* in esame, sebbene riconosca che questo aspetto abbia subito ben presto una modificazione e poi la definitiva perdita del ruolo penale.

Una tale tesi non mi pare tenga in adeguata considerazione che «in età repubblicana<sup>37</sup>» la materia delle *iniuriae* fosse tutelata da due tipi di formula: a) per l'*actio iniuriarum* cd. *aestimatoria*, che non era basata su di un editto e che viene ritenuta dalla dottrina un'*actio civilis*, sarebbe stata prevista una formula con *demonstratio* priva di *absolutio*, per la quale era previsto come giudice il collegio dei *recuperatores*; b) per le azioni derivanti dagli editti *de convicio*, *de adtempata pudicitia*, *ne quid infamandi causa fiat*, ecc., invece, erano previste *formulae in factum* al *si paret... si non paret* che potevano condurre all'*absolutio* e rinviavano ad un *iudex unus*.

Orbene, a prescindere dal fatto che la tesi che ravvisa la presenza della *demonstratio* all'interno della *conceptio verborum* dell'*actio funeraria* postula una ricostruzione della storia delle formule con *demonstratio*, che correda, però, i *iudicia bonae fidei* e non già le *actiones in factum*, a me pare che non siano spiegabili le ragioni che avrebbero determinato la perdita del carattere penale delle *actiones* funerarie. Anche a voler mantenere il parallelismo con l'*actio iniuriarum* ipotizzata dal Lenel, deve escludersi il riferimento alla formula *sub a)* perché necessariamente, ontologicamente, l'*actio funeraria*, in quanto *actio in bonum et aequum concepta* non poteva essere priva di *absolutio*; inoltre, non vi sono testimonianze che essa si svolgesse davanti ad un giudice collegiale. Viceversa l'assimilazione alla formula *sub b)* appare più verisimile, sia perché celebrata davanti ad un *iudex unus* sia per la presenza della clausola della *absolutio*.

Sarei, pertanto, incline a escludere la presenza della *demonstratio* all'interno della formula dell'*actio funeraria*.

Inoltre, la presenza dell'*edictum de sumptis funerum* in D. 11.7.12.2 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Praetor ait: "Quod funeris causa sumptus factus erit, eius recipiendi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, iudicium dabo."* conferma la natura pretoria dell'*actio funeraria*.

Anche seguendo questo crinale argomentativo non è però possibile offrire una spiegazione plausibile al *quod* che correda l'*edictum de sumptis funerum*.

Pertanto, a me sembra, come si accennava all'inizio di questo paragrafo, che una spiegazione possa essere data solo attraverso una giusta collocazione storiografica delle parole *aequum*<sup>38</sup> (ed eventualmente delle sue declinazioni, come *aequis*), che corredano la *conceptio verborum* dell'*actio* in esame.

## 5. La possibile protoformula arbitrale dell'*actio funeraria*

Uno degli argomenti più dibattuti in dottrina attiene alla origine civile degli *arbitria bonae fidei*; in questo senso anche senza voler ripercorrere, le opinioni di Arangio Ruiz, del Betti e del Fiori circa la

<sup>36</sup> Unger, *Actio funeraria* cit. 108: Im Vergleich zu anderen Klagformeln weist die *actio funeraria* die größten Ähnlichkeiten mit der Formel der Injurienklage (*actio iniuriarum*) auf: Beiden Formeln fehlt eine *intentio*, dafür enthalten sie eine *in aequum* konzipierte *condemnatio*. Es ist daher nicht verwunderlich, wenn angesichts der allgemein anerkannten Pönalität der *actio iniuriarum* auch für die *actio funeraria* ein pönaler Ursprung behauptet wird. Ob zu Recht ist jedoch fraglich. Selbst wenn die *actio funeraria* zu einem frühen Zeitpunkt pönalen Charakter besessen haben sollte, hatte sich dieser in (spät-)klassischer Zeit offenbar bereits vollständig verflüchtigt.

<sup>37</sup> R. Fiori, *Le formule dell'actio iniuriarum*, in É. Jakab (ed.), *Tanulmányok Dr. Molnár Imre Egyetemi Tanár 70. Születésnapjára (Acta Universitatis Szegediensis - Acta juridica et politica, 65)* (Szeged 2004) 154. Cfr. anche U. Von Lübtov, *Zum römischen Injurien recht*, in *Labeo* 15 (1969) 131ss.

<sup>38</sup> D. 11.7.14.6 (Ulp. 25 *ad ed.*) e D. 11.7.14.13 (Ulp. 25 *ad ed.*).

genesi delle formule con *demonstratio*<sup>39</sup>, le conclusioni cui siamo giunti nel paragrafo precedente inducono a sostenere la natura pretoria dell'*actio funeraria*.

Tuttavia, a mio avviso, prima della compiuta formulazione della formula *in factum* connotata dal *si paret ... si non paret*, e della recezione nell'editto, anche questo tipo di azione potrebbe essere stato oggetto di una giurisdizione arbitrale. Secondo questa ipotesi l'organo a cui era affidato l'accertamento delle spese restitutorie doveva essere l'*arbiter*, il quale, dunque, avrebbe proceduto agli accertamenti di tipo valutativo che erano caratteristici degli *arbitria* e con una discrezionalità ed una ampiezza di poteri, che invece sarebbero stati preclusi altrimenti al *iudex*<sup>40</sup>.

Siffatte considerazioni sono poggiate su alcune fonti, per la verità ben note, cioè Cic. *pro Rosc. Com.* 4.10-11 e Sen. *de benef.* 3.7.5, nonché soprattutto Fest. *De verb. sign.*, s.v. *arbiter* [Lindsay, 14]: *arbiter dicitur iudex, quod totius rei habeat arbitrium et facultatem*; nonché Fest. *de verb. sign.*, s.v. '*arbitrium*' [Lindsay, 14]: *Arbitrium dicitur sententia, quae ad arbitro statuitur. Arbitrarium, cum adhuc res apud arbitrium geritur.*

Tutte queste fonti sottolineano l'ampiezza dei poteri valutativi e di accertamento dell'*arbiter*. Pertanto, il riconoscere la natura arbitrale, almeno in origine dell'*actio funeraria*, inevitabilmente porterebbe a ritenere che essa avesse conferito al giudice, all'arbitro una discrezionalità ben maggiore di quella che tradizionalmente si suole riconoscere alle azioni *in (bonum et) aequum conceptae*, per le quali la sola *condemnatio* avrebbe conferito un potere discrezionale ed equitativo dell'organo giudicante.

A me sembra che una ipotesi di questo tipo possa essere avallata dall'ampiezza dei richiami all'*aequitas* quale si deduce dalle fonti che possono essere escerpiti dal libro 11.7 del Digesto ed in particolare oltre al più volte citato D. 11.7.14.6 (Ulp. 25 *ad ed.*): meritano una citazione anche D. 11.7.14.10 (Ulp. 25 *ad ed.*)<sup>41</sup>: *Iudicem, qui de ea aequitate cognoscit*; D. 11.7.14.13 (Ulp. 25 *ad ed.*)<sup>42</sup>, che, a mio avviso, sottolineano l'importanza della categoria dell'*aequitas* nell'*actio* in esame.

In proposito un frammento del Digesto che potrebbe ricondurre l'*actio funeraria* ai giudizi arbitrali è D. 11.7.14.7 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Igitur aestimandum erit arbitro et perpendendum, quo animo sumptus factus sit, utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit vel ipsius humanitatis, an vero misericordiae vel pietati tribuens vel affectioni*. Il frammento può essere inteso nel senso che l'arbitro dovrà valutare e ponderare con quale intento sia stata fatta la spesa, se con l'intento di agire

<sup>39</sup> Per una efficace sintesi ed una interessante discussione delle tesi richiamate si rinvia a C. Buzzacchi, *Demonstratio e protoformule*, in *Studi per Giovanni Nicosia* 2, Milano 2007, 153ss.

<sup>40</sup> G. Crifò, s.v. *Arbitrato (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.* 2 (1958) 893 ss. Tale opinione era già radicata negli scritti di E. Betti, *Diritto romano I. Parte generale*, Padova 1935, 493; Id., *Istituzioni di diritto romano*<sup>2</sup>, Padova 1947, 274ss.; cfr. anche la voce enciclopedica a cura di F. Bonifacio, *Arbitro e Arbitratore*<sup>2</sup>, in *NNDI*. I, 2 (1964), 926; C. Broggin, *Iudex arbitrive*. *Prolegomena zum 'Officium' des römischen Privatrichters*, Köln-Graz 1957, 66ss.; G. Pugliese, *Rec. a Broggin, Iudex arbitrive*, in *Iura* 9 (1958) 214; B. Schmidlin, *Das Rekuperatoren verfahren. Eine Studieum römischen Prozess*, Freiburg Schweiz 1963, *passim*; Id., *Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona im. Formularprozess*, in M. Harder- G. Thielmann (curr.), *De iustitia et de iure, Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin-München 1980, 362ss; F. Wieacker, *Zum ursprung der 'bonae fidei iudicia'*, in *ZSS.*, 80 (1963) 20; A. Biscardi, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, 122; J.M. Kelly, *Studies in the Civil Judicature of the Roman Republic*, Oxford 1976, 40ss.; M. Talamanca, sv. *Processo civile (diritto romano)*, in *Enc. Dir.* 36 (1987) 28; V. Marotta, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in *Ostraka. Rivista di antichità* 5 (1996) 123; M. Marrone, *Sull'arbitrato romano nell'esperienza giuridica romana*, in *Rivista dell'arbitrato* 6.1 (1996)[= *Scritti giuridici* 3, Palermo 2003, 609]; O. Beherends, *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. 'formulae in factum conceptae'*, in C. Cascione e C. Masi Doria (curr.) *Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche costituzionali e comparatistiche*, Napoli 2002, 209.

<sup>41</sup> D. 11.7.14.10 (Ulp. 25 *ad ed.*): «*Iudicem, qui de ea aequitate cognoscit, interdum sumptum omnino non debere admittere modicum factum, si forte in contumeliam defuncti hominis locupletis modicus factus sit: nam non debet huius rationem habere, cum contumeliam defuncto fecisse videatur ita eum funerando*».

<sup>42</sup> Cfr. nt. 7 ed 8.

nell'interesse del defunto dell'erede o per la sua stessa umanità oppure per misericordia per pietà o per affetto.

Viceversa, come detto, mi pare che solo con riferimento alla discrezionalità nella determinazione del *quantum* è possibile citare anche D. 11.7.12.5 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Sumptus funeris arbitrantur pro facultatibus vel dignitate defuncti*. In esso si specifica che le spese funerarie sono determinate in base alle sostanze e alla dignità del defunto.

Altri frammenti che possono essere citati, perché accostano la parola *arbiter* o sue declinazioni all'*actio funeraria* o in generale al lemma *funeris* sono D. 11.7.14.15 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Qui mandatu alterius funeravit, non habet funerariam actionem, sed is scilicet, qui mandavit funerandum sive solvit ei cui mandavit sive debet. Quod si pupillus mandavit sine tutore auctore, utilem funerariam dandam adversus heredem ei qui impendit: lucrari enim heredem iniquum est. Si autem pupillus funus ad se pertinens sine tutoris auctoritate mandavit, dandam in eum actionem arbitror, si et heres extitit ei qui funeratus est solvendoque hereditas est. Contra si quis mandatu heredis funeravit, non posse eum funeraria agere labeo scribit, quia habet mandati actionem*; D. 18.4.2.17 (Ulp. 49 *ad Sab.*): *Quod si funere facto heres vendidisset hereditatem, an impensam funeris ab emptore consequatur? Et ait Labeo emptorem impensam funeris praestare debere, quia et ea, inquit, impensa hereditaria esset: cuius sententiam et Iavolenus putat veram et ego arbitror*, nonché D. 34.2.40.2 (Scaev. 17 *dig.*): *Mulier decedens ornamenta legaverat ita: "Seiae amicae meae ornamenta universa dari volo". Eodem testamento ita scripserat: "Funerari me arbitrio viri mei volo et inferri mihi quaecumque sepulturae meae causa feram ex ornamentis lineas duas ex margaritis et viriolas ex smaragdus": sed neque heredes neque maritus, cum humi corpus daret, ea ornamenta, quae corpori iussus erat adici, dederunt: quaesitum est, utrum ad eam, cui ornamenta universa reliquerat, pertineant an ad heredes. Respondit non ad heredes, sed ad legatariam pertinere*.

A questo punto della ricerca, giocoforza, occorre domandarsi il significato per così dire sociale e giuridico delle parole *bonum et aequum*<sup>43</sup> – che riterrei di preferire per le ragioni storiche che subito dirò al solo lemma *aequum*– significato che a mio modo di vedere va ricercato nelle formule ciceroniane degli *arbitria honoraria* e di buona fede, che emergono, per esempio da Cic., *pro Roscio com.* 4.12: «*arbitrum sumpserit, QUANTUM AEQUIUS ET MELIUS SIT DARI REPROMITTIQUE*». Quest'ultima è accostabile alle formule di azioni *in aequum et bonum conceptae*, rendendone manifesta la natura arbitrale.

Ancora di estrema rilevanza è Cic. *de off.* 3.17.70<sup>44</sup>. Questa testimonianza, a mio avviso, evidenzia meglio che altrove la polarizzazione tra i giudizi civilistici e quelli pretori. Nell'escerto del *de officiis*, infatti, si registrano ben due formule: *UTI NE PROPTER TE TUAM FIDE CAPTUS FRAUDATUSVE SIM; UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE*.

Entrambe, sia pure secondo contesti letterali differenti, richiamano la necessità che si agisca secondo i dettami della *fides*, ma solo la seconda formula contiene quel riferimento all'*oportere* che è da ritenersi come indizio sicuro dell'operatività del *ius civile*, cioè di una formula *in ius concepta*, seppur rinvenibile nel novero dei *iudicia bonae fidei*; viceversa la prima, proprio per l'assenza del

<sup>43</sup> A. Guarino, sv. *Equità (Diritto romano)* cit. 619 ss.; Id., *Actiones in aequum conceptae* cit. 27.

<sup>44</sup> Cic. *de off.* 3.17.70: «*Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! Quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint boni, et quid sit bene agi, magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societates contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique prestare portet*». L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli 2007; Ead., *Sulle origini storiche della responsabilità precontrattuale*, in *TSDP* 1 (2008) 31; O. Behrends, *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria* cit. 265.

richiamo all'*oportere*, poteva generare un'azione pretoria. Inoltre, il richiamo all'autorità del pontefice massimo Q. Mucio Scevola<sup>45</sup> consente anche di operare una datazione cronologica, seppur orientativa.

Appare pertanto necessario chiarire che fin da Terenzio – nell'*Heautontimorumenos* rappresentata, sembra, nel 163 a.C. – troviamo l'endiadi *bonum et aequum: quid cum illis agas qui neque ius neque bonum atque aequom sciunt?* (Ter. *Heaut.* 642). In verità, già in una commedia di Plauto, i *Menaechmi*, si coglie il richiamo all'endiadi, seppur in questa circostanza il lemma *aequum*, declinato, precede l'impiego della parola *bonum: qui neque leges neque aequom bonum usquam colunt, sollicitos patronos habent* (Plaut. *Menaec.* 580)<sup>46</sup>.

Rispetto a questa ricostruzione riterrei di preferire quella che un maestro della nostra disciplina, Antonio Guarino<sup>47</sup>, in un importante contributo racchiuso in una voce enciclopedica soleva tramandare richiamando il legame tra *aequum* et *ius*, soprattutto in virtù di Cic. *Phil.* 2.95. Dunque, secondo il maestro napoletano la qualifica di *aequum* e di *iniquum* applicata al *ius* avrebbe voluto significare – per lunghi secoli sottolinea il Guarino – sino alle soglie dell'età classica, la rispondenza della norma alla coscienza sociale del momento storico in cui essa trovava applicazione: «*Aequum societati*», diremo parafrasando il *sicut aequum est homini*, che si legge in Cicerone (*Phil.* 2.95)». In esso più probabilmente era racchiuso l'*equum* delle azioni in esame, dell'*actio fiduciae* e degli *arbitria rei uxoriae*.

Quanto all'*actio funeraria* il ruolo dell'*aequum* risulta valorizzato soprattutto attraverso il passo D. 11.7.14.6 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Haec actio quae funeraria dicitur ex bono et aequo oritur: continet autem funeris causa tantum impensam, non etiam ceterorum sumptuum. Aequum autem accipitur ex dignitate eius qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide, ut neque plus imputetur sumptus nomine quam factum est neque tantum quantum factum est, si immodice factum es*, che mi è sembrato suggerire la ricorrenza della parola *aequum* nell'*absolutio* – ipotizzando l'assenza della *demonstratio* – dell'*actio in factum* funeraria. È mia opinione che questa azione abbia avuto alcune applicazioni nelle protoformule arbitrali, in relazione alla risalenza socialmente avvertita<sup>48</sup>, delle problematiche connesse con il seppellimento dei cadaveri.

<sup>45</sup> Quinto Mucio morì, come si tende a ritenere, nell'82 a. C. Per tutti cfr. V. Giuffrè, *La traccia di Quinto Mucio*, Napoli 1993, 27 ss.

<sup>46</sup> F. Vallocchia, *Appunti su bonum et aequum e conventio–consensus tra ius e societas.*, in *Diritto@storia* 11 (2023) 1 nt. 1, ora in <https://www.dirittoestoria.it/11/memorie/Vallocchia-Bonum-aequum-societas.htm>.

Questo studioso annota che nelle fonti letterarie è più diffusa la formulazione *aequum et bonum*, tuttavia la formulazione *bonum et aequum*, appare già in Plauto, Terenzio, Auctor ad Herennium, Sallustio e Svetonio; solo quest'ultimo, però, la usa esclusivamente. Nei giuristi – lo studioso richiama Celso, Pomponio, Gaio, Papiniano, Ulpiano, Paolo – sembrerebbe più diffuso l'uso dell'espressione secondo la formulazione *bonum et aequum*. Sostiene il Vallocchia che *aequum et bonum* ricorre solo in Africano (D. 40.4.22), Ulpiano (D. 17.1.12.9) e Paolo (D. 1.1.11). Di questi, il solo Africano ne fa un uso esclusivo. In proposito si cita *Thesaurus linguae Latinae*, I, s.v. *Aequus*, 1041; *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, I, s.v. *Aequus*, 295 s. Tuttavia, il S. Riccobono, *La definizione del ius al tempo di Adriano*, in *AUPA*. 20 (1949) 62, già scriveva: «dalla forma varia in cui appare *bonum et aequum* nelle fonti letterarie e giuridiche non si può trarre nessuna conseguenza, e nemmeno dall'ordine in cui i due vocaboli si presentano».

<sup>47</sup> A. Guarino, sv. *Equità (Diritto romano)* cit. 621.

<sup>48</sup> Una ulteriore ipotesi di lavoro mi pare possa essere suggerita dal parallelismo con l'azione penale *sepulchri violati* soprattutto attraverso il richiamo a D. 47.12.3 pr. (Ulp. 25 *ad ed.*): *Praetor ait: 'Cuius dolo malo sepulchrum violatum esse dicitur, in eum in factum iudicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnentur. si nemo erit, ad quem pertineat, sive agere nolet: quicumque agere volet, ei centum aureorum actionem dabo. si plures agere volent, cuius iustissima causa esse videbitur, ei agendi potestatem faciam. si quis in sepulchro dolo malo habitaverit aedificiumve aliud, quamque sepulchri causa factum sit, habuerit: in eum, si quis eo nomine agere volet, ducentorum aureorum iudicium dabo*'. Nel frammento sono riportate le parole dell'editto del pretore che concede l'*in factum iudicium* (*dabo*). In particolare colui al quale compete in via prioritaria l'azione, dal vittorioso esperimento della stessa, avrebbe beneficiato della condanna penale pecuniaria determinata dal giudice nella misura che appare giusta al termine del giudizio, secondo il criterio del *bonum et aequum*; predeterminata in cento monete d'oro era, invece, quella destinata al

È ben nota l'opinione della dottrina<sup>49</sup>, che si può denominare prevalente, secondo cui «la tutela del sepolcro è estranea al diritto arcaico e si pone come problema e trova soluzioni solo sul finire della Repubblica» tuttavia, a mio avviso, questa stessa dottrina, nel corso della propria indagine, evidenzia l'importanza di un altro documento che colloca nell'ultimo secolo della Repubblica, il *Sc. de Pago Montano*<sup>50</sup> nel cui testo si legge:

.... *eisque curarent tuferenturque | ar]bitratu aedilium plebeium, [quei] | comque essent ; neive ustrinae in | eis loceis regionibusve nive foci ustri / nae<ve> caussa fierent ; nive stercus terram // ve intra ea loca fecisse coniecisseve velit | quei haec loca ab paago Montano | [redempta habebit ; et uti, si qui stercus in eis locis fecerit terramve in ea] | loca iecerit, in [eum HS... | ma]nus iniectio pignorisq(ue) ca[pio siet].*

A me pare che sebbene il testo si riferisca alla tutela dei sepolcri, il riferimento al 'curarent arbitratu' debba avere una valenza tecnica processuale e seppur rimette agli edili plebei una forma di tutela del sepolcro, legittima la possibilità che questa tutela si svolgesse nelle forme dell'arbitrato<sup>51</sup>. Un'ulteriore argomentazione a sostegno di questa mia tesi è che anche l'*actio de sepulchro violato*, allorché fosse esperita dal titolare dello *ius sepulchri*, quindi non da terzi, era costitutiva di un'*actio in (bonum et) aequum conceptae*.

Sembrirebbe, dunque, ipotizzabile che gli edili nell'ambito delle loro 'competenze originarie'<sup>52</sup> abbiamo mutuato i sistemi di composizione arbitrali delle controversie già in uso nei santuari emporici greco orientali e fenici. Anzi, ciò sarebbe potuto avvenire contestualmente ai presupposti della nuova fondazione politica della città conseguente al compromesso Licinio Sesto ed alla creazione, contestuale a quella degli edili, del cd. *praetor minor*, determinando una

---

terzo agente. M. Padovani, *Il sepolcro come bene di interesse comune*, in L. Garofalo, *I beni di interesse pubblico nell'esperienza giuridica romana* (Napoli 2016) 149, cui si rinvia anche per la bibliografia sul frammento.

<sup>49</sup> F. P. Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane. Le «actiones populares»*. Le «actiones populares», Napoli 1958, 52.

<sup>50</sup> Cfr. *FIRA I*<sup>2</sup>, 272 s, n 39. L'iscrizione è pubblicata altresì in *CIL I*<sup>2</sup> 591 (= VI, n. 3823 =n. 31577) e *ILS* 6082. Per una approfondita esegesi del frammento si rinvia a S. Viaro, *Note sul cd «senatus consultum de pago montano*, in P. Buongiorno, G. Camodeca, *Die senatus consulta in den epigraphischen Quellen. Texte und Bezeugungen*, Stuttgart 2021, 217, che ne contesta l'inquadramento tra i *senatus consulta*. Con riguardo alla ricorrenza del lemma *arbitratu* la studiosa sottolinea che: «... ma di certo non può passare sotto silenzio che il cippo si limiti invero a ricordare gli edili stessi nel breve inciso iniziale, in relazione all'affidamento di quelle mansioni di *cura* e *tuitio* che venivano rimesse ad alcuni soggetti – i *redemptores* dell'integrazione mommseniana – sulla base di un loro specifico *arbitratus*, in cui pertanto sembrerebbe esaurirsi tutto il loro intervento». Nota altresì la studiosa Viaro, *Note sul cd «senatus consultum de pago montano* cit. 217, nt.102: « Particolarmente interessante, ai nostri fini, è che la locuzione compaia pressoché identica in alcune linee della già citata *Tabula Heracleensis*, a indicare l'attuazione demandata proprio agli edili appunto dall'autorità legislativa in tema di manutenzione degli edifici prospicienti una pubblica strada: cfr. le Il 20–35 Sul significato epigrafico del termine *arbitratus*, cfr. De Ruggiero, voce *Arbitratus* 1895, 624». Utili anche le osservazioni della studiosa sulla datazione del provvedimento: «Proprio questa circostanza chiarirebbe, d'altronde, il motivo per cui l'editto *de campo Esquilino* non si premurava di minacciare una sanzione pecuniaria, né di indicare un apposito mezzo di cui valersi contro eventuali trasgressori, soccorrendo all'uopo quella misura interdittale che – a questo punto – potremmo cautamente congetturare trovasse applicazione fin dai primi decenni del I sec a C. anche rispetto alle *res sanctae*», Viaro, *Note sul cd. «senatus consultum de pago montano* cit. 227, che ipotizza un collegamento con le misure interdittali a tutela delle sepolture.

<sup>51</sup> La dottrina, F. P. Casavola, *Studi sulle azioni popolari romane* cit. 1958, 65 concentra la sua attenzione sulla *manus iniectio* e sulla *pignoris capio*, tuttavia ammette di non poter ignorare il tecnicismo del richiamo al lemma *arbitratu*: «Solo con l'attribuzione della *manus iniectio* e della *pignoris capio* ai *redemptores* è possibile dare un contenuto concreto alla loro *tuitio* del cimitero. Quanto agli edili plebei, la loro funzione è di alta moderazione e sorveglianza, se un significato adeguato va dato al termine *arbitratu*, e non sembra che si possa loro dar parte alcuna nell'uso delle due azioni».

<sup>52</sup> Cfr. Cic. *de leg.* 3.3.7: *sunto aediles curatores urbisannonae ludorumque sollemnium. Amplius: V. Marotta, Tutela dello scambio* cit. 95ss.

trasformazione del ruolo degli arbitri-sensali, da esperti di equivalenze e misure in coadiutori nella composizione delle controversie.

Sebbene non siano giunte ai giorni nostri casistiche esaustive di arbitrati, mi pare di poter ritenere che le controversie che più spesso venivano definite a mezzo di arbitrati riguardassero principalmente regolamenti di confini, restituzione di schiavi, pagamenti di somme di denaro, ciò in considerazione non solo dell'ascendenza dalla *legis actio per arbitrive postulationem*, ma anche perché quelle attinenti alla restituzione di schiavi ovvero al pagamento di somme di danaro dovevano essere le più frequenti in un contesto economico caratterizzato proprio dalla produzione schiavistica e dalla circolazione della moneta e del mutuo feneratizio.

**Abstract.** Il saggio analizza la natura di *actio in (bonum et) equum concepta* dell'*actio funeraria*, azione diretta al recupero delle spese funerarie. Si perviene alla conclusione che essa potesse aver avuto un'origine assai risalente connessa con la necessità di non lasciare insepolti i corpi. È possibile che l'esigenza alla base di questa azione si sia manifestata in occasione del passaggio alla procedura per *formulas*, come appare confermato dall'ampiezza dei poteri equitativi rimessi all'organo giudicante che appaiono in qualche modo desumibile dall'*edictum de sumptis funerum* di cui è conservata traccia in D. 11.7.12.2.

The essay analyzes the nature of *actio in (bonum et) equum concepta* of the *actio funeraria*, action aimed at recovering funeral expenses. We come to the conclusion that it may have had a very ancient origin connected with the need not to leave the bodies unburied. It is possible that the need underlying this action arose on the occasion of the transition to the *per formulas* procedure, as appears confirmed by the breadth of the equitable powers entrusted to the judging body which appear to be in some way deducible from the *edictum de sumptis funerum* of which traces are preserved in D. 11.7.12.2.