

MARIA MICELI

LA STRUTTURA FORMULARE
DELLE '*ACTIONES ADIECTICIAE*
QUALITATIS'

PREFAZIONE

L'indagine è volta all'esame della struttura formulare delle cosiddette «*actiones adiecticiae qualitatis*»¹. Raccogliamo così l'invito

¹ Sul tema vanno considerati i contributi di KELLER, *Über Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht*, Zürich, 1827, 420ss; ID., *Einige Einwände gegen die Aufsätze in Bd. II Nr. 1 und 12. «Das Peculium im Römischen und heutigen Recht», und «Über die processualische Consumption bei den actiones adiecticiae qualitatis», Jahrb. des gem. deut. Rechts III*, 1859, 194ss; ID., *Der römische Civilprozess und die Actionen*, Leipzig, 1883, 152ss; BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, Berlin, 1873, 2, 333; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, 2, Leipzig, 111ss; MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht*, II, Tübingen, 1876, 259-262; BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II, Erlangen, 1879, 203ss; BARON, *Abhandlungen aus dem Römischen Civilprozess. II. Die Adjecticischen Klagen*, Berlin, 1882; KRÜGER, *Zur formel der actio de peculio*, ZSS 4 (1882) 108ss; DIETZEL, *Über die processualische Consumption bei den actiones adiecticiae qualitatis*, in *Jahrb. des gem. Rechts II*, 415ss; FERRINI, *Die processualische Consumption der actio de peculio*, ZSS 21 (1890) 190ss; COSTA, *Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano*, Parma 1891, 98ss; ERMAN, *Conceptio formularum, actio in factum und ipso iure-Consumption*, ZSS 19 (1898), 327ss; LENEL, *Handeln in fremdem Namen und die actiones adiecticiae qualitatis*, ora in *Gesammelte Schriften*, II (1892-1902), 1990, Napoli; SOLAZZI, *Studi sull'actio de peculio. I. Actio de peculio contro venditore e compratore*, BIDR 17 (1905) 208ss; ID., *Studi sull'actio de peculio. II. Actio de peculio contro usufruttuario e proprietario*, BIDR. 18 (1906) 229ss; ID., *Studi sull'actio de peculio. III. Actio de peculio «aucto peculio»*, BIDR 20 (1908) 5ss; ID., *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore*, in *BIDR 23* (1911) 147ss; ID., *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore*, in *BIDR 25* (1912) 133ss; GRADENWITZ, *Zwei Bemerkungen zur Actio de peculio*, ZSS 27 (1906) 228ss; BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery. The condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1908, 706ss; ALBERTARIO, *L'actio quasi institoria*, in *Studi di Dir. Rom. IV* (1912) 187-218; RABEL, *Ein Ruhmesblatt Papinians in Festschrift für Zitelmann*, Leipzig, 1913, 269-293; LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918, 151ss; ID., *Zum Gaius von Oxyrhynchos*, in *Studi Bonfante*, Pavia, 1930, 2, 275ss; BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, Tübingen, 1913, 9ss; ID., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, ZSS 66 (1948)

265ss; ID., *Romanistische Studien*, ZSS 46 (1926) 95ss; ID., *Romanistische Studien* II, ZSS 50 (1930) 46ss; GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1924, 702ss; LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, 3°, Leipzig, 1927 (d'ora innanzi: EP.), 255; COLLINET, *Les nouveaux fragments des institutes de Gaius (P. Oxy. 2103)*, in RH 1928, 96; MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale. Etude sur le pécule, dit profectice, depuis l'édit «de peculio» jusqu'à la fin de l'époque classique*, Lyon, 1932; CARRELLI, *L'actio quasi institoria*, in *Studi in on. di Bernardino Scorza*, 1940, 143ss; KRELLER, *Formula ad exemplum institoriae actionis*, in *Festschrift für Wenger* II, 1945, 73-101; BURDESE, *Actio ad exemplum institoriae*, in *Atti dell'Accademia Scienze di Torino*, 1949-50, 84; ID., *Actio ad exemplum institoriae e categorie sociali*, in *Studi in mem. di Guido Donatuti*, I, 1973, 207ss; GUARINO, *Actiones adiecticiae qualitatis*, in NNDI (1957) 270ss; GUARINO, *Magister e gubernator navis*, ora in «*Pagine di diritto romano*», VI, Napoli, 1995, 224ss; DE MARTINO, *Studi sull'actio exercitoria*, in *Rivista del diritto della navigazione*, VII, 1-2, 1941, 7ss ora in *Diritto, Economia e società nel mondo romano*, I, NAPOLI, 1995, 495ss (da cui si cita); ID., *Ancora sull'actio exercitoria*, in *Labeo* 4 (1958) 274ss ora in *Diritto, Economia e società nel mondo romano*, I, NAPOLI, 1995, 629ss (da cui si cita); PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria*, in *Labeo* 3 (1957) 308ss; ANGELINI, *Osservazioni in tema di creazione dell'actio ad exemplum institoriae*, in *BIDR* 71 (1968), 230-248; KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, 262ss; ID., *Das römische Privatrecht*, München 1971, 608ss; ID., *Stellvertretung und "notwendige Entgeltlichkeit"*, in ZSS 91 (1974), 146-204; G. LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria*, in *Studi Scherillo* II, 1972, 620ss; VALIÑO, *La 'actio tributaria'*, in *SDHI* 33 (1967) 103ss; ID., *Las «actiones adiecticiae qualitatis» y sus relaciones básicas en derecho romano*, in *AHDE* 37 (1967) 337ss; ID., *La capacidad de las personas «in potestate» en derecho romano*, in *Revista del Derecho Notarial*, 57-58 (1967) 99ss; ID., *Las relaciones básicas de las acciones adyecticias*, in *AHDE* 38 (1968) 377ss; BUTI, *Studi sulla capacità negoziale dei servi*, Napoli, 1976; ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 159ss; ID., *Atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, 350, nt. 403; HAMZA, *Zur frage der gewillkürten Stellvertretung in klassischen römischen Recht*, in *Ann. Scient. Budap. Sectio Juridica*, 21 (1979) 19ss; ID., *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, in *Index* 9 (1980) 193ss; VISKY, *L'affranchi comme 'institor'*, in *BIDR* 83 (1980) 207ss; MAC CORMACK, *The early history of the «Actio de in rem verso» (Alfens to Labeo)*, in *St. Biscardi* II, 319ss; WAGNER, *Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tabernen*, in *St. Biscardi* II, 391ss.

di quella parte della dottrina² che auspica da tempo rinnovati studi sulla «responsabilità adiettizia», e sulle tematiche relative a tale complesso argomento.

Ed invero, recentemente il dibattito dottrinale relativo alle *actiones adiecticiae qualitatis*³ si è animato ed arricchito di numerosi

² Basti ricordare a tal proposito KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 262, nt. 3. Il compianto studioso tedesco, infatti, subito dopo aver ricordato la tesi tradizionale sulle *a.a.q.*, secondo la quale nell'*intentio* delle formule in questione dovrebbe farsi menzione dell'*oportere* del *Geschäftsführer* e non del *Geschäftsherr*, aggiungeva prontamente che «*eine neue Untersuchung die adyektizischen Haftung wäre erwünscht*».

³ La dizione *actiones adiecticiae qualitatis* (da ora in poi *a.a.q.*), genericamente adottata per l'identificazione delle azioni *institoria*, *exercitoria*, *quod iussu*, *de peculio et de in rem verso* e *tributoria*, è da attribuire alla tradizione giuridica successiva (a tal proposito, *infra*, Cap. IV, nt. 47) e, in effetti, è inadeguata a rappresentare l'assetto delle fonti preclassiche e classiche in cui non fu mai elaborata una definizione unitaria per le azioni in questione. Infatti, l'espressione «azioni adiettizie», o «responsabilità adiettizia» non può riferirsi propriamente a quei casi, certamente compresi nell'ambito di applicazione delle *a.a.q.*, per i quali, tuttavia, non si configurino due responsabilità, una diretta e l'altra «aggiunta»; vd. ALBANESE, *Le persone*, cit., 146, nt. 634. La denominazione in esame induce, inoltre, ad una considerazione unitaria delle azioni descritte, che non trova giustificazione nelle fonti classiche. Così, BALESTRI FUMAGALLI, *L'«actio tributoria» nel sistema delle opere istituzionali di Gaio, di Giustiniano e di Teofilo*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 1987, I, 190, rileva correttamente che, «... a prescindere dalla mancanza nelle fonti prese in esame di una denominazione unitaria e specifica che compare solo nella Glossa, è possibile rilevare, anche da un punto di vista sostanziale, un completo disinteresse da parte dei giuristi per tali categorie dogmatiche: esse, infatti, sono sostituite, nella concretezza del discorso da altri criteri ritenuti più idonei a fungere da elemento unificatore della vasta materia». In realtà, da più parti si riconosce che la considerazione unitaria delle *a.a.q.*, generalmente seguita nell'ambito della dottrina tradizionale, debba essere oggetto di riflessione, nella convinzione che il raggruppamento di tali azioni sotto uno schema unitario sia stato suggerito solo da esigenze esemplificative e definitorie. E, in effetti, gli studi più recenti, nella maggior parte dei casi, non trattano delle *a.a.q.* nel loro complesso, ma di volta in volta solo di alcune di esse, nella convinzione che ciascuna fosse dotata di peculiarità proprie; *infra*, nt. 4. Inoltre, seppur marginalmente, parte della dottrina ha ipotizzato che ad una caratterizzazione specifica di ciascuna delle *a.a.q.* dal punto di vista sostanziale, determinata dal diverso ambito di applicazione, presupposti, soggetti coinvolti, etc., è possibile far corrispondere, forse, una differenziazione anche dal punto di vista formulare; vd.

contributi⁴ riguardanti, soprattutto, i profili sociali, economici, ed «imprenditoriali»⁵ sottesi alla creazione e all'utilizzazione delle azioni in questione; scarsa attenzione è stata dedicata, invece, alla struttura formulare delle stesse.

Basti pensare che la ricostruzione formulare tradizionale delle azioni adiettizie, ancora oggi accettata nella sua interezza, risale a

BUTI, *La capacita patrimoniale dei servi*, cit., 191, nt. 96; *infra*, Cap. V, nt. 5. In conclusione, nonostante le perplessità manifestate, per esigenze di semplicità e comodità espositiva, utilizzeremo egualmente la terminologia corrente di *a.a.q.* nel corso della nostra trattazione. Tuttavia, torneremo successivamente sull'argomento per esporre e precisare ulteriormente le ragioni che ne rendono discutibile l'impiego.

⁴ Fra i contributi più recenti ricordiamo: BALESTRI FUMAGALLI, *L'«actio tributaria» nel sistema delle opere istituzionali*, cit., 129ss; DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica*, Milano, 1984, 54ss; ID., «*Filius*», «*servus*», «*libertus*», *strumenti dell'imprenditore romano*, in *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica*, Palermo, 1992, 231ss; ID., *Il diritto commerciale romano. Una zona «d'ombra» nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ric. in onore di Gallo III*, 413ss; BENKE, *Zur Papinians actio ad exemplum institoriae actionis*, in *ZSS 105* (1988) 592ss; SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, 18ss; AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome (200 B.C. - A.D. 250)*, Columbia University, 1991, 52ss; CHIUSI, *Landwirtschaftliche Tätigkeit und «actio institoria»*, in *ZSS 108* (1991) 73ss; ID., *Contributo allo studio dell'editto 'De tributaria actione'*, in *Atti Accademia Nazionale dei Lincei*, 1993, vol. III, fasc. 4, 283ss; PILAR, *El iussum en la relaciones potestativas*, Salamanca, 1993; WACKE, *Die adjektivischen Klagen im Überblick. Erster teil: Von der Reeder und der Betriebsleiterklage zur direkten Stellvertretung*, *ZSS 111* (1994) 280ss; ID., *Alle origini della rappresentanza diretta: le azioni adiettizie*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ric. in onore di Gallo II*, 583ss; MONTEVERDI, *Tab. Pomp. 7 e la funzione dello «iussum domini»*, *Labeo 42* (1996) 345ss; WACKE, «*Fideiussio*» = «*iussum*»? *Bürgschaften für den eigenen Gewaltunterworfenen oder Gewalthaber*, in *Index 27* (1999) 523ss.

⁵ Ci riferiamo, in particolare, agli studi che hanno posto in evidenza l'esistenza nel mondo romano di un articolato e complesso sistema imprenditoriale, basato principalmente sull'utilizzazione di schiavi e *fili familias*. Tra i più significativi, DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager*, cit. 19ss; ID., «*Filius*», «*servus*», «*libertus*», *strumenti dell'imprenditore romano*, cit., 231ss; SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma*, cit., 18ss; AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome*, cit. 52ss.

Keller⁶, anche se poi è stata ripresa e confermata da Lenel⁷. Essa si basa principalmente sull'esistenza di una trasposizione di soggetti, realizzata in modo tale che nell'*intentio* della formula siano menzionati il *filius*, lo schiavo o il soggetto libero preposto allo svolgimento di un'attività commerciale che hanno posto in essere l'atto negoziale, e nella *condemnatio*, il *pater*, il *dominus* o il preponente che, pur non avendo concretamente agito, sono chiamati a subire la condanna.

Leggendo le fonti si nota, tuttavia, che nessun testo dei giuristi romani ci fornisce notizie precise sulla struttura formulare delle *a.a.q.* Gaio, ad esempio, nulla dice in proposito, né tanto meno si riferisce ad una trasposizione di soggetti come, invece, esplicitamente si preoccupa di fare nel caso dell'*actio Rutiliana* (Gai 4.34), o ulteriormente, nel caso dei cosiddetti «rappresentanti processuali» (Gai 4.84-85).

D'altronde, lo stesso Keller⁸, cosciente della scarsità delle fonti in materia e della difficoltà d'interpretazione di quelle esistenti, riconosceva chiaramente che quella da lui prospettata era solo l'ipotesi più probabile.

Incuriositi da tale circostanza, e nella consapevolezza dell'importanza rivestita dalla questione in oggetto - che risulta preliminare a tutte le altre che possano riguardare il regime delle *a.a.q.* - ci siamo dedicati unicamente a questa indagine.

E nel far questo, abbiamo preso spunto anche dal fervido dibattito di cui fu oggetto la ricostruzione formulare di Keller tra la fine del sec. XIX e gli inizi del XX. Una vicenda dottrinale di notevole interesse⁹, questa, il cui ricordo è stato quasi del tutto disperso, e di cui abbiamo voluto, nella prima parte del testo riprendere alcune battute, non con intenti di natura storiografica, ma perché costituissero, invece, la trama fondamentale della trattazione sulla quale innestare nuove e ulteriori riflessioni. Difatti, l'alto grado di conoscenza e padronanza delle fonti, l'acuta riflessione critica ed esegetica che li caratterizzano rendono, a

⁶ KELLER, *Über Litis Contestation und Urtheil*, cit., 420ss ; ID., *Der römische Civilprocess*, cit., 152ss.

⁷ EP., cit., § 101-105.

⁸ KELLER, *Über Litis Contestation und Urtheil*, cit., 423; *infra*, § 1.1. nt. 20.

⁹ *Infra*, Cap. I § 2.

nostro parere, questi lavori dei referenti fondamentali per chiunque voglia dedicarsi compiutamente allo studio dell'argomento.

In tal modo abbiamo iniziato e ultimato la nostra indagine, con l'intento non tanto di proporre una nuova ed esaustiva ipotesi ricostruttiva - visto che in questo ambito l'obiettivo in questione non può essere raggiunto senza forzare, per certi versi, le testimonianze e senza dover spesso dedurre il certo dall'incerto - ma soltanto di porre l'attenzione su alcune fondamentali questioni e, se possibile, di rianimare l'interesse su alcuni aspetti del regime processuale delle *a.a.q.*, pur nella consapevolezza dell'estrema difficoltà di approdare a conclusioni certe ed indiscutibili.

Il compito è arduo, e i temi affrontati notevolmente complessi. A ciò si aggiunge l'esiguità delle fonti, per cui in ordine ad alcune questioni possono solo aprirsi nuovi interrogativi e non fornirsi soluzioni definitive. Abbiamo ritenuto, tuttavia, che la ricerca dovesse essere realizzata egualmente.

Così, ci siamo dedicati allo studio della struttura tecnico-formulare delle *a.a.q.*, con particolare riguardo alla natura dell'*obligatio* dedotta nell'*intentio*, alla configurabilità o meno della trasposizione di soggetti al loro interno, in relazione al tema, anch'esso fortemente controverso, delle obbligazioni naturali.

D'altronde, è nostra convinzione, che solo in base ai risultati delle indagini sui punti accennati possano fornirsi delle risposte adeguate sulle principali problematiche relative alle *a.a.q.*, e possa, dunque, stabilirsi se debbano o meno considerarsi una categoria unitaria¹⁰, se la ricostruzione formulare di Keller e Lenel sia idonea a rappresentare compiutamente il fenomeno nella sua realtà economico-giuridica, se ed in che senso, da un punto di vista prettamente concettuale, possa parlarsi propriamente di «responsabilità adietizia» o «solidale», o addirittura, di «rappresentanza».

Il tema affrontato merita ulteriormente attenzione in quanto esso, in una prospettiva più ampia - che tuttavia non sarà oggetto d'indagine specifica in questa sede - afferisce alla distinzione tra capacità giuridica e capacità d'agire, tra «debito» (*Schuld*) e «responsabilità»

¹⁰ *Supra*, nt. 3.

(*Haftung*), e soprattutto alla questione, ancora più complessa, relativa ai limiti stessi della configurazione di queste distinzioni nel corso dell'evoluzione storica del diritto romano.

L'argomento trattato pone, inoltre, interessanti interrogativi in ordine al complesso rapporto tra diritto soggettivo ed *actio* e, quindi, a quello esistente tra il titolare del 'rapporto sostanziale' e quello 'processuale'. Non a caso, già Bekker¹¹ intuiva che lo studio delle azioni adiettizie poteva risultare particolarmente utile al fine di porre chiarezza nei rapporti intercorrenti tra il concetto di *actio* e diritto soggettivo nell'esperienza giuridica romana.

¹¹ *Die Aktionen*, cit., 120ss.

PARTE I

RIFLESSIONI CRITICHE SULLA
RICOSTRUZIONE TRADIZIONALE DELLE
ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS.

CAPITOLO PRIMO

FORMULE DELLE *ACTIONES ADIECTICIAE QUALITATIS*: RICOSTRUZIONE TRADIZIONALE COMUNEMENTE ACCETTATA NELL'AMBITO DELLA DOTTRINA ROMANISTICA.

1. *Le formule delle a.a.q. secondo la ricostruzione di Keller: presupposti e struttura.*

In effetti, come posto in evidenza nella premessa, e come precisato, a dire il vero, anche dallo stesso Keller¹, le fonti in nostro possesso non dicono nulla di certo sulle formule delle *a.a.q.* e, quindi, ogni ipotesi ricostruttiva si fa dipendere unicamente dalle differenti interpretazioni date alle poche testimonianze esistenti, in connessione, ovviamente, alle regole generali vigenti nell'ambito del processo civile romano.

Siamo del parere, dunque, che la ricostruzione formulare tradizionale delle *a.a.q.* proposta da Keller, e poi accettata e consolidata da Lenel, sia soltanto una delle ipotesi sostenibili, e che per certi versi sia opportuno rivederne l'attendibilità.

Basti considerare, ad esempio, che l'idea di costruire le formule delle *a.a.q.* tramite l'artificio tecnico della trasposizione di soggetti è da attribuire prevalentemente, come avevamo già accennato, ad un'ipotesi di Keller², il quale, senza invocare alcun elemento testuale a sostegno, ha ipotizzato che il pretore, per la redazione delle formule

¹ KELLER, *Litis Contestation und Urtheil*, cit., 423.

² KELLER, *Litis Contestation und Urtheil*, cit., 422-23.

delle *a.a.q.*, avesse assunto a modello la formula utilizzata per i c.d. «rappresentanti processuali». Di conseguenza, la formula di queste azioni sarebbe concepita «*.genau so, wie wenn der Pater oder Herr als Cognitor oder Procurator des Sohnes oder Sklaven belangt würde*»³.

Ebbene, prima d'ogni cosa, va detto che non vi è alcun brano nell'intero *Corpus Iuris* o nelle altre fonti in nostro possesso che possa giustificare in qualche modo l'affermazione di Keller. Inoltre, è interessante seguire ed analizzare le argomentazioni addotte dall'autore a sostegno della sua ipotesi, per mostrare come il percorso dimostrativo seguito spesso risulti opinabile, e sia frutto di una visione particolare e, per certi versi, non sempre condivisibile.

A tal fine, riteniamo opportuno riferire il pensiero di Keller nelle sue linee fondamentali, per poi farne oggetto di commento e verifica nei capitoli successivi.

Keller⁴ ha modo di affrontare il tema relativo alla struttura formulare delle *a.a.q.* nella sua trattazione sulla 'preclusione processuale'. Così, dopo aver discusso delle regole vigenti in tema di 'consunzione' processuale, considera, in un paragrafo apposito, l'esistenza di alcuni casi specifici.

«Infatti, nel caso delle *actiones in personam*, diversamente da quanto accade per le azioni *in rem*, normalità vuole» - dice Keller⁵ - «che il rapporto intercorra tra un solo debitore ed un solo creditore per cui, soddisfatto il creditore, il rapporto viene meno».

Si riscontrerebbero, tuttavia, delle eccezioni che a fini espositivi potrebbero raggrupparsi in due distinte categorie. Nella prima dovrebbero farsi rientrare - a parere di Keller⁶ - quei casi in cui, sebbene il rapporto obbligatorio corra tra due soli soggetti, un debitore ed un creditore, esso può avere effetto nei confronti di un terzo, tanto che un soggetto non obbligato civilmente può essere convenuto in giudizio per effettuare la prestazione. L'altra, invece, riguarderebbe quei casi in cui, dal lato attivo o passivo, vi sia una pluralità di soggetti

³ *Infra*, nt. 19.

⁴ *Litis Contestation und Urtheil*, cit., 413.

⁵ KELLER, *Op. ult. cit.*, 412.

⁶ KELLER, *Op. ult. cit.*, 413ss.

e, quindi, il vincolo obbligatorio gravi o sia costituito direttamente a vantaggio di più persone.

In relazione alla prima di queste categorie, il caso prospettato dall'autore è quello in cui T è il creditore e S il debitore, ma T può anche pretendere la prestazione da un terzo detto G. Una sola *obligatio* intercorrente tra T e S, ma vi è la possibilità che T esperisca un'azione anche nei confronti di G⁷.

Detto ciò, Keller, senza far alcun riferimento ai presupposti di carattere sostanziale che possano dar luogo al rapporto giuridico descritto⁸, afferma, tuttavia, che in questo caso la formula debba costruirsi in modo tale che nell'*intentio* si faccia menzione del rapporto intercorrente tra creditore e debitore, visto che « *Wir wissen, in der Intentio pflegt das der Klage wesentlich zum Grunde liegende Rechtsverhältniß angegeben zu werden: das wäre hier die Obligation zwischen T und S* »⁹. «Dagegen» - continua Keller - «*das äußere Factum, worauf der letzte Zweck der Klage geht, also die Leistung des Beklagten, die durch den richterlichen Zwang bewirkt werden soll, macht den Inhalt der Condemnatio aus. Jener Beklagte aber ist G, und auf diesen müßte sich daher die Condemnatio beziehen*».

Lo studioso tedesco, pensa, dunque, che nell'*intentio* di questa azione debba menzionarsi il rapporto obbligatorio intercorrente, nel caso di specie, tra T e S, ma di contro, non può fare a meno di riconoscere che, in questo caso, la menzione del rapporto obbligatorio nell'*intentio* non basta, ma a determinare lo scopo finale dell'azione interviene e concorre in maniera decisiva «*das äußere Factum, worauf der letzte Zweck der Klage geht*».

Dalla trattazione non si evince, però, alcun riferimento alla natura del «*factum*» che contribuisce alla determinazione dello scopo dell'azione, né le ragioni per le quali debba essere menzionato unicamente nella *condemnatio*.

⁷ «Es besteht einzig zwischen T und S eine Obligation (z. B. *centum dare oportere*), aber um dieser Obligation willen kann auch G von dem Creditor T zu einer Leistung angehalten werden»; cfr. KELLER, *Op. ult. cit.*, cit., 415.

⁸ Keller, infatti, non precisa che tipo di rapporto giuridico dovesse intercorrere tra le parti, né da quale negozio si fosse originato.

⁹ KELLER, *Op. ult. cit.*, cit., 415-416.

In definitiva si avrebbe, così, una trasposizione di soggetti come nel caso del *cognitor* e del *procurator*¹⁰ e, in ordine al problema della ‘consunzione processuale’, saremmo in presenza di casi di consunzione diretta, di *novatio necessaria*¹¹. Di conseguenza, in riferimento al caso prospettato precedentemente, sia che T scelga di convenire S oppure G, si avrà sempre l’estinzione dell’obbligazione citata nell’*intentio*, e cioè dell’obbligazione intercorrente tra T e S. Infatti, visto che le due azioni hanno la stessa *intentio*, che menziona in ogni caso il rapporto obbligatorio esistente tra T e S, ne deriva che se T rivolge l’azione contro uno, l’altro *ipso iure* è liberato dall’azione. Oppure, nell’ipotesi in cui la consunzione, in ragione della particolare natura dell’*actio* o del *iudicium*, opera indirettamente¹², allora ne deriva che ciascuno può esercitare l’*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*.

Ebbene, è proprio in tale ambito che dovrebbero farsi rientrare -secondo lo studioso tedesco¹³- le azioni adiettizie ed in primo luogo

¹⁰ «So käme denn eine Formula heraus, die in ihren Haupttheilen wesentlich folgender Maßen lauten würde: ‘*Si paret, Seium Titio... dare facere oportere, Gaium Titio.....condemna:*’- eine Conception, die wenigstens an und für sich selbst nach römischen Begriffen gar nichts unmögliches oder auffallendes hätte, da sich dieselbe in manchen andern Anwendungen, wie z.B. in jedem Falle eines *Cognitor*, *Procurator* oder *Defensor* wirklich vorfindet; cfr. KELLER, *Op. ult. cit.*, 416.

¹¹ «Seßen wir vorerst eiene Fall, wo die DIRECTE Consumption, die eigentliche *Novatio necessaria* eintritt. Mag T den S oder den G belangen, so würde durch die *Litis Contestatio* natürlich immer der Inhalt der *Intentio*, d.h. die Obligation zwischen T und S, geradezu zerstört d.h. es würde unwahr, *Seium Titio ...dare facere oportere*. Da nun aber nach unserer Voraussetzung beide klagen wörtlich dieselbe *Intentio* haben, also in beiden der Auftrag zu condemniren an das *Seium Titio dare facere oportere* als an seine Bedigung geknüpft ist, so müssen durch.....»; cfr. KELLER, *Op. ult. cit.*, 416.

¹² «Daß nun aber da, wo die Consumption wegen der formellen Beschaffenheit der *Actio* oder des *Iudicium* nur indirect wirkt, dennoch der Sache nach im endlichen Effect dasselbe heraus komme, daß also in dieser Beziehung Jedem die *Exceptio rei iudicatae* zu gute kommen und entgegen stehen müsse, auf welche in der andern Klasse von Fällen die Consumption *ipso iure* sich beziehen würde, ist oben dargethan worden; cfr. KELLER, *Op. ult. cit.*, 417.

¹³ KELLER, *Op. ult. cit.*, 420.

l'*actio de peculio*¹⁴, ed è proprio in questi casi che dovrebbe essere adottata una formula con trasposizione di soggetti, come nel caso del *ognitor* o *procurator*. Nell'*intentio*, infatti, andrebbe menzionato il soggetto che ha effettivamente concluso l'atto negoziale, mentre nella *condemnatio*, il *dominus*, il *pater* o il preponente che sono chiamati a rispondere dell'attività negoziale da essi conclusa. Questa circostanza, d'altronde, non comporterebbe, sempre a parere di Keller, alcun problema neanche nel caso di *actiones in ius conceptae*.

Infatti, se a contrarre un'obbligazione è un *filius familias*¹⁵, non vi sarebbe alcun ostacolo per far gravare su di esso un '*dare facere oportere*', poiché sarebbe pienamente capace di obbligarsi alla pari di un soggetto *sui iuris*. Di contro, anche se in base al *ius civile* il debito non riguarda il padre, «*ihn auf seine Weise zum Schuldner machen kann*». Il pretore riteneva equo, infatti, che il padre dovesse pagare il debito del figlio nei limiti del peculio, e, quindi, che il terzo creditore potesse costringerlo a ciò tramite l'*actio de peculio*.

«Ecco, quindi» - afferma Keller¹⁶ - «uno di quei casi in cui un soggetto non obbligato civilmente, può essere convenuto in giudizio per rispondere di un'obbligazione assunta da un altro soggetto».

Non si riscontrerebbe alcun problema anche nel caso in cui il negozio sia stato concluso da uno schiavo. Anche in quest'ipotesi, infatti, l'*actio de peculio* potrebbe essere formulata tramite una

¹⁴ Keller espone la sua ipotesi proprio in relazione all'*actio de peculio*, mentre per le altre azioni si limita a rinviare al regime di quest'ultima, aggiungendo di volta in volta qualche precisazione relativa alle peculiarità attinenti a ciascuna di esse; KELLER, *Op. ult. cit.*, 420.

¹⁵ «...Ein *Filiusfamilias* contrahirt eine passive Obligation. Er ist dazu bekanntlich eben so fähig wie ein *Homo sui iuris*, es entsteht für ihn ein echtes, civiles *dare facere oportere*. Eben so gewiß ist es dagegen, daß nach *Ius civile* diese Schuld des Sohnes den *Pater* gar nicht berührt, ihn auf seine Weise zum Schuldner machen kann. Erst der Prätor hat den Grundfaß eingeführt, daß der *Pater* die Schuld des Sohnes so weit bezahlen müsse, als das *Peculium* reicht, und dazu soll ihn der *Creditor* mit der prätorischen *Actio de peculio* zwingen können; cfr. KELLER, *Op. ult. cit.*, 420-421.

¹⁶ «So liegt also ein Fall vor, wo jemand, der für sich selbst *civiliter* nicht obligirt ist, sich aus der Obligation eines Andern belangen lassen muß»; cfr. KELLER, *Op. ult. cit.*, 421.

trasposizione di soggetti, menzionando nell'*intentio* l'obbligazione contratta dallo schiavo. La differenza rispetto al *filius familias* sarebbe costituita dal fatto che lo schiavo non può assumere un'*obligatio* civile ma solo naturale¹⁷.

L'unica difficoltà effettiva potrebbe ravvisarsi qualora dal negozio concluso dallo schiavo dovesse derivare un'*actio in ius concepta* nella cui *intentio* si facesse menzione di un '*dare facere oportere*'.

Ma anche in questo caso, l'ipotesi formulata manterrebbe - a parere di Keller¹⁸ - la sua plausibilità, poiché i Romani avrebbero ovviato all'inconveniente inserendo nella formula una *fictio libertatis*. L'*intentio*, quindi, sarebbe stata concepita in tal modo: '*Quidquid Seium servum, si liber esset, Titio dare facere oporteret...*'.

In definitiva, l'ipotesi di Keller propone una formula con trasposizione di soggetti, in cui il padre o il *dominus* agiscono come se fossero *procuratores* o *cognitores* del *filius* o dello schiavo¹⁹.

Detto ciò, lo stesso Keller si rende conto della precarietà della sua ipotesi, costruita senza alcuna precisa ed affidante base testuale, tanto che avverte la necessità di suffragarla ulteriormente. Tuttavia, nel sostenere le sue argomentazioni, non utilizza riflessioni esegetiche o dati testuali ulteriori, ma solo considerazioni di carattere generale, che sono volte, inoltre, a respingere le altre ipotesi possibili più che a confermare la propria. Le considerazioni addotte, infatti, sono idonee nel loro complesso, come ammette lo stesso autore²⁰, solamente a rendere la sua tesi più probabile, ma non a dimostrarla con evidente ed indiscutibile certezza.

¹⁷ «Ganz auf gleiche Weise entsteht bekanntlich auch aus den Rechtsgeschäften des Sklaven die *Actio de peculio* gegen seinen Herrn, er selbst aber unterscheidet sich vom *Filiusfamilias* dadurch, daß er nicht, wie dieser, einer civilen Verbindlichkeit fähig ist, sondern bloß *naturaliter* obligirt werden kann»; KELLER, *Op. ult. cit.*, 422.

¹⁸ «Auch hierüber muß ich meine frühere Vermuthung bestätigen, welche dahin ging, daß man dießfalls das den Römern so geläufige Auskunftsmittel einer Fiction gebraucht, und die *Intentio* z.B. ungefähr so concipirt habe: "*Quidquid Seium servum, si liber esset, Titio dare facere oporteret*"; KELLER, *Op. ult. cit.*, 426.

¹⁹ «Es lautete demnach die *Actio de peculio*, den eben erwähnten Zufuß abgerechnet, genau so, wie wenn der *Pater* oder Herr als *Cognitor* oder *Procurator* des Sohnes oder Sklaven belangt würde»; KELLER, *Op. ult. cit.*, 422.

²⁰ *Op. ult. cit.*, 423.

Lo storico tedesco²¹, infatti, procede nella trattazione ragionando per esclusione e ritiene, così, la sua ipotesi più plausibile delle altre in quanto:

a) sarebbe impossibile costruire la formula su un diretto *dare facere oportere* del *pater* o del *dominus*²².

b) sarebbe, inoltre, comprovato nelle fonti che la menzione del *peculium* dovesse comparire solo nella *condemnatio*²³, e che il contenuto dell'*intentio* fosse indipendente dall'ammontare del peculio²⁴. Di conseguenza, visto che l'obbligazione del *pater* o del *dominus* era condizionata all'ammontare del peculio, nell'*intentio* non si sarebbe dovuto fare alcuna menzione del vincolo obbligatorio gravante su di essi²⁵.

c) non si potrebbe accettare l'idea che l'*actio de peculio* fosse sempre un'azione *in factum concepta*, ma anche se così fosse stato, l'*intentio* si sarebbe dovuta riferire al '*factum*' del *filius*, sul quale solo si fondava l'azione in questione, e non all'atto negoziale del padre²⁶.

²¹ Si riferisce, sempre, fedelmente il pensiero di Keller così come espresso in *Litis Contestation und Urtheil*, cit., 423ss.

²² In realtà, KELLER, *Op. ult. cit.*, 423 non motiva in alcun modo l'affermazione in questione, e quindi non sappiamo con precisione a quali impedimenti volesse riferirsi.

²³ Questa conclusione si giustificerebbe secondo Keller in riferimento a Gai 4.74.. '*nam, ut supra diximus, eadem formula et de peculio et de in rem verso utimur*' e a I. 4.7.4 b: ... '*licet enim una est actio, qua de peculio deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes*'; vd. *infra*, Cap. V, § 1, nt. 99.

²⁴ KELLER, *Op. ult. cit.*, 424, nt. 11, cita a sostegno due passi del Digesto: D. 15.1.30; D. 42.4.7.15.

²⁵ «Da nun aber bekanntlich auch die bloß prätorische Verbindlichkeit des *Paters* durch den Betrag des *Peculium* bedingt ist, so folgt, daß in der *Intentio* von einer Verbindlichkeit des *Paters*, irgend welcher Art, nicht die Rede sein konnte»; KELLER, *Op. ult. cit.*, 423- 424.

²⁶ «Daß die *Actio de peculio* nothwendig und immer *in factum* concipirt wäre, kann nicht angenommen werden, und wenn es sich auch so verhielte, so könnte doch auch eine solche *Intentio* nur ein *Factum* des Sohnes, welches ja allein der Klage

Tuttavia, dalla trattazione di Keller non si evince assolutamente sulla base di quali fonti²⁷ o argomentazioni ulteriori l'autore giustifichi l'affermazione successiva, che assume un valore generale e del tutto differente: «*Da es nun aber keinen Zweifel unterliegt, daß die Actio de peculio überhaupt eine Intentio hat, so ergibt sich aus allem bisherigen der nothwendige Schluß, daß in dieser Intentio nur der Sohn, nicht aber der Pater compariren konnte*».

d) per le azioni adiettorie, a parere di Keller, non sarà stata predisposta nell'editto un'unica formula, ma di volta in volta sarà stata utilizzata la stessa azione nascente dal rapporto negoziale voluto dalle parti, adattata alla circostanza che l'atto negoziale in questione fosse stato concluso da un soggetto differente dal *dominus negotii*, «legittimato» nelle forme e con le modalità previste nell'editto pretorio. Nel caso, ad esempio, dell'esistenza di una *praepositio institoria* e del compimento, da parte dell'*institor*, di un'*emptio venditio* o di una *locatio* si sarebbe concessa al terzo, rispettivamente, un'*actio empti institoria* o un'*actio locati institoria*.

Detto ciò, Keller riprende il tema della preclusione processuale ritenendo che sia dovuto proprio all'adozione della trasposizione di soggetti il fatto che l'*actio de peculio et de in rem verso*, esercitabile contro l'avente potestà, e l'azione diretta, proponibile contro il *filius*, menzionino entrambe l'*obligatio* che grava sul *filius*, e che pertanto siano caratterizzate dalla stessa *intentio*²⁸.

Infatti, esercitata l'azione diretta contro il *filius*, l'eventuale *actio de peculio et de in rem verso* contro il padre non può più proporsi e viceversa, in virtù della 'consunzione' *ipso iure* o dell'*exceptio rei iudicate vel in iudicium deductae*.

Lo stesso vale per il caso dell'*actio exercitoria* ed *institoria*, le quali si «*consumano reciprocamente*» con le relative azioni dirette

zum Grunde liegt, nicht aber eine Handlung des Paters benennen»; cfr. KELLER, *Op. ult. cit.*, 424.

²⁷ L'autore cita a sostegno D. 15.1.30 pr. e D. 15.1.32 pr. in base ai quali non si giustifica certo la perentorietà della sua affermazione; vd. *infra*, Cap. V § 1.

²⁸ *Op. ult. cit.*, 430.

esercitabili contro il *magister* o l'*institor*, qualora siano *fili familias* o soggetti liberi²⁹. In questi casi, infatti, «*der Grunde dieser GEGENSEITIGEN CONSUMTION ist höchst wahrscheinlich derselbe, aus welchem durch Anstellung der Klage gegen den Filiusfamilias die Actio de peculio u.s.f. consumirt wird, nämlich Identität der Intentio, so wie denn auch fachlich dieser fall unzweifelhaft unter die oben mit A) bezeichnete Kategorie gehört*»³⁰.

Il regime in questione proverebbe - a parere di Keller - che le due azioni, quella contro il soggetto che ha concretamente agito S (*filius*, preposto), e quella contro il soggetto obbligato G (*pater* o preponente) avevano la stessa *intentio*. Infatti, l'identità dell'*intentio* tra più azioni *in personam*, può essere considerata 'ein sicheres Zeichen' della «consunzione processuale», pur non essendo necessaria per la realizzazione della stessa³¹.

In tal modo, troverebbe conferma l'ipotesi da lui espressa che nell'*intentio* delle *a.a.q.* doveva essere menzionato il *filius* o il preposto, e, quindi, in ogni caso il soggetto che aveva concluso l'atto negoziale.

2. Limiti ed aspetti controversi delle formule proposte da Keller.

Come accennavamo in precedenza, sull'ipotesi di Keller si è aperto, tra la fine del XIX sec. e gli inizi del XX, un fervido e acceso dibattito della cui ricchezza purtroppo non resta che qualche sporadico ricordo nella dottrina più recente. A sopire, infatti, la disputa ha

²⁹ Ovviamente non viene considerato il servo, poiché nel suo caso non si pone nemmeno il problema del concorso tra l'azione esercitabile contro il *dominus* e quella proponibile nei suoi confronti.

³⁰ *Op. ult. cit.*, 432.

³¹ Sempre in *Litis Contestation und Urtheil*, cit., 445, si legge, infatti, «...so wie sich denn daran von selbst die Bemerkung anschließt, daß Identität der *Intentio* mehrerer *Actiones in personam* wohl als ein sicheres Zeichen, aber keineswegs als notwendige Bedingung gegenseitiger *Consumtion* zu betrachten ist».

provveduto definitivamente Lenel³², il quale ha riproposto quasi totalmente la formula di Keller, confutando alcune delle obiezioni principali sollevate dai suoi antagonisti.

In effetti, non è contestabile che Lenel³³, come già Keller³⁴, abbiano colto nel segno ritenendo impossibile che le *a.a.q.* venissero di volta in volta predisposte per il singolo caso, vale a dire formulando di volta in volta un'*actio in factum concepta*³⁵. Si sarebbe andati incontro, infatti, a problemi di carattere tecnico-processuale di una certa rilevanza.

Nel caso, ad esempio, di una vendita conclusa da un *institor*, se l'*intentio* dell'*actio venditi institoria* fosse stata *in factum concepta*, certamente ne sarebbe derivato un completo stravolgimento delle regole processuali valevoli per la tutela della vendita; in primo luogo, infatti, sarebbe venuto meno il regime della buona fede.

Così, anche nel caso di altre azioni, si sarebbero prodotti di volta in volta notevoli inconvenienti e, soprattutto, si sarebbe determinata una significativa disparità di trattamento tra situazioni giuridiche eguali, differenziate solo dal fatto che una di esse fosse stata realizzata tramite un'attività di «intermediazione negoziale». Più semplicemente non è lecito pensare che lo stesso contratto di compravendita avesse un trattamento processuale profondamente e nettamente differenziato a seconda che il negozio fosse stato stipulato dallo stesso *dominus negotii*, o invece da un *institor* o *magister*.

Deboli e non del tutto convincenti ci sembrano, invece, le motivazioni addotte da Lenel per superare le obiezioni mosse alla costruzione di Keller in ordine al vincolo obbligatorio menzionato nell'*intentio* delle *a.a.q.* L'Autore, infatti, segue l'opinione di Keller, ritenendo che l'*intentio* della formula dovesse far riferimento

³² Dopo Lenel, infatti, nessuno ha tentato uno studio specifico ed organico sulla struttura formulare delle *a.a.q.*.

³³ *EP*, cit., 268.

³⁴ *Supra*, § 1 sub d.

³⁵ Ci si riferisce in particolare alle ipotesi formulate da BRINZ, *Pandekten*, cit., 203ss e MANDRY, *Das gemeineFamiliengüterrecht*, cit., 259-262, i quali ritenevano che le *a.a.q.* fossero sempre delle azioni *in factum conceptae*, predisposte di volta in volta in relazione ai casi prospettati; *infra*, nt. 66; Cap. VI § 3.

all'*obligatio* del soggetto che aveva posto in essere l'atto negoziale, e che dovesse essere realizzata, dunque, una trasposizione di soggetti.

Ed è proprio in relazione a quest'ultimo aspetto problematico che è il caso di analizzare alcune argomentazioni svolte contro la tesi di Keller, respinte da Lenel o da lui disattese, che meritano forse ancora oggi considerazione, mentre spesso, troppo semplicisticamente, sono state rigettate o, addirittura, ignorate.

Vista, però, la difficoltà di seguire il dibattito in questione passo per passo, riassumeremo, preliminarmente e sinteticamente, alcune di esse, ed in particolare quelle che riteniamo condivisibili e suscettibili di approfondimento. In tal modo, avremo delineato anche le linee fondamentali lungo le quali svolgeremo la nostra trattazione.

I) In particolare, il punto più discutibile dell'ipotesi ricostruttiva esaminata sembra essere costituito dalla trasposizione di soggetti, e soprattutto, dall'idea, espressa da Keller, che il *pater* ed il *dominus* agiscano «come se fossero dei *defensores* dei *fili* o dei *servi*»³⁶.

Non ci sono, infatti, testimonianze che pongano in relazione il regime delle *a.a.q* e quello dei c.d. rappresentanti processuali. Inoltre, queste ultime figure si inscrivono, per espressa ammissione dei giuristi romani, nell'ambito dell'*agere alieno nomine*. Lo stesso non può dirsi, invece, per le *a.a.q.*, le quali non sembrano rientrare affatto in tale ambito³⁷.

Inoltre, in riferimento specifico alle azioni adiettizie va detto che, seguendo questa tesi si giungerebbe a stravolgere i rapporti esistenti, o almeno a capovolgere i ruoli rivestiti: *fili*, *servi* e preposti sarebbero considerati alla stregua di *domini negotii*, e, invece, *patres*, *domini* e preponenti, come semplici *defensores*³⁸.

D'altronde, se si accetta l'idea che il *pater* o il *dominus* intervengano alla stregua di *defensores*, bisogna ammettere necessariamente che prima della *litis contestatio* non siano obbligati,

³⁶ *Supra*, Cap. I, nt. 10; 19.

³⁷ *Infra*, Cap. II § 2.

³⁸ *Infra*, Cap. II § 4.

ma che solo dopo la conclusione di questo atto si configuri a loro carico uno specifico «*condemnari oportere*».

Ebbene, è nostra convinzione che quest'ultima implicazione - connessa all'affermazione principale di Keller - non sia accettabile, anzi contrasti con le fonti in nostro possesso.

Innanzitutto, va ricordato che, l'ipotesi per cui il *pater* o il *dominus* dovessero obbligarsi solo in virtù della *litis contestatio*, è stata prospettata, prima da Biondi³⁹ e poi da De Visscher⁴⁰, in relazione alle azioni nossali, ma poi contestata con argomenti convincenti dalla dottrina successiva⁴¹. Gli autori in questione, sostenevano, infatti, che nell'*intentio* delle azioni nossali dovessero essere menzionati il *filius* o lo schiavo, e, solo nella *condemnatio*, il *pater* o il *dominus*. Vista l'affinità esistente tra il regime delle azioni nossali e quello delle *a.a.q.*, le considerazioni fatte per l'uno, sebbene non possano valere *tout court* per l'altro, possono, tuttavia, indurci ad utili riflessioni e considerazioni.

A ciò si aggiunge la circostanza che le fonti relative alle *a.a.q.* sembrano contraddire decisamente l'idea che il *pater*, il *dominus* o il preponente si obblighino solo in virtù della *litis contestatio*. Vi sono alcuni responsi che meritano, quanto meno, attenzione e che sembrano testimoniare l'esistenza di un'autonoma *obligatio* a carico del *pater* o del *dominus* che precede la conclusione della *litis contestatio*, e che si distingue nettamente da quella del *filius* o servo.

Se il *pater* non fosse obbligato prima della *litis contestatio* come sarebbe possibile, infatti, che il figlio, in ordine all'*actio de peculio*, possa agire come *defensor* del padre⁴² e, al contrario, che le fonti pongano in alternativa l'ipotesi in cui il *pater*, a fronte di un atto negoziale concluso dal *filius*, accetti di assumere l'*actio de peculio*, da quella in cui decida di agire come *defensor filii, si hoc maluerit*⁴³?

³⁹ BIONDI, *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, in *AUPA* 10 (1925) 123; vd. *infra*, Cap. II § 3.

⁴⁰ DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles, 1947, 387; *infra*, Cap. II § 3.

⁴¹ *Infra*, Cap. II § 3.

⁴² D. 15.3.10.3 (Ulp. 29 *ad ed.*); *infra*, Cap. II § 4.

⁴³ D. 2.14.20 (Gai 1 *ad ed. prov.*); *infra*, Cap. II § 4.

E così, se veramente il *pater* o il *dominus* fossero obbligati solo in seguito alla *litis contestatio* come si spiegherebbe, allora, che sono responsabili anche *post mortem filii* o *servi*, senza aver partecipato alla *litis contestatio* prima della morte stessa del *filius*⁴⁴? Inoltre, se il *pater* che accetta l' *actio de peculio* agisse, in realtà, come un *defensor*, come si spiegherebbe il fatto che non leggiamo mai di una *stipulatio iudicatum solvi* da lui prestata?

Certamente questi interrogativi meritano una risposta.

II) Inoltre, vi sono delle considerazioni di carattere storico e dogmatico di una certa rilevanza che possono muoversi contro la tesi di Keller in ordine proprio ALL'OBBLIGAZIONE SANZIONATA TRAMITE LE AZIONI ADIETTIZIE.

Come abbiamo visto⁴⁵, Keller e Lenel sostengono che nell'*intentio* delle azioni adiettizie debba menzionarsi l'*obligatio* del *filius*, del preposto, o l'*obligatio naturalis* dello schiavo. Di conseguenza, sembrerebbe che, in realtà, le *a.a.q.* sanzionino una responsabilità propria di questi soggetti.

A noi sembra, invece, che vi siano delle ragioni di fondamentale importanza che contrastano decisamente con l'idea espressa dagli studiosi tedeschi.

Innanzitutto, va detto che, con molta probabilità, la creazione delle *a.a.q.* risale al II sec. a.C.⁴⁶. E, in realtà, non è plausibile pensare che già a quell'epoca, ai *fili* fosse riconosciuta piena capacità giuridica⁴⁷. Secondo la tesi preferibile - che sarà oggetto di studio successivamente⁴⁸ - essi, infatti, acquistarono piena capacità di obbligarsi solo agli inizi dell'età classica. Di conseguenza, prima di allora non doveva essere possibile configurare un *oportere* a loro carico nell'*intentio* delle formule delle *a.a.q.*

⁴⁴ D. 14.1.4.3 (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 14.6.18 (Ven. 2 *stip.*). D. 46.1.11 (Iul. 12 *Dig.*); su cui vd. *infra*, Cap. III § 1.1; Cap. V § 5.

⁴⁵ *Supra*, nt. 15-17.

⁴⁶ *Infra*, Cap. III, nt. 11.

⁴⁷ KELLER, *Litis Contestation und Urtheil*, cit., 420-421; *supra*, §1.1, nt. 15.

⁴⁸ *Infra*, Cap. III § 1.

Simili considerazioni valgono per i servi. E' nostra convinzione, infatti, che la formulazione del concetto di *obligatio naturalis* non possa giustificare l'esistenza di un *oportere*, o di qualunque altro vincolo obbligatorio a carico del servo, che possa essere indicato nell'*intentio* delle azioni adiectizie⁴⁹. Innanzitutto, per ragioni di natura storica, perché il concetto di *obligatio naturalis* è tardo, riferibile molto probabilmente alla prima età classica, e, quindi, posteriore sicuramente alla creazione delle azioni adiectizie⁵⁰.

Inoltre, da un punto di vista sostanziale la creazione del concetto di *obligatio naturalis* è connessa alla necessità di consentire limitati effetti all'attività negoziale degli schiavi (*fideiussio*, *soluti retentio*), ferma restando l'impossibilità di far gravare in capo ad essi un'*obligatio* in senso proprio, da far valere processualmente.

E, infatti, lo stesso Keller è cosciente che la sua tesi va incontro a notevoli difficoltà. Tanto è vero che - nel caso di *a.a.q.* le cui formule siano adattamenti di *actiones in ius conceptae*, e per le quali risulterebbe assolutamente impossibile riferire l'*oportere* al servo - l'Autore⁵¹ avverte il bisogno di integrare le sue affermazioni facendo leva sull'adozione di una *fictio libertatis*, che possa giustificare l'esistenza di un *oportere* anche in capo a questo soggetto.

In realtà, noi abbiamo già esaminato la questione⁵², mostrando come di questa *fictio* non vi è traccia nelle fonti salvo che in tre casi particolari⁵³, nei quali, inoltre, non sembra farsi riferimento al rimedio processuale in questione.

Infatti, i casi relativi alla *fictio libertatis* - menzionati da Keller e Lenel - riguardano esclusivamente l'*actio de peculio*, e rappresentano delle situazioni eccezionali. Tanto è vero che in tale contesto la considerazione del servo al pari di un uomo libero determina

⁴⁹ KELLER, *Op. ult. cit.*, 422; *supra*, §1.1, nt. 17.

⁵⁰ *Infra*, Cap. III § 3.

⁵¹ In questi casi, infatti, risulterebbe impossibile riferire l'*oportere* al servo, e, in età più antica, anche al *filius*.

⁵² Ci riferiamo ad un articolo pubblicato in *AUPA* 45.2 (1998) dal titolo '*Fictio libertatis*': rilevanza dei '*debita servorum*' all'interno della struttura formulare delle '*actiones adiecticiae qualitatis*', 325-361.

⁵³ D. 19.1.24.2; D. 45.2.12; D. 9.4.19.2.

unicamente l'integrazione dei presupposti sostanziali necessari per la concessione delle *a.a.q.* in riferimento a fattispecie particolari, e non alla consueta struttura formulare delle stesse⁵⁴.

Va detto, inoltre, che in molti altri casi la formula costruita da Keller avrebbe reso impossibile la condanna del preponente⁵⁵. Ci si riferisce all'ipotesi in cui il soggetto preposto o il *filius familias* che hanno concluso il negozio siano morti⁵⁶, o a quella in cui l'operazione negoziale da cui nasce l'azione adiettizia sia stata realizzata dal soggetto a potestà con il suo stesso *dominus* o *pater*⁵⁷, e, infine, a quella relativa all'attività posta in essere da un soggetto impubere⁵⁸.

In tutti questi casi, infatti, il soggetto che aveva concluso l'atto negoziale non poteva essere menzionato nell'*intentio*, e neanche l'introduzione di una *fictio libertatis* avrebbe giovato alla soluzione del problema. Sarebbero state necessarie tante altre *fictiones* quanti erano i casi specifici considerati. Ma delle *fictiones* in questione non vi è alcuna menzione nelle fonti, e la loro formulazione è, dunque, estremamente congetturale⁵⁹.

III) Infine, è nostra intenzione porre in evidenza che l'ipotesi tradizionale che prevede la menzione nell'*intentio* delle *a.a.q.* dell'*obligatio* del servo, del figlio o del preposto, contrasta principalmente con alcune testimonianze di fondamentale importanza presenti nelle fonti⁶⁰, in cui si legge chiaramente che, nel caso delle *a.a.q.*, ad essere '*obligatus*' è il *pater*, il *dominus* o il preponente.

In esse, infatti, viene affermato ripetutamente che l'*obligatio* sanzionata da queste azioni è proprio quella del *dominus* o *pater*, o comunque quella del soggetto a vantaggio del quale si producono gli

⁵⁴ Vd. MICELI, '*Fictio libertatis*': rilevanza dei '*debita servorum*', cit., 330ss.

⁵⁵ Vd. MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht*, cit., 259ss; MICELI, '*Fictio libertatis*': rilevanza dei '*debita servorum*', cit., 351ss.

⁵⁶ D. 14.1.4.3; D. 14.6.18; D. 15.2.1 pr.

⁵⁷ D. 14.3.11.8; D. 14.3.12.

⁵⁸ D. 14.3.7.2; D. 14.3.8.

⁵⁹ In proposito vd. MICELI, '*Fictio libertatis*': rilevanza dei '*debita servorum*', cit., 351ss.

⁶⁰ *Infra*, Cap. IV, *Introduz.*

effetti del negozio concluso, e non l'*obligatio* del *filius* o del preposto, né l'*obligatio naturalis* del *servus*.

Inoltre, proprio dal momento in cui viene creato il concetto di *obligatio naturalis* per i servi, e i *fili* assumono capacità di obbligarsi, più chiaramente di prima si evidenzia il fatto che tramite le azioni adietizie si fa valere in giudizio una responsabilità personale del *pater* o del *dominus*, e non quella del *filius* o del servo.

Difatti, i giuristi intervengono spesso e ripetutamente nei loro responsi per chiarire che l'*obligatio* del *filius* o del servo, da una parte, e quella del *pater* e del *dominus*, dall'altra, sono nettamente distinte, e soprattutto per ribadire che l'*obligatio* sanzionata dalle azioni adietizie è quella del *pater* o del *dominus*. Da questi responsi si evince, inoltre, con chiarezza che gli aventi potestà non si obbligano in virtù della *litis contestatio*, ma che le loro obbligazioni preesistono al momento di assunzione del giudizio, tanto che è possibile che altri, prima di tale momento, prestino fideiussione a loro vantaggio o agiscano come loro *defensores*⁶¹.

Per quanto riguarda i preposti soggetti liberi, è molto probabile pensare che il loro impiego in qualità di *institores* o *magistri* sia più recente rispetto a quello dei soggetti a potestà⁶². Non è possibile accertarlo con certezza, resta il fatto che anche in relazione a questi soggetti, così come accade per i *fili* una volta che abbiano acquistato piena capacità di obbligarsi, si esplicita chiaramente che l'azione adietizia esercitabile contro i preponenti *non transfertur sed adicitur* a quella esperibile nei loro confronti⁶³. Due azioni, dunque, a sanzione di due distinte obbligazioni.

In tal senso può essere esaminato anche il regime della preclusione processuale e del concorso d'azioni, per verificare se possano ricavarne utili indicazioni sulla natura e struttura delle *a.a.q.* E, in effetti, quello della preclusione processuale costituisce proprio il terreno sul quale si sono aperte alcune delle più aspre dispute in relazione alla struttura processuale delle *a.a.q.*

⁶¹ *Infra*, Cap. II § 4 .

⁶² D. 14.3.1; D. 46.5.5; vd. *infra*, Cap. IV § 3; § 4 .

⁶³ D. 14.1.5.1 (Paul. 29 *ad ed.*) su cui *infra*, Cap. IV § 3; §4 .

In realtà, noi siamo dell'avviso che gli autori citati, e soprattutto Keller⁶⁴, abbiano voluto ricavare da questo regime più di quanto sia lecito fare anche se, indubbiamente, dallo studio dell'argomento possono derivare interessanti spunti di riflessione⁶⁵.

IV) Detto ciò, resta da accertare se sia possibile sostenere che nell'*intentio* delle *a.a.q.* dovesse essere menzionata l'*obligatio* del *dominus*, *pater* o preponente, e, quindi, che si sanzionasse una responsabilità diretta di tali soggetti.

Per dare una risposta bisogna chiedersi, però, se si potesse discutere di *obligatio* anche in relazione alle azioni di natura pretoria, e, inoltre, se possa essere superata l'obiezione di chi sostiene che il pretore non poteva dal luogo *ex novo* alla creazione di un '*oportere*' processuale.

Data una risposta positiva a questi interrogativi sulla base delle regole processuali vigenti nel sistema romano preclassico e classico, resta da chiarire, in relazione specifica alle *a.a.q.*, che rapporto intercorresse, allora, tra l'*obligatio*, o meglio tra l'atto negoziale concluso dallo schiavo, *filius* o preposto, e la responsabilità del *dominus*, *pater* o preponente.

Ebbene, noi siamo convinti che con le *a.a.q.* non si sanzionasse direttamente l'*obligatio* del servo, del *filius* o del preposto, né che questa ne costituisse il presupposto fondamentale. E, in tal senso, già Brinz⁶⁶ aveva posto in evidenza una circostanza di decisiva importanza, a nostro parere, ed accettata nella sostanza sia da Keller⁶⁷ che da Lenel⁶⁸: le fonti relative alle *a.a.q.* indicano come fondamento della responsabilità adiettizia L'OPERAZIONE CONCLUSA E NON L'OBBLIGAZIONE DI COLUI CHE L'AFFARE AVEVA CONCLUSO⁶⁹. Ciò non

⁶⁴ *Supra*, nt. 28-30.

⁶⁵ *Infra*, Cap. IV § 4; Cap. V § 3; § 3.1; § 7.2; 9.

⁶⁶ BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, cit. 204, nt. 4-5.

⁶⁷ *Supra*, nt. 9.

⁶⁸ LENEL, *E.P.*, 264: «Mir scheint die Ausdrucksweise der Quellen vollkommen korrekt, auch wenn die Formeln *in ius* konzipiert war».

⁶⁹ D. 14.1.1.7 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem, sed eius rei nomine, cuius ibi praepositus fuerit, id est si in*

deve indurre a pensare - come fecero, invece, alcuni studiosi⁷⁰ - che le azioni adiettizie dovessero essere tutte delle azioni con *intentiones in factum conceptae*, in cui la pronuncia del giudice fosse direttamente connessa al mero accertamento dell'operazione negoziale in questione. La conclusione è, infatti, inaccettabile e facilmente attaccabile.

Resta da accertare, allora, che tipo di rilevanza processuale doveva rivestire l'attività negoziale del servo, del *filius*, o del preponente. A tal proposito, abbiamo poche fonti, relative più che altro al caso del servo, le quali pur tuttavia sono particolarmente chiare e significative⁷¹: con riferimento alle *a.a.q.* l'attività del servo non rileva come *debitum* ma come *factum* che costituisce il fondamento delle azioni adiettizie.

In realtà, anche Keller⁷² aveva già riconosciuto l'importanza di questo «fatto» che concorrevà alla determinazione dello scopo dell'azione, ma aveva ritenuto che di esso, ad esempio nel caso dell'*actio de peculio*, dovesse farsi menzione esclusivamente nella *condemnatio*. Nulla diceva, però, per chiarirne la natura, ma soprattutto non spiegava perché esso dovesse determinare solo il contenuto della *condemnatio*.

Non riusciamo, infatti, a comprendere come mai questo '*factum*' possa concorrere alla determinazione dello scopo dell'azione, senza avere alcuna relazione con l'*intentio*. Ci pare assodato, infatti, che, secondo le principali regole del processo formulare, qualsiasi fatto che concorra a determinare la *res de qua agitur* deve trovare posto nell'*intentio*, o semmai in una parte della formula che concorra a dare fondamento e determinazione all'*intentio* stessa, quale una *demonstratio* o eventualmente una *praescriptio* con funzione determinativa⁷³.

*eam rem praepositus sit...*D. 14.3.1 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri*; vd. *infra*, Cap. VI § 3.

⁷⁰ *Supra*, nt. 35.

⁷¹ D. 15.1.41; D. 46.1.16.4.

⁷² *Supra*, §1, nt. 9.

⁷³ In tal senso DIETZEL, *Über die processualische Consumption*, cit., 416ss; 427ss; e, in maniera molto cauta, anche Keller nello scritto in cui replica alle

In definitiva, sulla base delle fonti esaminate e delle ricerche condotte, siamo giunti alla conclusione che, molto probabilmente, tramite le *a.a.q.* si faceva valere un'obbligazione propria del *pater, dominus* o preponente, e che nell'*intentio* di tali azioni doveva essere menzionata l'*obligatio* che gravava direttamente in capo a tali soggetti. Ciò non toglie che l'*origine fattuale* dell'*obligatio* pretoria fosse costituita dal *negotium filii*; ed in proposito le fonti dicono, infatti, che '*haec actiones filiorum nomine in parentes dari solent*'⁷⁴ o, nel caso ad esempio dell'*actio exercitoria*, che '*...sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri*'⁷⁵. Tuttavia, non ogni *negotium filii* poteva essere causa d'obbligazione per il *pater, dominus* o preponente, ma solo quelli compiuti nei limiti della *praepositio*, del *iussum*, del *peculio* o dell'arricchimento causato all'avente potestà, o della *merx peculiaris*.

obiezioni a lui sollevate da Dietzel; cfr., KELLER, *Einige Einwände gegen die Aufsätze in Bd. II Nr. 1 und 12*, cit., 194ss.

⁷⁴Gai 4.69.

⁷⁵D. 14.3.1; *infra*, Cap. IV § 1.

CAPITOLO SECONDO

RIFLESSIONI CRITICHE SULL'IPOTESI, ESPRESSA DA KELLER, CHE IL PRETORE AVESSE CONCEPITO LE FORMULE DELLE *A.A.Q.* TRAMITE LA TRASPOSIZIONE DI SOGGETTI SUL MODELLO DEI 'RAPPRESENTANTI PROCESSUALI'.

1. *Tipologia ed effetti della c.d. formule con 'trasposizione di soggetti'. Inesistenza assoluta di fonti che, a proposito delle a.a.q., facciano espresso riferimento all'adozione di questa struttura formulare, o che pongano una relazione specifica tra le a.a.q e le azioni relative ai 'rappresentanti processuali'.*

Delineate le direttive fondamentali della ricerca è, ora, il caso di iniziare la trattazione muovendo proprio dall'idea, sostenuta da Keller, che il pretore per la redazione delle formule delle *a.a.q* avesse assunto a modello la formula utilizzata per i «rappresentanti processuali». La formula di queste azioni sarebbe stata concepita, infatti, '*genau so, wie wenn der Pater oder Herr als Cognitor oder Procurator des Sohnes oder Sklaven belangt würde*'¹.

Ovviamente, com'è palesemente percepibile, l'affermazione in questione costituisce uno dei punti fondamentali dell'ipotesi di Keller, in quanto è proprio l'assimilazione con il caso dei rappresentanti processuali che consente all'autore di giustificare l'adozione della trasposizione di soggetti all'interno delle formule delle *a.a.q*.

¹ *Supra*, Cap. I, nt. 19.

A nostro parere, è necessario, però, accertare le basi logico-argomentative e testuali sulle quali si fonda questo processo di assimilazione e, al tempo stesso, verificare se la struttura ed il regime processuale delle formule riguardanti i rappresentanti processuali, sui quali abbiamo testimonianze certe, risulti appropriata, sia dal punto di vista processuale che sostanziale, anche alla realtà economica e giuridica sottesa alle *a.a.q.*

Per quanto riguarda l'aspetto sostanziale, non credo che esistano elementi che giustifichino alcuna forma di similitudine tra i due istituti. Infatti, va riconosciuto che anche volendo includere le *a.a.q.* nell'ambito del fenomeno rappresentativo in senso lato², i due fenomeni della rappresentanza processuale e negoziale sono talmente differenti, nella funzione e nella struttura, che non possono sorgere dubbi in proposito³.

² In realtà, come sottolineato da più parti, è errato parlare di rappresentanza in senso proprio nel caso delle *a.a.q.* Ci si può riferire propriamente al fenomeno rappresentativo solo in un caso di applicazione estensiva dell'*actio institoria*, e cioè in quello relativo all'*actio ad exemplum institoriae*; vd., QUADRATO, voce 'Rappresentanza' (dir. romano), in *Enc. del dir.* 38 (1987), 431 e bibliografia ivi citata.

³ Non esiste a Roma un concetto unitario di rappresentanza, bensì singole figure di 'rappresentanti', in relazione alle quali vengono riconosciuti di volta in volta effetti 'rappresentativi'. Ciascuna di esse, inoltre, mostra delle caratteristiche tipologiche particolari e regimi differenziati. Basti pensare che, anche all'interno della c.d. rappresentanza processuale, tra il caso del *cognitor* e del *procurator ad litem* esistono profonde e notevoli divergenze; vd. PUGLIESE, *Il processo civile*, I, 301ss; KASER-HACKL, *Zivilproceß*, 1996, München, 209ss; per una bibliografia più dettagliata sulle figure dei rappresentanti processuali vd. *infra*, nt. 9. Inoltre, come abbiamo già ricordato nella nota precedente, se analogia esiste tra le *a.a.q.* e il fenomeno rappresentativo in senso proprio, ciò avviene unicamente in ordine all'*actio ad exemplum institoriae*. Ma in questo caso il rapporto analogico corre tra alcune ipotesi relative alla *praepositio institoria* e quelle relative alla figura del *procurator*, quale 'rappresentante' negoziale e non processuale. A ciò si aggiunge che è la disciplina dell'*actio institoria* che viene estesa al *procurator* e non viceversa. Inoltre, l'estensione analogica della disciplina in questione è riferibile ad un periodo molto più tardo rispetto a quello di creazione delle *a.a.q.* Infatti, i responsi relativi all'*actio ad exemplum institoriae* che noi possediamo si riferiscono unicamente a giuristi del III sec. d.C. (D. 14.3.19 pr.; D. 3.5.30 (31); D. 17.1.10.5; D. 19.1.13.25). D'altronde, l'azione concessa contro il *procurator praepositus* è un'*actio ad*

Per quanto riguarda, invece, l'aspetto tecnico-processuale, va detto che le azioni con trasposizione di soggetti, a cui frequentemente si fa riferimento nella ricostruzione del sistema giuridico romano, non hanno forse ricevuto dalla dottrina moderna l'attenzione che è stata tributata ad altre categorie quali, in primo luogo, quella dell'*actio utilis*⁴.

La spiegazione va ritrovata probabilmente nel fatto che, sebbene costruite sulla base delle fonti romane, sono frutto, pur sempre, di una concettualizzazione moderna. La stessa terminologia, infatti, deriva da un'elaborazione moderna dei dati forniti dalle fonti antiche, e per tale motivo è stata valutata criticamente da parte della dottrina⁵.

In realtà, anche in relazione al nostro tema, abbiamo avuto modo di constatare che la questione non è stata oggetto di approfondite riflessioni né da parte della dottrina più risalente, né da quella più recente. Così, anche lo stesso Keller⁶ che si è occupato attentamente dell'aspetto tecnico-formulare delle *a.a.q.*, si è limitato a proporre l'adozione della trasposizione di soggetti facendo riferimento al caso dei rappresentanti processuali, senza soffermarsi, tuttavia, sulle ragioni che lo avevano indotto a tale conclusione. E dopo di lui, anche Lenel⁷ ha dato per scontata la questione, e non si è posto nemmeno il problema di esaminare con attenzione il regime delle 'azioni con trasposizione di soggetti', per valutarne, poi, la concreta applicabilità al caso delle *a.a.q.*

exemplum institoriae proprio perché il soggetto che aveva compiuto l'atto negoziale era un *procurator* e non un *institor*. Non vi è dubbio, infatti, che le due figure fossero nettamente differenziate nel pensiero giuridico romano; vd. ANGELINI, *Il Procurator*, Milano, 1971, 85ss.

⁴ TALAMANCA, voce 'Processo civile', cit., 59, nt. 420.

⁵ Vd. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 262; CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, Torino, 1980, II, 131ss.

⁶ *Supra*, Cap.1, nt. 10.

⁷ In realtà, lo stesso LENEL, *EP.*, nei paragrafi dedicati alla trattazione delle azioni adiettizie (§ 101-105), si sofferma con dovizia di particolari sulla natura dell'*intentio* (*in ius* o *in factum*) delle azioni adiettizie, sulla preclusione processuale e su altre questioni dalle quali si evincerebbe in maniera certa che nell'*intentio* dovesse essere menzionato il servo, il *filius* o il preposto, ma non dedica, invece, alcuna attenzione alla trasposizione di soggetti in sé, come struttura processuale.

Tutto ciò premesso, è nostra intenzione porre in evidenza che vi sono delle considerazioni, alcune di carattere generale, altre di carattere specifico e testuale, quest'ultime di fondamentale importanza, idonee a privare di fondamento ogni sorta di considerazione unitaria o «analogica» del regime applicabile ai c.d. 'rappresentanti processuali' e quello relativo alle *a.a.q.*

Innanzitutto, va preso atto di un dato testuale di fondamentale importanza: non vi è alcuna fonte né giuridica né letteraria in nostro possesso che possa contribuire a suffragare in qualche modo l'assimilazione operata da Keller, o fornire un appiglio ad un'ipotesi di tal genere. Non conosciamo, infatti, fonti in cui i due fenomeni giuridici considerati vengano equiparati o posti a confronto, anche in ordine ad un solo aspetto dei relativi regimi giuridici⁸.

Inoltre, esaminando da vicino le formule adottate nel caso dei rappresentanti processuali⁹, è facile notare che esse vengono costruite

⁸ Vi sono dei brani in cui si legge espressamente che i padri agiscono come *defensores* dei *filii*, ma in questi casi non ci si riferisce alle azioni adiettizie, ma a ipotesi totalmente differenti (D. 2.14.20, su cui *infra*, § 4). Inoltre, le fattispecie considerate riguardano solo i *filii* e non anche i servi, e, soprattutto, presuppongono con certezza il riconoscimento dell'autonoma capacità di obbligarsi per i *filii familias*, e la conseguente possibilità di essere convenuti in giudizio (*infra*, Cap. III § 1).

⁹ WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München, 1925, 84ss; BETTI, *D. 42.1.6.3 Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922, 332ss; FRESE, *Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten*, in St. Bonfante IV, 397ss; IDEM, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Procurator*, in St. Riccobono, IV, 399ss; ARANGIO RUIZ, *Il mandato nel diritto romano*, Napoli, 1949; SERRAO, *Il Procurator*, Milano, 1947, 45ss; PUGLIESE, *Il processo civile II*, cit., 318ss; SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore*, in *BIDR* 22 (1910) 56ss; ANGELINI, *Il Procurator*, cit., 175ss; BURDESE, *Rec. Angelini, Il procurator*, in *SDHI* 37(1971) 307ss; BEHREND, *Die Prokurator des klassischen römischen Zivilrechts*, in *ZSS* 88 (1971) 215ss; 249ss; CLAUS, *Gewillkürte Stellvertretung im römisches Prozess*, 1973, 45ss; 57ss; BONIFACIO, *Cognitor, procurator e rapporto processuale*, in St. De Francisci 4, 537ss; KASER, *Stellvertretung und "notwendige Entgeltlichkeit"*, cit., 186ss; IDEM, *Römische Zivilprozess*, I, § 62 IV 2; II § 204; QUADRATO, voce 'Rappresentanza', cit., 417ss; ZABLOCKA, *La costituzione del "cognitor" nel processo romano classico*, in *Index* 12 (1983-84) 140ss; PROVERA, *Lezioni sul processo giustiniano*, 335ss; WOLF, *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund*:

in maniera tale che nell'*intentio* sia menzionato il diritto o l'*obligatio* dell'effettivo titolare del rapporto giuridico (*dominus negotii*), e nella *condemnatio* la persona del rappresentante (*defensor*), a favore o contro il quale *condemnatio convertitur*:

Gai 4.86: *Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. Nam si verbi gratia L Titio <pro>P. Mevio agat, ita in formula concipitur: SI PARET N. NEGIDIUM P. MEVIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE, IUDEX N. NEGIDIUM L TITIO SERSTETIUM X MILIA CONDEMNA; SI NON PARET ABSOLVE; in rem quoque si agat, intendit P. MEVII REM ESSE EX IURE QUIRITIUM, et condemnationem in suam personam convertit. 87- Ab adversarii quoque parte si interveniat aliquis cum quo actio constituitur, intenditur dominum dare oportere, condemnatio autem in eius personam convertitur qui iudicium accipit; sed cum in rem agitur, nihil <in> intentione facit eius persona cum quo agitur, sive suo nomine sive alieno aliquis iudicio interveniat; tantum enim intenditur REM ACTORIS ESSE.*

Simile, quasi omologa è la struttura processuale descritta da Gaio a proposito dell'*actio Rutiliana*. Così, infatti, anche in questo caso, nell'*intentio* viene nominato il debitore principale, che era e rimane il titolare delle situazioni soggettive attive e passive in questione, mentre solo nella *condemnatio* è citato il *bonorum emptor* a favore del quale *condemnatio convertitur*:

Gai 4.35: *Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit; sed interdum et alio modo agere solet. Nam ex persona eius cuius bona emerit sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam, id est ut, quod illius esset vel illi dari oporteret, eo nomine adversarius huic condemnetur; quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore P. Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est.*

Die Streitbeilegung zwischen L. Faenius Eumens und C. Sulpicius Faustus, in St. Sanfilippo 6 (1985) 776ss; ANKUM, Die Verkäufer als cognitor und als procurator in rem suam im römischen Eviktionprozeß der klassischen Zeit, in Mandatum und Verwandtes, 1993, 285ss.

C'è una corrispondenza perfetta tra le espressioni usate da Gaio a riguardo dei rappresentanti processuali: *'qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit'*, e quelle che si riferiscono al *bonorum emptor* nel caso dell'*actio Rutiliana*: *'nam ex persona eius cuius bona emerit sumpta intentione convertit condemnationem in suam personam'*.

Vi è, dunque, un'equivalenza terminologica che si armonizza pienamente con la struttura processuale e i presupposti sostanziali relativi ad entrambe le situazioni considerate.

A dire il vero, per quanto riguarda i rappresentanti processuali, conosciamo da Gaio (Gai 4.86) gli stessi *verba* formulari, mentre della formula dell'*actio Rutiliana* non ci è riferita espressamente la *conceptio verborum*. Considerata, però, la similarità delle espressioni usate per descrivere la struttura processuale delle relative azioni, è probabile pensare che si articolassero in modo simile.

Ma in ogni caso, non sembra che vi possa essere dubbio - almeno in relazione ai casi di trasposizione di soggetti di cui abbiamo testimonianze certe - sul fatto che l'artificio processuale della trasposizione nasca dall'esigenza concreta di far sì che, nel rispetto della titolarità delle situazioni giuridiche di volta in volta considerate, si proceda ad imputare gli effetti ad esse conseguenti a soggetti differenti dagli originari titolari, che assumono il giudizio solo tramite la *litis contestatio*.

Ebbene, per quanto riguarda le *a.a.q.*, in tutta l'opera gaiana non vi è alcuna espressione che abbia una certa similarità con quella utilizzata in Gai 4.86 o Gai 4.35¹⁰.

¹⁰ L'unica espressione simile potrebbe essere ritrovata in D. 14.1.1.24 in cui si legge che *'haec actio ex persona magistri in exercitorem datur'*; vd. *infra*, Cap. IV, § 4. Tuttavia, come vedremo meglio successivamente, vi è una profonda differenza tra questa testimonianza e quelle gaiane. Quelle di Gaio, infatti, si riferiscono espressamente ad un'*intentio* *'sumpta ex persona domini'* (Gai 4.86), o *'sumpta ex persona eius cuius bona emerit'* (4.35). Il riferimento alla struttura formulare dell'azione è, dunque, palese. Nel brano di Ulpiano, invece, si tratta di un'*actio* che è concessa contro l'*exercitor* *'ex persona magistri'* in concorso con l'azione esperibile

Inoltre, il giurista nel trattare delle *a.a.q.*¹¹ non fa alcun accenno alla loro struttura formulare¹². Concentra, infatti, la sua attenzione esclusivamente sui presupposti sottesi alle *a.a.q.* e sulle diverse forme di responsabilità, *in solidum* o in misura limitata, connesse all'esercizio di attività commerciali navali o terrestri compiute tramite l'intermediazione di soggetti liberi o sottoposti a potestà (Gai 4.71), o

direttamente contro il *magister*. La prospettiva assunta dal giurista severiano è, dunque, profondamente differente.

¹¹ Gai 4.69-74a.

¹² Ricordiamo che, per quanto riguarda i paragrafi in questione, il palinsesto veronese presenta una lacuna, che è stata in parte colmata tramite ritrovamenti papiracei di notevole interesse: Pap. Oxy. XVII, 2103; PSI XI, 1182 sui quali vd. COLLINET, *Le nouveaux fragments des institutes de Gaius (P.Oxy. 2108)*, in *RHDI*, 92ss; LEVY, *Zum Gaius von Oxyrhincos*, cit., 275; ID., *Neue Juristenfragmente aus Oxyrynchos*, in *ZSS* 48 (1928), 528ss; LEVET, PERROT, FLINIAUX, *Textes et documents de droit romain*, Sirey, 1931, 132ss; ARANGIO-RUIZ, *PSI 1182: Frammenti di Gaio, Studi papirologici ed epigrafici*, Napoli, 58; DIOSDI, *The importance of the p. Oxy. 2103 and the PSI 1182 for the history of classical roman legal literature*, in *Proceedings of the XII Intern. Cong. of Papirology*, Toronto, 1970, 113ss. Non siamo certi, dunque, dell'originario tenore del manuale gaiano in questa sua parte. Tuttavia, dagli studi condotti sui frammenti leggibili, si può trarre, a ragion veduta, la conclusione che in tale contesto non dovesse esservi alcun riferimento alla trasposizione di soggetti (COLLINET, *Le nouveaux fragments*, cit., 92). In realtà, il Papiro Oxy 2103 lascia sospettare che Gaio, unicamente per l'*actio de peculio et de in rem verso*, riferisse i *verba* formulari. Infatti, almeno nell'interpretazione datane da COLLINET, *Le nouveaux fragments*, cit., 94ss, nella linea 60 e 61 del papiro in questione dovrebbe leggersi, infatti, (linea 60) ... 'r [praeto] r dat action[em]' (linea 61) 'de peculio et de in rem verso quae concipitur his verbis'. Purtroppo, conosciamo ben poco del seguito, solo alcune sporadiche sillabe, per cui ogni ricostruzione è estremamente congetturale. Nonostante ciò, è lecito pensare, innanzitutto, che qualsiasi cosa si dicesse, dovesse riferirsi unicamente all'*actio de peculio et de in rem verso*, e, quindi, non riguardasse in generale la struttura delle azioni adietizie, ma peculiarità dell'azione in questione. E' probabile supporre, d'altronde, come i principali studiosi dell'argomento hanno fatto, che si discutesse dell'eventuale menzione del peculio e dell'*in rem verso* all'interno della formula dell'*actio de peculio et de in rem verso*. In particolare, secondo COLLINET, *Le nouveaux fragments*, cit., 96ss è proprio dai frammenti in questione che potrebbe trarsi la conclusione che tale menzione dovesse essere fatta non solo nella *condemnatio* ma anche nell'*intentio*, diversamente da quanto ritenuto da LENEL, *EP.*, cit, 280ss e LEVY, *Zum Gaius von Oxyrhincos*, cit., 275ss; IDEM, *Neue Juristenfragmente*, cit., 532ss. Sul punto vd. *infra*, Cap. V § 1, nt. 13.

alle attività negoziali realizzate da soggetti a potestà in base ad un *iussum* (Gai 4.70), o da questi compiute nei limiti del peculio (Gai 4.72-73).

Ma ciò che stupisce ulteriormente è il fatto che lo stesso Gaio, solo alcuni paragrafi dopo aver trattato delle azioni adiettizie, si soffermi espressamente sulle formule relative ai c.d. rappresentanti processuali (Gai 4.86), realizzate proprio tramite una trasposizione di soggetti, senza far, però, un ben che minimo accenno o rinvio alle *a.a.q.*, esaminate alcune righe prima.

E' di particolare interesse, a nostro parere, interrogarsi su tale silenzio. Come mai Gaio nulla dice sulla formula delle azioni adiettizie, mentre a proposito dei cosiddetti 'rappresentanti processuali' si sofferma a descrivere la struttura formulare con dovizia di particolari descrittivi? Inoltre, se le azioni adiettizie avessero avuto la medesima struttura, perché non farne menzione o farvi qualche rinvio, come è sua abitudine fare?

Inoltre, dal punto di vista sostanziale, se si utilizza la trasposizione di soggetti per le *a.a.q.* nel senso voluto da Keller, otteniamo una situazione del tutto opposta a quella realizzata nel caso dei rappresentanti processuali o del *bonorum emptor*.

Infatti, mentre in questi casi si ricorre alla trasposizione di soggetti proprio per far sì che nell'*intentio* vengano menzionati gli effettivi titolari della situazione giuridica oggetto di controversia, nel caso delle *a.a.q.*, verrebbero indicati nell'*intentio* i preposti o i soggetti a potestà che hanno concluso il negozio giuridico, ma che non sono, e nel caso degli schiavi non potrebbero mai essere, gli effettivi titolari del rapporto giuridico.

In tal senso *filii*, schiavi e preposti verrebbero considerati, infatti, alla stregua di *domini negotii* in palese contraddizione con tutte le regole di carattere giuridico ed economico vigenti nel periodo considerato, in quanto, se è vero che sono loro a concludere gli atti negoziali, non vi è dubbio che gli effetti ad essi conseguenti si producono, almeno fino ad una certa epoca, unicamente in capo ai loro *domini*, padri o preponenti.

Oltre a queste considerazioni, su cui torneremo ancora successivamente¹³, va valutata un'altra questione. Qualora dovesse accettarsi la formula proposta da Keller, e quindi, l'idea che il *pater* o il *dominus* dovessero essere considerati alla stregua di *defensores*, rappresentanti processuali dei propri *fili*, schiavi o preposti, dovremmo, forse, giungere alla conclusione di essere in presenza di casi di «*agere alieno nomine*»?

Al di là delle considerazioni che svolgeremo nei capitoli successivi, ed in particolare nel capitolo quarto e quinto, ci preme sottolineare, già da ora, che le fonti in nostro possesso non solo non sembrano suffragare questa ipotesi, ma addirittura si pronunciano in senso del tutto contrario.

2. *Estraneità delle a.a.q. dall'ambito dell'«agere alieno nomine».* Nelle *Institutiones di Gaio* le a.a.q. non vengono ricomprese nell'ambito dell'*agere alieno nomine*, che si riferisce, invece, unicamente a *cognitores*, *procuratores*, *tutores* e *curatores*.

E, in realtà, per quanto riguarda le *Institutiones* di Gaio, sembra proprio che le *a.a.q.* non abbiano nulla a che fare con la categoria dell'*agere alieno nomine*.

Difatti, ci sembra significativo che Gaio, proprio dopo aver trattato delle azioni *adiettizie*¹⁴ e *nossali*¹⁵, e prima di trattare dell'argomento successivo, esordisca dicendo:

Gai 4.82: *Nunc admonendi sumus agere nos aut nostro nomine aut alieno, veluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim, quo tempore legis actiones in usu fuissent, alieno nomine agere non liceret, praeterquam ex certis causis.*

¹³ *Infra*, Cap. III § 1; § 4.2; § 4.3; § 4.4.

¹⁴ Gai 4.69-74a.

¹⁵ Gai 4.75-81.

Si ha, dunque, la netta impressione che il giurista, affrontando il tema relativo all'*agere alieno nomine*, e, quindi, trattando dei casi in cui dei soggetti agiscano nell'interesse altrui, sia passato ad un altro livello della trattazione¹⁶, introducendo tutta una problematica nuova rispetto a quella, immediatamente trattata, delle *a.a.q.* e delle azioni nossali.

Così, analizzando il testo si nota subito, innanzitutto, che l'espressione '*nunc admonendi sumus*' crea uno stacco netto dal discorso precedente. Basti considerare, ad esempio, che in modo simile era stato formulato il passo che introduce la trattazione delle *a.a.q.*:

Gai 4.69: *Quia tamen superius mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorum familias servorumque agitur, opus est, ut de hac actione et de ceteris, quae eorundem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus.*

Di contro, invece, non vi è alcuna cesura significativa tra la trattazione delle azioni *a.a.q.* e quelle nossali¹⁷.

In effetti, è palese - come è già stato notato¹⁸ - che in questo punto della trattazione gaiana (Gai 4.82) vi sia effettivamente uno stacco, anche sotto il profilo sostanziale. Basti pensare alla disomogeneità che

¹⁶ Per quanto riguarda l'andamento e la sistematica della trattazione gaiana vd. FUHRMANN, *Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte des Wissenschaften in der Antike*, Göttingen, 1960, 104ss; BONA, *Il coordinamento delle distinzioni 'Res corporales-res incorporales' e 'Res Mancipi-res nec Mancipi' nella sistematica gaiana*, in *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, 407ss; LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976; ID., *Le istituzioni di Gaio come modello pragmatico*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del Convegno torinese 4-5 maggio 1978 in onore del prof. Silvio Romano*, Milano, 1981, 27ss; QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omisioni e rinvii*, Napoli, 1979.

¹⁷ Gai 4.75: *Ex maleficio filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. Erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse.*

¹⁸ MANTOVANI, *Un esempio dell'efficienza della comunicazione gaiana* (Gai. 4.88-102), in *SDHI* 51 (1985) 354.

c'è tra le *a.a.q.* e le azioni nossali in relazione alle quali si discute solo di 'conveniri', e quelle successive relative ai casi di *agere alieno nomine*, in cui si fa riferimento, invece, ad entrambe le parti processuali¹⁹.

In realtà, trattando dell'*agere alieno nomine* il giurista affronta davvero, a nostro parere, una nuova questione, del tutto diversa da quella esaminata precedentemente.

D'altronde, è sufficiente considerare che Gaio, dopo aver distinto le due ipotesi dell'*agere proprio* o *alieno nomine*, per specificare e chiarire il suo pensiero si sofferma ad enumerare specificamente i casi di *agere alieno nomine*, richiamando espressamente le figure dei *cognitores*, *procuratores*, *tutores* e *curatores*. Tra di esse non annovera, invece, alcuna figura che sia riferibile, in qualche modo, all'ambito delle azioni adiettizie o nossali.

Potrebbe sospettarsi che il mancato accenno derivi dalla vicinanza dell'argomento, per cui il paragrafo 82 potrebbe fungere da cerniera tra l'argomento precedente e questo successivo. Ma, al di là delle considerazioni svolte precedentemente, va considerato che lo stesso Gaio nei paragrafi successivi (Gai 4.83-87), trattando dei casi relativi all'*agere alieno nomine*, non fa alcun riferimento alle azioni adiettizie e nossali. E così, più avanti, in relazione alle *satisfactiones* prestate da colui che interviene *alieno nomine* come attore²⁰ o come convenuto²¹, il giurista menziona ancora una volta solo le ipotesi del *cognitor*, *procurator*, *tutor* e *curator*.

¹⁹ Potrebbe sorgere il dubbio che Gaio, nel trattare dell'*agere alieno nomine* o dell'*agere proprio nomine*, intendesse riferirsi solamente alla parte attiva del processo, e quindi unicamente alla figura di colui che propone l'azione. Noi siamo del parere, invece, che il termine 'agere' in questo contesto non possa essere assunto in tale accezione ristretta, sia in relazione al caso specifico, sia in riferimento alla valenza semantica del termine. In ordine alla questione specifica, inoltre, nessuno può dubitare del fatto che i rappresentanti processuali, come si evince chiaramente da Gai 4.87, assumessero indifferentemente sia il ruolo di convenuto che quello di attore. In ordine, poi, alla valenza semantica del termine non crediamo che possa negarsi l'utilizzazione del termine 'agere' in una accezione generica, che possa riferirsi indifferentemente ad entrambe le parti processuali.

²⁰ Gai 4.97- 99.

²¹ Gai 4.101.

Alla luce di quanto detto, è nostra convinzione, che, almeno per quanto riguarda la trattazione gaiana, le azioni *a.a.q.* e le azioni nossali non rientrino nell'ambito dell'*agere alieno nomine* propriamente inteso. Riteniamo, inoltre, che nelle fonti non vi sia alcun elemento che possa indurci a credere che gli altri giuristi o i magistrati giurisdicenti considerassero le *a.a.q.* come casi di *agere alieno nomine*.

Di conseguenza, la conclusione più ovvia è che le *a.a.q.* siano casi di *agere proprio nomine*, ma questa affermazione necessita di ulteriori chiarimenti e testimonianze, che ci riserviamo di esporre nei capitoli successivi.

2.1. *Continua: esame dell'espressione "actio competit o datur servorum (filiorum) nomine". In relazione alle azioni nossali essa non individua il soggetto in nome del quale si agisce, ma unicamente la 'causa' della responsabilità del dominus o del pater. Questa responsabilità si determina, infatti, 'propter servum o filium'.*

Detto ciò, per quanto riguarda la trattazione gaiana - dalla quale, pur nella sua lacunosità, emerge un certo carattere di sistematicità, che consente un discorso unitario, di confronto tra i vari istituti²² - va riconosciuto che non vi sono altre fonti dalle quali possa inferirsi, anche indirettamente, l'appartenenza delle *a.a.q.* all'ambito dell'*agere alieno nomine*.

In tal senso, vi è un unico dato testuale, peraltro di carattere meramente terminologico, che può indurre al fraintendimento: nelle fonti si legge spesso che le *a.a.q.* sono concesse *servorum* o *filiorum nomine*, oppure anche *magistri* o *institoris nomine*²³.

²² *Supra*, nt. 16.

²³ Gai 4.69; D. 14.1.5 pr. (Paul 29 *ad ed.*); D. 14.5.8 (Paul 1 *decr.*); D. 21.1.23.4 (Ulp. 1 *ad ed. aed.*); D. 44.7.10 (Ulp. 47 *ad Sab.*); D. 46.1.16.4 (Iul. 53 *dig.*).

Ebbene, l'uso di queste espressioni può indurci ad assimilare in qualche modo il regime delle *a.a.q.* a quello dell' *agere alieno nomine*?

Noi crediamo che le espressioni considerate vadano valutate correttamente, in quanto, se è vero che vi è una certa affinità terminologica, è bene ricordare, tuttavia, che il termine '*nomen*' ha una pluralità di significati tutti possibili, anche nell'uso all'ablativo. Di conseguenza, è necessario valutare l'intero contesto in cui è menzionato, per determinare di volta in volta il significato che è destinato a rivestire.

Nel caso delle *a.a.q.*, l'uso de termine ricorre il più delle volte²⁴ in relazione al verbo *competere* o *dare*: si fa riferimento, infatti, ad un *actio* che *competit* o *datur* '*servi nomine*'. Nel caso dei rappresentanti processuali, invece, viene impiegato sempre in relazione ad atti concreti dell'agire processuale, all'assunzione o alla partecipazione effettiva al giudizio. Si discute, così, di un soggetto che '*agit alieno nomine*' (Gai 4.86) o '*cum quo actio constituitur alieno nomine*' (Gai 4.87).

Di conseguenza, nel primo caso l'uso congiunto dell'ablativo *nomine* col verbo *competere* o *dari* sembra far riferimento alla LEGITTIMAZIONE all'esercizio o all'assunzione di un giudizio. Nel secondo, invece, sembra rinviare concretamente all'azione processuale, all'assunzione effettiva del giudizio.

E, più specificamente, nella prima ipotesi '*nomen*' sembra indicare la «causa», il fondamento dell'azione²⁵: essa, infatti, spetta o viene data «a causa» del servo, del figlio, dell'*institor*. L'intento è quello di esplicitare che un soggetto è legittimato all'esercizio di un'azione, o è convenibile a causa di una particolare relazione o situazione che lo

²⁴ Vi sono passi giurisprudenziali in cui l'espressione ricorre anche in relazione alla concreta assunzione del giudizio, ma in questi casi non vi sono problemi per la comprensione del significato assunto, in quanto è univocamente determinabile; vd. D. 3.2.14; *infra*, nt.34.

²⁵ Per il significato di '*nomen*' nel senso di '*titulus*', '*causa*' vd. FORCELLINI, 383, II 7; HEUMANN- SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1926, 369 sub d.

lega ad un fatto o atto, previsto dal *ius civile* o regolato dall'editto pretorio.

In relazione al secondo uso, invece, '*nomen*' sembra far riferimento alla persona nell'interesse della quale si agisce o si accetta il giudizio. Si specifica, dunque, non la causa dell'azione ma il soggetto, la sfera di interessi a cui devono riferirsi gli effetti del processo.

D'altronde, va ricordato che la locuzione '*actio competit* (o *datur servi o filiorum nomine*' ricorre spesso nelle fonti anche a proposito delle azioni nossali e delle *actiones familiae nomine*. Di conseguenza, una analisi congiunta delle testimonianze ad esse relative, con le avvertenze già manifestate nel primo capitolo²⁶, può indurre, a nostro avviso, ad interessanti spunti di riflessione.

E, invero, in ordine alle azioni nossali sono numerosi i frammenti in cui ricorrono le espressioni esaminate²⁷. Tuttavia, nessuno degli studiosi che si sono occupati delle azioni nossali, neanche coloro che hanno ipotizzato per esse un'*intentio* che facesse riferimento all'*obligatio* del servo o del *filius*, hanno mai sostenuto che si trattasse di casi di «*agere alieno nomine*».

Basti riflettere sul fatto che lo stesso Biondi²⁸ - convinto assertore di una formulazione delle azioni nossali che prevedesse la menzione l'*obligatio* del *servus* o del *filius* nell'*intentio* - negava, pur tuttavia, che in tali casi l'avente potestà agisse *alieno nomine*.

L'acuto giurista catanese, infatti, non poteva non riconoscere che in base alle fonti era questa l'unica conclusione sostenibile, anche se - come osservava giustamente Pugliese²⁹ - «non si vede come tale negazione potesse accordarsi con l'assunto che l'*intentio* enunciasse un

²⁶ Cap. I, § 2 sub I.

²⁷ D. 2.10.1.5 (Ulp. 7 *ad ed.*); D. 4.2.6.1 (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 4.3.9.4 (Ulp. 9 *ad ed.*); D. 6.1.58 (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*); D. 9.4.11 (Ulp. 7 *ad ed.*); D. 9.4.17.1 (Paul. 22 *ad ed.*); D. 9.4.28 (Afr. 6 *quaest.*); D. 11.1.20 pr (Paul. 2 *quaest.*); D. 47.10.36 (Iul. 45 *dig.*); D. 44.7.56 (Pomp. 20 *ad Muc.*).

²⁸ BIONDI, *Le actiones noxales*, cit., 238.

²⁹ *Obbligazione del capo di famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in St. Albertario I, Milano, 1953, 248.

oportere dello schiavo, né come potesse altrimenti giustificarsi la condanna del *dominus*»³⁰.

D'altro canto, anche il De Visscher prendeva atto di questa circostanza, e faceva dipendere da essa uno dei punti fondamentali della sua ipotesi sulle azioni nossali.

L'esimio studioso belga³¹, infatti, credeva anch'egli come Biondi che, per quanto riguardava le azioni nossali, la fonte delle obbligazioni fosse costituita pur sempre dalla partecipazione alla *litis contestatio*. Aggiungeva, però, De Visscher³² che «*le défendeur à l'action noxale accepte celle-ci «suo nomine» et non «alieno nomine» ou «pro alio»*. *Du point de vue de la procédure, cela implique que le nom du défendeur lui même figure à l'intentio de la formule in ius*».

Le testimonianze delle fonti ed il regime delle azioni nossali, dunque, non lasciavano dubbi neanche a De Visscher, il quale non esitava affatto nel sostenere che l'avente potestà agiva *proprio nomine* e non *alieno nomine*. Giungeva, così, alla conclusione, correggendo in tal senso l'opinione di Biondi, che *pater* o *dominus* dovessero essere

³⁰ BIONDI, *Le actiones noxales*, cit., 123, aveva sostenuto, infatti, che il *dominus* o il *pater* con l'*accipere iudicium* avrebbero assunto su di loro la stessa *obligatio ex delicto* menzionata nell'*intentio*. Quindi, non si sarebbe avuto un *agere alieno nomine*, visto che con l'*accipere iudicium* l'*obligatio servi* diveniva *obligatio domini*. PUGLIESE, *Obbligazione del capo famiglia*, cit., 248 gli replicava, però, che la *litis contestatio* di per sé non poteva dare origine *ex novo* ad un'*obligatio* in capo a chi non era precedentemente obbligato (*infra*, § 3.3). Di conseguenza, le alternative erano due: o nell'*intentio* delle azioni nossali si menzionava l'*oportere* del *dominus*, o si menzionava lo schiavo, e in quest'ultimo caso, però, il *dominus* si sarebbe trovato né più né meno nella posizione di un *defensor alieno nomine*, il quale avrebbe assunto su di sé, solo da un punto di vista processuale, l'*obligatio* del *dominus litis*. D'altronde, secondo Pugliese, era estremamente improbabile pensare che le azioni nossali potessero configurare casi di *agere alieno nomine*, visto che risalivano ad un tempo in cui non era ammesso agire nell'interesse altrui, e per il fatto che esse trovavano fondamento nel *ius civile*, precisamente nelle XII Tavole, mentre la trasposizione di soggetti era un'innovazione pretoria.

³¹ DE VISSCHER, *Le regime romain de la noxalité*, cit., 388ss.

³² DE VISSCHER, *Le regime romain de la noxalité*, cit., 391; per ulteriori dettagli sull'argomento vd. *infra*, § 3.

citati nell'*intentio*, sebbene, a suo parere, assumessero l'*obligatio* al momento della *litis contestatio*³³.

Sulla conclusione raggiunta da De Visscher torneremo ancora nel paragrafo successivo. In questa sede ci premeva rilevare soltanto come, in relazione alle azioni nossali, il significato delle espressioni '*actio competit servi nomine*', '*actio datur filii nomine*' sia stato univocamente inteso dalla dottrina romanistica.

D'altronde, le fonti sono particolarmente esplicite in tal senso. Basti ricordare tra le altre, una testimonianza di Paolo di commento all'editto pretorio, che ci sembra particolarmente significativa in relazione all'argomento trattato:

D. 3.2.14 (Paul 5 *ad ed.*): *Servus, cuius nomine noxale iudicium dominus acceperit, deinde eundem liberum et heredem instituerit, ex eodem iudicio damnatus non est famosus, quia non suo nomine condemnatur: quippe cum initio lis in eum contestata non sit.*

Paolo tratta in questo frammento di una *translatio iudicii* ereditaria³⁴, cioè dell'ipotesi in cui sia già stata intentata un'azione nossale contro il *dominus*, e questi abbia accettato il giudizio *nomine servi* partecipando alla *litis contestatio*. Morto il *dominus* dopo il compimento di questo atto, il giudizio può essere trasferito in capo al servo, divenuto ormai libero e erede del *dominus*. In questo caso, però, qualora dovesse essere condannato non sarà colpito da infamia, visto che '*non suo nomine condemnatur*'. E ciò in conseguenza del fatto che la *litis contestatio* non è stata conclusa originariamente col servo.

La parte finale del brano '*quippe cum initio lis in eum contestata non sit*', in realtà, ha un certo sapore insiticio³⁵, che sembra evidenziarsi fortemente sia nella struttura grammaticale che nella natura esplicativa della digressione.

³³ Su tale aspetto vd. *infra*, § 3; 3.1; 3.2; 3.3.

³⁴ BONIFACIO, *Studi sul processo formulare romano. I. Translatio iudicii*, Napoli, 1956, 45ss; sul significato e le modalità della *Translatio iudicii* vd. *infra*, Cap. IV § 4, nt. 66.

³⁵ BESELER, *Beiträge*, cit., 209.

In realtà, si potrebbe anche credere nella genuinità dell'inciso, in considerazione del fatto che non è tale da mutare il significato complessivo del brano, e che, per altro verso, contribuisce ad evidenziare la *translatio iudicii*, che altrimenti non si evincerebbe chiaramente dalla prima parte del frammento.

Il punto, però, è un altro. Il fatto che il servo, ormai libero ed erede, non sia stato condannato *suo nomine* non dipende tanto dalla mancata partecipazione alla *litis contestatio*, ma dal fatto che nell'*intentio* della formula, sulla quale si è conclusa la *litis contestatio*, non è stata menzionata una sua «*obligatio*».

E, in realtà, in tal senso la testimonianza risulta particolarmente preziosa, in quanto sembra negare che nell'*intentio* delle azioni nossali dovesse esser menzionato l'*obligatio* del *servus* o del *filius*.

Tanto è vero che Biondi³⁶, nell'interpretarlo, avverte la necessità di distinguere tra l'*actio noxalis* e l'azione *ex delicto* affermando che: «..l'azione che si esercita contro lo schiavo divenuto erede del *dominus*, non è l'azione *ex delicto* che si può esercitare *adversus ipsum*, ma la stessa azione nossale che si esperisce contro lo schiavo istituito erede come successore del *dominus*. «Orbene» - continua Biondi - «Paolo ci dice esplicitamente che la *litis contestatio* nell'*actio noxalis* non riguarda punto l'*obligatio ex delicto*; e da ciò deduce la conseguenza che lo schiavo condannato non è colpito da infamia appunto perché la condanna non riguarda la responsabilità *ex delicto*».

Ebbene, si può accettare l'affermazione di Biondi per cui l'*actio noxalis* non è l'azione *ex delicto* che si può esercitare contro lo schiavo divenuto libero, e anche l'idea che la *litis contestatio* nell'*actio noxalis* non riguarda l'*obligatio ex delicto* dello schiavo, ma si deve negare allora che nell'*intentio* di tali azioni si citi l'*obligatio ex delicto*, o l'*oportere* del servo, altrimenti le affermazioni precedenti cadrebbero nel nulla.

Infatti, se nell'*intentio* delle azioni nossali fosse menzionata l'*obligatio ex delicto* del servo, allora, su di essa necessariamente dovrebbe concludersi la *litis contestatio*.

³⁶ BIONDI, *Le actiones noxales*, cit., 239.

E' l'*obligatio* del *dominus*, invece, che doveva esser menzionata nell'*intentio* delle azioni nossali. E su questo punto, ormai, gran parte degli studiosi del diritto romano sembra concordare.

Ma, d'altronde, il responso del giurista non lascia adito a dubbi, in quanto tende a precisare che, se anche il *dominus* accetta il giudizio *nomine servi* agisce, in ogni caso, *suo nomine*. Tanto è vero che, anche qualora dovesse realizzarsi un trasferimento del giudizio *post litem contestatam* in capo al servo, autore dell'illecito e ormai libero, questi non verrebbe condannato '*suo nomine*', ma '*nomine domini*'.

Sembra quasi che Paolo voglia giocare con le parole. Ma, in realtà, non è così, perché l'uso linguistico segue perfettamente la prassi espressiva consolidata. Anzi è proprio per questo motivo abbiamo scelto questo brano (D. 3.2.14).

Non vi è dubbio, infatti, che nel contesto esaminato l'*accipere iudicium servi nomine*³⁷ faccia riferimento alla «*causa*» dell'azione, mentre il giurista, nel precisare che il servo non è condannato *suo nomine*, voglia alludere all'«interesse» sanzionato, alla persona nei confronti della quale si esplicano gli effetti della condanna.

Nel primo caso, '*nomen*' va inteso nel senso di '*titulus*', nel secondo, di '*persona*', di sfera di interessi, in nome della quale concretamente si agisce.

La responsabilità del *dominus* che si fa valere con le azioni nossali è, dunque, una responsabilità propria, personale. La condanna *suo nomine* per il servo potrebbe aversi solo in un caso, e cioè in quello in cui l'azione venga esercitata direttamente contro lo schiavo una volta libero, per far valere la sua *obligatio ex delicto*.

Avvalendoci di tali considerazioni, possiamo concludere dicendo che, nel caso delle azioni nossali, il fatto stesso che il *pater* o il *dominus* agiscano *nomine filii* o *servi* non significa di per sé che agiscano come *defensores* dei *filii* e dei servi.

³⁷ Nel brano, diversamente da quanto accade nella generalità dei casi (*supra*, nt. 25), non si fa riferimento all'astratta legittimazione all'azione, ma all'atto concreto di assunzione del giudizio. Tutto ciò non muta i termini della questione in quanto non crea alcun problema per la determinazione del significato dell'espressione considerata.

Le espressioni esaminate possono solo far riferimento, come ha dimostrato sapientemente Pugliese³⁸, ad una responsabilità che consegue ‘*propter servum o filium*’.

Ritiene, infatti, lo stesso Pugliese³⁹ che «...alla base dell’azione nossale stava un *oportere* e questo non faceva capo allo schiavo, ma al convenuto, o accettata la formula impersonale *dari*, eventualmente anche ad altri per conto del quale il convenuto avesse assunto la difesa: lo schiavo era soltanto la causa dell’*oportere* (*propter eum dare oportere*)».

2.2 *Continua: anche in ordine alle “actiones quae familiae nomine competunt” siamo in presenza di una responsabilità propria del dominus, ma che trova il suo fondamento, la sua causa nell’atto illecito commesso dalla ‘familia’.*

Utili spunti per determinare il significato delle espressioni studiate, possono evincersi non solo dal regime delle azioni nossali, ma anche da quello delle *actiones familiae nomine*⁴⁰, cioè di quelle azioni

³⁸ *Obbligazione del capo di famiglia*, cit., 249. Uno dei brani più significativi in proposito è D. 9.4.42.1 (Ulp. 37 *ad ed.*): *Si quis pro servo mortuo ignorans eum decessisse noxale iudicium acceperit, absolvi debet, quia desiit verum esse propter eum dare oportere*. Vedremo meglio in seguito come si attegga la responsabilità nossale *propter rem* del *pater* o del *dominus*, e qual’è la differenza con la responsabilità adiettizia degli stessi soggetti (*infra*, § 3.1).

³⁹ PUGLIESE, *Obbligazione del capo di famiglia*, cit., 249.

⁴⁰ LENEL, *EP*, 335; BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, PADOVA, 1969, 328; ID., *CIC. Pro Tullio e l’editto di Lucullo*, in St. Grosso I, Torino 1968, 293ss; SOLIDORO, *La “familia” nell’editto di Lucullo*, Estratto dagli “*Atti dell’Accademia di Scienze Morali e Politiche*”, vol. XCII (1981), Napoli, 1982; SOLIDORO MARUOTTI, *La repressione della violenza nel diritto romano*, Napoli, 1993, 26ss; VACCA, *L’editto di Lucullo, in Illecito e pena privata in età repubblicana*, *Atti del Conv. Int. di Copanello* 4-7 giugno 1990, 224ss; SERRAO, *Appunti sulle actiones familiae nomine*, in *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Madrid, 7-10 ottobre 1993, Torino, 1995,

concesse dal pretore nel caso di illeciti privati commessi da più schiavi appartenenti allo stesso *dominus*.

Le azioni in questione, infatti, costituivano, così come le azioni nossali, nient'altro che degli adattamenti processuali delle azioni penali relative alle figure tipiche di *delicta*. In questi casi, infatti, l'azione veniva concessa alla parte lesa direttamente contro il *dominus* della *familia* di cui facevano parte gli schiavi autori dell'illecito.

Ebbene, anche in relazione alle *actiones familiae nomine* ricorrono frequentemente le espressioni esaminate precedentemente. Si legge, infatti, che l'azione *dari* o *competit familiae nomine*⁴¹.

In tale contesto per '*familia*' si intendeva, come ha ben evidenziato Serrao⁴², «il complesso degli schiavi appartenenti ad un unico proprietario (individuale o collettivo) o, non di rado, anche solo quella parte degli schiavi appartenenti ad un unico proprietario e adibiti ad una determinata funzione, e, talvolta, dislocati tutti in un determinato luogo».

Ebbene, è ovvio che in questo ambito non avrebbe alcun significato intendere le espressioni in questione nel senso di un *agere alieno nomine*, visto che è estremamente improbabile credere che in questo caso il *dominus* agisca come *defensor* della *familia*, né tanto meno che si menzioni l'*obligatio* della *familia* nell'*intentio* delle relative azioni.

Infatti, la *ratio* dell'intervento pretorio é, innanzitutto, quella di sancire una sorta di responsabilità del *dominus* per il compimento dell'atto illecito, indipendentemente dall'accertamento dell'identità della persona o delle persone che lo avessero materialmente compiuto⁴³; la responsabilità del *dominus*, infatti, consegue al fatto

58ss; VENTURINI, *Un Caso di «appellatio»*. Note in margine ad Asc. 65 s. Stangl=84 Clark, in *Index*, 26 (1998) 47ss.

⁴¹ Tra i passi più significativi ricordiamo: D. 47.6.3 pr.; D. 47.8.2.14; D. 39.4.1 pr.; D. 39.4.1.5.

⁴² SERRAO, *Appunti sulle actiones familiae nomine*, cit., 58. Per una accezione più lata, in questi casi, del termine *familia*, tale da ricomprendere anche i liberi che prestavano il loro lavoro alle dipendenze del *dominus* vd. *infra*, nt. 50.

⁴³ D. 47.8.2.14 (Ulp. 56 ad ed.): *Haec actio etiam familiae nomine competit, non imposita necessitate ostendendi, qui sunt ex familia homines qui rapuerunt vel*

stesso che questi soggetti facciano parte della *familia*. Per altro verso, si accorda al *dominus* la possibilità di pagare una pena risarcitoria, evitando il cumulo, o identificato il colpevole, qualora fosse uno schiavo, o più di uno, di darli a nozza⁴⁴.

A dire il vero, nelle fonti si riscontrano diverse fattispecie di *actiones* concesse *familiae nomine*. Oltre al caso generale delle azioni che riguardano il *furtum* commesso dalla *familia* servile⁴⁵, sono testimoniate, infatti, altre ipotesi tra le quali vanno ricordate, ad esempio, quelle sanzionate dall'editto di Lucullo⁴⁶ del 76 a.C.

etiam damnum dederunt. Familiae autem appellatio servos continet, hoc est eos, qui in ministerio sunt, etiamsi liberi esse proponantur vel alieni bona fide nobis servientes.

⁴⁴D. 47.6.1 pr. (Ulp. 38 ad ed.): *Utilissimum id edictum praetor proposuit, quo dominis prospiceret adversus maleficia servorum, videlicet ne, cum plures furtum admittunt, evertant domini patrimonium, si omnes dedere aut pro singulis aestimationem litis offerre cogatur. Datur igitur arbitrium hoc edicto, ut, si quidem velit dicere noxios servos, possit omnes dedere, qui participaverunt furtum: enimvero si maluerit aestimationem offerre, tantum offerat, quantum si unus liber furtum fecisset, et retineat familiam suam. La facultas di cui sopra non è accordata nell'ipotesi in cui il *dominus* sia *sciens*: D. 47.6.1.1 (Ulp. 38 ad ed.): *Haec autem facultas domino tribuitur totiens, quotiens ignorante eo furtum factum est: ceterum si sciente, facultas ei non erit data: nam et suo nomine et singulorum nomine conveniri potest noxali iudicio, nec una aestimatione, quam homo liber sufferret, defungi poterit. Is autem accipitur scire, qui scit et potuit prohibere: scientiam enim spectare debemus, quae habet et voluntatem: ceterum si scit, prohibuit tamen, dicendum est usurum edicti beneficio.* Nel caso che il *dominus* sia *sciens*, infatti si tende a far valere una responsabilità diretta ed esclusiva del *dominus*, o una responsabilità nossale in senso proprio *singulorum nomine*, e cioè per ogni schiavo coautore dell'illecito; vd. SERRAO, *Actiones familiae nomine*, cit., 66.*

⁴⁵A tal proposito vi è nel Digesto un apposito titolo (47.6), ed un preciso riferimento in D. 9.4.31 (Paul. 7 ad Plaut.): *Quod ait praetor, cum familia furtum faciat, ad eum modum se actionem daturum, ut tantum actor consequatur, quantum si liber fecisset consequeretur...*

⁴⁶In ordine a queste ipotesi possediamo delle specifiche testimonianze ciceroniane: Cic. *Pro Tull.*, 3.7: *Iudicium vestrum est, recuperatores, quantae pecuniae paret dolo malo familiae P. Fabi vi hominibus armatis coactisve damnum datum esse M Tullio. Eius rei taxationem nos fecimus; aestimatio vestra est; iudicium datum est in quadruplum...;* 8- *Cum multae familiae dicerentur in agris longinquis et pascuis armatae esse caedesque facere, cumque ea consuetudo non solum ad res privatorum sed ad summam rem publicam pertinere videretur, M. Lucullus, qui*

riguardante l'*actio damni vi hominibus armatis coactisve dati et vi bonorum raptorum*, o ancora quelle previste nell'editto '*quod familia publicanorum furtum fecisse dicitur*'⁴⁷.

Allora, a noi sembra evidente che, al di là delle eventuali differenze specifiche - attinenti all'ambito di applicazione⁴⁸ e alla rilevanza dei requisiti soggettivi del *dominus*⁴⁹ - il criterio di

summa aequitate et sapientia ius dixit, primus hoc iudicium composuit et id spectavit, ut homines ita familias suas continerent, ut non modo armati damnum nemini darent, verum etiam lacessiti iure se potius quam armis defenderent.... Sull'interpretazione dei brani riportati e, soprattutto, sul rapporto esistente tra essi e la testimonianza del Digesto relativa allo stesso editto (D. 47.8.2) vd. BALZARINI, *Ricerche*, cit., 333ss; 365; ID., *Cic. Pro Tullio*, cit., 41ss; VACCA, *L'editto di Lucullo*, cit., 224; SOLIDORO, *La "familia" nell'editto*, cit, 8; SOLIDORO MARUOTTI, *La repressione della violenza*, cit., 30ss; VENTURINI, «*Un caso di appellatio.*», cit., 47.

⁴⁷ D. 39.4.1 pr. (Ulp. 55 ad. ed.): *Praetor ait: 'Quod publicanus eius publicani nomine vi ademerit quodve familia publicanorum, si id restitutum non erit, in duplum aut, si post annum agetur, in simplum iudicium dabo. Item si damnum iniuria furtumque factum esse dicitur, iudicium dabo, si hi ad quos ea res pertinebit non exhibebuntur, in dominos sine noxae deditioe iudicium dabo'*. La dottrina ha avanzato fondate sospetti sulla riferibilità della clausola edittale in questione oltre che alla rapina anche al *furtum* e al *damnum iniuria datum*; vd. LENEL, *EP.*, 335; 387; ARANGIO RUIZ, *Sugli editti «de publicanis» e «quod familia publicanorum furtum fecisse dicitur»*, in St. Perozzi, Palermo 1926, ora in Scritti Arangio Ruiz, Napoli 1974, II, 131ss; BALZARINI, *Cic. pro Tullio*, cit., 336ss; METRO, *L'esperibilità nei confronti dei publicani dell'actio vi bonorum raptorum*, in *Iura*, 18 (1967) 108ss. In senso favorevole all'autenticità del riferimento al *damnum iniuria datum* si è pronunciato SERRAO, *Appunti sulle actiones familiae nomine*, 69, nt. 17.

⁴⁸ L'editto di Lucullo e gli editti relativi alla '*familia publicanorum*' nascono dall'esigenza di reprimere i frequenti abusi, che nel diffuso clima di violenza del tempo, venivano perpetrati da bande di schiavi armate; vd. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento*, cit., 58. La *ratio* dell'editto '*quod familia furtum fecisse*' (D. 47.8.2.14), invece, va ritrovata nell'intento di alleggerire la situazione del *dominus* rispetto agli illeciti commessi dalla propria *familia*, consentendo alcune attenuazioni del regime penale delle azioni esercitabili nei suoi confronti; *supra*, nt. 44-45.

⁴⁹ Si ritiene, infatti, che questi requisiti in alcuni casi non avrebbero avuto alcun peso, mentre in altri, invece, avrebbero comportato delle conseguenze particolari, quali, in primo luogo, l'impedimento di dare a noxa il servo autore dell'illecito. VACCA, *L'editto di Lucullo*, cit., 242, è del parere, infatti, che l'editto di Lucullo introducesse un'azione *suo nomine* del *dominus* per l'azione delittuosa della famiglia indipendentemente da una sua *scientia* o dolo, e che non prevedesse per il *dominus* la

imputazione della responsabilità sia unico e improntato alla stessa esigenza: il *dominus* è chiamato a rispondere dell'illecito indipendentemente dall'accertamento dell'effettivo autore dell'atto illecito. Quindi, non sembra possibile che in questi casi si configurino ipotesi di *agere alieno nomine*, visto che l'individualità del soggetto, che ha effettivamente posto in essere l'atto illecito, può anche non avere alcuna rilevanza dal punto di vista processuale.

La *familia* si menziona solamente per identificare e descrivere il fondamento della responsabilità del *dominus* che risulta, comunque, personale, '*suo nomine*'⁵⁰. In questi casi, infatti, ed a maggior ragione

noxae deditio della famiglia o di singoli servi. Tutto ciò in perfetta consonanza col regime più antico delle azioni nossali, in base al quale l'illecito compiuto dal soggetto *alini iuris* avrebbe dato sempre luogo all'azione nossale, indipendentemente dalla *scientia* o *iussum* del *dominus* o *pater*; cfr. ALBANESE, *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, in *BIDR* 70 (1967) 119ss; VACCA, *Delitti privati*, cit., 703. In tal senso, anche BALZARINI, *Cic. Pro Tullio*, cit., 333ss-365; IDEM, *Ricerche*, cit., 41ss, SOLIDORO MARUOTTI, *Violenza*, cit., 35, 42 s, 49; VENTURINI, «*Un caso di appellatio*», cit., 48, nt. 63. Così, in relazione all'*editto de publicanis* (D. 39.4.1 pr) anche METRO, *L'esperibilità nei confronti dei publicani*, 117ss.

Nel caso, invece, dell'ipotesi generale delle *actiones familiae nomine* che riguardano il *furtum* commesso dalle *familiae* servili (D. 47.6; D. 9.4.31) - visto che la *ratio* dell'intervento pretorio non è tanto quella di sanzionare con particolare asperità la responsabilità del *dominus*, ma anzi quella di limitarla (D. 47.6.1pr: *Utilissimum id editum praetor proposuit, quo dominis prospiceret adversus maleficia servorum, videlicet ne, cum plures furtum admittunt, evertant domini patrimonium, si omnes dedere aut pro singulis aestimationem litis offerre cogatur...*; *supra*, nt. 44) - l'esistenza di un requisito soggettivo che consenta la riconducibilità diretta dell'atto illecito al *dominus* è destinata ad avere una sua rilevanza. In D. 47.6.1.1 (*supra*, nt. 44), si legge, infatti, che nell'ipotesi in cui il *dominus* sia *sciens*, allora in questo caso non è accordata la *facultas* di pagare un'unica *litis aestimatio* come se '*unum furtum fecisse*', ma '*suo nomine et singulorum nomine nomine conveniri potest noxali iudicio*'. In questo caso, infatti, il delitto è stato materialmente commesso dal servo o dalla *familia*, ma è direttamente riportabile alla volontà del *dominus*, e, quindi, è come se l'avesse commesso egli stesso.

⁵⁰ Su questa conclusione concordano tutti gli studiosi che si sono occupati dell'argomento e che abbiamo citato nella nota precedente. Solo STAEMAN (Staeman-Trofimova, *La schiavitù nell'Italia imperiale*, Roma 1975 [trad. it. Dell'ed. russa, Moscovia 1971], 213ss, pensava che l'azione prevista nell'*editto* di Lucullo sarebbe stata esperibile contro gli stessi domestici e li avrebbe resi responsabili *ex*

per quelli in relazione ai quali non rilevano i requisiti soggettivi del *dominus*⁵¹, siamo in presenza di una responsabilità propria del *dominus*, ma che trova il suo fondamento, la sua causa nell'atto illecito commesso dalla famiglia (*familiae nomine*)⁵².

delicto. Tale ipotesi nasceva, come ritiene SOLIDORO (*La "familia" nell'editto di Lucullo*, cit., 25) «da una interpretazione strettamente letterale dell'espressione ciceroniana '*in universam familiam iudicium dare*', che invece va correttamente intesa come la traduzione ellittica della formula convenzionale '*in dominum propter universam familiam iudicium dare*'».

In tal senso, risultano particolarmente interessanti le considerazioni svolte da SERRAO, *Appunti sulle actiones familiae nomine*, cit., 71, in relazione all'editto riguardante i pubblicani. L'A., infatti, sostiene che la responsabilità del pubblicano non trovava la sua esclusiva giustificazione nel rapporto potestativo, altrimenti non avrebbe potuto riferirsi anche ai *servi alieni* o, addirittura, ai *liberi* che facevano parte della *familia*: D. 39.4.1.5 (Ulp. 55 *ad ed.*): *Familiae nomen hic non tantum ad servos publicanorum referemus, verum et qui in numero familiarum sunt publicani. Sive igitur liberi sint sive servi alieni, qui publicanis in eo vectigal ministrant, hoc edicto continenbuntur...*

Di conseguenza, Serrao è del parere che la responsabilità del pubblicano dovesse allora ravvisarsi nel fatto che egli usava del *ministerium*, del lavoro di tutti i componenti della *familia* '*qui publicanis in eo vectigali ministrant*'. Si affacciava, dunque, nel mondo romano tutta una nuova prospettiva: si cominciava a delineare, infatti, l'idea di una 'responsabilità dell'imprenditore per fatto illecito dei dipendenti'.

⁵¹ *Supra*, nt. 49.

⁵² La rilevanza dell'atto illecito commesso dalla *familia* all'interno della formula è ricordata, relativamente all'azione prevista dall'editto di Lucullo, da Cicerone: *Pro Tull.* 3.7: '*..quantae pecuniae paret dolo malo familiae P. Fabi vi hominibus armatis coactisve damnum datum esse M Tullio*' (*supra*, nt. 129). Nell'*intentio* della formula, dunque, andava menzionato espressamente l'atto illecito commesso dalla *familia*. E, infatti, nelle fattispecie più antiche la commissione del delitto da parte della *familia* non era una eventualità ma a parere di BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento*, cit. 332: «..la tipica ed esclusiva fattispecie considerata: ivi, infatti, il termine *familia*, nella forma genitiva, era situato immediatamente dopo l'espressione *dolo malo*, il che comportava, come diretta conseguenza, che il complesso dei servi risultava indicato come autore necessario dell'illecito. Data, inoltre, la particolare caratterizzazione socio-politica dell'illecito in relazione al periodo della sua prima configurazione edittale, la relativa azione doveva essere originariamente concessa *suo nomine* nei confronti del *dominus* con esclusione della possibilità di liberazione del medesimo attraverso *noxae deditio* dei responsabili».

D'altronde, le fonti testimoniano anche l'esistenza dell'*actio de pauperiae* che '*prodita est animalium nomine*'⁵³, in relazione alla quale nessuno può pensare concretamente che il *dominus* agisse come se fosse un '*defensor*', *cognitor* o *procurator*, degli animali in questione, o che nella formula potesse farsi riferimento ad un eventuale *oportere* a loro carico.

Nell'*intentio* della formula, infatti, doveva essere indicato l'*oportere* del *dominus*, mentre il fatto illecito commesso dall'animale doveva essere menzionato unicamente allo scopo di determinare la *causa*, il fondamento della responsabilità del *dominus*.

Lo stesso Lenel⁵⁴ non ha dubbi in proposito: '*Si paret quadrupedem pauperiem fecisse qua de re agitur, quam ob rem N. Negidium A. Agerio aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportet, quanti ea res est, tantam pecuniam aut in noxam dedere iudex N. Negidium A Agerio condemnato, si non paret absolvito*'.

Solo successivamente, venute meno le esigenze repressive dell'età della crisi della repubblica (*supra*, nt. 131), la menzione dell'illecito commesso dalla *familia* non sarà stato più richiesto come presupposto necessario per l'integrazione della fattispecie sanzionata, ma come una sorta di clausola nossale eventualmente inseribile nella formula (D. 47.8.2.17); vd. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento*, cit. 363.

In ogni caso dal passo ciceroniano si evince chiaramente che la *familia* è menzionata non come soggetto della responsabilità fatta valere con l'azione, ma solo come autrice materiale del fatto illecito perseguito.

⁵³ I. 4.9 pr.; D. 9.1.2.1

⁵⁴ LENEL, *EP.*, 195. Nello stesso senso anche MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999, 62ss.

2.3. *Continua: anche in relazione alle a.a.q., l'espressione 'actio competit (datur) servi (o filii) nomine' allude alla causa dell'azione esercitata, e non al soggetto nel cui interesse viene assunto il giudizio.*

Ebbene, tornando al nostro tema specifico, va detto che anche in relazione alle *a.a.q.* le espressioni esaminate sono state oggetto, soprattutto in passato, di animate dispute⁵⁵. C'è da dire, però, che l'interpretazione corrente, tutto sommato, è concorde. Tanto è vero che, anche chi ritiene che le *a.a.q.* sanzionino direttamente⁵⁶ o indirettamente⁵⁷ l'*obligatio* del *servus* o del *filius*, non può fare a meno di riconoscere che l'espressione *actio competit (datur) servi (o filii) nomine* alluda alla causa dell'azione esercitata, e non al soggetto nel cui interesse viene assunto il giudizio.

Lo stesso Buti⁵⁸, infatti, pur ritenendo che l'*actio de peculio* sanzioni, sebbene indirettamente, l'*obligatio* del servo, non ha esitazioni in proposito. Commentando D. 44.7.56⁵⁹, ritiene significativa, infatti, la precisazione del giurista volta a sottolineare che l'azione compete al *dominus* '*servi nomine*': «egli vuole evidentemente porre in risalto che il *dominus* non agisce per ottenere la «sanzione» di una obbligazione da lui acquisita personalmente, ma affinché venga sanzionata un'obbligazione che è stata *occasionata* dal

⁵⁵ Sul significato dell'espressione '*servi nomine actio competit o datur*' si è aperto in passato un lungo e complesso dibattito dottrinale che ha preso le mosse principalmente dal lavoro di GRADENWITZ, *Natur und Sklave bei der Naturalis obligatio*, in Festg. Schirmer, Königsberg, 1900, 140ss. Per ulteriori dettagli vd. *infra*, Cap. III § 3, nt. 105-106.

⁵⁶ G. E. LONGO, *Ricerche sull'obligatio naturalis*, Milano, 1962, 154ss; ID., *Concetto e limiti dell'obbligazione naturale dello schiavo nel diritto romano classico*, in *SDHI* 16 (1950), 111.

⁵⁷ BUTI, *Studi sulla capacità*, cit., 147.

⁵⁸ BUTI, *Op. ult. cit.*, 167.

⁵⁹ (Pomp. 20 ad *Q. Muc.*): *Quaecumque actiones servi mei nomine mihi coeperunt competere vel ex duodecim tabulis vel ex lege Aquilia vel iniuriarum vel furti, eadem durant, etiamsi servus postea vel manumissus vel alienatus vel mortuus fuerit. Sed et conditio ex furtiva causa competit, nisi, si nactus possessionem servi aut alienaverit aut manumisero eum.*

servo (e tanto nel caso che questi sia stato oggetto passivo di un *delictum*, quanto che sia stato onorato di un legato o istituito erede, quanto infine che abbia compiuto un negozio)».

Buti, riconosce, poi, che, anche nel caso opposto delle obbligazioni assunte dal servo o derivanti dai *delicta* da lui compiuti, il *dominus* è convenuto *servi nomine*, e tale circostanza non sarebbe particolarmente rilevante visto che «l'espressione '*servi nomine actio competil'* può anche comprendere casi in cui il servo ha agito per il *dominus* o, addirittura, quelli in cui il servo ha egli stesso subito un danno o una *iniuria* (e quindi non c'è nemmeno un'agire del servo)»⁶⁰. Riconosce, tuttavia, che «è significativo che nella formula si faccia menzione del soggetto che ha dato *origine e fondamento* all'azione»⁶¹.

In conclusione, ci sembra, dunque, che in riferimento ai campi di applicazione esaminati (*actiones noxales*, *actiones familiae nomine*, *a.a.q.*), il significato di *nomen* non possa essere altro che quello di «*titulus*», causa. L'intento di giuristi era, infatti, quello di precisare che le azioni in questione venivano concesse o spettavano contro il *dominus* o il *pater* «a causa» del servo o del *filius*, e non «in nome» di questi soggetti.

Inoltre, va considerato che nelle fonti tardo-classiche vi sono brani relativi alle *a.a.q.* in cui, in alternativa ad un '*agere servi nomine*', si discute di un '*obligari servi nomine*'⁶².

Noi siamo convinti, così come Segrè⁶³, che questa espressione non sia frutto di un'alterazione dei testi, ma solo che rappresenti la conseguenza di tutta una nuova visione giuridica che privilegia la prospettiva del diritto, del *debitum*, più che quella dell'azione. Di conseguenza, a fronte di un'azione adiettizia concessa contro il *pater*, *dominus*, si inizia a discutere, infatti, di un *obligatio* a loro carico.

⁶⁰ In relazione all'*actio iniuriarum* l'espressione ricorre frequentemente: D. 47.10.1.5; D. 47.10.11.7; D. 47.10.29; I. 4.4.6.

⁶¹ BUTI, *Op. ult. cit.*, 168.

⁶² *Infra*, Cap. IV, *Introd.*

⁶³ *Obligatio, obligare, obligari ei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in St. Bonfante III, 1930, 499ss; *infra*, Cap. VI § 1.

Ciò non muta i termini della questione. Così, al di là del fatto che nessun ostacolo dovrebbe frapporsi, come vedremo successivamente⁶⁴, alla possibilità di designare come *obligatio* un vincolo che derivi da un'azione di origine pretoria, è nostro parere che l'espressione in questione venisse utilizzata ancora una volta dai giuristi romani per indicare che quella sanzionata tramite le *a.a.q.* era una responsabilità propria del *pater* o del *dominus*, sebbene causata dall'attività negoziale del servo, e non una responsabilità indiretta o riflessa, e meno che mai l'assunzione di un'*obligatio* di natura meramente processuale.

3. *In passato, anche per le azioni nossali è stata proposta l'adozione della trasposizione di soggetti, nella convinzione che nell'intentio dovessero essere menzionati il filius o il servo, e nella condemnatio, il pater o il dominus. Questi ultimi soggetti, infatti, avrebbero assunto l'obligatio solo tramite la conclusione della litis contestatio.*

La tesi di Keller, a nostro parere, risulta discutibile anche per altre importanti ragioni. Se si ritiene, infatti, che il *pater* o il *dominus*, convenuti con le *a.a.q.*, agiscano alla stregua di *defensores*, o che, comunque, la loro *obligatio* non sia menzionata nell'*intentio* delle formule in questione, bisogna coerentemente accettare l'idea che questi soggetti vengano ad assumere l'*obligatio* unicamente tramite la partecipazione alla *litis contestatio*.

Ebbene, anche questa conclusione ci sembra inaccettabile per una serie di considerazioni che saranno esposte sia in questo paragrafo, sia in quello successivo.

Innanzitutto verificheremo, analizzando ancora una volta comparativamente il regime delle azioni nossali (§ 3.1; 3.2; 3.3), se esistono elementi nelle fonti che possano giustificare tale conclusione.

⁶⁴ *Infra*, Cap. VI § 1.

Nell'ultimo paragrafo (§ 4) esamineremo, invece, delle testimonianze relative alle *a.a.q.* che sembrano contrastare decisamente con l'ipotesi di Keller, visto che attestano l'esistenza di una *obligatio* in capo al *dominus* o *pater*, che preesiste all'instaurazione stessa del giudizio.

E, in effetti, come abbiamo preannunciato, il regime delle azioni nossali può fornirci interessanti spunti di riflessione in tal senso, visto che, anche per queste azioni, in passato è stata ipotizzata una struttura che prevedeva la menzione dell'*oportere* del servo o del *filius* nell'*intentio*, e del *dominus* o del *pater* solo nella *condemnatio*. Di conseguenza, questi ultimi si sarebbero obbligati solo in virtù della partecipazione alla *litis contestatio*.

Ci riferiamo, in particolare alle ipotesi prospettate autorevolmente da Biondi, e per certi versi da De Visscher.

Il primo⁶⁵ ha espresso la sua ipotesi nella convinzione che l'*actio noxalis* avesse la struttura e la funzione di un'*actio in rem*, non nel senso tecnico di una *vindicatio*, in cui l'attore affermava '*rem meam esse*' o '*ius mihi esse*', ma in quanto l'azione sarebbe stata volta all'accertamento della responsabilità del colpevole, e, conseguentemente, all'impossessamento della sua persona. Quindi, la formula non avrebbe menzionato un «*ius*» a carico dell'attore, ma una responsabilità a carico del colpevole. Al momento della *litis contestatio*, poi, «con l'*accipere iudicium l'obligatio servi* sarebbe divenuta propria del *dominus*».

Anche De Visscher, pur riconoscendo che il regime della nossalità fosse il frutto di una lunga stratificazione⁶⁶, credeva, per quanto

⁶⁵ BIONDI, *Actiones noxales*, cit., 123.

⁶⁶ DE VISSCHER, *Op. cit.*, 14ss, distingueva nella storia dell'istituto tre fasi: la prima sarebbe stata costituita dall'abbandono nossale allo stato puro. L'atto illecito compiuto da un membro del gruppo avrebbe comportato, infatti, l'esposizione alla vendetta dell'offeso per il gruppo stesso a cui apparteneva l'offensore, a meno che questo non rompesse ogni relazione con il colpevole allontanandolo da sé. Nella seconda fase si sarebbe affermato il principio della responsabilità individuale, per cui la vendetta doveva essere esercitata sul colpevole. E così, mentre prima l'abbandono sarebbe stato un mezzo per evitare la vendetta collettiva, dopo sarebbe divenuto un obbligo, e per evitarlo sarebbe stata prevista la facoltà per il *dominus* o *pater* di riscattarne la persona pagando la composizione pecuniaria. La terza, infine, sarebbe

riguardava specificamente il regime delle azioni nossali, che la fonte dell'obbligazione dell'avente potestà fosse costituita pur sempre dalla conclusione della *litis contestatio*. Infatti, solo in seguito al compimento di questo atto si sarebbe instaurato tra l'avente potestà e la vittima un rapporto giuridico, e solo da questo momento in poi sarebbe gravato sul primo soggetto un vincolo obbligatorio, un semplice *condemnari oportere*, a prescindere totalmente dall'esistenza di una precedente obbligazione a carico dello stesso⁶⁷.

A differenza di Biondi, De Visscher riteneva, però, che l'avente potestà fosse citato nell'*intentio*, in quanto - sebbene assumesse l'*obligatio* al momento della *litis contestatio*, realizzando una sorta di *defensio* - tuttavia egli agiva *proprio nomine*, e non *alieno nomine*⁶⁸.

In tal modo si semplificavano alcuni problemi a cui era andata incontro la tesi di Biondi⁶⁹, ma ovviamente si determinavano ulteriori aporie.

Come è possibile, infatti, che nell'*intentio* di un'azione *in personam* possa essere citato l'*oportere* di un soggetto che non è ancora obbligato, o meglio di un soggetto che assumerà l'*obligatio* al momento della *litis contestatio*?

La replica era inevitabile. E, infatti, entrambe le ipotesi sulle azioni nossali sono state contestate con argomenti convincenti dalla dottrina successiva. Le principali obiezioni sollevate contro l'ipotesi di Biondi e De Visscher riguardano proprio l'impossibilità di menzionare l'*oportere* del *servus* o del *filius* nell'*intentio*, e dall'altro, la

stata caratterizzata dal regime delle azioni nossali, che si sarebbe sovrapposta al regime legale dell'abbandono, lasciando la facoltà al *pater familias* di liberarsi attraverso la *noxae deditio*.

⁶⁷ DE VISSCHER, *Op. cit.*, 387, citando a sostegno Gai 3.180, riconosceva egli stesso che il giurista in quel contesto presupponeva l'esistenza di un'obbligazione civile anteriore alla *litis contestatio*. Riteneva, però, anche facendo leva sulla natura contrattualistica della tesi di Wlassak, che generalmente la creazione di un '*condemnari oportere*' non avrebbe dovuto comportare necessariamente l'esistenza di un'obbligazione precedente; su tale aspetto *infra*, § 3.3.

⁶⁸ *Supra*, nt. 32.

⁶⁹ Basti ricordare, ad esempio, i problemi a cui può dar luogo l'esistenza di un *oportere* a carico del servo nelle *actiones in ius conceptae*; cfr. LENEL, *Die Formeln der actiones noxales*, cit., 18 nt. 2.

configurazione dell'*obligatio* del *dominus* o del *pater* alla stregua di un semplice *condemnari oportere*, derivante dalla conclusione della *litis contestatio*⁷⁰.

Ebbene, è nostra intenzione esaminare alcune delle considerazioni svolte a tal proposito, perché siamo profondamente convinti che alcune di esse possano essere riferite anche alle *a.a.q.*, gettando luce sull'oggetto della nostra indagine.

3.1. *Continua: inattendibilità delle fonti che in tema di azioni nossali sembrano riconoscere la generale capacità per il filius di obbligarsi. Inesistenza di un vincolo obbligatorio in capo al servo che possa tradursi in un 'oportere' processuale.*

In realtà, Biondi riteneva possibile menzionare l'*oportere* (*obligatio*) del *filius* nell'*intentio* delle azioni nossali, poiché credeva che ai *filiis familias* fosse stato accordato precocemente un indiscriminato riconoscimento della capacità di obbligarsi *ex delicto*. Per quanto riguarda i servi - tenuto conto del fatto che in relazione alle azioni nossali erano trattati alla stessa stregua dei *filiis familias* - conseguentemente anche per loro doveva essere ammessa la possibilità di obbligarsi *ex delicto*. Così, a sostegno della sua ipotesi, adduceva varie testimonianze presenti nelle fonti idonee, a suo avviso, ad attestare la responsabilità dei *filiis familias* e dei servi in materia penale⁷¹.

Innanzitutto, va precisato che se è vero che le fonti in nostro possesso sembrano riconoscere la generale capacità per il *filius* di

⁷⁰ Abbiamo già esaminato una testimonianza che sembra dimostrare inequivocabilmente che quella che si fa valere nell'ambito del giudizio nossale è l'obbligazione propria del *pater* e del *dominus*, e non quella del *filius* o del servo (D. 3.2.14); *supra*, § 2.2. Per una trattazione completa dell'argomento vd. PUGLIESE, *Obbligazione del capo di famiglia*, cit., 242ss e dottrina ivi citata.

⁷¹ BIONDI, *Actiones noxales*, cit., 175ss.

obbligarsi, tuttavia le stesse fonti sono state ritenute da più parti oggetto di profonde alterazioni.

E' difficile credere, infatti, ad un riconoscimento così generale e precoce della capacità dei *fili familias* di assumere *obligationes ex delicto*. In tal senso sono particolarmente significative ed esaustive le considerazioni del Pugliese⁷².

Riguardo, poi, a quelle fonti che testimonierebbero l'esistenza di un vincolo personale a carico del servo, esse vanno intese nel giusto senso, altrimenti si rischia di fraintenderne il significato.

A tal proposito, va considerato un passo che è decisivo in tema di azioni nossali, ma ancor di più, a nostro parere, in tema di *a.a.q.*:

D. 44.7.14 (Ulp. 7 Disp.): *Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor.*

Il brano è stato oggetto di varie interpretazioni⁷³ che, soprattutto in passato, tendevano a ravvisare nel testo alterazioni di un certo rilievo.

⁷² PUGLIESE, *Obbligazione del capo di famiglia*, cit., 243ss.

⁷³ SIBER, *Naturalis obligatio*, Leipzig, 1926, 35; HELDRICH, *Rec. a Biondi, Le actione noxales*, in ZSS 46 (1926) 430; WOLFF, *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, in ZSS 53 (1933) 317; LENEL, *Die Formeln der actiones noxales*, cit., 18; BETTI, «*Jurisdictio praetoris*» e potere normativo, in *Labeo* 14 (1968) 14; SEGRÈ, *Obligatio, obligare, obligari*, cit., 254; DE VILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, in *Studi Sassaresi*, vol. XVII, fasc. III (1939), 237; CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain*, Genève, 1964, 171; PUGLIESE, *Obbligazione del capo di famiglia*, cit., 245; BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, Torino, 1955, 45ss; LONGO, *Ricerche sull'obligatio naturalis*, cit., 90ss; IDEM, *Concetto e limiti*, cit., 98; BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, cit., 245ss; BURDESE, *Rec. a Buti Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, in *Iura* 27 (1976) 209; FALCHI, *Sulla posizione del «servus obligatus»*, in *SDHI*, 46 (1980) 492; DIDIER, *Les diverses conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des 2 et 3 siècles*, in *SDHI* 47 (1981) 257; BENÖHR, *Zur Haftung für Sklavendelikte*, 97 (1979) 274; WIELIG, *Subjektive Reichweite der materiellen Rechtskraft im römischen Recht*,

Innanzitutto va considerata la scarsa congruenza tra la prima parte del brano *‘Servi ex delictis quidem obligantur..... sed naturaliter et obligantur et obligant’*, e la seconda *‘Denique si servo, qui mutuum pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor’*; oppure, la mancata simmetria tra il *‘non obligantur’* relativo a *‘civiliter’*, e *‘obligantur et obligant’* riferito, invece, a *‘naturaliter’*⁷⁴.

Gran parte della dottrina ritiene, invece, il testo attendibile sempre che si dia al termine *obligatio* il giusto significato.

Già Betti⁷⁵ e Segrè⁷⁶ identificavano correttamente nel brano la coesistenza di differenti significati del termine in questione. E, effettivamente, il parere di Ulpiano va inteso nella considerazione dell’ampia valenza semantica del termine *obligatio*, idonea a designare

in ZSS 102 (1985) 307; BISCARDI, *Obligatio personae et obligatio rei dans l’histoire du droit romain*, in RH 70 (1992) 188.

⁷⁴ In particolare, il brano è stato ritenuto interpolato nella parte in cui si fa menzione del credito naturale a favore dello schiavo (*obligant*); cfr. BURDESE, *La nozione classica di obligatio naturalis*, cit., 46; PUGLIESE, *Obbligazione del capo di famiglia*, cit., 245 e dottrina ivi citata. A favore della genuinità dell’*‘obligant’* si è pronunciato DEVILLA, *Studi sull’obligatio naturalis*, cit., 240ss, riferendo questa ipotesi al credito naturale del servo nei confronti del *dominus*, ed espungendo, invece, il *‘liberor’* che contrasterebbe con l’idea dell’adempimento di una *obligatio naturalis*. *‘Liberari’* o *‘liberatio’*, designerebbero, a parere dell’autore, la liberazione non da un’*obligatio naturalis* ma da una *civilis*. Infatti, nel caso dell’*obligatio naturalis* i giuristi non accennerebbero ad alcun effetto liberatorio ma soltanto all’effetto pratico dell’esclusione della *condictio indebiti*. BUTI, *La capacità patrimoniale degli schiavi*, cit., 249ss, accetta, invece, la genuinità sia dell’*‘obligant’* che del *‘liberor’*, nella convinzione che fosse possibile configurare un credito naturale dello schiavo nei confronti dei terzi, diversamente da gran parte degli studiosi che escludono in ogni caso tale possibilità; vd. *infra*, Cap III § 4.2, nt. 176.

⁷⁵ BETTI, *La struttura dell’obbligazione romana ed il problema della sua genesi*, Milano, 1955, 96ss riteneva che «... Ulpiano facesse un gioco di parole con il doppio senso del termine *obligari*: la prima volta egli alludeva all’*obligatio rei* nel senso traslato (specie di vincolo reale di garanzia che grava sul corpo dello schiavo, ossia di persona diversa dal soggetto della concomitante responsabilità); la seconda volta alludeva ad una vera e propria *obligatio personae*: posizione di responsabilità che si concentrava in un vincolo di garanzia gravante sul corpo del suo stesso soggetto». Così anche in *Diritto romano*, I, 557, nt. 8, parla di un *‘obligari’* nel senso di *res* allusivo al vincolo di garanzia che ha nello schiavo il suo oggetto.

⁷⁶ *Obligatio, obligare, obligari*, cit., 526 nt. 80.

non solo il vincolo potenziale all'adempimento di una prestazione, ma anche, e soprattutto originariamente, l'idea del vincolo materiale, della responsabilità come soggezione alla procedura esecutiva⁷⁷.

Bisogna, però, prestare attenzione al fatto che in quest'ultima accezione l'esistenza di un'*obligatio* in capo al servo non giustifica affatto la creazione di un *oportere* a carico dello stesso⁷⁸. Particolarmente esplicito è in tal senso Lenel⁷⁹: «keinem römischen Juristen aber ist es jemals eingefallen und konnte es einfallen, aus dieser Personalhaftung ein vermögensrechtliches *oportere* abzutheilen, den Sklaven zu Schadenersatz oder gar, wie beim *furtum*, zu einer vergleichsweisen Abfindung (*damnum decidere*) des Geschädigten verpflichten zu wollen».

Alla luce delle considerazioni svolte, il brano esaminato ci sembra, dunque, particolarmente rilevante, sia per il fatto che sono gli stessi giuristi romani a mettere a confronto, come spesso fanno, il regime delle azioni nossali e quello delle *a.a.q.*, sia per il significato stesso del responso che risulta particolarmente significativo nell'ambito dei nostri studi.

Nell'attuale configurazione del brano è facile riscontrare, come dicevamo, una forte incongruenza tra la parte finale ('*Denique si servo, qui mutuum pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor*'), che si riferisce all'efficacia liberatoria del pagamento effettuato al servo dopo la sua manumissione, e quella iniziale nella quale, invece, vengono valutate le conseguenze della manumissione stessa non in relazione alle pretese creditorie che i servi potevano vantare, quanto piuttosto ai vincoli obbligatori che preesistevano in capo ad essi ('*Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent*').

In realtà, non sappiamo quale fosse l'originario tenore del brano, ed è anche possibile che l'espressione *obligant* ('*sed naturaliter et obligantur et obligant*') sia stata aggiunta successivamente, forse dai compilatori, per collegare il frammento originario con la chiusa, che

⁷⁷ LENEL, *Die formeln der actiones noxales*, cit., 18; LYSOWSKY, *Noxalis actio*, in *PWRE* (suppl.) 7 (1940) 604-663; PUGLIESE, *Obbligazione del capo di famiglia*, cit., 245; FALCHI, *Sulla posizione del 'servus obligatus'*, in *SDHI* 46 (1980) 492.

⁷⁸ PUGLIESE, *Obbligazione del capo di famiglia*, cit., 247.

⁷⁹ LENEL, *Die formeln der actiones noxales*, cit., 18.

riguardava, invece, del credito naturale vantato dal servo nei confronti del proprio *dominus*, e che doveva essere probabilmente estranea alla primigenia configurazione del responso.

Tuttavia, anche qualora l'intervento aggiuntivo fosse stato effettivamente realizzato, non avrebbe un valore tale da incidere in maniera determinante sul significato del responso nella sua parte fondamentale. Infatti, è molto probabile credere che Ulpiano, nel responso originario, prendesse in considerazione un caso di manumissione, e, in particolare, un caso relativo ad un atto illecito commesso da un servo, poi manomesso, e volesse precisare che dalla commissione di atti illeciti derivi per i servi un vincolo di natura personale, tale che, una volta manomessi, il vincolo permane, e per di più, può essere oggetto di realizzazione diretta nei confronti dei servi stessi.

Di contro, nel caso di atti negoziali conclusi dai servi, non nasce a carico di questi soggetti alcun vincolo sanzionabile tramite azione (*civiliter*)⁸⁰, né un 'vincolo' di natura personale, come nel caso delle azioni nossali, ma solo un'*obligatio naturalis*.

Ora noi siamo convinti che Ulpiano non usasse inconsapevolmente il termine *obligatio* nei suoi vari significati, ma che, invece, ne avesse piena coscienza e volesse porre in rilievo che, mentre nel caso di atti illeciti compiuti dai servi, e, quindi, principalmente nel caso delle azioni nossali, sul servo grava un vincolo di natura personale che permane, anzi si rafforza nel momento in cui viene manomesso, ciò non avviene nel caso dell'attività negoziale compiuta dal servo, e quindi delle *a.a.q.*

Per quanto riguarda l'attività negoziale del servo, infatti, è da escludere categoricamente che possa parlarsi di *obligatio*, anche intendendo per *obligatio* il vincolo personale e non il vincolo potenziale all'adempimento di una prestazione. Tuttavia, in capo agli schiavi possono configurarsi delle *obligationes naturales*, che

⁸⁰ E' opinione comune che l'uso di designare come '*civiliter*' l'*obligatio* sia invalso in età classica proprio dopo la creazione del concetto di *obligatio naturalis*, allo scopo precipuo di differenziare quest'ultima figura da quella dell'*obligatio* sanzionata da azione; vd. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1994, 426.

assicurano almeno la realizzazione di effetti 'secondari' come la *soluti retentio*, o l'efficacia liberatoria del pagamento compiuto nelle mani del servo anche *post manumissionem*.

E così, se per le azioni nossali le fonti prospettano almeno una responsabilità personale in capo al servo, per quanto riguarda le azioni *ex contractu*, negano categoricamente l'esistenza di un'*obligatio* in capo al servo sia come vincolo potenziale, che possa costituire presupposto di un *oportere* di natura processuale (*obligatio civilis*⁸¹), sia come vincolo personale.

E, quindi, se, come riconosceva Lenel⁸², una «*Personalhaftung*» non può tradursi in un «*vermögensrechtliches Oportere*», figuriamoci se ciò può avvenire nel caso dell'*obligatio naturalis*. Ragioni storiche, processuali e dogmatiche si oppongono decisamente a tale possibilità (*infra*, Cap. III).

L'*obligatio naturalis*, infatti, è una creazione tarda⁸³, successiva alla prima comparsa nell'albo pretorio delle *a.a.q.*, e trova la sua giustificazione nella necessità di consentire che in relazione all'attività negoziale del servo potessero prodursi alcuni limitati effetti, quali la *soluti retentio*, o la possibilità di prestare *fideiussio* direttamente a favore del servo, ferma restando l'impossibilità di citare in giudizio il servo, e quindi di riferire ad esso un *oportere* processuale.

Non solo, ma l'esistenza di un vincolo, sebbene di natura personale, in capo al servo o al *filius*, determina un'ulteriore differenza di regime tra le azioni adietizie e quelle nossali. Così, nel caso delle azioni nossali, se il servo o il *filius* muore, il padre non può più essere convenuto⁸⁴, mentre nel caso inverso - cioè morto il *pater* o il *dominus*, o nel caso di manumissione - contro lo schiavo o il figlio, autori dell'illecito, può proporsi ancora l'azione.

Nel caso delle azioni adietizie le regole sono diametralmente opposte. Morto, infatti, lo schiavo o il *filius* che hanno concluso l'atto negoziale, contro il *pater* o il *dominus* può essere ancora proposta

⁸¹ D. 15.1.41; *infra*, Cap. VI § 3.

⁸² *Die formeln der actiones noxales*, cit., 18; *supra*, nt. 79.

⁸³ *Infra*, Cap. III § 2.

⁸⁴ D. 9.4.42.1 (Ulp. 37 *ad ed.*); vd. *supra*, nt. 38.

l'azione adietizia relativa⁸⁵. Viceversa morto l'avente potestà, gli schiavi e figli in questione non possono essere convenuti, se non nella misura in cui siano stati istituiti eredi⁸⁶.

E, in realtà, nel caso delle azioni nossali la responsabilità del *dominus* o del *pater* trova la propria causa nell'atto illecito commesso dallo schiavo o *filius*, o meglio nel vincolo obbligatorio di carattere personale che si instaura a carico di tale soggetto, e consegue al fatto stesso che, nel momento in cui si esperisce l'azione, questo si trovi nella potestà del convenuto. Di conseguenza, morto colui che ha commesso l'atto illecito, viene meno la responsabilità del *dominus* 'quia desiit verum esse propter eum dare oportere'⁸⁷. Morto, invece, l'avente potestà, o liberato il soggetto autore dell'illecito, quest'ultimo diviene autonomamente perseguibile per la responsabilità *ex delicto* derivante dall'illecito commesso⁸⁸.

La responsabilità sanzionata tramite le *a.a.q.* deriva, invece, dagli atti negoziali compiuti dallo schiavo o dal *filius*, e non da vincoli obbligatori su essi gravanti.

Infatti, la responsabilità che si fa valere con le *a.a.q.*, a nostro parere, è *ab origine* una responsabilità propria dell'avente potestà che, sebbene trovi la sua causa nell'attività negoziale dello schiavo o del *filius*, viene riferita al *dominus* o al *pater* come se l'atto negoziale fosse stato compiuto da loro stessi⁸⁹.

Di conseguenza, la morte del soggetto che ha concretamente agito non comporta l'estinzione del vincolo obbligatorio, che continua a permanere in capo all'avente potestà o preponente. Al contrario, alla morte di quest'ultimi soggetti, l'azione sarà esperibile solo nei confronti dei loro eredi, e, non contro gli schiavi, i *fili* o i preposti che hanno posto in essere l'attività negoziale, se non nell'ipotesi e nella misura in cui siano stati istituiti eredi⁹⁰.

⁸⁵ *Infra*, Cap. VI § 5; Cap. V § 6.1; § 7.2; § 8; § 9.

⁸⁶ *Infra*, Cap. VI § 5; Cap. V § 6.1; § 7.2; § 8; § 9.

⁸⁷ *Supra*, nt. 84.

⁸⁸ D. 9.4.5.1; D. 9.4.6.

⁸⁹ D. 15.3.1 pr. ; *infra*, Cap. V § 7.2; D. 15.4.1; *infra*, Cap. V § 8.

⁹⁰ Per un esame dettagliato delle testimonianze esistenti a tal proposito si vedano i riferimenti citati nelle note 85-86.

3.2. *Continua: considerazioni sull'obbligo di assumere l'azione per il dominus o il pater nel caso delle azioni nossali e adiettizie.*

Va ricordato, inoltre, che Biondi e De Visscher - per dare forza alla loro ipotesi e negare l'esistenza, nel caso delle azioni nossali, di una obbligazione propria del *pater* o del *dominus* - facevano capo ad un'ulteriore argomentazione: se l'*obligatio* gravava in capo all'avente potestà come vincolo di natura personale, perché mai, diversamente da quanto accadeva per tutte le altre *actiones in personam* in cui si faceva valere un rapporto obbligatorio, non sussisteva per questo soggetto l'obbligo di assumere la difesa⁹¹?

Per le azioni nossali la risposta è stata data magistralmente da Pugliese⁹².

Nel caso delle *a.a.q.* il problema, in realtà, non è stato mai affrontato esplicitamente. Eppure, nel Digesto si trova un passo di Ulpiano, quasi totalmente trascurato dalla dottrina che si è occupata delle *a.a.q.*, e che, invece, in tal senso ci sembra particolarmente chiaro e significativo:

D. 15.1.21.3 (Ulp 29 *ad ed.*): *Si dominus vel pater recuset de peculio actionem, non est audiendus, sed cogendus est quasi aliam quamvis personalem actionem suscipere.*

Nel frammento si legge espressamente che se il *dominus* o il *pater* rifiutano di assumere l'*actio de peculio*, devono essere costretti ad accettare il giudizio in questione alla stregua di qualsiasi altra azione di carattere personale.

⁹¹ D. 9.4.3 (Pomp. 14 *ad Sab.*): *Noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere.*

⁹² PUGLIESE, *Obbligazioni del capo di famiglia*, cit. 256ss, dall'esame congiunto di D. 9.4.3. con D. 2.9.2.1 e D. 9.4.38.1, deduce che «..in tanto sussisteva la libertà di *suscipere iudicium*, in quanto il convenuto non avesse (come terzo) o non cedesse (come *dominus*) la proprietà dello schiavo....» . Così, «...se nessuno è costretto a *suscipere iudicium*, ciò dipende dal fatto che un'altra «*facultas*» è data al convenuto, quella di «*noxae dedere*», ma non esclude affatto, anzi presuppone, che l'alternativa nel suo insieme fosse oggetto di un obbligo o di una coazione...»

La risposta del giurista è chiara e non sembra lasciare alcun margine di dubbio. Buti⁹³, tuttavia, ritiene che per comprendere il brano non bisogna limitarsi a considerare l'assunto del giurista ma anche la motivazione di esso: «se Ulpiano afferma che il *dominus* è tenuto a *suscipere l'actio de peculio "quasi aliam personalem actionem"*, è segno che, in realtà, egli ritiene che tale azione non sanziona un'obbligazione personale del *dominus*, ma quella del *servus*».

A nostro avviso, invece, il brano va letto legando strettamente il *quasi* al *quamvis*. Di conseguenza, il responso non va inteso nel senso che 'il *dominus* è obbligato ad *suscipere l'actio de peculio* quasi assumesse un 'obbligazione personale' (però non sua), ma semmai ritenendo che 'il *dominus* è costretto ad assumerla (l'*actio de peculio*) come qualsiasi altra (azione) personale'.

Letto in tal modo, dunque, il brano risulta particolarmente rilevante al fine di riconoscere che, in effetti, l'*actio de peculio* - come preciseremo meglio successivamente - sembra sanzionare un'*obligatio* autonoma del *dominus*, e non quella *naturalis* del *servus*⁹⁴.

⁹³ *Op. cit.*, 200 nt. 116.

⁹⁴ In tal senso non ci sembrano convincenti le motivazioni addotte da BUTI, *Op. ult. cit.*, 200 nt. 116, il quale prevedendo l'obiezione si preoccupa di dire che in realtà nella considerazione dei giuristi il peculio è qualificato come patrimonio personale del servo, e che di tale patrimonio il *dominus* non aveva in concreto la disponibilità. Tuttavia, il fatto che le conseguenze patrimoniali dell'esercizio dell'*actio de peculio* gravino sul peculio stesso non significa di per sé, come vedremo meglio in seguito, che l'azione in questione sanziona l'*obligatio* del servo, poiché la titolarità de peculio è del *dominus*, anche se egli lo ha destinato funzionalmente all'attività negoziale del servo; *infra*, Cap. V § 1 .

3.3. *Continua: inidoneità della ‘litis contestatio’ alla creazione dell’oportere che debba essere oggetto di valutazione da parte del giudice. Affinché l’azione sia fondata, infatti, l’oportere deve preesistere alla stessa ‘litis contestatio’, ed essere espressamente indicato nell’intentio della formula.*

Inoltre, per quanto riguarda propriamente l’aspetto processuale, vorremmo ricordare un’altra considerazione svolta da Lenel sull’ipotesi di Biondi⁹⁵, che risulta particolarmente interessante anche ai nostri fini.

Lenel⁹⁶, infatti, in un suo scritto relativo specificamente alle azioni nossali, ebbe modo di precisare che secondo le regole del processo formulare la *litis contestatio* non è di per sé idonea a creare l’oportere menzionato nell’intentio, al contrario, quest’ultima può ritenersi fondata solo se tale oportere esista già al momento della *litis contestatio*. Sarebbe stato impossibile, dunque, pensare che nel caso delle azioni nossali il *pater* o il *dominus* assumessero l’obligatio al momento della *litis contestatio*.

D’altronde, dalla natura convenzionale della *litis contestatio* non può trarsi argomento per la tesi - largamente diffusa - che questa sia fonte, anche se non contrattuale di un vero e proprio vincolo obbligatorio⁹⁷. Così come non può esservi dubbio sul fatto che, anche qualora la giurisprudenza romana parli di *obligatio* per il *condemnari oportere*, faccia riferimento all’obligatio solo in via di approssimazione. L’espressione ‘*per intentionem consumitur*’ è indicativa solo di «un assorbimento della pretesa sostanziale nel processo»⁹⁸.

⁹⁵ LENEL, *Die Formeln der actiones noxales*, cit., 19ss.

⁹⁶ A tal proposito anche PUGLIESE, *Obbligazione del capo di famiglia*, cit., 239.

⁹⁷ BONIFACIO, *Studi sul processo formulare romano*, cit., 37 precisa, infatti, che il *condemnari oportere* altro non è che «una proiezione processuale del *dare oportere*, nel senso che l’esistenza del primo è condizionata all’esistenza del secondo. La stessa espressione di Gaio (3.180-181) prova inequivocabilmente che pechè vi sia un ‘*condemnari oportere*’ è necessario che sussista un ‘*dare oportere*’ ».

⁹⁸ SOLAZZI, *Il ‘condemnari oportere’*, 130 ; BONIFACIO, *Studi sul processo formulare romano*, cit. 36.

De Visscher, memore delle obiezioni sollevate da Lenel⁹⁹ a Biondi, aveva tentato di superarle, come abbiamo già accennato¹⁰⁰, ritenendo che, sebbene l'avente potestà assumesse l'*obligatio* al momento della *litis contestatio*, tuttavia nell'*intentio* delle azioni nossali si sarebbe dovuto menzionare l'*oportere* che gravava su di lui, visto che questi era convenuto *suo nomine* e non *alieno nomine*. Al tempo stesso De Visscher¹⁰¹, consapevole forse dell'anomalia a cui dava luogo l'esistenza di un soggetto a carico del quale si faceva gravare un *oportere* nell'*intentio*, ma che al tempo stesso non era obbligato se non in seguito alla *litis contestatio*, tentava di trovare un correttivo alla contraddizione intrinseca al suo pensiero. Affermava, così, che nel caso delle azioni nossali l'*oportere* menzionato nell'*intentio* non fosse destinato a rivestire una particolare rilevanza, visto che il giudice non avrebbe dovuto verificare l'eventuale *oportere* inserito in tali formule, ma doveva unicamente accertare il fatto delittuoso menzionato nella prima parte dell'*intentio*.

Ebbene, l'ipotesi di De Visscher presta il fianco a osservazioni critiche di una certa rilevanza, che sono state perfettamente poste in evidenza da Pugliese¹⁰².

Infatti, lascia perplessi l'idea che esistano parti delle formule che siano prive di relazione col compito del giudice, o che comunque non assolvano ad una precisa funzione all'interno di esse. Inoltre - come ricordava sempre Pugliese - il mero accertamento del fatto non può di per sé portare alla condanna, in quanto è possibile che il fatto delittuoso sia accertato, ma che l'*oportere* si estingua per varie cause non infrequenti nella prassi, e debitamente testimoniate nelle fonti.

Ora, non riusciamo a comprendere, perché l'obiezione sollevata da Lenel, accettata e condivisa da gran parte della dottrina romanistica - volta a precisare che la *litis contestatio* non può certo dare origine all'*oportere* che sarà oggetto di valutazione del giudice, ma che questo

⁹⁹ LENEL, *Die formeln der actiones noxales*, cit., 20, nt. 1; cfr. *supra*, § 3.1.

¹⁰⁰ *Supra*, § 2.1, § 3.

¹⁰¹ DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, cit., 384.

¹⁰² PUGLIESE, *Obbligazione del capo di famiglia*, cit., 240-241.

debba preesistere perché l'azione sia fondata - non debba valere anche per le *a.a.q.*

D'altronde, questa constatazione non è strettamente legata al regime delle azioni nossali, bensì ai principi generali del processo formulare romano. Di conseguenza, non vi sono ragioni valide per cui l'*iter* argomentativo seguito per le azioni nossali non debba valere anche per le *a.a.q.*

Accertato, infatti, come abbiamo già visto, che per lo schiavo, e fino ad un certo momento storico anche per il *filius*, è impossibile parlare di un'*obligatio* in senso tecnico-processuale, e che d'altra parte la *litis contestatio* non può ritenersi idonea a fondare l'*oportere* in capo al *dominus* o al *pater*, si è giunti alla conclusione che nell'*intentio* delle azioni nossali dovesse menzionarsi l'*oportere* degli aventi potestà.

Resta da chiedersi perché a simili conclusioni non si sia mai pervenuti in ordine alle *a.a.q.* La risposta non è semplice, ma ci sembra estremamente significativo che lo stesso Lenel, pur accettando e riproponendo la trasposizione di soggetti per le formule delle *a.a.q.*, non richiami affatto il regime della rappresentanza processuale come modello su cui costruire le formule in questione, né si pronunci in merito alle conseguenze processuali che si determinano in seguito l'adozione stessa della trasposizione di soggetti al loro interno. Nell'Editto perpetuo di Lenel, infatti, non vi è accenno alcuno alla posizione del *dominus* o del *pater* come *defensores* dei loro schiavi o *fili*¹⁰³, o come soggetti che risultino obbligati solo in seguito alla *litis contestatio*, altrimenti sarebbe stato difficile per lo stesso Lenel giustificare queste affermazioni senza giungere alle stesse conclusioni prospettate in tema di azioni nossali, e da noi ora ricordate.

3.4. *Continua: accenno all'origine storica delle azioni nossali e*

¹⁰³ Anzi, al contrario, LENEL (*EP.*, 260) non esita a sostenere - ad esempio nel caso dell'*actio institoria* - che è il preposto, semmai, che agisce come '*Angestellter*' del preponente: «*Diese Worte lassen ihn als bloßen Angestellten des dominus erkennen und gaben so Anlaß zu obiger Bemerkung*».

valutazioni critiche sul fondamento civilistico delle stesse.

Le riflessioni fin qui condotte, derivanti dal raffronto del regime delle azioni nossali con quello delle azioni adietizie, potrebbero andare incontro, però, ad un'obiezione di fondo.

Riconosciuto, infatti, che i due regimi presentano molteplici aspetti simili, è pur vero, tuttavia, che non dovrebbe essere sottovalutata la differente origine, che li potrebbe far divergere profondamente in relazione ad alcune importanti questioni.

Si potrebbe, infatti, sostenere che, mentre le azioni nossali trovano fondamento nelle Dodici Tavole, e quindi affondano le loro radici nel *ius civile* più antico, per le azioni adietizie non sarebbe configurabile alcun fondamento civilistico, anzi esse si baserebbero unicamente sul diritto pretorio. Quindi, costruendo le *a.a.q.* tramite la menzione di un *oportere* che gravi direttamente in capo al *dominus* o *pater*, si andrebbe incontro all'ostacolo fondamentale di dover ammettere che il pretore potesse dare origine *ex novo* ad un *oportere* processuale.

A ciò si aggiungerebbe la circostanza che, mentre le azioni nossali risalgono ad un'epoca assai antica nella quale non era possibile agire *alieno nomine* se non in alcuni casi tassativamente previsti¹⁰⁴, per le azioni adietizie non si configurerebbe alcun ostacolo a tal proposito, anzi la trasposizione di soggetti sarebbe perfettamente conciliabile con la natura pretoria delle stesse.

Ebbene, a noi sembra, innanzitutto, che non risponda al vero l'affermazione per cui le azioni nossali troverebbero il loro fondamento unicamente nel *ius civile* poiché, come ci informa lo stesso Gaio¹⁰⁵, le azioni nossali '*constitutae sunt aut legibus aut edicto praetoris*'. Ci sembra più corretto sostenere, infatti, che le azioni in questione hanno un fondamento civilistico o onorario a seconda dell'azione sottostante di cui costituiscono l'adattamento. Ed è nostra ferma convinzione, come preciseremo in seguito¹⁰⁶, che uguali considerazioni valgono per le azioni adietizie.

¹⁰⁴ *Supra*, nt. 30.

¹⁰⁵ Gai 4.76; *infra*, Cap. VI § 2.

¹⁰⁶ *Infra*, Cap. VI § 2.

In ordine al fatto, poi, che il pretore non possa creare autonomamente un *oportere*, ma solo imporre ad un soggetto di subire la *condemnatio*, è opportuno fare delle precisazioni, che saranno oggetto di autonoma trattazione nei capitoli successivi¹⁰⁷.

4. *Esame di alcune fonti relative alle a.a.q. che sembrano contrastare decisamente con l'ipotesi, prospettata da Keller, che il pater o il dominus agiscano alla stregua di 'defensores', ed assumano l'obligatio solo al momento della 'litis contestatio'.*

Oltre alle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, va preso atto del fatto che, accettando l'ipotesi per la quale il *pater* o il *dominus* siano da considerare alla stregua di *defensores* dei *filii* e dei servi, e, quindi, risultino obbligati solo dal momento in cui partecipano alla *litis contestatio*, non sarebbe possibile giustificare alcune soluzioni fornite dai giuristi romani nei loro responsi.

E in effetti, se davvero il *pater* non fosse obbligato prima della *litis contestatio* come sarebbe possibile, ad esempio, che il figlio, in ordine all'*actio de peculio*, possa agire come *defensor* del padre :

D. 15.3.10.3 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Quare potest dici et si de peculio actionem quasi defensor patris susceperit, teneri patrem de in rem verso usque ad peculii quantitatem: cuius sententiae id erit emolumentum, ut, si finita sit actio de peculio, de in rem verso conveniatur. Ego et ante condemnationem post iudicium patris nomine acceptum de in rem verso patrem teneri puto.*

Ulpiano ritiene che, nel caso in cui il *filius* assuma l'*actio de peculio* in qualità di *defensor patris*, il padre è tenuto '*de in rem verso usque ad peculii quantitatem*', tanto che, conclusa l'*actio de peculio*, sarà ancora possibile convenirlo *de in rem verso*¹⁰⁸.

¹⁰⁷ *Infra*, Cap. VI § 1.

¹⁰⁸ Sull'argomento vd. *infra*, Cap. V § 7.2.

In questo caso, visto che il *filius* accetta il giudizio come ‘*defensor*’, ne dobbiamo trarre la conseguenza che il soggetto obbligato dovesse essere il *pater*, e quindi, che in qualità di *dominus litis*, di titolare della situazione giuridica oggetto del processo, dovesse esser menzionato nell’*intentio*.

Il *filius*, invece, come *defensor* dovrebbe esser nominato nella *condemnatio* e non nell’*intentio*. Oltretutto se, in realtà la normale configurazione dell’*actio de peculio* prevedesse la menzione nell’*intentio* del *filius*, questi non potrebbe agire in qualità di *defensor patris*, ma solo in nome proprio, in quanto non è pensabile che un soggetto agisca in qualità di *defensor* di se stesso¹⁰⁹.

Dunque, per ammettere la possibilità che il *filius* possa agire come *defensor* del padre per l’*actio de peculio*, bisogna accettare l’idea che nell’*intentio* di questa azione dovesse farsi menzione dell’*oportere*, o comunque di una responsabilità del *pater*.

Inoltre, da come è formulato il responso, non si ha l’impressione che il giurista tratti del caso del *filius defensor* del *pater* come di un caso eccezionale, ma di un’ipotesi ricorrente. L’attenzione del giurista non si incentra, infatti, sulla configurabilità dell’ipotesi in questione, ma sugli effetti che sortisce l’intervento del *filius*, o meglio dei rapporti intercorrenti tra l’*actio de peculio* a cui ha partecipato il *filius*, in qualità di *defensor*, e l’*actio de in rem verso*, ancora esperibile contro il *pater*.

E’ vero, tuttavia, che il caso trattato in D. 15.3.10.3 si riferisce certamente ad un assetto maturo del regime delle *a.a.q.*, in quanto presuppone il riconoscimento per il *filius familias* dell’autonoma capacità di stare in giudizio. Ma è pur vero che esso è prospettato

¹⁰⁹ In questo caso si avrebbe l’anomalia ulteriore di un *defensor* che non è citato nella *condemnatio* ma nell’*intentio*. Oltretutto, avremmo un soggetto che nella stessa *intentio* è indicato come ‘*obligatus*’ e, al contempo, come ‘*defensor*’: «*Quod Aulus Lucio, Numerii filiofamilias, hominem Stichum vendidit, qua de re agitur, quo nomine Numerius Aulo Lucium filium cognitorem dedit [o Lucius filius procurator est], quidquid ob eam rem Lucium filium Aulo dare facere oportet ex fide bona, eius Lucium filium duntaxat de peculio quodve dolo malo Numerii patris factum esset quominus in peculio esset, vel si quid in rem Numerii patris versum est...Aulo condemna s.n.p.a.*» ; cfr., KELLER, *Der römische Civilprocess*, cit., 309-310, nt. 717.

come un'ipotesi usuale, che non crea problemi di sorta nella sua stessa configurazione.

D'altro canto, in ordine al ruolo assunto dal *pater* in relazione alle *a.a.q.* è illuminante un brano di Gaio, in cui si esprime chiaramente l'alternativa tra l'ipotesi in cui il *pater* assuma l'azione '*de peculio o de in rem verso*', e quella in cui, invece, decida di accettare il giudizio come *defensor filii*:

D. 2.14.20 (Gai 1 *ad ed. prov.*): [*Si filius familias pactus fuerit, ne a se petatur, proderit et patri, si de peculio*] *vel de in rem verso: vel si quasi defensor filii, si hoc maluerit, conveniatur.*

In realtà, nella versione manoscritta del Digesto il brano è mutilo. La versione da noi riportata è frutto della ricostruzione palinogenetica di Lenel¹¹⁰ che, a nostro parere, è pienamente condivisibile in tutti i suoi termini.

Nel responso, infatti, il giurista, pronunciandosi in ordine all'efficacia di un *pactum de non petendo* concluso a favore del *filius*, ritiene che esso debba giovare anche nei confronti del *pater* sia nel caso in cui venga convenuto in giudizio con l'*actio de peculio et de in rem verso*, sia nell'ipotesi in cui preferisca intervenire in qualità di *defensor* del *filius*.

La chiarezza con cui è formulata l'alternativa tra le due ipotesi tramite il '*vel*', sottolineata inoltre dall'inciso '*si hoc maluerit*'¹¹¹, sembra non lasciare dubbi sul fatto che le due situazioni - e cioè quella in cui il *pater* sia convenuto con l'*actio de peculio et de in rem verso*, e quella, invece, in cui accetti il giudizio come *defensor filii* - siano nettamente differenti. E, di conseguenza, sembra evidente che, nel caso in cui il padre sia convenuto con l'*actio de peculio et de in rem verso*, non intervenga come *defensor*.

Ovviamente questa testimonianza mal si concilia con l'ipotesi tradizionale di Keller e Lenel, tant'è vero che lo stesso Lenel, pur

¹¹⁰ LENEL, *Paling.* 190.

¹¹¹ L'inciso in questione potrebbe anche essere insiticio; vd. in proposito LENEL, *Paling.*, I, 190, nt. 1. Tuttavia, il riconoscimento dell'interpolazione non modificherebbe sostanzialmente il significato del responso.

proponendo una corretta ricostruzione palinogenetica del brano, sembra non accettare le sue implicazioni. Così, in nota¹¹², dopo aver ipotizzato il carattere insitico dell'espressione '*si hoc maluerit*', fornisce una spiegazione poco plausibile dell'intero frammento: «*Gaium puto de padre adoptivo egisse qui adrogatum defendit filium*».

L'interpretazione suggerita non ci convince, visto che non trova appiglio in alcuna parte del responso in questione, né si armonizza col contesto in cui si trova inserito il brano sia nell'ambito del commentario all'editto provinciale di Gaio, sia nel Digesto.

A noi sembra probabile che Lenel, accettando l'ipotesi di Keller, per la quale il *pater* nel caso delle *a.a.q.* agirebbe in ogni caso come se fosse un *defensor*, sia costretto a configurare il caso in questione come caso eccezionale.

Noi crediamo, invece, che il brano non giustifichi affatto questa convinzione, ma contribuisca piuttosto a dimostrare che nel caso dell'*actio de peculio* il padre non agisce come *defensor*, ma anzi che la sua posizione processuale si atteggi in maniera profondamente differente.

E' ovvio, inoltre, che l'alternativa prevista in D .2.14.20 è frutto dell'evoluzione storica. Originariamente, infatti, il *pater* sarà stato convenibile per i debiti contratti dal figlio solo con l'*actio de peculio*¹¹³. Solo successivamente, riconosciuta al figlio la capacità di obbligarsi e di stare in giudizio, sarà stata ammessa la possibilità che il *pater* potesse assumere il giudizio in qualità di *defensor*, come mero rappresentante processuale del figlio.

Inoltre, se nel caso delle azioni adiettizie, il *pater* agisse sempre e comunque come un *defensor* come mai nelle fonti non si trova alcun accenno ad una *stipulatio iudicatum solvi*¹¹⁴? Il motivo, a nostro avviso, sta nel fatto che il *pater*, in questo caso, assume il giudizio *suo nomine*, non come *defensor*.

¹¹² *Palin.*, I, 190 nt. 1.

¹¹³ *Infra*, Cap. III §1.

¹¹⁴ Sulla necessità di prestare le dovute *cautiones* per coloro che agiscono *alieno nomine*; vd. Gai 4.100-101; D. 3.3.39.1.

A tal proposito, come dicevamo, non abbiamo fonti che testimonino l'esistenza di *cautiones* prestate dal *pater* o dal *dominus* relativamente alle *a.a.q.*, e, a nostro parere, questa circostanza è già una prova del fatto che il *pater* o il *dominus* in questi casi non agiscano come *defensores*. Tuttavia, per suffragare ulteriormente l'ipotesi formulata abbiamo cercato di verificare come si atteggi il regime delle *cautiones* nei rapporti intercorrenti tra aventi potestà ed i loro sottoposti.

Così abbiamo esaminato casi affini a quelli delle *a.a.q.*, di cui peraltro tratta lo stesso Ulpiano nel suo libro nono *ad edictum*, proprio di seguito all'affermazione di carattere generale che '*qui alieno nomine agit quamcumque actionem, id ratum habiturum eum ad quem ea res pertinebit cavere debet*'¹¹⁵. E' probabile pensare, infatti, che i giuristi avvertissero l'esigenza di precisare i termini della questione.

In particolare, ci riferiamo a due frammenti relativi, uno, all'*actio iniuriarum*, e l'altro all'*actio de dote*.

Il primo si riferisce al caso del *pater* che agisca *fili nomine* con l'*actio iniuriarum*:

D. 3.3.39.4 (Ulp. 9 *ad ed.*): *Si pater filii nomine iniuriarum agat, cum duae sint actiones, una patris altera filii, cessat de rato cautio.*

In realtà, il brano riguarda l'*actio iniuriarum* esercitata dal *pater*, cioè un'azione in cui il *pater* agisce nella qualità di attore e non di convenuto, come nel caso delle *a.a.q.* Ciò non toglie che il frammento rivesta un certo valore ai fini anzidetti.

Il responso, infatti, sembra attestare, almeno secondo l'interpretazione corrente¹¹⁶, che dall'*iniuria* commessa ai danni di un *filius familias* nascono due distinte azioni, una a favore del *pater* e l'altra a vantaggio del *filius*¹¹⁷.

¹¹⁵ D. 3.3.39.1.

¹¹⁶ LAVAGGI, "*Iniuria*" e "*obligatio ex delicto*", *SDHI*, 13-14 (1947-48) 142ss; BONIFACIO, *Op. cit.*, 131.

¹¹⁷ In realtà nelle fonti si trova anche un responso in cui sembra, invece, che le azioni siano accordate entrambe al *dominus*: D. 47.10.41 (Ner. 5 membr.): *Pater, cuius filio facta est iniuria, non est impediendus quominus duobus iudiciis et suam*

Quella a cui sembra far riferimento Ulpiano è quella del *pater*, che egli esercita *fili nomine*, non nel senso che la esercita nell'interesse del *filius*, ma nel senso che la causa dell'azione da lui proposta risiede nelle *iniuria* arrecata contro il *filius*. Quindi, in questo caso, se il *pater* agisce con l'*actio iniuriarum* non agisce *alieno nomine*, nell'interesse del *filius* ma agisce, *suo nomine*, per un interesse proprio.

In tal senso Bonifacio¹¹⁸ afferma che: «..al quesito fondamentale, chi sia in definitiva titolare del diritto subiettivo che nel nostro caso sottostà all'azione, mi sembra che sulla base delle fonti si osa tranquillamente rispondere che titolare è il *pater*: agendo egli fa valere non già un diritto del figlio, ma un diritto suo proprio».

E, in effetti, Ulpiano conclude il suo responso ritenendo che in questo caso non vi è l'obbligo per il *pater* di prestare la *cautio*¹¹⁹.

Detto ciò, risulta particolarmente interessante leggere il frammento precedente, nel quale, invece, si richiede che il padre presti la *cautio* qualora agisca *de dote*:

D. 3.3.39.3 (Ulp. 9 *ad ed.*): *Si de dote agat pater, cavere debet ratam rem filiam habituram: sed et defendere eam debet, ut et Marcellus scribit.*

iniuriam persequatur et filii; vd. in proposito LAVAGGI, "Iniuria" e "obligatio ex delicto", cit., 193. Ebbene, noi siamo del parere che non vi sia conflitto tra il responso di Ulpiano (D. 3.3.39.4) e questo di Nerazio (D. 47.10.41), poiché si riferiscono a due periodi storici differenti. Quello testimoniato da Nerazio è conforme probabilmente al regime più antico, che si riferiva al periodo in cui ai *fili familias* non era stata ancora riconosciuta l'autonoma capacità di agire in giudizio *manente potestate*. Di conseguenza, l'azione riguardante il *filius* doveva essere soggetta ad un regime particolare dovuto principalmente al fatto che il *pater* conservava la titolarità dell'*actio* finché durava la sua *potestas* sul *filius*, mentre questi l'avrebbe acquistata nel momento stesso in cui diveniva *sui iuris*. Il brano di Ulpiano, invece, sembra riferirsi ad un periodo successivo in cui vi sono due azioni differenti e del tutto indipendenti, esercitabili una dal *pater* e l'altra dal *filius*, ormai capace di assumere autonomamente il giudizio *manente potestate*. Questa precisazione, comunque, non muta i termini della questione.

¹¹⁸ BONIFACIO, *Op. cit.*, 132.

¹¹⁹ BONIFACIO, *Op. cit.*, 132, nt. 38; LAVAGGI, "Iniuria" e "obligatio ex delicto", cit., 193.

Ulpiano precisa, infatti, che il *pater*, qualora eserciti l'*actio rei uxoriae*¹²⁰, deve prestare la *cautio rem ratam habituram*, visto che in questo caso agisce come *defensor*. Solo questo può essere il significato della chiusa del frammento ('*sed et defendere eam debet, ut et Marcellus scribit*'), in cui il '*sed*' assume un chiaro significato rafforzativo della precedente affermazione.

La titolarità dell'*actio rei uxoriae* spetta, infatti, alla figlia, almeno nel caso in cui essa sia *sui iuris*. Ed, infatti, nell'*intentio* della formula dell'*actio rei uxoriae* doveva esser menzionata la donna, qualora fosse *sui iuris*: '*Si paret N. Negidium Ageriae dotem partemve eius reddere oportere*'¹²¹.

Quindi, quando la *filia* è *sui iuris*, il *pater* può agire come *defensor*, ma in questo caso non agisce *suo nomine*, per un interesse proprio, ma *alieno nomine*, nell'interesse esclusivo della *filia*, e, quindi, nella sua qualità di *defensor*, deve prestare la *cautio*.

Ci sembra, dunque, che dall'esame di questi due brani sia emerso con chiarezza che in relazione agli aventi potestà, ed in particolare al *pater*, si applichino le stesse regole a cui sono sottoposti tutti coloro che agiscono *alieno nomine*. Qualora, infatti, assumono il giudizio in qualità di *defensores*, devono anch'essi prestare le *cautiones* di rito, mentre non sono sottoposti a questo onere qualora agiscano nell'interesse proprio. Il pensiero di Ulpiano è particolarmente esplicito in tal senso, ed anche la scelta dei casi esaminati e il loro accostamento non è occasionale ma risponde, a nostro parere, a questa logica.

Di conseguenza, è lecito pensare che la mancanza assoluta di fonti relative alle *a.a.q.* che testimonino l'esistenza di *cautiones* prestate dagli aventi potestà a favore dei loro sottoposti, contribuisca ad

¹²⁰ E' ormai pacificamente riconosciuto in dottrina che i compilatori hanno soppresso ogni menzione dell'*actio rei uxoriae*, sostituendola di volta in volta con l'espressione generica di *actio de dote* o *actio dotis*; cfr., MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 240.

¹²¹ Nel caso che la *filia* fosse soggetta a potestà si agiva '*adiuncta filiae persona*': '*Si paret N. Negidium A. Agerio filiave eius reddere oportere.*'; vd., LENEL, *EP.*, 304ss; MANTOVANI, *Le formule del processo*, cit., 60.

escludere, come avevamo già accennato, che *pater* o *dominus* agissero come ‘*defensores*’ di *fili* e schiavi.

Vedremo, inoltre, che vi sono altre fonti che sembrano smentire decisamente l’idea che il *dominus* o *pater*, nel caso delle *a.a.q.*, assumano l’*obligatio* solo in seguito alla *litis contestatio*.

Infatti, se così fosse, e quindi il *pater* o il *dominus* non fossero obbligati prima della *litis contestatio*, come si spiegherebbe allora che, secondo le fonti in nostro possesso, che saranno oggetto d’esame successivamente, il *dominus* può essere chiamato in giudizio anche in seguito all’alienazione o alla morte del servo *exercitor*¹²², o alla morte del *filius*¹²³?

Un’ulteriore riprova in tal senso deriva, ad esempio, anche dalle attestazioni presenti nelle fonti che l’obbligazione del *pater* sancita dall’*actio de peculio*, e quella a carico del *filius* sono distinte e possono subire vicende differenti, sebbene tra loro esista un legame profondo. Così, se al padre è legata *liberatio* in relazione alla responsabilità connessa all’*actio de peculio*, il *pater* deve essere liberato tramite patto ‘*ne etiam filius liberetur*’ (D. 34.3.5.2)¹²⁴; se è legata al figlio, questo va liberato tramite *acceptilatio* affinché giovi anche nei confronti del *pater*, a meno che il testatore non si sia espresso diversamente, e cioè nel senso che fosse liberato solo il *filius* e non anche il *pater*. Allora in questo caso il *filius* sarà liberato tramite patto (D. 34.3.5.3)¹²⁵.

5. Valutazioni conclusive.

Preso atto degli elementi testuali e valutate le testimonianze addotte, ci sembra che risulti confermata, dunque, la nostra convinzione iniziale che, sia da un punto di vista sostanziale sia

¹²² D. 14.1.4.3; *infra*, Cap. IV § 5.

¹²³ D. 14.6.18; D. 46.1.11; *infra*, Cap. III § 1.1

¹²⁴ Per una dettagliata trattazione delle fonti in questione vd. *infra*, Cap. V § 5.

¹²⁵ *Infra*, Cap. V § 5.

strettamente processuale, la natura e la disciplina giuridica della c.d. rappresentanza processuale, per la realizzazione della quale si utilizzava utilmente il meccanismo della trasposizione di soggetti, si ponga su un piano totalmente differente da quello delle *a.a.q.*:

1) I casi di rappresentanza processuale si iscrivono, infatti, in un ambito del tutto particolare e unico, cioè quello dell'*agere nomine alieno*, nel quale non sembrano rientrare, invece, né le azioni adiettorie né quelle nossali. In tal senso sembrano pronunciarsi chiaramente le fonti a nostra disposizione (§ 2).

2) L'espressione *actio competere* o *dari servorum, filiorum* o *institoris nomine*, che ricorre frequentemente a proposito delle *a.a.q.*, non fa riferimento al soggetto 'in nome del quale' si agisce, bensì alla 'causa', al fondamento della responsabilità degli aventi potestà o dei preponenti (§ 2.1; 2.2; 2.3).

2) Il *dominus, pater* o preponente non assumono l'*obligatio* al momento della *litis contestatio*, come il *cognitor* o il *procurator*, ma la loro *obligatio* sembra preesistere ad essa.

D'altronde, la *litis contestatio* non è idonea a creare un *oportere* in senso proprio, atto a fondare l'azione, ma anzi presuppone un precedente *dare oportere* valido (§ 3.3), che, nel caso delle *a.a.q.*, non esisterebbe nemmeno se nelle relative *intentiones* dovesse citarsi l'*oportere* dello schiavo, e fino ad una certa epoca anche del *filius*. Invece, nel caso dei rappresentanti processuali l'*intentio* fa sempre riferimento ad un *oportere* preesistente e valido sul quale si fonda l'azione, e solo gli effetti della *condemnatio* si riflettono nella sfera giuridica del rappresentante, ed il più delle volte in maniera non definitiva.

3) Non conosciamo fonti relative alle *a.a.q.* in cui il *dominus* o il *pater* vengano considerati alla stregua di *defensores* processuali dei rispettivi schiavi o i *fili*.

In realtà, vi sono dei brani in cui il *pater* interviene in qualità di *defensor filii*, ma essi non si riferiscono alle *a.a.q.*, anzi da queste

nettamente si distinguono (§ 4). Le ipotesi prospettate, inoltre, sono da attribuire certamente ad un periodo successivo alla creazione delle *a.a.q.*, in quanto presuppongono il riconoscimento della capacità dei *fili familias* di obbligarsi. Tanto è vero che in altre fonti dello stesso periodo si prospetta al contrario la possibilità che i *fili* agiscano come *defensores* dei loro padri (§ 4).

4) Infine, utilizzando la trasposizione di soggetti, così come Lenel o Keller vorrebbero, si determinerebbe una situazione tale per cui i *fili*, gli schiavi ed i preposti figurerebbero come gli effettivi titolari dei rapporti giuridici (*domini negotii*) e, viceversa, *patres*, *domini* e preponenti, come semplici *defensores*.

Così, con l'utilizzazione processuale della trasposizione di soggetti si falserebbe, inoltre, non solo la 'realtà giuridica' ma anche la 'realtà economica' che costituisce il presupposto stesso della «responsabilità adiettizia». Infatti, come sarà successivamente dimostrato, la «titolarità» dei rapporti di carattere giuridico-economico nascenti dalle attività commerciali conclusi da schiavi, *fili* e preposti, spetta direttamente ed unicamente al *dominus*, al *pater*, o al preponente titolare dell'impresa. Tutto ciò per effetto ed in conseguenza del fatto che i riflessi dell'attività economico-giuridica compiuta da servi, *fili* e preposti si riversano esclusivamente nella sfera economica dei loro aventi potestà o dei loro preponenti.

CAPITOLO TERZO

VALUTAZIONI STORICHE E DOGMATICHE SULLA POSSIBILITÀ DI COSTRUIRE L'*INTENTIO* DELLE AZIONI ADIETTIZIE MENZIONANDO L'*OBLIGATIO* DEL *SERVUS* O DEL *FILIUS*.

Introduzione: identificazione degli elementi sostanziali e processuali che impediscono, a nostro parere, di accettare l'ipotesi di Keller nella parte in cui ritiene possibile menzionare l'obligatio del servus o del filius nelle intentiones delle actiones adiecticiae qualitatis.

A nostro parere, il punto più debole dell'ipotesi di Keller¹, e poi di Lenel², è costituito dalla convinzione che nell'*intentio* delle *a.a.q.* debba menzionarsi l'*obligatio* dei soggetti che abbiano posto in essere l'atto negoziale, e non quella del *dominus, pater* o preponente.

Non esistono, in proposito, testimonianze dotate di una efficacia probatoria determinante. Anzi, come abbiamo dimostrato precedentemente, in base a quelle in nostro possesso è estremamente improbabile credere che il padre o il *dominus* agiscano alla stregua di *defensores*, e che, dunque, su di essi gravi un vincolo di natura meramente processuale, connesso esclusivamente alla conclusione della *litis contestatio*³.

¹ *Supra*, Cap. I § 1.1.

² *Supra*, Cap. I nt. 32; § 2.

³ *Supra*, Cap. II.

Ma vi sono altre circostanze che inducono ad escludere, anche da un punto di vista sostanziale, che i giuristi romani abbiano potuto concepire e suggerire una formula delle *a.a.q.* nella cui *intentio* dovesse essere menzionata l'*obligatio* del soggetto a potestà, *filius* o servo che fosse.

Va detto, innanzitutto, che le obiezioni principali che possono opporsi all'ipotesi di Keller riguardano soprattutto le *a.a.q.* che siano adattamenti di *actiones in ius conceptae*⁴, in relazione alle quali non è ammissibile l'adozione di una trasposizione di soggetti, vista l'impossibilità di riferire un'*obligatio* in senso proprio al servo, e, in un certo periodo storico, anche al *filius familias*.

E' necessario, infatti, riflettere su alcuni punti che, sinteticamente esposti in questa sede per comporre un quadro unitario di riferimento, saranno oggetto di autonomo e dettagliato svolgimento nei paragrafi successivi:

1) Come abbiamo già visto, Keller⁵ non trova alcuna difficoltà a menzionare l'*oportere* del *filius* nell'*intentio* delle *a.a.q.* in quanto presuppone che, già al tempo di creazione delle stesse, tale soggetto fosse dotato di piena capacità giuridica e della conseguente capacità di obbligarsi autonomamente.

L'Autore, infatti, nell'affrontare l'argomento non considera affatto la possibilità che, al tempo di creazione delle *a.a.q.*, la capacità dei *fili* *familias* non avesse trovato pieno riconoscimento. Non si pone nemmeno il problema della valutazione storica delle testimonianze che vi fanno riferimento, e, quindi, delle eventuali stratificazioni in esse riscontrabili.

E, in effetti, solo studi a lui successivi valuteranno criticamente queste fonti, giungendo alla conclusione che la capacità dei *fili* *familias* di assumere obbligazioni valide *iure civili* non era un dato presente nell'arco di tutta l'esperienza giuridica romana⁶. In realtà, ancora oggi risulta difficoltoso precisare con esattezza il momento in

⁴ *Supra*, Cap. I, § 1, nt. 18.

⁵ KELLER, *Litis Contestation und Urtheil*, cit., 420-421; *supra*, §1, nt. 15.

⁶ *Infra*, § 1.

cui essa si sia realizzata pienamente ma, qualunque sia la tesi da accettare, è certamente tardo rispetto al primo manifestarsi delle azioni adietizie.

Difatti, è più facile credere che ai *fili familias* venne riconosciuta la possibilità di obbligarsi autonomamente anche per effetto ed in conseguenza dell'evoluzione del regime delle *a.a.q.* e, soprattutto, del peculio ordinario e dei c.d. peculi speciali. Anzi tali regimi non si spiegherebbero nemmeno se i *fili familias* avessero avuto *ab origine* piena capacità giuridica⁷.

2) E' nostra convinzione, inoltre, che anche con riferimento agli schiavi sia stato compiuto da Keller un errore di valutazione storica. Infatti, la creazione dell'*obligatio naturalis*⁸ di per sé non può essere tale da giustificare l'esistenza di un *oportere* a carico del servo nelle *intentiones* delle *a.a.q.* come credeva, invece, lo studioso tedesco⁹.

Infatti, secondo l'opinione della dottrina prevalente il concetto di *o.n.* è tardo, riferibile almeno al pensiero di Giavoleno¹⁰. Quindi, se si dovesse giustificare l'esistenza di un *oportere* in capo al servo in base a questo concetto, si dovrebbe pervenire alla conclusione che le *a.a.q.* siano state create in piena età classica. Questa conclusione è ovviamente inaccettabile in considerazione delle numerose testimonianze che ne attestano la risalenza¹¹. Crediamo, dunque, che non vi possano essere dubbi sul fatto che il riconoscimento delle azioni adietizie sia storicamente più risalente e prescinda, al momento della sua creazione, dal riferimento a concetto di *o.n.*

⁷ *Infra*, § 1.1.

⁸ Da questo momento in poi leggi *o.n.*

⁹ *Supra*, Cap. I § 1.1, nt. 17

¹⁰ Sul tema vd. *infra*, § 3.

¹¹ La dottrina è concorde nel ritenere che la creazione delle *a.a.q.* debba riferirsi al II sec. a.C.; cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 605ss; ALBANESE, *Le persone*, cit., 160-161; TALAMANCA, *Processo civile*, cit., 61, nt. 441. Solo VALIÑO, *Las «actiones adiecticiae qualitatis»*, cit., 344ss, si discosta da tale indirizzo sostenendo che l'origine storica delle azioni in questione debba essere collocata tra la fine del II sec. e gli inizi del primo.

Inoltre, ragioni più profonde portano ad escludere che l'*o.n.* del servo potesse essere menzionata nell'*intentio* delle *a.a.q.* Difatti, analizzando dettagliatamente i titoli del Digesto che si riferiscono alle azioni adiettizie, può notarsi agevolmente che non si fa mai riferimento al concetto di *o.n.* per giustificare la concessione, o per sancire la conseguente responsabilità del *dominus* o del *pater*. Se un nesso esiste tra *a.a.q.* e *o.n.*, esso è di natura estrinseca e riveste finalità di inquadramento definitivo¹².

In particolare, poi, le fonti in nostro possesso sembrano smentire l'idea di chi vuol ravvisare nelle *a.a.q.*, o anche solamente nell'*actio de peculio* una sanzione dell'*o.n.*¹³, o più semplicemente del '*debitum*' assunto dal servo in nome proprio e nel proprio interesse¹⁴.

Siamo convinti, invece, che in origine il regime peculiare, e, quindi anche la *deductio* e l'*actio de peculio*, dovessero prescindere nei tratti fondamentali del loro svolgimento dall'esistenza del *debitum servi*. L'idea del *debitum servi* nasce e si sviluppa certamente in connessione al concetto di *o.n.*, e come sembra risultare abbastanza chiaramente, viene creato ed elaborato dai giuristi romani, anche in relazione agli stessi rapporti peculiari presi in considerazione ai fini delle *a.a.q.*, ma strumentalmente solo per la realizzazione di ulteriori effetti in ordine agli stessi (*soluti retentio*, *fideiussio* di garanzia a favore dell'*obligatio servi*).

Di conseguenza, diversamente da quanto pensano alcuni studiosi, non è tramite l'*actio de peculio* che si riconosce piena rilevanza ai debiti assunti dagli schiavi in nome proprio e nel proprio interesse, ma all'opposto è proprio svincolando parzialmente i *debita* servili dal regime del peculio, o meglio dell'*actio* e della *deductio peculii*, che viene assicurata un'autonoma efficacia agli atti negoziali dei servi. Solo in tal modo può parlarsi di un *debitum servi*, che sia riconosciuto e tutelato in maniera autonoma ed indipendente dalla responsabilità del *dominus* e dai rapporti potestativi con esso vigenti¹⁵.

¹² *Infra*, § 3.

¹³ G. L. LONGO, *Ricerche*, cit., 45; ID., *Il concetto*, cit., 111; *infra*, § 4.

¹⁴ BUTI, *La capacità patrimoniale*, cit., 147ss; *infra*, § 4.

¹⁵ *Infra*, § 5.

1. *Alla luce di una lettura critica delle fonti è probabile ritenere che i filii familias vengano ad assumere piena capacità giuridica solo in età classica. Sembra, quindi, molto improbabile che già al momento della creazione delle a.a.q. fosse possibile configurare un oportere in capo a tali soggetti.*

Allo scopo di confutare l'idea che il *pater*, nel caso delle *a.a.q.*, agisse in veste di *defensor*, abbiamo già esaminato¹⁶ dei passi dai quali sembra emergere in maniera evidente che tramite le suddette azioni dovesse sanzionarsi l'*obligatio* del *pater* e non del *filius*, e, d'altra parte, che quello assunto dal *pater* non potesse essere considerato alla stregua di un vincolo di natura meramente processuale.

Nel capitolo successivo esamineremo ancora la questione, e vedremo ancora più chiaramente che dal negozio concluso dal *filius* nei limiti della *praepositio*, *iussum* o del *peculium*, derivano due *obligationes*, una in capo al *filius* e l'altra in capo al *pater* e, al contempo, che queste vengono nettamente distinte in relazione alle vicende estintive o alle relative garanzie accessorie¹⁷, ma soprattutto al fine di ribadire che è l'*obligatio* del *pater* e non quella del *filius* ad essere sanzionata tramite le *a.a.q.*

Questa è, come abbiamo già visto e come mostreremo meglio in seguito, la visione che emerge dalle fonti tardo-classiche. Ma vi è di più, in quanto se risaliamo indietro nel tempo possiamo svolgere alcune considerazioni che portano ad escludere ulteriormente l'idea espressa da Keller che nelle *intentiones* delle *a.a.q.* dovesse menzionarsi l'*obligatio* del *filius*.

Infatti, quello descritto nelle fonti in nostro possesso è il regime delle *a.a.q.* vigente in età classica matura, che prescinde, tuttavia, da una visione storica. Esso, infatti, non può essere considerato idoneo a rappresentare *tout court* il regime delle *a.a.q.* sin dal momento della

¹⁶ *Supra*, Cap. II § 4.

¹⁷ Infatti, le fonti mostrano che, sebbene tra le due obbligazioni esiste un forte nesso causale e genetico, le vicende del vincolo obbligatorio gravante sul *pater* non seguono inevitabilmente quelle che dovessero riguardare l'*obligatio* del *filius*, e viceversa; *infra*, Cap. V § 5.

loro creazione, ma semmai solo quello corrispondente al periodo di piena evoluzione delle stesse. Non c'è dubbio, infatti, che il regime descritto presupponga il riconoscimento per il *filius familias* della capacità di obbligarsi autonomamente e di essere convenuto in giudizio per le obbligazioni assunte. Tanto è vero che il padre può garantire per l'*obligatio* del *filius*, può assumere il giudizio, in alternativa alle *a.a.q.*, in qualità di *defensor filii*¹⁸ e, viceversa, il *filius* può agire come *defensor patris* o prestare garanzie a suo favore¹⁹.

E, in realtà, è solo tra la fine del XIX e gli inizi del XX sec.²⁰ che è stata affrontata storicamente la questione relativa alla capacità di obbligarsi del *filius familias*, mentre precedentemente veniva assunta come un dato presente nell'arco di tutta l'esperienza giuridica romana. E, ormai, la dottrina romanistica propende decisamente per un tardo riconoscimento della stessa, prospettandola, secondo l'opinione preferibile²¹, come una novità della prima età classica.

Se così è, ci rendiamo immediatamente conto che l'ipotesi di Keller²² perde uno dei suoi presupposti fondamentali, in quanto in età preclassica²³ doveva essere impossibile menzionare l'*obligatio* del *filius* nell'*intentio* delle formule delle *a.a.q.* e, quindi, realizzare la trasposizione di soggetti.

¹⁸ *Supra*, Cap. II § 4; *infra*, Cap. V § 5.

¹⁹ D. 15.3.10.1; *supra*, Cap. II § 4.

²⁰ L'opinione più plausibile reputa che la capacità di obbligarsi del *filius familias* si sia sviluppata in conseguenza dell'ammissione dei *fili* al voto legislativo, alla *sponsio* pubblica e, conseguentemente, alla *sponsio* privata; in proposito vd. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, vol. I, Milano, 1963, 124, il quale richiama anche le opinioni di Mandry e Mommsen. In riferimento specifico all'ambiente familiare, inoltre, la regola deve essersi affermata anche in conseguenza del fatto che il *filius* è il soggetto chiamato a succedere nel complesso patrimoniale del *pater*: Gai 2.157; D. 28.2.11 (Paul. 2 *ad Sab.*): *In suis heredibus evidentius aparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videtur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam.....*; *infra*, § 1.3. E, d'altronde, un ruolo decisivo in tal senso deve aver svolto certamente il regime peculiare, e, in particolare, quello dei c.d. regimi speciali; *precipue* BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 124.

²¹ *Infra*, § 1.3.

²² *Supra*, Cap. I § 1, nt. 15.

²³ Per l'età di creazione delle *a.a.q.* vd. *supra*, Cap. III nt. 11.

Va riconosciuto, tuttavia, che del regime familiare originario sappiamo poco, e, a dire il vero, non è neanche pacifica la datazione del momento in cui si è giunti al riconoscimento della piena capacità di obbligarsi per i *filii familias*. Infatti, non abbiamo fonti che direttamente ci forniscano notizie sulle modalità e sui tempi in cui dovette realizzarsi. Possono solo utilizzarsi riferimenti indiretti o testimonianze relative ad argomenti affini, dai quali possono, tuttavia, ricavarsi utili elementi ricostruttivi, anche se alcuni di natura meramente indicativa.

Di conseguenza, ci soffermeremo puntualmente solo su alcuni di essi, ed in particolare su quelli che riteniamo anche maggiormente significativi ai fini della comprensione del regime complessivo delle *a.a.q.*

In primo luogo, va preso atto del fatto che nelle fonti non si parla di *o.n.* per i debiti assunti dai *filii familias* nei confronti dei terzi²⁴. E' lecito pensare, allora, che ciò avvenga per il fatto stesso che all'epoca in cui fu creato il concetto di *o.n.* ad essi era già stata riconosciuta l'autonoma capacità di obbligarsi, e di assumere, quindi, obbligazioni valide *ex iure civili*. Possiamo supporre, dunque, che molto probabilmente già al tempo di Giavoleno²⁵ ai *filii familias* dovesse esser stata riconosciuta la suddetta capacità.

Un altro dei pochi dati certi che possediamo in materia è il *Senatusconsultum Macedonianum*²⁶, il quale presuppone certamente

²⁴ Con questo non vogliamo aderire all'ipotesi radicale affermata con PEROZZI (*Istituzioni* 2, Firenze, 1908, 24ss), e poi con G. E. LONGO (*Concetto e limiti*, cit., 95ss) che quella dell'*obligatio servi* fosse l'unico caso di *o.n.* classica. La dottrina prevalente ha ribadito più volte che nel novero delle obbligazioni naturali classiche dovessero rientrare anche i rapporti obbligatori intercorrenti tra padri e *filii* e tra *filii* appartenenti alla stessa *familia*: D. 12.6.38.2; D. 46.1.56; vd. *infra*, § 4 nt. 134.

²⁵ E' a questo giurista, infatti, che si riferisce la prima menzione esplicita della nozione di *o.n.*; *infra*, § 3.

²⁶ Da ora in poi *Sc.M.* Sul tema vd. DEVILLA, *Appunti sul Senatoconsulto Macedoniano*, in *Studi Sassaesi* 18 (1940-41) 262ss; BENEDEK, *Zweck und Entstehungsumstände des "Senatusconsultum Macedonianum"*, in *Essays Beinart*, Cape Town, Wetton, Johannesburg, 1978 (in *Acta Juridica* 1976) 47ss; LUCREZI, *Il problema del mutuo di denaro erogato al "filius familias"*, Napoli, 1993 e bibliografia ivi citata.

l'acquisita capacità del *filius* di obbligarsi autonomamente e di essere convenuto in giudizio. Il *senatusconsultum* in questione, infatti, prescrivendo che non fosse concessa '*actio petitioque*'²⁷ a chi avesse dato denaro a mutuo ai *filiii familias*, viene a porre di fatto un limite alla capacità del *filius* di obbligarsi, e, quindi, ovviamente ne presuppone il riconoscimento²⁸.

Ma vi è di più, in quanto l'emanazione ed il contenuto stesso del senatoconsulto ci permettono di cogliere, con una certa evidenza, i rapporti intercorrenti nella prima età classica tra la capacità negoziale e processuale dei *filiii familias*, da una parte, e quella patrimoniale, dall'altra, e di formulare anche ipotesi in relazione ai periodi precedenti.

Al tempo del *Sc.M.*, infatti, il *filius* poteva obbligarsi, essere convenuto in giudizio ma non aveva un patrimonio proprio. Quindi, anche se si poteva agire contro di lui, addirittura con l'*actio iudicati*, non si poteva, invece, proporre nei suoi confronti alcun atto esecutivo²⁹

²⁷ D. 14.6.1 pr. (Ulp. 29 ad ed.): *Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: "Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri"*. In concreto, i mutui concessi ai *filiii familias*, sebbene validi *iure civili*, erano destinati ad essere neutralizzati nei loro effetti dal pretore, tramite *denegatio actionis* o mediante l'inserimento nella formula di un'*exceptio Senatusconsulti Macedoniani*; da ultimo LUCREZI, *Il problema del mutuo*, cit., 19.

²⁸ La datazione del *Sc.M.* non è a noi nota. Tuttavia, può desumersi agevolmente da alcune testimonianze presenti nelle fonti che sembrano riferirsi al Principato di Vespasiano e, quindi, ad un periodo compreso tra il 67 e il 79 d.C. Per le testimonianze utilizzabili a tal proposito e per una rassegna delle principali ipotesi sostenute vd. LUCREZI, *Il problema del mutuo*, cit., 5.

²⁹ La dottrina è discordante sulla possibilità di esperire un'esecuzione di carattere personale nei confronti del *filius*. Parte di essa lo ritiene impossibile perché realizzerebbe una grave ed inammissibile violazione della *patria potestas*; vd. MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht*, cit., 403ss; BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 126. Altra parte propende, invece, per una soluzione positiva: SOLAZZI, *Sulla capacità del «filius familias» di stare in giudizio*, in *Scritti di diritto romano* 1, Napoli, 1955; ALBANESE, *Le persone*, cit. 276; PUGLIESE, *Istituzioni di diritto*

che consentisse la realizzazione effettiva della pretesa creditrice addotta in giudizio.

Dunque, visto che i terzi potevano agire contro di lui ma non esser certi della piena soddisfazione del proprio credito, dovevano attendere che, con la morte del padre, il *filius* ne acquistasse l'intero patrimonio o una parte in qualità di erede, con le inevitabili conseguenze che tale situazione poteva comportare in ordine alla buona salute dei *patres familias*.

Ebbene, non può pensarsi che quella descritta corrisponda all'originaria situazione giuridica dei *filius familias*. L'incapacità patrimoniale del *filius* a fronte della sua capacità di obbligarsi, costituisce infatti una forte «anomalia»³⁰ che, in quanto tale, non può essere riferita allo stato originario della famiglia romana, ma, più probabilmente, ad un momento di sviluppo ed evoluzione della stessa.

Basti ricordare le parole di Bonfante³¹ che ci sembrano particolarmente significative a tal proposito: «E anzitutto non esitiamo a dire che con i principi del diritto di famiglia, con la posizione del *filius familias* la sua capacità di obbligarsi non si concilia... L'anomalia a nostro avviso è innegabile. Ma l'anomalia, cioè la norma di diritto singolare, è sempre un documento di diritto storico; o rappresenta sopravvivenze del passato, rudimenti storico-giuridici, o è

romano, Torino, 1991, 382, il quale, in particolare, ritiene possibile la *ductio* del *filius* in seguito al progressivo affievolimento della *patria potestas* che si ebbe nell'esperienza romana. In realtà, non abbiamo alcuna fonte che possa orientarci esplicitamente a tal proposito, e, quindi, la risposta può essere tratta solo dai principi generali.

In ogni caso, concordiamo con Lucrezi (*Il problema del mutuo*, cit., 40) nel ritenere che, anche se fosse stata ammessa la *ductio* del *filius familias*, non si sarebbero alterati i termini della questione, il fatto cioè che «..indipendentemente dall'eventualità del ricorso al "mezzo di coazione indiretta" dell'esecuzione personale, la garanzia del risarcimento patrimoniale - la sola cosa che effettivamente interessasse il creditore - era in ogni caso subordinata a questa modifica dello *status familiae* del debitore: ogni credito a favore del *filius familias* diventava di per se stesso, di fatto, un credito "in mortem parentis"».

³⁰ Così si esprime BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 122.

³¹ BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 122-123.

un prodotto recente e prelude talora ad un rivolgimento futuro, ad un principio generale opposto, è la crepa di un edificio finora intatto».

Non vi è dubbio che questa notazione, e le altre proponibili a tal proposito³², costituiscano delle argomentazioni convincenti a favore di chi suppone che la capacità di obbligarsi del *filius* sia una conquista successiva del diritto romano.

Tuttavia, al di là della questione nel suo complesso, che presenta indubbiamente lati oscuri ed insondabili allo stato attuale delle nostre conoscenze, ci sembra, comunque, che un dato possa essere desunto dalle fonti al di là di ogni ragionevole dubbio.

La capacità di obbligarsi dei *filius familias* e le prescrizioni del *Sc.M* si inseriscono nel regime della famiglia romana tardivamente, venendo a confliggere per molti aspetti con le regole fino ad allora vigenti.

Ed è proprio in tal senso che va valutato il rapporto esistente nelle fonti tra il *Sc.M*, che rappresenta il nuovo regime familiare, e le *a.a.q.*, che al vecchio si collegano più direttamente. D'altronde, sono gli stessi giuristi romani che ci impongono una riflessione di tal genere, poiché furono i primi a realizzarla, come si evince dalla stessa sistematica delle loro opere.

³² Vd. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., 123ss. Gli indizi più significativi addotti dall'A. a sostegno dell'originaria incapacità di obbligarsi del *filius familias* sono principalmente due. Il primo può ravvisarsi nella regola testimoniata nelle fonti in base alla quale i debiti gravanti sui soggetti *sui iuris* si estinguono per effetto della *capitis deminutio minima*, e, quindi, per il fatto stesso di essere divenuti *filius familias*. L'unica spiegazione plausibile per questa regola è che sia stata elaborata in un momento in cui i *filius familias* non erano capaci di obbligarsi, altrimenti non vi sarebbe stato motivo perché l'obbligazione non sopravvivesse in capo a coloro che successivamente fossero divenuti *filius familias*. L'altro si riferisce al fatto che, a quanto sappiamo, le obbligazioni contrattuali sono più recenti rispetto a quelle di natura delittuale o sacrale. Ebbene, le fonti sembrano attestare una incapacità assoluta dei *filius familias* in materia sacrale o delittuale, quindi è lecito pensare che in età più antica al *filius* non doveva essere riconosciuta alcuna capacità autonoma di assumere obbligazioni.

1.1. *Non vi sono dubbi che il Sc. Macedonianum presupponga la capacità per il filius familias di assumere obligationes valide ex iure civili. Le fonti ci testimoniano l'esistenza di una relazione profonda tra le a.a.q. e il senatoconsulto in questione. L'analogia corre, tuttavia, tra le a.a.q. e le deroghe al divieto senatorio. Infatti, nel caso in cui ricorrono i presupposti per l'esperimento delle a.a.q., le disposizioni del Sc. Macedonianum non si applicano nemmeno. A nostro parere ciò dipende principalmente dal fatto che le a.a.q. non sanzionano l'obligatio del filius e solo indirettamente quella del pater, ma direttamente una responsabilità del pater.*

In effetti, se si esaminano le fonti si nota che tra il *Sc.M* e le azioni adietizie vi è una relazione particolarmente rilevante tanto che gli stessi compilatori dedicano al senatoconsulto in questione un titolo apposito nella stessa *sedes materiae* in cui trattano delle *a.a.q.*. Il titolo relativo al *Sc.M.* (14.6) si trova, infatti, inserito tra quello “*Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium esse dicetur*” (14.5) e quello “*De peculio*” (15.1).

D'altronde, la sistematica giustiniana riprende quella dei grandi commentari *ad edictum* dei giuristi classici³³.

Tuttavia, è interessante notare che la relazione non corre propriamente tra le *a.a.q.* e il *Sc.M.*, quanto piuttosto tra le azioni in questione e le deroghe al *Sc.M.* Quelli contemplati nel titolo 14.6 del Digesto sono, infatti, tutti casi in cui “*senatusconsultus cessat*”.

In tal senso la testimonianza racchiusa nelle fonti è molto interessante e ci induce a delle importanti riflessioni. Come ha

³³ Già LENEL, *EP.*, 274 aveva posto in evidenza che la successione dei titoli all'interno del libro 14 e 15 del Digesto non seguiva lo schema editale. La trattazione del *Sc.M.*, infatti, non c'era nell'editto, ma erano i giureconsulti (ULP. 29 *ad ed.*; PAUL 30 *ad ed.*; IUL. 12 *digest*; GAI 9 *ad ed. prov.*) a collegare la trattazione del senatoconsulto in questione con gli editti relativi alle *a.a.q.*: «Diese Rubrikenfolge ist keineswegs dem Edikt entnommen. Zunächst das *SC. Macedonianum* kommt nur in den Kommentaren, nicht im Edikt selbst vor. Die Juristen knüpften dessen Besprechung an die Edikte über die mit Gewaltunterworfenen abgeschlossenen Geschäfte an ».

precisato Lucrezi³⁴, infatti, “le azioni con trasposizione di soggetti, per realizzare la loro peculiare funzione, scavalcano l’ostacolo dell’incapacità giuridica di una parte negoziale, dando la possibilità al creditore di realizzare comunque la sua pretesa. Il *Sc.M*, al contrario, crea una barriera, impedendo la realizzazione di un credito legittimo. Non sussiste, dunque, alcuna analogia. L’analogia, - anzi come già detto - l’identità logica e funzionale, vi è, tra le azioni adiettizie e le deroghe al *decretum*, che permettono anch’esse di scavalcare un ostacolo giuridico e di soddisfare una giusta pretesa economica”.

E, invero, quello delle *a.a.q.* è uno dei casi principali in cui l’efficacia del senatoconsulto in questione *cessat*³⁵. La *ratio* è evidente: per i debiti assunti dal *filius familias* in presenza dei requisiti necessari per l’esperimento delle *a.a.q.* non si pone alcun problema di sorta, poiché i terzi non devono attendere che il figlio con la morte del *pater* divenga erede, ma possono agire immediatamente e direttamente contro il *pater* stesso³⁶.

Ma vi è di più. Noi siamo convinti, infatti, che nel caso delle *a.a.q.* la deroga al *Sc.M* derivi dal fatto che in relazione a queste azioni la capacità di obbligarsi del *filius familias* non assume alcun rilievo, poiché dagli atti conclusi dai *fili* dietro ordine del *pater* (*iussum*), o nei limiti del peculio, o nella qualità di *exercitor navis* o *institor*, deriva una responsabilità diretta per il *pater* stesso.

E, in effetti, le fonti sembrano esprimersi con chiarezza in ordine a tutte le *a.a.q.*, nessuna esclusa.

Così, per il caso della *actio institoria* e dell’*actio de peculio* vi è un frammento di Ulpiano particolarmente esplicito in proposito:

D. 14.6.7.11 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Interdum tamen etsi senatus consulto locus sit, tamen in alium datur actio, ut puta filius familias institor mutuam pecuniam accepit: scribit enim Iulianus libro duodecimo ipsum quidem institorem exceptione senatus consulti usurum, si conveniatur, sed institoriam actionem adversus eum qui praeposuit competere,*

³⁴ LUCREZI, *Il problema del mutuo di denaro*, cit., 179.

³⁵ Per una dettagliata indicazione delle deroghe al *Sc.M* si veda ALBANESE, *Le persone*, cit., 280, nt. 331; LUCREZI, *Op. cit.*, 123ss.

³⁶ LUCREZI, *Op. cit.*, 176.

quamquam, inquit, si ipse pater eum praeposuisset merci suae vel peculiarem exercere passus esset, cessaret senatus consultum, quoniam patris voluntate contractum videretur: nam si scit eum negotiari, etiam hoc permississe videtur, si non nominatim prohibuit merces accipere.

Il responso si riferisce al caso in cui il *filius familias*, preposto come *institor*, da un terzo, abbia ricevuto una somma di denaro a titolo di mutuo e stabilisce che, sebbene si applichino le prescrizioni del *Sc.M*, tuttavia in '*alium datur actio*'. Di conseguenza, l'*exceptio* derivante dal *Sc.M* gioverà al figlio ma non al terzo preponente, contro il quale verrà concessa l'*actio institoria*. Così, se lo stesso *pater* prepone il *filius* all'*exercitio* di una *taberna* o gli affida un peculio, cessa l'efficacia del *Sc.M*. ed il padre sarà convenibile con l'*actio institoria*, o con l'*actio de peculio* '*quoniam patris voluntate contractum videretur*'.

In realtà, potrebbe pensarsi ad una alterazione relativamente all'inciso '*vel peculiarem exercere passus est*' e per la chiusa '*nam si...merces accipere*'. Per quanto riguarda la prima espressione è facile notare il mutamento di soggetto tra il primo caso, in cui è il padre a preporre il *filius*, e il secondo in cui è il *filius* stesso che '*passus est exercere peculiarem*'. D'altronde, potrebbe indurre in sospetto la parte finale del brano in cui la '*voluntas patris*' viene posta sullo stesso piano della '*scientia*' e, dunque, del '*non prohibere*'.

Tuttavia, per quanto riguarda la sconnessione sintattica del periodare, siamo del parere che l'anomalia sia da attribuire alla contrazione di due responsi riguardanti l'uno il caso della *praepositio institoria* e, l'altro, quello del peculio, più che ad un intervento di natura sostanziale che abbia alterato il significato del responso. Tanto è vero che il brano successivo che ci riportano i compilatori, e che presumibilmente seguiva il frammento da noi esaminato anche nell'opera ulpiana, riguarda l'*actio de in rem verso* (D. 14.6.7.12)³⁷.

Ebbene, la circostanza posta in evidenza ci sembra significativa perché dobbiamo ricordare che, almeno secondo l'opinione prevalente³⁸, l'*actio de peculio et de in rem verso* costituiva un'unica

³⁷ *Infra*, p. 104.

³⁸ *Infra*, Cap. V § 7.1.

azione con due *condemnationes*. Quindi, è probabile che il giurista, dopo aver trattato del caso dell'*institor* facesse riferimento a quest'ultima azione, menzionando sia il caso del peculio che quello dell'*in rem verso*. Successivamente, è possibile, invece, che il caso del peculio sia stato accorpato a quello della *praepositio institoria*, scindendolo da quello *de in rem verso*.

In relazione poi all'assimilazione della *voluntas* alla *scientia*, va considerato che in altri responsi³⁹ viene riproposta questa equivalenza, che probabilmente trova la propria spiegazione nel lavoro della giurisprudenza classica, più che in un intervento correttivo di età postclassica.

In conclusione riteniamo che non vi siano motivi per dubitare della sostanziale autenticità del brano, anche nella parte in cui fa riferimento all'*actio de peculio*. Infatti, come dimostreremo successivamente⁴⁰, non ci sono valide ragioni per distinguere il caso dell'*actio de peculio* da quello delle altre *a.a.q.*

Riconosciuta l'autenticità del brano, sembra, allora, che in questi casi l'efficacia del *Sc.M* cessi, e quindi, il terzo o il *pater* siano convenibili proprio perché l'atto, sebbene concluso dal *filius*, è direttamente riferibile alla loro volontà o *permissum*.

Lo stesso avviene per l' *actio de in rem verso*:

D. 14.6.7.12 (Ulp. 29 *ad ed*): *Proinde si acceperit pecuniam et in rem patris vertit, cessat senatus consultum: patri enim, non sibi accipit. Sed et si ab initio non sic accepit, verum postea in rem patris vertit,*

³⁹ L'attività d'interpretazione giurisprudenziale relativa all'ambito di applicazione del *Sc.M* fu abbastanza fervida. In diverse testimonianze giurisprudenziali e costituzioni imperiali che riguardano le deroghe al *Sc.M* si fa riferimento, accanto alla *voluntas patris* o al *iussum patris*, anche alla *permissio* (C.4.28.5), alla *scientia* (D. 14.6.12) alla mancata *testatio contrariae voluntas* (D. 14.6.16), alla *ratihabitio* successiva (D. 14.6.7.15; C.4.28.7 pr.); vd. LUCREZI, *Op. cit.*, 134ss. Infatti, col prosieguo del tempo anche la semplice *scientia*, la mancanza di un esplicito atto contrario e addirittura la ratifica successiva, vennero riconosciuti come idonei a riferire l'atto al *pater* e, quindi, a superare il divieto. Sul rapporto *scientia - voluntas* a proposito delle *a.a.q.* cfr. *infra*, Cap. V § 9, nt. 206.

⁴⁰ *Infra*, p. 116-117.

cessare senatus consultum libro duodecimo digestorum Iulianus ait intellegendumque ab initio sic accepisse, ut in rem verteret.

Se il *filius* prende una somma a mutuo e *in rem patri vertit*, allora l'efficacia del *Sc.M* cessa. Lo stesso avviene nel caso in cui le somme prese a mutuo non vengano immediatamente riversate nella sfera giuridica del *pater*, ma solo in un momento successivo. Il giurista, d'altronde, precisa, con particolare evidenza, che l'inefficacia del *Sc.M* dipende dal fatto che il *filius* non acquista per se stesso, ma a vantaggio del *pater* ('*patri enim, non sibi accipit*').

Così, anche a proposito dell'*actio quod iussu*, le fonti si esprimono con chiarezza:

C. 4.28.5.2 (Imp. Alexander A. Septimiae Musae): ...*Sane si iussu patris datum mutuum probetur, nec in quos usus versa sit pecunia disquiri necesse est et perpetua in patrem etiam mortuo filio actio est* (a. 230).

Il brano è inserito nel titolo del Codice giustiniano relativo al *Sc.M*, e riguarda proprio l'ambito di applicazione dello stesso.

Infatti, se si prova che il mutuo è stato concesso in seguito ad un *iussum patris*, non è necessario accertare per quale uso sia stato utilizzato il denaro, ma contro il *pater* è esperibile una azione '*perpetua*' anche dopo la morte del figlio.

Dunque, il fatto che il mutuo sia stato concesso in conseguenza di un *iussum patris* fa sì non solo che il *Sc.M* non si applichi, ma anche che l'*actio quod iussu* sia esperibile contro il *pater* in perpetuo, anche dopo la morte del *filius*.

Ebbene, quest'ultima affermazione, più delle altre, indica con chiarezza che la responsabilità sancita dalle *a.a.q.* è una responsabilità personale del padre, che permane addirittura dopo la morte del *filius*. Infatti, se l'*actio quod iussu* sanzionasse una responsabilità propria del *filius* e, quindi, l'azione facesse riferimento ad un *oportere* direttamente gravante su questo soggetto, come potrebbe essere concessa *post mortem filii*? D'altronde, a tal proposito, né in questa né

in altre fonti si fa riferimento alcuno alla concessione di *actiones ficticiae* o utili⁴¹.

E nuovamente, in tema di *actio quod iussu*, ma anche in relazione all'*actio de peculio et de in rem verso*, Ulpiano torna a ribadire la stessa soluzione:

D. 17.1.12.13 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Si quis mandaverit filio familias credendam pecuniam non contra senatus consultum accipienti, sed ex ea causa, ex qua de peculio vel de in rem verso vel quod iussu pater teneretur, erit licitum mandatum. Hoc amplius dico, si, cum dubitarem, utrum contra senatus consultum acciperet an non, nec essem daturus contra senatus consultum accipienti, intercesserit qui diceret non accipere contra senatus consultum, et "periculo meo crede", dicat "bene credis": arbitrator locum esse mandato et mandati eum teneri.*

Il giurista ritiene, dunque, che il mandato *pecuniae credendae*⁴² conferito al figlio non incappi nel divieto previsto dal *Sc.M.*, ma sia lecito in presenza di quei requisiti dai quali deriva per il *pater* una responsabilità sanzionata da un'*actio quod iussu*, o da un'*actio de peculio et de in rem verso*. Il brano, dunque, non sembra lasciare margini di dubbio sul fatto che in questi casi l'efficacia del *Sc.M.* venga meno proprio perché contro il *pater* sono esperibili direttamente le *actiones quod iussu* o *de peculio et de in rem verso*.

⁴¹ Ci riferiamo all'ipotesi avanzata da LENEL, *EP*, 265, il quale - a fronte della testimonianza in questione e di altre che attestano la concessione di *a.a.q* contro il *pater* o il *dominus* anche dopo la morte del *filius* o del servo - riteneva comunque possibile l'adozione della trasposizione di soggetti. In questi casi, infatti, per riferire un *oportere* al *filius* o al servo, sarebbe bastato inserire una *fictio* nell'*intentio* della formula. Così, ad esempio, nel caso del servo la *fictio* in questione avrebbe avuto il seguente tenore: '*si Stichus liber fuisset, tum si heredem eius...oporteret*'. A parte i rilievi di carattere generale prospettabili a tal riguardo, che abbiamo già posto in evidenza in passato (MICELI, *Fictio libertatis: rilevanza*, cit., 353), non vi è alcuna testimonianza fra quelle che noi possediamo, né giuridica né letteraria, che possa suffragare l'ipotesi avanzata dall'A. Non vi sono fonti, infatti, che ci restituiscano il contenuto di questa *fictio*, né che facciano riferimento ad essa anche indirettamente.

⁴² GUARINO, *Mandatum credendi*, Napoli, 1982.

Eppure, mentre non hanno manifestato dubbi in ordine alla responsabilità del *pater* ‘*de in rem verso vel quod iussu*’, gli studiosi⁴³ si sono, tuttavia, interrogati sull’attendibilità dell’espressione ‘*ex qua de peculio pater teneretur*’. Essa sarebbe in contrasto con altre testimonianze in cui si attesterebbe, invece, la piena operatività del *Sc.M* nel caso del peculio, ed quindi la possibilità di opporre l’*exceptio Senatusconsulti Macedoniani* anche contro l’*actio de peculio* diretta contro il *pater*:

C. 4.28.6 (Imp. Philippus A. et Philippus C. Theopompo): *Si filius tuus, in potestate tuus agens, contra senatusconsultum Macedonianum mutuum sumpsit pecuniam, actio de peculio adversus te eo nomine efficaciter dirigi nemquam potest.*

D. 14.6.9.3 (Ulp. 29 ad ed.): *Non solum filio familias et patri eius succurritur, verum fideiussori quoque et mandatori eius, qui et ipsi mandati habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt: tunc enim, cum nullum regressum habeant, senatus consultum locum non habebit. Sed et si non donandi animo, patris tamen voluntate intercesserunt, totus contractus a patre videbitur comprobatus.*

Nella costituzione imperiale si legge che se il *filius familias*, *manente potestate*, accetta denaro a mutuo contro le prescrizioni del *Sc.M.*, contro il *pater* non può esercitarsi efficacemente l’*actio de peculio*.

Nel secondo brano Ulpiano precisa che l’*exceptio Senatusconsulti Macedoniani* deve essere concessa non solo al *filius* e al *pater* ma anche al fideiussore e del mandante, i quali, a causa della garanzia prestata o del mandato, abbiano regresso contro il *filius*.

La ratio è chiara. Se ciò non avvenisse, l’adempimento del fideiussore e del mandante estinguerebbe il debito precedente gravante sul *filius*, ma farebbe sorgere un nuovo debito a suo carico, sanzionato dall’azione di regresso, e, di conseguenza, si ricadrebbe, comunque, nell’ambito di applicazione del *Sc.M.*

⁴³ LUCREZI, *Op. cit.*, 169 e bibliografia ivi citata.

Ciò non accade, tuttavia, se questi soggetti hanno agito ‘*donandi animo*’ e, quindi, non hanno regresso, oppure se fideiussore e mandante hanno agito ‘*voluntate patris*’. In quest’ultimo caso non si incorre nel divieto perché essi non avranno azione di regresso contro il *filius*, ma potranno agire direttamente contro il *pater* poiché ‘*totus contractus a patre videbitur comprobatus*’.

Ebbene iniziando proprio da quest’ultimo brano ci sembra che esso non costituisca affatto una prova decisiva del fatto che non era possibile agire *de peculio* contro il *dominus* per il mutuo contratto dal *filius familias*.

Il responso, infatti, non sembra riferirsi esplicitamente al caso del *peculio*. In esso si riconosce solamente che il pretore, per realizzare le prescrizioni del *Sc.M.*, deve intervenire anche a favore del *pater*, del fideiussore e del mandante. Manca, invece, alcun riferimento all’*actio de peculio* o agli altri casi concreti in relazione ai quali deve esplicitarsi questo intervento.

Purtroppo, non abbiamo responsi che specificamente ci informino delle ipotesi in cui il *pater* potesse giovare di tale specifica tutela. Sappiamo, comunque, con certezza che i rimedi apprestati dal pretore in esecuzione delle prescrizioni del *Sc.M.* (*denegatio actionis* e *exceptio*) vengono concessi anche al *pater*⁴⁴.

Tuttavia, sulla base delle testimonianze già esaminate e di quelle che esamineremo in questo paragrafo, possiamo legittimamente affermare che i casi in cui al *pater* spettava l’*exceptio* o la *denegatio* non possono essere quelli relativi alle *a.a.q.*, poiché in relazione ad essi il *pater* - visto che la responsabilità per l’atto compiuto è riferibile direttamente alla sua persona - non può assolutamente respingere l’azione che spetta contro di lui direttamente e senza dilazioni secondo le prescrizioni degli editti pretori relativi alle *a.a.q.*

L’unico caso in cui l’azione può essere respinta o in cui può essere concessa l’*exceptio Sc.M.* è quello in cui il terzo agisca contro il *pater* per un debito assunto dal figlio in piena violazione del *Sc.M.* e cioè, al

⁴⁴ D. 14.6.7.10 (Ulp. 29 *ad ed*): *Quamquam autem non declaret senatus, cui exceptionem det, tamen sciendum est et heredem filii, si pater familias decesserit, et patrem eius, si filius familias decesserit, exceptione uti posse.*

di fuori dei presupposti descritti per le *a.a.q.* e indipendentemente da ogni atto di assenso del *pater*. Ovviamente in questo caso deve essere esclusa non solo l'azione contro il *filius*, ma anche contro il *pater* altrimenti la *ratio* del *Sc.M* sarebbe elusa egualmente.

Per quanto riguarda, poi, la costituzione imperiale riportata in D. 4.28.6 non vi è dubbio che in essa si legga chiaramente che l'*actio de peculio* non può essere proposta contro il *pater* nel caso di mutuo assunto dal *filius familias contra Sc.M*.

Ciò non basta, tuttavia, per ritenere che la testimonianza in questione contrasti con le altre fonti da noi esaminate precedentemente in cui si ammette la cessazione dell'efficacia del *Sc.M* nel caso in cui sia possibile esperire contro il *pater* l'*actio de peculio et de in rem verso* (D. 14.6.7.11; D. 17.1.12.13), negando l'attendibilità di quest'ultime⁴⁵.

D'altronde, per sanare il presunto contrasto tra le fonti, non possiamo neanche credere che, mentre in via generale sarebbe esclusa l'esperibilità dell'*actio de peculio* contro il *dominus* pena l'opposizione dell'*exceptio*, la testimonianza contenuta in D. 17.1.12.13 farebbe riferimento, invece, al peculio castrense, in relazione al quale l'efficacia del *Sc.M* cesserebbe, consentendo la piena convenibilità del *pater*⁴⁶.

Ne deriverebbe come conseguenza principale che il *pater* normalmente, in relazione al peculio profettizio, non potesse essere convenuto *de peculio* per i debiti da mutuo del *filius*, in quanto anche a lui spetterebbe l'*exceptio senatoconsulti Macedoniani*. Di contro, sarebbe stato convenibile *de peculio* per i debiti da mutuo assunti dal *filius* dotato di peculio castrense.

Tuttavia, come nota Lucrezi⁴⁷, è improbabile credere che il padre non fosse convenibile con l'*actio de peculio* per i debiti connessi al peculio ordinario, e dovesse esserlo per quelli inerenti al *peculium* castrense, visto che proprio quest'ultimo non era composto da beni paterni, ma solo da quelli acquisiti dal *filius* tramite le sue attività

⁴⁵ *Supra*, p. 102; 106.

⁴⁶ Vd. in proposito LUCREZI, *Op. cit.*, 170.

⁴⁷ LUCREZI, *Op. cit.*, 170.

militari. Inoltre, vi è una testimonianza⁴⁸ che nega esplicitamente che il *pater* sia tenuto a subire l'*actio de peculio* per i debiti assunti dal *filius* in relazione al peculio castrense.

Così, per risolvere il contrasto lo stesso Lucrezi⁴⁹, facendo propria un vecchia ipotesi di Windscheid, ritiene che secondo Ulpiano la responsabilità del *pater* sorgerebbe solo se il credito non è concesso '*contra senatus consultum*'. Quindi, in definitiva, «l'*actio de peculio* sarebbe vincolata alla presupposizione che il mutuo non sia stato dato in violazione della norma: per esempio in caso di scienza del padre, di un suo vantaggio economico o di *iusta ignorantia* del creditore. Unicamente in queste condizioni sarebbe possibile esercitare l'azione utile (in alternativa, eventualmente, all'*actio quod iussu* o all'*actio de in rem verso*) contro l'avente potestà⁵⁰ ».

Ebbene, pur apprezzando lo sforzo interpretativo svolto, riteniamo che non sia necessario proporre soluzioni così ardite. Infatti, siamo convinti che nelle fonti non sia ravvisabile alcun contrasto palese in ordine alla possibilità di esperire l'*actio de peculio* contro il *pater* nel caso di mutuo di denaro contratto dal *filius*. Tutto dipende, a nostro modo di vedere, dalle modalità di lettura e di interpretazione dei brani in questione.

E, così - a parte il riferimento all'*actio utilis* per il quale non ci sembra di poter ravvisare alcun appiglio testuale - a nostro parere, la testimonianza contenuta in D. 17.1.12.13 va letta in questa maniera: 'se qualcuno da incarico al *filius* di dare denaro a mutuo, questo non sarà realizzato *contra senatus consultum*, ma il mandato sarà lecito nei limiti in cui è configurabile una responsabilità del padre *de peculio, de in rem verso* o *quod iussu*'.

La nostra interpretazione pone l'accento sul fatto che non si rientra nell'ambito di applicazione del *Sc.M.* e, quindi, l'atto non incorre nel divieto, per il solo fatto che ricorrono alcuni dei presupposti che possono determinare la responsabilità adietizia del *dominus*, e non viceversa. Quindi, un atto compiuto '*ea causa, ex qua de peculio vel de*

⁴⁸ D. 49.17.18.5 (Maec. 1 *fideicom.*)

⁴⁹ LUCREZI, *Op. cit.*, 170-171.

⁵⁰ LUCREZI, *Op. cit.*, 170-171.

in rem verso vel quod iussu pater teneretur non incorre nel divieto nascente dal *Sc.M* ma è perfettamente lecito di per sé, indipendentemente da ogni ulteriore indagine sulla contrarietà alle prescrizioni del senatoconsulto.

Così, d'altronde, si esprimono le altre fonti che abbiamo già esaminato: qualora il *filius* sia institore di un terzo, non si può agire contro di lui, ma si può proporre l'azione contro il terzo preponente e anche contro il *pater*, nel caso in cui sia stato lui stesso a preporre il *filius* o ad affidargli un peculio (*'si ipse pater eum praeposuisset merci suae vel peculiarem exercere passus esset, cessaret senatus consultum, quoniam patris voluntate contractum videretur'*)⁵¹.

Dunque, la responsabilità adiettizia sembra atteggiarsi come un *prius* rispetto alle prescrizioni del *Sc.M*. Infatti, se ricorrono gli estremi di applicabilità delle *a.a.q.* non si incappa in ogni caso nel divieto sancito dal senatoconsulto. E ciò avviene perché *'patris voluntate contractum videretur'* (D. 14.6.7.11), oppure perché *'patri enim, non sibi accipit'* (D. 14.6.7.12)⁵², o perché l'esistenza di un *iussum patris* rende questo soggetto convenibile *in perpetuum* anche dopo la morte del *filius* (C. 4.28.5.2)⁵³.

Simili considerazioni valgono anche per il *peculium castrense*. Sempre nelle fonti si dice espressamente che l'efficacia del *Sc.M* cessa nel caso del peculio castrense⁵⁴. Con ciò non si vuol dire, però, che si può esercitare l'*actio de peculio* contro il *dominus*, come abbiamo visto precedentemente⁵⁵, ma bensì che si può esercitare azione direttamente contro il *filius*. Anzi il divieto del *Sc.M* non si applica proprio perché il terzo creditore può esercitare direttamente ed immediatamente l'azione contro il *filius*.

La motivazione è ovvia: nel caso del peculio castrense la titolarità dei beni in esso compresi spetta al *filius*, tanto è vero che il *filius* in

⁵¹ D. 14.6.7.11; *supra*, p. 102.

⁵² *Supra*, p. 104-105.

⁵³ *Supra*, p. 105.

⁵⁴ D. 14.6.1.3; D. 14.6.2.

⁵⁵ *Supra*, p. 109.

ordine ad esso è considerato alla stregua di un *pater familias*⁵⁶. Di conseguenza, il padre non è responsabile *de peculio* per i debiti castrensi del *filius*⁵⁷, ma l'azione deve essere esercitata direttamente contro il figlio. Dunque, accertato che si è in presenza di *peculium castrense* non si fa luogo ad alcuna ulteriore indagine, ma automaticamente si ritiene non operante il divieto posto dal *Sc.M.*

Ebbene, se le testimonianze esaminate vengono lette in tal modo non si ravvisa alcun contrasto tra quelle che ammettono la cessazione del *Sc.M.* anche nel caso del peculio (D. 17.1.12.13 e D. 14.6.7.11), e le altre in cui si nega la proposizione dell'*actio de peculio* contro il *dominus* nel caso che il *filius* abbia ricevuto una somma di denaro a titolo di mutuo '*contra senatusconsultum Macedonianum*' (C. 4.28.6), o in cui si ritiene di dover accordare l'*exceptio S.CM* anche al *pater* (D. 14.6.9.3). Ci si rende conto, infatti, che le soluzioni sono diverse perché diverse sono le fattispecie.

Difatti, nella costituzione del 245 d.C. (C. 4.28.6)⁵⁸, diversamente dai brani ulpiane già esaminati (D. 17.1.12.13; D. 14.6.7.11), si tratta di un mutuo che il figlio ha assunto *ab initio* contro le prescrizioni del *Sc.M.*, e per il quale, dunque, non può certo esperirsi l'*actio de peculio* contro il *pater*.

Ora, questa affermazione è profondamente diversa da quelle contenute in D. 17.1.12.13 e D. 14.6.7.11 in quanto il giurista, nel descrivere la fattispecie non fa riferimento ad alcuno dei presupposti di

⁵⁶ D. 14.6.2 (Ulp. 64 *ad ed.*): *Usque ad quantitatem castrensis peculii, cum filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur.*

⁵⁷ D. 49.17.18.5 (Maec. 1 *fideicom*): *Sed nec cogendus est pater aes alienum, quod filius peculii nomine, quod in castris adquisiit, fecisse dicetur, de peculio actionem pati: et, si sponte patiat, ut quilibet defensor satisdato filium in solidum, non peculio tenus defendere debet. Sed et eius filii nomine non aliter movere actiones potest, quam si satis dederit eam ratam rem habiturum.* Dunque, nel caso del peculio castrense il *pater* non è costretto a 'subire' l'*actio de peculio*; tuttavia se vuole assumere spontaneamente la difesa del *filius* può farlo, ma non deve assumere il giudizio *de peculio* ma solo come *defensor filii*, prestando, dunque, le idonee garanzie (*satisdato*) e assumendo una responsabilità *in solidum*. Quindi, sembra proprio che nel caso in cui la responsabilità gravi direttamente sul *filius*, il padre non può essere chiamato in giudizio con l'*actio de peculio*, ma solo in qualità di *defensor*.

⁵⁸ *Supra*, p. 107.

applicabilità delle *a.a.q.*, ma dice soltanto che si è in presenza di un debito assunto dal *filius* contra *Sc.M.*, e quindi di un atto che ha già realizzato una fattispecie contraria al divieto del *Sc.M.* Solo in seconda battuta considera l'esperibilità dell'*actio de peculio* contro il *pater*, negandone la plausibilità.

L'inammissibilità dell'azione si spiega, allora, col fatto che nella fattispecie in questione non dovevano ricorrere i presupposti dell'*actio de peculio*, altrimenti l'efficacia del *Sc.M.* sarebbe venuta meno automaticamente come testimoniano gli altri frammenti esaminati⁵⁹, ma doveva trattarsi di un atto che esulava da tali presupposti e, quindi, incappava nel divieto. Il terzo, tuttavia, approfittando della natura quasi residuale assunta da un certo momento in poi dall'*actio de peculio*⁶⁰, probabilmente si era rivolto all'imperatore per sapere se - a fronte di un debito assunto da un *filius* contro le prescrizioni del *Sc.M.*, e pertanto inefficace - si poteva almeno agire *de peculio* contro il *pater*. La risposta era stata ovviamente negativa.

D'altronde, questa l'interpretazione sembra trovare conferma in alcuni responsi di Giuliano, ripresi successivamente da Venuleio:

D. 46.1.11 (Iul. 12 Dig): *Qui contra senatus consultum filio familias crediderit, mortuo eo fideiussorem a patre accipere non potest, quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet nec est ulla hereditas, cuius nomine fideiussores obligari possent.*

D. 46.1.12 (Iul 43 Dig.): *Plane eius actionis nomine, quae de peculio adversus eum competit, fideiussor recte accipitur.*

D. 14.6.18 (Ven. 2 stipul.): *Creditorem filii familias mortuo eo fideiussorem accipere non posse Iulianus scribit, quia nulla obligatio aut civilis aut naturalis supersit, cui fideiussor accedat: plane a patre eius actionis nomine, quae de peculio adversus eum competit, fideiussorem recte accipi.*

⁵⁹D. 17.1.12.13; D. 14.6.7.11.

⁶⁰ Sappiamo con certezza che da un certo momento in poi l'*actio de peculio* venne ammessa anche per gli atti negoziali compiuti dal *filius* per i quali non ricorressero *ab origine* i presupposti necessari per l'esercizio dell'azione in questione (D. 15.1.3.11); *infra*, Cap. V § 1.

Non si nutrono dubbi sulla autenticità di D. 46.1.11, se non per la chiusa *'nec est ulla hereditas, cuius nomine fideiussores obligari possent'*⁶¹. Il brano si riferisce al caso del mutuo assunto dal *filius familias* in contrasto col divieto del *Sc.M.* Né suscita perplessità la soluzione fornita dal giurista, il quale sostiene che nel caso di mutuo assunto dal *filius contra Sc.M.*, morto quest'ultimo, non può accettarsi alcuna *fideiussio* dal *pater* poiché contro di lui non è possibile esercitare né un'azione civile, né onoraria.

Le perplessità derivano, invece, dall'accostamento di D. 46.1.11 a D. 46.1.12 visto che nel secondo brano si legge, in contrasto col primo, che è corretto assumere un *fideiussor* a favore del padre *'plane eius actionis nomine, quae peculio adversus eum competit'*.

In realtà, è facile pensare che l'accostamento dei due frammenti sia stato operato dai compilatori, così come si evince dalla stessa *inscriptio* dei frammenti⁶², ma anche dal fatto - riconosciuto anche da Burdese⁶³ - che la chiusa di D. 46.1.12 contrasta decisamente col principio classico secondo cui l'*actio de peculio* non è concessa per il mutuo contratto dal *filius familias* contro le disposizioni del *Sc.M.*

Venuleio, d'altronde, in D. 14.6.18 cita il parere di Giuliano, tanto che l'espressione finale del frammento è del tutto simile a D. 46.1.12. La fattispecie descritta, invece, assume una configurazione del tutto differente da quella di D. 46.1.11. Venuleio sostiene, infatti, che qualora sia morto il *filius familias*, non si possa assumere più una *fideiussio* a suo favore in quanto non esisterebbe alcuna obbligazione civile o naturale a cui la garanzia possa accedere. Tuttavia, può essere accettato un fideiussore *'eius actionis nomine, quae de peculio adversus eum competat'*.

A dire il vero, non vi sono forti sospetti sull'autenticità di D. 14.6.18 tranne che per la menzione dell'*obligatio naturalis* che la

⁶¹ Vd. DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, a.a. 1939-40, Roma, 1940, 101 e bibliografia ivi citata.

⁶² Il responso riportato in D. 46.1.11 è tratto, infatti, dal libro dodicesimo dei *Digesta* di Giuliano, mentre quello contenuto in D. 46.1.12 proviene dal libro quarantatreesimo della stessa opera.

⁶³ BURDESE, *La nozione*, cit., 117.

dottrina quasi concordemente ritiene spuria⁶⁴. Si ritiene preferibile, infatti, un riferimento generico ad un *obligatio cui fideiussor accedat*⁶⁵.

Di conseguenza, può riconoscersi la sostanziale autenticità del frammento e, soprattutto, come ha ben intuito Burdese⁶⁶, può ritenersi che Venuleio, pur rifacendosi al parere di Giuliano, non intendeva riferirsi al caso del mutuo contratto dal *filius familias contra Sc.M.*, a cui non poteva riferirsi la menzione del peculio nella parte finale, ma a tutte le ipotesi di debito del *filius*.

In definitiva, a noi pare che Venuleio dovesse rifarsi non al parere di Giuliano riportato in D. 46.1.11, come pensa Lenel⁶⁷, ma a D. 46.1.12 che noi possediamo purtroppo in forma ridotta⁶⁸. Infatti, mentre il primo passo si riferiva propriamente ad un caso di mutuo

⁶⁴ SIBER, *Naturalis obligatio*, cit., 41ss; ALBERTARIO, *A proposito*, cit., 68ss; IDEM, *Corso*, cit., 102ss; DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, cit. 136 nt. 17; 147; LONGO, *Ricerche sull'obligatio naturalis*, 196ss; DE MARTINO, *Le garanzie*, cit., 101; 107ss. Infatti, non vi sono elementi sufficienti nelle fonti per supporre che sia stato Venuleio a sostituire la menzione dell'*actio civilis* e *honoraria*, presente nel brano di Giuliano (D. 46.1.11), con l'espressione *obligatio civilis* o *naturalis* che si legge, invece, in D. 14.6.18. Bisognerebbe pensare, infatti, ad un profondo fraintendimento del pensiero di Giuliano da parte di Venuleio. Inoltre, come vedremo meglio nel corso della trattazione, le situazioni sono differenti. Giuliano si occupava del mutuo contratto dal *filius familias* in aperto contrasto col *Sc.M.*, dichiarando che contro il padre non era possibile agire né con un'azione civile, né onoraria. Il discorso di Venuleio, invece, non sembra limitato al caso del mutuo assunto *contra Sc.M.*, ma generalmente a tutti i mutui assunti dai *filius familias*, per ribadire che, morto il *filius*, viene meno l'*obligatio* gravante su di esso ma non quella gravante sul *pater* sanzionabile con l'*actio de peculio*; *infra*, Cap. V, § 5. E' plausibile credere, allora, che la menzione dell'*o.n.* sia spuria, probabilmente postclassica; vd. BURDESE, *La nozione classica*, cit., 118; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, I. *Le garanzie personali*, Padova, 1962, 53ss; BUTI, *Op. cit.*, 192 nt. 99.

⁶⁵ BURDESE, *La nozione classica*, cit., 118 nt. 24.

⁶⁶ BURDESE, *Loc. ult. cit.*

⁶⁷ LENEL, *Paling*, I, 348, riteneva, infatti, che la relazione intercorresse tra D. 46.1.11 e D. 14.6.18.

⁶⁸ Vd. in tal senso DI MARZO, *In tema di "naturalis obligatio"*, Milano, 1939, 78ss, il quale è del parere che Venuleio nella redazione del responso contenuto in D. 14.6.18, sebbene avesse presenti entrambe i testi, avesse considerato soprattutto ciò che Giuliano diceva nel libro 43 dei suoi *Digesta* (D. 46.1.12), e non quello che affermava nel libro 12 (D. 46.1.11.) della stessa opera.

contratto da *filius familias contra Sc.M* - e si spiega così la *sedes materiae*⁶⁹ -, in D. 46.1.12, invece, si riporta la chiusa di un frammento che doveva occuparsi in generale dei *debita* contratti dal *filius*, per i quali fosse ammessa anche la responsabilità *de peculio* del *pater*, e non specificamente di quelli assunti *contra Sc.M.*⁷⁰.

Ebbene, anche queste testimonianze sembrano confermare pienamente la convinzione da noi espressa precedentemente. Il brano in cui si nega l'esperibilità dell'azione contro il *pater* (D. 46.1.11) si riferisce espressamente ad un mutuo contratto *contra Sc.M.*, mentre gli altri (D. 46.1.12; D. 14.6.18), in cui si ammette l'azione contro il *pater* si riferiscono più genericamente a debiti contratti dai *fili familias*, che comportano anche una responsabilità *de peculio* del *pater*.

Infatti, i mutui accesi dai *fili familias* al di fuori dei presupposti di applicabilità delle *a.a.q.* sono assunti *contra Sc.M.*, con la conseguenza di rendere impossibile la chiamata in giudizio del *pater*. Mentre, se vi sono i requisiti per l'esperibilità delle *a.a.q.*, l'efficacia del *Sc.M.* non si esplica e, quindi, il *pater* è convenibile tramite queste azioni, e quindi, anche con l'*actio de peculio*.

In conclusione, noi riteniamo che non vi siano elementi significativi che ci inducano a distinguere il caso dell'*actio de peculio* da quello delle altre *a.a.q.*, ritenendo che solo per questa azione trovassero applicazione le disposizioni del *Sc.M.*

Infatti, non ci sono motivi validi per ritenere insiticia la menzione dell'*actio de peculio* in D. 14.6.7.11⁷¹, né l'equiparazione della *voluntas* al *permissum* e al *non prohibere*⁷². Inoltre dobbiamo ricordare che, almeno secondo l'opinione prevalente, l'*actio de peculio et de in rem* verso originariamente è un'unica azione, quindi, sembra quantomeno strano che il regime dell'*actio de peculio* potesse differenziarsi nettamente dal quello dell'*actio de in rem verso*, per la

⁶⁹ Il libro dodicesimo dei Digesta di Giuliano, infatti, si riferiva proprio al *Sc.M.*

⁷⁰ E' probabile, infatti, che il brano di Venuleio non si riferisse al caso del *Sc.M.*, ma che sia stato inserito per errore dai Compilatori nel titolo relativo al *Sc.M.* (D. 14.6), sulla base della similitudine esistente con il brano del libro dodicesimo dei Digesta di Giuliano (D. 46.1.11), che, invece, faceva espresso riferimento al *Sc.M.*

⁷¹ *Supra*, p. 102.

⁷² LUCREZI, *Op. cit.*, 128;134 .

quale si sancisce espressamente la deroga al *Sc.M* (D. 14.6.7.12)⁷³. Basti considerare, ad esempio, che in D. 17.1.12.13⁷⁴ il giurista si riferisce unitariamente all'*actio de peculio et de in rem verso*. Ci sembra, dunque, un'operazione indebita quella di escludere l'*actio de peculio* dal contesto in cui è inserita.

Inoltre, come abbiamo visto, la ragione che comporta l'esclusione dell'applicazione del *Sc.M* nel caso delle *a.a.q.* è unica, e tale, da riguardare anche l'*actio de peculio*.

Il *Sc.M.* si rende necessario in quel momento storico perché il *filius familias*, sebbene rimanga privo di patrimonio autonomo, tuttavia, diversamente dal passato, può assumere obbligazioni.

I terzi, dunque, sanno bene di non poter esercitare alcuna procedura esecutiva nei confronti del *filius familias*⁷⁵, ma sanno altrettanto bene che potranno farlo nel momento in cui succederà al *pater*. Quindi, bisogna scoraggiare chi contratta col *filius* sperando che con la morte del *pater* divenga titolare del patrimonio familiare e, quindi, solvibile, proprio allo scopo di salvaguardare l'incolumità stessa dei *patres familias*. Di conseguenza, viene sancita espressamente l'illiceità dei mutui di denaro assunti autonomamente dai *filius familias*, e in concreto il pretore interviene impedendo che in base ad essi si possa agire contro il *pater* o contro il *filius*, anche *post mortem patrem*⁷⁶.

Ovviamente la giurisprudenza⁷⁷ avverte la necessità di intervenire più volte per chiarire che restano fuori dall'ambito di applicazione del *Sc.M* i contratti di mutuo realizzati dai *filius* nell'ambito di una *praepositio*, di un *iussum* o del *peculium*. In questi casi, infatti, l'atto è riferibile direttamente al *pater*, come se lui stesso l'avesse compiuto, e

⁷³ *Supra*, p. 104-105.

⁷⁴ *Supra*, p. 107.

⁷⁵ *Supra*, nt. 29.

⁷⁶ *Supra*, nt. 27.

⁷⁷ Infatti, quelle previste in D. 17.1.12.13 e negli altri brani esaminati, non sono delle deroghe poste esplicitamente al *Sc.M.* tramite un atto autoritativo, ma sono semmai, come ha avuto cura di precisare WINDSCHEID (*Diritto delle Pandette*, trad. it., Torino, 1904, 46, nt. 9), delle esplicitazioni giurisprudenziali delle prescrizioni in esso contenute.

da origine ad una responsabilità personale per il *pater* che prescinde in modo assoluto dalla capacità di obbligarsi del *filius*, o addirittura della sua stessa esistenza (C. 4.28.5.2; D. 14.6.18). In questa prospettiva, e per i motivi che chiariremo meglio in seguito⁷⁸, non vi è alcuna ragione per ipotizzare un regime differenziato dell'*actio de peculio*.

Quindi, in definitiva, sembra proprio che la capacità di obbligarsi del *filius familias* abbia poco a che fare con le *a.a.q.* Infatti, il limite posto dal *Sc.M* alla capacità di obbligarsi dei *filius familias* non trova applicazione in ordine alle azioni in questione, proprio perché debbono essersi sviluppate in un periodo in cui la capacità di obbligarsi autonomamente del *filius* non esisteva nemmeno, e in cui l'unico responsabile degli atti compiuti dal *filius* era il *pater*.

1.2. *Le stesse prescrizioni del Sc.M. e le altre fonti della prima età classica testimoniano decisamente che, anche ammessa la capacità di obbligarsi dei filii familias, i terzi che contrattano con essi guardano prevalentemente al patrimonio e alla solvibilità del pater. Ciò avviene probabilmente in conseguenza dell'originaria unità della familia romana, anche dal punto di vista patrimoniale, in conseguenza della quale il pater era l'unico soggetto al quale era riconosciuta la titolarità e la disponibilità dei beni familiari. I filii venivano chiamati in causa, invece, principalmente nel momento in cui ne prendevano il posto, diventando eredi. Anzi è possibile, addirittura, ipotizzare che, inizialmente, i filii familias fossero convenibili unicamente in quanto eredi del pater: D. 14.5.2 è una valida testimonianza in tal senso.*

Detto questo, a noi sembra che dai brani esaminati possa evincersi un'altra importante considerazione, idonea, forse, ad illuminare ulteriormente alcune zone d'ombra del più antico regime familiare romano.

⁷⁸ *Infra*, Cap. V § 5.

Il divieto posto dal *Sc.M.*, infatti, si rende necessario perché, ancora nella prima età classica, i terzi che stipulano con il *filius familias* fanno affidamento principalmente sull'esistenza e la consistenza del patrimonio del suo *pater familias*. E' a quest'ultimo, infatti, che i creditori guardano, sia se agiscono nell'ambito dei presupposti di applicabilità delle *a.a.q.*⁷⁹, sia se, al di fuori di questi casi, negoziano col *filius* sperando che un giorno, diventando erede, lo acquisterà integralmente o in parte. Il credito concesso al *filius* dipende, allora, dal fatto che la sua attività si rapporta direttamente o indirettamente alla sfera patrimoniale del *pater*.

Ebbene, l'anomalia descritta dipende certamente dall'originaria configurazione della famiglia romana che permane, per certi aspetti, ancora in quel periodo.

«La potestà familiare» - diceva Bonfante - «importa pure che il *pater familias* è l'unico soggetto del patrimonio. Il termine *familia* indicava anzi, nell'antichissimo diritto, più il patrimonio che i familiari soggetti. La persona in potestà non può avere nulla di suo (*nihil suum habere potest*) ripetono le nostre fonti....Che nella coscienza generale, nei *mores* si consideri il patrimonio quale proprietà comune della famiglia e destinata al bene comune, è naturale. Questa voce della coscienza e questo sentimento della vita reale palesano i giuristi, quando affermano che i *filii familias* «*vivo quoque parente quodammodo domini existimantur*».

Da questo particolare assetto della struttura patrimoniale della famiglia romana derivava, allora, che tutto ciò che i *filii* acquistavano, lo acquistavano necessariamente al *pater familias*, ma ne conseguiva anche l'incapacità per tali soggetti di assumere obbligazioni autonomamente. Volendo utilizzare espressioni care a Mandry⁸⁰ era evidente che la «*Vermögensunfähigkeit*» (incapacità patrimoniale) fosse strettamente connessa «*Vermögenlosigkeit*» (assenza di patrimonio)

⁷⁹ Non vi è dubbio allora che ancora nella prima età classica - come riconoscerà anche Gaio - il terzo che stipula contratti con un *filius* «*patri fidem sequitur*».

⁸⁰ *Das gemeine Familiengüterrecht*, cit., 6ss.

E' plausibile, dunque, l'idea di Albanese il quale ritiene che, mentre nel caso della responsabilità per atto illecito l'autore di esso divenuto *sui iuris* risultava il solo e pieno responsabile, in proprio, nel caso di debiti da negozio, la possibilità in questione doveva essere dapprima limitata al caso in cui il *filius* debitore fosse divenuto *sui iuris* per morte del *pater* ed avesse acquistato (in tutto od in parte) l'eredità paterna; e quel che più mette conto di notare, al caso in cui il debito del *filius* fosse nato da negozio che aveva determinato una responsabilità adiettizia per il *pater* (infatti, solo in questa responsabilità il *filius* - come erede - subentrava)⁸¹.

Non abbiamo testimonianze dirette, ma ne possediamo alcune che rivestono, comunque, una certa importanza a tal proposito. Alcune saranno esaminate ora, altre nei paragrafi successivi⁸².

In questa sede vogliamo soffermarci specificamente su una di esse che risulta, a nostro parere, di particolare importanza nell'ambito della trattazione fin qui svolta. Ci riferiamo ad un editto ricordato da Ulpiano, in virtù del quale - ad un certo momento della storia di Roma⁸³ - il pretore ritenne opportuno intervenire sancendo la convenibilità nei limiti dell'*id quod facere potest* del *filius* emancipato, diseredato o che dopo la morte non avesse adito l'eredità, per gli atti negoziali che avesse compiuto '*sive sua voluntate sive iussu eius in cuius potestate fuerit contraxerit sive in peculium ipsius sive in patrimonium eius, cuius in potestate fuerit*':

⁸¹ Vd. ALBANESE, *Le persone*, cit., 277 nt. 323.

⁸² *Infra*, Cap. V § 5.

⁸³ GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*, Napoli, 1978, 46 si pronuncia espressamente in ordine alla datazione dell'editto ritenendo che dovette essere introdotto non dopo i primissimi anni dell'era volgare, visto che, come può evincersi da D. 26.7.37.2, Sabino e Cassio mostrano di aver conoscenza dell'editto in questione. Collega, inoltre, l'introduzione dell'editto alla creazione della *bonorum venditio*, visto che «...la logica dell'intervento pretorio stava tutta nell'evitare per il debitore, se ed in quanto incolpevole, i rigori dell'esecuzione concorsuale». Non esclude, poi, che l'editto si sia formato in momenti successivi sia per la forma espressiva alquanto sconnessa, ma anche per altre ragioni di carattere sostanziale di un certo rilievo; nello stesso senso anche SERANGELI, '*Abstenti*', '*beneficium competentiae*' e '*codificazione dell'editto*', Ancona, 1989, 31ss.

D. 14.5.2 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*): IN EUM QUI EMANCIPATUS AUT EXHEREDATUS ERIT QUIVE ABSTINUIT SE HEREDITATE EIUS, CUIUS IN POTESTATE CUM MORITUR FUERIT, EIUS REI NOMINE, QUAE CUM EO CONTRACTA ERIT, CUM IS IN POTESTATE ESSET, SIVE SUA VOLUNTATE SIVE IUSSU EIUS IN CUIUS POTESTATE ERIT CONTRAXERIT, SIVE IN PECULIUM IPSIUS SIVE IN PATRIMONIUM EIUS CUIUS IN POTESTATE FUERIT EA RES REDACTA FUERIT, ACTIONEM CAUSA COGNITA DABO IN ID QUOD FACERE POTEST.

Lenel⁸⁴, in realtà, si limita riportare l'editto ma non lo commenta. Noi crediamo, invece, che di fronte ad una testimonianza che ci restituisce addirittura un intervento esplicito del pretore in questa materia, sia quantomeno doveroso interrogarsi, per determinare la *ratio* che sta alla base della clausola edittole in questione, e per cogliere, qualora fosse possibile, un orientamento dei magistrati giurisdicenti a tal proposito.

E' nostra convinzione, infatti, che sia di fondamentale importanza chiarire perché ad un certo momento il pretore abbia avvertito la necessità di predisporre addirittura un editto apposito per dei casi la cui rilevanza poteva, in fin dei conti, essere abbastanza limitata.

Si trattava di un provvedimento che riguardava, infatti, solo i *fili* emancipati, diseredati o che si fossero astenuti dall'accettazione dell'eredità. D'altronde, se i *fili*, nel caso del *iussum*, dell'*in rem versio* e del *peculio*, avessero assunto le obbligazioni *proprio nomine*, e i rispettivi *patres* fossero da considerare alla stregua di semplici *defensores* processuali, alla loro morte sarebbe perfettamente conforme ad equità che i *fili*, ormai divenuti *sui iuris*, fossero autonomamente e pienamente convenibili. Come si giustifica, invece, l'intervento del pretore?

Resta da spiegare, inoltre, perché si decise di accordare il *beneficium* di una condanna limitata all'*id quod facere potest* al *filius familias* non solo per le obbligazioni assunte nei limiti del *iussum* o del *peculio*, ma anche per quelle assunte *sua voluntate*.

⁸⁴ EP., cit., 278.

E, in verità, in ordine all'editto in questione sono state prospettate ipotesi tra loro estremamente differenti, anche perché non vi è dubbio che l'interpretazione dello stesso sia strettamente legato al delicato problema relativo al riconoscimento della capacità di obbligarsi e della convenibilità in giudizio dei *filii familias*.

Infatti, secondo parte autorevole della dottrina, questo editto «..fu introdotto nell'interesse dei creditori, che sarebbero stati altrimenti autorizzati ad agire - contro gli eredi del *pater* - solo per i debiti del *filius* che avevano dato luogo a responsabilità adietizia, e non per i debiti contratti autonomamente dal *filius*. Quindi, l'editto dovrebbe essere stato precedente al riconoscimento della responsabilità dei *filii* per debiti propri»⁸⁵.

Altra parte, ritiene, invece, che l'editto in questione presupponesse e non determinasse il riconoscimento per il *filius* di obbligarsi *pro se* e di essere autonomamente convenibile⁸⁶.

Ebbene, al di là del rapporto storico esistente tra l'editto ricordato in D. 14.5.2 pr. e il riconoscimento per il *filius* della capacità di obbligarsi - sul quale, allo stato delle nostre conoscenze, non possiamo esprimere un giudizio certo - a noi sembra, in ogni caso, che sia chiaro l'intento perseguito tramite il provvedimento magistratuale. Il pretore, infatti, si riserva di accordare *beneficium competentiae* solo ai *filii* che siano stati emancipati, diseredati, o che si siano astenuti dall'acquisto dell'eredità, e quindi, in definitiva, a tutti quei soggetti che non siano succeduti al *pater*⁸⁷.

Molto probabilmente, quindi, la giustificazione del *beneficium* va trovata nel fatto che i soggetti contemplati nell'editto non subentrano nel patrimonio familiare.

Di conseguenza, siccome era questa la sfera giuridica che si voleva colpire perché ad essa si imputavano prevalentemente, se non

⁸⁵ ALBANESE, *Le persone*, cit., 278 nt. 325.

⁸⁶ SERANGELI, 'Abstenti', 'beneficium competentiae', cit., 27, nt. 20.

⁸⁷ La prescrizione editale, infatti, venne interpretata estensivamente dalla giurisprudenza; cfr., ALBANESE, *Le persone*, cit., 278 nt. 325.

esclusivamente, i proventi dell'attività compiuta da servi e *fili*⁸⁸, allora, bisognava tutelare i soggetti che ne rimanevano estranei.

Era la stessa ragione, in fondo, che aveva indotto il pretore all'introduzione delle *a.a.q.*: sancire la responsabilità del *dominus* o *pater* per quegli atti che, sebbene compiuti concretamente da *fili* e schiavi, si riportavano comunque direttamente (*actio exercitoria, institoria, quod iussu*) o indirettamente (*actio de peculio*) alla loro sfera patrimoniale⁸⁹.

Tornando al nostro editto, dunque, non vi è dubbio che il pretore si trovò a mediare tra due diverse istanze. L'una volta a recepire l'accresciuto riconoscimento della capacità del *filius familias*⁹⁰, l'altra

⁸⁸ D'altronde, questo regime deve essere pienamente conforme all'assetto originario della *familia* romana in cui non c'era spazio per una distinzione tra gli atti realizzati dal *filius* autonomamente e nel proprio interesse, e quelli compiuti nell'interesse del *pater*, o più genericamente della *familia*. I *fili*, ma anche i servi, concludevano atti negoziali solo nell'interesse della *familia*, e dunque del *pater* o *dominus*, visto che questi ultimi erano gli unici soggetti riconosciuti dall'ordinamento giuridico, in perfetta corrispondenza con l'unità patrimoniale della stessa. Conseguentemente, crediamo che in quel contesto non fosse possibile configurare un'autonoma responsabilità dei *fili familias* e degli schiavi, prospettabile in termini di 'debita' sanzionabili processualmente; *supra*, Cap. II § 3.1; Cap. III § 1.

⁸⁹ D'altronde, è perfettamente coerente al sistema descritto che, dopo la morte del *pater* o del *dominus*, i debiti su di essi gravanti si trasmettano in capo a coloro che gli succedono. Come vedremo, infatti successivamente, le fonti testimoniano che solo gli eredi venivano chiamati a rispondere di quei debiti per i quali il *pater* o il *dominus* potevano essere convenuti con le *a.a.q.*, anche se l'atto negoziale dal quale derivavano fosse stato concluso da uno solo di loro, o addirittura da un servo del *de cuius*; *infra*, Cap. V § 6.2.

In tal senso, vedremo esplicitata e attuata quella che, a nostro parere, rappresenta una delle linee guida di tutti gli editti relativi alle *a.a.q.*: la responsabilità adietizia è legata al *pater* o al *dominus* non al soggetto che ha materialmente compiuto l'atto negoziale, tanto è vero che, nel caso di morte dell'avente potestà, la responsabilità in questione si trasmette unicamente agli eredi a titolo universale; vd. *infra*, Cap. IV § 5; Cap. V § 6.2; § 8; § 9. E, viceversa, nel caso di morte del sottoposto che ha concluso l'atto negoziale, non vi è alcun dubbio che il *dominus* o il *pater* possano essere ancora convenuti con le *a.a.q.*; *infra*, Cap. IV § 5; Cap. V § 6.1; § 8; § 9.

⁹⁰ In tal senso si spiega il fatto che l'editto contempra anche le obbligazioni contratte *sua voluntate*, cioè quelle assunte dal *filius* spontaneamente, o al di fuori dei presupposti di applicabilità delle *a.a.q.*

indirizzata a mantenere fermo il principio per cui dei debiti assunti dal *filius, manente potestà*, era chiamato a rispondere il *pater* o i suoi eredi, perché tali atti si riferivano più o meno direttamente alla sfera patrimoniale di cui essi erano titolari.

2. *La nozione di naturalis obligatio. La dottrina romanistica prevalente concorda su due punti fondamentali: la riferibilità alla prima età classica del momento di creazione dell'o.n. (probabilmente Giavoleno) e l'identificazione dell'o.n. servi come figura principale dell'o.n. classica.*

Per quanto riguarda gli schiavi, la questione è più complessa perché involge anche il tema dell'*o.n.* Infatti, come ricordavamo precedentemente⁹¹, Keller riteneva possibile riferire un '*oportere*' anche al servo proprio in base al fatto che su di esso, se non un'*obligatio civilis*, poteva gravare un'*o.n.*

Quello delle *obligationes naturales*, tuttavia, è un argomento estremamente controverso che continua a costituire una delle tematiche più travagliate e discusse della scienza romanistica, sia per lo stato delle fonti, in cui si ritrova un' estrema diversità di casi assunti sotto lo schema comune della *o.n.*, ma anche a causa del sovrapporsi al sistema classico dell'intervento giustiniano, che modificò, con certezza, la tipologia ed il regime dell' *o.n.* classica.

Di conseguenza, considerata la complessità dell'argomento e la ricchezza del dibattito dottrinale ad esso relativo, limiteremo il campo della nostra indagine agli aspetti che risultano più vicini alla problematica da noi affrontata, dando, comunque, contezza della questione nel suo complesso, laddove sia possibile, e rinviando per ulteriori approfondimenti a lavori specifici sul tema.

Va precisato, infatti, che il nostro interesse per lo studio dell'*o.n.* è limitato principalmente alla figura dell'*o.n. servi* e, solo per certi versi

⁹¹ *Supra*, Cap. I § nt. 17.

a quella dei *fili familias*⁹², e trae spunto dalla necessità di rispondere ad alcuni quesiti fondamentali relativi alla natura dell'*o.n.*, alla sua rilevanza giuridica in rapporto alle *a.a.q.* e, soprattutto, all'*actio de peculio*, per identificare, se possibile, anche le ragioni effettive per cui tale particolare «concetto» venne ideato e proposto dai giuristi romani.

Detto ciò, tralascieremo di esaminare dettagliatamente tutte le questioni specifiche relative all'origine e alla natura giuridica dell'*o.n.*, sia in relazione agli obiettivi della nostra indagine e, soprattutto, in considerazione del fatto che, in tale ambito, il dato più certo o, meglio, sul quale si è realizzato prevalentemente l'accordo degli studiosi, è costituito dalla riferibilità, in età classica, del concetto di *o.n.* principalmente proprio al caso dell'*obligatio servi*.

E, in effetti, sembra plausibile che «la concettualizzazione dell'*o.n.* nasca nell'ambito delle obbligazioni in cui uno dei soggetti appartenga alla categoria delle *personae alieni iuris*⁹³». L'ipotesi in questione è, infatti, quella più rispondente al tenore delle fonti e che, tranne alcune indebite accentuazioni, ha riscosso maggiori consensi nell'ambito della scienza romanistica.

Questo indirizzo trova il suo punto iniziale di sviluppo negli studi del Gradenwitz⁹⁴ e ottiene pieno seguito presso la dottrina successiva di Bonfante e Perozzi⁹⁵, fino a quella più recente⁹⁶.

⁹² *Infra*, § 4, nt. 134; § 4.3.

⁹³ Cfr. TALAMANCA, voce '*Obbligazioni*', cit., 61, nt. 431.

⁹⁴ *Natur und Sklave bei der naturalis obligatio*, in *Festgabe für Schirmer*, Königsberg, 1900, al quale va indubbiamente il merito di aver inaugurato un nuovo corso nello studio dell'argomento, distinguendo quanto fosse da attribuire al pensiero classico e quanto, invece, a soluzioni giustinianee.

I brani fondamentali dai quali prende le mosse lo studio di Gradenwitz sono principalmente: Gai 3.119a: *Fideiussor vero omnibus obligationibus. Id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. Ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeatur*; D. 46.1.16.4., D. 44.7.10, su cui *infra*, § 3.

⁹⁵ *Istituzioni di diritto romano*, II, Firenze, 1908, 24ss; ID., *Interpretazione di Gai III 119a*, in *Studi Bonfante I*, Milano, 1930, ora in *Scritti giuridici. Servitù e obbligazioni*, Milano, 1948 da cui si cita.

Non sono mancate voci contrarie, ma le ipotesi prospettate, sebbene suggestive, non sembrano trovare adeguato riscontro nelle fonti⁹⁷.

⁹⁶ VAZNY, *Naturalis obligatio*, cit., 136; DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, cit., 5ss; ID., *L'obbligazione naturale nel diritto classico*, cit., 363ss; BURDESE, *La nozione classica*, cit., 31ss; ID., *Dubbi in tema di naturalis obligatio*, in St. Scherillo II, 497; ID., *La «naturalis obligatio» nella più recente dottrina*, in Studi Parmensi, 32 (1983) 5ss; LONGO, *Ricerche*, cit., 95; LABRUNA, «*Naturalis obligatio*», in *Labeo* 10 (1964), 289ss; ID., *Interpretazione di Gai 3.119a*, in *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, Napoli 1966, 57; BROGGINI, *Obligatio naturalis*, in *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano, 1966, 487ss; BUTI, *Op. cit.*, 236; SCHERILLO, *Le obbligazioni naturali*, in Arch. Giur. 175, fasc. 1-2 (1968) 3ss; MANTELLO, *Beneficium servile-Debitum naturale. Sen. de ben. 3.18.1- D. 35.1.40.3 (Iav. 2 ex post. Lab.) I*, Milano 1979, 208; TALAMANCA, voce 'Obbligazioni', cit., 64, nt. 445.

⁹⁷ Con PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, cit., 24ss, in particolare, si era giunti, addirittura, alla conclusione che l'*o.n. servi* fosse l'unico caso di *o.n.* classica. Tuttavia, SIBER, *Naturalis obligatio*, in *Gedenkschrift Mitteis*, Leipzig, 1926, sulla base di un'idea di Savigny, giungeva alla conclusione diametralmente opposta per cui il *debitum* servile sarebbe stato escluso in età classica dall'ambito dell'*o.n.* Per Siber i rapporti obbligatori assunti dai servi sarebbero stati qualificati solo come '*debita*', mentre i giuristi classici avrebbero parlato di *o.n.* per designare l'obbligazione munita di azione avente il suo fondamento nel *ius gentium*. Lo testimonierebbero Gai 3.119 ed alcuni testi dei Digesta [D. 50.17.84.1 (Paul. 3 *quaest.*); D. 19.2.1 (Paul. 34 *ad ed.*); D. 12.6.15 pr. (Paul. 10 *ad Sab.*); D. 45.1.126.2 (Paul. 3. *quaest.*)], ma anche il fatto che il *ius gentium* viene definito nelle *Institutiones* di Gaio come diritto basato sulla *naturalis ratio*, e che i due concetti di *ius gentium* e *ius naturale* vengono considerati sinonimi (*Naturalis obligatio*, cit., 22). Le obbligazioni servili, invece, sarebbero state configurate come meri '*debita*' privi di azioni che producevano effetti limitati quali la *soluti retentio*, la *deductio de peculio*, la possibilità di essere garantite tramite *fideiussio*. Sarebbero stati i giustinianeî ad estendere la denominazione di *o.n.*, riconducendo ad un concetto unitario le obbligazioni coercibili basate sul *ius gentium* chiamate dai classici '*naturales*', e i debiti incoercibili contratti dagli schiavi qualificati fino ad allora semplicemente come '*debita*'. Alla dottrina di Siber hanno aderito PACCHIONI, *L'obligatio naturalis nel diritto romano classico e nel diritto attuale*, in *Riv. dir. civ.* 18 (1926) 43ss e *Manuale di diritto romano*, Torino 1935, 437ss; ALBERTARIO, il quale inizialmente ('*A proposito di naturalis obligatio*', in Studi di diritto romano III. Obbligazioni, Milano, 1936, 60) non ritiene convincente l'opinione di Siber ma successivamente vi aderisce (*Corso di diritto romano: obligationes civiles, honorariae, naturales*, Milano, 1947, 41ss).

Di parere nettamente contrario era, invece, PEROZZI, *Interpretazione di Gai. III. 119a*, cit., 6310ss, il quale contestava l'ipotesi di Siber soprattutto in relazione all'interpretazione data a Gai 3.119 (*supra*, nt. 94), obiettandogli principalmente il valore attribuito alla locuzione '*adeo quidem ut*'. A suo parere, infatti, le espressioni ad essa successive non andrebbero intese in senso avversativo alle affermazioni precedenti, come voleva Siber, ma esplicativo della precedente nozione di *o.n.* Da questa lettura del brano, ne deriverebbe la conseguenza - diametralmente opposta a quella di Siber - che le sole obbligazioni naturali conosciute da Gaio, e quindi dai giuristi classici, fossero quelle derivanti dai *debita* assunti dagli schiavi. I giustinianei, poi, sulla base del nuovo concetto di *o.n.*, ne avrebbero esteso l'ambito di applicazione anche ai rapporti di credito e debito facenti capo ai *fili familias* e privi fino ad una certa epoca storica di autonoma tutela, nonchè a tutte le altre '*species in quibus solutum repeti non potest*'. Così, mentre per i classici l'*o.n.* avrebbe indicato l'«obbligazione di fatto», per Giustiniano, invece, avrebbe fatto riferimento «all'obbligazione sancita dalla natura in antitesi dell'obbligazione sancita dal diritto»; in proposito vd. anche PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2 ed., Roma, 1928, II, 40.

Successivamente la tesi di Siber è stata ripresa per certi versi dal CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, cit., 43ss, che ha riaperto la questione, almeno sotto certi punti di vista, suscitando, però, una pronta ed efficace replica da parte della dottrina prevalente. L'A. ha nuovamente proposto una lettura di Gai 3.119 volta a scindere la nozione di *o.n.* dall'*obligatio servi*. A suo parere, infatti, entrambe i significati attribuiti da Perozzi e Siber all'espressione '*adeo quidem ut*' non dovrebbero essere accettati, perché essa implicherebbe, invece, l'idea di una progressione, riferendosi ad «una conséquence extreme lorsqu'elle est renforcée jusq'on pléonasme par les adverbes '*quidem*' et '*quoque*'». Quindi, nel discorso gaiano si realizzerebbe una sorta di progressione articolata in tre momenti successivi: il primo in cui si riconoscerebbe che la *fideiussio* può accedere a qualsiasi *obligatio*, il secondo volto a precisare ulteriormente che si possono garantire mediante fideiussione sia le *obligationes civiles* che *naturales*, ed il terzo in cui Gaio avrebbe ammesso la possibilità che ad essere garantiti tramite *fideiussio* fossero addirittura i *debita* servili. Così, in base all'interpretazione proposta, sarebbe errato far rientrare il debito servile nella categoria dell'*o.n.* altrimenti sarebbe stato superfluo per Gaio menzionare autonomamente i debiti degli schiavi se essi erano già ricompresi nell'ambito dell'*o.n.* (*Naturalis obligatio*, cit., 47). Quindi, in conseguenza di questa lettura di Gai 3.119 e di altri passi relativi alle *o.n.*, Cornioley giunge la conclusione che *debitum* e *o.n.* avessero in età classica due significati distinti: il primo avrebbe riguardato le relazioni obbligatorie facenti capo agli schiavi e *iure civili* prive di valore, mentre l'*o.n.*, almeno inizialmente, i rapporti nascenti da negozi del *ius gentium* fondati sulla *fides* e sanzionati da azioni, in contrapposizione a quelle obbligazioni sempre *iuris gentium* ma formali, come la *stipulatio*. La giurisprudenza tardo-classica avrebbe esteso la nozione di *o.n.* alle obbligazioni incoercibili dei *servi*

In questo ambito, tuttavia, l'aspetto più complesso e problematico è costituito dal rapporto intercorrente tra l'*o.n.* e il peculio. Il tema è stato ripetutamente affrontato dalla dottrina nel tentativo di ravvisare nel regime peculiare una possibile forma di «coercibilità» dell'*o.n.*, ritenendo, in particolare, che essa abbia potuto trovare nell'*actio de peculio* e nella *deductio peculii*, una forma di sanzione, sebbene di carattere «fattuale»⁹⁸ o di natura «indiretta»⁹⁹.

Di conseguenza esamineremo dapprima il rapporto intercorrente tra l'*o.n.* e le *a.a.q.* nella loro globalità, per soffermarci poi sull'*actio de peculio*, per la quale necessita una trattazione a parte.

Nel far questo - nonostante le fonti da esaminare siano numerose, e la relativa produzione scientifica alquanto copiosa - ci sembra opportuno, per ragioni che risulteranno evidenti successivamente, ripercorrere alcune tappe fondamentali della complessa vicenda storiografica descritta. E nel fare ciò, vorremmo richiamare, per tratti, anche alcune opinioni della dottrina più risalente, per porre in evidenza alcuni aspetti della problematica in questione ed alcune posizioni concettuali ad essa relative, che ci sembrano particolarmente rilevanti per la nostra indagine.

3. Considerata la riferibilità all'età classica del concetto di *o.n.* la

e *filiis familias*, e poi in età postclassica e giustiniana la categoria dell'*o.n.* avrebbe finito con l'identificarsi proprio con queste ultime figure in conseguenza della caduta del formalismo negoziale, per cui le *obligationes iuris gentium* fondate sulla *fides* avevano perduto ogni autonoma configurazione. Contro l'interpretazione di Cornioley vd. LABRUNA, *Interpretazione di Gai 3.119a*, cit., 57ss; ID, *Recens. a Cornioley, Naturalis obligatio*, cit., in *Iura* 16 (1965) 400ss; KASER, *Recens. a Cornioley, Naturalis obligatio*, cit., ZSS 88 (1966) 461ss; G. E. LONGO, *Lenti progressi in tema di «obligatio naturalis»*, in *Labeo* 12 (1966) 375ss; TALAMANCA, voce 'Obbligazioni', cit., 60 nt. 431; MANTELLO, *Beneficium servile-Debitum naturale*, cit., 208. La accolgono, invece, parzialmente BROGGINI, *Obligatio naturalis*, 487, e WATSON, *Recens. a Cornioley, Naturalis obligatio*, cit., T. 34 (1966) 250ss; BURDESE, *Dubbi in tema di*, cit., 486.

⁹⁸ LONGO, *Concetto e limiti*, cit., 111; *infra*, § 4.

⁹⁹ BUTI, *La capacità patrimoniale*, cit., 147ss; *infra* § 4.

creazione delle a.a.q., e soprattutto la menzione dell'obligatio servi nell'intentio di tali azioni, non può, dunque, trovare giustificazione nella configurazione in capo al servo di una o.n. gli stessi giuristi romani esplicitano chiaramente i rapporti intercorrenti tra l'o.n. e le a.a.q: D. 46.1.16.3-4; D. 44.7.10 .

Considerate le posizioni fondamentali della dottrina in ordine all'*o.n.*, vorremmo iniziare la nostra trattazione sui rapporti intercorrenti tra l'*o.n. servi* e le *a.a.q.* prendendo le mosse da due constatazioni fondamentali, spesso ignorate nello studio delle azioni in questione.

La prima riguarda la classicità del concetto di *o.n.*, la seconda si riferisce al fatto che in pochi brani si tratta delle *a.a.q.* in relazione al concetto di *o.n.* e, soprattutto, in nessuno di quelli a noi conosciuti si giustifica la creazione delle *a.a.q.*, o se ne legittima la concessione in base all'esistenza di un'*o.n.* in capo al servo.

Per quanto riguarda la prima questione, va detto che le fonti in nostro possesso che testimoniano con certezza l'impiego del concetto di *o.n. servi* sono unicamente di età classica. E, in effetti, la dottrina, tranne pochi casi, ha raggiunto una certa uniformità di vedute in relazione alla datazione dell'*o.n. servi*, riferendola ad un periodo compreso tra la fine del I e gli inizi del II sec. d.C.¹⁰⁰

Ebbene, la classicità del concetto di *o.n.*, sebbene costituisca un dato unanimemente accettato nell'ambito della comunità scientifica romanistica, viene raramente considerata nello studio delle *a.a.q.*

Eppure, basterebbe riflettere su di esso per sgombrare il campo da alcuni equivoci di fondo. Se è vero, infatti, che al tempo della creazione delle *a.a.q.* (II sec. a.C.)¹⁰¹ il concetto di *o.n.* molto probabilmente non esisteva nemmeno, immediatamente ci si accorge della contraddizione intrinseca di quelle ipotesi che ravvisano nella configurazione in capo al servo di un'*o.n.*, la motivazione fondamentale che possa giustificare la riferibilità al servo stesso di un

¹⁰⁰ In proposito BURDESE, *La nozione classica*, cit., 148; TALAMANCA, voce 'Obbligazioni', cit., 59, nt. 417.

¹⁰¹ *Supra*, nt. 11.

oportere, e quindi l'adozione della trasposizione di soggetti all'interno delle formule delle *a.a.q.*

Conseguentemente viene posta in dubbio anche l'ipotesi che vede nelle azioni adiettizie, ed in particolare nell'*actio de peculio*, una sanzione dell'*o.n.* del servo¹⁰².

E' pensabile, infatti, che nel prosieguo dell'evoluzione storica romana, e solo in ordine all'azione menzionata, la riflessione giurisprudenziale sia giunta, per certi versi, a ritenere che tramite l'*actio de peculio* si potesse sanzionare indirettamente e solo di fatto l'*o.n.* del servo, ma certamente al momento della creazione delle *a.a.q.* non doveva esser questo l'intento perseguito dai magistrati giurisdicenti.

E' nostra convinzione, infatti, come mostreremo nei paragrafi successivi, che storicamente il regime delle *a.a.q.*, e quindi anche quello dell'*actio de peculio*, debba essersi sviluppato senza alcun riferimento all'*o.n.* Di conseguenza, se una relazione esiste tra l'*actio de peculio* e l'*o.n.*, essa è stata sicuramente creata *a posteriori* e con intenti ulteriori.

Infatti, se tra *peculio* e *o.n.* si instaurerà in età classica un rapporto profondo, visto che tale concetto si innesterà pienamente nel regime peculiare per consentire la determinazione di nuove soluzioni giurisprudenziali, tra l'*actio de peculio* e l'*o.n.* il rapporto resterà sempre estremamente sfumato.

In tal senso le fonti sono chiare. Il dato che si evidenzia immediatamente ai nostri occhi è particolarmente rilevante: tra tutti i brani relativi alle *a.a.q.* che ci è dato conoscere, soltanto due sono quelli in cui si pone una relazione diretta tra le *a.a.q.* e *o.n.* Inoltre, la relazione prospettata è tale da non implicare affatto l'idea che le *a.a.q.* sanzionino l'*o.n.* del servo, né tanto meno che l'*o.n.* costituisca il presupposto per l'esperimento delle predette azioni¹⁰³.

¹⁰² *Infra*, § 4.

¹⁰³ Nei capitoli successivi vedremo, infatti, che il presupposto fondamentale che sta alla base delle *a.a.q.* è costituito dal '*negotium*' concluso dal servo e non dall'esistenza di una *o.n.* in capo al servo stesso; *infra*, Cap. VI § 3.

I brani considerati sono particolarmente noti alla dottrina romanistica:

D. 46.1.16.3 (Iul. 53 Dig.): *Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur. [4] Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.*

D. 44.7.10 (Ulp. 47 ad Sab.): *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam eo, si soluta pecunia repeti non possit.*

I passi in questione, infatti, sono stati oggetto di dispute dottrinali notevoli, soprattutto in ordine all'identificazione stessa del concetto di *o.n.* E, in realtà, sia il primo che il secondo, nella versione riportata nel Digesto, sono palesemente scorretti.

Basti pensare innanzitutto al pronome '*eorum*' che, in entrambe i casi, non ha alcun termine di riferimento precedente¹⁰⁴.

A tal proposito, infatti, Gradenwitz per primo, sulla base di Gai 3.119a¹⁰⁵ - in cui dopo l'espressione '*ac ne illud quidem interest utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur*', sostanzialmente corrispondente a quella iniziale del frammento giuliano considerato, seguiva la menzione dell'obbligazione servile - pensò che, forse originariamente, anche in D. 46.1.16.4 l'*eorum* facesse riferimento ai servi e, quindi, che con l'espressione '*actio aliqua eorum nomine competit*' ci si riferisse alle *a.a.q.* Di conseguenza, il brano nella sua originaria configurazione doveva esser formulato in tal modo¹⁰⁶:

¹⁰⁴ L'anomalia è ancora più evidente se si considera che nei due brani si riscontra la stessa alterazione. Si è pensato, infatti, che il secondo sia un rifacimento del primo; vd. GRADENWITZ, *Op. cit.*, 145.

¹⁰⁵ *Supra*, nt. 94.

¹⁰⁶ GRADENWITZ, *Op. cit.*, 145.

Fideiussor accipi potest quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur <adeo quidem ut pro servis quoque obligetur. Quorum> naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur [naturales debitores] <servi > per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.

Questa interpretazione, ovviamente contestata dai sostenitori¹⁰⁷ della classicità delle obbligazioni naturali coercibili del *ius gentium*, è

¹⁰⁷ SIBER, *Naturalis obligatio*, cit., 27 e in *Römische Recht*, Leipzig, 1928, 165, infatti, credeva che il passo fosse fortemente alterato e lo ricostruiva in tal modo: *Fideiussor <ab omni debitores> accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis cui applicetur.*[4. *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit*], *verum <interdum> etiam cum <obligatio non tenet, sed eius nomine> soluta pecunia repeti non potest [nam licet....recepisse]*. La dottrina successiva, tuttavia, ha respinto la complessa ricostruzione proposta da Siber; preferendole quella di Gradenwitz; cfr. BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 326; PRINGSHEIM, *Recens. a Siber, Naturalis obligatio*, in *ZSS* 46 (1926) 368; LAURIA, *Recens. a Siber, Naturalis obligatio*, in *Riv. It. Scr. Giur.* I, 1925 ora in *Studi e Ricordi*, Napoli, 1983, 606; DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, 192 nt. 22.

Ha fatto eccezione CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, cit., 18ss, il quale, richiamando il testo della Vulgata nella quale in entrambe i passi (D. 46.1.16.3-4; D. 44.7.10) si legge 'earum' al posto di 'eorum', ha ritenuto probabile che questa fosse la versione originaria del passo, in cui il pronome *earum* doveva essere riferito a *naturales obligationes*. Una conferma sarebbe derivata, inoltre, dalla lettura dei Basilici, poiché nel passo corrispondente a D. 44.7.10 (Bas. 52.1.9 [Heimb. 5.105]), il pronome in questione, tradotto con il termine "aÛitn", non avrebbe posto alcun problema di ordine grammaticale, perché maschile o femminile che fosse, doveva esser riferito, comunque, all'iniziale "af fusikaTMnoxa". Se così non fosse stato, si sarebbe resa necessaria una precisazione che manca, così come manca nella versione corrispondente a D. 46.1.16.3-4 (Bas. 26.1.16.3-4 [Heimb. 3.96]). Cornioley, dunque, riferendo l'*earum* a *naturales obligationes*, credeva che con l'espressione '*actio aliqua*' non si facesse riferimento alle *a.a.q.*, ma alle azioni che sanzionano i negozi del *ius gentium* basati sulla *fides*. Di conseguenza, il passo avrebbe confermato pienamente la sua tesi (*supra*; nt. 97), testimoniando l'esistenza di due distinte categorie di *naturales obligationes*, l'una costituita da *obligationes* dello *ius gentium* pienamente coercibili, e l'altra relativa ai *debita servorum* sforniti di azioni e rilevanti solo ai fini della *soluti retentio*. In senso contrario vd. dottrina citata alla nt. 308.

quella che ha riscosso i maggiori consensi, seppur con alcune varianti¹⁰⁸.

Ed effettivamente la tesi del Gradenwitz sembra convincente, sia perché formulata con riferimento al passo gaiano (Gai 3.119)¹⁰⁹, ma anche perché - come notava lo studioso tedesco¹¹⁰ - nelle fonti relative alle *a.a.q.*, e specialmente all'*actio de peculio*, si legge spesso che esse spettano contro il *dominus 'nomine servorum'*¹¹¹.

Questa tesi, tuttavia, è stata sottoposta a critica da Buti il quale, riprendendo parzialmente la tesi di Cornioley¹¹², ha visto nel brano la

¹⁰⁸ Così, PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 45 nt. 1, il quale, accettando l'esegesi del Gradenwitz, ha ritenuto interpolato non solo il riferimento all'*o.n.* munita di azione, ma anche quello dell'*o.n.* senza azione che legittima la *soluti retentio*. Invece, LONGO, *Concetto e limiti*, cit. 117ss; ID., *Ricerche*, cit. 126ss, ha ipotizzato che nel testo giuliano si leggesse '*actio de peculio*' al posto della generica espressione '*actio aliqua*', in realtà di dubbia fattura. Questa ipotesi, che potrebbe essere accettata da BURDESE, *La nozione*, cit., 36, nt. 21, è stata ritenuta «problematica» da LABRUNA, «*Naturalis obligatio*», cit. 292. C'è, inoltre, chi ha sostenuto che l'*eorum* potrebbe riferirsi al successivo *naturales debitores*, senza alcun errore in senso logico. D'altronde, l'assenza in D. 44.7.10 si potrebbe spiegare ipotizzando un accorciamento al testo che avrebbe eliminato l'analogo riferimento ai debitori; KASER, *Recens. a Cornioley, Naturalis obligatio*, cit., 466 e THOMAS, *Naturalis obligatio pupilli*, in *Sein und Werden im Recht, Fest. von Lübtow*, Berlin, 1970, 478ss. Va detto, tuttavia, che quest'ultima interpretazione non muta di molto la sostanza del discorso.

¹⁰⁹ Contro l'assimilazione tra i due passi (Gai 3.119; D. 46.1.16.3) si è pronunciato, invece, DIDIER, *Les obligations naturelles chez les derniers Sabiniens*, in *RIDA* 19 (1972), 252, il quale - pur aderendo alla tesi del Gradenwitz per quanto riguarda l'inserzione dell'espressione '*servorum nomine*' - non accetta che questa ricostruzione debba essere proposta sulla base di un analogia con Gai 3.119; in proposito vd. BUTI, *Op. cit.*, 230, nt. 10. In realtà, non può negarsi il nesso esistente tra i due frammenti (Gai 3.119; D. 46.1.16.3), anche se ciò non comporta necessariamente che debbano avere identità i contenuti.

¹¹⁰ GRADENWITZ, *Op. cit.*, 144: «Die Naturalobligationen werden nicht bloss danach gewertet, ob etwa eine Klage *servorum nomine* (gegen den Herrn) zusteht, sondern auch danach, dass das gezahlte nicht zurückgefordert werden kann: d.h. von Naturalobligationen spricht man nicht nur, weil der Herr mitunter verklagt werden kann, sondern auch weil das Gezahlte nicht zurückgefordert werden kann».

¹¹¹ In tal senso si vedano le considerazioni svolte precedentemente; *supra*, Cap. II, § 2.3.

¹¹² *Supra*, nt. 97; 107.

conferma della sua ipotesi per cui le *a.a.q.* sanzionerebbero, seppur indirettamente, i debiti propri degli schiavi verso i terzi.

L'Autore¹¹³, infatti, crede di poter accogliere la tesi del Cornioley nella parte in cui afferma che la caratteristica della coercibilità vada riconosciuta già all'*o.n.* classica. Inoltre, in ordine alla 'sgrammaticatura' dell'*eorum*, ritiene¹¹⁴ che la correzione in *earum* - proposta dal Cornioley¹¹⁵ - potrebbe dare luogo «a minori problemi interpretativi anche se non è agevole dar ragione sicura dell'alterazione»¹¹⁶.

Comunque, quale che sia la corretta formulazione del brano, Buti¹¹⁷ non condivide in ogni caso l'idea espressa da Gradenwitz, seguita poi da gran parte della dottrina¹¹⁸, che, nel passo in questione, vuol far coincidere l'*o.n.* con l'*obligatio servi*. In tal modo si suffragherebbe, infatti, la conclusione in base alla quale l'azione che '*eorum (scil. servorum) nomine competit*' sarebbe semplicemente l'azione adiettizia contro il *dominus*, anziché la sanzione di una categoria generale di *naturales obligationes* coercibili. Di conseguenza, verrebbe a negarsi, in particolare, all'*actio de peculio* quel ruolo di sanzione del debito servile che sarebbe, invece, confermato - a parere dell'autore¹¹⁹ - proprio in D. 46.1.16.4 in connessione con D. 15.1.41¹²⁰.

Del resto, Buti, esprime la sua ipotesi nella convinzione che la nozione di *o.n. servi* preesistesse a Giuliano e, quindi, che il giurista non volesse riferirsi solo ad essa, ma dare una definizione più ampia, tale da ricomprendere altre figure quali ad esempio le obbligazioni naturali del *ius gentium* coercibili. E, d'altronde, tutto ciò sarebbe

¹¹³ BUTI, *Op. cit.*, 228ss.

¹¹⁴ BUTI, *Op. cit.*, 232, nt. 15

¹¹⁵ *Supra*, nt., 107.

¹¹⁶ In tal senso BUTI, *Op. cit.*, 232. L'A., infatti, infatti, sulla base di un accenno prospettato da KASER (*Recens. a Cornioley*, cit., 467), ipotizza anche che il pronome *eorum* potesse essere riferito a *naturales debitores* (p. 233).

¹¹⁷ BUTI, *Op. cit.*, 231, nt. 14.

¹¹⁸ *Supra*, nt. 96.

¹¹⁹ BUTI, *Op. cit.*, 275, nt. 130:

¹²⁰ *Infra*, Cap. VI § 3.

palesamente dimostrato dalla correlazione ‘*non eo solo... verum etiam*’ posta in D. 46.1.16.4 tra le due espressioni in questione, del tutto idonea, a suo parere, ad introdurre l’enunciazione di due caratteristiche non contrapposte ma complementari ¹²¹.

Burdeese ¹²², però, gli ha giustamente replicato che «..la enunciazione di tali criteri risulterebbe tanto generica da involgere qualunque obbligazione, senza che ne risultasse individuata qualsiasi nozione di *o.n.* Viceversa qualsiasi obbligazione, sia pure di *ius gentium*, sanzionata normalmente da azione, apparirebbe esclusa dal novero delle obbligazioni naturali alla stregua della precisazione successiva di cui in D. 46.1.16.4».

In conseguenza di quanto detto, la lettura più plausibile del brano giuliano ci sembra quella che ne riconosca l’attendibilità, seppur nell’integrazione data dal Gradenwitz. Giuliano, infatti, «si limita a prendere in considerazione i debiti naturali del servo verso l’estraneo, afferma che persino di essi è possibile fare fideiussione ed aggiunge, con una sorta di digressione esplicativa circa la rilevanza giuridica della *naturalis obligatio*, che questa non è presa in considerazione solo qualora ricorrano gli estremi di una azione pretoria adiettizia contro il *dominus*, ma anche in quanto fonda l’irripetibilità del pagato ¹²³».

In conclusione, sulla base delle riflessioni sin qui condotte, è nostra convinzione che sia fortemente azzardato pensare che Giuliano o Ulpiano considerassero le azioni adiettizie come delle sanzioni dirette o indirette delle *obligationes naturales*. Basti ricordare, ancora una volta, le parole di Burdeese ¹²⁴ particolarmente esplicite in tal senso: «.. non v’ha dubbio che il riconoscimento delle *naturales obligationes* con riguardo alle persone *alieni iuris* è stato preceduto e preparato dalla rilevanza degli stessi rapporti obbligatori al fine di stabilire soprattutto l’ammontare del peculio, vuoi per individuare l’oggetto del legato di peculio vuoi per stabilire il limite di responsabilità del titolare della *potestas* convenuto con l’*actio* pretoria *de peculio* dal terzo che

¹²¹ BUTI, *Op. cit.*, 228.

¹²² BURDESE, *Recens. a Buti, Studi sulla capacità*, cit., in *Iura* 27 (1976) 208.

¹²³ BURDESE, *La nozione*, cit., 35-36.

¹²⁴ BURDESE, *La nozione*, cit., 29.

avesse contratto con la persona *alieni iuris*. Ma, se l'idea di una *naturalis obligatio* facente capo alla persona *alieni iuris* si innesta su questo complesso di istituti civili e pretori, se essa appare utilizzata dalla giurisprudenza classica quale artificio costruttivo al fine di giustificare il riconoscimento di una ulteriore parziale rilevanza ai negozi posti in essere da tali persone ... appare pur tuttavia necessario ammettere che l'idea stessa della *naturalis obligatio*, il riconoscimento cioè di una *obligatio* qualificata come *naturalis*, poggi su di un qualche fondamento positivo, abbia una sua intrinseca giustificazione».

L'idea espressa dall'autore è perfettamente condivisibile: le *o.n.* riguardano certamente quelle stesse attività negoziali poste in essere dai soggetti *alieni iuris*, che costituiscono anche il fondamento delle azioni adietizie, ma il concetto di *o.n.* non venne creato, né poteva essere utilizzato direttamente per la formulazione concreta delle *a.a.q.*, ma solo per fini ulteriori.

Ed è proprio su tale aspetto che ci soffermeremo nei paragrafi successivi.

Va accertato, infatti, se almeno in ordine all'*actio de peculio* possa ragionevolmente sostenersi che rappresenti una sanzione dell'*o.n. servi* o se si preferisce del *debitum servi*, e quindi, se possa ipotizzarsi un regime peculiare imperniato precocemente sull'esistenza di «debiti» e «crediti» in capo ai servi.

4. *Revisione critica dell'ipotesi che vede nell'actio de peculio o nella deductio peculii una sanzione del o.n. del servo. Tra l'o.n. e regime peculiare non vi è piena coincidenza, tanto è vero che gran parte delle questioni attinenti al regime peculiare vengono risolte, ancora in età classica, senza ricorrere alla configurazione in capo al servo di debita o credita, ancorché naturales.*

Le osservazioni svolte nel paragrafo precedente si riferivano indistintamente a tutte le *a.a.q.*, ma è nostra intenzione soffermarci in modo particolare sul regime dell'*actio de peculio*.

Infatti, come accennavamo nei paragrafi precedenti¹²⁵, più di una volta è stato sostenuto in dottrina che questa azione potesse costituire una sanzione diretta o indiretta del *debitum servi*.

In particolare, identificando il concetto di *o.n.* prevalentemente con l'*obligatio servi*, già Perozzi¹²⁶ era giunto alla conclusione che il perno della disciplina giuridica dell'*o.n.* fosse costituito proprio dal regime dell'*actio de peculio*, ipotizzando una piena coincidenza tra il regime peculiare e quello dell'*obligatio* in questione.

L'individuazione nel regime del peculio del terreno di elezione dell'*o.n.* classica è stata successivamente ripresa ed accentuata dal Longo¹²⁷ e, recentemente, sebbene da un'altra angolazione prospettica, da Buti¹²⁸.

Longo, in particolare, muovendo dalla convinzione che uno dei requisiti fondamentali per la configurazione di un'obbligazione fosse costituito dalla 'coercibilità', riteneva assurdo pensare che l'*o.n.* fosse un rapporto esistente solo nelle convenzioni sociali, poiché «quel suo stretto legame con la *deductio ex peculio*, quel suo vincolare materialmente lo schiavo, interessando il suo patrimonio di fatto, colpendo un suo interesse economico, quel suo designare soltanto la posizione passiva del rapporto, sono tutti elementi che integrano la nozione di una *obligatio* coercibile in pieno, perché pienamente sanzionata dal diritto, mediante *actio* e *deductio de peculio*; ma nonostante la coercibilità piena l'*obligatio* dello schiavo è *naturalis* (cioè esiste di fatto) e non giuridica, perché né lo schiavo è soggetto di diritto, né il peculio giuridicamente gli appartiene¹²⁹».

L'autore infatti, escludendo tutte le altre ipotesi configurabili¹³⁰, identificava pienamente l'*o.n.* con l'*obligatio* del *servus* verso l'estraneo e verso il *dominus* e riteneva, così di poter affermare che le

¹²⁵ *Supra*, § 3

¹²⁶ *Istituzioni* II, cit. 1908; *supra*, nt. 95-97.

¹²⁷ *Ricerche*, cit., 45 ; IDEM, *Concetto e limiti*, cit. 111.

¹²⁸ BUTI, *La capacità patrimoniale*, cit., 147.

¹²⁹ LONGO, *Il concetto*, cit., 111, nt. 100.

¹³⁰ In particolare l'Autore esclude l'esistenza di un obbligo naturale del *dominus* verso il servo, così come quello del *pater* verso il *filius* o del *filius* verso il *pater*; vd. *infra*, nt. 133.

obbligazioni servili sarebbero munite di sanzioni dirette: l'*actio* e la *deductio peculii*. La prima (*actio de peculio*) avrebbe riguardato i debiti assunti dal *servus* verso il *dominus*, la seconda (*deductio peculii*) quelli contratti dallo schiavo nei confronti dei terzi. In tal modo si sarebbe realizzata la «coercibilità di fatto» di queste obbligazioni¹³¹.

Ebbene, questa tesi, come vedremo meglio in seguito, sembra forzare, per certi versi, le testimonianze fornite delle fonti, e per tale motivo non ha incontrato il favore della dottrina¹³², che ha ribadito la nozione classica di *o.n.* incoercibile.

L'ipotesi di Longo presuppone, infatti, che vengano qualificati come *o.n.* solo i debiti del servo verso il *dominus* o verso i terzi, e non anche i crediti dei servi, o meglio i debiti del *dominus* verso i propri servi¹³³, e si basa, inoltre, sulla piena coincidenza tra il regime dell'*o.n.* e quello peculiare.

Leggendo le fonti ci si accorge, invece, che vengono qualificati come *o.n.* anche debiti e crediti assunti dai *fili familias* tra loro o nei confronti del loro *pater familias*¹³⁴, ed anche i debiti assunti dal *dominus* nei confronti del suo servo¹³⁵.

¹³¹ In realtà, l'idea espressa da Longo a tal proposito è strumentale alla ricostruzione complessiva del concetto di *o.n.* L'A., infatti, notava la contraddizione esistente tra i testi del *Corpus iuris* che qualificavano come *o.n.* certi rapporti incoercibili ed altre, invece, in cui si designavano come tali dei rapporti obbligatori perfettamente coercibili. Rifiutava, tuttavia, l'idea di Siber (*supra*, nt. 97) della classicità delle *o.n.* di *iuris gentium*, e, inserendosi nell'alveo della tradizione iniziata col Gradenwitz e Perozzi, credeva possibile sanare il contrasto esistente nelle fonti ravvisando «...il residuo storico della concezione classica in particolari rapporti di debito, dei quali si può assicurare la coercibilità con mezzi diversi dall'*actio civilis*»; cfr. LONGO, *Ricerche*, 45. L'*o.n.* classica sarebbe stata quindi una obbligazione coercibile, sebbene coercibile solo sul piano fattuale.

¹³² BURDESE, *La nozione*, cit. 63ss; ID., *Recens. a Longo*, cit. 269; LABRUNA, *Recens. a Longo*, 284ss; DONATUTI, *Recens. a Longo*, 311ss; BROGGINI, *Obligatio naturalis*, cit. 491ss, che ha definito l'espressione «coercibilità di fatto» come «qualifica imbarazzante».

¹³³ LONGO, *Concetto e limiti*, cit., 95ss. Seppur per altre ragioni, anche CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, cit., 171 escludeva i debiti del *dominus* nei confronti dei servi dall'ambito dell'*o.n.*; *supra*, nt. 97.

¹³⁴ Nelle fonti non vi sono testimonianze sufficientemente valide per ritenere che la qualifica di *o.n.* dovesse riguardare anche i debiti assunti dai *fili familias* nei

Inoltre, esaminando il regime peculiare nella sua specificità, e valutando al contempo modalità e scopi con cui l'*o.n.* si inserisce in tale regime, può notarsi chiaramente che la piena coincidenza tra l'ambito di applicazione dell'*o.n.* e il regime peculiare, ipotizzata da Longo, non trova adeguato riscontro nelle fonti.

Quando diciamo, però, che non sembra esservi piena coincidenza tra l'ambito di applicazione del regime peculiare e l'*o.n.*, non intendiamo far riferimento alla questione relativa all'ambito di applicazione dell'*o.n.* classica, se questa cioè coincidesse o meno con l'ambito del peculio¹³⁶, ma al fatto che le fonti mostrano con una certa

confronti dei terzi, in quanto probabilmente all'epoca in cui fu creato il concetto in questione, ad essi era già stata riconosciuta l'autonoma capacità di obbligarsi, e di assumere, quindi, valide obbligazioni *iure civili*; vd. *supra*, § 1. Le testimonianze in nostro possesso sembrano attestare, invece, la riferibilità dell'*o.n.* anche ai debiti e ai crediti intercorrenti tra più *fili familias*, o tra questi e i loro *patres familias*; vd. VAZNY, *Op.cit.*, 129; DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, cit., 243ss; BURDESE, *La nozione classica*, cit., 59ss, LABRUNA, *Recens. a Cornioley, Naturalis obligatio*, cit., 292; DONATUTI, *Recens. a Cornioley, Naturalis obligatio*, cit., 314; MANTELLO, *Beneficium servile*, cit., 201; *infra*, § 4.3. D'altronde, se questi rapporti fossero stati esclusi dal novero dell'*o.n.*, avrebbero assunto un valore puramente interno, interfamiliare che ne avrebbe escluso ogni rilevanza giuridica. Sarebbero stati considerati, infatti, come rapporti di carattere meramente familiare e obblighi di naturale morale, la cui realizzazione sarebbe stata rimessa unicamente alla buona fede dei soggetti coinvolti. E, tutto ciò poteva andare bene se questi rapporti familiari non avessero avuto una certa incidenza anche sui rapporti giuridici instaurati con i terzi tramite l'utilizzazione del peculio. Difatti, considerato che il peculio affidato al *filius* costituiva la garanzia dei terzi che con lui contraevano, e che rapporti di credito e debito intercorrenti tra *fili* e *pater* o tra i *fili* stessi erano tali da incidere sull'ammontare del peculio, è ovvio che dovessero trovare un riconoscimento giuridico. A ciò si aggiunse, poi, l'esigenza di consentire che in ordine agli stessi rapporti familiari potessero realizzarsi nuovi ed ulteriori effetti, anche nell'interesse dei soggetti coinvolti (la possibilità di un'autonoma *fideiussio*, la rilevanza anche *post manumissiones*, etc.); vd. *infra*, § 4.3.

¹³⁵ *Infra*, § 4.1.

¹³⁶ *Infra*, § 4.2; 4.3; 4.4. In particolare DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, cit., 207, richiamando l'opinione del VAZNY (*Op. cit.*, 139), riteneva che l'*o.n. servi* non fosse necessariamente compresa nel campo di applicazione del regime peculiare e citava, a riprova del suo assunto, parecchi brani del Digesto [D. 15.1.50.2 (Pap. 9 *quaest.*); D. 46.3.84 (Proc. 7 *epist.*); D. 46.3.38.2 (Afric. 7 *quaest.*); D. 3.5.18 pr. (Paulus 2 *ad Ner.*); D. 15.1.30 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 15.3.11 (Paulus 30 *ad ed.*)].

evidenza che la maggior parte delle questioni attinenti alla gestione del *peculium* vengono risolti indipendentemente dal ricorso al concetto di *o.n.*

Inoltre, deve riflettersi su un'altra circostanza fondamentale. Sebbene, infatti, non sia ipotizzabile una contestuale proposizione nell'albo pretorio di tutte le *a.a.q.*, tuttavia non vi sono elementi sufficienti nelle fonti per ipotizzare che dovesse esser intercorso un lasso di tempo considerevole tra l'introduzione delle une e delle altre. Di conseguenza, le considerazioni svolte in ordine al rapporto storico esistente tra l'età di creazione delle *a.a.q.* e quella dell'*o.n.* debbono valere anche per l'*actio de peculio*. Essa, infatti, deve essere stata proposta nell'albo pretorio, come le altre *a.a.q.*¹³⁷, quando il concetto di *o.n.* non esisteva ancora.

Tuttavia, l'ipotesi di Longo è stata recentemente ripresa, per certi versi, da Buti¹³⁸, il quale ha ravvisato ancora una volta nell'*actio de peculio* una 'sanzione' dei *debita* assunti dai servi nei confronti dei terzi. Per Buti¹³⁹, però, l'*actio de peculio*, si configurerebbe come una sanzione «indiretta» dei *debita* assunti dallo schiavo nel proprio nome e nel proprio interesse, e prescinderebbe originariamente da alcun riferimento al concetto di *o.n.*

Consapevole, infatti, della fondatezza delle obiezioni sollevate contro Longo, ed in particolare contro la piena coincidenza dell'ambito di applicazione dell'*o.n.* con quella del regime peculiare, Buti¹⁴⁰ ritiene, comunque, che l'*actio de peculio* costituisca una sanzione indiretta del *debitum servi*, in quanto nelle fonti sarebbe riscontrabile un precoce riconoscimento dell'autonomia negoziale del servo che si realizzerebbe in maniera del tutto indipendente dal riconoscimento dell'*o.n.* L'*actio de peculio*, ma anche la *deductio*, presupporrebbero,

¹³⁷ *Supra*, nt., 11.

¹³⁸ BUTI, *Studi sulla capacità*, cit., 185 nt. 87, si mostra critico nei confronti dell'opinione del Longo ma, in realtà, riconosce egli stesso l'affinità della sua ipotesi con quella di Longo, dalla quale differisce per il fatto di configurare l'*actio de peculio* non come sanzione diretta dell'*o.n.*, ma come sanzione «indiretta» dei *debita servorum*.

¹³⁹ *Op. cit.*, 147ss.

¹⁴⁰ BUTI, *Op. cit.*, 36ss; 184ss.

anzi troverebbero il loro fondamento nella precoce configurazione in capo al servo di autonome posizioni debitorie.

La creazione dell'*o.n.*, d'altronde, nulla o poco avrebbe a che vedere col riconoscimento della capacità per il servo di assumere debiti, in quanto rispetto ad essa si configurerebbe come una creazione tardiva e produrrebbe effetti solo dal punto di vista definitorio e di inquadramento sistematico¹⁴¹.

Ebbene, anche questa ipotesi scaturisce da un'interpretazione alquanto particolare delle fonti, tanto è vero che ha incontrato resistenze presso la dottrina più attenta¹⁴².

E' nostra intenzione, allora, riesaminare le testimonianze in questione e ripercorrere alcune delle tappe fondamentali del dibattito dottrinale sviluppatosi intorno alle stesse, per verificare alcune affermazioni, e svolgere considerazioni ulteriori in ordine all'argomento.

Valuteremo, innanzitutto, il regime della *deductio peculii* (§ 4.1) per verificare se necessitasse, per la sua stessa ammissione, della configurazione di un *debitum* in capo al servo, e per valutare il rapporto intercorrente con la nozione di *o.n.* Successivamente, ci occuperemo delle questioni relative ai pagamenti effettuati o ricevuti dai servi (§ 4.2; 4.3) per constatare se derivassero la loro validità dall'applicazione delle regole originarie del peculio, o, invece, dall'esistenza di un *debitum* o *creditum* in capo al servo. E, infine, prenderemo in considerazione i casi concreti in relazione ai quali si ricorre al concetto di *o.n.* (§ 4.3; 4.4), per determinare con quali finalità fu utilizzato nell'ambito del sistema peculiare.

4.1. *Continua: deductio peculii e debitum servi. La deductio peculii rappresenta uno dei limiti fondamentali alla capacità illimitata del*

¹⁴¹ BUTI, *Op. cit.*, 273; vd. *infra* § 5.

¹⁴² BURDESE, *Recens. a Buti, Studi sulla capacità*, cit., in *Iura* 27 (1976), 208; MARTINI, *Autonomia negoziale dei servi e «obligationes naturales»*, in *Labeo* 26 (1980), 106ss.

dominus di disporre dei beni peculiari. Noi crediamo, tuttavia, che non abbia trovato il proprio fondamento nell'autonomo riconoscimento dei debita servorum, ma piuttosto nella tutela dei terzi contraenti.

Procediamo, dunque, esaminando innanzitutto il regime della *deductio peculii* per accertare se presupponga, *ab origine*, la configurazione di un'autonoma posizione debitoria in capo al servo o se, invece, trovi la propria giustificazione nelle regole originarie del peculio, fondate sull'editto pretorio, nelle quali - a quanto ne sappiamo - non doveva esservi alcun accenno al *debitum servi*¹⁴³. Ed è in tal senso che prenderemo in considerazione anche il rapporto intercorrente tra la *deductio peculii* e l'*o.n.* tenendo conto, soprattutto, della prospettiva storica, perché se è innegabile che un rapporto tra i due istituti esista, va tenuto conto dei tempi e delle modalità con cui si esplica.

In realtà, *prima facie*, sembra che l'esistenza del *debitum servi* sia implicitamente e necessariamente sottesa all'idea stessa della *deductio peculii*. In molti passi, inoltre, si richiama e si menziona espressamente il concetto di *debitum naturale* per giustificare la *deductio*¹⁴⁴.

Va ricordato, tuttavia, che per quanto riguarda la *deductio peculii* le attestazioni più risalenti sono riferibili all'età di Servio¹⁴⁵. Quindi, se

¹⁴³ *Infra*, Cap.V § 1; § 2.

¹⁴⁴ D. 15.1.11.2 (Ulp. 29 *ad. ed.*): *Sed si a debitore dominico servus exegerit, an domini debitorem se fecerit, quaeritur: et Iulianus libro duodecimo digestorum non aliter dominum deducturum ait, quam si ratum habuisset quod exactum est: eadem et in filio familias dicenda erunt: et puto veram Iuliani sententiam: naturalia enim debita spectamus in peculii deductione: est autem natura aequum liberari filium vel servum obligatione eo quod indebitum videtur exegisse; D. 15.1.49.1 (Pomp. 4 *ad Q. Muc.*): Si ignorante me servus meus negotia mea administraverit, tantidem debitor mihi intellegatur, quanti tenebatur, si liber negotia mea administrasset. Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intellegatur, ex causa civili computandum est: ideoque si dominus in rationes suas referat se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit neque ulla causa praecesserat debendi, nuda ratio non facit eum debitorem.*

¹⁴⁵ D. 15.1.9.2-3; D. 15.1.17; D. 35.1.40.3.

è vero che l'*o.n.* è un concetto classico¹⁴⁶, siamo costretti ad accettare l'idea che la *deductio peculii* preesistesse alla creazione stessa dell'*o.n.* Quindi, è lecito pensare che al tempo di Servio dovesse ammettersi la prededuzione dei debiti assunti dallo schiavo nei confronti del suo *dominus* senza ricorrere affatto all'idea del *debitum naturale*.

Non vi è dubbio, però, che nei responsi sulla *deductio peculii* attribuiti a Servio si discuta di '*quod servus domino debetur*'¹⁴⁷ o, viceversa, di '*quod dominus debet servo*'¹⁴⁸. Ma questa circostanza è, di per sé, sufficiente per credere che il *debitum servi* avesse trovato riconoscimento già nell'età di Servio, e dunque, prima dell'affermarsi del concetto di *o.n.*?

A nostro parere, la risposta deve essere negativa. Va considerato, infatti, che il pensiero di Servio, almeno per quanto riguarda la *deductio peculii*, ci è riferito unicamente da giuristi tardoclassici, ai quali era certamente familiare il concetto di *debitum servi*. Di conseguenza, non sappiamo con esattezza se Servio adottasse esattamente tale terminologia e, soprattutto, se nell'usarla si riferisse propriamente ad un '*debere*' dello schiavo verso il proprio padrone, ma anche del padrone verso il proprio schiavo, inteso come vincolo potenziale all'adempimento di una prestazione.

E' lo stesso giurista repubblicano, infatti, ad ammettere che il '*dominus servo nihil debere potest*'¹⁴⁹, e che, chiamato a pronunciarsi sulla validità del legato '*heres meus Sticho servo meo quem testamento liberum esse iussi aureos quinque, quos in tabulis debeo, dato*', afferma esplicitamente che '*nihil servo legatum esse*':

D. 35.1.40.3 (Iav. 2 ex post. Labeonis): *Dominus servo aureos quinque sic legaverat: 'heres meus Sticho servo meo, quem testamento liberum esse iussi, aureos quinque, quos in tabulis debeo, dato. Nihil servo legatum esse Namusa Servium respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset: ego puto secundum mentem testatoris naturale magis quam civile debitum spectandum esse, et eo iure utimur.*

¹⁴⁶ *Supra*, § 3 .

¹⁴⁷ D. 35.1.40.3.

¹⁴⁸ D. 15.1.9.2. D. 15.1.17.

¹⁴⁹ D. 35.1.40.3.

E, in effetti, leggendo il brano¹⁵⁰, sembra ravvisabile a prima vista una contraddizione profonda tra l'affermazione del testatore che lega al servo quanto egli stesso gli 'deve' ('*quos in tabulis debeo*'), e la risposta del giurista volta a precisare che '*nihil servo legatum esse quia dominus servo nihil debere potuisset*'.

La contraddizione viene meno, invece, se si accetta l'idea che a quel tempo il *debitum* del *dominus* nei confronti del servo, così come anche quello dello schiavo nei confronti del *dominus* considerato ai fini della *deductio*, avessero una rilevanza puramente interna, non fossero altro cioè che delle 'partite contabili' necessarie solo per la determinazione dell'ammontare del peculio, prive di alcuna rilevanza giuridica autonoma¹⁵¹. Qualora, invece, dovessero assumere una rilevanza esterna, come nel caso previsto in D. 35.1.40.3, allora non potevano essere considerati veri e propri *debita*.

Diceva, infatti, VAZNY¹⁵² che il «*debitum dominicae rationis* non è che una partita risultante dalla separazione della *ratio dominica* dalla *ratio peculiaris*. In questo riguardo il *dominus* può dovere allo schiavo, cioè alla *ratio peculiaris*, sebbene valga la regola che *dominus servo debere non potest*. Però, quando Servio fu interrogato circa la validità del legato '*heres meus Stichus servo meo quem testamento liberum esse*'

¹⁵⁰ LONGO, *Concetto e limiti*, cit., 101; ID., *Ricerche*, cit., 95ss; VAZNY, *Op. cit.*, 144; CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, cit., 52ss; WATSON, *Narrow, rigid and literal interpretation in the later roman Republic*, in T. 37 (1969) 360ss; WIELIG, *Falsa demonstratio, Condicio pro non scripta, Condicio pro impleta in römischen Testament*, in ZSS 100 (1970) 202; NÖRR, *Spruchregel und Generalisierung*, in ZSS 89 (1972) 56, nt. 164; DIDIER, *Les obligations naturelles*, cit., 248; 268; Id., *Les diverses conceptions du droit naturel a l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des 2 e 3 siecles*, in SDHI 42 (1976) 196; BROGGINI, *Rec. a Longo*, cit., 369; BERNASCONI, *Il legato di debito nel diritto romano*, in SDHI 42 (1976) 97; BURDESE, *Rec. a Buti*, cit., 209; ID., *Rec. a Mantello*, "*Beneficium servile- "debitum" naturale*", in Iura 30 (1979) 167ss; BRETONNE, *La tecnica del responso serviano*, in Labeo 16 (1970) 10; GAUDEMET, *Esclavage et dependance dans l'antiquité, bilan et perspectives*, in T. 50 (1982) 153; MANTELLO, *Beneficium servile*, cit. 10; 183ss; QUADRATO, *La persona di Gaio. Il problema dello schiavo*, in Iura 37 (1986), 17; MANTOVANI, *Sull'origine dei "libri posteriores" di Labeone*, in Labeo 34 (1988) 288.

¹⁵¹ In tal senso VAZNY, *Op. cit.*, 144; MANTELLO, *Beneficium servile*, cit. 252.

¹⁵² *Naturalis obligatio*, cit., 144.

iussi aureos quinque, quos in tabulis debeo, dato, rispose: *'nihil servo legatum esse'*. La questione eccedeva i limiti testé accennati. Non si trattava, per esempio, della questione se nel legato del peculio si dovesse ritenere compreso ciò che lo schiavo *in domini rationem plus erogaverit*. Nel caso in questione non si trattava del legato di peculio.... Così proposta non poteva la questione esser risolta se non negativamente. Perché per Servio non v'era che l'alternativa: o spettanza del *debitum dominicae rationis* al peculio, o *debitum civile*. Altra ipotesi non era possibile».

Ebbene, crediamo che le parole di Vazny siano particolarmente significative a tal proposito, e non lascino spazio ad alcuna replica¹⁵³.

¹⁵³ In realtà, anche la questione relativa ai tempi e alle modalità di riconoscimento del *debitum* del *dominus* nei confronti del servo è stata oggetto di controverse interpretazioni dottrinali. Generalmente si è ritenuto che debba essere avvenuto in sostanziale corrispondenza con il riconoscimento del *debitum* del servo nei confronti del *dominus*, e anch'esso in relazione all'affermarsi del concetto di *o.n.* Alcuni autori, invece, si sono pronunciati - in conformità alle ipotesi ricostruttive prospettate - per una sostanziale esclusione del *debitum domini* dalle ipotesi classiche di *o.n.*; vd. LONGO, *Il concetto*, cit., 101; IDEM, *Ricerche*, cit., 95ss; CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, cit., 171.

Nell'ambito di questo dibattito una posizione particolare è stata assunta da MANTELLO, *Beneficium servile*, 205, il quale ritiene che in ordine al *debitum domini* la riflessione giurisprudenziale romana abbia presentato una notevole mobilità (p. 215). In particolare, l'A. sulla base delle osservazioni svolte da Biscardi (*La capacità processuale dello schiavo*, in *Labeo* 21 (1975) 164), sostiene che i Proculeiani, a differenza dei Sabiniani, avrebbero dato meno rilievo ai debiti del *dominus* verso il proprio schiavo, in contropartita al maggior rilievo contabile dato ai debiti dello schiavo nei confronti del *dominus* (p. 293). Tutto ciò in contrappeso alla maggior libertà di iniziativa economica attribuita allo schiavo, cui era stata riconosciuta l'amministrazione del peculio. In altre parole, i Proculeiani avrebbero riconosciuto una maggiore libertà ed autonomia economica agli schiavi, ma questo riconoscimento, visto che si riversava tutto a vantaggio del *dominus*, avrebbe comportato un maggior rilievo contabile dei debiti dello schiavo nei confronti del *dominus*, e, invece, il mancato riconoscimento dei debiti del *dominus* nei confronti del servo. Il momento dinamico dell'economia avrebbe determinato l'esaltazione di un nuovo compito attribuito al sottoposto «l'idea di una attività servile intesa come proiezione dell'interesse dominico nel mondo dello scambio» (p. 305-306). «E' il surricordato principio dell' 'autonomia' del servo peculiatore - principio reso esplicito da Proculo ma desumibile da altri importanti indizi - che spinge ad introdurre decisi limiti di salvaguardia per il patrimonio del *pater familias*, là dove quest'ultimo possa

Si potrebbe obiettare, tuttavia, che Servio nel frammento esaminato tratta soltanto del *debitum* del *dominus* nei confronti del servo, mentre non si esprime con altrettanta chiarezza, né in questo né in altri frammenti a lui attribuiti, riguardo al *debitum* del *servus* nei confronti del proprio *dominus*.

Innanzitutto, come vedremo anche successivamente¹⁵⁴, i giuristi romani trattano spesso congiuntamente delle due questioni, mostrando di valutare allo stesso modo le due vicende. Inoltre, bisogna tener conto del contesto economico e giuridico in cui operava il giurista repubblicano.

Ancora a quel tempo, infatti, l'assoluta incapacità del servo di obbligarsi, cioè, di assumere un *debitum*, inteso come obbligo all'esecuzione di una prestazione, doveva costituire un punto fermo.

entrare in giuoco tramite il fenomeno dei rapporti *intra domum*» (p. 307). Così si sarebbe realizzata una maggiore accentuazione rispetto al passato della distinzione tra peculio e patrimonio dominico, ma anche della regola per cui gli effetti negativi dei negozi posti in essere dallo schiavo dovessero ripercuotersi sul peculio. Inoltre, la necessità di proteggere gli interessi del *dominus* avrebbe comportato un più ampio rilievo del regime delle *deductiones* dei *credita domini* e una «..vigorosa esclusione del *credere* del servo nei confronti del *pater familias*» (p. 308). Solo con Giavoleno si sarebbe tecnicizzato il concetto di *debitum* del *dominus* nei confronti dello schiavo (p. 392).

Ebbene, pur non condividendo in pieno i termini della rigida distinzione prospettata tra Proculeiani e Sabiniani, riteniamo pienamente condivisibile la conclusione raggiunta dall'Autore nella parte in cui ipotizza che il valore del *debitum* del *dominus* nei confronti dello schiavo si sia affermato decisamente in piena corrispondenza con l'emersione del concetto di *o.n.*: «Essi l'hanno visto come obbligazione naturale unicamente per taluni aspetti - soprattutto quelli concernenti l'autonomia del vincolo dal peculio - che da un certo momento in poi sono stati considerati meritevoli di riconoscimento, senza divenire spunto per riflessioni dirette a superare le non unitarie rappresentazioni concettuali della fattispecie. Ciò spiega perché... si sia fatto ricorso al concetto di *naturale debitum* solo quando si è avvertita l'esigenza di un dato ermeneutico che a livello logico-argomentativo permettesse di sottolineare, in relazione a codesti aspetti, il rilievo immediato della posizione debitoria quale elemento condizionante direttamente la soluzione (p. 215-216)».

¹⁵⁴ D. 15.1.17 (nt. 158) D. 15.1.9.2 (nt. 160); D. 33.8.6.4 (nt. 161).

Se Giuliano¹⁵⁵ e, addirittura, Ulpiano¹⁵⁶ affermeranno espressamente che solo ‘*per abusionem*’ si poteva parlare di un *debere* per lo schiavo, figuriamoci se Servio poteva riferirsi propriamente al *debitum servi*. E, forse, è proprio perché questo principio era fortemente radicato nella coscienza del tempo, che il giurista repubblicano non avvertiva nemmeno la necessità di precisare, come faranno i suoi successori, che solo impropriamente si parla di ‘*debere*’ a proposito del servo¹⁵⁷. Per il *dominus*, invece - visto che si trattava di un *pater familias*, dotato quindi di piena capacità giuridica - poteva manifestarsi l’esigenza concreta di pronunciarsi espressamente per fugare ogni dubbio, e chiarire i malintesi prospettabili circa la rilevanza esterna del ‘*debitum*’ da lui assunto nei confronti del suo servo.

D’altronde, per rendersi conto del significato «atecnico» assunto dal verbo *debere* nel contesto esaminato, basta considerare un altro brano di Ulpiano che ci ricorda anch’esso un responso di Servio:

D. 15.1.17 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Si servus meus ordinarius vicarios habeat, id quod vicarii mihi debent an deducam ex peculio servi ordinarii? Et prima illa quaestio est, an haec peculia in peculio servi ordinarii computentur? Et Proculus, et Atilicinus existimant, sicut ipsi vicarii sunt in peculio, ita etiam peculia eorum: et id quidem, quod mihi dominus eorum, id est ordinarius servus, debet, etiam ex peculio eorum detrahetur: id vero quod ipsi vicarii debent, dumtaxat ex ipsorum peculio: sed et si quid non mihi, sed ordinario servo debent, deducetur de peculio eorum, quasi conservo debitum: id vero quod ipsis debet ordinarius servus, non deducetur de peculio ordinarii servi, quia peculium eorum in peculio ipsius est (et ita Servius respondit), sed peculium eorum agebitur, ut opinor, quemadmodum si dominus servo suo debeat.*

¹⁵⁵ D. 46.1.16.4; *supra*, § 3.

¹⁵⁶ D. 15.1.41; *infra*, Cap. VI § 3.

¹⁵⁷ E’ probabile supporre, inoltre, che a quel tempo l’espressione ‘*debere*’ non avesse assunto ancora il significato univoco di vincolo potenziale all’adempimento di una prestazione; cfr. TALAMANCA, voce ‘*Obbligazioni*’, cit., 15, nt. 98.

Il frammento in questione si riferisce ai complessi rapporti di debito e credito intercorrenti reciprocamente tra servi *vicarii* e *dominus*, o tra servi *vicarii* e servi ordinari¹⁵⁸, o ancora tra servo ordinario e *dominus*.

Ora, per quanto riguarda specificamente il responso di Servio¹⁵⁹, la necessità di tener conto di quanto il servo ordinario deve al servo vicario viene meno in quanto, qualora si agisca *de peculio servi ordinarii*, il peculio dei *servi vicarii* viene automaticamente calcolato come parte del peculio del servo ordinario.

Diversamente se si agisce con riguardo ad uno dei peculii dei *servi vicarii*, è necessario considerare quanto il servo ordinario deve al servo vicario a cui appartiene il peculio *'queadmodum si dominus servo suo debeat'*. Altrimenti, si realizzerebbe una indebita diminuzione del peculio dei *servi vicarii* a danno dei terzi creditori.

Ebbene, al di là della fattispecie trattata, si nota facilmente che, anche nel definire la relazione giuridica intercorrente tra servo vicario e servo ordinario, Ulpiano - sulla scia di un responso di Servio - ricorre ancora una volta al verbo *'debere'*.

Tuttavia, non può esservi dubbio, che almeno nel caso relativo al rapporto intercorrente tra due schiavi (*servus ordinarius* e *servus vicarius*) solo impropriamente si parli di *'debitum'*. Ciò che il servo ordinario *vicariis debet* e, viceversa, ciò che i *vicarii* debbono al servo ordinario, non possono che essere delle *'partite contabili'* attive e passive dei rispettivi peculii.

Inoltre, dal frammento giurisprudenziale esaminato si evince, con particolare chiarezza, che in tale contesto l'obiettivo primario dei

¹⁵⁸ ERMANN, *Servus vicarius. L'esclave de l'esclave romain*, Napoli, 1986, 475, nt. 1-2; MANTELLO, *'Beneficium servile'*, cit. 232; BURDESE, *Rec. a Mantello, 'Beneficium servile'*, cit., 168ss; LABRUNA, *"Servus vicarius": l'arricchimento dello schiavo*, in *Index 13* (1985) 475; REDUZZI MEROLA, *«Servo parere»*, Napoli, 1990, 75ss; BURDESE, *Rec. a Reduzzi Merola, «Servo parere»*, in *Index 19* (1991) 484.

¹⁵⁹ LENEL, *Paling.*, II, 326, ricostruisce così il responso di Servio: [*Si de peculio servi ordinarii agetur, id quod vicariis] debet ordinarius servus non deducetur de peculio ordinarii servi, quia peculium eorum in peculio ipsius est (et ita Servius respondit). Sed peculium eorum augebitur, ut opinor, queadmodum si dominus servo suo debeat.*

giuristi, ma anche delle parti, è costituito unicamente dalla determinazione dell'ammontare del peculio e, quindi, delle partite attive e passive che vi fanno carico, allo scopo di giungere ad una esatta 'quantificazione' della responsabilità *de peculio* del *dominus*. I riferimenti all'*actio de peculio* sono espliciti e costituiscono, senza dubbio, il presupposto di base da cui prende avvio la riflessione dei giuristi.

D'altronde, la necessità di tener conto dei flussi di denaro intercorrenti tra *domini* e servi, o tra servi ordinari e servi vicari, sarà stata avvertita già alla fine dell'età repubblicana, in considerazione del fatto che il peculio costituiva la garanzia fondamentale per i terzi, proprio ai fini dell'*actio de peculio*. Bisognava assicurare, dunque, che i rapporti interni esistenti tra *dominus* e servo, o tra servi vicarii e servi ordinari, non procurassero nocimento ai terzi, o nascondessero finalità fraudatorie a danno degli stessi.

E così, se il *dominus* è *debitor peculiaris*, la consistenza patrimoniale del peculio aumenta perché, nel valutare l'ammontare dello stesso, bisognerà tener conto delle somme dovute dal *dominus* al servo. Se, invece, il *dominus* è *creditor peculiaris*, il peculio diminuisce, in quanto, prima di pagare il terzo, il *dominus* stesso dovrà detrarre dall'ammontare complessivo del peculio la somma a lui dovuta dal servo¹⁶⁰.

Al contempo, il debito dello schiavo verso il *dominus* diminuisce il legato del peculio, così come il *debitum* del *dominus* nei confronti del servo ne accresce l'entità¹⁶¹.

¹⁶⁰ D. 15.1.9.2 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Peculium autem deducto quod domino debetur computandum esse, quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur. 3-Huic definitioni Servius adiecit «et si quid his debeatur qui sunt in eius potestate», quoniam hoc quoque domino deberi nemo ambigit.*

¹⁶¹ D. 33.8.6 pr. (Ulp. 25 *ad Sab.*): *Si peculium legetur et sit in corporibus, puta fundi vel aedes, si quidem nihil sit, quod servus domino vel conservis liberisve domini debeat, integra corpora vindicabuntur: sin vero sit, quod domino vel supra scriptis personis debeatur, deminui singula corpora pro rata debebunt. Et ita et Iulianus et Celsus putant;* D. 33.8.6.4 (Ulp. 25 *ad Sab.*): *Sicut autem aes alienum, hoc est quod debetur domino, minuit legatum peculium, ita per contrarium id quod dominus debet servo augere debet, sed huic sententiae adversatur rescriptum Imperatoris nostri et patris eius, quod ita est: «Cum peculium servo legatur, non*

Tutto è visto in funzione del peculio, i debiti o i crediti peculiari spettano, prima che al servo, al peculio; e questa circostanza è decisiva non solamente per gli atti negoziali compiuti dal servo *manente potestate*, ma risolve anche questioni più complesse riguardanti l'appartenenza dei *credita* e *debita peculiaria* dopo la manumissione¹⁶².

In questa prospettiva, dunque, non c'è motivo, come accennavamo precedentemente¹⁶³, di distinguere il caso del *debitum servi* da quello del *debitum domini*.

In conclusione, ci sembra probabile credere che i principi e le soluzioni prospettate in tema di *deductio peculii*, quasi certamente, non siano tutti originari, cioè non siano connessi alla primigenia configurazione delle *a.a.q* ma siano stati ricavati in via di interpretazione dalle previsioni edittali, soprattutto in riferimento alle questioni attinenti alla determinazione del peculio, e, quindi, in relazione principalmente alla responsabilità *de peculio* del *dominus*¹⁶⁴.

La *deductio peculii* rappresenta, infatti, un dei limiti principali che l'interpretazione giurisprudenziale ha posto alla capacità illimitata del *dominus* di disporre dei beni peculiari e di revocare *ad libitum* il *peculium*.

Non ci convince, tuttavia, l'idea espressa da Buti¹⁶⁵ che questa limitazione abbia trovato il proprio fondamento nell'autonomo riconoscimento dei *debita servorum* «..la *deductio* dal peculio di

etiam id conceditur, ut petitionem habeat pecuniae, quam se in rationem domini impendisse dicit». Quid tamen si haec voluntatis fuit testatoris? Cur non possit consequi? Certe compensari debet hoc quod impendit cum eo quod domino debetur. An et quod dominus scripsisset se servo debere, peculio legato cederet? Pegasus negat....

¹⁶² D. 33.8.6.1 (Ulp. 25 *ad Sab*); D. 33.8.5 (Paul. 4 *ad Sab*.): *Peculio legato constat heredem nomina peculiaria persequi posse, et insuper ipsum si quid debeat servo, reddere legatario debere*; D. 33.8.18 (Marc. 6 *Inst*.): *Si servo manumisso peculium legatum fuerit, in eum sine dubio creditoribus peculiariis actiones non competunt: sed non alias heres peculium praestare debet, nisi ei caveatur defensu iri adversus creditores peculiarios*; vd. *infra*, Cap. V § 6.2.

¹⁶³ *Supra*, p. 146.

¹⁶⁴ BURDESE, *La nozione*, cit., 65

¹⁶⁵ BUTI, *Op. cit.*, 212ss.

quanto il servo deve al *dominus* non costituisce solo un limite alla responsabilità de peculio di questi nei confronti dei terzi, ma è al tempo stesso, la sanzione del debito del servo verso il *dominus*».

Dall'esame condotto in questo paragrafo, ci sembra, invece, che il riconoscimento dei rapporti di debito e credito reciproco tra schiavi e *dominus* non sia connesso alla capacità di obbligarsi dello schiavo né alla tutela dei servi manomessi a cui fosse stato legato il peculio, quanto piuttosto all'esigenza di protezione dei terzi che contrattano col servo e che vedono nel peculio la garanzia principale dei loro crediti. L'interesse protetto è l'affidamento dei terzi che indirettamente si pone, d'altronde, anche come tutela degli interessi del *dominus*, prima, e dello schiavo, dopo, a che i terzi contrattino con lo schiavo dotato di peculio, sicuri di aver poi soddisfazione delle proprie pretese creditorie.

Invece, sarà solo nella prima età classica, e poi decisamente con la creazione del concetto di *o.n.*, che il debito dello schiavo da mera partita contabile diminuyente il peculio assumerà una differente natura.

Quindi, aderendo ancora una volta al pensiero di Burdese è probabile credere che «... da un lato il riconoscimento, ai limitati effetti del regime peculiare, di rapporti obbligatori tra *dominus* e servo può essere servito di spunto per elaborare la costruzione della *o.n.*, e dall'altro, fattosi ricorso a tale costruzione per giustificare effetti giuridici trascendenti il regime peculiare, non c'era alcuna ragione per non usarla anche nell'ambito di questo regime».

4.2 *Continua: la validità dei pagamenti ricevuti dagli schiavi dotati di peculio si risolve in termini di legittimazione a ricevere pagamenti e non tramite il ricorso al concetto di "creditum servi".*

Nel paragrafo precedente ci siamo occupati dei rapporti di debito e credito configurabili tra *dominus* e servo. In questo e nei successivi ci occuperemo, invece, dei rapporti intercorrenti tra servo dotato di peculio e terzi contraenti.

Il nostro intento è, infatti, quello di verificare se - almeno per i rapporti istaurati dal servo con i terzi - il sistema peculiare necessitasse, per la soluzione delle questioni ad esso attinenti, del ricorso al concetto di *o.n.*, o anche più semplicemente, della configurazione di un *debitum*, o anche di un *creditum*¹⁶⁶, in capo al servo.

Ebbene, va tenuto conto, ancora una volta, del fatto che allo stato attuale delle nostre conoscenze non ci è dato conoscere il regime peculiare originario¹⁶⁷, ma soltanto il sistema classico, per giunta nella tradizione principale del Digesto. Siamo convinti, però, che anche queste fonti possano fornire utili contributi a tal proposito.

Infatti, nonostante in esse si presupponga con certezza il riconoscimento dell'*o.n.*, tuttavia sembra che, ancora in età classica, i problemi relativi alla validità degli atti compiuti dallo schiavo trovino la loro soluzione, il più delle volte, solamente nell'esistenza in capo al servo di un adeguato atto di legittimazione a compiere gli stessi.

Le fonti classiche sembrano testimoniare, infatti, un sistema peculiare in base al quale lo schiavo può, ad esempio, ricevere o effettuare pagamenti, e le questioni relative alla validità ed efficacia di tali atti sembrano risolversi principalmente in termini di legittimazione a compiere o a ricevere pagamenti con efficacia liberatoria. Nessun richiamo, dunque, al *creditum* o al *debitum* dello schiavo¹⁶⁸.

E' nostra intenzione, allora, esaminare le suddette testimonianze, iniziando da quelle relative ai pagamenti ricevuti dal servo, e proseguendo nei paragrafi successivi con quelle riguardanti, invece, i pagamenti effettuati dallo schiavo.

¹⁶⁶ BUTI, *Op. cit.*, 250, crede, infatti, che il riconoscimento precoce dell'autonomia negoziale per il servo abbia implicato *ab origine* la configurazione in capo allo stesso sia di posizioni debitorie che creditorie. L'A. ritiene, infatti, che ai giuristi romani era nota anche la figura del credito servile sia verso il *dominus* che verso gli estranei.

¹⁶⁷ Le fonti preclassiche, anche letterarie, ci restituiscono elementi relativi al regime peculiare che risultano, purtroppo, poco significativi in relazione all'oggetto della nostra indagine.

¹⁶⁸ *Infra*, § 4.3.

Così, per quanto riguarda i pagamenti ricevuti dallo schiavo, non vi è dubbio che il terzo *debitor peculiaris* può essere convenuto dal *dominus* o può pagare direttamente allo schiavo. L'efficacia del pagamento non si deduce in questo caso dall'esistenza di una *creditum* in capo al servo, ma trova il proprio presupposto nella capacità del servo stesso di accettare il pagamento:

D. 46.3.18 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Si quis servo pecuniis exigendis praeposito solvisset post manumissionem, si quidem ex contractu domini, sufficiet, quod ignoraverit manumissum: quod si ex causa peculiari, quamvis scierit manumissum, si tamen ignoraverit ademptum ei peculium, liberatus erit. Utroque autem casu manumissus si intervertendi causa id fecerit, furtum domino facit: nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titium vetuero accipere idque ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solverit, et debitor liberabitur et Titius furti actionem tenebitur.*

Infatti, nel caso di servo *prepositus exigendis pecuniis* il pagamento del terzo è liberatorio se compiuto nelle mani del servo preposto finché esso si trova sotto la potestà del *dominus*. Il pagamento effettuato dopo la manumissione, invece, libera il terzo solo se questo ignora la manumissione¹⁶⁹. Così, se il contratto è stato compiuto *ex causa peculiari*, il terzo può adempiere nelle mani dello schiavo, pur se è a conoscenza del fatto che è stato manomesso, ma non sa che il peculio è stato revocato.

Tuttavia, in entrambe i casi considerati, qualora il servo manomesso accetti il pagamento *intervertendi causa*, realizza un *furtum* nei confronti del suo vecchio *dominus*. La situazione descritta, infatti, è simile a quella in cui un soggetto dà mandato al proprio

¹⁶⁹ BURDESE, *L' «actio ad exemplum institoriae» e categorie sociali*, cit., 66, nt., 17; KASER, *Stellvertretung und "notwendige Entgeltlichkeit"*, cit., 189 nt., 155; ID, *Durchgangserwerb*, in *Labeo* 26 (1980) 41ss; JAKOBS, *Delegation und Durchgangserwerb*, in *ZSS* 91 (1974) 242; KUPISCH, *Der angebliche Durchgangserwerb des Celsus (Ulp. D. 24.1.3.12)*, in *ZSS* 93 (1976) 93; BUTI, *La capacità patrimoniale*, cit., 249; VOCI, *"Diligentia", "custodia", "culpa". I dati fondamentali*, in *SDHI* 56 (1990) 51, nt., 46; CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in *SDHI* 57 (1991) 349 nt. 58.

debitore di adempiere ad un terzo (*Titium*), ma dopo muta opinione e vieta al terzo in questione di accettare la somma. Se, dunque, il debitore - ignorando le vicende intercorse - adempie comunque al terzo, il quale approfitta della situazione non informandolo della circostanza sopravvenuta, il debitore sarà liberato, mentre il terzo sarà tenuto con l'*actio furti*.

Nel passo esaminato, dunque, la legittimazione del servo ad accettare validamente i pagamenti effettuati dai terzi deriva, nel primo caso, dalla *praepositio* ma anche dall'esistenza e permanenza del rapporto potestativo tra servo e *dominus*, e, nel secondo, dalla concessione del peculio, o, manomesso il servo, dalla mancata *ademptio* dello stesso.

Anche Giuliano, d'altronde, si esprime negli stessi termini:

D. 46.3.32 (Iul. 30 Dig.): *Si servus peculiari nomine crediderit eique debitor, cum ignoraret dominum mortuum esse, ante aditam hereditatem solverit, liberabitur. Idem iuris erit et si manumisso servo debitor pecuniam solverit, cum ignoraret ei peculium concessum non esse. Neque intererit, vivo an mortuo domino pecunia numerata sit: nam hoc quoque casu debitor liberatur, sicut is, qui iussus est a creditore pecuniam Titio solvere. Quamvis creditor mortuus fuerit, nihilo minus recte Titio solvit, si modo ignoraverit creditorem mortuum esse.*

Il giurista non nutre dubbi sul fatto che debba essere liberato dalla sua obbligazione il terzo debitore che - avendo preso a mutuo una somma da un *servus* dotato di peculio, ed ignorando la morte del *dominus* - paghi al servo '*ante aditam hereditatem*'¹⁷⁰. Quindi, il pagamento effettuato nelle mani del servo dopo la morte del *dominus* comporta la liberazione del terzo solo se il terzo non è a conoscenza della morte del *dominus*, e comunque prima dell'acquisto dell'eredità.

Lo stesso accade nel caso di servo manomesso a cui non sia stato concesso il peculio: la liberazione del terzo consegue al pagamento effettuato nelle mani del servo solo se il terzo in questione non sia a

¹⁷⁰ SOLAZZI, *Azione contro il venditore*, cit., 221, nt. 2; ROZWADOWSKI, *Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano*, in *BIDR* 76 (1973) 91; BUTI, *La capacità patrimoniale*, cit., 250.

conoscenza della mancata concessione del peculio, e quindi non sappia che il peculio è stato revocato.

Il giurista precisa, infine, che non importa accertare se la *pecunia* sia stata numerata ‘*vivo an mortuo domino*’, poiché in ogni caso il debitore è liberato. Così accade anche al debitore a cui il creditore abbia ordinato (*iussum*) di adempiere a Titio. Sebbene il creditore sia morto, il pagamento nelle mani di Tizio libera il debitore qualora non sia venuto a conoscenza della morte del suo creditore.

La *ratio* del responso, a nostro parere, è abbastanza chiara: il pagamento compiuto nelle mani del servo è liberatorio qualora il terzo ignori la morte del *dominus*, ed in ogni caso prima dell’acquisto dell’eredità, proprio perché nel momento in cui si realizza la successione, il servo non è più legittimato. Da quel momento in poi, infatti, il pagamento dovrà essere effettuato unicamente nelle mani degli eredi, di coloro, cioè, che sono subentrati nel complesso patrimoniale del *dominus*¹⁷¹. Alla morte del *dominus*, infatti, sono questi soggetti che subentrano nella titolarità dei suoi beni e, quindi, anche nelle situazioni giuridiche attive e passive che a lui facevano capo (debiti e crediti peculiari).

Nel caso di manumissione, va considerato se il *dominus* abbia o meno concesso il *peculium* al servo. Solo nel caso in cui glielo abbia concesso, allora il servo potrà ricevere *recte* il pagamento con efficacia pienamente liberatoria per il terzo.

Va considerato, inoltre, che l’opinione espressa da Giuliano non solo è perfettamente corrispondente a quella di Ulpiano citata precedentemente (D. 46.3.18), ma anche a quella di Papiniano espressa nei *libri responsorum*:

D. 40.3.3 (Pap. lib. 40 *resp.*): *Servus civitatis iure manumissus non ademptum peculium retinet ideoque debitor ei solvendo liberatur.*

¹⁷¹ Sul regime della trasmissione dei debiti e crediti peculiari vd. *infra*, § Cap. V § 6.2.

Infatti, anche Papiniano è del parere che il pagamento effettuato nelle mani del servo manomesso è liberatorio per il terzo debitore solo se al servo in questione non è stato revocato il peculio.

Ebbene, alla luce delle testimonianze esaminate sin d'ora, potrebbe pensarsi che nel caso del peculio questa soluzione venga proposta dai giuristi romani poiché i crediti peculiari erano in realtà crediti del servo, di cui il *dominus manente potestate* fosse un semplice difensore processuale. Senonché, vi sono alcune considerazioni che, a nostro parere, sembrano smentire decisamente tale assunto.

Innanzitutto, l'assimilazione del caso del servo a quello dello '*delegatio solvendi*' - addotto nella parte finale del responso di Giuliano (D. 46.3.32), e presente anche nel responso di Ulpiano (D. 46.3.18) - è un forte indizio del fatto che per i giuristi romani la questione andava risolta in termini di «legittimazione» al compimento di atti di disposizione dei beni peculiari e non in termini di «titolarità» di situazioni soggettive attive.

Inoltre, sembra proprio che il credito spetti al peculio e non al servo¹⁷². Tanto è vero che la concessione del peculio al servo comporta la possibilità per i terzi di adempiere nelle mani del servo, ma il *dominus* può anche manifestare una volontà contraria, revocando il

¹⁷² Va considerato, infatti, che i *credita pecularia* spettano al peculio e non direttamente al *dominus*, proprio in base alla separazione che quest'ultimo ha operato tra i beni peculiari e le *res dominiche*. Tanto è vero che le pretese peculiari sono azionabili in giudizio, *manente potestate*, dal *dominus*, ma vanno computate al peculio; D. 15.1.7.6; D. 15.3.3.5; vd. in proposito BURDESE, *Considerazioni in tema di peculio c.d. profettizio*, in St. Sanfilippo, I Milano, 1982, 99. Inoltre, come notava già VAZNY, *Naturalis obligatio*, cit., 142 - con una intuizione, a nostro parere, particolarmente interessante - nelle fonti si parla principalmente di *debitor* e *creditor peculiaris*, e non di *debitor* o *creditor servi*: «*Creditor peculiaris* è il terzo creditore che ha contratto con lo schiavo; *debitor peculiaris* è il terzo obbligato verso di lui; *creditor peculiaris* è il padrone dello schiavo che ha acquistato un credito di fronte al suo peculio; *debitor peculiaris* è il *dominus servi* divenuto *debitor* di fronte al peculio dello schiavo». Così per quanto riguarda i rapporti di debito e credito con i terzi, il terzo, debitore del peculio, può pagare al *dominus* o allo schiavo stesso, così come nel caso del terzo creditore, questo può indifferentemente convenire il *dominus* con l'*actio de peculio* o accettare il pagamento dallo schiavo.

peculio al servo, o ponendo in essere un comportamento dal quale possa evincersi una volontà contraria a che ciò accada.

Basti pensare al parere di Alfeno Varo che risulta particolarmente esplicito a tal proposito. Il giurista sostiene, infatti, che il terzo debitore può adempiere nelle mani del servo manomesso ‘*nisi aliqua causa intercederit, ex qua intellegi possit invito eo, cuius tum is servus fuisset, ei solvi*’:

D. 46.3.35 (Alf. Varo 2 dig. a Paulo epit.): *Quod servus ex peculio suo credidisset aut deposuisset, id ei, sive venisset sive manumissus esset, recte solvi potest, nisi aliqua causa intercederit, ex qua intellegi possit invito eo, cuius tum is servus fuisset, ei solvi. Sed et si quis dominicam pecuniam ab eo faeneratus esset, si permissu domini servus negotium dominicum gessisset, idem iuris est: videtur enim voluntate domini qui cum servo negotium contraheret et ab eo accipere et ei solvere.*

Sebbene il brano sia stato sospettato di vari rimaneggiamenti, gran parte degli studiosi tende a riconoscerne la sostanziale genuinità¹⁷³.

Vi si legge, infatti, che le somme date in prestito dal servo *ex peculio suo*, possono essere a lui restituite anche nel caso in cui sia stato venduto o manomesso, a meno che non vi si opponga qualche

¹⁷³ Sul brano sono stati avanzati alcuni sospetti d’interpolazione, ravvisabili prevalentemente nel riferimento al deposito; oltre agli autori citati nell’*Index Interp.*; vd. BESELER, *Fruges et Palae* II, in *Festgabe Schulz* 1, Weimer, 1951, 38; KASER, *Über Verfügungsakte Gewaltunterworfenen, mit Studien zur Natur der Manumissio vindicta*, in *SDHI* 16 (1950), 65, nt. 24; HAYMANN, *Schutz des gutes Glaubens des leistenden Schuldners in römischen Recht*, in *BIDR* 51/52 (1948) 394ss. La dottrina prevalente, tuttavia, pur riconoscendo il probabile rimaneggiamento del brano, ammette la sostanziale autenticità della testimonianza in esso contenuta, conforme, d’altronde, alle soluzioni fornite da altri testi classici; vd. VAZNY, *Naturalis obligatio*, cit., 142, nt. 29; WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, 211ss; HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo* 1, Innsbruck, 1969, 219; LONGO, *Il concetto classico*, cit., 373; MICOLIER, *Pécule*, cit., 521; MANTELLO, *Beneficium servile*, cit., 303, nt.175; BUTI, *Op. cit.*, 41ss; nt. 68-69; MILELLA, “*Casus*” e “*vis maior*” in *Sen.*, “*Ben*”. 4.39.3-4; 7.16.3, in *Labeo* 33 (1987) 280; VOCI, “*Diligentia*”, cit., 51.

altra ragione, dalla quale possa evincersi la volontà contraria del soggetto nella cui potestà si trovava il servo al momento della concessione del prestito¹⁷⁴. Così, d'altronde, se il terzo ha ricevuto a mutuo pecunia dominica e il servo ha concluso il negozio '*permissu domini*', la soluzione è uguale. Infatti, la conclusione del negozio, ma anche la possibilità di ricevere somme di denaro dal servo e di restituirglielo, sono riportabili direttamente alla *voluntas domini* ('*videtur enim voluntate domini qui cum servo negotium contraheret et ab eo accipere et ei solvere*').

Ora, il fatto stesso che il *dominus*, anche dopo la manumissione del servo, possa impedire in qualche modo che il terzo adempia nelle sue mani, lascia pensare che non sia certo il servo il titolare del diritto di credito. Si può credere, invece, che la concessione o la mancata ademptio del *peculium post manumissionem* - a cui si fa riferimento nei frammenti precedenti - costituiscano soltanto degli elementi di fatto dai quali possa dedursi la volontà del *dominus* di consentire che i terzi adempiano nelle mani del servo, e, che questi possa legittimamente riscuotere e trattenere le somme.

Ciò non toglie, tuttavia, che il *creditum* peculiare sia un *creditum* del *dominus*. La concessione del peculio al servo fa acquistare a quest'ultimo la proprietà e la piena disponibilità dei beni peculiari, ma i crediti che ineriscono al peculio non si trasmettono automaticamente al servo, perché di essi resta in ogni caso titolare il *dominus*.

La riprova deriva, a nostro parere, da un altro brano di Paolo particolarmente significativo in tal senso, ma del tutto trascurato dagli studiosi, in cui si specifica che in caso di mancanza di una esplicita manifestazione di volontà del *dominus* di revocare il peculio, questo si intende concesso al servo. Pur tuttavia, il servo, anche se gli è stato concesso il peculio, non può convenire i debitori peculiari se il

¹⁷⁴ In realtà, vista la parziale divergenza riscontrabile tra il riferimento iniziale al '*permissum*' e quello successivo alla '*voluntas*', potrebbe anche accettarsi l'opinione espressa da HORAK, *Rationes decidendi*, cit., 219 volta a precisare che l'espressione '*voluntate domini*' sarebbe da riferire a Paolo e non ad Alfeno. Questa notazione, anche se non comporta riflessi sostanziali di particolare rilevanza, è idonea a porre in evidenza il lavoro giurisprudenziale in ordine al concetto di *voluntas, permissum* etc.; *supra*, Cap. III § 1.1; *infra*, Cap. V § 9, nt. 206.

dominus preventivamente non gli cede le azioni vantate nei loro confronti:

D. 15.1.53 (Paul. 11 *quaest.*): *Si Stichus peculium cum manumitteretur ademptum non est, videtur concessum: debitores autem convenire nisi mandatis sibi actionibus non potest.*

Ebbene, il brano in questione, a nostro parere, mostra inequivocabilmente che le azioni e, quindi, i diritti nascenti dai contratti conclusi dallo schiavo con peculio, si imputano unicamente al *dominus* non solo *manente potestate*, ma anche dopo la manumissione del servo e la concessione del peculio al servo stesso. L'unico soggetto che può esercitare le azioni a difesa dei crediti peculiari è sempre il *dominus*, e non lo schiavo. Questi potrà esperire le azioni contro i debitori peculiari solo in seguito alla cessione delle stesse da parte del *dominus*¹⁷⁵.

Il fatto stesso, dunque, che la manumissione e l'attribuzione dei beni peculiari non assicura al servo la titolarità delle azioni che tutelano i crediti da lui acquisiti al peculio nel periodo in cui era sottoposto alla *potestas* dominica, lascia riflettere parecchio sulla possibilità di valutare i crediti peculiari come crediti propri del servo, di cui il *dominus* sarebbe solo il *defensor* processuale.

E, in tal senso, si è già espressa favorevolmente parte della dottrina¹⁷⁶, affermando che i passi da noi letti (D. 46.3.18; D. 46.3.32; D. 40.3.3.)¹⁷⁷ non implicano affatto che il servo manomesso sia divenuto creditore, ma che si tratta unicamente di questioni attinenti alla legittimazione dello stesso a ricevere pagamenti.

Possiamo concludere, quindi, dicendo che l'accettazione del pagamento è anche per il creditore un atto di disposizione del credito,

¹⁷⁵ Nel passo si legge soltanto che il servo manomesso non può esercitare le azioni a tutela dei crediti peculiari sorti prima della manumissione se il *dominus* non gli cede le azioni, e non che il servo ha diritto a farsi cedere le azioni, come sostiene, invece, BUTI, *Op. cit.*, 177, nt. 68.

¹⁷⁶ MICOLIER, *Pècule*, cit., 631ss; BURDESE, *La nozione classica*, cit., 47, nt. 43; CORNIOLEY, *Op. cit.*, 170ss. *Contra*, BUTI, *Op. cit.*, 248-250ss.

¹⁷⁷ In proposito va considerato anche D. 15.1.7.6.

in quanto comporta la perdita del diritto in questione. Tanto è vero che, per quanto riguarda gli incapaci, sono richieste le consuete forme di integrazione della capacità. Il pupillo, ad esempio, non può accettare il pagamento senza l'*auctoritas tutoris*¹⁷⁸.

Il servo, dunque, deve essere legittimato al ricevimento del pagamento e lo è, *manente* potestate, in base al fatto stesso che possiede il peculio, mentre, una volta manomesso, soltanto se non vi sono ragioni che portano ad escludere una volontà contraria del *dominus*.

Normalmente l'atto che, *post manumissionem*, determina la legittimità del pagamento nelle mani del servo è costituito dalla concessione del peculio al servo¹⁷⁹. La concessione del peculio, tuttavia, comporta per il servo l'acquisto delle *res peculiares*, ma non gli consente di per sé di esercitare le pretese creditorie inerenti al peculio sorte quando il servo era soggetto a potestà, perché di esse l'unico titolare era e rimane il *dominus*. Tanto è vero che questi può anche impedire che il terzo *post manumissionem* adempia nelle mani del servo (D. 46.3.35)¹⁸⁰.

Così, se è vero che i *credita pecularia* hanno una destinazione precisa che è costituita dal peculio¹⁸¹, le azioni per far valere i crediti, e quindi la titolarità degli stessi spetta unicamente al *dominus*, anche qualora sia venuto meno il rapporto potestativo col servo.

¹⁷⁸ Gai 2.84; su cui BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 286.

¹⁷⁹ Sulle vicende relative ai mutamenti dello *status personarum* dei servi e dei *fili familias* vd. *infra*, Cap. V, § 6.1.

¹⁸⁰ *Supra*, nt. 173.

¹⁸¹ *Supra*, nt. 172.

4.3. *Continua: disciplina dei pagamenti effettuati dal servo ai terzi creditori: fondamento e modalità. Finalità sottese alla creazione dell'o.n.*

Dobbiamo ora affrontare il delicato problema relativo ai pagamenti effettuati dal servo nei confronti dei terzi creditori del peculio.

In realtà, seguendo un indirizzo tradizionale e consolidato della scienza romanistica, sappiamo che uno dei motivi per il quale venne ideato e proposto dai giuristi romani il concetto di *o.n.* è proprio quello di consentire la validità del pagamento compiuto dal servo e impedire, quindi, la possibilità della ripetizione del *solutum*.

L'esistenza in capo al servo di un *debitum*, ancorché *naturalis*, consente, infatti, di giustificare la validità dell'adempimento da lui realizzato, evitando la configurazione di una *indebiti solutio*.

Ebbene, non vi sono ragioni per mettere in discussione questa consolidata opinione, che ci sembra perfettamente conforme allo stato delle fonti.

Ma se si volesse andare indietro nel tempo, si può anche supporre che il pagamento del servo potesse trovare pieno riconoscimento già nel regime peculiare stesso.

D'altronde, è difficile pensare ad un sistema peculiare che, nell'arco di tempo compreso tra il II sec. a.C. e il I d.C., non prevedesse in qualche modo la validità del pagamento compiuto dal servo. Nessun terzo avrebbe mai accettato la *solutio* del servo e, di conseguenza nessuno avrebbe mai contrattato con questo soggetto sapendo che l'unico modo sicuro per ottenere il soddisfacimento delle proprie pretese era quello di esperire dell'*actio de peculio* contro il *dominus*.

Tuttavia, se il pagamento del servo trovava riconoscimento nel regime peculiare originario, per esso dovevano valere le stesse regole previste per i pagamenti ricevuti dallo schiavo, che abbiamo già esaminato nel capitolo precedente. Infatti, come dicevamo

precedentemente¹⁸², non è possibile ipotizzare a tal proposito discipline e soluzioni completamente differenti.

Quindi, se ciò avveniva, era solo in conseguenza della legittimazione che spettava al servo di compiere atti rilevanti per il peculio, senza ricorso alcuno alla configurazione di un *debitum* in senso tecnico in capo allo stesso.

In realtà, però, le fonti a nostra disposizione sono prevalentemente fonti tardo-classiche e, quindi - a differenza del regime dei pagamenti ricevuti dallo schiavo, per i quali i mutamenti non dovettero essere particolarmente significativi - non potremo mai essere certi di quale dovesse essere il regime originario del peculio in ordine ai pagamenti compiuti dagli schiavi prima della creazione del concetto di *o.n.*, poiché la sovrapposizione di questo concetto alle soluzioni precedenti impedisce di fare chiarezza assoluta in ordine a tale aspetto.

Nonostante tutto, ci convince in proposito l'idea espressa da Vazny¹⁸³, il quale ritiene che - se è vero che il concetto di *o.n.* deve essersi sviluppato certamente anche in relazione alla necessità di consentire l'esclusione della *condictio indebiti* per i pagamenti effettuati dallo schiavo - pur tuttavia l'esclusione della *condictio* nel caso di tali pagamenti doveva derivare, originariamente e in relazione ad alcuni casi, prima che dal concetto di *o.n.*, dal regime del peculio.

«Ciò che lo schiavo ha preso a prestito» - dice Vazny¹⁸⁴ - «rappresenta una partita passiva del peculio, e cioè direttamente, se creditore è il proprio padrone; indirettamente, se creditore è un estraneo». Questo perché, continua Vazny, sia che il terzo eserciti l'*actio de peculio* o accetti il pagamento del servo '*qui cum servo contrahit peculium eius intuitur*'¹⁸⁵.

Infatti, è probabile supporre che, inizialmente, le questioni controverse relative alla validità dei pagamenti compiuti dal servo siano state affrontate e risolte anch'esse in termini di legittimazione, indipendentemente dalla configurazione di un debito in capo al servo

¹⁸² *Supra*, § 4.2.

¹⁸³ VAZNY, *Naturalis obligatio*, cit., 151.

¹⁸⁴ VAZNY, *Loc. ult. cit.*

¹⁸⁵ D. 15.1.32 pr.; D. 15.1.47.6.

stesso. Poi - riconosciuta progressivamente sempre una maggiore rilevanza all'attività negoziale dello schiavo, e consentita, così, la realizzazione di nuove situazioni derivanti dalla manomissione e dalla concessione allo schiavo del peculio - si sarà affermata un'autonoma considerazione del *debitum servi*, sebbene come *debitum naturale*. Quest'ultima, però, a sua volta, avrà determinato la creazione di nuove soluzioni giurisprudenziali, altrimenti prive di giustificazione secondo il regime ordinario del peculio, derivanti proprio da tali pregnanti trasformazioni.

E, in effetti, una conferma dell'ipotesi descritta può essere ritrovata nel fatto che i casi menzionati nelle fonti, nei quali la validità del pagamento trova giustificazione espressamente nell'esistenza di un *debitum* in capo al servo, sembrano riferirsi, nella loro totalità, a fattispecie alquanto particolari.

Non si riferiscono, infatti, al mero adempimento realizzato dal servo, *manente potestate*, con denaro peculiare e in esecuzione di un atto compiuto *peculiari causa*¹⁸⁶, ma, nella stragrande maggioranza dei casi¹⁸⁷, ad ipotesi ulteriori, relative a situazioni nuove e differenti rispetto all'ordinaria e primigenia configurazione del regime peculiare.

Così, non vi è dubbio che necessitasse il concetto di *debitum servi* nei rapporti tra *pater* e *fili familias* per consentire la soluzione di questioni che altrimenti non avrebbero trovato adeguata tutela. Così Africano nei suoi libri *quaestiones*:

D. 12.6.38.1 (Afric. 9 *quaest.*): *Quaesitum est, si pater filio crediderit isque emancipatus solvat, an repetere possit. Respondit, si nihil ex peculio apud patrem remanserit, non repetiturum: nam manere naturalem obligationem argumento esse, quod extraneo agente intra annum de peculio deduceret pater, quod sibi filius debuisset. [2] Contra si pater quod filio debuisset eidem emancipato solverit, non repetet: nam hic quoque manere naturalem obligationem eodem argumento probatur,*

¹⁸⁶ *Infra*, Cap. V § 1.

¹⁸⁷ Ovviamente non consideriamo a tal proposito quei frammenti in cui i giuristi assumono una prospettiva generalizzante, suggerita da intenti definitivi o di inquadramento sistematico; D. 46.1.16.4; D. 46.7.10 (*supra*, § 3); D. 46.1.7 (*infra*, nt. 210).

quod, si extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset computetur. Eademque erunt et si extraneus heres exheredato filio solverit id, quod ei pater debuisset.

Al giurista viene posto un quesito relativo alla validità del pagamento compiuto dal figlio nei confronti del *pater* una volta manomesso. La risposta è articolata e prevede che nel caso in cui¹⁸⁸ il padre abbia fatto credito al figlio e questi manomesso paghi, le somme non potranno essere ripetute se al padre non è rimasto nulla del peculio del figlio. La spiegazione va ritrovata nel fatto che, nonostante la *manumissio*, l'*o.n.* del *filius* nei confronti del *pater* permane, proprio perché al padre, nel caso in cui un terzo agisca contro di lui, è accordata la possibilità di dedurre entro l'anno ciò che il figlio gli deve (*quod extraneo agente intra annum de peculio deduceret pater, quod sibi filius debuisset*).

Qualora, invece, è il *pater* ad essere obbligato nei confronti del figlio, ed adempia il suo debito nei confronti del *filius* ormai emancipato, anche in questo caso non potrà ripetere le somme, poiché '*manere naturalem obligationem*'. Infatti, se un terzo agisce entro l'anno *de peculio* contro il *pater*, al peculio in questione va computato anche quanto il *pater* deve al *filius*.

Come notava bene Vazny: «La questione era '*si pater filio crediderit, isque emancipatus solvat, an repetere possit*'. Dunque non si trattava della questione '*si pater filio crediderit, isque emancipatus sit, an extraneo agente intra annum de peculio creditum deducere possit*'. Questa si sarebbe risolta in base alle norme regolanti il peculio, le quali potrebbero darci la risposta alla questione riguardante l'ammontare del peculio e, così, eo ipso, a quella testé formulata. Ma

¹⁸⁸ Il brano, sebbene sospettato in passato di interpolazione, non presenta vizi formali di una certa rilevanza; vd. *Ind. Interp. ad h. l.* In proposito vd. VAZNY, *Op. cit.*, 135 nt. 11, 146; MICOLIER, *Pécule*, cit., 176; DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, cit., 217ss; BURDESE, *La nozione classica*, cit., 61; LONGO, *Ricerche*, 131ss; 147ss; DIDIER, *Les obligations naturelles*, cit., 255; CORNIOLEY, *Op. cit.*, 146ss; VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *Iura* 31 (1980) 87, nt. 231; ID, *Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI* 51 (1985) 60.

la questione se l'emancipato, avendo pagato, possa intentare la *condictio indebiti*, appartiene già ad un altro campo di idee».

Un'adeguata soluzione al problema richiedeva, dunque, la formulazione di un *debitum* in capo allo schiavo che permanesse indipendentemente dall'esistenza del peculio e del rapporto potestativo intercorrente col *pater*¹⁸⁹.

Non vi è dubbio, inoltre, che fosse necessario configurare un *debitum* in capo al servo per ammettere la possibilità che un terzo adempisse in luogo del servo o che il servo stesso, una volta manomesso, pagasse il suo debito:

D. 12.6.13 pr. (Paul. 10 *ad Sab.*): *Naturaliter etiam servus obligatur: et ideo si quis nomine eius solvat vel ipse manumissus ut Pomponius scribit, ex peculio, cuius liberam administrationem habeat, repeti non poterit: et ob id et fideiussor pro servo acceptus tenetur....*

Nella lettura del brano si propone l'inserzione di un 'vel' dopo *manumissus*¹⁹⁰, ma nella sostanza non vi sono motivi per dubitare dell'autenticità del frammento¹⁹¹.

Dunque, nel caso in cui sia un terzo ad adempiere per il servo, o sia lo stesso schiavo a pagare una volta manomesso, non è possibile avvalersi delle semplici regole del peculio per giustificare l'irripetibilità del pagamento, ma è necessario configurare un'autonoma posizione debitoria in capo al servo. Il terzo, infatti, adempie *nomine servi* e il servo stesso, una volta manomesso, paga

¹⁸⁹ Cfr. anche D. 46.1.21.2-3

¹⁹⁰ LENEL, *Paling*, cit. 1820. BUTI, *Op. cit.*, 183, propone, invece, l'inserzione di 'vel' dopo 'scribit'. Tuttavia, la correzione proposta non muta sostanzialmente il tenore del passo.

¹⁹¹ L'unico rilievo accettabile riguarda l'autenticità dell'inciso '*cui liberam administrationem habeat*' (v. *Index Intp. ad h. l.*), che - indipendentemente dalla questione relativa alla classicità dell'*administratio peculii* - non ha molto senso in riferimento al servo ormai manomesso. Sul brano vd. VAZNY, *Naturalis obligatio*, cit. 140; DEVILLA, *Studi sull'obligatio*, 229ss; BURDESE, *La nozione classica*, cit., 44; DIDIER, *Les obligations*, cit., 247; G. E. LONGO, *Ricerche*, cit., 79; 226; MANTELLO, *Op. cit.*, 326ss; LABRUNA, *Rec. a Longo, Ricerche*, cit. 290; BUTI, *Op. cit.*, 183 nt. 82; 254-255; 264 nt. 101.

come soggetto indipendente. D'altronde, il vincolo obbligatorio gravante sullo schiavo ha un'autonomia tale che per esso può validamente prestarsi *fideiussio*.

Eguali considerazioni valgono in ordine ad un altro responso di Paolo relativo, questa volta, al caso in cui il servo adempia il suo debito tramite una somma di danaro presa a mutuo da un terzo:

D. 15.3.11 (Paul. 30 *ad ed.*): *Quod servus in hoc mutuatus fuerit, ut creditori suo solveret, non erit in rem versum, quamvis actione de peculio liberatus sit dominus.*

In realtà, il brano si riferisce propriamente all'ambito di applicazione dell'*actio in rem verso*¹⁹², ma riveste una certa importanza anche nella ricostruzione del regime peculiare.

L'interpretazione non pone particolari problemi testuali¹⁹³. A parere del giurista, se il servo contrae un mutuo al fine di estinguere il debito nei confronti del suo creditore, non si determina una *versio in rem* per il suo *dominus*, sebbene quest'ultimo sia liberato dall'*actio de peculio*.

Il servo prende denaro a mutuo per estinguere un debito da lui assunto, e l'estinzione del debito in questione ovviamente comporta che i terzi non possano più esperire l'*actio de peculio* contro il *dominus*. Nonostante ciò, il giurista ritiene che non si realizzi una *versio in rem* per il *dominus*, un arricchimento ingiustificato, perché se è vero che si è estinto il debito precedente tramite l'adempimento del servo, tuttavia l'adempimento in questione non è stato realizzato con

¹⁹² LONGO, *Concetto e limiti*, cit., 109; ID, *Ricerche*, cit., 62; DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, cit. 168ss; BUTI, *Op. cit.*, 208 nt. 138, 210; VALIÑO, *Las "actiones"*, cit., 404; ID., *Las relaciones basicas*, cit., 430; NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung*, cit. 122, nt. 38; GAY, *L'in versum*, cit., 246; MACCORMACK, *The later history of the "actio de in rem verso"*, in *SDHI* 48 (1982) 343; per ulteriori approfondimenti bibliografici vd. *infra*, Cap. V § 7.2.

¹⁹³ G. E. LONGO, *Concetto e limiti*, cit., 109 riteneva che l'originaria configurazione dell'inciso finale dovesse avere il seguente tenore '*quamvis actione de peculio liberatus <non> sit*'. Lo stesso Autore, tuttavia, mutava pensiero in *Ricerche*, cit., 62. Sul brano vd. DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, cit. 168ss; BUTI, *Op. cit.*, 208ss.

danaro peculiare ma con denaro preso a prestito da terzi. Di conseguenza, il terzo mutuante diverrà creditore del servo, e, a sua volta, potrà esperire l'*actio de peculio* contro il *dominus*¹⁹⁴.

Ebbene, non vi è dubbio che dal responso di Paolo traspaia con evidenza la maggiore rilevanza assunta dal servo in ambito negoziale. Basti pensare al fatto che non si parla del terzo come di *creditor peculiaris* ma di *creditor servi*. Nella considerazione del *iuris peritus*, inoltre, riveste un ruolo decisivo la configurazione del *debitum servi*, tale da legittimare l'assunzione di un ulteriore debito nei confronti dei terzi per adempiere ad un creditore precedente. Anche questa volta, d'altronde, non sarebbero bastate le regole normali del peculio per giustificare la soluzione fornita dal giurista.

D'altro canto, va considerato che, anche in età classica, i giuristi romani non ricorrono sempre al concetto di *debitum servi* per giustificare l'irripetibilità del pagato. Abbiamo, infatti, dei brani - attribuibili certamente alla piena età classica e che si riferiscono, invece, alle ipotesi ordinarie e probabilmente originarie del sistema peculiare - in cui l'irripetibilità del pagamento effettuato dallo schiavo viene ammessa e giustificata in base alle semplici regole peculiari, senza ricorso al concetto di *debitum servi*.

Ve ne sono diversi¹⁹⁵. In questa sede vogliamo occuparci principalmente di un brano di Giuliano in cui si riconosce la piena validità del pagamento effettuato dal servo in base al solo fatto che questi avesse adempiuto con *res peculiares* un debito assunto *peculiari causa*:

D. 46.1.19 (Iul. 4 *ex Min.*): *Servus inscio domino pro quodam fideiusserat et eo nomine pecuniam solverat: quaerebatur, dominus possetne ab eo, cui soluta esset, repetere. Respondit: interest, quo nomine fideiusserit: nam si ex causa peculiari fideiussit, tunc id, quod ex*

¹⁹⁴ In tal senso, BUTI, *Op. cit.*, 208, nt. 138

¹⁹⁵ Per quanto riguarda i casi di irripetibilità dei pagamenti effettuati dallo schiavo che non trovano il proprio fondamento nella configurazione espressa di un *debitum* in capo allo stesso ricordiamo ad esempio: D. 2.14.27 pr.; D. 46.2.25; D. 46.3.84, su cui *infra*, Cap. V § 3. A tal proposito vd. BUTI, *Op. cit.*, 164 nt. 48; 166, nt. 58.

peculio solverit, repetere dominus non poterit, quod ex dominica causa solverit, vindicabitur: si vero extra causam peculii fideiusserit, quod ex pecunia dominica solverit, aequè vindicabitur, quod ex peculio, condici poterit.

Il giurista¹⁹⁶ ritiene, infatti, che se il servo a cui è stato affidato un peculio, all'insaputa del *dominus*, ha prestato fideiussione ed ha adempiuto, ai fini della ripetizione bisogna distinguere tra diverse ipotesi. Infatti, nel caso in cui il servo abbia prestato la garanzia *causa peculiari* e pagato con denaro peculiare, il pagamento è valido e quindi il *dominus* non potrà 'repetere'. Nel caso, invece, che 'solverit ex causa dominica', il pagamento non è valido, ed il *dominus* potrà chiedere la restituzione delle somme presso chiunque si trovino ('vindicabitur'). Se, invece, il servo ha prestato la garanzia *extra causam peculii* e ha pagato con *pecunia dominica*, il *dominus* potrà esercitare la rivendica per riottenerle. Se ha pagato, invece, con denaro peculiare potrà chiederne la ripetizione tramite *condictio*.

Non vi è dubbio che Giuliano conoscesse il concetto di *o.n.*, eppure risolve la questione unicamente in base alle regole del regime peculiare, postulando innanzitutto la distinzione tra la *res peculiaris* e la *res dominica* ed esplicitando in tal senso i rapporti tra i due complessi patrimoniali.

Così, il servo a cui è stato affidato il peculio, può disporre liberamente delle *res peculiares* e, quindi, l'eventuale fideiussione e l'adempimento conseguente sono validi, se assunti ed effettuati nell'ambito del peculio stesso.

Se il servo, invece, non riceve una *praepositio* o un *iussum* non può utilizzare liberamente i beni del *dominus*. Ogni atto di disposizione che li riguardi è nullo e, di conseguenza, il *dominus* potrà rivendicare le *res* trasferite presso chiunque si trovino. Oppure, nel caso che il servo abbia assunto la garanzia *extra causam peculii*, allora, il *dominus*

¹⁹⁶ LENEL, *Paling.*, I 866 nt. 1 attribuiva 'respondit' a Minicio; nello stesso senso MICOLIER, *Pécule*, cit. 527. Sul brano vd. anche VAZNY, *Op. cit.*, 151; BUTI, *Op. cit.*, 121, nt.116; 235; BURDESE, *Considerazioni in tema di peculio*, cit., 102; MANTELLO, 'Beneficium servile', cit., 300, nt. 174; VAN WARMELO, *Iusta causa traditionis*, in St. Sanfilippo, I, 640.

potrà agire in ogni caso contro il terzo, sia nel caso di adempimento con *pecunia dominica* che nel caso di pagamento con denaro peculiare, perché manca in entrambe i casi un adeguato atto di legittimazione del servo.

Sembra, dunque, che tutto si svolga sul piano della legittimazione. Per quanto riguarda il *iussum* e la *praepositio* il riferimento è chiaro. Qualche problema si pone per il peculio, perché in questo caso non vi è alcun atto espresso di legittimazione a cui fare riferimento. Tuttavia, come noi crediamo e mostreremo meglio in seguito¹⁹⁷, la legittimazione deriva dal fatto stesso che il servo abbia il peculio ed agisca *causa peculiari*.

Infatti, la *solutio* effettuata dal servo, *inscio domino*, è un valido atto di disposizione solo se il servo ha prestato fideiussione *causa peculiari* e ha adempiuto *ex peculio*. Se il servo invece ha agito *extra causam peculii*, allora il trasferimento realizzato è privo di causa, e, quindi, il *dominus* potrà esercitare la *condictio indebiti*¹⁹⁸.

E, in effetti, il problema relativo alla validità dei pagamenti compiuti dal servo nei confronti dei terzi creditori del peculio si collega, d'altronde, col più generale problema relativo all'efficacia degli atti di disposizione dei beni peculiari da parte del servo.

A tal proposito, la dottrina è divisa. Vi è, infatti, chi ritiene che la *concessio peculii* comportasse *ab origine* anche la capacità di disporre dei beni peculiari¹⁹⁹. C'è, invece, chi ritiene che « ..agli inizi della vita del peculio come “istituto” non è verosimile che si consentisse contemporaneamente al servo non solo la possibilità di contrattare ma anche quella di disporre dei beni peculiari senza alcun controllo del

¹⁹⁷ *Infra*, Cap. V § 1; § 2.

¹⁹⁸ Il *dominus* può esercitare la *condictio* e non la *reivindicatio* proprio perché nel caso del peculio il servo può compiere atti di disposizione del peculio, e quindi la proprietà delle somme è passata al terzo il quale, però, non ha il diritto di trattenerle, perché sono state indebitamente corrisposte. Nel caso in cui il servo, invece, abbia trasferito le *res* di proprietà del *dominus* senza autorizzazione, non si realizza nemmeno il trasferimento della proprietà delle stesse, visto che il servo in ordine ad esse non ha alcuna facoltà dispositiva.

¹⁹⁹ LONGO, *Il concetto classico*, cit., 371; *Libera administratio peculii*, in *BIDR* 38 (1930) ora in *Ricerche Romanistiche*, 395ss; MICOLIER, *Op. cit.*, 487ss.

dominus»²⁰⁰. Quindi, all'origine sarebbe stato necessario affiancare all'atto di costituzione del peculio (*permissio* o *concessio peculii*), atti specifici di disposizione dei beni peculiari. Successivamente, si sarebbe giunti ad ammettere che la *concessio peculii* contenesse in se anche l'autorizzazione a compiere atti di disposizione. Si spiegherebbero così²⁰¹ le soluzioni giurisprudenziali contenute in D. 46.1.19 e negli altri brani in cui si riconosce la validità del pagamento senza far ricorso al *debitum servi*²⁰².

In tale contesto andrebbe considerata anche la figura dell'*administratio peculii*, quale atto specifico che autorizzava il servo al compimento di atti di disposizione dei beni peculiari. Buti ritiene, infatti, contro l'opinione della dottrina dominante, che le fonti relative all'*administratio* non siano interpolate, ma anzi che l'*administratio* fosse un concetto pienamente classico, attribuibile a Giuliano e rispondente alla necessità «...che vi fosse sempre, col riguardo al peculio, una qualche esplicita manifestazione di volontà del *dominus* intesa ad annettere efficacia giuridica agli atti compiuti da chi, giuridicamente, non era titolare del peculio»²⁰³.

Ebbene, pur tralasciando in questa sede la questione relativa alla classicità dell'*administratio peculii*²⁰⁴, ci sembra che Buti - forse più degli altri studiosi - ponga l'accento sulla necessità che gli atti di disposizione del peculio, tra cui anche il pagamento, dovessero trovare il loro fondamento in atti di autorizzazione del *dominus*. In età più risalente addirittura in un atto specifico quale l'*administratio* e in età più avanzata nella semplice *concessio peculii*. Ci chiediamo, tuttavia, come si possa conciliare la richiesta di specifici ed imprescindibili atti di autorizzazione alla disposizione dei beni peculiari - necessari ad

²⁰⁰ BUTI, *La capacità patrimoniale*, cit., 39.

²⁰¹ BUTI, *Op. ult. cit.*, 47.

²⁰² *Supra*, nt. 195.

²⁰³ BUTI, *Op. ult. cit.*, 68.

²⁰⁴ Fin dai più antichi studi sul regime peculiare si è aperto un lungo e complesso dibattito dottrinale sull'*administratio peculii*, che non può essere composto con certezza a favore dell'una o dell'altra tesi, vista l'esiguità delle fonti che possediamo e la stratificazione delle soluzioni giurisprudenziali in esse riscontrabili; *infra*, Cap. V §1.

integrare l'incapacità del servo - con il precoce riconoscimento di posizioni creditorie e debitorie in capo al servo stesso, di cui lo studioso è uno strenuo sostenitore.

Se davvero l'autonomia negoziale del servo avesse trovato un così precoce riconoscimento, a cosa sarebbero serviti questi specifici atti di autorizzazione del *dominus*?

In realtà, è più probabile credere che in origine il sistema peculiare prescindesse dalla configurazione di *debita* e *credita* in capo al servo.

Dei *credita* abbiamo già parlato nel paragrafo precedente. Per quanto riguarda i debiti, il fatto stesso che i brani in cui si ricorre alla *o.n.* per giustificare la *soluti retentio* non sembrano riferirsi genericamente a tutte le ipotesi di pagamento del servo, ma solo ad alcune molto particolari - che *ab initio* dovevano essere escluse dalla configurazione del sistema peculiare - ci lascia pensare che molto probabilmente in origine anche le questioni relative all'adempimento del servo nei confronti del terzo creditore dovevano risolversi in termini di legittimazione. A tal proposito, infatti, abbiamo esaminato alcune significative testimonianze²⁰⁵.

D'altronde, il concetto di *o.n.*, si è sviluppato in conseguenza, da una parte, dell'accresciuta considerazione della capacità e dell'attività servile, e dall'altra, a fini pratici per ammettere soluzioni ed espedienti prima inconfigurabili.

Per quanto riguarda la *soluti retentio*, il servo era obbligato almeno per alcune fattispecie particolari per le quali non si sarebbe potuto giustificare diversamente l'irripetibilità di quanto pagato spontaneamente dallo schiavo. Nel caso, dunque, in cui lo schiavo, obbligato verso un estraneo, avesse adempiuto con denaro prestatogli da altri (D. 15.3.11), o se un terzo avesse pagato *nomine eius* (D. 12.6.13 pr.), oppure nel caso che lui stesso - dopo la conclusione della *litis contestatio* col *dominus* (D. 15.1.50.2)²⁰⁶ - avesse fatto fronte al suo debito, la validità del pagamento e, quindi, l'impossibilità di

²⁰⁵ D. 12.6.38.1-2; D. 12.6.13 pr.; D. 15.3.11.

²⁰⁶ *Infra*, Cap. V § 3.1.

esercitare la *condictio indebiti*, trovavano la propria giustificazione solo nell'esistenza di un *o.n.* in capo al servo²⁰⁷.

D'altronde, non vi può essere dubbio che il riconoscimento dell'*o.n.* sia connesso anche alla necessità di consentire un'autonoma *fideiussio* a favore dello schiavo. La possibilità di prestare una specifica garanzia a favore del servo deve essere stata una delle spinte principali verso il riconoscimento dell'*o.n.* in capo al servo²⁰⁸.

A tal proposito, infatti, le attestazioni sono frequenti ed indiscutibili. Basti pensare alla celebre testimonianza di Gaio, già esaminata in precedenza, in cui si riconosce espressamente '*ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur*'²⁰⁹.

Ed, infatti, gli stessi giuristi romani pongono una relazione diretta tra l'*o.n.*, la *soluti retentio*, e la *fideiussio*, sostenendo l'opportunità di prestare *fideiussio* per quegli stessi rapporti per i quali si ammetteva l'irripetibilità del pagamento²¹⁰:

D. 46.1.7 (Iul. 53 *digest.*): *Quod enim solutum repeti non potest, conveniens est huius naturalis obligationis fideiussorem accipi posse.*

E' evidente l'interesse del terzo creditore alla duplicazione dei rapporti debitori nei suoi confronti. Alla responsabilità del *dominus* sanzionata con l'*actio de peculio*, si aggiunge ora la responsabilità del fideiussore del servo.

Inoltre, in alcuni casi si può avere addirittura una triplicazione dei rapporti debitori a fronte dello stesso creditore.

²⁰⁷ *Supra*, nt.190; 192.

²⁰⁸ Come precisa, infatti, TALAMANCA, voce "*Fideiussione*", cit., § 5, bisogna tener conto del fatto che la *fideiussio* è l'unica garanzia personale dell'obbligazione per la quale è richiesta l'esistenza di una *obligatio, civilis* o *naturalis* che sia.

²⁰⁹ Gai 3.119a; *supra*, nt. 94.

²¹⁰ BURDESE, *La nozione classica*, cit., 33; 44; LONGO, *Ricerche*, cit., 66; 229; SANTALUCIA, *I legati ad effetto obbligatorio*, cit., 187ss; DIDIER, *Les obligations*, cit., 263; LABRUNA, *Rec. a Cornioley, Naturalis obligatio*, cit. 403ss.

In ordine alla stessa operazione giuridica può acquisirsi, infatti, un garante per il *dominus* ed uno per il servo²¹¹. Di conseguenza, i debitori saranno tre: il *dominus*, il garante del *dominus*, e il garante del servo.

D'altronde, in ordine all'*actio de peculio* l'esigenza era particolarmente sentita, visto che la responsabilità del *dominus*, e quindi anche quella dei suoi fideiussori, era limitata all'ammontare del peculio esistente presso di lui al momento della condanna.

La responsabilità del fideiussore del servo è invece *in solidum*, per l'intero della somma dovuta dallo schiavo, e non è legata al peculio, tanto è vero che il fideiussore è chiamato ad adempiere l'obbligazione assunta, diversamente dal *dominus* e dai suoi fideiussori, anche se '*nihil sit in peculium*'²¹².

A ciò si aggiunge il fatto che, sebbene esista un profondo legame tra l'*obligatio* del *dominus* e quella del servo²¹³, le sorti delle *obligationes* in questione, e quindi anche quelle dei relativi fideiussori, possono anche non essere perfettamente coincidenti. Così, ad esempio, l'estinzione dell'una non sempre comporta l'estinzione dell'altra e la liberazione dei relativi fideiussori²¹⁴.

In questo modo, d'altronde, si giustifica anche la possibilità di prestare fideiussione per l'*o.n. servi* anche dopo la conclusione della *litis contestatio* dell'*actio de peculio* esercitata contro il *dominus* (D. 15.1.50.2)²¹⁵.

4.4. *Continua: anche in seguito alla configurazione dell'o.n. in capo al*

²¹¹ D. 46.1.35 (*infra*, nt. Cap. V § 4); D. 46.3.84 (*infra*, Cap. V § 3).

²¹² D. 46.1.35 (Paul. 2 *ad Plaut.*): *Cum fideiubet aliquis pro servo, in solidum tenetur, etiamsi nihil in peculio sit. Plane si pro domino fideiubeat, cum quo de peculio est, dumtaxat de peculio tenebitur, quod tunc erit cum res iudicatur*; vd. *infra*, Cap. V § 4.

²¹³ *Infra*, Cap. V § 4; § 5.

²¹⁴ D. 46.3.84 (Procul. 7 *epist.*): *Egisti de peculio servi nomine cum domino: non esse liberatos fideiussores eius respondit. At si idem servus ex peculio suo permissa administratione peculii nummos solvisset, liberatos esse fideiussores eius recte legisti*; D. 46.1.16.3; D. 46.1.70.3, *infra*, Cap. V § 2.

²¹⁵ *Infra*, Cap. V § 3.

servo, resta fermo il concetto per cui l'unico debitum in senso tecnico, sanzionabile tramite le a.a.q, è quello del dominus.

In definitiva, sembra proprio che la creazione dell'*o.n.* sia strettamente connessa alla necessità di assicurare in ogni caso l'irripetibilità dell'adempimento dello schiavo, ed alla possibilità di garantire le *obligationes servorum* in maniera autonoma rispetto all'*obligatio* del *dominus*.

Sono gli unici aspetti del regime peculiare, infatti, che non avrebbero potuto trovare giustificazione se non nella configurazione di un'autonoma posizione debitoria del servo. Quindi, è probabile che proprio in relazione ad essi la giurisprudenza classica abbia elaborato il concetto di *o.n.*

D'altronde, come abbiamo posto in evidenza nei paragrafi precedenti, è possibile che, secondo l'originario regime peculiare, i rapporti patrimoniali tra schiavo e *dominus* fossero considerati unicamente come partite contabili attive e passive del peculio.

Inoltre, i crediti peculiari derivanti dal negozio concluso dallo schiavo dovevano imputarsi unicamente al *dominus*, così come dai negozi conclusi dallo schiavo con peculio doveva derivare solo una responsabilità in capo al *dominus* e non anche allo schiavo stesso²¹⁶. Di conseguenza, così come avveniva per la validità dei pagamenti ricevuti dallo schiavo, anche quelli effettuati dallo schiavo dovevano risolversi in termini di legittimazione a compiere l'atto e non tramite la configurazione in capo allo stesso di posizioni di debito o credito.

Ebbene, vi è un'ulteriore considerazione che conferma l'ipotesi da noi espressa. Infatti - anche se a un certo momento, tramite la creazione del concetto di *o.n.* si riconosce che dall'attività negoziale conclusa dallo schiavo dotato di peculio derivano *debita* anche in capo a questo soggetto - in ogni caso, l'unico debito in senso proprio che nasce dal negozio concluso dallo schiavo, sanzionabile con azione, è quello del *dominus*. Nessuno, infatti, può dubitare del fatto che la

²¹⁶ *Supra*, § 4.2; 4.3.

caratteristica principale delle *o.n.* sia proprio quella di essere *obligationes* prive delle relative *actiones*.

Infatti, i brani che fanno ricorso al concetto di *o.n.* se è vero che testimoniano l'affermarsi di una autonoma considerazione del debito servile, che produce radicali mutamenti in relazione ad alcuni aspetti del regime peculiare, tuttavia non sembrano porre nel dubbio il fatto che l'*actio de peculio* sanziona una responsabilità propria del *dominus* e non il *debitum naturalis* del servo.

Di conseguenza, anche dopo la creazione dell'*o.n.*, bisogna valutare con attenzione la possibilità di considerare il *debitum servi* come la chiave di lettura fondamentale del sistema peculiare. Esso, infatti, consente la soluzione di alcune ipotesi, ma non è il fulcro principale intorno al quale ruota tutto il sistema peculiare, né tanto meno l'*actio de peculio*.

Su tale questione torneremo successivamente analizzando nel dettaglio il regime dell'*actio de peculio*²¹⁷. In questo paragrafo esamineremo, invece, gli stessi brani considerati nel paragrafo precedente per mostrare come in essi, sebbene si richiami espressamente il concetto di *debitum servi*, tuttavia resta fermo il principio per cui l'*actio de peculio* sanziona una responsabilità propria del *dominus*.

Il primo caso da considerare è quello prospettato da Giuliano nei suoi libri *ad Minicium* (D. 46.1.19)²¹⁸. In esso abbiamo letto che la *solutio* effettuata dal servo in adempimento alla *fideiussio* assunta a favore del *dominus* stesso, è un valido atto di disposizione solo se il servo ha prestato fideiussione *causa peculiari* e ha adempiuto *ex peculio*.

E' importante a tal proposito considerare che proprio questo caso, e cioè quello della fideiussione prestata dal servo *ex causa peculiari*, in cui il pagamento del servo con *res peculiares* viene considerato efficace ed irripetibile, è proprio lo stesso in relazione al quale i giuristi ritenevano che potesse esperirsi l'*actio de peculio* contro il *dominus*:

²¹⁷ *Infra*, Cap. V § 1.

²¹⁸ *Supra*, nt. 196.

D. 15.1.47.1 (Ulp. 4 *ad Plaut.*): *Sabinus respondit non alias dandam de peculio actionem in dominum, cum servus fideiussisset, nisi in rem domini aut ob rem peculiarem fideiussisset.*

Il giurista severiano richiama addirittura un responso di Sabino per ammettere l'*actio de peculio* contro il *dominus* del servo che abbia prestato fideiussione, sempre che il servo abbia assunto la garanzia *in rem domini aut rem peculiarem*²¹⁹.

Ma vi è di più. Il caso in questione è lo stesso in cui esplicitamente i giuristi romani ritengono il *dominus* «*obligatus ex peculio*». Il Digesto ci restituisce, infatti, un brano di Ulpiano in cui l'ipotesi da noi considerata viene esplicitamente riconosciuta come fonte di obbligazione per il *dominus*:

D. 15.1.3.5 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Si filius familias vel servus pro aliquo fideiusserint vel alias intervenerint vel mandaverint, tractatum est, an sit de peculio actio. Et est verius in servo causam fideiubendi vel mandandi spectandam, quam sententiam et Celsus libro sexto probat in servo fideiussore. Si igitur quasi intercessor servus intervenerit, non rem peculiarem agens, non obligabitur dominus de peculio.*

La questione trattata dal giurista riguarda, infatti, la possibilità di esperire l'*actio de peculio*²²⁰ nel caso in cui il servo o il '*filius pro aliquo fideiusserint vel alias intervenerint vel mandaverint*'. Il giurista risponde, infatti, che bisogna considerare la *causa* della *fideiussio* o del mandato. Infatti, se il servo non agisce '*causa peculiari*' ma '*quasi intercessor*', allora non obbliga il *dominus de peculio*. Di conseguenza, deve ritenersi che se interviene, invece, *rem peculiarem agens*, allora, il *dominus* sarà obbligato.

²¹⁹ VALIÑO, *Las relaciones basicas*, cit., 445; AMIRANTE, *Sulle XII Tavole: Sabino postumo*, in *Index* 21 (1993) 383; BISCARDI, *La capacità processuale dello schiavo*, in *Labeo* 21 (1975) 164; APATHY, *Zur exceptio pacti auf Grund eines Pactum in favorem Tertii*, in *ZSS* 93 (1976) 110, nt. 52.

²²⁰ Nel frammento in questione si discute della *fideiussio* prestata dal servo a favore di un terzo e non del *dominus* (D. 46.1.19), ma non ci sono motivi per distinguere queste due ipotesi, almeno sotto il profilo di cui ci occupiamo.

Dunque, il caso in cui il servo assume un'*obligatio* '*causa peculiari*' è quello stesso in cui è ammessa la piena validità del pagamento realizzato dal servo con *res peculiares* (D. 46.1.19), ed ancora lo stesso dal quale deriva un'obbligazione per il *dominus* sanzionabile con l'*actio de peculio* (D. 15.1.47.1), e per il quale si afferma esplicitamente che ad essere obbligato *de peculio* è il *dominus* (D. 15.1.3.5) ²²¹.

E' facile notare, inoltre, che in tutti i brani in questione non si fa mai riferimento al *debitum servi*. Infatti, sia la questione relativa al pagamento del debito peculiare, che quella riguardante la responsabilità *de peculio* del *dominus*, non hanno nulla a che vedere con l'esistenza di un'autonoma posizione debitoria in capo al servo.

In tal senso, è ancora più significativo il brano ricordato dai compilatori in tema di applicabilità dell'*actio in rem verso* (D. 15.3.11), in cui, come abbiamo già posto in evidenza²²², ricorre espressamente e con certezza il concetto di *debitum servi*, e nel quale tuttavia sembra rimaner ferma l'idea che tramite l'*actio de peculio* si sanziona una responsabilità diretta del *dominus*.

In esso si riconosce che se il servo adempie ad un debito precedente assumendo un mutuo presso terzi, non realizza una '*versio in rem*' a vantaggio del suo *dominus*, sebbene quest'ultimo sia liberato dall'*actio de peculio*.

Nel brano, come dicevamo²²³, si legge esplicitamente che il servo paga un suo creditore (*creditori suo*), e quindi, il creditore peculiare viene considerato come creditore del servo. Tuttavia, non vi è dubbio che se il servo paga il *debitum peculiare* è il *dominus* che viene liberato dall'*actio de peculio*.

Il pagamento del servo procura, infatti, un vantaggio al *dominus*, ma non costituisce '*in rem versio*' perché dal mutuo contratto dal servo per adempiere la precedente obbligazione ora nasce una nuova

²²¹ Nel Digesto vi sono molti altri brani in cui, in relazione alle *a.a.q.*, si legge che il *dominus* o il *pater* '*obligantur*' o '*sunt obligati*'; *infra*, Cap. IV, *Introd.*

²²² *Supra*, p. 162ss.

²²³ *Supra*, p. 162.

responsabilità in capo al *dominus* stesso, perseguibile con l'*actio de peculio*.

Risulta, allora, evidente che dagli atti negoziali conclusi dal servo deriva una responsabilità per il *dominus* prima che per il servo stesso. Tanto è vero che questo può addirittura assumere l'iniziativa di contrarre il mutuo e di pagare un debito preesistente, e può farlo per il potere che ha di disporre delle cose peculiari, ma è chiaro che la responsabilità, sanzionabile tramite azione che nasce dall'atto negoziale da lui concluso, riguarda unicamente il *dominus*.

Il nuovo mutuo contratto dal servo, produce una nuova responsabilità in capo al *dominus*. Ed è proprio questa circostanza che induce il giurista ad escludere l'*in rem verso*: il *dominus* viene liberato dall'*actio de peculio* esercitabile per il debito estinto, ma ora è convenibile con l'*actio de peculio* per il mutuo contratto dal servo per pagare il debito precedente.

Ancora più esplicito a tal proposito, è un altro brano di Ulpiano relativo all'*actio de in rem verso*:

D. 15.3.7.1 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Plane si mutuum servus accepit et donandi animo solvit, dum non vult debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est.*

Il caso è simile: il servo contrae un mutuo passivo e *donandi animo* lo adempie. Tuttavia, sebbene il servo non voglia che il *dominus* divenga '*debitor peculiaris*', tuttavia, contro quest'ultimo soggetto può esercitarsi l'*actio de in rem verso*²²⁴.

Il servo, dunque, accende il mutuo, adempie il debito preesistente ma non vuole che il *dominus* divenga debitore del peculio. Tuttavia, la volontà del servo non ha alcun rilievo, se non quello di far sì che il *dominus* non debba restituire la somma al peculio; non può, invece, impedire che dall'atto con lui concluso nasca un'obbligazione a carico del *dominus*, sanzionata questa volta dall'*actio de in rem verso*.

²²⁴ VALIÑO, *La relaciones basicas*, 430; ARCHI, *Animus donandi*, in Atti Congr. Int. Dir. rom. Verona 1948, 3, Milano, 1951, 141; MACCORMACK, *The later history of the "actio de in rem verso"*, in *SDHI* 48 (1982) 349; GAY, *L'in rem versum*, cit., 182, nt. 29; BUTI, *Op. cit.*, 78 nt. 9ss. Sul brano vd. *infra*, Cap.V, § 7.2.

L'*animus donandi* del servo rileva, allora, unicamente nei rapporti interni col *dominus*, ma non può ostacolare in alcun modo le pretese del terzo creditore, il quale deve agire per ottenere quanto ha dato a mutuo. Il terzo, d'altronde, esercita l'*actio de in rem verso* e non l'*actio de peculio* perché in questo caso le somme date a mutuo non sono state riversate nel peculio, ma direttamente nella sfera giuridica del *dominus*, il quale si è arricchito dell'attività compiuta al servo²²⁵.

Quindi, in definitiva a noi sembra che le soluzioni prospettate dai giuristi in questi brani possano trovare la loro giustificazione nel fatto che le uniche «obbligazioni» perseguibili tramite azione, che nascono dagli atti negoziali compiuti dal servo, sono quelle configurabili in capo al *dominus*. L'eventuale credito o debito del servo nei confronti del *dominus* può costituire solo una partita contabile necessaria per una corretta valutazione dell'ammontare del peculio, ma non altro. Di conseguenza, la configurazione del *debitum naturale* del servo nei confronti del terzo può rivestire utili effetti in ordine alla irripetibilità del pagamento o alla possibilità di ottenere una garanzia, ma non certo ai fini dell'*actio de peculio*.

D'altronde, che la responsabilità sanzionata dall'*actio de peculio* sia quella del *dominus* e non quella del servo lo si deduce ancora più chiaramente dai brani in cui si distingue nettamente tra i garanti del servo e quelli del *dominus*. I giuristi, infatti, provvedono non solo a precisare la distinzione intercorrente tra le due fideiussioni, ma affermano anche espressamente che è la garanzia prestata a favore del

²²⁵ In proposito si veda anche D. 15.3.10.1 (Ulp. 29 ad ed.): *Cui simile est, quod Papinianus libro nono quaestionum scribit, si filius quasi defensor patris iudicium suscepit et sit condemnatus, de in rem verso teneri patrem: namque filius eum iudicio suscepto liberavit*. Il figlio che assume il giudizio (*actio de peculio*) come *defensor patris* e viene condannato determina ovviamente un arricchimento nella sfera del suo pater, perché lo libera dall'*actio de peculio*, impedendo che la lite possa essere ripetuta nei suoi confronti. Ciò non toglie che il padre possa essere convenuto *de in rem verso*, poiché l'assunzione del giudizio da parte del *filius* ha procurato a suo vantaggio un indebito arricchimento. Infatti, è stato liberato dalla sua responsabilità *de peculio*, senza aver tuttavia, adempiuto all'obbligazione. A tal proposito abbiamo esaminato anche D. 15.3.10.3; *supra*, Cap. II § 4. Sull'*actio de in rem verso* vd. *infra*, Cap. IV § 7.2.

dominus quella che riguarda la responsabilità sanzionata dall'*actio de peculio*²²⁶.

Ebbene, le questioni in oggetto troveranno accurato approfondimento nel capitolo successivo. In questa sede ci premeva unicamente dimostrare che il riconoscimento del *debitum servi*, sebbene si sovrapponga al regime peculiare, non intacca minimamente il principio per cui tramite l'*actio de peculio* si sanziona una responsabilità propria del *dominus* e non quella «naturale» del servo.

La creazione dell'*o.n.* non ha nulla a che vedere con l'*actio de peculio*. Tanto è vero che, anche nel caso in cui si richiami esplicitamente l'esistenza di un *o.n.* in capo allo schiavo, ciò non sembra influire, se non marginalmente, sul regime dell'*actio de peculio*.

5. *Osservazioni critiche sull'ipotesi che vede nell'actio de peculio una sanzione sebbene indiretta del debitum servi. E' nostra convinzione, infatti, che il regime peculiare abbia facilitato il riconoscimento dell'autonoma rilevanza dei debita servorum. Esso, tuttavia, non si è realizzato tramite l'actio de peculio e la deductio peculii, ma principalmente in conseguenza della creazione dell'o.n.*

In conclusione, in base alle testimonianze esaminate nei paragrafi precedenti e in consonanza con l'indirizzo prevalente degli attuali studi romanistici, possiamo credere a ragion veduta che l'*o.n.* si innesti nel regime peculiare in una fase successiva a quella originaria, posteriore, dunque, alla stessa creazione delle *a.a.q.* Basterebbe considerare questa circostanza per porre in crisi l'affermazione di chi voglia

²²⁶ D. 46.1.35; *infra*, Cap. V § 4. Così in D. 15.1.50.2 sembra evincersi chiaramente che l'*obligatio* su cui si conclude la *litiscontestatio* nel caso di esercizio dell'*actio de peculio* è l'*obligatio* del *pater* e non l'*obligatio naturalis* del servo che, addirittura, come afferma esplicitamente il giurista non è *translata in litem*; *infra*, Cap. IV § 3.

costruire le formule delle *a.a.q.* menzionando nell'*intentio* l'*o.n.* del servo.

Ma le nostre considerazioni si sono spinte oltre, per verificare ed escludere l'esistenza di un collegamento necessario tra *o.n.* e regime del peculio, e quindi, per negare soprattutto la configurazione dell'*actio* e la *deductio peculii* come forme di sanzione dell'*o.n.* stessa.

Ovviamente le fonti a nostra disposizione, essendo relative al periodo tardo classico risentono in ogni caso dell'esistenza del concetto di *o.n.* Tuttavia, alla luce dei nostri studi, ma soprattutto con il conforto di autorevoli opinioni espresse in proposito, ci sembra lecito affermare che, se è vero che l'*o.n.* pervade di sé tutti gli aspetti più pregnanti del sistema peculiare, e quindi anche le regole riguardanti le *a.a.q.* e la *deductio peculii*, quest'ultime, tuttavia, debbono essersi sviluppate prescindendo assolutamente da essa. Così, la creazione dell'*o.n.*, lungi da trovare la propria ragione in esse, prende spunto dalla risoluzione di altre questioni, che non trovavano una adeguata risposta nelle semplici regole peculiari preesistenti²²⁷.

Accertate queste circostanze, l'ipotesi di Longo cade di per sé, visto che si basava sulla piena coincidenza tra l'*o.n.* e regime peculiare, che, invece, non si riscontra affatto nelle fonti²²⁸.

Simili considerazioni valgono, a nostro parere, anche per l'ipotesi espressa da Buti. Lo studioso in questione²²⁹, infatti, preso atto della fondatezza delle obiezioni sollevate all'ipotesi di Longo, ha cercato di spiegare la non perfetta coincidenza del regime peculiare con l'ambito di applicazione dell'*o.n.*, riportando indietro nel tempo il riconoscimento dell'*o.n.* e proiettando, invece, in avanti la riferibilità del concetto di *o.n.* ai *debita servorum*.

Così, secondo Buti²³⁰, la nozione di *o.n.* sarebbe stata creata originariamente solo per i *debita servorum* extrapeculiari, perché in relazione ad essi si determinavano maggiori problemi, e poi, solo in un secondo momento, sarebbe stata estesa a ricomprendere le obbligazioni

²²⁷ *Supra*, § 4.3.

²²⁸ *Supra*, § 4.

²²⁹ BUTI, *Op. cit.*, 265.

²³⁰ BUTI, *Op. cit.*, 273 nt.125; 275.

peculiari, dato che anche per quest'ultime risultava improprio l'uso del solo termine 'obligatio'.

Innanzitutto, riguardo la risalenza dell'*o.n.*, se non a Labeone quanto meno a Sabino, non mi pare che vi siano espresse ed affidanti testimonianze²³¹.

Inoltre, come ha già rilevato Burdese²³², ci sembra che l'ipotesi della originaria riferibilità dell'*o.n.* ai debita extrapeculiari non sia stata pienamente e sufficientemente suffragata dall'autore.

D'altronde, lo stesso Buti²³³ ammette che il progressivo riconoscimento dell'autonomia negoziale del servo si è realizzato principalmente in connessione con i principi relativi al peculio. Resta da spiegare, allora, come mai proprio per la nozione di *o.n.* il processo in questione debba porsi in termini opposti, e sulla base di quali considerazioni i giuristi romani avrebbero dovuto riconoscere il concetto di *o.n.* prima in relazione ai *debita servorum* extrapeculiari e, solo successivamente, a quelli peculiari.

Va considerata, inoltre, la tipologia e l'incidenza effettiva che questi 'debiti extrapeculiari' potevano rivestire rispetto a quelli peculiari. Ed effettivamente, l'Autore spiega in nota²³⁴ che i debiti extrapeculiari si sostanziano in debiti «che nati in presenza di un peculio, dovevano essere definiti nel momento in cui il peculio era venuto meno, perché era stato revocato, o non era stato legato insieme al debito».

La distinzione ci sembra estremamente sottile e sfumata. Infatti, anche se si tratta di rapporti che presuppongono l'estinzione del peculio o alcuni mutamenti delle vicende potestative ad esso connesse, non crediamo che si possa dubitare del legame esistente col regime peculiare. E, in ogni caso, ci sembra impropria la dizione di 'debiti extrapeculiari' che nella sua formulazione sembra richiamare vicende del tutto estranee al terreno peculiare²³⁵.

²³¹ BUTI, *Op. cit.*, 265ss.

²³² *Recens. a Buti, Studi sulla capacità*, cit., 209.

²³³ *Op. cit.*, 36ss.

²³⁴ BUTI, *Op. cit.*, 273, nt. 125.

²³⁵ A tal proposito risultano particolarmente interessanti le osservazioni di MANTELLO, 'Beneficium servile', cit; 215 nt. 50, il quale, seppur in riferimento

Ebbene, a noi sembra che Buti sia costretto a riferire l'ambito originario di applicazione dell'*o.n.* ai debiti extrapeculari proprio per non inficiare la sua ipotesi di lavoro. Avendo sostenuto, infatti, che i *debita* peculiari trovavano già pieno ed autonomo riconoscimento nel regime dell'*actio de peculio*, doveva necessariamente attribuire una rilevanza limitata alla creazione dell'*o.n.*

A dire il vero, sembra sicuramente eccessivo pensare che l'introduzione della nozione di *o.n.* sottenda unicamente scopi definitivi e di inquadramento dogmatico²³⁶. Infatti - sebbene non si possa dubitare del fatto che il riconoscimento del concetto di *o.n.* sia conseguenza diretta della prassi e dell'evoluzione economica e sociale, e che la sua introduzione sia stata favorita e determinata dalle richieste concrete della vita giuridico-economica del tempo e da un'interpretazione evoluta del regime peculiare - è altrettanto vero che essa ha contribuito a dare tutta una nuova e più completa rilevanza all'attività del servo²³⁷.

Detto ciò riteniamo apprezzabile l'indagine di Buti nella misura in cui evidenzia ed esamina i passi dai quali si evince il progressivo riconoscimento della posizione giuridica di servi. Ma va precisato, a nostro parere, che questo riconoscimento è avvenuto *in conseguenza e per effetto* del regime peculiare e non *tramite* esso.

In altre parole, noi crediamo che le regole vigenti in tema di peculio abbiano facilitato il riconoscimento dell'autonoma rilevanza dei *debita* dei servi, ma essa si è ottenuta realmente non in virtù

unicamente al *debitum* del servo nei confronti del *dominus*, afferma che: «...non è inopportuno sottolineare che la caratterizzazione ora in esame del *debitum domini* fu con ogni probabilità individuata ed utilizzata là dove il vincolo (sorto o meno in dipendenza di attività peculiari) appariva disancorato dal quasi-patrimonio servile nel momento delle sue vicende analizzato dal giurista (non a caso, infatti, in D. 35.1.40.3 esso concerne uno specifico *legatum* e, in D. 12.6.64, è punto di riferimento di per sé per la questione dell'irripetibilità del pagato). Era questo profilo che interessava, e non tanto la distinzione tra relazioni peculiari e relazioni extrapeculari (non presupposta, d'altronde, né in D. 35.1.40.3 né in D. 12.6.64)». Eguali considerazioni valgono, a nostro parere, per il *debitum* del servo nei confronti del suo *dominus*, e per il *debitum servi* nei confronti dei terzi.

²³⁶ *Supra*, § 4.

²³⁷ *Supra*, § 4.3.

dell'*actio de peculio* o della *deductio peculii*, ma solo tramite il riconoscimento dell'*o.n.*, che ha consentito la *soluti retentio*, senza alcun limite di sorta, o la *fideiussio* in ordine ai *debita* in questione.

Quindi, se di «sanzione autonoma» vuole parlarsi per i *debita* servili deve attendersi il momento di creazione dell'*o.n.*

La novità è rappresentata dal fatto che il debito peculiare riceve una disciplina nuova: sono gli stessi rapporti che vengono visti e considerati sotto una angolazione prospettica differente, al fine di riconoscere loro una diversa ed autonoma rilevanza.

In conclusione, come accennavamo precedentemente²³⁸, va distinto il rapporto esistente tra il peculio e l'*o.n.*, e quello intercorrente tra *o.n.* e *actio de peculio*. Infatti, se tra il peculio e l'*o.n.* esiste un rapporto forte, per quanto riguarda, invece, l'*actio de peculio* la relazione è molto più sfumata.

Questo è, d'altronde, il significato di D. 46.1.16.3-4²³⁹, in cui il concetto di *o.n.* non viene richiamato per giustificare la creazione delle *a.a.q.*, ma solamente per chiarire che per quegli stessi rapporti, che costituivano i presupposti di queste azioni, erano stati ammessi nuovi effetti, quali la *soluti retentio* e la *fideiussio*.

In conclusione, crediamo che le riflessioni condotte in questo capitolo possano costituire la necessaria premessa dogmatica e concettuale per contestare l'idea espressa da Keller che con l'*actio de peculio* si facesse valere l'obbligazione, e quindi, l'*oportere* dello schiavo o del *filius*, che sarà oggetto di ulteriore verifica nei capitoli successivi.

²³⁸ *Supra*, § 3.

²³⁹ *Supra*, § 3.

PARTE II

LE *A.A.Q.* SANZIONANO UNA RESPONSABILITÀ
PROPRIA DEL *DOMINUS, PATER* O
PREPONENTE, E NON QUELLA DEL SERVO,
FILIUS O PREPOSTO.

CAPITOLO QUARTO

IL REGIME DELLE *ACTIONES EXERCITORIA ED INSTITORIA*

Introduzione. Le fonti espressamente indicano che ad essere «obbligato» è il pater il dominus o il preponente.

Nei capitoli precedenti sono state valutate le ragioni che ci inducono ad escludere che nelle *intentiones* delle *a.a.q.* dovesse menzionarsi l'*obligatio*, o più genericamente un vincolo obbligatorio gravante direttamente sullo schiavo o sul *filius*.

Va verificato, allora, se possa prospettarsi una soluzione alternativa, ed in particolare se vi siano elementi nelle fonti dai quali possa dedursi, invece, che nell'*intentio* delle *a.a.q.* si facesse riferimento direttamente all'*obligatio* o alla responsabilità dell'avente potestà o preponente.

Ebbene, è nostra convinzione che vi siano testimonianze sufficienti per ritenere plausibile un'ipotesi siffatta.

Abbiamo riscontrato, infatti, almeno dieci responsi in cui si legge espressamente che ad essere obbligato è proprio *dominus o pater*, o comunque il soggetto a vantaggio del quale si producono gli effetti del negozio concluso (preponente):

D. 14.1.1.3 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Magistri autem imponuntur locandis navibus vel ad merces vel vectoribus conducendis armamentisve emendis: sed etiamsi mercibus emendis vel vendendis fuerit praepositus, etiam hoc nomine OBLIGAT EXERCITOREM.*

D. 14.1.1.4 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Cuius autem condicionis sit magister, nihil interest, utrum liber an servus, et utrum exercitoris an alienus: sed nec cuius aetatis sit, intererit, SIBI IMPUTATURO QUI PRAEPOSUIT.*

D. 14.3.1 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam OBLIGARI NOS ex contractibus ipsorum et conveniri....*

D. 14.3.5.11 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Non tamen omne, quod cum institore geritur, OBLIGAT EUM QUI PRAEPOSUIT, sed ita, si eius rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est, id est dumtaxat ad id quod eum praeposuit.*

D. 14.4.1.2 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Peculiarem autem mercem non sic uti peculium accipimus quippe peculium deducto quod domino debetur accipitur, merx peculiaris etiamsi nihil sit in peculio, DOMINUM TRIBUTORIA OBLIGAT, ita demum si sciente eo negotiabitur.*

D. 15.1.3.3 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Pedius etiam impuberes DOMINOS DE PECULIO OBLIGARI ait: non enim cum ipsis impuberibus contrahitur, ut tutoris auctoritatem spectes....*

D. 15.1.3.5 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Si filius familias vel servus pro aliquo fideiusserint vel alias intervenerint vel mandaverint, tractatum est, an sit de peculio actio. Et est verius in servo causam fideiubendi vel mandandi spectandam, quam sententiam et Celsus libro sexto probat in servo fideiussore. Si igitur quasi intercessor servus intervenerit, non rem peculiarem agens, NON OBLIGABITUR DOMINUS DE PECULIO.*

D. 15.1.3.6 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Iulianus quoque libro duodecimo digestorum scribit, si servus mandaverit, ut creditori meo solveretur, referre ait, quam causam mandandi habuerit: si pro creditore suo solvi mandavit, ESSE OBLIGATUM DOMINUM DE PECULIO: quod si intercessoris officio functus sit, NON OBLIGARI DOMINUM DE PECULIO.*

D. 15.1.3.9 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Sed si filius fideiussor vel quasi interventor acceptus sit, an de peculio PATREM OBLIGAT, quaeritur. Et est vera Sabini et Cassii sententia existimantium semper OBLIGARI PATREM DE PECULIO et distare in hoc a servo.*

D. 15.1.5.1 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Sed et si precario res filio familias vel servo data sit, dumtaxat de PECULIO PATER DOMINUSVE OBLIGANTUR.*

D. 15.3.3.5 (Ulp. 29 *ad. ed.*): *Idem Labeo ait, si servus mutuatus nummos a me alii eos crediderit, de in rem verso dominum teneri, quod nomen ei adquisitum est: quam sententiam Pomponius ita probat, si non peculiare nomen fecit, sed quasi dominicae rationis. Ex qua causa hactenus ERIT DOMINUS OBLIGATUS, ut, si non putat sibi expedire nomen debitoris habere, cedit creditori actionibus procuratoremque eum faciat.*

Ebbene, è facile notare che i passi in questione, che saranno oggetto d'esame nei paragrafi successivi, si riferiscono a tutte le *a.a.q.*, nessuna esclusa.

Va riconosciuto, tuttavia, che i brani considerati sono di età classica, molto lontani da quello che doveva essere il regime originario delle *a.a.q.* Comunque, nonostante possa sospettarsi un uso generico di '*obligatio*' ed '*obligari*', privo di un riferimento specifico alla struttura formulare delle *a.a.q.*¹, i passi in questione meritano tuttavia la nostra attenzione.

Infatti, esaminando il regime relativo alle singole *a.a.q.* è facile notare che la responsabilità sanzionata è unicamente quella dell'avente potestà o del preponente. Infatti, oltre a quelli esaminati, molti altri passi mostrano chiaramente che l'attività compiuta da un *institor*, *magister*, o schiavo debitamente autorizzato o fornito di peculio comporta la nascita DI UN VINCOLO OBBLIGATORIO CHE GRAVA DIRETTAMENTE a carico del preponente, *dominus* o *pater*, da far valere con le azioni adietizie.

Inoltre, se è vero che le principali testimonianze da noi possedute si riferiscono a fonti tardo classiche, e quindi rappresentano un assetto alquanto distante da quello originario delle *a.a.q.*, pur tuttavia costituiscono un terreno di osservazione privilegiata. Infatti, proprio in seguito alla creazione del concetto di *o.n.*, o al riconoscimento della capacità di obbligarsi per i *fili familias*, meglio di prima si evidenzia il fatto che tramite le *a.a.q.* si fa valere la responsabilità non di questi soggetti ma dei loro aventi potestà o preponenti.

Difatti, in seguito ai radicali mutamenti subiti dallo stato patrimoniale e giuridico della famiglia romana, i giuristi sono costretti - più che in passato - a specificare e chiarire, seppur in relazione alle singole questioni trattate, quale sia l'*obligatio* fatta valere tramite le

¹ L'argomento sarà oggetto di trattazione successivamente; *infra*, Cap. VI § 1.

a.a.q. A noi sembra, come esporremo nei paragrafi successivi, che la risposta sia univoca: l'*obligatio* sanzionata è quella del *dominus, pater* o preponente.

1. *Presupposti e fondamento degli editti relativi alle actiones exercitoria ed institoria. Configurabilità di una praepositio in senso tecnico.*

Ebbene, leggendo le fonti relative alle *actiones institoria* ed *exercitoria* è facile notare come esse riguardano prevalentemente, se non esclusivamente, la responsabilità del preponente e la descrizione dei presupposti sostanziali che la determinano, in relazione alle previsioni dell'editto pretorio.

Solo in pochissimi casi, invece, ci si riferisce alla responsabilità del preposto, e qualora ciò avvenga, non è in diretta conseguenza delle prescrizioni contenute negli editti riguardanti le *actiones institoria* ed *exercitoria* e della loro applicazione. Nessuna delle fonti che noi possediamo ci fornisce elementi dai quali possa evincersi che la configurazione di una *obligatio* o di una responsabilità del preposto, libero o servo, fosse prevista in qualche modo negli editti in questione².

In realtà, basta considerare i frammenti con cui si aprono i titoli del Digesto relativi alle *actiones exercitoria* ed *institoria*, o la stessa trattazione delle *Institutiones* di Gaio che le riguarda, per rendersene conto.

Il titolo relativo all'*actio exercitoria*, infatti, inizia nel seguente modo:

D. 14.1.1 pr. (Ulp. 28 *ad ed*): *Utilitatem huius edicti patere nemo est qui ignoret, nam cum interdum ignari, cuius sint condicionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur, qui institorem*

² Sul punto vd. *infra*, Cap. IV § 3; Cap. V § 1; § 2 .

tabernae vel negotio praeposuit, cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro quam institore.

L'intervento del pretore, e quindi la concessione dell'azione contro il preponente, si giustifica, secondo Ulpiano, con la difficoltà per i terzi di accertare l'identità e le condizioni giuridico-economiche del *magister* col quale si trovano a dover negoziare. E ciò vale sia per l'*actio exercitoria* che per l'*institoria*, sebbene '*sit maior necessitas contrahendi cum magistro quam institore*'³.

In realtà, in passato si è dubitato dell'autenticità del brano⁴. Pugliese,⁵ in particolare, reputava falsa la *laudatio edicti* prospettata in D. 14.1.1 pr., ritenendo più calzanti le motivazioni e le giustificazioni addotte da Gaio nelle *Institutiones*:

Gai 4.70: *..quia qui ita negotium gerit magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur. [71] Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam.*

Per il giurista del II sec. d.C. la tutela apprestata dal pretore non avrebbe trovato il suo fondamento - a parere di Pugliese⁶ - nella difficoltà di accertare le condizioni o, addirittura, l'identità dei *magistri* ('*UTILITATEM huius edicti patere nemo est qui ignoret, nam cum interdum ignari, cuius sint condicionis vel quales, cum magistris propter navigandi NECESSITATEM contrahamus*'), bensì nell'esistenza stessa della

³ Questo è uno dei casi in cui i giuristi romani pongono un confronto diretto tra l'*actio exercitoria* e l'*actio institoria*. In realtà, la disciplina dell'una è estremamente simile a quella dell'altra, tanto è vero che, nei casi in cui diverge, gli stessi giuristi avvertono l'esigenza di precisarlo; vd. D. 14.1.19-20; *infra*, nt. 56- 57.

⁴ In tal senso anche SOLAZZI, *L'età dell'actio exercitoria*, cit., 202; G. LONGO, *Actio exercitoria*, cit., 587, nt. 14, il quale ritiene probabile che «..l'aggrovigliato discorso che compare nel testo sia opera di uno sconosciuto annotatore». In senso favorevole si è pronunciato, invece, MAYER-MALY, *Necessitas constituit ius*, in Studi Grosso I, Torino, 1968, 190, il quale non dubita dell'attribuzione ad Ulpiano del brano, difendendo non solo la *laudatio edicti*, ma anche il seguito del passo che pone in rapporto la responsabilità dell'*exercitor* con quella dell'*institor*.

⁵ *In tema di actio exercitoria*, cit., 311.

⁶ PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria*, cit., 311, nt. 2.

praepositio, che induceva i terzi a far affidamento sulla *fides* del *pater* o *dominus* autorizzante o preponente.

Ebbene, non vi è dubbio che la testimonianza di Gaio presenti una maggiore incisività ed aderenza al regime delle *a.a.q.*, tuttavia, come vedremo appresso, le motivazioni addotte in D. 14.1.1pr ed in Gai 4.70 non contrastano, né divergono, ma costituiscono soltanto profili diversi di una stessa esigenza.

D'altronde, è diversa anche la formulazione del brano con cui Ulpiano apre il titolo relativo all'*actio institoria*:

D. 14.3.1 pr. (Ulp. 28 *ad ed.*): *Aequum praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri. Sed non idem facit circa eum, qui institorem praeposuit, ut experiri possit: sed si quidem servum proprium institorem habuit, potest esse securus adquisitis sibi actionibus: si autem vel alienum servum, vel etiam hominem liberum, actione deficietur: ipsum tamen institorem vel dominum eius convenire poterit vel mandati vel negotiorum gestorum. Marcellus autem ait debere dari actionem ei qui institorem praeposuit in eos, qui cum eo contraxerint.*

Secondo il giurista corrisponde, dunque, ad equità che il preponente, il quale fa propri i benefici derivanti dall'attività dei propri *institores*, sia anche '*obligatus*' per i debiti nascenti dai negozi da loro conclusi, e possa essere convenuto per l'adempimento degli stessi ('*ita etiam OBLIGARI nos a contractibus ipsorum et conveniri*').

Ebbene, non vi è dubbio che, nell'introdurre la trattazione delle *actiones exercitoria* ed *institoria*, i giuristi guardino esclusivamente alla responsabilità del preponente nell'ottica, peraltro, della protezione dell'affidamento del terzo, e della realizzazione dell'*aequitas* nell'ambito dei rapporti negoziali.

I richiami all'*utilitas*, alla *fides* e all'*aequitas*, sono particolarmente espliciti e determinanti nell'identificazione delle motivazioni che portarono all'introduzione delle *a.a.q.*, e che ne determinarono struttura e regime.

Nessuno può negare, infatti, che le attività commerciali, soprattutto quelle svolte lontano dalla sede istituzionale dell'impresa⁷, richiedano particolari garanzie per i terzi.

In tal senso non ci sembra accettabile la conclusione di Pugliese⁸ a parere del quale «non può dirsi che i terzi meritavano protezione, perché ignoravano la condizione di colui con cui negoziavano, quasi che se l'avessero conosciuta, l'*actio exercitoria* non dovesse concedersi».

L'editto nasceva, invece, proprio dall'esigenza di non imporre ai terzi l'obbligo di accertarsi di volta in volta delle condizioni e della qualità dei preposti, a scapito delle esigenze di celerità e sicurezza dei commerci (D. 14.1.1 pr.). Sarebbe stato eccessivamente oneroso imporre loro una verifica di tal genere, e ne sarebbe derivato, di contro, un pregiudizio notevole per la stessa attività commerciale svolta, e per chi la esercitava.

D'altronde, è perfettamente corrispondente alla realtà economica e giuridica, che nella contrattazione i terzi 'seguano' soltanto la *fides* del preponente, che è l'unico ed effettivo *dominus negotii*, facendo affidamento sul suo 'volume d'affari', sulla sua ricchezza e solvibilità (Gai 4.70-71).

Infatti, nel settore commerciale, più che in altri, i terzi guardano alla sfera giuridico-economica del soggetto che è titolare dell'attività, e non ai singoli preposti che possono essere chiamati a svolgerla in concreto, la cui condizione non sembra avere alcuna rilevanza nella considerazione dei terzi in questione⁹. A quest'ultimi, infatti, spetta unicamente di accertare l'esistenza di un adeguato atto di legittimazione in capo a colui che svolge l'attività in nome e per conto del titolare della stessa, che nel caso delle *actiones exercitoria* ed *institoria* è costituito dalla *praepositio*, rivestita delle idonee forme di pubblicità¹⁰.

D'altronde, è il preponente e non il preposto che deve essere chiamato a rispondere dei debiti assunti nell'esercizio dell'attività

⁷ Nel riferirci all'impresa utilizziamo la terminologia moderna nella convinzione che possa ben adattarsi al fenomeno da noi studiato, come è stato dimostrato felicemente da SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., 21.

⁸ *In tema di actio exercitoria*, cit., 311.

⁹ *Infra*, § 2; § 3.

¹⁰ *Infra*, § 2; § 2.1.

commerciale. I terzi creditori, infatti, invocano il rispetto dell'*aequitas*, chiedendone la realizzazione concreta a chi - per tutta l'età preclassica e parte della età classica - ne fu il principale interprete. Il pretore crea, allora, le *a.a.q.* per far sì che chi percepisce i proventi di una attività - sebbene svolta tramite i propri sottoposti o preposti - sia chiamato a far fronte alle obbligazioni che ad essa si riferiscono: *Aequum paretori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam OBLIGARI nos a contractibus ipsorum et conveniri* (D. 14.3.1).

Ecco, dunque, che il quadro si compone in una visione unitaria, in cui ben si armonizzano le diverse motivazioni addotte dai giuristi, come aspetti differenti di un fenomeno poliedrico quale è quello relativo all'attività commerciale svolta tramite propri sottoposti. Un mondo in cui i valori fondamentali della *fides*, dell' *utilitas* e dell'*aequitas* trovano il loro principale interprete proprio nel pretore e nel suo editto.

Coerentemente a tale premesse, non possono nutrirsi dubbi sulla responsabilità sanzionata tramite le *actiones exercitoria* ed *institoria*. La risposta mi pare univoca: tramite queste azioni si fa valere una responsabilità del preponente, che trova i suoi presupposti nella *praepositio*, come atto iniziale che legittima il preposto allo svolgimento di una attività commerciale, e, in secondo luogo, nell'atto negoziale concluso dal preposto nell'ambito oggettivo precedentemente individuato dalla *praepositio* stessa.

Occupiamoci, dunque, di quest'ultimo concetto, in quanto, sebbene su di esso sia stato scritto molto, spesso sono stati trattati ed identificati di volta in volta solo singoli aspetti di un fenomeno, che presenta, invece, una notevole complessità ed articolazione.

2. *Identificazione del concetto di praepositio in relazione ai profili oggettivi e soggettivi a cui inerisce.*

Ebbene, le fonti a nostra disposizione indicano con certezza che la *praepositio* costituisce il fondamento della responsabilità del preponente, e al tempo stesso ne determina il limite. L'*exercitor*, infatti, è chiamato a rispondere solo degli atti conclusi nell'ambito della stessa:

Gai 4.71: *Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam. Tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navi praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus fuerit [negotium] gestum erit.*

D. 14.1.1.7 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem, sed eius rei nomine, cuius ibi praepositus fuerit, id est si in eam rem praepositus sit, ut puta si ad onum vehendum locatum sit aut aliquas res emerit utiles naviganti vel si quid reficiendae navis causa contractum vel impensum est vel si quid nautae operarum nomine petent.*

D. 14.3.5.11 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Non tamen omne, quod cum institore geritur, obligat eum qui praeposuit, sed ita, eius rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est, id est dumtaxat ad id quod eum praeposuit.*

I giuristi, d'altronde, trattano della *praepositio* ponendosi esclusivamente nell'ottica della responsabilità dell'*exercitor*, o del preponente dell'*institor*. I brani riportati non lasciano dubbi in proposito.

E' questa, infatti, la prospettiva che privilegiano chiaramente, e nel farlo, inoltre, non si limitano ad enunciare il principio per cui la *praepositio* '*certam legem dat contraentibus*'¹¹, ma pongono l'attenzione anche sui casi concreti in relazione ai quali si determina la responsabilità del preponente.

Infatti - sebbene le altre fonti siano estremamente sintetiche - almeno in relazione all'*actio exercitoria*¹² i compilatori ci hanno restituito una serie di frammenti che contribuiscono a chiarire ed intendere l'effettiva portata della *praepositio*.

Così, è proprio grazie alla casistica esaminata dai giuristi che si specifica e si comprende meglio la natura della responsabilità dei preponenti, rendendo inaccettabile *tout court* l'affermazione - espressa

¹¹ D. 14.1.1.12.

¹² I brani in questione si riferiscono più all'*actio exercitoria* che a quella *institoria*, ma, considerata la quasi totale identità di regime delle due azioni, e l'esplicito richiamo compiuto spesso dagli stessi giuristi, è probabile che ciò che valesse per l'una dovesse valere anche per l'altra.; vd. *supra*, Cap. IV, nt. 3.

dalla dottrina tradizionale - che la *praepositio* costituisca l'unica fonte e misura della responsabilità del *dominus*¹³.

Ci riferiamo ad una serie di brani in ordine ai quali la giurisprudenza romana riconobbe la responsabilità del preponente per le attività del preposto, che seppur non specificatamente previste nella *praepositio*, erano connesse o necessarie all'attività d'impresa:

D. 14.1.1.8 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Quid si mutuum pecuniam sumpserit, an eius rei nomine videatur gestum? Et Pegasus existimat, si ad usum eius rei, in quam praepositus est, fuerit mutuatus, dandam actionem, quam sententiam puto veram: quid enim si ad armandam instruendamve navem vel nautas exhibendos mutuatus est?*

D. 14.1.1.9 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Unde quaerit Ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio. Et ait, si hac lege accepit quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit: quod si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit, contra esse: quam distinctionem Pedius probat.*

Parte della dottrina, fraintendendo forse il significato stesso della *praepositio*, ha addirittura dubitato dell'autenticità delle soluzioni giuridiche prospettate in questi frammenti, in quanto verrebbero ad estendere la responsabilità dell'*exercitor* al di là dei limiti della *praepositio*, tanto da presentarci una *praepositio* talmente ampliata che non si riuscirebbe più a comprendere perché i giuristi l'avessero posta a fondamento dell'*actio exercitoria*¹⁴.

Riteniamo, invece, che i passi in questione siano sostanzialmente autentici e meritino considerazione proprio perché ci dimostrano che il contenuto della *praepositio* non è compiutamente definibile a priori, e non dipende esclusivamente dalla volontà del preponente, ma, al pari della responsabilità che grava su quest'ultimo soggetto, si determina

¹³ DE MARTINO, *Studi sull'actio exercitoria*, cit., 495ss; ID., *Ancora sull'actio exercitoria*, cit, 631ss; PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria*, cit, 308ss.

¹⁴ DE MARTINO, *Studi sull'actio exercitoria*, cit. 500ss e bibliografia ivi citata; ID., *Ancora sull'actio exercitoria*, cit., 683ss.

prevalentemente su un PIANO OGGETTIVO. La *praepositio* (D. 14.1.1.7), infatti, costituisce solo l'atto di legittimazione iniziale del preposto nei confronti dei terzi, ed individua solo genericamente l'attività che è chiamato a svolgere.

E, in effetti, il primo passo (D. 14.1.8) riguarda il mutuo assunto dal *magister*, per determinare se anch'esso potesse rientrare nell'ambito dell'attività identificata dalla *praepositio*¹⁵, e viene solitamente inteso nel senso che l'*exercitor* rispondeva del debito assunto «purché il denaro fosse preso e dato a prestito per uno scopo che rientrasse nella *praepositio*¹⁶».

Forse, sarebbe meglio intendere il brano nella sua letteralità: 'contro l'*exercitor* sarebbe stata data azione qualora il denaro *fuert mutuatus ad usum* (inteso nel senso attivo di gestione e non di semplice uso-godimento) *rei, in quam praepositus est*'. Si pone, in tal modo, l'accento sull'oggetto (*res*) della *praepositio* e sull'attività ad esso connessa, e non sulla *praepositio* in sé, che ne diventa solo lo strumento generico di identificazione.

L'interpretazione suggerita trova riscontro nel secondo brano riportato (D. 14.1.1.9), in passato fortemente sospettato di alterazione, ma ormai ritenuto autentico nella sostanza, anche se parzialmente corrotto nella forma¹⁷. In esso si richiede che la destinazione del denaro preso a

¹⁵ In particolare, si tratta di valutare se la '*mutua pecunia sumpta a magistro*' possa rientrare nell'ambito del '*navis reficiendae causa contrahere*', vd. CERAMI, '*Mutua pecunia a magistro 'navis reficiendae causa sumpta' e 'praepositio exercitoris*', in *AUPA* 46 (2000) 134.

¹⁶ PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria.*, cit., 316

¹⁷ PRINGSHEIM, *Beryt und Bologna*, in *Festschrift für O. Lenel*, Leipzig, 1921, 226; EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in *ZSS* 18 (1897), 20ss; DE MARTINO, *Studi sull'actio exercitoria*, cit., 498ss; PUGLIESE *In tema di actio exercitoria*, cit., 317. Sulla linea del Pringsheim gli autori citati espungono dal testo le espressioni '*mox-voluntatem*' e '*imputaturum contra esse*', riconoscendovi un intervento postclassico volto a privilegiare l'aspetto soggettivo, dando rilevanza alla volontà, e snaturando il criterio discrezionale di natura oggettiva accolto da Pedio e Ofilio. In realtà, nel brano la volontà del *magister* non è autonomamente considerata, ma è strettamente collegata all'esistenza della *lex*. Nel primo caso, infatti, viene menzionato il mutamento di volontà per sottolineare la circostanza che le somme non furono spese così come enunciato nella *lex*. Nella seconda ipotesi viene svelato l'intento fraudatorio come giustificazione del fatto che il *magister* non aveva dichiarato esplicitamente la

mutuo per la riparazione della nave, sia espressa dal *magister* in una *lex* apposita, ai fini dell'opponibilità all'*exercitor*.

Ora, se l'unico parametro e misura della responsabilità dell'*exercitor* fosse la *praepositio*, quale sarebbe l'utilità di una *lex* di tal genere?

A parere dei giuristi ricordati da Ulpiano, invece, la funzione rivestita dalla *lex* è decisiva. Essa imprime una precisa destinazione alla somma mutuata, con importanti riflessi sulla responsabilità del preponente¹⁸.

Ma c'è di più. La prevalenza dell'elemento oggettivo nella determinazione dell'ampiezza della *praepositio* viene ribadita ed accentuata in un altro brano in cui viene chiesto al giurista se sia sufficiente che la destinazione delle somme emerga da una dichiarazione formalmente espressa, o se siano necessari ulteriori requisiti perché il contratto concluso dal preposto obblighi il preponente:

D. 14.1.7 pr. (Ulp. 28 *ad ed.*): *Lucius Titius Stichum magistrum navis praeposuit: is pecuniam mutuatus cavet se in refectionem navis eam accepisse: quaesitum est, an non aliter Titius exercitoria teneretur, quam si creditor probaret, pecuniam in refectionem navis esse consumptam. Respondit creditorem utiliter acturum, si, cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet: etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat et negotium domini gerat (quod certe futurum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectionem erogatam esse).....quare etsi in ea causa fuerit navis, ut refici deberet, multo tamen maior pecunia credita fuerit, quam ad eam rem esset necessaria, non debere in solidum adversus dominum navis actionem dari.*

destinazione della somma con una *lex* apposita, proprio perché, questa volta, *ab initio* non aveva intenzione di destinarle a tale uso.

¹⁸ CERAMI, "Mutua pecunia a magistro", cit., 136 «.. in presenza di una specifica ed esplicita clausola di destinazione il mutuo esorbita dal rapporto contrattuale intercorrente fra mutuante e *magister* per refluire nella sfera della *negotatio*, e cioè dell'attività imprenditoriale connessa alla gestione commerciale della nave, sì da coinvolgere "oggettivamente", in forza della *praepositio*, lo stesso armatore, giacché la *praepositio* ha natura impersonale ed obiettiva, nel senso che si risolve, a differenza del *iussum*, non già in un mero atto interno fra preponente (*exercitor*) e preposto (*magister*), sibbene in un atto esterno, direttamente e pienamente efficace per i terzi».

Ulpiano ritiene, dunque, che non basti la dichiarazione prestata dal *magister*¹⁹, ma che il terzo debba accertarsi che essa corrisponda alle effettive necessità dell'attività esercitata. Non si richiede, invece, che debba controllare la concreta utilizzazione del denaro per le riparazioni, ritenendo sufficiente che abbia constatato la necessità delle stesse.

Si tutela, così, l'affidamento del terzo, che si basi su elementi oggettivi tali da giustificarlo (*'in summa aliquam diligentiam in ea creditorem debere praestare'*), senza addossargli l'onere di verificare l'effettivo impiego del denaro. Sarebbe, infatti, eccessivamente oneroso per il terzo, e di conseguenza, d'intralcio per l'attività economica esercitata. A queste condizioni, inoltre, nessun terzo farebbe credito al *magister* per far fronte alle necessità imprevedibili che possono verificarsi nello svolgimento del suo incarico.

Eguali considerazioni valgono ai fini della concessione dell'*actio institoria*:

D. 14.1.7.2 (Afric. 8 quaest.): *Eadem fere dicenda ait et si de institoria actione quaeratur: nam tunc quoque creditorem scire debere necessariam esse mercis comparisonem, cui emendae servus sit praepositus, et sufficere, si in hoc crediderit, non etiam illud exigendum, ut ipse curam suscipiat: an in hanc rem pecunia eroganda est.*

¹⁹ La comprensione del passo è fortemente condizionata dal corretto significato da attribuire all'espressione *'cavit se in refectionem eam accepisse'*. In passato, si riteneva, infatti, che si alludesse ad una *stipulatio* con cui il *magister* avesse promesso al mutuante di impiegare la somma per la riparazione della nave. Di conseguenza, «..il mutuo puro e semplice non fondava la responsabilità dell'*exercitor*: questa, invece, nasceva dalla *cautio* del *magister* di spendere il danaro per le riparazioni e dall'effettivo adempimento di tal promessa», cfr. DE MARTINO, *Studi sull'actio exercitoria*, cit., 500. Ci sembrano, invece, particolarmente apprezzabili le osservazioni svolte a tal proposito da PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria*, cit., 319, nt. 23, il quale nota che se fosse vera l'ipotesi in questione, il verbo collegato a *cavit* dovrebbe essere coniugato non al passato ma al futuro. Il termine, invece, come in altri casi citati dall'autore, sembra ricorrere nel suo valore generico di dichiarazione formale negoziale o di scienza. La *'cautio'*, in questione, infatti, rivestirebbe la stessa funzione svolta dalla *lex* di cui parla Ofilio in D. 14.1.1.9; vd. *supra*, Cap. IV, nt. 18.

Il terzo, prima di far credito all'*institor*, deve accettarsi che '*necessariam esse mercis comparationem, cui emendae servus sit praepositus*', e non che '*in hanc rem pecunia eroganda est*'. Basta questo per essere certo del fatto che il preponente risponderà delle obbligazioni assunte dall'*institor*.

Quindi, al di là delle controversie giurisprudenziali delineatesi a tal proposito²⁰, ci sembra, tuttavia, che un dato emerga in maniera certa: oggetto di principale interesse da parte dei giuristi è l'attività svolta e non solo la *praepositio*. E, effettivamente, in tutti i brani esaminati la preoccupazione dei terzi è che le somme siano destinate all'attività commerciale affidata al sottoposto, e dunque tramite essa rientrino nella sfera giuridica ed economica del preponente. La dichiarazione che indica la destinazione delle somme prese a mutuo, così come l'accertamento della pertinenza delle stesse alla necessità della nave, sono tutte garanzie per il terzo che il preponente si assumerà la responsabilità degli atti conclusi dal *magister* o dall'*institor*.

Infatti, se ai terzi fosse interessata unicamente la responsabilità del *magister*, non avrebbero dovuto curarsi di tutte le questioni descritte, e dunque, preoccuparsi di accertare la destinazione delle somme alle necessità connesse allo svolgimento dell'attività commerciale, ma sarebbe stato sufficiente dimostrare l'esistenza del *negotium*. D'altronde, nei brani esaminati non si manifesta alcun interesse per un eventuale responsabilità del preposto e per la sua solvibilità.

Ciò posto, è chiaro che la responsabilità che consegue alla *praepositio* in campo commerciale è del tutto peculiare, visto che l'ampiezza dei poteri del preposto non deriva tanto dal fattore volontaristico (*praepositio*), quanto piuttosto da quello sociale ed economico, che è costituito dall'esercizio dell'attività commerciale. I poteri rappresentativi non dipendono solo dalla presenza e validità di un puntuale ed espresso atto di conferimento dei poteri, ma dall'inserimento del preposto nell'impresa, intesa come attività continuativa ed organizzata.

²⁰ Da ultimo CERAMI, *Mutua pecunia a magistro*, cit., 137 e bibliografia ivi citata.

In tal senso è facile rendersi conto delle peculiarità della *praepositio* effettuando un semplice confronto, ad esempio, con il regime del mandato.

2.1 *Prevalenza del momento sociale ed economico sul fattore volontaristico nella determinazione del contenuto e dell'ampiezza delle facoltà riconosciute al preposto.*

Per quanto riguarda il mandato nella sua configurazione classica²¹, le fonti chiaramente indicano che il mandatario non deve oltrepassare i limiti del mandato²². Così, in D. 17.1.60.4 si legge che nessun mandato può estendersi oltre *'quatenus res ex fide agenda esset'*. Bisogna, infatti, tener presenti le circostanze nelle quali il mandato fu conferito, lo scopo, la normale e consueta attività del mandante, ed in tale ambito il mandatario potrà compiere tutto ciò che può servire come strumento di esecuzione dell'incarico²³. Nonostante ciò, il mandatario non potrà mai oltrepassare i limiti a lui imposti dal mandante.

E, quindi, se può considerarsi adempiente il mandatario che sia disposto a rimettere la differenza tra la somma determinata dal mandante

²¹ In questo contesto ci limitiamo ad esaminare il regime del mandato in età classica, perché lo paragoniamo al regime della *praepositio institoria* ed *exercitoria* in vigore in quel momento storico. D'altronde, le fonti relative ai periodi precedenti sono poche e alquanto controverse. Sul mandato vd. FRESE, *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokurator*, in Studi in on. di S. Riccobono, IV, Palermo, 1936, 339ss; ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1949; PROVERA, *Mandato: negozio giuridico* (storia), in Enc. del dir., 25, 310ss; SERRAO, *Il procurator*, Milano, 1947; QUADRATO, *Dal procurator al mandatario*, Bari, 1963; WATSON, *Contract of mandate in roman law*, Oxford, 1961; ID., *Acquisition of ownership by 'traditio' to an 'extraneus'*, in *SDHI*, 1967, 189ss.

²² D. 17.1.5 pr.

²³ D. 3.3.56 (Ulp. 65 *ad ed.*); D. 3.3.57 (Ulp. 74 *ad ed.*); D. 3.3.58 (Paul. 71 *ad ed.*); D. 3.3.59 (Paul. 10 *ad Plaut.*); D. 3.3.60 (Paul. 4 *resp.*); D. 3.3.61 (Paul. 1 *ad Plaut.*); D. 3.3.62 (Pomp. 2 *ex Plaut.*).

e quella effettivamente spesa²⁴, non può ritenersi tale il mandatario che abbia, invece, intrapreso e condotto a termine un affare diverso da quello affidatogli, anche se più vantaggioso:

D. 17.1.5 pr. (Paul. 32 *ad ed.*): *Diligenter igitur fines mandati custodiendi sunt: [1] nam qui excessit, aliud quid facere videtur et, si susceptum non impleverit tenetur. [2] Itaque si mandavero tibi, ut domum Seianam centum emeris tuque Titianam emeris longe maioris pretii, centum tamen aut etiam minoris, non videris implesse mandatum. [3] Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes tuque eum nonaginta vendideris et petam fundum, non obstat mihi exceptio, nisi et reliquum mihi, quod deest mandatu meo, praestes et indemnem me per omnia conserves. [4] Servo quoque dominus si praeceperit certa summa rem vendere, ille minoris vendiderit, similiter vindicare eam dominus potest nec ulla exceptione summovebitur, nisi indemnitas ei praestetur. [5] Melior autem causa mandantis fieri potest, si, eum tibi mandassem, ut Stichum decem emeris, tu eum minoris emeris vel tantindem, ut aliquid quicquam servo accederet: utroque enim casu aut non ultra pretium aut intra pretium fecisti.*

Quindi, si ha inadempimento in tutti quei casi in cui²⁵ il mandatario ha venduto l'oggetto del mandato ad un prezzo inferiore rispetto a quello indicato dal mandante (D. 17.1.5.3), o se incaricato di comprare ad un prezzo determinato, abbia acquistato ad un prezzo superiore (D. 17.1.5.2).

Ma il criterio è ancora più rigoroso e mostra che il mandatario non ha nessuna autonomia di iniziativa. Infatti, viene considerato inadempiente qualora compia un negozio parzialmente o totalmente diverso da quello che si era impegnato di fare, anche se per il corrispettivo pattuito o per un corrispettivo inferiore, e anche nel caso che riesca addirittura ad ottenere un'utilità oggettivamente superiore a quella che il mandante si aspettava.

²⁴ D. 17.1.3.2 (Paul. 32 *ad ed.*); D. 17.1.4 (Gai 2 *rerum cottid.*)

²⁵ Il brano riportato è solo una parte di un più lungo frammento di Paolo riportato nel Digesto in D. 17.1.3 e D. 17.1.5, il quale ha certamente subito delle manipolazioni, soprattutto per quanto riguarda D. 17.1.3 pr. e D. 17.1.5.5, anche se nel complesso «va riconosciuto come proveniente dall'antico scrittore»; cfr. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 181 e bibliografia ivi citata.

Così, risulterà inadempiente anche nel caso in cui gli sia stato affidato il compito di acquistare una determinata abitazione ad un prezzo determinato, e ne abbia invece acquistata un'altra di valore maggiore allo stesso prezzo, o addirittura ad un prezzo inferiore (D. 17.1.5.2)²⁶.

Ne consegue che, «..per quanto al mandatario spettino vasti poteri, pure non devono essergli conferiti oltre il presumibile volere del mandante»²⁷. Quindi, il parametro necessario per la determinazione dei poteri del mandatario è costituito unicamente dalla volontà del mandante, al di là della situazione oggettiva, o dell'economia e convenienza dell'affare.

La differenza tra le due forme di 'cooperazione rappresentativa'²⁸ è, in ultima analisi, notevole: nel mandato è principalmente la volontà del

²⁶ In tal senso anche ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 181.

²⁷ GLÜCK, *Commentario alle pandette*, lib. XVII, trad. italiana a cura di P. Bonfante, Milano, 1904, 28.

²⁸ Nell'ambito della concettualizzazione moderna, la figura dell'istitore, è riportabile nell'ampio fenomeno della cooperazione giuridica, ma si specifica all'interno di tale *genus*, in riferimento alle altre forme di collaborazione giuridica, soprattutto rispetto al mandato, principalmente per l'oggetto: il suo specifico contenuto si concreta, infatti, nello svolgimento di un'attività e non di singoli atti; e, al contempo, la prestazione che il preposto assume, nella quale si sostanzia il compito del collaboratore, è contemporaneamente attività materiale (cioè interna), e attività giuridica con poteri rappresentativi, alla quale si conferisce opportunamente la classificazione tipizzante di "rappresentanza gestoria", poiché non completamente riducibile né alla rappresentanza volontaria in senso proprio, né a quella legale; vd. PUGLIATTI, *La logica e i concetti giuridici*, in *Diritto Civile. Metodo, teoria e pratica*, Milano, 1961, 671; FERRARA jr., *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1962, 102ss; FANELLI, *Ausiliari dell'imprenditore*, in *Enc. del dir.*, 4, 313ss. Ebbene, è nostra convinzione che questa specifica configurazione giuridica non dipenda da una disciplina peculiare disposta dal nostro legislatore, ma sia il frutto di una tradizione secolare e storicamente risalente, connaturata alla posizione ed alla funzione stessa che, nella realtà economico-giuridica, la *praepositio institoria*, o commerciale in genere, ed il mandato, inteso generalmente come affidamento ad altri del compimento di singole attività giuridiche, hanno sempre differentemente assunto. Sulla necessità di far rientrare le *a.a.q.* nell'ambito dell'*exercitio negotiationum*, e quindi, dell'organizzazione imprenditoriale romana, più che negli schemi dogmatici della rappresentanza diretta e organica vd. più recentemente DI PORTO, *Il diritto commerciale*, cit., 423 nt. 31; CERAMI, *Dal contrahere al negotiari*, in corso di pubblicazione in *Gli effetti del contratto nei confronti del terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 176, nt. 21 e bibliografia ivi citata.

mandante a determinare il contenuto dell'incarico, il quale deve essere preventivamente e dettagliatamente determinato perché costituisca per il mandatario un limite effettivo alla sua discrezionalità, e per il mandante, la misura fondamentale della sua responsabilità nei confronti dei terzi.

Nel caso della *praepositio institoria* ed *exercitoria*, la volontà del preponente, invece, è solo l'atto iniziale di investitura, e solamente uno dei limiti allo svolgimento dell'attività commerciale, che si determina prevalentemente in relazione alle esigenze concrete di realizzazione del suo oggetto, con inevitabili riflessi in ordine alla pubblicità, e dunque, alla responsabilità del preponente nei confronti dei terzi.

Il problema relativo all'ampiezza della *praepositio* si configura, allora, in termini esattamente inversi rispetto alla prospettazione che ne ha dato la dottrina tradizionale²⁹. Non è, infatti, verosimile che il *magister* potesse fare solo ciò che fosse specificamente previsto nella *praepositio*, perché tale previsione, trattandosi di un'attività, non potrebbe essere esattamente compiuta.

Vale, invece, il principio esattamente opposto: la *praepositio* legittima il preposto a compiere, nell'ambito dell'attività da essa designata, qualsiasi atto ad essa pertinente, tranne ciò che fosse stato espressamente proibito³⁰.

Le limitazioni dell'attività, inoltre, devono essere conosciute o almeno conoscibili dai terzi³¹, altrimenti non potranno essere opposte ad

²⁹ DE MARTINO, *Ancora sull'actio exercitoria*, cit., 173ss; PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria*, cit., 309ss.; G. LONGO, *Actio exercitoria, actio institoria*, cit., 585; vd. *supra*, nt. 13.

³⁰ D. 14.3.5.13 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Sed si pecuniam quis crediderit institori ad emendas merces praeposito, locus est institoriae, idemque et si ad pensionem pro taberna exsolvendam: quod ita verum puto, nisi prohibitus fuit mutuari*; D. 14.3.5.15 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Item si institor, cum oleum vendidisset, anulum arrae nomine acceperit neque eum reddat, dominum institoriae teneri: nam eius rei, in quam praepositus est, contractum est: nisi forte mandatam ei fuit, praesenti pecunia vendere. Quare si forte pignus institor ob pretium acceperit, institoriae locus erit.*

³¹ In realtà, anche nel mondo romano esistevano forme di pubblicità della *praepositio* e del suo contenuto. Per il caso della *taberna* siamo informati dagli stessi giuristi: D. 14.3.11.3 (Ulp. 28 *ad ed.*) *Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti. Litteris utrum graecis an*

essi, e pertanto il preponente potrebbe essere chiamato a rispondere anche delle attività compiute dal preposto in deroga alle limitazioni fissate³².

latinis? Puto secundum loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam litterarum. Certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur. Per il commercio navale la questione è più complessa, poiché non vi era un luogo fisso in cui si svolgeva l'attività commerciale. Sappiamo, tuttavia, che esisteva una documentazione di bordo, di cui abbiamo alcuni esemplari, e nella quale probabilmente poteva trovare posto anche un documento attestante la *praepositio* ed i suoi eventuali limiti. Siamo, tuttavia, nel campo delle congetture, poiché non disponiamo di alcun riscontro effettivo. Sui documenti di bordo da ultimo PURPURA, *Testimonianze storiche e archeologiche di traffici marittimi di libri e documenti*, in *AUPA* 44 (1996) 363ss.

³² Il Digesto ci riferisce a tal proposito un controverso responso di Ulpiano: D. 14.1.1.5 (Ulp 28 ad ed.): *Magistrum autem accipimus non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister: et hoc consultus Iulianus in ignorante exercitore respondit: ceterum si scit et passus est eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur. Quae sententia mihi videtur probabilis: omnia enim facta magistri debet praestare qui eum praeposuit, alioquin contrahentes decipientur: et facilius hoc in magistro quam in institore admittendum propter utilitatem. Quid tamen si sic magistrum praeposuit, ne alium ei licere praeponere? An adhuc Iuliani sententiam admittimus, videndum est: finge enim et nominatim eum prohibuisse, ne Titio magistro utaris. Dicendum tamen erit eo usque producendam utilitatem navigantium. Il brano, infatti, è stato ritenuto fortemente sospetto; vd. GHIONDA, *Sul magister navis*, in *Riv. dir. nav.* 1 (1953), 353; SOLAZZI, *L'età dell'actio exercitoria*, in *Scritti Solazzi*, IV, 246, i quali espungono dal testo la frase introdotta dal 'ceterum'. Riconosce l'alterazione del testo anche DE MARTINO, *Studi sull'actio exercitoria*, cit., 503, il quale, pur accettando l'autenticità dell'inciso 'ceterum videtur', non comprende come si possa riferire all'epoca classica la decisione riportata all'inizio di D. 14.1.1.5, secondo la quale la sostituzione operata dal magister all'insaputa dell'exercitor è valida, e lo rende responsabile per gli atti compiuti dal sostituito. La proposizione introdotta dal ceterum andrebbe, dunque, interpretata in antitesi alla prima affermazione.*

E' preferibile, tuttavia, l'interpretazione data al brano da PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria*, cit., 313ss., il quale ne ha rivalutato quasi interamente la genuinità. In particolare, risultano interessanti e pienamente condivisibili le osservazioni svolte in ordine alla frase introdotta dal 'ceterum', che a parere dell'Autore (p. 314) non va necessariamente intesa in senso avversativo al primo assunto, bensì come un'ulteriore riprova dello stesso. Ulpiano, infatti, aveva aderito al parere giuliano, secondo il quale veniva considerato *magister* non solo colui che fosse preposto dall'*exercitor*, ma anche il soggetto nominato dallo stesso *magister* perché lo sostituisse, pur all'insaputa dell'*exercitor* stesso (*ignorante exercitore*). Quindi, è molto probabile che lo stesso

Ulpiano abbia continuato dicendo che, del resto, anche nell'ipotesi opposta di conoscenza dell'*exercitor*, il problema non si sarebbe posto, poiché avendo l'*exercitor* lasciato in funzione il sostituto, questi doveva esser trattato come se l'avesse nominato egli stesso. Un'ulteriore conferma deriverebbe, inoltre, dal successivo quesito '*quid tamen si sic magistrum praeposuit ne alium ei licere praepondere?*', ritenuto insitico dal DE MARTINO (*Ancora sull'actio exercitoria.*, cit., 177ss), e di chiara impronta classica, invece, per PUGLIESE (*In tema di actio exercitoria.*, cit., 314). Infatti, la domanda posta non avrebbe avuto alcun significato se nella prima parte del brano si fosse sostenuto che l'*exercitor* rispondeva solo nel caso in cui fosse stato a conoscenza della sostituzione. Se l'*exercitor* non rispondeva qualora non fosse a conoscenza della sostituzione, era improponibile la domanda successiva così come formulata, cioè se fosse chiamato a rispondere, addirittura, nel caso che lo avesse proibito espressamente. Quindi, se ne può concludere - insieme a Pugliese - per ragioni logiche prima che giuridiche, che la prima frase del brano sia genuina almeno nella sostanza, così come l'interrogativo posto nella seconda parte del frammento. Resta dubbia, invece, la chiusa del frammento. L'Autore (p. 315) infatti, espungendo dal brano l'inciso centrale '*omnia facta-propter utilitatem*', ritiene che «...la risposta data al quesito non ci sia stata conservata, ma è verosimile che fosse negativa, contrariamente a quanto si desume dalla chiusa interpolata». Pugliese ritiene, infatti, che Ulpiano, interpretando Giuliano, ne avesse dedotto che, in presenza di un divieto esplicito, se il preposto avesse comunque agito al di fuori dei limiti della *praepositio* sostituendo a se altri nell'esercizio dell'attività, l'*exercitor* non sarebbe stato vincolato. Sarebbe da attribuire ai postclassici, invece, la soluzione finale così come a noi pervenuta, in base ad un'estensione e generalizzazione del principio che l'*exercitor* deve rispondere di tutto quanto viene compiuto dal *magister (omnia facta)*. Su tale assunto concorda anche DE MARTINO, *Ancora sull'actio exercitoria*, cit., 176, ritenendo impossibile che «il diritto classico avesse accettato una così ampia disciplina delle obbligazioni dell'*exercitor*, estesa ad *omnia facta magistrum*, limitandola invece rigorosamente nell'ambito della *lex praepositionis*».

Ebbene, questa soluzione non ci convince del tutto. In realtà, è possibile ipotizzare che il frammento originariamente fosse più esteso, e che successivamente abbia subito dei tagli; ed è anche plausibile che la chiusa del brano che ci è dato leggere non corrisponda perfettamente all'originale ulpiano, nemmeno nella sostanza. Infatti, il principio attestato nelle fonti già esaminate e in quelle relative all'*actio institoria* (D. 14.3.5.13) sembra sancire l'impossibilità di esercitare l'azione nel caso di negozio compiuto in contrasto con un divieto esplicito posto dal preponente. Non crediamo, invece, che sia da espungere l'inciso centrale '*omnia enim facta magistrum debet prestare qui eum praeposuit, alioquin contrahentes decipientur*', che si riferisce soprattutto alle ipotesi prospettate nella prima parte del brano ed è, oltretutto, in perfetta coerenza con l'interpretazione dei brani già esaminati (*supra*, § 2). Ci sembra, infatti, che l'espressione considerata svolga un'importante funzione all'interno del frammento poiché pone l'accento sull'attività svolta e non sulla *praepositio* in sé. E, in effetti, considerato anche il rudimentale sistema di pubblicità previsto per la *praepositio*

2.2 *La praepositio risponde anch'essa a criteri di tipicità, in relazione alla tipologia dell'attività esercitata e alle modalità stesse di svolgimento.*

La *praepositio*, dunque, individua solo genericamente l'ambito dell'attività svolta dal preposto, che invece si concretizza e specifica durante l'esercizio dell'incarico e in base alle concrete e, spesso, imprevedibili esigenze dell'attività stessa. A ciò si aggiunge, come è stato recentemente posto in evidenza, che la *praepositio* risponde anche a rigidi criteri DI TIPICITÀ.

Infatti, ieri come oggi, non è sufficiente l'esistenza di una *praepositio* per determinare la configurazione di un'impresa commerciale, ma è necessario prendere in considerazione sia il GENERE di attività esercitata, sia le MODALITÀ con le quali si svolge³³.

Un singolo o più contratti di mutuo di per sé non danno luogo ad un'attività commerciale, ma se vengono inseriti in una organizzazione di beni e di forze lavorative, che con costanza vengono utilizzate per il raggiungimento di uno scopo ulteriore, non c'è dubbio che siamo in presenza di una attività commerciale.

Così, Gaio, nel definire l'*exercitor* (Gai. 4.71), fa esplicito riferimento al '*cottidianus quaestus*', che indica proprio l'idea della continuità dell'attività svolta³⁴. D'altronde, in riferimento all'*institor* si

(*supra*, nt. 31), è lecito pensare che il criterio che determinava la responsabilità del preponente fosse costituito più dal *periculum* connesso all'*exercitio negotiationum*, che dalla *praepositio* e dalle sue limitazioni, in proposito vd. BUCKLAND, *Roman law and Common law. A comparison in outline*, Cambridge, 1965, 217, che inquadra le *a.a.q.* nell'ambito "*the principles of taking risks*". D'altronde, le considerazioni espresse dal Pugliese e De Martino a tal proposito sono una necessaria conseguenza dell'opinione, già evidenziata, secondo la quale solo la *praepositio* è misura e fondamento della responsabilità dell'*exercitor*; *supra*, nt. 13.

³³ DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 67; PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana*, Napoli, 1991, 309; *infra*, nt., 38; nt. 40.

³⁴ In questo senso anche Ulpiano in D. 14.1.1.15; *infra*, § 3.

evidenzia il concetto di *taberna instructa*³⁵, quale oggetto dell'attività del preposto.

E in effetti, è proprio in relazione alle modalità di esercizio adottate, che nell'esperienza romana è possibile individuare un novero ben preciso di attività commerciali, originariamente più ristretto³⁶, ma ben presto esteso grazie all'intervento costante ed assiduo della giurisprudenza³⁷. E non è un caso, che ieri³⁸ come oggi³⁹, tali attività esigano una disciplina, se non separata, almeno peculiare su determinati aspetti.

³⁵ D. 50.16.185 (Ulp. 28 *ad ed.*): *'Instructam' autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat*. Originariamente l'ambito di applicazione doveva essere più ristretto, ma successivamente venne esteso, ammettendo l'esercizio dell'attività commerciale anche a prescindere dall'esistenza di una *taberna* o di un luogo fisso in cui esercitarla; vd. D. 14.3.18. (*Paul. lib. sing. de var. lect.*).

³⁶ L'ambito originario sembrerebbe riguardare l'attività di *emptio-venditio*, come può evincersi da Gai 4.71, D. 14.3.18. (*Paul lib. sing. de var. lect.*) e D. 14.3.3 (Ulp. 28 *ad ed.*).

³⁷ In particolare vd. D. 14.3.5.1-9 (Ulp. 28 *ad ed.*).

³⁸ Queste attività sono state identificate da DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 67ss: l'attività di *emptio venditio*, relativa, più genericamente, all'intermediazione nella circolazione dei beni, organizzata spesso nelle forme della *taberna instructa*, e svolta in maniera continuativa (D. 14.3.5.12-15); l'attività di intermediazione e circolazione del denaro: nelle fonti si parla di *praepositio ad mensam* o *apud mensam pecuniis accipiendis* o *pecunis faenerandis*; l'area di attività definibile con terminologia moderna come 'prestazione di servizi': le *negotiationes cauponiae*, l'esercizio degli *stabula*, l'attività dei *muliones*, *fullones* e *sarcinatores*: D. 14.3.5.6 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 4.9.1.5 (Ulp. 14 *ad ed.*); D. 14.3.5.5 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 14.3.5.6 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 14.3.5.8 (Ulp. 28 *ad ed.*); D. 33.7.13 pr. (*Paul. 4 ad Sab.*); D. 33.7.17.2 (Marc. 7. *Inst.*); l'attività di produzione vera e propria; e, infine, quella di trasporto per mare e per terra (D. 14.3.5.12-15). Su queste attività vd. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, I, Torino, 1965, 106ss; DE MARTINO, *Storia Economica di Roma Antica*, 1980, vol. I, 125ss, vol. II, 323; GUARINO, *Commercium e ius commercii*, in *Studi Chiarelli*, IV, Milano, 1974; KASER, *Vom Begriff des commercium*, in *Studi Arangio Ruiz*, II, Napoli, 1953, 135ss; WAGNER, *Zur wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung der Tabernen*, in *Studi Biscardi*, III, 391ss; ANDREAU, *Le vie Financière dans le monde romain*, Roma 1987, 61ss; CRUCHON, *Les banques dans l'antiquité*, Parigi, 1879, 35ss; FADDA, *Istituti commerciali del diritto romano. Gli argentarii ed il commercio bancario*, II, Napoli, 1903, 107ss; MASELLI, *"Argentaria" Banche e Banchieri della Roma repubblicana*, Bari, 1986; PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit.; VOIGT, *I banchieri, la tenuta dei libri e l'obbligazione letterale dei romani*, trad. ital. a cura di G. Carnazza,

Ebbene, è proprio a queste attività che si applica pienamente la disciplina dell'*actio institoria* ed *exercitoria*. Quindi, i terzi, che contraggono con il *magister* o con l'*institor*, tengono conto di circostanze 'soggettive' relative all'esistenza della *praepositio* in capo ad uno o più soggetti determinati, ma al contempo anche di circostanze 'oggettive' che si riferiscono alle caratteristiche e le modalità di esplicazione dell'attività svolta⁴⁰.

1891; AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome (200 B.C. - A.D. 250)*, Columbia University, 1991, 215ss; CARANDINI, *Sviluppo e crisi delle manifatture rurali ed urbane*, in *Società romana e produzione schiavistica*, Roma - Bari, 1981, II, 249ss; CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà agraria e lavoro subordinato nei giuristi e negli agronomi latini tra Repubblica e Principato*, in *Società romana e produzione schiavistica*, Roma - Bari, 1981, I, 445ss; FINLEY, *Innovazione tecnica e progresso economico nel mondo antico*, in *Economia e società nel mondo antico*, Roma, 1984, 235ss; DI PORTO, *Impresa agricola ed attività collegate nell'economia della villa. Alcune tendenze organizzative*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino*, VII, Napoli, 1984; MANACORDA, *Produzione agricola, produzione ceramica e proprietari dell'ager Cosanus nel I sec. a.C.*, in *Società romana e produzione schiavistica*, Roma - Bari, 1981, II, 3ss.

³⁹ Le attività identificate nella nota precedente corrispondono perfettamente a quelle individuate nell'art. 2195 del codice civile del 1942.

⁴⁰ E' alla luce delle predette considerazioni che si spiegano, ad esempio, i brani relativi all'*actio ad exemplum institoriae* in cui la concessione dell'*actio institoria* ordinaria si rende impossibile non solo perché ad essere preposto è un *procurator* e non un *institor*, ma anche perché il tipo di attività svolta non è quella alla quale si applicava specificamente il regime dell'azione in questione (*supra*, nt. 38). Così, in un recente studio sull'organizzazione bancaria nell'esperienza romana, PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., 309, sottolinea che nel frammento diciannovesimo del titolo terzo del quattordicesimo libro del Digesto (D. 14.3.19) si riflette tutta la vivacità del mondo degli affari nel settore creditizio. Sono rappresentate chiaramente tre ipotesi distinte: quella di un '*procurator mutuis accipiendis pecuniis*' (D. 14.3.19 pr.), quella di un '*servus institor apud mensam pecuniis accipiendis*' (D. 14.3.19.1), e infine quella di un '*servus pecuniis tantum faenerandis praepositus*' (D. 14.3.19.3). Diversa è, infatti, la configurazione delle tre ipotesi sul piano economico e giuridico, anche in presenza di un identico schema organizzativo basato sulla *praepositio*. E, in realtà, sebbene le attività descritte siano tutte esercitate in forma organizzata e continuativa, il giurista tende esplicitamente a non confondere quelle relative alla conduzione di una *mensa* da quelle che comportano la semplice accettazione di mutui in denaro o la concessione di prestiti ad interesse. Tanto è vero che solo alla prima (D. 14.3.19.1) si applica propriamente il regime previsto dall'editto '*de institoria actione*'.

In conclusione, perché possa configurarsi tecnicamente una *praepositio* non basta che ricorrano singoli elementi, quali l'affidamento di una pluralità di negozi e non di singole operazioni⁴¹, o che l'attività da esercitare rientri in un ambito ben preciso⁴², oppure che il negozio autorizzativo abbia efficacia non solo interna ma esterna⁴³, ma devono ricorrere tutti contestualmente⁴⁴.

Infatti, la *praepositio institoria*, ieri come oggi, è un fenomeno dotato di peculiarità proprie, che la caratterizzano rispetto alle altre forme rappresentative. E' innegabile, infatti, che l'attività di cooperazione, svolta in maniera stabile e continuativa, richieda una particolare disciplina rispetto alla cooperazione delegata in maniera episodica; una particolare disciplina, che ogni esperienza giuridica modella a sua misura, ma che tiene conto, comunque, della diversa natura della collaborazione prestata, e della particolare giustapposizione di interessi: conseguimento di un risultato economico globale nell'un caso, compimento di singoli atti o categorie di atti nell'altro, che non necessariamente devono coordinarsi per il raggiungimento di un fine economico complessivo .

3. *Natura e caratteri della cosiddetta 'responsabilità adiettizia' in relazione all'actio exercitoria ed institoria: rilevanza della responsabilità del preposto.*

Ebbene, come abbiamo già visto e come verificheremo anche successivamente, il regime delle *actiones exercitoria* ed *institoria* sembra presentarsi ai nostri occhi come un sistema perfettamente coerente, in cui l'intento del pretore è UNICAMENTE QUELLO DI PERSEGUIRE IL TITOLARE DELL'ATTIVITÀ COMMERCIALE, E NON IL SOGGETTO CHE PONE IN ESSERE L'ATTIVITÀ NEGOZIALE AD ESSA STRUMENTALE.

⁴¹ COSTA, *Actio exercitoria ed institoria.*, cit., 103.

⁴² SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo*, cit., 154ss.

⁴³ KRELLER, *Formula ad exemplum*, cit., 94ss.

⁴⁴ *Supra*, § 2; 2.1.

Come accennavamo precedentemente, tutte le fonti che riguardano le prescrizioni edittali relative alle *actiones exercitoria* ed *institoria*, tranne poche eccezioni, si riferiscono unicamente ed esclusivamente alla responsabilità del preponente, o comunque del soggetto titolare dell'attività economica esercitata⁴⁵. La responsabilità del *magister* e dell'*institor*, invece, non viene mai menzionata né come presupposto della responsabilità del *dominus*, né come oggetto specifico delle previsioni edittali del pretore.

Solo in alcuni casi la responsabilità del preposto assume rilievo, in quanto alcune fonti⁴⁶ consentono espressamente di agire anche contro il *magister*, qualora sia un soggetto libero. Questi, d'altronde, sarebbero i casi in cui si realizzerebbe propriamente la responsabilità adiecticia⁴⁷.

Tuttavia, bisogna valutare attentamente la questione, poiché la responsabilità del preposto, qualora sia soggetto libero, non deriva dagli editti pretori in tema di *actiones exercitoria* ed *institoria*, ma dalle normali regole contrattuali in virtù delle quali un soggetto libero e pienamente capace, che ha concluso un atto negoziale, è convenibile per l'adempimento dello stesso. Gli editti in questione, infatti non prevedono una convenibilità alternativa tra il preposto e il preponente, ma un'unica responsabilità, quella del preponente.

Ma c'è di più, in quanto a noi sembra che la responsabilità del preposto sia stata indebitamente generalizzata, attribuendo ai passi che la menzionano un valore che originariamente, forse, non rivestivano. Infatti, la responsabilità del *magister* e la sua convenibilità vengono espressamente previste solo in tre frammenti giurisprudenziali: D. 14.1.1.17; D. 14.1.5.1; D. 14.1.1.24. Inoltre, i passi in questione si

⁴⁵ D. 14.1.1.19; vd. *infra*, nt. 57.

⁴⁶ D. 14.1.1.17; D. 14.1.5.1; D. 14.1.1.24.

⁴⁷ In realtà, la terminologia *actiones adiecticiae qualitatis*, è preferibile. Essa, infatti, sebbene non sia stata coniata nell'ambito dell'esperienza romana ma con molta probabilità nel XVII sec., fa espresso riferimento ad una responsabilità che consegue ad una particolare 'qualitas' rivestita dal soggetto chiamato in giudizio; vd. LAUTERBACH, *Collegium theoreticum-practicum a libro primo Pandectarum usque ad vigesimum*, Tübingen, 1726: "In hoc (XIV) et sequenti (XV) plures proponuntur actiones, quae non ex natura sua, sed ex adiecta a praetore qualitate competunt adversus patrem et dominum"; in proposito CERAMI, *Dal contrahere al negotiari*, cit., 171, nt. 6.

riferiscono unicamente all'*actio exercitoria*⁴⁸, e sembrano scaturire dalla soluzione di casi estremamente particolari.

Il primo di essi è D. 14.1.1.17 e si trova inserito nel lungo frammento di Ulpiano con cui si apre il titolo relativo all'*actio exercitoria*. È opportuno, dunque, esaminare il passo tenendo conto dell'intero contesto in cui è inserito, e valutando nel suo complesso la testimonianza di Ulpiano.

Il giurista, infatti, dopo aver identificato la *ratio* sottesa alla creazione dell'editto '*de exercitoria actione*' (D. 14.1.1.4)⁴⁹, si sofferma ad esaminare la figura del *magister navis*.

E, così, dopo averla distinta da quella dei semplici *nautae*, a causa dei quali è configurabile in capo all'*exercitor* solo una responsabilità *ex delicto*⁵⁰ e mai una responsabilità *ex contractu*⁵¹, continua descrivendo le attività alle quali il *magister* di solito è preposto:

D. 14.1.1.3 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Magistri autem imponuntur locandis navibus vel ad merces vel vectoribus conducendis armamentisve emendis: sed etiamsi mercibus emendis vel vendendis fuerit praepositus, etiam hoc nomine obligat exercitorem.*

⁴⁸ *Infra*, nt. 61.

⁴⁹ *Supra*, § 1.

⁵⁰ D. 14.1.1.2 (Ulp. 28 *ad ed.*). Il giurista precisa, infatti, che '*...alia enim est contraendi causa, alia delinquendi, si quidem qui magistrum praeponit, contrahi cum eo permittit, qui nautas adhibet, non contrahi cum eis permittit, sed culpa et dolo carere eos curare debet*'. Per quanto riguarda la responsabilità *ex delicto* per fatto illecito commesso dai *nautae* è chiaro il riferimento all'*actio furti e damni adversus nautas, capones, stabularios*.

⁵¹ Solo il *magister* può obbligare l'*exercitor ex contractu*. Infatti come precisato in D. 14.1.1.1 il *magister* è il soggetto '*cui totius navis cura mandata est*'. D'altronde, è perfettamente condivisibile l'idea di ROUGE', *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'Empire romain*, Paris, 1966, 234ss; 389ss, il quale rigetta decisamente l'opinione che il *magister* sia solo «*les capitaine du navire*», ritenendo invece che sia un «*agent commercial du propriétaire au de l'armateur du navire...*». A tal proposito anche MOSCHETTI, *Gubernare navis, Gubernare rem publicam*, Milano 1966, 16; GHIONDA, *Sul magister navis*, cit., 327ss.

Prosegue, poi, affermando che le condizioni personali del *magister* non rivestono alcuna importanza ai fini dell'imputazione degli effetti negoziali e, quindi, della responsabilità del *dominus*:

D. 14.1.1.4 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Cuius autem condicionis sit magister iste, nihil interest, utrum liber an servus, et utrum exercitoris an alienus: sed nec cuius aetatis sit, intererit, sibi imputaturo qui praeposuit.*

Il giurista ci prospetta l'assoluta irrilevanza dello *status* giuridico-patrimoniale del preposto (libertà, capacità, età), enunciata più volte anche nei brani relativi all'*actio institoria*⁵², come un principio assodato.

Del resto, queste affermazioni non ci stupiscono affatto anche perché risultano addirittura ovvie a proposito dei soggetti a potestà. Ma perché sottolinearlo ripetutamente? E perché inserire in questo elenco anche i *liberi* (D. 14.1.1.4), ribadendo l'irrilevanza dello condizione giuridica del *magister* anche qualora fosse un soggetto *sui iuris*, pienamente capace?

D'altronde, il fatto che il soggetto preposto sia un soggetto libero non può non rivestire una certa importanza, perché, in questo caso dal negozio concluso potrebbe nascere a suo carico una obbligazione, e potrebbe essere convenuto in giudizio per essa.

Ebbene, la motivazione del giurista espressa in D. 14.1.1.4 ci sembra particolarmente significativa: non interessa, infatti, quale sia la condizione personale del soggetto preposto, anche qualora sia un soggetto libero, poiché, secondo le regole dell'editto, '*sibi imputaturo qui praeposuit*'. Gli atti conclusi dal *magister* nell'ambito della *praepositio* sono destinati a produrre effetto unicamente nella sfera giuridica di chi li ha preposti.

D'altronde, nel paragrafo precedente si legge chiaramente che l'esercizio dell'attività commerciale svolta dal *magister* nell'ambito della *praepositio* '*obligat exercitorem*' (D. 14.1.1.3)⁵³.

⁵² D. 14.3.7.1 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Parvi autem refert, quis sit institor, masculus an femina, liber an servus proprius vel alienus*; D. 14.3.8 (Gai 9 *ad ed. prov.*): *Nam et plerique pueros puellasque tabernis praeponunt.*

⁵³ *Supra*, Cap. IV, *Introduz.*

A questo punto Ulpiano inizia a trattare della *praepositio*, introducendo a scopo esemplificativo una serie di casi concreti - che abbiamo già esaminato - idonei a chiarire natura e funzione della stessa (D. 14.1.1.7-14)⁵⁴.

Successivamente tratta dell'*exercitor*, dandone la definizione ed identificandolo nella figura di colui '*ad quem cottidianus navis quaestus pervenit*', indipendentemente dal fatto che sia o meno proprietario della nave:

D. 14.1.1.15 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit sive a domino navem per aversionem conduxit vel ad tempus vel in perpetuum.*

Prosegue, poi, affermando che poco importa se tale soggetto sia *masculus, mulier, pater familias, filius*, o addirittura *servus*.

D. 14.1.1.16 (*Idem*): *Parvi autem refert, qui exercet masculus sit an mulier, pater familias an filius familias vel servus: pupillus autem si navem exercent, exigemus tutoris auctoritatem.*

Immediatamente dopo, prospetta la possibilità per il terzo di agire indifferentemente contro il preposto o contro il preponente:

D. 14.1.1.17 (*idem*): *Est autem nobis electio, utrum exercitorem an magistrum convenire velimus.*

Ebbene, in relazione a questi ultimi brani è necessario domandarsi come mai il giurista possa ammettere così decisamente l'irrilevanza della condizione giuridica del preponente, considerando addirittura la possibilità che sia un soggetto a potestà (D. 14.1.1.16).

E' comprensibile che non rilevi la qualità del soggetto preposto, come abbiamo già visto (D. 14.1.1.4), ma la capacità del preponente deve essere necessaria perché possa configurarsi a suo carico la responsabilità

⁵⁴ *Supra*, § 2.

contrattuale sanzionata tramite le *a.a.q.* Si vanificherebbe, altrimenti, la stessa tutela predisposta dal pretore.

D'altronde, l'affermazione contenuta in D. 14.1.1.16 ci stupisce ulteriormente se letta congiuntamente al passo successivo in cui si sancisce la possibilità alternativa di convenire l'*exercitor* o il *magister* (D. 14.1.1.17), in aperto contrasto con quanto abbiamo letto alcuni paragrafi prima in D. 14.1.1.4, in cui si affermava, invece, che la condizione giuridica del *magister* non era destinata ad assumere alcun rilievo poiché gli effetti dell'attività da esso conclusa dovevano essere imputata esclusivamente in capo all'*exercitor*⁵⁵.

Per dare una risposta a questa apparente anomalia nel discorso di Ulpiano, bisogna continuare la lettura del lungo frammento che ci è stato restituito dai compilatori.

Infatti, escluso il paragrafo 18 che si occupa dell'azione spettante a preponente contro i terzi, nei paragrafi successivi (§ 19-20) il giurista si occupa proprio del caso in cui l'*exercitor* sia un soggetto a potestà:

D. 14.1.1.19 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Si is, qui navem exercuerit, in aliena potestate erit eiusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit qui navem exercuerit, iudicium datur.*

Nel caso dell'*exercitor alieni iuris*, infatti, l'*actio exercitoria* nascente dai negozi conclusi dal *magister*, va proposta contro colui che esercita la potestà sull'*exercitor*⁵⁶, sempre che quest'ultimo svolga la sua attività *voluntate eius*⁵⁷.

⁵⁵ *Supra*, p. 208.

⁵⁶ Dal tenore del brano sembra proprio che questa possibilità fosse stata prevista e regolata dal pretore in un apposito editto; vd. LENEL, *EP*, cit., 257.

⁵⁷ Sull'autenticità di D. 14.1.1.19 sono stati avanzati diversi rilievi formali e sostanziali (v. *Ind. Intp. ad hanc legem*). In particolare BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 57, ritiene postclassica la possibilità di agire *in solidum* contro l'aveute postestà ed ammette, invece, in relazione a D. 14.1.1.20 che il *pater* rispondesse solo nei limiti dell'*actio tributaria*, considerando la *voluntas* come equivalente della *scientia* richiesta ai fini di tale azione. Vicina a questa posizione è quella di DE MARTINO, *Ancora in tema di*, cit, 187, il quale considera addirittura insiticio l'inciso '*eiusque voluntate navem exercuerit*', che giustifica la responsabilità solidale dell'aveute potestà per l'attività

E probabile, allora, che Ulpiano ritenga irrilevante lo *status* del preponente, ammettendo che uno schiavo possa addirittura essere *exercitor* (D. 14.1.1.16), proprio perché l'ipotesi dell'*exercitor alieni iuris* era stata espressamente considerata, consentendo che l'azione fosse esperita non contro di lui, ma contro il *pater* o il *dominus* (D. 14.1.1.19).

Inoltre, è nostra convinzione che anche la possibilità di agire contro il *magister*, qualora sia un soggetto libero, e dunque la possibilità per il terzo di scegliere se convenire l'*exercitor* o il *magister* (D. 14.1.1.17), debba essere legata a questa spiegazione.

La nostra è una congettura che trova, tuttavia, la propria conferma nel fatto che quello dell'*exercitor* soggetto a potestà è proprio il caso a

compiuta dall'*exercitor alieni iuris*. Di conseguenza, a parere dell' A. se una responsabilità poteva riconoscersi in capo al *pater* o al *dominus*, non era certo nell'ambito dell'*actio exercitoria*, ma solo nei limiti dell'*actio de peculio*. Recentemente sull'attendibilità del frammento si è pronunziato anche FÖLDI, *Appunti sulla responsabilità per l'exercitor in potestate*, in *Tanulmányok Benedek Ferenc Tiszteletére*, Pécs, 1996, 75; ID., *La responsabilità dell'avente potestà per atti compiuti dall'exercitor suo sottoposto*, in *SDHI* 64 (1998), 183, il quale emenda il brano ritenendo innanzitutto che l'espressione presente nel brano '*is qui navem exercuerit*' andrebbe sostituita col termine '*nauta*', perché quest'ultimo sarebbe stato il termine originario per designare gli armatori in Roma antica. In secondo luogo censura l'espressione '*quod cum magistro eius gestum erit*' sostenendo che la menzione del *magister* dovrebbe essere sostituita da quella dell' *exercitor*. Di conseguenza, il brano originariamente doveva avere il seguente tenore: '*si nauta in aliena potestate erit eiusque voluntate navem exercuerit, quod cum exercitor gestum erit, iudicium dabo*'. In realtà, è difficile accettare questa ipotesi, anche in riferimento al significato di *nauta*, che è talmente generico nella sua dizione da non rivestire alcuna valenza specifica in questo contesto. D'altronde, anche la sostituzione di *exercitor* a *magister* non ci sembra necessaria, poiché come sappiamo da altri frammenti, nel caso di *exercitor alieni iuris*, al fine di riconoscere la responsabilità dell'avente potestà, è del tutto irrilevante che a concludere l'atto negoziale sia stato l'*exercitor* o il *magister* (D. 14.1.1.23). E' preferibile, allora, l'ipotesi di chi riconosce l'autenticità sostanziale del brano, e della concessione dell'*actio in solidum* contro il *pater* o *dominus* dell'*exercitor*, che però abbia esercitato l'attività commerciale *eiusque voluntate*; PUGLIESE, *In tema di actio exercitoria*, cit., 311; DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 228ss. D'altronde, la responsabilità del *dominus* o *pater* dell'*exercitor alieni iuris* (D. 14.1.1.19) si giustifica in base al fatto che questi soggetti sono gli effettivi titolari dell'attività commerciale e ne percepiscono i proventi. Infatti, la responsabilità del *pater* e del *dominus* non viene sancita solo in base all'esistenza del rapporto potestativo con l'*exercitor*, ma soprattutto in considerazione del fatto che "*eius voluntate navem exercuerit*" (D. 14.1.1.19).

cui sembrano riferirsi più o meno esplicitamente anche gli altri frammenti in cui si riconosce la possibilità di agire contro il *magister*. Ci riferiamo, in particolare, al responso di Paolo in cui si legge che l'azione concessa dal pretore *non transfertur sed adicitur* (D. 14.1.5.1), e a quello di Ulpiano in cui si prospetta il concorso tra l'azione esercitabile contro il *magister* e quella proponibile contro l'*exercitor* (D. 14.1.1.24).

Il primo brano a cui facciamo riferimento è quello in relazione al quale, con molta probabilità, è stata coniata la terminologia *actiones adiecticiae qualitatis*:

D. 14.1.5.1 (Paul. 29 ad ed.): *Item si servus meus navem exercebit et cum magistro eius contraxero, nihil obstabit, quo minus adversus magistrum experiar actione, quae mihi vel iure civili vel honorario competit: nam et cuivis alii non obstat hoc edictum, quo minus cum magistro agere possit: hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur.*

La fattispecie è, infatti, alquanto singolare: un soggetto A ha uno schiavo *exercitor*, il quale a sua volta ha un *magister*. Il soggetto A contratta col *magister* del suo schiavo. Secondo le previsioni dell'editto *de exercitoria actione* egli dovrebbe esercitare l'azione contro l'*exercitor*, ma poiché questi è un suo schiavo, ciò si rende impossibile.

Non può neanche avvalersi della soluzione espressamente prospettata per il caso dell'*exercitor* in potestà (D. 14.1.1.19), perché altrimenti dovrebbe rivolgere l'azione contro se stesso. L'editto pretorio, infatti, aveva previsto che nel caso in cui l'*exercitor* fosse un soggetto *alieni iuris* ('*si is, qui in aliena potestate erit eiusque voluntate navem exercuerit*'), l'azione doveva essere rivolta '*in eum, in cuius potestate is erit qui navem exercuerit, iudicium datur*'⁵⁸.

Quindi, esclusa anche questa possibilità, è probabile che il giurista, equitativamente, abbia suggerito l'unica soluzione praticabile in ordine alla particolare fattispecie prospettata, e cioè quella di non avvalersi del rimedio specificamente riconosciuto dal pretore, l'*actio exercitoria*, ma di utilizzare, invece, i normali mezzi processuali esistenti, approfittando del fatto che in questo caso il *magister* era un soggetto libero.

⁵⁸ D. 14.1.1.19; *supra*, nt. 56-57.

Il caso previsto in D. 14.1.5.1 è, infatti, un caso eccezionale in quanto l'*exercitor* è un soggetto a potestà, ed inoltre la figura del terzo contraente e quella del *dominus* dell'*exercitor* coincidono.

Di conseguenza noi crediamo che il brano dovesse originariamente riferirsi ad un caso particolare, la cui soluzione venne, forse indebitamente, estesa e generalizzata nell'interpretazione successiva.

D'altronde, al caso del *servus exercitor* sembra collegarsi anche il terzo brano in cui si ammette la possibilità di agire non solo contro l'*exercitor* ma anche contro il *magister*:

D. 14.1.1.24 (Ulp. 28 *ad ed*): *Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur, et ideo, si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest. Sed si quid sit solutum, si quidem a magistro, ipso iure minuitur obligatio: sed et si ab exercitore, sive suo nomine, id est propter honorariam obligationem, sive magistri nomine solverit, minuetur obligatio, quoniam et alius pro me solvendo me liberat.*

In realtà, in D. 14.1.1.23 non si fa espressa menzione del caso del *servus exercitor*. Tuttavia, basta esaminare il frammento che immediatamente lo precede per accorgersi che il riferimento al caso in questione è palese:

D. 14.1.1.23 (Ulp. 28 *ad ed*): *Quamquam autem, si cum magistro eius gestum sit, dumtaxat polliceatur praetor actionem, tamen, ut Iulianus quoque scripsit, etiamsi cum ipso exercitore sit contractum, pater dominusve in solidum tenebitur.*

Infatti, la previsione della responsabilità *in solidum* del *pater* o del *dominus* dell'*exercitor* in potestà non lascia margine di dubbio.

A dire il vero, non sappiamo se la sequenza dei passi riportata nel Digesto corrispondesse all'assetto originario dell'opera Ulpiana. Tuttavia, se così fosse, è interessante notare l'esistenza di questo collegamento costante tra i brani che ammettono l'azione contro il *magister* e quelli che si riferiscono al caso del servo *exercitor*.

In ogni caso il responso contenuto in D. 14.1.1.24 - come vedremo meglio successivamente⁵⁹ - non lascia dubbi sul fatto che le due azioni, e dunque, le due obbligazioni che gravano sull'*exercitor* e sul *magister*, siano del tutto distinte. Infatti, l'azione che può essere esperita contro l'*exercitor* in base all'editto pretorio, sebbene sia concessa *ex persona magistris*, fa valere un'obbligazione propria del *dominus* ('*suo nomine, id est propter honorariam obligationem*⁶⁰'), diversa da quella del *magister*, anche se caratterizzata dall'identità dell'oggetto.

In definitiva, come accennavamo all'inizio del paragrafo, i brani in cui si menziona la possibilità di agire contro il preposto sono soltanto questi tre, e si riferiscono unicamente al *magister*. D'altro canto, va tenuto conto anche del fatto che tra le fonti a noi conosciute non ve ne è una in cui si faccia espresso riferimento ad una eventuale azione esercitata dai terzi contro l'*institor*⁶¹, qualora fosse un soggetto libero.

⁵⁹ *Infra*, § 2.3.

⁶⁰ L'eventuale natura insitica dell'espressione '*honorariam*' non muta il significato del passo che risulta a tal proposito di una chiarezza estrema; *infra*, nt. 68.

⁶¹ Al contrario, nel titolo relativo all'*actio institoria* è ricordato un responso di Scevola che si esprime in senso diametralmente opposto: D. 14.3.20 (Scaev. 5 *Digest.*): *Lucius Titius mensae nummulariae quam exercebat habuit libertum praepositum: is Gaius Seio cavit in haec verba: «Octavius Terminalis rem agens Octavii Felicis Domitio Felici salutem. Habes penes mensam patroni mei denarios mille, quos denarios vobis numerare debebo pridie kalendas Maias». Quaesitum est, Lucio Titio defuncto sine herede bonis eius venditis an ex epistula iure conveniri Terminalis possit. Respondit nec iure his verbis obligatum nec aequitatem conveniendi eum superesse, cum id institoris officio ad fidem mensae protestandam scripsisset.* Il brano prospetta il caso di un liberto *institor*, il quale essendo preposto all'esercizio di una *mensa nummularia*, invia ad un terzo mutuante un' *epistula* in cui - specificando che agisce nell'interesse esclusivo dell'attività esercitata dal *patrono* - promette al terzo che, entro una certa data, procederà a *numerare* la pecunia promessa. Morto il *patrono* senza eredi, non può essere esperita alcuna azione contro il liberto a causa dell'*epistula* da lui inviata. Infatti, tramite la lettera in questione egli non ha assunto alcuna *obligatio* di natura personale, né può essere convenuto in via equitativa perché, come esplicita chiaramente il giurista, scrisse quell'*epistula* non nel proprio interesse, ma '*officio institoris ad fidem mensae protestandam*'. D'altronde, l'*epistula* in questione non rappresenta una promessa in senso tecnico, ma, riveste semmai il valore che assumeva in D. 14.1.1.9 la *lex* in cui si specificava la destinazione delle somme prese a mutuo dal *magister* (*supra*, Cap. IV nt. 17-18). Sembra, dunque, che l'*institor*, qualora sia un soggetto libero, non possa essere convenuto autonomamente per gli atti negoziali compiuti *officio institoris*.

E non è un caso, forse, che in relazione all'*actio institoria* non vi è traccia di una disposizione simile a quella contemplata in D. 14.1.1.19, che prevedesse il caso di un proponente *alieni iuris*⁶², e la conseguente possibilità di esperire l'*actio institoria* contro il suo *dominus* o *pater*⁶³.

⁶² Nonostante la similitudine della disciplina e della configurazione delle due azioni, vi sono delle differenze che più volte vengono poste in evidenza dagli stessi giuristi. D'altronde, per quanto riguarda il caso specifico dell'*exercitor alieni iuris* sappiamo dallo stesso Ulpiano che *l'exercitio navium ad summam rem publicam pertinet, at institorum non idem usum est* (D. 14.1.1.20); vd. in proposito DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 240-241.

⁶³ In realtà, anche in ordine all'*actio institoria* si legge che la condizione personale del preponente non riveste alcuna importanza: D. 14.3.7.1 (Ulp. 28 ad ed): *Parvi autem refert, quis sit institor, masculus an femina, liber an servus proprius vel alienus. Item quisquis praeposuit: nam et si mulier praeposuit, competet institoria exemplo exercitoriae actionis et si mulier sit praeposita, tenebitur etiam ipsa. Sed et si filia familias sit vel ancilla praeposita, competit institoria actio. [2] Pupillus autem institor obligat eum, qui eum praeposuit, institoria actione, quoniam sibi imputare debet, qui eum praeposuit*. Nel frammento in questione, ribadita l'irrelevanza dello *status* del preposto anche in relazione all'*actio institoria*, si aggiunge che eguali considerazioni valgono a proposito del preponente ('*item quisquis praeposuit*'). Tuttavia, immediatamente dopo, ci si occupa del caso in cui sia una *mulier* a preporre, e si precisa che in questo caso al terzo deve essere concessa un'*actio institoria* '*exemplo exercitoriae actione*'. Ma se lo stato di capacità del preponente fosse effettivamente irrilevante perché non riconoscere semplicemente l'esperibilità dell'*actio institoria*? Non solo, ma dopo aver discusso della *mulier* in veste di preponente, se ne tratta in qualità di preposta, ritenendo che in questo caso potesse essere convenuta anch'essa. Ebbene, questa è l'unica ipotesi che noi conosciamo in relazione alla quale si prospetta la possibilità di agire contro un *institor*, e guarda caso si riferisce alla *mulier*, per la quale si era proposta un'estensione analogica del regime dell'*actio exercitoria*. Di seguito si continua a discutere nuovamente di soggetti preposti, riferendosi al caso dell'*ancilla*, della *filia* e, infine, del *pupillus*, ribadendo che in questi casi è il preponente ad essere obbligato (D. 14.3.7.2). Anzi, a questo proposito si precisa che l'*institor* pupillo obbliga il preponente '*quoniam sibi imputare debet, eum qui praeposuit*'. I compilatori, poi, fanno seguire al brano di Ulpiano altri frammenti riferibili ai preposti (D. 14.3.8-9), per tornare poi a valutare ipotesi relative a preponenti che fossero *pupilli* o minori di venticinque anni (D. 14.3.9; D. 14.3.11 pr; D. 14.3.11.1) L'impressione che si ricava - diversamente dalla trattazione che riguardava l'*actio exercitoria* - è quella di un'esposizione confusa, che procede per salti, e si realizza tramite un *collage* di frammenti riferibili a giuristi differenti che non si compongono assolutamente in un quadro unitario e coerente. In ogni caso, per quanto riguarda i preponenti incapaci, sono tutti soggetti la cui incapacità può senz'altro essere integrata tramite la presenza di un

Preso atto di queste circostanze, possiamo solo avanzare una congettura, ritenendo che probabilmente la responsabilità del *magister* sia stata ammessa solo eccezionalmente e in riferimento al caso dell'*exercitor alieni iuris* o ad altri casi simili relativi al complesso sistema dell'impresa di navigazione, per consentire la tutela di alcune fattispecie particolari.

D'altronde, da un punto di vista essenzialmente pratico, di solito al terzo non sarà convenuto esperire l'azione contro il *magister* bensì contro l'*exercitor*, perché era questi che faceva suoi i proventi dell'attività esercitata e che, di solito, era dotato di rilevanti patrimoni. E, quindi, il terzo solo eccezionalmente avrà avuto interesse a chiamare in causa il *magister*.

Tuttavia, anche qualora la nostra congettura non fosse fondata, e, quindi, la possibilità di agire contro i soggetti preposti liberi fosse riconosciuta in modo generalizzato, tuttavia questa non discenderebbe in ogni caso dagli editti relativi alle *actiones exercitoria ed institoria*.

In concreto, dunque, il *magister* che abbia comprato un bene da un terzo, qualora sia libero, non sarà convenuto con l'*actio empti exercitoriae*, ma solo con l'*actio empti*. Il pretore, infatti, non avrebbe dovuto creare l'editto *de exercitoria actione* per sancire la responsabilità di un *magister*, soggetto libero, che abbia personalmente compiuto un atto negoziale. L'introduzione degli editti in questione, invece, è suggerita, anzi è resa indispensabile, esclusivamente dalla necessità di far valere la responsabilità dell'*exercitor* o del preponente, nel caso dell'*actio institoria*, che pur non compiendo personalmente gli atti negoziali ne fanno propri, però, i benefici economici.

In conclusione, ci sembra che un dato emerga con assoluta certezza. In base agli editti che introdussero l'*actio institoria ed exercitoria*, il soggetto convenibile è soltanto uno: il preponente. La convenibilità del soggetto che ha concretamente compiuto l'attività negoziale (*magister*) è ammessa solo qualora sia un soggetto libero. Ma va precisato, al

tutor o di un *curator* (*mulier, pupillus*, etc.) Nessun accenno al preponente schiavo, né ad azioni esercitabili contro il suo *dominus*. In questo senso il riferimento analogico al regime dell'*actio exercitoria* sembra inattendibile, così come il riferimento successivo alla *mulier praeposita* (D. 14.3.7.1).

contempo, che il soggetto considerato è convenibile solo in base alle normali regole processuali secondo le quali chi compie un attività negoziale, ed è al contempo soggetto libero, è chiamato a risponderne in sede processuale.

E' con questa consapevolezza, allora, che va letta ed interpretata a nostro parere l'espressione di Paolo '*actio non transfertur sed adicitur*', non con quel valore generale che gli è stato attribuito successivamente.

2.3. '*Actio non transfertur sed adicitur*': valutazione dell'espressione paolina dal punto di vista processuale.

E, in effetti, il brano di Paolo (D. 14.1.5.1) va esaminato sotto un altro profilo, in quanto ci fornisce spunti interessanti anche in ordine alla struttura formulare dell'*actio exercitoria* e, quindi, anche dell'*actio institoria*⁶⁴.

A nostro parere, infatti, il responso del giurista contrasta decisamente con la novazione processuale dell'*obligatio*, prevista da Keller⁶⁵, e quindi, con l'eventuale assunzione del giudizio da parte del *pater*, *dominus* o preponente al momento della *litis contestatio*.

Paolo, infatti, giustifica la concessione dell'azione contro il *magister* proprio facendo leva sulla considerazione che l'introduzione dell'editto *de exercitoria actione* non determina un 'trasferimento dell'azione' e, quindi, un mutamento del soggetto passivamente convenibile ('*hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur*'), ma solamente l'introduzione di un'ulteriore azione contro un soggetto differente da quello che concretamente ha posto in essere l'atto negoziale.

⁶⁴ In ordine all'*actio institoria* non abbiamo fonti specifiche, tanto è vero che lo stesso KELLER (*Litis Contestatio*, cit., 435, *supra*, Cap. I, nt. 29-30) nel ricostruire la relativa formula si riferisce principalmente a quelle dell'*actio exercitoria*.

⁶⁵ *Supra*, Cap. I, nt. 11.

In realtà, non siamo in grado di stabilire se la *translatio actionis*⁶⁶, esclusa dal giurista, potesse riguardare l'eventuale assunzione del giudizio al momento della *litis contestatio*.

Tuttavia, ci sembra di poter affermare con la dovuta certezza che l'espressione '*adicere actionem*' non potesse riferirsi a tale ipotesi. E' nostra convinzione, infatti, che il brano di Paolo smentisca decisamente l'idea di un'unica *obligatio* che viene novata o '*translata*' al momento del giudizio, ma attesti, invece, che in seguito all'introduzione dell'editto *de exercitoria actione* può determinarsi la possibilità di esperire più azioni: una derivante dalle regole generali vigenti in tema processuale (quella esercitata contro il soggetto che ha concretamente agito, qualora questo sia capace e quindi autonomamente conveniente), e l'altra che trova fondamento nell'editto del pretore (*actio exercitoria*).

Inoltre, anche l'ultimo brano in cui ricorre la possibilità di agire contro il *magister* - che abbiamo già esaminato⁶⁷ e che qui riportiamo nuovamente per renderne più agevole la consultazione - sembra

⁶⁶ Le testimonianze da noi conosciute, si riferiscono prevalentemente al '*transferre iudicium*', e cioè a quei casi in cui a concludere la *litis contestatio* è stato un soggetto, ma per eventi sopravvenuti il giudizio viene ad essere assunto, *post litem contestatam*, da un altro, che col primo si trovi in una particolare relazione: D. 5.1.57 (Ulp. 41 *ad Sab*): *Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio: sed mortuo filio post litem contestationem transfertur iudicium in patrem dumtaxat de peculio et quod in rem eius versum est. Certe si quasi procurator alicuius filius familias iudicium acceperit, mortuo eo in eum quem defenderit transactio vel iudicati datur*; D. 9.4.35 (Ulp. 41 *ad Sab*): *et si condemnatus fuerit, filius iudicatum facere debet: tenet enim condemnatio. Quin immo etiam illud dicendum est patrem quoque post condemnationem filii dumtaxat de peculio posse conveniri*. Invece, con l'espressione '*transferre actionem*' si indica, nella gran parte dei frammenti in cui è usata, il trasferimento della legittimazione all'*actio*'; vd. HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon*, sub *Transferre*, 590; V.J.R., sub *Transfero*, 1096, 1097; BONIFACIO, *Studi sul processo formulare romano*, cit. 1, nt. 1. Entrambe le espressioni, dunque, non sembrano riferirsi al fenomeno della novazione processuale descritto da Keller, per cui il preponente assume l'*obligatio* al momento della *litis contestatio*. La *translatio iudicii*, infatti, designa il trasferimento del 'giudizio' che avviene *post litem contestatam* e non al momento della *litis contestatio*. D'altronde, il *transferre actionem* sembra indicare un trasferimento della legittimazione che prescinde da ogni riferimento alla *litis contestatio*.

⁶⁷ *Supra*, Cap. IV, nt. 59.

confliggere con l'ipotesi di Keller, e quindi con l'unicità dell'*obligatio* e la natura meramente processuale dell'*obligatio* del preponente:

D. 14.1.1.24 (Ulp. 28 *ad ed*): *Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur, et ideo, si cum utro eorum actum est, cum altero agi non potest; sed si quid sit solutum, si quidem a magistro, ipso iure minuitur obligatio: sed et si ab exercitore, sive suo nomine, id est propter honorariam obligationem, sive magistri nomine solverit, minuetur obligatio, quoniam et alius pro me solvendo me liberat.*

Nel controverso responso di Ulpiano⁶⁸ si legge, infatti, che dall'atto negoziale concluso dal *magister* nascono due azioni, una gravante sull'*exercitor*, e l'altra sullo stesso *magister*. Due azioni distinte tra le quali intercorre, tuttavia, un rapporto tale per cui, l'esercizio dell'una preclude quello dell'altra.

Nonostante ciò, se qualcosa sia pagato da parte del *magister*, '*ipso iure minuitur obligatio*'. Altrettanto avviene nel caso in cui sia l'*exercitor* a pagare '*sive suo nomine, sive magistri nomine*'.

Ebbene, Keller ritenne di trovare in questo passo la riprova dell'identità dell'*intentio* delle *a.a.q.* e quelle dirette⁶⁹ e, quindi, dell'unicità dell'*obligatio* in esse dedotta.

L'autore citato⁷⁰, infatti, ha costruito le *a.a.q.* come formule con trasposizione di soggetti nella convinzione fondamentale che l'*obligatio* sancita da queste azioni fosse quella stessa che gravava sul *filius*, *servus* o preposto. Di conseguenza, tra le azioni pretorie e quelle dirette non vi

⁶⁸ Il brano è stato ritenuto interpolato nella parte in cui si riferisce all'*obligatio honoraria*; vd. SEGRÈ, *Obligare, obligatio*, cit. 599; LITEWSKI, "*Litis contestatio*" e *obligations solidaires passives dans les "bonae fidei iudicia"* en droit romain classique, in *RH* 54 (1976) 174; APATHY, *Procurator und solutio*, in *ZSS* 96 (1979) 86; KASER, "*Ius honorarium*" und "*ius civile*", cit., 15. In ogni caso l'accertamento della natura insitica dell'espressione '*honorariam obligationem*' non risulta particolarmente rilevante, visto che nella struttura sintattica del brano essa assume solo una funzione esplicativa, la cui soppressione non incide minimamente sul significato del brano, e, in particolare, sull'identificazione dell'*obligatio* in questione; *infra*, Cap. VI, § 1, nt. 6.

⁶⁹ Per 'azioni dirette' si intendono quelle azioni che si rivolgono direttamente nei confronti dei soggetti preposti, qualora liberi, o contro i figli, dal momento in cui acquistano la capacità di obbligarsi.

⁷⁰ KELLER, *Litis Contestatio*, cit. 430; vd. *supra*, Cap. I § 1.

sarebbe stata alcuna differenza oggettiva e soggettiva, con la conseguenza che l'esercizio dell'una avrebbe precluso la possibilità di agire con l'altra e viceversa.

Lo stesso Keller⁷¹ tuttavia, era cosciente del valore relativo della sua affermazione, tanto che era pronto ad ammettere che il caso più plausibile di 'consumzione' doveva essere quello relativo ad azioni con la stessa *intentio*, ma certamente non era l'unico in cui poteva realizzarsi. E, in effetti, su questo punto non sono mancate critiche all'ipotesi di Keller⁷².

In realtà, è nostra convinzione che il regime della preclusione processuale non sia idoneo a fornire informazioni decisive sull'individuazione dell'*obligatio* fatta valere tramite le *a.a.q.* Troppe incertezze esistono ancora sulla preclusione e sul concorso d'azioni in ordine soprattutto all'identificazione dei requisiti necessari, o all'esistenza di principi comuni applicabili a tutte le fattispecie⁷³. D'altro canto se è vero che le *a.a.q.* non sono altro che adattamenti delle azioni ordinarie, di volta in volta avranno avuto lo stesso regime dell'azione di cui costituivano l'adattamento⁷⁴. Le considerazioni esposte, tuttavia, non ci inducono a trascurare l'esame delle testimonianze che si riferiscono a tale complessa problematica, anche a proposito delle altre *a.a.q.*⁷⁵, nella convinzione che possano fornire, comunque, utili indicazioni.

Ciò posto, è nostro parere, innanzitutto, che la testimonianza contenuta in D. 14.1.1.24 vada considerata nella sua interezza. Infatti, mentre nella prima parte Ulpiano prospetta il regime di solidarietà elettiva intercorrente tra le due azioni dal punto di vista esclusivamente

⁷¹ *Op. ult. cit.*, 425; *supra*, Cap. I, § 1.

⁷² DIETZEL, *Über die processualische Consumption*, cit., 430, riteneva, invece, che le *a.a.q.* non dovessero consumarsi reciprocamente con le azioni dirette, in quanto tra le due sarebbero esistite differenze oggettive e soggettive tali da non poterla giustificare. Infatti, a parere di Dietzel le azioni *a.a.q.* avrebbero avuto un'*intentio* diversa da quella delle azioni dirette, e quindi non avrebbero potuto consumarsi reciprocamente. Secondo l'A., infatti, l'*intentio* dell'azione pretoria avrebbe fatto riferimento ad un diretto '*patrem (exercitorem) dare facere oportere*'; *supra*, Cap. I § 2.

⁷³ Vd. in proposito NEGRI, *Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sez. civile, 253ss.

⁷⁴ *Supra*, Cap. I § 1; Cap. VI § 2.

⁷⁵ *Infra*, Cap. V § 3, § 3.1; § 7.2; § 9.

processuale, successivamente muta prospettiva, ponendosi sul piano sostanziale, dell'*obligatio*.

Di conseguenza, leggendo solo la prima parte, l'ipotesi di Keller potrebbe risultare plausibile, anche se non provata con certezza. Senonché, la *solutio* presa in considerazione da Ulpiano nella seconda parte del frammento preclude decisamente questa possibilità.

Il giurista, infatti, indica chiaramente che ciascuno dei due soggetti adempie *suo nomine*. L'*exercitor*, inoltre, può pagare *suo nomine*, ma anche *magistri nomine*.

Sembra, dunque, che vi siano due obbligazioni distinte⁷⁶, e che il riferimento alla *solutio* sia stato introdotto da Ulpiano proprio per mostrare che il regime di preclusione deriva dal rapporto di solidarietà elettiva intercorrente tra due *obligationes* differenti.

La solidarietà, d'altronde, si basa sul fatto che le due *obligationes* sono caratterizzate dall'*idem debitum*: due vincoli obbligatori che hanno tuttavia un oggetto eguale⁷⁷. In questo senso si spiega l'uso al singolare del termine '*obligatio*', che nel contesto esaminato non può che indicare l'unica prestazione che caratterizza, tuttavia, le due obbligazioni. Solo in tal senso può affermarsi che l'adempimento parziale o totale da parte di uno dei coobbligati estingue totalmente o parzialmente l'*obligatio*.

Inoltre, i vincoli obbligatori che gravano sull'*exercitor* e sul *magister*, sembrano prescindere entrambe, per la loro stessa esistenza, dalla proposizione dell'azione.

Infatti, come accennavamo nel capitolo precedente, se nel caso delle *a.a.q.* il *pater*, il *dominus* e il preponente si obbligassero solo in virtù della partecipazione alla *litis contestatio*, che senso avrebbe una *solutio*

⁷⁶ La distinzione tra le due obbligazioni si evidenzia anche nell'esplicito riferimento all'adempimento del terzo ravvisabile nell'espressione '*alius pro me solvendo me liberat*'.

⁷⁷ La dottrina più recente, nonostante sia del parere che la questione vada valutata di volta in volta in relazione ai singoli casi prospettati, è concorde nel ritenere che nel caso delle obbligazioni solidali aventi lo stesso oggetto si è in presenza di una pluralità di rapporti obbligatori caratterizzati, tuttavia, dall'*idem debitum*; vd. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 566; TALAMANCA, voce '*Obbligazioni*', cit., 54; SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali*, 177.

preventiva alla proposizione dell'azione, una *solutio* di un'*obligatio* che non esiste ancora?

D'altronde, dai termini in cui è formulato il responso non vi sono elementi da cui può dedursi che la *solutio* debba realizzarsi *post litem contestatam*. Conseguentemente sembra proprio che l'*obligatio*, che può essere oggetto di adempimento da parte dell'*exercitor*, preesista al giudizio e sia distinta da quella del *magister*.

5. *Riflessi del mutamento dei rapporti potestativi esistenti al momento della conclusione dell'atto negoziale (morte del preposto o del preponente) in ordine alla responsabilità sancita tramite le actiones exercitoria ed institoria.*

Infine per concludere la nostra trattazione sulle *actiones exercitoria* ed *institoria* resta da chiarire un'ultima questione.

Infatti, se il preponente fosse obbligato solo in seguito alla *litis contestatio* e nell'*intentio* dovesse menzionarsi l'*obligatio* del preposto, come si spiegherebbe allora che, secondo le fonti in nostro possesso, il preponente può essere chiamato in giudizio anche in seguito all'alienazione o alla morte del preposto?

Ci riferiamo, in particolare, ad una testimonianza contenuta anch'essa nel titolo relativo all'*actio exercitoria*:

D. 14.1.4.3 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Si servus sit, qui navem exercuit voluntate domini, et alienatus fuerit, nihilo minus is qui eum alienavit tenebitur. Proinde et si decesserit servus, tenebitur: nam et magistro defuncto tenebitur. [4] Hae actiones perpetuo et heredibus et in heredes dabuntur: proinde et si servus, qui voluntate domini exercuit, decessit, etiam post annum dabitur haec actio, quamvis de peculio ultra annum non detur.*

In realtà il brano - che è stato del tutto trascurato dalla dottrina che si è occupata dall'*actio exercitoria* - riguarda il caso del servo *exercitor*, che abbiamo già esaminato nei paragrafi precedenti⁷⁸.

Normalità vuole che l'*exercitor*, che gestisce l'attività imprenditoriale e fa propri i proventi dell'attività, di solito sia un soggetto libero. Tuttavia, proprio in relazione all'*actio exercitoria*, era stato espressamente previsto che questo soggetto potesse anche essere uno schiavo. In questo caso si sarebbe applicato il normale regime dell'*actio exercitoria* tranne per il fatto che ad essere convenuto sarebbe stato il *dominus* o *pater* dell'*exercitor*. Il *dominus*, inoltre, poteva essere chiamato a rispondere non solo degli atti posti in essere dal *magister*⁷⁹, preposto dall'*exercitor*, ma anche dallo stesso *exercitor*⁸⁰.

Nel frammento in questione, dunque, l'intento del giurista è quello di chiarire che la responsabilità del *dominus* alienante non viene meno anche nel caso di alienazione del servo *exercitor*. E lo stesso accade nel caso che il *servus exercitor* sia morto, o che la stessa sorte sia toccata al *magister*.

Ovviamente Ulpiano vuole precisare che la responsabilità del *dominus* - che in questo caso è il titolare dell'attività commerciale⁸¹ - prescinde dall'attualità del rapporto potestativo col servo *exercitor*, ma anche dall'esistenza stessa dell'*exercitor* o del *magister* che abbiano concluso l'atto negoziale. D'altronde, non vi sono motivi per ritenere che questa regola non dovesse applicarsi anche all'ipotesi ordinaria dell'*exercitor* soggetto libero, nel caso di morte del *magister*. La soluzione proposta, infatti, è perfettamente coerente al principio per cui la responsabilità sancita tramite le *actiones exercitoria ed institoria* è una responsabilità personale del preponente, in quanto vertice economico-giuridico dell'attività svolta.

Inoltre, dal punto di vista formulare, se non altro nel caso di morte, sarebbe impossibile ipotizzare una formula nella cui *intentio* dovesse

⁷⁸ *Supra*, Cap. IV nt. 56.

⁷⁹ D. 14.1.1.19; *supra*, Cap. IV, nt. 56-57.

⁸⁰ D. 14.1.1.23; *supra.*, Cap. IV, p. 218.

⁸¹ Il *dominus*, infatti, può essere convenuto con l'*actio exercitoria* non in base al semplice rapporto potestativo che intercorre con l'*exercitor alieni iuris*, ma solo se quest'ultimo '*voluntate eius exerceat*'; vd. D. 14.1.1.19 (Cap. IV, nt. 57).

menzionarsi il servo *exercitor* o il *magister* che avessero concluso l'atto⁸².

Ma vi è di più. Nel § 4 del frammento riportato si legge, infatti, che alla morte del *pater* o del *dominus*, l'*actio exercitoria* può proporsi *in perpetuum* contro gli eredi⁸³.

D'altronde, simili testimonianze si leggono a proposito dell'*actio institoria*:

D. 14.3.15 (Ulp. 28 *ad ed*): *Novissime sciendum est has actiones perpetuo dari et in heredem et heredibus.*

Addirittura viene addotto il caso in cui un servo sia stato preposto da un terzo soggetto, diverso dal *dominus*, poi deceduto. In questa ipotesi, se al terzo preponente subentra un erede, sarà quest'ultimo ad essere chiamato in giudizio con l'*actio exercitoria*, e non l'originario *dominus*:

⁸² E' interessante notare che lo stesso Lenel è cosciente del fatto che questi frammenti (D. 14.1.4.3-4) hanno a che fare con la struttura formulare delle *a.a.q.* Tanto è vero, che nella *Palingenesia* (II 587) li menziona tra quelli che dovevano riguardare specificamente la formula dell'*actio exercitoria*. Nell'*Edictum Perpetuum*, però, si rende conto della difficoltà di conciliare l'ipotesi tradizionale sulle *a.a.q.* con le testimonianze che attestano la possibilità di esperirle anche dopo la morte del soggetto che ha compiuto l'atto negoziale. Tuttavia, risolve il problema ipotizzando che in questi casi dovesse utilizzarsi una *fictio* apposita, in ordine alla quale, purtroppo - come abbiamo dimostrato altrove - non esiste alcuna testimonianza che possa suffragarne l'esistenza; cfr. MICELI, '*Fictio libertatis*', cit., 353ss.

⁸³ In realtà, induce in sospetto l'ultima parte del brano che sembra palesemente corrotta. L'espressione '*qui voluntate domini exercuit*' sembra estranea al frammento poiché la *voluntas* non è uno dei requisiti necessari perché si dia luogo all'*actio de peculio* (*infra*, Cap. V § 1-2). Inoltre, l'intento del giurista è quello di precisare che le *a.a.q.* vengono concesse '*in perpetuo et heredibus et in heredes*' nel caso di morte del preponente o del titolare dell'attività commerciale, non di colui che aveva posto in essere l'atto negoziale. Il riferimento finale all'*actio de peculio annalis* che non può essere concessa dopo l'anno, riguarda, invece, il caso di morte dello schiavo o servo che avevano il *peculio* e che avevano negoziato con i terzi (*infra*, Cap. V, § 6.1). Quindi, è probabile che originariamente questa chiusa si riferisse ad un contesto differente - in cui si trattava della sorte dell'*actio de peculio* nel caso di morte del servo o *filius* - ed i compilatori l'abbiano estrapolata da tale contesto e per errore l'abbiano legata a D. 14.1.4.4, invece, che al frammento precedente (D. 14.1.4.3).

D. 14.3.5.17 (Ulp. 28 *ad ed*): *Si ab alio institor sit praepositus, is tamen decesserit qui praeposuit et heres ei extiterit, qui eodem institore utatur, sine dubio teneri eum oportebit. Nec non, si ante aditam hereditatem cum eo contractum est, aequum est ignoranti dari institoriam actionem.*

Ulpiano, dunque, sancisce la prevalenza del rapporto «imprenditoriale» derivante dalla *praepositio* rispetto a quello di natura potestativa⁸⁴. Infatti, morto il soggetto che esercitava l'attività commerciale tramite un *institor* schiavo altrui, la responsabilità sanzionata con l'*actio institoria* ricade sull'erede di questo soggetto e non sul *dominus* originario del *servus institor*.

Ebbene, anche questi responsi si armonizzano pienamente col regime descritto precedentemente.

Infatti, la responsabilità del preponente si riconnette direttamente alla conclusione degli atti negoziali compiuti dai preposti nell'ambito della *praepositio* e permane in capo a tale soggetto in maniera del tutto indipendente dalle eventuali vicende che potessero riguardare l'estinzione dei vincoli potestativi intercorrenti col *servus* o *filius*, o di quelli riguardanti, a vario titolo, i preposti liberi. E, conseguentemente, la responsabilità sancita da queste azioni segue il preponente, e non il preposto, in tutte le sue vicende successive.

In conclusione ci sembra di poter affermare che molto probabilmente la responsabilità sancita dall'*actio exercitoria* ed *institoria* è una responsabilità personale del preponente che deriva dal fatto stesso che

⁸⁴ E, in effetti, la previsione della c.d. «responsabilità adiettizia», o per meglio dire, della creazione delle *actiones exercitoria* ed *institoria*, deriva non solo dall'esigenza di ovviare agli inconvenienti derivanti dalla contrattazione con incapaci, e in particolare all'impossibilità per quest'ultimi di essere convenuti in giudizio, ma anche dalla necessità di far sì che fossero chiamati a rispondere nei confronti dei terzi coloro che effettivamente percepivano i proventi delle attività esercitate. Le azioni predisposte dal pretore mirano infatti a sancire una sorta di «responsabilità imprenditoriale» che grava su un determinato soggetto, non per il fatto in sé di aver compiuto un singolo atto negoziale, ma per l'esercizio di un'attività commerciale svolta in forma organizzata, e in modo continuativo; vd. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., 18ss; DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit. 67; *supra*, nt. 38.

egli sia titolare di una attività giuridica e ne abbia affidato lo svolgimento totale o parziale ad uno schiavo, ad un *filius* o a un soggetto libero.

Di conseguenza, ai fini degli editti pretori relativi alle *actiones exercitoria* ed *institoria*, lo *status* giuridico del *magister* o dell'*institor* non rileva comunque, capace o non, solvibile o meno, in quanto ciò che conta è il fatto, oggettivamente rilevabile, di essere stato «preposto» al compimento di un'attività commerciale. Da quel momento in poi, infatti, il soggetto in questione non assume alcuna rilevanza autonoma⁸⁵, ma il solo ed unico destinatario degli effetti, e quindi dei profili attivi e passivi dell'attività negoziale, diviene il preponente, il quale è anche l'unico ad essere convenibile *iure honorario*. Così, alla sua morte la responsabilità derivante dagli editti relativi alle *actiones exercitoria* ed *institoria* si trasmette unicamente ai suoi eredi, come tutte le altre *obligationes* che gravavano personalmente su di lui.

La possibilità di convenire il preposto, qualora sia un soggetto libero e capace, non è prevista dagli editti pretori dei quali ci siamo occupati - nei quali non vi era alcun accenno alla responsabilità del *magister* o dell'*institor* - ma dipende unicamente dall'interpretazione giurisprudenziale, che in casi particolari opta per questa soluzione poiché è l'unica praticabile, o perché rappresenta un'alternativa soddisfacente. Solo in questo senso, dunque, e con i limiti prospettati⁸⁶, può parlarsi di responsabilità adiettizia.

⁸⁵ Un *filius* può, addirittura, essere preposto ad un'attività commerciale che comporti l'assunzione di mutui, senza che il preponente possa opporre al terzo l'*exceptio Sc. Macedoniani*: D. 14.6.7.11 (Ulp. 29 *ad ed.*); *supra*, Cap. III § 1.1.

⁸⁶ *Supra*, § 3.

CAPITOLO QUINTO

LE *A.A.Q.* RICOMPRESSE NELL'AMBITO DELL'*EDICTUM TRIPLEX* E L'*ACTIO TRIBUTORIA*.

1. *Stato della dottrina e aspetti fondamentali del regime dell'actio de peculio.*

In realtà, l'*actio de peculio* è quella tra le *a.a.q.*, che presenta caratteri di maggiore complessità e problematicità. Infatti, mentre per le altre azioni adiettizie si richiede che vi sia un esplicito atto di autorizzazione da parte del *dominus* o *pater* all'esercizio di una specifica attività o addirittura al compimento di singoli atti, nel caso, invece, dell'*actio de peculio* non esiste un atto che espressamente e direttamente legittimi il soggetto a potestà al compimento degli atti negoziali. Ed è proprio a tal proposito che si originano le principali dispute dottrinali in ordine all'identificazione e alla natura della responsabilità sanzionata tramite l'*actio de peculio*.

Parte della dottrina¹ crede, infatti, di poter ravvisare nella concessione del peculio un atto autorizzativo generico del *dominus*, da cui discenderebbe anche l'autorizzazione ad alienare ed in genere a contrattare.

¹ BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, 1935, 127; VOCI, *Risarcimento*, cit., 110; ASTOLFI, *Op. cit.*, 23, nt. 63; BURDESE, *Autorizzazione ad alienare*, cit., 34; ID., *Considerazioni in tema di peculio c.d. profettizio*, cit., 83; ID., *Controversie giurisprudenziali in tema di capacità degli schiavi*, in Studi Biscardi, I, Milano, 1982, 147; BALESTRI FUMAGALLI, *Op. cit.*, 143ss; SERRAO, *Minima de Diogneto et Hesico. Gli affari di due schiavi a Pozzuoli negli anni 30 d.C.*, in *Impresa e responsabilità*, cit., 55; DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 242, nt. 7.

Altri², invece, più recentemente hanno sostenuto che un'ipotesi siffatta non può essere accettata. Innanzitutto, perché «la *concessio peculii* non è sempre, né da tutti i giuristi, vista come un atto esplicito e necessario, ed in secondo luogo perché la possibilità per il servo di compiere negozi non deriva da alcuna autorizzazione in tal senso, come è dimostrato dai casi in cui si riconosce che, anche se il *dominus* ha proibito al servo di contrattare, il negozio è ugualmente efficace ed il *dominus* sarà tenuto con l'*actio de peculio*»³. Conseguentemente, «dall'esistenza del peculio servile e dal suo divenire istituto giuridico, per effetto dell'emanazione dell'editto *de peculio* e della relativa elaborazione giurisprudenziale, deriva che il servo acquista la possibilità di compiere atti con rilevanza giuridica nel proprio interesse: i terzi fanno affidamento sul suo peculio "*veluti patrimonium*" (D. 15.1.4.5; D. 15.1.32 pr.)⁴».

Si giunge, così, ad accettare - pur senza farne oggetto di approfondimento - che le *a.a.q.* dovessero sanzionare delle *obligationes* proprie degli aventi potestà o dei preponenti, e quindi, che le relative formule menzionassero un'*oportere* che gravava direttamente in capo al *dominus* o *pater*, ad esclusione, tuttavia, dell'*actio de peculio*, nella cui *intentio*, invece, si sarebbe menzionato l'*oportere* dello schiavo o del *filius*, e non quello dei loro aventi potestà⁵. Di conseguenza, questa azione, sanzionando il debito assunto dal servo in nome proprio e nel proprio interesse, sarebbe stata l'unica delle *a.a.q.* nella cui formula si sarebbe realizzata una trasposizione di soggetti.

Abbiamo già affrontato l'argomento in relazione al rapporto tra *o.n.* e regime peculiare⁶, lo riaffrontiamo ora esaminando da vicino i tratti fondamentali dell'*actio de peculio*.

² BUTI, *Studi sulla capacità*, cit., 37.

³ D. 15.1.29.1; D. 14.3.17.4; D. 15.1.47 pr.; vd. BUTI, *Studi sulla capacità*, cit., 37.

⁴ BUTI, *Op. cit.*, 36.

⁵ BUTI, *Op. cit.*, cit., 191 nt. 96, ritiene, infatti, che «... per le azioni adiettizie in solido (cioè *institoria*, *exercitoria*, *quod iussu*) non si dovesse ricorrere ad una *fictio libertatis*, ma l'*oportere* potesse essere in nome del *dominus*, essendo a tal fine sufficiente la considerazione che il servo aveva agito, appunto, per volere di quello (Gai 4.70-71; I 4.7.8 e la Parafrasi di Teofilo)».

⁶ *Supra*, Cap. III § 5.

Ebbene, leggendo le fonti si può notare che - al pari delle *actiones exercitoria* ed *institoria*⁷ il cui fondamento va ritrovato nell'esistenza della *praepositio* e nel compimento di un atto negoziale nell'ambito della stessa da parte del preposto -, anche per l'*actio de peculio* i presupposti per la concessione dell'azione sono identificati nell'esistenza del *peculium*⁸, e nel compimento da parte di un servo o *filius*, a cui è stato affidato il peculio, di un atto negoziale *causa peculiari*, o *rem peculiarem agendo*⁹. Ancora una volta non vi è alcun riferimento, come avevamo già accennato nell'introduzione, all'*o.n.* del servo o all'*obligatio* del *filius* come presupposto dell'azione in questione.

Ora, per quanto riguarda il primo presupposto, risponde al vero che le fonti, al fine dell'esperibilità dell'*actio de peculio*, richiedono l'esistenza del peculio e non la *concessio peculii*¹⁰. Tuttavia, «la *concessio peculii* non viene in discussione a proposito della validità ed efficacia di contratti servili, ma solo quando si pone il problema dell'esistenza di un peculio o se ne dà la definizione. I giuristi, cioè, per decidersi se può concedersi un'azione de peculio non considerano se si è avuta la concessione del peculio, ma anzitutto se esso esiste e soltanto a tal fine tengono conto poi della concessione del *dominus*.....¹¹».

Quindi, è chiaro che la *concessio peculii*, sebbene possa venire in considerazione in un momento successivo, costituisce in ogni caso un requisito essenziale per l'esistenza del *peculium*. L'accertamento dell'esistenza stessa del *peculium*, infatti, è inevitabilmente legato a quello della *concessio*.

Inoltre, se è vero che i terzi fanno riferimento all'esistenza del *peculium* e non alla concessione del peculio, ciò non significa che

⁷ A tal proposito vd. *supra*, Cap. IV § 1. Inoltre, vedremo successivamente che i presupposti dell'*actio de in rem verso* (D. 15.3.1 pr.; *infra*, § 7.2), *quod iussu* (Gai 4.70; D. 15.4.1; *infra*, § 8) e *tributoria* (Gai 4.72; D. 14.4.1 pr.; *infra*, § 9) sono identificati in modo simile.

⁸ D. 11.1.9.8 (Ulp. 22 *ad ed.*); D. 15.1.30pr (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 15.1.29 pr. (Gai 9 *ad ed.*).

⁹ D. 15.1.47.1 (Paul 4 *ad Plaut.*); D. 15.1.3.5 (Ulp. 29 *ad ed.*).

¹⁰ Gai 4.74. Mancherebbe, così, il requisito soggettivo che permette di ricondurre l'atto negoziale al *dominus* o al *pater*; vd. BUTI, *Op. cit.*, 36.

¹¹ BUTI, *Op. cit.*, cit., 36, nt. 58.

guardino alla quantità del peculio effettivamente esistente presso il *dominus* o il *pater* al momento della proposizione dell'azione.

Non si capirebbe, altrimenti, come possa proporsi l'*actio de peculio* contro il *dominus* si '*nihil sit in peculium*' al momento della proposizione stessa dell'azione:

D. 15.1.30 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*): *Quaesitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio cum ageretur, si modo sit rei iudicatae tempore. Proculus et Pegasus nihilo minus teneri aiunt: intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. Idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit, quae sententia et a nobis probanda est.*

Il giurista risponde al quesito aderendo alla tesi dei proculieiani per cui bisognava considerare l'entità del peculio solo al momento della condanna e non anche a quello della *litis contestatio*, diversamente dai dei sabiniani che, probabilmente, pretendevano di considerare a tal fine sia l'uno che l'altro momento¹².

La quantità del *peculium* esistente presso il *dominus* determina, infatti, la misura della responsabilità del *dominus* stesso¹³, ma non ne

¹² Una questione simile aveva animato il dibattito giurisprudenziale in ordine alla *rei vindicatio* MARRONE, voce '*Rei vindicatio*' in *Enc. del dir.*, vol. 41, 20.

¹³ La testimonianza contenuta in D. 15.1.30 pr proverebbe - secondo KELLER, *Litis Contestation*, cit., 422 - che il peculio, e dunque la responsabilità del *dominus* ad esso collegata, dovessero essere menzionati solo nella *condemnatio* e non nell'*intentio* dell'*actio de peculio* (*supra*, Cap. I, nt. 23-24). Nello stesso senso vd. KRÜGER, *Processualische Consumption und Rechtskraft des Erkenntnisses*, Leipzig, 1864, 134 nt.1; MANDRY, *Das Familiengüterrecht*, cit., 371ss. Di parere nettamente contrario era, invece, BEKKER, *Die Prozessualische Consumption in classischen römischen Recht*, Berlin, 1853, 82ss, il quale, a sostegno della sua ipotesi adduceva un responso di Ulpiano in cui è espressamente consentito di agire nuovamente con l'*actio de peculio* contro il *dominus*, una volta che il peculio si è incrementato: D. 15.1.30.4 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Is, qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest.* Perché ciò avvenisse era necessario, allora, che la formula dell'*actio de peculio* fosse preceduta da una *praescriptio*, che evitasse la consumazione dell'azione e consentisse, dunque, la ripetizione della lite testimoniata in D. 15.1.30.4 Nella *praescriptio*, infatti, doveva farsi riferimento al fatto che si agiva nei limiti del peculio esistente presso il *dominus*, altrimenti la preclusione avrebbe riguardato l'intero debito, con la conseguenza che il creditore soddisfatto parzialmente non avrebbe potuto agire nuovamente qualora il peculio si fosse rimpinguato.

costituisce certo il presupposto. Il presupposto dell'azione è rappresentato semmai l'esistenza del *peculium* come complesso di beni destinati funzionalmente dal *dominus* ad un determinato servo o *filius*.

Non vi sono dubbi, infatti, che i beni facenti parte del *peculium* hanno una precisa ed indiscutibile destinazione, che non viene meno anche se temporaneamente si riduce il loro valore:

L'ipotesi di Bekker è stata accettata, poi, da KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, 1143; BARON, *Die Adjecticischen Klagen*, 82ss; GIRARD, *Manuel*, cit., 706. E' stata respinta, invece, da LENEL, *EP.*, cit., 283, il quale ha riproposto l'ipotesi di Keller, ritenendo che nei casi descritti la preclusione operasse in relazione all'intero credito, e che solo in virtù di un esplicito intervento del pretore si sarebbe potuta riproporre l'azione. La sua opinione sarebbe dimostrata da un altro brano di Ulpiano (D. 15.1.32 pr.) e, in particolare, dal frammento di Strasburgo, che riguarda un responso tratto dal secondo libro *Disputationum* di Ulpiano (*infra*, nt. 16), dai quali sembra evincersi che anche in D. 15.1.30.4 si facesse riferimento ad un *iudicium rescissorium*. Di conseguenza quest'ultimo brano - a parere di Lenel, *EP*, 285 - doveva avere il seguente tenore: '*is qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti ipso quidem iure agere non potest, sed praetor causa cognita rescisso superiore iudicio denuo ei agere permittet*'. Così, PEROZZI, *Institutiones*, II, cit., 218; LONGO, *Ricerche*, cit., 70; BUCKLAND, *Op. cit.*, 709ss; MICOLIER, *Pécule*, cit, 669; BUTI, *Studi sulla capacità*, cit., 190, nt. 94. Quest'ultimo A., in particolare, è del parere che l'ipotesi esaminata, che prevede la menzione dell'intero credito nell'*intentio* e del peculio solo nella *condemnatio*, costituisca una conferma del fatto che tramite l'*actio de peculio* si perseguiva il debito del servo, e che il *dominus* doveva essere considerato solo alla stregua di un «*alter ego*» processuale del servo stesso.

Ebbene, pur accettando la fondatezza dell'ipotesi di Keller e Lenel, vorremmo compiere alcune riflessioni ulteriori. Siamo convinti, infatti, che l'entità del peculio esistente al momento della proposizione dell'azione non abbia alcuna rilevanza poiché deve essere valutata solo al momento della condanna: c'è lo mostrano chiaramente D. 15.1.30 pr. e D. 34.3.5.2 in cui si legge espressamente che la quantità del peculio non rileva ai fini della responsabilità del *dominus* ma solo '*rei iudicandae tempus*'; vd. *infra*, § 5, nt. 95. Tuttavia, non vi è dubbio che l'esistenza, e non la quantità del *peculium*, costituisca il presupposto fondamentale della responsabilità sancita tramite l'*actio de peculio*. Di conseguenza - al pari della *praepositio*, del *iussum*, della *merx peculiaris* - del *peculium* non può farsi menzione solo nella *condemnatio* per stabilire il limite della responsabilità del *dominus*, ma deve essere esplicitamente indicato anche in riferimento alla pretesa attrice, e dunque, nell'*intentio* o in una parte della formula che serve a determinare il fondamento della pretesa in essa espressa; vd. *infra*, Cap.VI, § 3. A favore della menzione del *peculium* nell'*intentio* dell'*actio de peculio* si era espresso già COLLINET, *supra*, Cap. II, nt. 12.

D. 15.1.4.5 (Pomp. 7 ad Sab): *Si aere alieno dominico exhauriatur peculium servi, res tamen in causa peculiari manent: nam si aut servo donasset debitum dominus aut nomine servi alius domino intulisset, peculium suppletur nec est nova concessione domini opus.*

Di conseguenza, anche se i debiti del servo nei confronti dello stesso *dominus* dovessero esaurirne l'intero valore, ciò non comporta che venga meno la loro destinazione¹⁴, visto che il peculio potrebbe accrescersi in futuro senza necessità di una nuova *concessio* ('*nec est nova concessione domini opus*').

La destinazione funzionale dei beni peculiari riveste, dunque, una particolare importanza perché costituisce la garanzia per i terzi che contrattano col servo. Ed è per questo motivo che, pur appartenendo al *dominus*, questi non può disporne liberamente, finché mantengono quella destinazione.

In questo senso vanno intesi, infatti, quei brani in cui si legge che i terzi guardano al *peculium* come *patrimonium*¹⁵, cioè come beni

¹⁴ BUTI, *Op. cit.*, 32, nt. 47, afferma a tal proposito che «Pomponio aveva già una concezione astratta del peculio, che cioè non lo identificasse con i beni che lo formavano, ma avesse concepito l'esistenza di una '*causa peculiaris*' ». Già MICOLIER, *Pécule*, cit., 294ss, prendendo spunto da alcuni passi in cui si riconosce la possibilità di agire *de peculio* anche in mancanza di attivo peculiare (D. 4.3.20; D. 3.5.5.8; D. 14.4.1.2; D. 15.1.30 pr.; D. 15.1.37; D. 42.4.7.15), riteneva che dai classici il *peculium* fosse stato considerato '*nomen iuris*'. A parte il fatto che molti di questi brani sembrano essere interpolati, o frutto di un certo fraintendimento (vd. in proposito i giusti rilievi mossi da G. LONGO, *Appunti critici in tema di peculio*, cit., 396ss), non è necessario supporre che i giuristi romani propendessero per una concezione astratta del *peculium*. Essi intendevano mostrare l'esistenza di una particolare destinazione impressa ai beni, lungi dal configurare qualunque idea di *universitas*, di patrimonio autonomo, come fu fatto probabilmente in età intermedia; vd. ALBANESE, *Le persone*, cit., 326; G. LONGO, *Appunti critici in tema di peculio*, cit., 386ss. Quest'ultimo Autore, in particolare, aveva già notato che i brani esaminati hanno una valenza processuale più che sostanziale: «..quanto all'argomentare dal valore letterale delle frasi '*nihil esse in peculium*', '*peculium in quo nihil est*' per dedurre sicure conseguenze sul terreno del *domma*, mi sembra poco rassicurante; anziché alla sussistenza del *peculium* come *nomen iuris*, indipendentemente da ogni contenuto attivo, quelle frasi vogliono esprimere, in modo assai piano, l'esistenza di un peculio valutabile agli effetti della condanna...(p.400)».

¹⁵ *Supra*, nt. 4.

complessivamente destinati ad uno scopo, e non certo come *patrimonium servi*.

Il *dominus* o il *pater* possono revocare il peculio, ma fino a quando ciò non avviene, e nonostante il diritto di prededuzione da essi vantato (*deductio peculii*), la destinazione impressa non può essere disattesa in alcun modo, e segue i beni in tutte le vicende che dovessero comportare il trasferimento della titolarità del servo *inter vivos* o *mortis causa*¹⁶, tranne quelle che dovessero determinare l'estinzione stessa del *peculium*.

¹⁶ D. 15.1.47.6 (Paul 4 *ad Plaut.*): *Quae diximus in emptore et venditore, eadem sunt et si alio quovis genere dominium mutatum sit, ut legato, dotis datione, quia quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intellegitur, ubicumque esset.* Infatti, i terzi che contrattano col servo guardano al peculio nella sua totalità (*universum peculium*), ovunque esso si trovi, 'veluti patrimonium': D. 15.1.32 pr. (Ulp. 2 *Disp.*): *Si ex duobus vel pluribus heredibus eius, qui manumisso servo vel libero esse iusso vel alienato vel mortuo intra annum conveniri poterat, unus fuerit conventus, omnes heredes liberabuntur, quamvis non in maiorem quantitatem eius peculii, quod penes se habet qui convenitur, condemnentur, idque ita Iulianus scripsit. Idemque est et si in alterius rem fuit verum. Sed et si plures sint fructuarii vel bonae fidei possessores, unus conventus caeteros liberat, quamvis non maioris peculii, quam penes se est, condemnari debeat. Sed si licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberantur, ut magis eo perceptio quam intentio liberet: nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius, quod ubicumque est veluti patrimonium intuetur.* Nel brano si discute, infatti, della possibilità e delle modalità con cui può essere esperita l'*actio de peculio annalis* nei confronti degli eredi di colui che era passivamente legittimato all'azione. Il pretore, infatti, con un apposito editto aveva promesso che - nell'ipotesi in cui il soggetto *alieni iuris* che aveva concretamente agito fosse morto, fosse stato emancipato, alienato o manomesso - avrebbe concesso comunque l'azione contro il vecchio *dominus* o *pater* entro un anno dalla conclusione del negozio; *infra*, § 6.1. In questo caso il giurista ritiene che, morto l'avente potestà e subentratogli uno o più eredi, l'*actio de peculio annalis* possa essere proposta contro di loro. Tuttavia, nel caso di pluralità di successori, qualora l'azione sia proposta contro uno di loro - sebbene questo possa essere condannato solo nei limiti del peculio esistente presso di lui - la condanna nei suoi confronti produce l'effetto di liberare gli altri. Infatti, in conseguenza dell'effetto preclusivo della *litis contestatio* l'azione si consuma e, quindi, non si potrà agire più nei confronti degli altri. Inoltre, nonostante esista tra gli eredi un regime di solidarietà, non può agirsi con uno per l'intero perché la *condemnatio* prevede che si tenga conto solo del peculio esistente presso di lui. Ebbene, se questa è la situazione derivante dalla stretta e rigorosa applicazione del *ius civile*, l'*aequitas* fa sì che si eserciti azione anche contro gli altri che hanno derivato vantaggio da tale liberazione, perché i terzi nel contrattare col servo hanno fatto affidamento sul

Così si spiegano anche i brani in cui si sancisce la piena convenibilità del *dominus* o *pater* per i negozi conclusi dal servo nonostante il divieto del *dominus*¹⁷. La validità di questi atti non deriva dall'autonomia concessa al *filius* o al servo¹⁸, bensì dal fatto che una volta costituito il peculio, il *dominus* non avrebbe potuto impunemente impedire al servo di

peculio nel suo complesso, ovunque esso dovesse trovarsi in un momento successivo (*'Sed si licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari, qui occasione iuris liberantur ut magis eo perceptio quam intentio liberet: nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius, quod ubicumque est veluti patrimonium intuetur'*).

Va notato, innanzitutto, che i terzi considerano il peculio come *patrimonium* non come *patrimonium servi*, e al contempo che essi nel contrattare col servo fanno affidamento sul peculio che gli è stato affidato nella sua interezza. Tutto ciò non significa, però, che il peculio sia considerata un'entità autonoma distinta dai singoli beni peculiari (*supra*, nt. 14), ma solo che i terzi hanno diritto di soddisfarsi su tutti i beni che compongono il peculio, anche se per vicende differenti e molteplici questi possono trovarsi in mani differenti. In tal senso, d'altronde, va inteso anche il brano di Paolo in cui si legge che il *peculium* deve essere considerato alla stregua del *patrimonium* di un uomo libero (D. 15.1.47.6: *'...quia quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intellegitur, ubicumque esset'*).

La testimonianza contenuta in D. 15.1.32 pr., inoltre, sembra suffragare l'idea di Lenel e Keller, ricordata precedentemente (*supra*, nt. 13), che l'*intentio* dell'*actio de peculio* riguardasse l'intero credito, e, quindi, che esperita l'azione, per riproporla nuovamente sarebbe stato necessario l'intervento del pretore. Non lo si dice espressamente, ma dal frammento di Strasburgo che riguarda un brano tratto dal secondo libro *Disputationum* di Ulpiano (Lenel *EP.*, cit., 283), sembra evincersi chiaramente che con l'espressione *'tamen aequitas dictat iudicium in eos dari qui occasione iuris liberantur'*, contenuta in D. 15.1.32 pr., i giuristi romani intendessero riferirsi alla ripetizione dell'azione realizzata tramite un *iudicium rescissorium*; vd. *supra*, Cap.V, nt. 13.

¹⁷ D. 14.3.17.4 (Paul 30 *ad ed*): *Proculus ait, si denuntiavero tibi, ne servo a me praeposito crederes, exceptionem dandam: «si ille illi non denuntiaverit ne illi servo crederet». Sed si ex eo contractu peculium habeat aut in rem meam versum sit, nec velim quo locupletior sim solvere, replicari de dolo malo oportet. Nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram*; D. 15.1.47 pr. (Paul. 4 *ad Plaut.*): *Quotiens in taberna ita scriptum fuisset «cum Ianuario servo meo geri negotium veto», hoc solum consecutum esse dominum constat, ne institoria teneatur, non etiam de peculio*; D. 15.1.29.1 (Gai 9 *ad ed. prov.*): *Etiam si prohibuerit contrahi cum servo dominus, erit in eum de peculio actio.*

¹⁸ BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale*, cit., 23-25, nt. 23-24; 37; vd. *supra*, nt. 4.

contrattare validamente con i terzi nei limiti del peculio stesso, in quanto si sarebbe realizzata un'indebita lesione dell'affidamento che questi avevano riposto nell'esistenza del peculio. Infatti, diversamente dal caso della *praepositio institoria* o *exercitoria* che deve essere adeguatamente pubblicizzata e attenzionata dai terzi, al fine di determinare le effettive possibilità concesse al servo *magister* o *institor*, nel caso dell'*actio de peculio*, l'unico elemento a cui i terzi devono prestare attenzione è costituito dall'esistenza stessa del *peculium*.

Detto ciò, non può affermarsi con certezza che la *concessio peculii* non sia da tutti i giuristi considerata necessaria alla costituzione del peculio¹⁹. Lo stesso Buti, infatti, è disposto ad ammettere che «dall'esame del pensiero dei singoli giuristi emerga una notevole varietà di punti di vista, ed una certa linea di evoluzione: dalla concezione della *concessio peculii* come atto non formale, ma comunque esplicito ed imprescindibile per la formazione del quasi patrimonio dei servi, alla concezione che il peculio possa formarsi anche senza un atto esplicito del *dominus*, con la sua semplice tolleranza»²⁰.

In realtà, allo stato attuale delle nostre conoscenze non possiamo determinare con certezza quali debbano essere state le vicende relative alla *concessio peculii*. D'altronde, pur riconoscendo una parziale difformità tra le tesi dei giuristi²¹ ed una certa linea evolutiva, non

¹⁹ BUTI, *Op. cit.*, 20; 37.

²⁰ BUTI, *Op. cit.*, cit., 35.

²¹ In realtà, nelle fonti può riscontrarsi una notevole diversità di opinioni a proposito della *concessio peculii*. Alcuni giuristi, infatti, erano del parere che la costituzione del peculio dovesse avvenire sempre tramite un esplicito atto di concessione da parte del *dominus*: D. 15.1.6 ('..quid dominus servo peculium constituit..'); D. 15.1.7.1 (secondo Marcello, infatti, '*peculium servus habere non potest nisi concedente domino..*'); D. 15.1.3.3 ('..pupillum non posse servo peculium constituere..') D. 15.1.7.3 ('..totum ex domini constitutione pendeat..'). Altri, invece, richiedevano l'esistenza di un semplice *permissum* (D. 15.1.5.3: '*permissum..*'; D. 41.2.1.5: '*qui eis peculium habere permissimus..*'), o addirittura prescindevano del tutto da un atto espresso di volontà del *dominus*, esigendo la semplice tolleranza: D. 14.3.17.4 ('..si eo contractu peculium habeat..'); D. 40.7.3.12 ('..idoneus fuerit ad acquirendum et conservandum peculium..'); D. 40.7.13.1 ('*ex peculio dare potest quod quocumque modo acquisitum*'); D. 15.1.7.1 (nella parte attribuibile ad Ulpiano si legge '*..ego autem puto non esse opus concedi peculium a domino servus habere, sed non*

crediamo, tuttavia, che si sia mai potuta riconoscere l'esistenza di un peculio senza un atto espresso di costituzione²², vista l'importanza assunta dalla destinazione dei beni che lo costituivano e che, in qualche modo, doveva formalizzarsi ed esplicitarsi.

Non ci sembra condivisibile, inoltre, l'affermazione per cui la *concessio peculii* non possa configurarsi come un'idonea autorizzazione a contrattare per il servo. Tanto è vero che se il peculio non viene espressamente revocato, il servo o il *filius* potranno compiere validamente atti negoziali relativi al peculio, e il *dominus* o il *pater* non potranno esimersi dalla responsabilità ad essi conseguente.

adimi, ut habeat..); D. 15.1.3.4 (*..servus peculium habere potest non si fuerit concessum ut habeat, sed si non fuerit prohibitum, ne habeat..*).

Generalmente la dottrina spiega la discordanza ravvisabile nel pensiero dei giuristi con l'evoluzione storica; vd. MICOLIER, *Pécule*, *Op. cit.*, 230ss; BUTI, *Op. cit.*, 35. Entrambe gli autori credono, infatti, pur nella parziale diversità della loro ipotesi, di poter scorgere una linea evolutiva che conduce al superamento delle originarie condizioni rigorose un tempo richieste per la costituzione del peculio, e, quindi, alla possibilità che lo schiavo o il *filius familias* potessero avere un *peculium* indipendentemente da una manifestazione di volontà positiva da parte dell'avente potestà, tranne che questi non avesse esplicitato una volontà contraria. Per una trattazione compiuta sul tema vd. anche BURDESE, *Considerazioni in tema di peculio c.d. profettizio*, cit., 72ss; DI PORTO, *L'impresa collettiva*, cit., 242, nt. 70.

Comunque, è agevole notare che anche in quei passi in cui non si fa riferimento ad un atto espresso di volontà da parte del *dominus* o *pater*, ma alla semplice tolleranza, i giuristi chiariscono, tuttavia, che la volontà dell'avente potestà è presunta: D. 41.2.1.5 (Paul 54 *ad ed*): *Item adquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Iuliano placuit, quia nostra voluntate intellegantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus.*». Lo stesso BUTI, *Op. cit.*, 35 lo ammette: «i servi, insomma, possono procacciarsi un peculio (con donativi da terzi o con il loro guadagno o risparmi, come afferma Gaio in D. 12.1.18 pr.) e la volontà del *dominus* è presunta, bastando che non manifesti, con l'*ademptio*, di non volere permettere al servo di avere un *peculium*».

²² In alcuni casi addirittura si richiede che la concessione del peculio non possa essere meramente verbale ma che debba concretarsi in una *datio*: D. 15.1.8 (Paul 4 *ad Sab*): *Non statim quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit, sed si tradidit aut, cum apud eum esset, pro tradito habuit: desiderat enim res naturalem dationem. Contra autem simul atque noluit, peculium servi desinit peculium esse.*

Una volta costituito, infatti, il peculio non risente delle eventuali vicende modificative sia della sua consistenza patrimoniale²³, oppure del mutamento del soggetto che esercita la potestà²⁴, né dei divieti espressamente posti dal *dominus* o *pater*²⁵.

2. *Configurazione della responsabilità del pater o del dominus come un'obligatio di carattere personale determinata da due presupposti: l'esistenza del peculium apud eos, e conclusione dell'atto 'causa peculiari'.*

Per quanto riguarda la natura della responsabilità sancita dell'*actio de peculio* è necessario compiere alcune valutazioni ulteriori.

Da quanto detto nel paragrafo precedente, sembrerebbe, infatti, che essa sia legata al *peculium*, più che alla persona del servo o del *filius*, o a quella del *pater* o del *dominus*. Infatti, le testimonianze precedentemente citate, sembravano conferire una prospettiva di «realità» all'azione in questione, identificando nell'esistenza del *peculium* presso il *dominus* o *pater* il presupposto fondamentale dell'azione. D'altronde, nei responsi

²³ D. 15.1.30 pr.; *supra*, nt. 12.

²⁴ E' questo il significato che, a nostro parere, può essere attribuito ai brani in cui il mutamento dell'avente potestà non rende necessario un nuovo atto di costituzione del peculio ma un semplice atto di tolleranza: D. 15.1.3.4 (Ulp. 29 *ad ed*): *In furiosi quoque curatorem dicimus dandam de peculio actionem: nam et huius servus peculium habere potest, non si fuerit concessum, ut habeat, sed si non fuerit prohibitum, ne habeat*; D. 15.1.7.1 (Ulp. 29 *ad ed*): *Et adicit pupillum vel furiosum constituere quidem peculium servo non posse: verum ante constitutum, id est ante furorem vel a patre pupilli, non adimetur ex his causis. Quae sententia vera est et congruit cum eo, quod Marcellus apud Iulianum notans adicit posse fieri, ut apud alterum ex dominis servus peculium habeat, apud alterum non; ut puta si alter ex dominis furiosus sit vel pupillus, si (ut quidam, inquit, putant) peculium servus habere non potest nisi concedente domino. Ego autem puto non esse opus concedi peculium a domino servum habere, sed non adimi, ut habeat. Alia causa est peculii liberae administrationis: nam haec specialiter concedenda est.*

²⁵ *Supra*, nt. 17.

dei giuristi è palese l'assimilazione del regime dell'*actio de peculio* a quello della *reivindicatio* (D. 15.1.30 pr.)²⁶ o delle azioni nossali:

D. 11.1.9.8 (Ulp. 22 *ad ed*): *Si de peculio agatur, non oportere responderi a patre vel domino, an in potestate habeat filium vel servum, quia hoc solum quaeritur, an peculium apud eum cum quo agitur est.*

Nel brano è chiaro il riferimento all'*interrogatio in iure*²⁷ e, quindi, alla responsabilità del *dominus* o *pater* per gli atti illeciti compiuti dai *fili* o dai servi. E, in realtà, anche in ordine alle azioni nossali vi è chi ha sostenuto che esse potessero configurarsi come delle *actiones in rem* volte a realizzare una *vindicatio* dello schiavo o del *filius*²⁸.

In effetti, non può negarsi che, così come nelle azioni nossali la responsabilità è strettamente legata alla persona del servo o del *filius*, parimenti nell'*actio de peculio* è strettamente connessa all'esistenza stessa del *peculium*.

Abbiamo visto, però, che secondo l'opinione preferibile le azioni nossali sono delle azioni *in personam*, anche se l'*obligatio* che si fa valere è - come dice bene Pugliese - un'*obligatio propter rem*. Così, anche per l'*actio de peculio* non vi è dubbio che si sanziona un vincolo di natura obbligatorio, seppur strettamente legato al *peculium*, ed al suo ammontare.

Va considerato, inoltre, che in D. 11.1.9.8 il giurista richiama espressamente l'*interrogatio in iure* per ribadire, tuttavia, la profonda differenza di regime esistente tra l'*actio de peculio* e l'*actio noxalis*.

Infatti, nel caso delle azioni nossali la responsabilità del *pater* e del *dominus* è legata unicamente all'esistenza del rapporto potestativo, e al conseguente assetto patrimoniale della famiglia romana. Ciò dipende principalmente dal fatto che la responsabilità connessa al compimento dell'atto illecito grava direttamente ed esclusivamente al soggetto *alieni iuris* che ha commesso l'atto, e di conseguenza, l'azione lo segue presso tutti i successivi aventi potestà. In tal senso si spiegano la necessità dell'

²⁶ *Supra*, nt. 12.

²⁷ *Infra*, nt. 29.

²⁸ *Supra*, Cap. II, § 3.

interrogatio in iure, rivolta al convenuto per accertare ‘*an servus eius sit*’²⁹ e le altre particolarità relative al regime delle azioni nossali.

Nel caso dell’*actio de peculio*, invece, non si indaga su chi esercita la potestà sullo schiavo al momento dell’azione, ma si chiede solo che il peculio si trovi presso colui col quale si agisce. La legittimazione passiva all’azione si determina in relazione al *peculium*, e non in base al rapporto potestativo esistente con servo o *filius* al momento della proposizione dell’azione.

Sembrerebbe, dunque, che ai fini dell’*actio de peculio* il rapporto potestativo non rivesta alcuna importanza. Tuttavia, le fonti smentiscono tale convinzione restituendoci un’importante testimonianza, relativa addirittura all’*incipit* dell’*edictum* relativo all’*actio de peculio*:

D. 15.1.1.2 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Verba autem edicti talia sunt: «quod cum eo, qui in alterius potestate esset negotium gestum erit».*

Il brano ulpiano, della cui autenticità non può dubitarsi, ci indica chiaramente - in conformità a quelle che dovevano essere le prescrizioni

²⁹ Accertato, infatti, che secondo il regime delle azioni nossali è responsabile solo colui che esercita la potestà sul servo o figlio, autore dell’illecito, al momento dell’esercizio dell’azione, è evidente l’importanza dell’*interrogatio in iure*. E’ necessaria, dunque, per accertare la legittimazione passiva («Passivlegitimation») all’azione nossale. Sull’*interrogatio in iure* vd. principalmente, SANFILIPPO, “*Interrogatio in iure*”. *Profilo storico*, Scritti Jovene, 631ss; GIMENEZ- CANDELA, *De la qualité de défendeur à l’action noxale*, in *RH* 60 (1982) 68, nt.3; ID. *La contribution des tablettes Pompéiennes aut droit romain*, in *Puteoli-Studi di Storia Antica*. VII-VIII, Napoli, 1983-1984, 71ss, e dottrina ivi citata. In realtà, vi sono dubbi in dottrina sull’esistenza di una sola *interrogatio in iure* o più *interrogationes* differenti, relative, una, alla proprietà dello schiavo, l’altra, alla potestà esercitata di fatto su di esso. Sul problema specifico vd. SANFILIPPO, “*Interrogatio in iure*”, cit., 651: «l’*interrogatio in iure* nel caso delle azioni nossali, unica o duplice che sia, ha una diversa funzione a seconda che si consideri il *caput noxium* assente o presente *in iure*. Se il colpevole è assente, l’*interrogatio in iure* è un mezzo preparatorio per ottenere (nell’ipotesi di risposta affermativa) la *exhibitio* o la *defensio* dell’assente. Se il colpevole è presente mira ad ottenere (supposta sempre la risposta affermativa) la *ductio* di esso o l’*accipere iudicium* da parte dell’avente potestà (p. 656-657)». GIMENEZ CANDELA in *De la qualité de défendeur à l’action noxale*, cit., 67, invece, crede di trovare una soluzione diversa nella Tav. Pomp. 25, nella quale non si agisce proponendo due *interrogationes* distinte, ma un’unica *interrogatio* riguardante sia la proprietà che la *potestas*.

dell'editto originario - che ad essere convenibile era colui che esercitava la potestà sul servo o sul *filius* al momento della conclusione del negozio.

Deve ammettersi, allora, che il rapporto potestativo rilevi anch'esso al fine della determinazione della legittimazione passiva all'*actio de peculio*. Tuttavia, diversamente dalle azioni nossali, non va perseguito colui nella cui potestà si trova attualmente lo schiavo o il *filius* responsabile dell'illecito, ma colui che esercitava la potestà sullo schiavo o *filius* al momento stesso in cui l'atto negoziale, per il quale si agisce, era stato compiuto.

E' necessario interrogarsi a questo punto sulle ragioni che possano giustificare la diversità di regime prospettata dalle fonti.

La risposta non può essere che una: le *a.a.q.*, benché si basino come le azioni nossali sull'esistenza del rapporto potestativo, tuttavia fin dalla loro originaria configurazione si connettono anche al fatto che il *dominus* o il *pater* abbiano conferito al *filius* o al servo un espresso incarico di agire con i terzi nel proprio interesse, o che abbiano affidato loro la cura di parte o della totalità dei loro beni o affari, o dal fatto stesso che i proventi dell'attività svolta da questi soggetti abbiano determinato un arricchimento diretto della loro sfera giuridica.

Nel caso delle *a.a.q.*, infatti, il rapporto potestativo passa quasi in secondo piano³⁰ rispetto all'esistenza di *praepositiones*, di *iussa*, di *peculia*, o *merx peculiaris*, perché questi ultimi consentono di riferire l'atto negoziale, e quindi, la responsabilità ad essi susseguente, direttamente alla sfera giuridica del *dominus*, *pater* o preponente.

Si comprende allora, perché in relazione alle *a.a.q.* non si rende necessaria l'*interrogatio in iure*, o non si determinano particolari problemi in relazione all'*indefensio* o all'esibizione dello schiavo.

³⁰ Nel caso delle *a.a.q.* il rapporto potestativo non è l'unico presupposto della responsabilità del *pater* o *dominus*, ma si richiede l'esistenza di atti di «legittimazione esterna» (*praepositio*, concessione del *peculium*, *iussum*) che autorizzino il servo o il *filius* al compimento dell'atto negoziale, e che determinino la responsabilità dei loro aventi potestà. Vi è dunque, questa dimensione ulteriore che nel corso del tempo diventa prevalente ed assorbente, specialmente per le *actiones exercitoria* ed *institoria*, per le quali può effettivamente parlarsi, da un certo momento in poi, di «responsabilità imprenditoriale»; vd. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., 18ss.

Di conseguenza - mentre la responsabilità nossale è ambulatoria perché è strettamente legata allo schiavo o al *filius*, e quindi lo segue in tutte le vicende potestative successive - la responsabilità sanzionata dall'*actio de peculio*, invece, è legata unicamente a colui che esercitava il rapporto potestativo al momento della conclusione del negozio, e permane in capo a tale soggetto indipendentemente dalle vicende soggettive successive che dovessero modificare o estinguere i rapporti potestativi vigenti in quel momento³¹.

Non vi è dubbio, però, che la responsabilità del *dominus* o *pater* sia causata dall'attività del servo e dall'esistenza del *peculium*, quindi è una responsabilità propria dell'avente potestà che *competit servi o filii nomine*³².

I giuristi infatti intervengono chiaramente per distinguere gli atti conclusi dal servo nel suo esclusivo interesse da quelli conclusi *causa peculiari* o *in rem domini*, per i quali solamente si prospetta una responsabilità personale del *dominus*:

D. 15.1.47.1 (Paul. 4 *ad Plaut*). *Sabinus respondit non alias dandam de peculio actionem in dominum, cum servus fideiussisset, nisi in rem domini aut ob rem peculiarem fideiussisset.*

Paolo riferisce addirittura il parere di Sabino, mostrando che questa era probabilmente un'opinione consolidata e risalente tra i giuristi romani.

Al contrario, se è vero che ad un certo punto dell'evoluzione giuridica, allo schiavo si riconobbe la capacità di compiere atti nel suo interesse o nell'interesse di altri che non fossero il suo *dominus*, altrettanto chiaramente, si precisa che in quel caso egli non agiva *'rem*

³¹ D'altronde, questa è la regola anche nel caso dell'*actio exercitoria* o *institoria* (*supra*, Cap. IV § 5), dell'*actio de in rem verso* (*infra*, § 7.2), dell'*actio quod iussu* (*infra*, § 8), e dell'*actio tributaria* (*infra*, § 9). Doveva atteggiarsi in maniera simile anche l'originario regime dell'*actio de peculio* - conforme all'editto pretorio - che venne mantenuto fermo anche in età classica, sebbene in relazione ad esso si ammisero delle parziali deroghe in relazione ad alcuni mutamenti dell'assetto potestativo vigente al momento della conclusione dell'atto negoziale; *infra*, § 6.1, 6.2.

³² Sul significato dell'espressione *'servi nomine'* cfr. *supra*, Cap. I, § 2.1; 2.2; 2.3.

peculiarem’ e, quindi, che il *dominus* non poteva essere convenuto con l’*actio de peculio*. La contrapposizione tra le due situazioni emerge chiaramente dalle fonti:

D. 15.1.3.5 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Si filius familias vel servus pro aliquo fideiusserint vel alias intervenerint vel mandaverint, tractatum est, an sit de peculio actio. Et est verius in servo causam fideiubendi vel mandandi spectandam, quam sententiam et Celsus libro sexto probat in servo fideiussore. Si igitur quasi intercessor servus intervenerit, non rem peculiarem agens, non obligabitur dominus de peculio.*

Il giurista si chiede se debba darsi l’*actio de peculio* contro il *pater* o il *dominus* nel caso in cui il *filius* o il servo abbiano prestato fideiussione nei confronti del terzo, oppure siano intervenuti o abbiano dato mandato nell’interesse di altri. A parere di Ulpiano per la soluzione ‘*causam fideiubendi vel mandandi spectandam*’, conformemente a quanto aveva detto Celso. Se, dunque, il servo abbia agito nella qualità di *intercessor* e non nell’interesse del *peculium*, ‘*non obligabitur dominus de peculio*’³³.

Dunque, solo gli atti conclusi ‘*rem peculiarem agendo*’ consentono l’esperimento dell’*actio de peculio* contro il *pater* o il *dominus*. Ma vi è di più, in quanto in molti passi relativi all’*actio de peculio* si precisa che gli atti conclusi ‘*causa peculiari*’ danno luogo alla possibilità di esperire l’azione contro gli aventi potestà poiché determinano la costituzione di un vincolo obbligatorio in capo ad essi, definibile in termini di

³³ Nel frammento successivo Ulpiano ricorda che nello stesso senso si era espresso anche Giuliano nel libro dodicesimo dei suoi *Digesta*, ritenendo che bisognasse guardare alla causa del negozio concluso. Infatti, se il *dominus* aveva mandato il servo ad adempiere un debito, si doveva accertare per quale causa fosse stato realizzato il mandato in questione: D. 15.1.3.6 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Iulianus quoque libro duodecimo digestorum scribit, si servus mandaverit, ut creditor meo solveretur, referre ait, quam causam mandandi habuerit: si pro creditore suo solvi mandavit, esse obligatum dominum de peculio: quod si intercessoris officio functus sit, non obligari dominum de peculio.*

*obligatio*³⁴. Nel precisarlo, i giuristi non potevano esprimersi più chiaramente.

Di conseguenza, non può pensarsi che gli atti compiuti dal servo nell'ambito del *peculium* siano conclusi in nome proprio e nel proprio interesse. I passi da noi esaminati lasciano supporre, invece, che la responsabilità connessa all'*actio de peculio* non fosse legata al soggetto a potestà che aveva concluso l'atto negoziale, ma *ab origine* al suo *dominus* o *pater*. D'altronde le *res peculiares* appartengono al *dominus*³⁵ pur se, dallo stesso, sono state separate dal resto dei suoi beni e destinate funzionalmente ad uno scopo ben preciso. Quindi, il fatto stesso che un'azione sia data *in peculium* significa unicamente che viene data contro il *dominus*³⁶.

In conclusione, siamo del parere che possa concordarsi nelle linee generali con l'ipotesi che ravvisa nella costituzione del peculio un'autorizzazione a contrarre³⁷.

A nostro parere, tuttavia, questa autorizzazione non individua atti o settori specifici di attività, ma presenta i caratteri di UNA AUTORIZZAZIONE GENERICA ALL'ATTIVITÀ NEGOZIALE IN ORDINE AD UN

³⁴ Sono diversi i passi in cui si legge espressamente che il *dominus* o il *pater* '*sunt obligati de peculio*': D. 15.1.3.3; D. 15.1.3.5; D. 15.1.3.6; D. 15.1.3.9; D. 15.1.9.8 (*supra*, Cap. IV, *Introd.*). Sul valore di queste espressioni vd. *infra*, Cap. VI § 1.

³⁵ Siamo del parere che su questo punto non possano esservi dubbi. Il peculio appartiene solo di fatto al servo o al *filius*. Tanto è vero che, alla morte dell'avente potestà, i beni peculiari entrano in successione e spettano agli eredi, anche se lo schiavo ha acquistato la libertà e anche nel caso in cui gli sia stato concesso il *peculium*; *infra*, 6.2. Così, nel caso del *filius*, se il peculio non sia stato a lui prelegato, va assegnato a tutti gli eredi in ragione della quota che spetta a ciascuno di essi; *supra*, Cap. III § 2.

³⁶ In senso contrario si esprime BUTI, *Op. cit.*, 192, nt. 101; 201-201 nt. 117, il quale ritiene che le fonti in cui si legge che l'*actio de peculio* '*datur o competit in peculium*' (Gai 4.69; D. 2.14.30.1; D. 15.1.41; D. 21.1.57.1; D. 13.1.19) «...indicano con forza e concretezza come l'*actio de peculio* fosse in realtà diretta in primo luogo, proprio contro il peculio del servo e sanzionasse il suo debito (p. 192)». L'A. stesso cita, tuttavia, un parere di Donatuti - particolarmente apprezzabile a nostro parere - secondo il quale le espressioni esaminate avrebbero indicato soltanto che normalmente il *dominus* poteva detrarre dal peculio ciò che aveva pagato in seguito a *condemnatio de peculio* (D. 15.1.9.8).

³⁷ *Supra*, nt. 1.

DETERMINATO SCHIAVO O *FILIUS*, E, SOPRATTUTTO, IN RELAZIONE A DETERMINATI BENI³⁸.

Infatti, la condanna richiede che l'atto negoziale sia stato compiuto dal soggetto a potestà nei limiti del peculio, e che al momento della condanna esista presso il *dominus* almeno una parte del peculio stesso.

In realtà l'*actio de peculio* ha una natura alquanto particolare: è un'*actio in personam* ma tende colpire il peculio, tanto è vero che il *dominus* non può essere condannato se non nei limiti del peculio esistente presso di lui.

Non può dirsi, tuttavia che tramite l'*actio de peculio* si sanziona il '*peculio e tramite esso l'obligatio del servo*'. Quella che si fa valere con l'*actio de peculio* non è un'obbligazione contratta in nome e nell'interesse dell'*alieni iuris* che ha agito, ma è UN'*OBLIGATIO PROPRIA DEL DOMINUS*, sebbene condizionata dall'esistenza di due presupposti: il rapporto potestativo e la concessione al servo o al *filius* di un peculio, che va inteso COME PATRIMONIO FUNZIONALMENTE VINCOLATO ED INDIVIDUATO IN TAL SENSO SIA SOGGETTIVAMENTE (SCHIAVO O *FILIUS* A CUI È AFFIDATO), CHE OGGETTIVAMENTE (BENI CHE MATERIALMENTE LO COMPONGONO).

3. *Preclusione processuale ed estinzione dell'o.n. garantita da fideiussio in concorso con l'obligatio de peculio del dominus.*

D'altronde, utili indicazioni al fine di ricostruire meglio il regime dell'*actio de peculio* e determinare, quindi, la natura dell'*obligatio* da essa sanzionata possono derivare dall'esame del regime della preclusione processuale e del concorso di azioni.

³⁸ I beni non sono soltanto quelli che il *dominus* o il *pater* hanno attribuito espressamente al servo o al *filius*, ma anche quelli ricevuti in legato o in donazione da terzi, o anche quelli che hanno acquisito o permutato con beni peculiari; vd. D. 15.1.7.4-5-6.

A tal proposito, infatti, vi sono una serie di testimonianze dalle quali si evince espressamente che le obbligazioni gravanti sul *filius* e il servo sono nettamente distinte da quelle che riguardano il *dominus* o il *pater*, e altrettanto chiaramente che sono queste ultime e non le prime ad essere sanzionate tramite l'*actio de peculio*.

Va precisato, tuttavia, che nel caso dell'*actio de peculio*, visto che i soggetti a cui è affidato il peculio possono essere solo soggetti *alieni iuris*, i termini del problema si pongono in modo differente rispetto alle *actiones exercitoria* ed *institoria*³⁹.

Dei *filiis familias* tratteremo più avanti⁴⁰. Per quanto riguarda i servi, non vi è dubbio che non può configurarsi alcun concorso tra l'*actio de peculio* esercitabile contro il *dominus* e l'azione diretta contro il servo, visto che la possibilità di agire contro il servo non fu mai ammessa nell'esperienza giuridica romana.

L'attenzione della dottrina romanistica si è incentrata, tuttavia, sull'interpretazione di alcuni brani relativi al concorso tra l'*actio de peculio*, esercitabile contro il *dominus*, e l'*actio ex stipulatu*, proponibile contro il fideiussore del servo. Sappiamo, infatti, che in seguito al progressivo riconoscimento del *debitum servi* ed alla creazione dell'*o.n.*, fu ammessa la possibilità di assumere fideiussori non solo per l'*obligatio* del *dominus*, ma anche per l'*o.n.* del servo. Di conseguenza, si determinarono una serie di questioni controverse relative alla possibilità di esercitare l'azione contro i fideiussori del servo una volta esperita l'*actio de peculio* contro il *dominus*, e viceversa.

Ebbene, in ordine ad esse la dottrina si è divisa, interpretando differentemente le testimonianze esistenti. Il contrasto verte soprattutto su alcune, ed in particolare su D. 46.3.84; D. 46.3.38.2; D. 44.2.21.4.

Il primo è un brano molto risalente, attribuito addirittura a Proculo:

D. 46.3.84: (Procul. 7 *epist.*): *Egisti de peculio servi nomine cum domino: non esse liberatos fideiussores eius respondit. At si idem servus ex peculio suo permissa administratione peculii nummos solvisset, liberatos esse fideiussores eius recte legisti.*

³⁹ *Supra*, Cap. IV § 4.

⁴⁰ *Infra*, § 5.

A parere del giurista la mera proposizione dell'*actio de peculio* non produce effetto estintivo sulle *obligationes* dei *fideiussores* del servo⁴¹. Tuttavia, se il servo, *permissa administratione*⁴², paga ed estingue il debito, anche i fideiussori saranno liberati.

⁴¹ In passato si dubitava se l'*eius* dovesse riferirsi al *dominus*, convenuto con l'*actio de peculio* o, invece, al *servus*. BURDESE, *La nozione classica*, cit., 43, aveva ritenuto, infatti, che l'*eius* in questione si riferisse al *dominus*, anche perché al tempo di Proculo, non doveva nemmeno porsi il problema di distinguere i fideiussori del servo da quelli del *dominus*, visto che in quel momento storico chi avesse prestato fideiussione per il debito contratto dal servo non poteva intendersi che fideiussore del *dominus*. E in tal senso - sulla scorta di D. 44.2.21.4 (*infra*, nt. 48) in cui si legge che l'esercizio dell'*actio de peculio* contro il *dominus* preclude la possibilità di agire successivamente contro il fideiussore - valutava la testimonianza di Proculo (D. 46.3.84) considerando insiticio il '*non*'. Di conseguenza, anche questo giurista avrebbe affermato che in base alla proposizione dell'*actio de peculio* i fideiussori del *dominus* sarebbero stati liberati. Sebbene in base a considerazioni differenti, propendeva per la natura insiticia del '*non*' anche LEVY, *Die Konkurrenz*, cit., 374. In realtà, come nota BROGGINI, *Obligatio naturalis*, cit. 499, l'*eius* sembra riferirsi al servo, specialmente in considerazione del successivo '*si idem servus*'. Nello stesso senso anche G. E. LONGO, *Ricerche*, cit. 68, nt. 50; BUTI, *Op.cit.*, 95, MANTELLO, *Beneficium servile*, cit., 332; lo stesso BURDESE, *Considerazioni*, cit., 100. In fatto, poi, che Proculo non conosceva il concetto di *o.n.*, non è un ostacolo di carattere decisivo per ammettere la possibilità di prestare fideiussione a favore del servo. Infatti, come abbiamo già precisato precedentemente, il processo di riconoscimento dell'autonoma rilevanza dei *debita servorum* al di fuori dell'ambito della responsabilità adietizia è progressiva e si afferma prima nella prassi socio-economica che nella mente dei giuristi. Di conseguenza, anche anteriormente al riconoscimento del concetto di *o.n.* che consolida e generalizza il fenomeno, non doveva essere assolutamente inconcepibile riconoscere una eventuale *fideiussio* a favore del servo già nel I sec. d.C.; in tal senso MANTELLO, *Beneficium servile*, cit., 332, nt., 221.

⁴² Sulla natura compilatoria dell'*administratio peculii* si è pronunciata la dottrina più antica, in piena conformità all'indirizzo generale del tempo che vedeva in essa una innovazione giustiniana; vd. ALBERTARIO, *Libera administratio peculii*, in *Studi di diritto romano* I, 1928, 149ss; G. LONGO, *Il concetto classico ed il concetto giustiniano di 'administratio peculii'*, in *Ricerche romanistiche*, Milano, 1966, 378ss; ID, *Libera administratio peculii. I limiti e lo spirito di una innovazione giustiniana*, in *BIDR* 38 (1930) 35ss ora in *Ricerche romanistiche*, Milano, 1966, 391ss; ID, *Appunti critici*, cit., 419ss. Tuttavia, già MICOLIER, *Pécule*, cit. 529ss era di diverso avviso, e più recentemente anche MANTELLO, *Beneficium servile*, cit., 301ss nt. 175; BUTI, *Op. cit.*, 53 nt. 96; BURDESE, *Considerazioni in tema*, cit., 100ss; vd. *supra*, Cap. III, § 4.3, nt. 415.

La dottrina prevalente accetta la sostanziale autenticità del brano, ritenendo plausibile che l'eventuale esperimento dell' *actio de peculio* contro il *dominus* non espliciti efficacia liberatoria nei confronti dei garanti dei servi⁴³. La motivazione andrebbe ritrovata nel fatto che il primo giudizio non deve aver comportato la piena soddisfazione del creditore⁴⁴.

A sostegno dell'ipotesi espressa viene richiamato, d'altronde, un brano di Africano relativo alla medesima questione:

D. 46.3.38.2 (Afric. 7 quaest.): *De peculio cum domino actum est: is damnatus solvit. Et fideiussores pro servo acceptos liberari respondit: eandem enim pecuniam in plures causas solvi posse argumentum esse, quod, cum iudicatum solvi satisfatum est et damnatus reus solvat, non solum actione iudicati, sed etiam ex stipulatu et ipse et fideiussores liberentur. Et magis simile esse, quod, cum possessor hereditatis existimans se heredem esse solverit, heres non liberetur: tunc enim propterea id evenire, quod ille suo nomine indebitam pecuniam dando repetitionem eius haberet.*

Sostiene, infatti, Africano che nel caso in cui il *dominus* sia stato convenuto *de peculio* e, *damnatus*, abbia pagato, in questo caso i fideiussori del servo sono liberati. La spiegazione della soluzione data dal

⁴³ KRÜGER, *Processualische Consumption*, cit., 198; BEKKER, *Die Aktionen*, cit., 322; BUCKLAND, *The roman Law*, cit., 694ss; BETTI, *D. 42,1,63. Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, 1922, 187; MICOLIER, *Pécule*, cit., 669; BURDESE, *Controversie giurisprudenziali in tema di capacità degli schiavi*, cit., 173 nt.72; G. E. LONGO, *Concetto*, cit., 107; MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA* 24 (1955) 240 nt. 336; FREZZA, *Le garanzie*, I cit., 132; SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali*, cit., 44; MANTELLO, *Beneficium servile*, cit., 209; BROGGINI, *Obligatio naturalis*, cit. 499; BUTI, *Studi sulla capacità*, cit., 237ss; da ultima S. LONGO, «*Actio*» contro il «*fideiussor servi*» e «*actio de peculio*» contro il «*dominus*», in *Labeo* 44 (1998) 401ss.

⁴⁴ Basti considerare l'*incipit* della seconda parte del responso '*at si idem servus*' che sottintende una chiara contrapposizione con le affermazioni precedenti; in tal senso BROGGINI, *Obligatio naturalis*, cit. 499, il quale ritiene che l' «*at*» in questione fosse stato utilizzato proprio per contrapporre «l'adempimento dell'obbligo da parte del servo, che libera i fideiussori, al mancato adempimento da parte del *dominus* che non li libera».

giurista andrebbe ritrovata questa volta nel fatto che ‘*eandem pecuniam in plures causas solvi posse*’. Così nel caso in cui il debitore abbia prestato, in aggiunta all’*obligatio* principale, una *sadisdatio iudicatum solvi*, e, condannato, abbia pagato il suo debito, non solo è liberato dall’*actio iudicati*, ma anche dall’*actio ex stipulatu* derivante dalla *satisdatio iudicatum solvi*. Congiuntamente, sono liberati, anche gli eventuali garanti⁴⁵, assunti per il debito in questione⁴⁶.

Sarebbe, così, confermato il principio per cui solo la *solutio* del debito assunto dal servo è idonea ad estinguere l’obbligazione dei fideiussori, e non la mera proposizione dell’azione o la conclusione della *litis contestatio*⁴⁷.

Ben diversa sarebbe, invece, la soluzione data da Pomponio in un discusso brano del suo *Commentarium ad Sabinum*:

D. 44.2.21.4 (Pomp. 31 *ad Sab.*): *Si pro servo meo fideiusseris et mecum de peculio actum sit, si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re iudicata.*

Effettivamente il testo è stato sottoposto a forti critiche testuali, che riguardano prevalentemente la menzione dell’*exceptio rei iudicata*⁴⁸. Di

⁴⁵ LENEL, *Palingenesia*, I, cit., 21 nt. 2 propone di emendare il brano sostituendo <*sponsores*> a [*fideiussores*]. Il rilievo formale non è tale, tuttavia, da comportare un mutamento significativo del contenuto del brano.

⁴⁶ Nell’interpretare il brano non teniamo conto della sua parte finale (*Et magiseius haberet*), poiché sembra del tutto estranea alla problematica affrontata nella prima parte, tanto è vero che Lenel (*Paling.* I, 21, nt. 3) la colloca in un paragrafo diverso.

⁴⁷ *Supra*, nt. 43-44.

⁴⁸ In realtà, l’espressione in questione è stata oggetto di diverse valutazioni. La dottrina più antica la riteneva genuina, in quanto reputava che il giudizio precedente si fosse concluso con una sentenza di assoluzione per accertata inesistenza del debito, che avrebbe avuto efficacia pregiudiziale nei confronti della lite successiva; vd. KRÜGER, *Processualische Consumption*, cit. 200; ERMAN, *Conceptio formularum*, cit., 348ss; FERRINI, *La consumzione processuale*, Opere III, Milano, 1929, 292; IDEM, *Die processualische Consumption der actio de peculio*, in *ZSS* 21 (1900) 191ss; BETTI, *D. 42,1,63. Trattato dei limiti soggettivi*, cit., 187. Altra parte della dottrina ritiene, invece, che l’*exceptio* in questione sarebbe frutto dell’intervento dei compilatori i quali avrebbero sostituito l’*exceptio rei iudicatae* ad una originaria *exceptio rei in iudicium*

conseguenza, sono state avanzate differenti ipotesi sull'attendibilità e il significato del brano, che vedono prevalere recentemente coloro che considerano il brano di Pomponio degno di scarsa attenzione rispetto a D. 46.3.84 e D. 46.3.38.2 perché tacciato di interpolazione⁴⁹, o perché frutto di una opinione isolata del giurista in questione⁵⁰. A parte la dottrina più antica⁵¹, solo pochi hanno tentato di riconoscerne la validità screditando, tuttavia, l'attendibilità delle altre due⁵².

deductae o *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*. L'intervento si giustificerebbe con la necessità di armonizzare la testimonianza di Pomponio con il nuovo principio di età giustiniana (C. 8.40.28) che attribuiva effetti consuntivi della lite solo alla soddisfazione effettiva del creditore e non alla *litis contestatio*; vd. BEKKER, *Die Aktionen*, cit., 323ss; BUCKLAND, *The roman Law*, cit., 696ss; LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., 368; SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, in *BIDR* 42 (1934) 522 ora in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 504ss; DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, cit., 228 nt. 1; BURDESE, *La nozione classica*, cit., 42; FREZZA, *Le garanzie*, I, cit., 133. Così anche MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, cit., 240ss, il quale sostiene che la menzione dell'*exceptio* andrebbe riferita unicamente ai compilatori, in quanto - tenendo conto del fatto che sia l'*actio de peculio* sia l'*actio ex stipulatu* erano *actiones in personam* ed *in ius* - il giurista non avrebbe mai potuto riferirsi ad una *exceptio* visto che in questi casi la preclusione operava *ipso iure*. I compilatori avrebbero parlato di *exceptio* poiché presso il diritto giustiniano la preclusione processuale operava solo *ope exceptionis*. Una via intermedia è seguita da BROGGINI, *Recensione a Longo*, cit., 371, il quale ritiene che quella citata nel testo di Pomponio sia l'*exceptio rei in iudicium deductae*. D'altronde, all'A. sembra ineccepibile non permettere un processo *de eadem res* proprio perché nulla ci lascia credere che il peculio fosse sufficiente a far fronte al debito. Ritiene, tuttavia, che in tale contesto potrebbe spiegarsi anche l'*exceptio rei iudicatae*, dato che dal responso non si evince se il terzo sia rimasto totalmente o parzialmente insoddisfatto mediante l'*actio de peculio*.

⁴⁹ cfr. nota precedente.

⁵⁰ BEKKER, *Die Aktionen*, cit., 323ss; in senso dubitativo MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, cit., 240ss; *supra*, nt. 48.

⁵¹ *Supra*, nt. 48.

⁵² LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., 368; SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, cit., 504ss; LONGO, *Concetto*, cit., 107, nt. 54; BURDESE, *La nozione classica*, cit., 43, i quali propendono per una natura insitica del 'non' in D. 46.3.84, e, al contempo, ritengono conciliabile la testimonianza di Pomponio contenuta in D. 44.2.21.4 con quella di Africano ricordata in D. 46.3.38.2. Recentemente S. LONGO, «*Actio*» contro il «*fideiussor servi*», 398ss ha riconosciuto pieno valore alla testimonianza di Pomponio, ritenendo, inoltre, che non sia configurabile alcun contrasto con le altre testimonianze, in quanto farebbe riferimento a fattispecie differenti.

E, in realtà, la testimonianza di Pomponio lascia ampi margini di dubbio riguardo alla sua autenticità, ma gran parte di essi dipendono forse dalle incertezze che vigono ancora oggi in ordine alla preclusione processuale.

Sappiamo, infatti, che il criterio a cui si fa riferimento per determinare in quali casi una lite non possa più essere riproposta perché identica ad una precedente, è quello dell'*eadem res*⁵³. In realtà, i giuristi romani hanno provveduto, sebbene sporadicamente, all'enunciazione di criteri generali che consentissero l'identificazione di questi casi⁵⁴, anche se il tenore stesso della loro formulazione determina non pochi problemi interpretativi⁵⁵. Si ritiene, comunque, che tra le due azioni dovessero ricorrere tre requisiti: l'identità dei soggetti, dell'oggetto e della causa.

Ebbene, alla luce di questi criteri, sembra proprio che tra *actio de peculio* e l'*actio ex stipulatu* non vi sia '*eadem res*'.

⁵³ Il principio è sancito espressamente nella nota regola '*bis de eadem re ne sit actio*', su cui principalmente Gai 4.106-107.

⁵⁴ D. 44.2.27 (Nerat. 7 membr): *Cum de hoc, an de eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum de quo agitur, causa proxima actionis. Nec iam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset, perinde ac si quis, posteaquam contra eum iudicatum esset, nova instrumenta causae suae reperisset*; D. 44.2.12 (Paul. 70 ad ed.): *Cum quaeritur, haec exceptio noceat nec ne, inspiciendum est an idem corpus sit*; D. 44.2.14 pr. (Paul. 70 ad ed.): *et an eadem causa petendi et eadem condicio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est*; D. 44.2.14.2 (Paul. 70 ad ed.): *Actiones in personas ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitatur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. Neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest*; su cui LIEBS, *Die Herkunft der 'Regel' bis de eadem res ne sit actio*, in ZSS 48 (1967) 108ss; PUGLIESE, voce '*Giudicato civile*' (storia) in *Enc. del Dir*, vol. 18, 738ss; LEVY, *Die Konkurrenz*, cit. 80; MARRONE, *La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell'eadem res*, in SDHI 64 (1998) 51ss e ulteriore bibliografia ivi citata.

⁵⁵ I giuristi citati nella nota precedente usano espressioni differenti, mostrando l'inesistenza di parametri univoci. Così, Nerazio parla di '*personae*' (D. 44.2.27), mentre Paolo (D. 44.2.14 pr.) di '*condicio personarum*'. E' difficile, inoltre, precisare di volta in volta cosa debba intendersi per *personae*, per *causa proxima* etc.; in proposito, vd. MARRONE, *La ripetizione della rivendica*, cit. 50-51ss.

Innanzitutto, considerata la natura accessoria della *fideiussio*, è evidente che l'*obligatio* del fideiussore deve avere lo stesso oggetto dell'*o.n.* D'altronde, l'*obligatio* che grava sul *dominus* è necessariamente legata all'intero ammontare del *debitum servi*, anche se in concreto la condanna può essere limitata al peculio esistente presso il *dominus*⁵⁶. Di conseguenza, anche l'*obligatio* del fideiussore e quella del *dominus* dovrebbero essere caratterizzate dall'*idem debitum*.

Tuttavia, a parte l'identità dei soggetti, che come sappiamo è il requisito considerato dai giuristi romani con minore rigore⁵⁷, manca certamente l'identità della causa, se per essa si intende l'identità del negozio che ne costituisce la fonte⁵⁸.

Così, in D. 46.3.84 la proposizione dell'*actio de peculio* nei confronti del *dominus* non libera i fideiussori del servo perché le obbligazioni sanzionate hanno cause differenti, sebbene fra loro intercorra un regime di solidarietà derivante dallo stesso oggetto. Di conseguenza, solo la *solutio*, e quindi la piena soddisfazione del creditore comporta la liberazione di tutti i condebitori. La preclusione processuale, invece, opera solo nei confronti del soggetto contro il quale è stata proposta l'azione e che ha concluso, quindi, la *litis contestatio*.

D'altronde, dalla *cautio iudicatum solvi*, prevista in D. 46.3.38.2, nasce un'obbligazione che ha lo stesso oggetto ma una causa differente rispetto all'obbligazione principale, per cui se si esperisce l'*actio iudicati*, ed il creditore rimane insoddisfatto, si estingue solo il rapporto dedotto in giudizio, mentre è possibile agire nuovamente con l'*actio ex stipulatu* derivante dalla *cautio*. L'azione può essere riproposta, infatti, perché non c'è *eadem res* tra le due azioni, e dunque per l'estinzione della pretesa creditoria non basta semplicemente che sia stata esperita una delle azioni o che su di essa sia stata conclusa la *litis contestatio*, ma è necessario che si stia adempiuta per intero la prestazione. E' ovvio,

⁵⁶ LENEL, *EP*, 283; LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., 359; BURDESE, *La nozione classica*, cit., 41.

⁵⁷ Per le *actiones in personam* il requisito della '*condicio personarum*' (*supra*, nt. 54) è quello che è stato considerato con minore rigidità; vd. MARRONE, *La ripetizione della rivendica formulare*, cit., 53.

⁵⁸ LEVY, *Die Konkurrenz*, I, cit., 80ss.

però che, soddisfatto, in uno di questi modi, l'intero credito, non sarà possibile agire nuovamente con l'altra azione.

Così, è altrettanto plausibile che l'accertamento tramite *iudicatum* di una eventuale inesistenza del *debitum* o di una causa di invalidità dello stesso possa avere effetto nei confronti dei fideiussori determinando la loro liberazione. Questa è la più antica opinione espressa sul controverso brano di Pomponio (D. 44.2.21.4)⁵⁹ - che fa leva sull'efficacia pregiudiziale della sentenza di assoluzione del *pater* con la quale si era concluso il precedente giudizio - e che risulta pienamente conciliabile con le soluzioni contenute negli altri responsi (D. 46.3.84; D. 46.3.38.2).

Affrontato questo problema, resta aperta un'altra questione, e cioè quella relativa al rapporto intercorrente tra l'*o.n.* del servo e quella del *dominus*. In dottrina si ritiene generalmente che i due rapporti obbligatori siano caratterizzati dall'*eadem res*, e quindi, che fra loro possa realizzarsi la preclusione processuale, anche in seguito alla sola conclusione della *litis contestatio* dell'*actio de peculio*⁶⁰.

Eppure un ben noto responso di Papiniano (D. 15.1.50.2) contrasta decisamente con questa conclusione. In esso, infatti, si legge che la proposizione dell'*actio de peculio* non estingue l'*o.n. servi*, tanto che per essa è ancora possibile prestare fideiussione anche *post litem contestatam* (*infra*, 3.1). Inoltre, vi sono alcuni responsi (D. 46.1.35 o D. 46.1.21.2-3)⁶¹ in cui i giuristi precisano chiaramente che una cosa è *fideiubere* per il servo, una cosa è, invece, prestare *fideiussio* per il *dominus*, ponendo una netta distinzione tra le due obbligazioni.

La dottrina prevalente ritiene che si tratti di eccezioni alla regola dell'*eadem res*⁶². E, in realtà, la mera applicazione del criterio considerato va incontro a difficoltà non trascurabili.

A noi sembra, innanzitutto, che la questione vada considerata in modo differente, in quanto non può configurarsi una preclusione processuale in senso proprio tra l'*obligatio* del *dominus* e l'*o.n. servi*, visto che quest'ultima è per sua natura priva di azione.

⁵⁹ *Supra*, nt., 134.

⁶⁰ *Infra*, 3.1.

⁶¹ *Infra*, § 4.

⁶² Vd. *infra*, § 3.1, nt.64; § 4.

Di conseguenza, nell'esaminare i passi relativi al regime dell'*actio de peculio*, non va accertato se tra l'*o.n. servi* e quella del *dominus* intercorra '*eadem res*', ma soltanto se l'*o.n.* sia o meno citata nell'*intentio* dell'*actio de peculio*, e quindi se sia oggetto della *litis contestatio* e dell'effetto estintivo ad essa connesso.

La questione, dunque, va rivista ponendo l'attenzione sul concreto sistema di interessi predisposto dai giuristi romani, più che sull'applicazione meccanica di criteri astrattamente individuati. D'altronde, la valutazione di questi fattori diviene ancora più necessaria se si considera che l'*o.n.* e le soluzioni suggerite in ordine ad essa sono unicamente delle creazioni giurisprudenziali, volte proprio al soddisfacimento di esigenze concrete.

Esaminiamo, dunque, la questione da questo punto di vista.

3.1 D. 15.1.50.2: *per ammissione esplicita degli stessi giuristi romani la proposizione dell'actio de peculio contro il dominus non determina la 'traslatio in litem' dell'o.n. servi.*

In quest'ottica va valutato e compreso, infatti, il brano di Papiniano tratto da libro nono dei *libri Quaestionum*:

D. 15.1.50.2 (Pap. 9 *Quaest.*): *Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fideiussor pro servo accipi potest et ideo, qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest quam si iudicium dictatum non fuisset, eadem ratione fideiussor quoque utiliter acceptus videbitur, quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur, in litem translata non est.*

Il responso è stato oggetto di frequenti e numerosi contrasti in dottrina. In particolare è stata sospettata di interpolazione la parte centrale del frammento in cui si riconosce la possibilità per il servo di

adempiere il suo debito anche quando è in corso l'*actio de peculio* contro il *dominus*, e precisamente dopo la conclusione della *litis contestatio*⁶³.

Comunque, quale che sia il valore e l'autenticità della parte centrale del brano, non è in grado di inficiare in alcun modo la restante parte, sulla quale non possono avanzarsi dubbi di genuinità. Anzi il suo significato è così chiaro ed esplicito da porre in imbarazzo anche i più attenti studiosi dell'argomento.

La *naturalis obligatio* del servo, infatti - secondo Papiniano - può costituire oggetto di *fideiussio*, anche dopo che il *dominus* è stato convenuto in giudizio con l'*actio de peculio*, "...quia in litem translata non est".

La dottrina, perplessa di fronte alla situazione prospettata da Papiniano, ha tentato di giustificare in vario modo l'anomalia.

⁶³ Vd. *Ind. Intp. ad h.l.*; MICOLIER, *Pécule*, cit., 669 nt. 45; G. E. LONGO, *Ricerche*, cit. 64; BROGGINI, *Obligatio naturalis*, cit., 513. In particolare BURDESE, *La nozione di naturalis obligatio*, cit., 39, così emenda il brano: "*Etiam postquam dominus de peculio conventus est, fideiussor pro servo accipi potest [et ideo, qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest quam si iudicium dictatum non fuisset eadem ratione fideiussor quoque utiliter acceptus videbitur] quia naturalis obligatio [quam etiam servus suscipere videtur] in litem translata non est*". Si sono pronunciati per la genuinità, invece, VAZNY, *Naturalis obligatio*, cit., 152; DEVILLA; *Studi sull'obligatio*, cit., 226; FREZZA, *Le garanzie*, cit., 132ss; SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali*, cit., 44ss. Per l'autenticità del frammento si pronuncia anche BUTI, *Studi sulla capacità*, cit., 182, nt. 79, il quale adduce questo brano insieme a D. 46.3.84 a conferma del fatto che i servi non solo potevano assumere autonomamente obbligazioni, ma potevano anche autonomamente soddisfarle. Ebbene, questa parte del responso nonostante sia stata tacciata di interpolazione, in effetti nella sostanza potrebbe essere degna di fede. Il sospetto deriva, oltre che dalle sconessioni di carattere formale rilevabili, anche dal fatto che le affermazioni in esso contenute sembrano contrastare decisamente con la ricostruzione formulata tradizionalmente accettata; di conseguenza, forse anche in maniera preconcetta, se ne è rifiutata l'autenticità. In realtà, il suo contenuto è perfettamente conforme - come vedremo - alle testimonianze presenti nelle altre fonti. Infatti, la circostanza che il servo possa pagare anche quando è stata proposta l'*actio de peculio*, o meglio in un momento successivo alla conclusione della *litis contestatio*, significa soltanto che il debito naturale non si è estinto, e che, quindi, non è stato dedotto in giudizio tramite l'*actio de peculio*. Tuttavia, va precisato che l'accettazione dell'autenticità dell'inciso non comporta affatto l'accoglimento dell'ipotesi di Buti, sulla quale ci siamo già pronunciati; *supra*, Cap. III, § 4; § 5.

Così - secondo Burdese⁶⁴ - saremmo in presenza di una «deroga ai normali principi secondo i quali la *litis contestatio* produce effetto estintivo dell'*obligatio* avente ad oggetto l'*eadem res*, e non v'ha dubbio che l'obbligo (naturale) del servo e l'obbligo del *dominus*, anche se la sua condanna è limitata all'ammontare del peculio, abbiano identico oggetto; la giustificazione a detta deroga viene ritrovata nel fatto che l'*obligatio naturalis* per la sua stessa natura non può venir dedotta in giudizio, né direttamente convenendo il debitore principale né quindi per via indiretta⁶⁵».

Quest'ultima osservazione è perfettamente condivisibile, tuttavia contrasta con quanto l'autore sostiene in nota⁶⁶ ritenendo che «il *dare oportere* fittizio del servo, richiamato nella formula dell'*actio de peculio*, sin dal suo apparire nell'editto pretorio, prima che si avanzasse la costruzione della *naturalis obligatio*, mantenga una sua esistenza autonoma rispetto a quest'ultima, venendo meno se dedotto in giudizio con l'esperimento dell'*actio de peculio*».

In realtà, se è vero, come abbiamo cercato più volte di mettere in evidenza, che l'*actio de peculio* è stata configurata nell'editto pretorio indipendentemente e precedentemente al concetto di *o.n.*, tuttavia il fittizio '*dare oportere*' del *servus*, non può essere considerato in maniera del tutto differente dall'*o.n.* Di conseguenza, a nostro parere, non può sostenersi, per un verso, che l'obbligo fittizio del servo si estingua e, al contempo, che le vicende di quest'ultimo possano essere del tutto distinte da quelle dell'*o.n. servi*.

In tal senso riteniamo maggiormente condivisibili le idee di Levy⁶⁷, a parere del quale è da negare decisamente la possibilità che il debito naturale del servo continui ad esistere dopo l'esperimento dell'*actio de peculio*. L'autore, infatti, ritiene senza ombra di dubbio che qualora nell'*intentio* dovesse essere menzionato l'*oportere* del servo, conclusa su di esso la *litis contestatio*, l'*o.n. servi* doveva necessariamente estinguersi.

⁶⁴ *La nozione classica*, cit., 40.

⁶⁵ *Op. ult. cit.*, 40.

⁶⁶ *Op. ult. cit.*, nt. 31.

⁶⁷ *Die Konkurrenz I*, cit., 359ss.

Non ci sembra condivisibile, invece, la conclusione a cui giunge l'autore ipotizzando che l'oggetto della *fideiussio*, citata nel brano, dovesse essere, allora, qualche altra *o.n.*, e, in particolare, l'obbligazione naturale nascente dalla *litis contestatio*. Infatti, se è vero che questa *obligatio* con molta probabilità è di fattura giustiniana⁶⁸, cade di per sé l'ipotesi di Levy. Inoltre, non vi sono elementi concreti nel passo di Papiniano da cui possa dedursi qualche riferimento al vincolo obbligatorio in questione.

In realtà, la spiegazione fornita dall'autore è condizionata dall'accettazione dell'opinione tradizionale sulla ricostruzione delle formule delle *a.a.q.* E, d'altronde, se la si accetta, non può che giungersi a questa conclusione.

Siamo, invece, convinti che la via da seguire sia un'altra. Non è necessario, infatti, adoperarsi nella ricerca di un'altra *o.n.* - diversa da quella del servo - che possa essere oggetto della *fideiussio* dopo la conclusione della *litis contestatio*, ma basta accettare l'idea che nell'*intentio* dell'*actio de peculio* non sia menzionata l'*o.n. servi*, ma l'*obligatio* del *dominus*.

Così, se nell'*intentio* dell'*actio de peculio* non viene dedotto il *dare oportere* dello schiavo ma quello del *dominus*, ed è su questo che si conclude la *litis contestatio*, l'*o.n. servi* non è dedotta in giudizio direttamente e, quindi, può essere oggetto di garanzia, o di adempimento *post litem contestatam*.

Ed in effetti, a noi sembra che il valore rivestito dal brano in ordine alla ricostruzione formulare delle *a.a.q.* sia schiacciante e decisivo, e difficilmente conciliabile con l'ipotesi tradizionale riguardante la ricostruzione formulare dell'*actio de peculio*.

Quindi, più che interrogarsi sull'esistenza dell'*eadem res* tra *o.n.* e *obligatio* del *dominus* sanzionata con l'*actio de peculio*⁶⁹, bisogna far riferimento al concreto assetto di interessi predisposto dai giuristi romani.

⁶⁸ In tal senso BURDESE, *La nozione classica*, 40, secondo un'ipotesi che è accettata generalmente in dottrina, vd. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 427. In senso dubitativo si è espresso, invece, TALAMANCA, voce '*Obbligazioni*', cit., 65.

⁶⁹ In realtà, utilizzando unicamente il principio dell'*eadem res* si va incontro a notevoli difficoltà. Non è così pacifico, infatti, che le due obbligazioni siano caratterizzate dall'*idem debitum*. Già SACCONI, *Studi sulle obbligazioni*, cit., 45, aveva

Questo è, infatti, uno di quei casi in cui emerge palesemente l'utilità e la *ratio* della creazione del concetto di *o.n.*, volta a consentire un'autonoma rilevanza all'*obligatio servi* rispetto a quella del *dominus*. Prima di allora accadeva, infatti, che l'attività negoziale del servo fosse considerata solo come fatto determinativo della pretesa del terzo e atto fondante la responsabilità del *dominus* (*infra*, Cap. VI § 3). Da un certo momento in poi, invece, si ritenne equo riconoscere una maggiore rilevanza al *debitum servi* configurandolo come *obligatio*, e quindi consentendo, senza limite alcuno, la facoltà di prestare *fideiussio* per essa o la possibilità di farne oggetto di adempimento autonomo rispetto alla responsabilità del *dominus*, rilevante in sede di *actio de peculio* (*supra*, Cap. III § 4.3).

Vedremo, infatti, nel paragrafo successivo che le fonti mostrano esplicitamente che l'*o.n.* e l'*obligatio de peculio* del *dominus* sono considerate profondamente differenti e caratterizzate da vicende autonome.

4. *Differenza formale e sostanziale tra l'obbligazione del dominus sancita dall'actio de peculio e l'o.n. servi. Le fonti sembrano deporre per l'esistenza di un'autonoma responsabilità del dominus che precede la litis contestatio, e per una netta distinzione tra l'obligatio del servo e quella de peculio del dominus.*

Ed in realtà nelle fonti - almeno dalla creazione del concetto di *o.n.* - si pone nettamente la distinzione tra l'*o.n.* del servo e l'*obligatio* del

notato che i rapporti tra l'*o.n.* dello schiavo e l'*obligatio de peculio* del *dominus* «si intendono *de alia re* dal momento che la *litis contestatio* conclusa sull'*actio de peculio* non estingue il vincolo naturale dello schiavo. Da qui consegue che l'*actio ex stipulatu* esperibile contro il fideiussore dello schiavo è *alia re* rispetto all'*actio de peculio* esperibile contro il *dominus*, infatti i fideiussori garantiscono il vincolo naturale dello schiavo il cui contenuto non si identifica col contenuto dell'*obligatio de peculio* del padrone dello schiavo». Nello stesso senso DEVILLA, *Op. cit.*, 227; TALAMANCA, voce '*Obbligazioni*', cit., 63 nt. 443.

dominus fatta valere con l'*actio de peculio*. Tanto è vero che l'esistenza di questa distinzione non può essere negata nemmeno dagli autori⁷⁰ che ritengono che con l'*actio de peculio* si sanziona l'*obligatio* del servo. Tuttavia, non ci si è mai posti il problema di coglierne appieno il significato, né le rilevanti implicazioni processuali che ne conseguono.

Ebbene, uno dei brani da cui la distinzione in questione emerge con chiarezza assoluta, che non ammette smentite, è un passo di Paolo contenuto nel titolo *De fideiussoribus et mandatoribus*:

D. 46.1.35 (Paul. 2 ad Plaut.): *Cum fideiubeat aliquis pro servo, in solidum tenetur, etiamsi nihil in peculio sit. Plane si pro domino fideiubeat, cum quo de peculio est actio, dumtaxat de peculio tenebitur, quod tunc erit, cum res iudicatur.*

Il giurista è del parere che sia ben differente prestare *fideiussio* a favore del *dominus* o a favore del servo. Infatti, se si presta *fideiussio* per il servo, il fideiussore sarà tenuto per l'intero, mentre se la garanzia è assunta a vantaggio del *dominus*, sarà tenuto nei limiti del peculio. Nell'uno e nell'altro caso nascono a carico del fideiussore obbligazioni diverse, perché diverse sono quelle a cui accedono.

Già Longo⁷¹ aveva già contestato l'interpretazione del brano intesa a dimostrare la distinta entità dell'*o.n. servi* rispetto all'*obligatio de peculio* del *dominus* in quanto suscettibili di autonoma garanzia fideiussoria. Ma gli argomenti non sono stringenti né concludenti, tanto che Brogginì⁷², in specifico riferimento al brano in questione, non ha esitazioni nel dire: «Come si può ancora considerare l'*actio de peculio* e la successiva *deductio* quale sanzione dell'*o.n.* del servo? Il regime del peculio ha evidentemente una *ratio* storica ed una funzione sociale del tutto distinta dall'*o.n.*; esso nasce da una valutazione di responsabilità del *dominus de peculio* nei confronti del terzo, non si identifica col riconoscimento di un debito dello schiavo».

⁷⁰ *Infra*, nt. 73.

⁷¹ *Ricerche*, cit., 64.

⁷² BROGGINI, *Rec. a Longo, Ricerche sull'«obligatio naturalis»*, cit., 370.

Così recentemente Buti⁷³, nella consapevolezza delle obiezioni mosse a Longo, accetta l'esistenza della differenza fra le due obbligazioni, ma ritiene, tuttavia, che se fossero state totalmente distinte, il giurista non avrebbe avvertito nemmeno il bisogno di precisare la differenza tra loro intercorrente. «Pertanto» - sostiene - «se Paolo istituisce il paragone è perché, in realtà, l'*obligatio* per la quale interviene il fideiussore è la stessa, ma vista da diverse angolazioni: o si tien di mira il debito proprio del servo (il fideiussore è tenuto in solido); o si ha riguardo alla obbligazione che per brevità si denomina impropriamente "processuale" del *dominus* quale "sanzione" indiretta di quella del servo (e quindi il fideiussore è tenuto nei limiti del peculio, al pari del *dominus*)».

A parte l'anomalia di una stessa *obligatio* che, a seconda dell'angolazione da cui viene considerata, può avere due contenuti differenti, c'è da dire che lo stesso autore⁷⁴, tornando sull'argomento a proposito di D. 46.1.21.2, si trova nella necessità di ammettere la coesistenza dell'obbligazione *de peculio* del *dominus* con quella *naturalis* del servo come di due obbligazioni distinte:

D. 46.1.21.2 (Afric. 7 quaest.): *Servo tuo pecuniam credidi: eum tu manumisisti: deinde eundem fideiussorem accepi. Si quidem in eam obligationem fideiubeat, quae adversus te intra annum sit, obligari eum ait: sin vero in naturalem suam, potius ut nihil agatur: non enim intellegi posse, ut quis pro se fideiubendo obligetur. Quod si hic servus manumissus fideiussori suo heres existat, durare causam fideiussionis putavit et tamen nihilo minus naturalem obligationem mansuram, ut, si obligatio civilis pereat, solutum repetere non possit. Nec his contrarium esse, quod, cum reus fideiussori heres existat, fideiussoria obligatio tollatur, quia tunc duplex obligatio civilis cum eodem esse non potest. Retro quoque si fideiussor servo manumisso heres exstiterit, eadem adversus eum obligatio manet, quamvis et naturaliter teneatur nec pro se quis fideiubere possit.*

Nel caso in cui il terzo abbia fatto credito ad un servo, successivamente manomesso ed accettato dallo stesso creditore come

⁷³ *Op. cit.*, 199.

⁷⁴ BUTI, *Op. cit.*, 237.

fideiussore, per stabilire la validità della *fideiussio* bisogna accertare - secondo Africano - l'oggetto della fideiussione. Così, se il servo ha garantito l'*obligatio de peculio* del *dominus*, che persiste per un anno dopo la manomissione, è obbligato; invece, se la fideiussione riguardava la sua obbligazione naturale, la *fideiussio* prestata non avrà effetto perché *fideiubendo pro se* non ci si può obbligare.

Così, Buti⁷⁵ richiama espressamente il brano e, proprio in relazione alla sua parte iniziale, non ha esitazioni nel sostenere che, sebbene nel prosieguo risulti rimaneggiato⁷⁶, «nella parte sostanzialmente genuina⁷⁷, tuttavia esso pone in risalto - va ribadito - la coesistenza dell'*obligatio de peculio* del *dominus* con la *naturalis obligatio servi*, tanto che sorge la necessità di distinguere in favore di chi viene fatta la fideiussione». Continua, poi, dicendo che «la coesistenza delle due obbligazioni: quella pretoria del *dominus* e quella naturale del servo deve essere, d'altra parte, considerata un dato necessariamente presente nella mentalità dei giuristi romani, perché non si vede altrimenti come essi avrebbero potuto concepire l'ammissibilità di fideiussioni sia *pro servo* che *pro domino*, anche dopo la *litis contestatio de peculio*».

Viene spontaneo obiettare che se si fosse trattato della stessa *obligatio* vista da una angolazione prospettica diversa essa, una volta dedotta in giudizio, avrebbe dovuto estinguersi. Infatti, se nell'*intentio* dell'*actio de peculio* fosse menzionata effettivamente l'*obligatio* del servo, su di essa dovrebbe concludersi la *litis contestatio* e,

⁷⁵ *Op. cit.*, 238.

⁷⁶ Sul brano sono stati avanzati diversi sospetti di interpolazione ALBERTARIO, *Corso di diritto romano*, cit., 203; SIBER, *Naturalis obligatio*, cit., 13; BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 54ss; DEVILLA, *Studi sull'obligatio*, cit., 139; VAZNY, *Naturalis obligatio*, cit., 155; G. E. LONGO, *Ricerche*, cit., 77, nt. 1, il quale ritiene addirittura che il testo di Africano sia stato del tutto devastato.

⁷⁷ Nello stesso senso BURDESE, *La nozione classica*, cit., 37, il quale, malgrado riconosca le alterazioni formali del brano in cui si prospettano le due differenti ipotesi, è propenso a ritenere «sostanzialmente classico il pensiero ivi espresso: in effetti era opportuno precisare quale fosse il credito garantito, se non anche prospettare le due distinte ipotesi e quanto alle due diverse soluzioni, nonché al modo in cui sono presentate, la prima senza discussione, la seconda in forma meno drastica e con motivazione, mi pare sia rispecchiato quello che doveva essere il pensiero classico in proposito».

conseguentemente, dovrebbe estinguersi, lasciando il posto al ‘*condemnari oportere*’ a carico del *dominus* .

Volendo proporre, allora, una valutazione conclusiva dei brani esaminati in questi ultimi paragrafi (§ 3; 3.1; 4), ci sembra necessario valutare le caratteristiche fondamentali della distinzione esistente nelle fonti tra l’*o.n. servi* e l’*obligatio de peculio* del *dominus*, per indagare, poi, sulle ragioni tecnico-giuridiche che ne imposero la concettualizzazione.

Infatti, dalla testimonianza contenuta in 46.3.84⁷⁸ si evince che la mera proposizione dell’*actio de peculio* contro il *dominus*, che non si concluda con il soddisfacimento del creditore, non libera i fideiussori del servo⁷⁹. In D. 46.3.38.2⁸⁰ si sancisce, invece, il principio per cui il pagamento del *dominus* condannato in sede di *actio de peculio*, che comporti la piena soddisfazione del creditore, libera anche i fideiussori del servo. Il giurista, inoltre, per esplicitare meglio il suo pensiero ricorre ad un esempio. L’esistenza di una *satisdatio iudicatum solvi* e dell’assunzione di garanti, crea infatti un complesso sistema di rapporti processuali e negoziali, per cui, adempiuto il *iudicatum*, si estingue non

⁷⁸ *Supra*, nt. 41.

⁷⁹ In questo frammento (D. 46.3.84) il fatto stesso che i fideiussori del servo non sono liberati dalla proposizione dall’*actio de peculio* dimostrerebbe per BUTI, *Op.cit.*, 195, che l’*obligatio* del servo è quella principale e che quella del *dominus*, invece, è da considerarsi «occasionale» o per meglio dire, strumentale. La soggezione del *dominus* all’*actio de peculio* non sarebbe altro che un modo per sanzionare l’obbligazione dello schiavo, visto che si risolve in una diminuzione del peculio, « ..peculio che non può essere sufficiente al pagamento del debito, e per ciò si determina che quando il *dominus*, in virtù della *taxatio peculii*, non paga l’intero debito, non essendosi estinta l’obbligazione del servo, i suoi fideiussori non sono liberati, mentre lo sono se il servo paga di persona, per intero, il suo debito». In realtà, è plausibile pensare che in questo caso la mancata estinzione dell’*o.n.* del servo, e quindi dei suoi fideiussori, sia determinato dal fatto che il peculio fosse insufficiente alla piena soddisfazione del creditore. Ma per accettare la conclusione di Buti si deve ammettere che l’*o.n. servi* non sia menzionata nell’*intentio*, seppur in forma ‘*ficticia*’, altrimenti, proposta l’*actio de peculio* e conclusa la *litis contestatio*, essa dovrebbe estinguersi indipendentemente dalla soddisfazione del creditore. E’ legittimo pensare, infatti, che l’esercizio dell’*actio de peculio* non comporti di per sé l’estinzione dell’*o.n.* del servo solo se si ammette che essa non sia menzionata nell’*intentio* di questa azione; vd. *supra*, § 3.1.

⁸⁰ *Supra*, § 3, p. 251.

solo l'*actio iudicati* contro il debitore principale, ma anche l'*actio ex stipulatu* derivante dalla *satisfatio iudicatum solvi*, e le eventuali *actiones ex stipulatu* contro gli eventuali garanti.

Tutto ciò accade, però, quando il rapporto giuridico segue un *iter* fisiologico e, a tal fine, servono a poco le garanzie assunte a tutela del creditore. Ma, in realtà, la relazione intercorrente tra l'obbligazione principale, le garanzie fideiussorie e la *satisfatio iudicatum solvi*, è stata ideata e strutturata per il caso, invece, che il rapporto obbligatorio principale non dovesse concludersi in modo positivo. Gli atti negoziali descritti sono configurati, infatti, in maniera tale che, qualora dovessero verificarsi problemi, si realizzi, comunque, la piena soddisfazione delle pretese creditorie del terzo (*in plures causas solvi posse*). L'esigenza tutelata dai giuristi è, infatti, quella di rafforzare la posizione creditoria del terzo.

Simile é, d'altronde, il rapporto intercorrente tra l'*actio de peculio* e l'*actio ex stipulatu*. Burdese⁸¹ riconosce, infatti, che per far fronte alla stessa esigenza si era consentita una *fideiussio* per il servo: «l'aggravamento, che ne risulta, della posizione del fideiussore del servo, rispetto alla posizione di un normale fideiussore, trova giustificazione nel fatto che lo scopo della validità della *fideiussio* del servo può essere appunto individuato nell'intento di fornire al creditore una garanzia per l'intero debito servile, soprattutto per quanto il creditore non può ottenere dal *dominus*. L'estinzione del debito del fideiussore si avrà quindi soltanto se il creditore sarà effettivamente soddisfatto, e pertanto anche se il *dominus* avrà interamente pagato, magari in seguito a condanna».

Ebbene, sembra proprio che quello descritto dai giuristi, e perfettamente individuato dalla dottrina, corrisponda ad un concreto sistema di interessi, più che l'applicazione di regole generali ed astratte relative alla preclusione processuale.

Ricordiamoci che il concetto di *o.n.*, e la conseguente possibilità di prestare fideiussione per essa, venne creato - come abbiamo già visto⁸² - anche per ovviare ad alcune iniquità del sistema della «responsabilità adiettizia» creata dal pretore, in relazione soprattutto al regime dell'*actio*

⁸¹ BURDESE, *La nozione classica*, cit., 41.

⁸² *Supra*, Cap. III § 4.3.

de peculio. Essa, infatti, consentiva al terzo creditore solo una tutela parziale, cioè una soddisfazione limitata al peculio esistente al momento dell'esperimento dell'azione, mentre per le altre azioni adiettorie (*exercitoria, institoria, quod iussu*) era accordata al terzo una tutela piena, visto che la condanna del *dominus* o *pater* riguardava l'intera somma (*in solidum*). Quindi, è probabile che nella prassi dei commerci i terzi siano stati meno propensi a stipulare negozi con uno schiavo per il quale non esisteva una *praepositio* o un apposito *iussum*. Bisognava allora ovviare a tale inconveniente, e si sarà provveduto a tale esigenza proprio consentendo di affiancare all'atto negoziale del servo dotato di peculio una *fideiussio* prestata da un terzo⁸³.

Tuttavia, la soluzione fornita dai giuristi romani sarebbe stata inadeguata o addirittura controproducente se la mera *litis contestatio* conclusa col *dominus* avesse estinto l'*o.n. servi* e la relativa garanzia fideiussoria, e non si fosse assicurato, invece, che i rapporti obbligatori si sarebbero estinti unicamente con la piena soddisfazione del creditore.

In definitiva, a noi sembra che sia questa l'ottica in cui vada inteso il rapporto tra l'*actio de peculio* e l'*actio ex stipulatu* contro i fideiussori, e non ricorrendo alla meccanica applicazione di criteri astratti e generali volti all'identificazione di fattispecie simili (*eadem res*).

⁸³ BUTI, *Op. cit.*, 199, nota che la fideiussione a favore del servo ricorre nelle fonti solo a proposito dell'*actio de peculio* e non delle altre *a.a.q.* Questa circostanza, tuttavia, non prova di per sé che in questo caso l'*obligatio de peculio* del *dominus* sia una sorta di proiezione processuale del debito del servo, diversamente dalle altre *a.a.q.* in solido per le quali non si richiederebbe una *fideiussio* a favore del servo, proprio perché l'obbligazione del *dominus*, in quei casi, sarebbe «l'unica esistente, idonea ad assorbire completamente quella del servo che, in concreto, è il soggetto che ha compiuto il negozio». Noi siamo del parere, invece, che tramite tutte le *a.a.q.* si faccia valere un'*obligatio* del *dominus*. L'unica differenza sta nel fatto che la necessità e l'opportunità di prestare un'autonoma *fideiussio* a garanzia dell'*o.n.* dello schiavo si pone principalmente in relazione all'*actio de peculio*, poiché è l'unica delle azioni adiettorie che prevede una *condemnatio* limitata all'ammontare del peculio esistente al momento della condanna e che, quindi, pone l'esigenza, a tutela dei terzi, di un'ulteriore garanzia che assicuri un pieno adempimento del debito contratto dall'*alieni iuris*. In tal senso si spiega D. 19.1.24.2 (*supra*, Cap. I, nt. 53) in cui si dice espressamente che il fideiussore è tenuto a pagare l'intero debito come se avesse prestato garanzia per un soggetto libero; vd. a tal proposito, MICELI, *Fictio libertatis*, cit., 330ss.

Inoltre, dai responsi esaminati si evince non solo che l'*o.n. servi* e l'*obligatio* del *dominus* fossero distinte, ma anche che l'*actio de peculio* riguardasse unicamente l'*obligatio* del *dominus*. Le testimonianze contenute in D. 15.1.50.2 ('*obligatio naturalis in litem translata non est*'); D. 46.1.35 ('*plane si pro domino fideiubeat, cum quo de peculio est actio, dumtaxat de peculio tenebitur*'); D. 46.1.21.2 ('*Si quidem in eam obligationem fideiubeat, quae adversus te intra annum sit.*') non sembrano lasciare spazio a dubbi di alcun genere.

E' l'*obligatio* del *dominus* quella dedotta *in iudicium*, e per la quale, dunque, si esercita l'*actio de peculio* contro il *dominus* nei limiti del peculio esistente presso di lui, e che perdura per un anno anche dopo la manomissione del servo.

5. Filii familias e responsabilità de peculio.

Per quanto riguarda i *filii familias* non abbiamo testimonianze significative in cui si prospetta la possibilità di proporre azione contro il *filius*, una volta agito *de peculio* contro il *pater*, e viceversa.

In effetti, - diversamente dai servi, ai quali non fu mai riconosciuta la capacità di obbligarsi e di essere convenuti in giudizio - contro i *filii*, almeno da un certo momento storico in poi, fu ammessa questa possibilità (*supra*, Cap. III, § 1). Tuttavia, molto probabilmente non poteva configurarsi un concorso in senso proprio tra l'azione esercitabile contro il *dominus* e quella contro il *filius*, poiché quest'ultimo, tranne che in alcuni casi sporadici, era privo di un patrimonio proprio⁸⁴. Quindi, in

⁸⁴ *Supra*, Cap. III § 1. Di conseguenza i terzi avrebbero preferito rivalersi direttamente sul patrimonio del *pater* o, eventualmente, se agivano contro il *filius* miravano soprattutto a preconstituirsì un titolo per agire con l'*actio iudicati* contro lo stesso *pater*: D. 15.1.3.11 (Ulp. 29 ad ed): *Idem scribit iudicati quoque patrem de peculio actione teneri, quod et Marcellus putat, etiam eius actionis nomine, ex qua non potuit pater de peculio actionem pati: nam sicut in stipulatione contrahitur cum filio, ita iudicio contrahi: proinde non originem iudicii spectandam, sed ipsam iudicati vel obligationem. Quare et si quasi defensor condemnatus sit, idem putat.*

realtà, *pater* e *filius* non potevano essere considerati due soggetti nettamente distinti contro i quali rivalersi autonomamente.

I giuristi, però, indicano con chiarezza che in età classica dall'atto negoziale concluso dal *filius* nei limiti del *peculio* nasce anche a carico di questo soggetto un'obbligazione, ma la tengono ben distinta da quella del *pater*. Inoltre, precisano chiaramente che non è l'obbligazione del *filius* ad essere sanzionata dall'*actio de peculio*, bensì quella del *pater*.

Abbiamo già visto che il *filius* può assumere l'*actio de peculio* in qualità di *defensor patris*⁸⁵, assumendo in giudizio un'obbligazione non sua, o che morto il *filius*, il *pater* possa essere ancora convenuto in giudizio con l'*actio de peculio*⁸⁶.

Di conseguenza, abbiamo già espresso la convinzione che dovesse esistere un'autonoma *obligatio* a carico del *pater*, preesistente alla *litis contestatio*⁸⁷.

Infatti, se il *filius* assume l'*actio de peculio* come *defensor*, egli sarà citato solo nella *condemnatio*, mentre nell'*intentio* dovrà essere menzionata l'*obligatio* del *pater*, che ovviamente deve preesistere alla *litis contestatio* (*supra*, Cap. II § 4).

D'altronde, se l'obbligazione del *pater* fosse solo un riflesso processuale dell'obbligazione del *filius*, una volta morto questo soggetto, non si potrebbe più esperire l'*actio de peculio* menzionando nell'*intentio* l'*obligatio* del *filius*. Né potrebbe ovviarsi a tale inconveniente proponendo l'utilizzazione di una apposita '*fictio*'. In altro luogo abbiamo già precisato le ragioni del nostro dissenso⁸⁸.

Eppure, secondo Venuleio⁸⁹, nonostante la morte del figlio, l'*actio de peculio* è ancora proponibile poiché la responsabilità *de peculio* permane comunque in capo al *dominus*.

⁸⁵ *Supra*, Cap. II § 4.

⁸⁶ Ci riferiamo alla significativa testimonianza del secondo libro del *De Stipulationibus* di Venuleio (D. 14.6.18) in cui si legge che, morto il *filius familias*, non si può più assumere *fideiussio* a suo favore in quanto non esiste alcuna obbligazione a cui la *fideiussio* possa accedere. Pur tuttavia, può essere accettato un fideiussore '*eius actionis nomine, quae de peculio adversus eum competat*'; vd. *supra*, Cap. III § 1.1.

⁸⁷ *Supra*, Cap. II § 4.

⁸⁸ MICELI, *Fictio libertatis*, cit., 351; vd. *supra*, Cap. I, nt. 53-54.

⁸⁹ *Supra*, nt. 86.

Vi sono, inoltre, altri brani particolarmente interessanti in tal senso in cui si attesta che l'obbligazione sancita dall'*actio de peculio* e quella a carico del *filius* sono distinte e possono subire vicende differenti, sebbene tra loro esista un legame profondo:

D. 34.3.5.2 (Ulp. 23 *ad Sab.*): *Idem Iulianus eodem libro scripsit, si filius familias debitor fuerit et patri eius fuerit liberatio relicta, patrem pacto liberandum esse, ne etiam filius liberetur. Et parvi inquit, refert, si sit aliquid in peculio die legati cedente necne: securitatem enim pater per hoc legatum consequitur: maxime, inquit, cum rei iudicandae tempus circa peculium spectetur. Huic patri similem facit Iulianus maritum, cui uxor post divortium liberationem dotis legavit: nam et hunc, licet die legati cedente solvendo non sit, legatarium esse: et utrumque ait solutum repetere non posse. Sed est verius quod Marcellus notat patrem petere posse (nondum enim erat debitor, cum solveret), maritum non posse, quod debitum solvit. Patrem enim etsi quis debitorem existimaverit, attamen loco esse condicionalis debitoris, quem solutum repetere posse non ambigitur. [3] Sed si damnatus sit heres filium liberare, non adicit Iulianus, utrum acceptilatione filius an pacto sit liberandus: sed videtur hoc sentire, quasi acceptilatione debeat liberari, quae res patri quoque proderit. Quod optinendum est, nisi evidenter approbetur contrarium sensisse testatorem, id est ne filius inquietetur, non ne pater: tunc enim acceptilatione eum non liberandum, sed pacto.*

Così, se al padre è legata *liberatio* in relazione alla responsabilità connessa all'*actio de peculio*⁹⁰, il *pater* deve essere liberato tramite patto '*ne etiam filius liberetur*' (D. 34.3.5.2).

Il *pater*, inoltre, conseguirà la *liberatio* indipendentemente dal fatto che '*sit aliquid in peculio die legati cedente necne*', poiché l'ammontare del peculio va valutato unicamente al momento della condanna. D'altronde, secondo Giuliano, la condizione del *pater* è simile a quella

⁹⁰ L'allusione è ovvia visto che il giurista si preoccupa di precisare inizialmente che '*filius est debitor*' e quindi, non v'è dubbio che in questo caso quella del *pater* sia una responsabilità dipendente da un rapporto di debito assunto dal *filius* nell'ambito del peculio. Il riferimento al peculio è particolarmente evidente, inoltre, nell'affermazione successiva '*Et parvi inquit, refert, si sit aliquid in peculio die legati cedente necne: securitatem enim pater per hoc legatum consequitur: maxime, inquit, cum rei iudicandae tempus circa peculium spectetur*'.

del marito al quale la moglie ha legato la *liberatio* in relazione all'obbligazione di restituzione della dote. Infatti, anche qualora '*die legati cedente solvendo non sit*', sarà comunque legatario ed acquisirà il diritto ad esso conseguente. Tuttavia, entrambi i soggetti, qualora abbiano adempiuto, non possono più ripetere. Su questo punto, però, Ulpiano preferisce l'opinione di Marcello, ritenendo che il padre, diversamente dal marito, potrebbe ripetere perché non era ancora debitore nel momento in cui pagò: '*patrem petere posse (nondum enim erat debitor, cum solveret), maritum non posse, quod debitum solvit*'. Tutto ciò avverrebbe in conseguenza del fatto che '*patrem enim etsi quis debitorem existimaverit, attamen loco esse condicionalis debitoris, quem solutum repetere posse non ambigitur*⁹¹'.

Nel paragrafo successivo (D. 34.3.5.3), il giurista precisa, invece, che se la *liberatio* è legata al figlio, questo va liberato tramite *acceptilatio* affinché giovi anche nei confronti del *pater*, a meno che il *de cuius* non si sia espresso diversamente, volendo che la disposizione testamentaria riguardasse solo il *filius* e non anche il *pater*. In quest'ultimo caso, allora, il *filius* sarà liberato tramite patto.

Il brano è stato oggetto di varie questioni dottrinali in relazione al controverso argomento del *legatum liberationis*⁹². Esso riguarda, infatti, la determinazione delle modalità da adottare per la rimessione del debito nel caso in cui la *liberatio* sia legata al *pater* per la responsabilità *de peculio*, o, invece, al *filius* stesso.

Il *legatum liberationis* comporta, infatti, per il legatario debitore la possibilità di esperire l'*actio incerti ex testamento* (per ottenere l'*acceptilatio* o il *pactum de non petendo*), o quella di opporre l'*exceptio doli* contro l'*actio in personam* dell'erede creditore.

⁹¹ Sul punto vd. *infra*, nt. 95.

⁹² WOLFF, *Zur Überlieferungsgeschichte von Ulpian's Libri ad Sabinum*, in *Festschrift Schulz II*, Weimar, 1951, 161; SANTALUCIA, *I legati ad effetto liberatorio in diritto romano*, Napoli, 1964, 92ss; ASTOLFI, *Giuliano ed il 'legatum liberationis'*, in *Labeo* 12 (1966) 338ss; TALAMANCA, *Intorno ad una recente ipotesi sulla 'liberatio legata'*, in *Studi Cagliari*, 44, II (1963-64) 629ss; SANTALUCIA, *I legati ad effetto liberatorio fino a Giuliano*, in *Labeo* 13 (1967) 2, 184ss; TALAMANCA, *'Legatum liberationis': critica ed anticritica*, *Studi Senesi*, XVII (1968), I, 101ss.

Ebbene, seguendo l'opinione tradizionale sulla ricostruzione formulare delle *a.a.q.*, si potrebbe pensare che nei confronti del *pater* legatario la *liberatio* debba realizzarsi tramite patto perché nel suo caso non si vuol rimettere un'*obligatio*, ma solamente impedire la proposizione dell'*actio de peculio* nei suoi confronti.

Ma così non è. Innanzitutto, il legato in questione non riguarda semplicemente l'obbligo di non esperire l'azione contro il *dominus*. La terminologia usata è precisa, e si riferisce, invece, alla *liberatio relicta*. Con essa, infatti, si allude propriamente alla volontà del testatore di imporre all'erede di compiere, nei confronti dell'obligato, una positiva attività di rimessione del debito⁹³.

D'altronde, le ragioni che giustificano la scelta del patto o dell'*acceptilatio* riguardano non tanto il fatto che vi sia o meno un'*obligatio* da estinguere, ma sono da collegarsi ai rapporti intercorrenti tra due o più obbligazioni. In alcuni casi, infatti, la rimessione del debito nei confronti di un determinato soggetto può vanificarsi se si opera tramite patto, poiché, sebbene questo sia liberato dalla sua '*obligatio*',

⁹³ Nelle fonti è chiara la distinzione tra il legato con cui si impone all'erede di astenersi dalla petizione del debito ('*heres meus damnas esto a debitore non petere, non exigere*'), da quello il cui oggetto è costituito dalla *liberatio* ('*heres meus damnas esto liberare*'). Il fatto che da un certo momento in poi sul piano effettuale le diverse forme di legato descritte siano state assimilate, non elimina la diversa configurazione strutturale che le caratterizza. Su tali questioni non vi è controversia in dottrina. La disputa tra gli studiosi nasce, invece, in relazione al momento storico in cui si è realizzata l'uniformazione del regime dei legati in questione, cioè quello in cui si è estesa la possibilità di esperire l'*actio incerti ex testamento* per ottenere l'*acceptilatio* o il *pactum de non petendo*, e di opporre l'*exceptio doli* contro l'*actio in personam* dell'erede creditore, sia che oggetto del legato fosse una '*damnatio a liberare*', o una '*damnatio a non petere*', o che si legasse al debitore l'*id quod debetur*. La dottrina prevalente crede che il momento di passaggio sia rappresentato dal pensiero di Salvo Giuliano, vd. in tal senso TALAMANCA, *Intorno ad una recente ipotesi*, cit., 631; ASTOLFI, *Giuliano e il 'legatum liberationis'*, cit., 341. *Contra*, SANTALUCIA, *I legati ad effetto liberatorio*, cit., 73ss, il quale ritiene che con Salvo Giuliano non si sia realizzato affatto il processo di fusione descritto, ma anzi che il giurista abbia contribuito ad enucleare e precisare la categoria tecnica della *liberatio legata* nella forma della *damnatio a liberare*, alla quale sola dovevano ricollegarsi gli effetti dell'*actio ad liberandum* e dell'*exceptio doli*. Solo in età postgiuliana sarebbe iniziato il processo di unificazione delle diverse forme di legato esaminate.

resta in atto la possibilità che venga convenuto in giudizio da un soggetto a lui legato da vincoli societari, di garanzia o di natura potestativa, il quale, chiamato ad adempiere, successivamente agisca in regresso contro lui stesso. Al contempo, la remissione effettuata tramite *acceptilatio* può determinare la liberazione di altri soggetti diversi dal legatario, eccedendo in tal modo la *voluntas testatoris*.

E' dunque questa la preoccupazione fondamentale sottesa alle riflessioni svolte dai giuristi romani in tema di *liberatio relicta*, soprattutto in relazione al nostro frammento. Lo si evince esaminando i passi che, nell'ambito della trattazione ulpiana, precedono immediatamente i frammenti da noi esaminati.

Essi riguardano, infatti, i rapporti intercorrenti tra debitore principale e fideiussore in relazione alle modalità di esplicazione del *legatum liberationis*. Così, nell'ipotesi in cui accanto al debitore principale vi fosse anche un fideiussore, ed il legato riguardasse la liberazione del reo, Giuliano aveva sostenuto che il soggetto in questione dovesse essere liberato tramite *acceptilatio* '*alioquin, si fideiussorem coeperit convenire, alia ratione reus convenitur*':

D. 34.3.5 pr. (Ulp. 23 *ad Sab.*): *Si quis reum habeat et fideiussorem et reo liberationem leget, Iulianus ibidem scripsit reum per acceptilationem liberandum; alioquin si fideiussorem coeperit convenire, alia ratione reus convenitur. Quid tamen, si donationis causa fideiussor intervenit, nec habet adversus reum regressum? Vel quid si ad fideiussorem pecunia pervenerit et ipse reum dederit vice sua ipseque fideiusserit? Pacto est reus liberandus. Atquin solemus dicere, pacti exceptionem fideiussori dandam, quae reo competit: sed cum alia sit mens legantis, alia paciscentis, nequaquam hoc dicimus.*

Quindi, secondo Giuliano ed Ulpiano nel caso che oggetto di legato sia la *liberatio* ed il legato riguardi il reo, essa deve essere effettuata tramite *acceptilatio* in modo da estinguere il debito principale ed escludere la possibilità di esercitare ancora l'azione contro il fideiussore. Se, invece, l'erede libera il *reus* con patto, il terzo creditore può ancora agire contro il fideiussore e questo, a sua volta, può rivalersi contro il reo con l'*actio mandati (alia ratione)*, in funzione di azione di regresso. Di conseguenza, siccome era volontà del testatore che il *reus* fosse liberato

del suo debito, l'erede risulta inadempiente, e quindi è convenibile con l'*actio ex testamento* dal reo legatario.

Che questa sia la ragione dell'adozione dell'*acceptilatio* lo si evince dal resto del frammento in cui si chiarisce che qualora, invece, il fideiussore sia intervenuto *donationis causa* o non abbia regresso contro il debitore principale, allora il debitore può essere liberato tramite patto (*Quid tamen si donationis causa.....ipseque fideiusserit*), anche se tale patto, o meglio, le eccezioni derivanti dal tale patto, si estendono anche al fideiussore (*Atquin.....nequaquam hoc dicimus*). In questo caso, infatti, il fideiussore non ha regresso e, quindi, la sola liberazione del reo comporta per l'erede il pieno adempimento del *legatum liberationis*.

Di contro, se si vuol liberare il fideiussore, lo si deve fare col patto per rendere ovviamente possibile l'esperimento dell'azione contro il debitore principale. Tuttavia, deve esser liberato tramite *acceptilatio* 'si vel reus ipse vere fuit, aut in eam rem socius reus'⁹⁴.

Tornando, dunque, al nostro caso (D. 34.3.5.2), qualora la *liberatio* sia legata al *pater*, questo dovrà essere liberato tramite patto, perché si

⁹⁴ D. 34.3.5.1(Ulp. 23 ad Sab.): *Quod si fideiussori sit liberatio legata, sine dubio, ut et Iulianus scripsit, pacto erit fideiussor liberandus. Sed et hic puto interdum acceptilatione liberandum, si vel reus ipse vere fuit aut in eam rem socius reus*. Infatti, nel caso dei semplici correi la liberazione di uno di essi può essere fatta tramite patto, ferma restando l'obbligazione degli altri. Se, invece, tra i correi intercorre un rapporto di società, anche se la *liberatio* riguarda solo uno di loro, essa dovrà essere realizzata tramite *acceptilatio* per evitare che gli altri soci, in base al rapporto societario, lo possano chiamare in giudizio frustrando la volontà del testatore e rendendo inadempiente l'erede: D. 34.3.3.3 (Ulp. 23 ad Sab.): *Nunc de effectu legati videamus. Et si quidem mihi liberatio sit relicta, cum solus sim debitor, sive a me petatur, exceptione uti possum, sive non petatur, possum agere, ut liberer per acceptilationem. Sed et si cum alio sim debitor, puta duo rei fuimus promitendi, et mihi soli testator consultum voluit, agendo consequar, non ut accepto liberer, ne etiam conreus meus liberetur contra testatoris voluntatem, sed pacto liberabor. Sed quid si socii fuimus? Videamus ne per acceptilationem debeam liberari: alioquin, dum a conreo meo petitur, ego inquietor. Et ita Iulianus libro trigesimo secundo digestorum scripsit, si quidem socii non simus, pacto me debere liberari, si socii, per acceptilationem*. Così, anche nel paragrafo successivo D. 34.3.3.4 (Ulp. 23 ad Sab.): *Consequenter quaeritur, an et ille socius pro legatario habeatur, cuius nomen in testamento scriptum non est, licet commodum ex testamento ad utrumque pertineat, si socii sunt. Et est verum non solum eum, cuius nomen in testamento scriptum est, legatarium habendum, verum eum quoque, qui non est scriptus, si et eius contemplatione liberatio relicta esset*.

presume che la *voluntas testatoris* sia diretta a rimettere solo il suo debito, così come accade nel caso del fideiussore, lasciando sopravvivere l'obbligazione del *filius*.

Se la *liberatio* è legata al *filius* (D. 34.3.5.3), invece, poiché il *negotium* da questo concluso è «causa» dell'*obligatio* del *pater*, si presume che la *liberatio* debba avere effetto nei confronti anche di tale soggetto, a meno che il testatore non abbia inteso disporre diversamente.

Orbene, se davvero il *pater* fosse obbligato solo in seguito alla conclusione della *litis contestatio*, che senso avrebbe liberarlo da un debito prima che l'azione stessa sia proposta? Prima di tale momento il padre infatti, non sarebbe obbligato, così come una volta conclusa la *litis contestatio*, obbligatosi il *pater*, verrebbe ad estinguersi comunque l'obbligazione del *filius*.

Sembra, allora, che il debito del *pater* preesista all'esperimento dell'azione, tanto è vero che il legato ha effetto immediatamente indipendentemente dal fatto che *nihil sit in peculio*⁹⁵. Ciò significa,

⁹⁵ In dottrina vi è disputa tra chi ritiene che il legato in questione abbia effetto immediato, ASTOLFI, *Giuliano ed il 'legatum liberationis'*, cit. 182ss, TALAMANCA, *Intorno ad una recente ipotesi sulla 'liberatio legata'*, 646; ID., *'Legatum liberationis': critica ed anticritica*, cit., 103ss, e chi invece ritiene che il legato sia valido ma non immediatamente efficace: SANTALUCIA, *I legati ad effetto liberatorio in diritto romano*, cit., 92ss; ID., *I legati ad effetto liberatorio fino a Giuliano*, cit. 185 nt. 117. Il *pater*, infatti, secondo quest'ultimo studioso, finché non si concretino le condizioni perché sia tenuto *de peculio*, non sarebbe legatario. In realtà, è preferibile la prima tesi che sembra confortata dal fatto che *'parvi inquit, refert, si sit aliquid in peculio die legati cedente necne: securitatem enim pater per hoc legatum consequitur: maxime, inquit, cum rei iudicandae tempus circa peculium spectetur'*. Di conseguenza, il legato ha effetto immediatamente (*die legato cedente*), in maniera del tutto indipendente dall'entità del peculio. Il padre può essere sicuro di aver conseguito la *liberatio*, visto che è al momento della *condemnatio* che si valuta l'entità del *peculium* (*supra*, nt. 13). E in tal senso Ulpiano - sulla scia di Giuliano - per chiarire ulteriormente la questione, fa riferimento al caso del marito a cui la moglie dopo il divorzio ha legato la *liberatio* in ordine all'obbligo di restituzione della dote. Anche questo soggetto, infatti, sebbene *'die legati cedendo solvendo non sit'*, tuttavia *'legatarium est'*. Entrambe i soggetti (*pater* e marito), inoltre, una volta adempiuto non possono ripetere. Questo era, tuttavia, il parere di Giuliano, al quale Ulpiano dichiara di preferire quello di Marcello, secondo il quale il padre, diversamente dal marito, non avrebbe potuto ripetere perché non era debitore nel momento in cui aveva pagato: *'patrem petere posse (nondum enim erat debitor, cum solveret), maritum non posse, quod debitum solvit. Patrem enim etsi quis debitorem*

inoltre, che l'*obligatio* del *pater*, e quindi la *liberatio*, prescindono dalla concreta possibilità che il *pater* sia condannato.

D'altronde, si evince con immediatezza che le obbligazioni facenti capo al *pater* e al *filius* sono diverse, tanto che possono subire sorti differenti. E' vero che in D. 34.3.5.2 si legge che se la *liberatio* è legata al *pater*, deve estinguersi tramite patto in modo che non si estingua l'*obligatio* del *filius*, mentre, se la *liberatio* è legata al *filius*, essa va realizzata tramite *acceptilatio*, perché si presume che debba giovare anche nei confronti del *pater*. L'obbligazione del *pater* è, infatti, un'obbligazione che trova la sua ragion d'essere nel *negotium* concluso dal *filius*⁹⁶ e, quindi, si presume che se il testatore rimette l'obbligazione del *filius* voglia pure liberare il *pater* dalla responsabilità connessa al negozio in questione. Ma il testatore può esprimere parere contrario e lasciare in vita l'*obligatio* del *pater* sanzionata dall'*actio de peculio*, ed in tal caso il *filius* dovrà essere liberato tramite patto⁹⁷. Quindi, le due obbligazioni, pur essendo intimamente connesse, sono dotate di una certa autonomia, e possono sussistere ed essere sanzionate ognuna in maniera del tutto indipendente dall'altra.

Inoltre, proprio nell'ultima ipotesi contemplata, in cui il figlio è liberato mentre il *pater* resta obbligato, l'accettazione della ricostruzione tradizionale delle formule delle *a.a.q.* pone gravi problemi di carattere processuale. Infatti, se nell'*intentio* dell'*actio de peculio* esercitata contro il padre dovesse menzionarsi l'obbligazione del *filius*, in questo caso

existimaverit, attamen loco esse condicionalis debitoris, quem solutum repetere posse non ambigitur'. Ebbene, ciò non significa che il *pater* al momento della realizzazione degli effetti del legato non era debitore. Innanzitutto, come nota bene TALAMANCA, '*Legatum liberationis*, cit., 106, nt. 18, non vi è necessaria connessione tra l'immediata esigibilità del *legatum liberationis* e la non esperibilità della *condictio indebiti*. Inoltre, non può pensarsi che l'espressione *debitor condicionalis* voglia indicare che il padre divenga debitore in seguito alla condanna. Basti ricordare che l'*actio de peculio* è esperibile anche '*si nihil sit in peculio*' (D. 15.1.30 pr.). Quindi la responsabilità del *dominus* discende dall'esistenza del *peculium*, indipendentemente dall'entità dello stesso. E' la condanna, semmai, che è subordinata all'esistenza di un attivo peculiare (*supra*, nt. 13).

⁹⁶ *Supra*, Cap. II § 2.3; *infra*, Cap. VI § 3.

⁹⁷ D. 34.3.5.3; vd. *supra*, p. 265.

l'azione non potrebbe essere proposta poiché il *filius* non è più obbligato, e quindi non esiste più l'*obligatio* sulla quale dovrebbe fondarsi l'azione.

In base a quest'ultima considerazione, e per quanto detto nell'intero paragrafo, è ragionevole supporre, allora, che nell'*intentio* dell'*actio de peculio* dovesse essere menzionata direttamente l'*obligatio* del *pater*.

6. Estinzione rapporti potestativi in relazione all'*actio de peculio*.

Utili indicazioni sulla natura del vincolo sanzionato tramite l'*actio de peculio* possono derivare in fine dall'esame del regime relativo al mutamento o all'estinzione dei rapporti potestativi intercorrenti tra *fili* e servi dotati di peculio ed i loro aventi potestà.

Per quanto riguarda queste vicende, distingueremo i casi che si riferiscono alla morte, alienazione, emancipazione dei soggetti *alieni iuris* che avessero negoziato con i terzi prima di tali eventi, che il pretore contemplò addirittura in una apposita previsione edittale⁹⁸, e quelli che si riferiscono, invece, a casi di morte o perdita di capacità (*adrogatio*) dei soggetti che esercitavano la potestà sugli *alieni iuris* al momento della conclusione degli atti negoziali, e contro i quali si sarebbe dovuta proporre l'*actio de peculio*.

Tratteremo separatamente delle due questioni per esigenze espositive, ed anche in considerazione del fatto che sembrano divergere per alcuni aspetti del loro regime. Tuttavia, non vi è dubbio che la *ratio* delle diverse soluzioni adottate sia unica e comune alle altre *a.a.q.*⁹⁹: la responsabilità fatta valere con l'*actio de peculio* è una responsabilità propria del *dominus* o del *pater*.

Vedremo, infatti, che nei casi di morte o perdita della capacità del soggetto che esercitava la *potestas* al momento della conclusione dell'atto si applicano le regole generali vigenti in tema di successioni. Tutto ciò in conseguenza del fatto che, l'*obligatio* sanzionata con l'*actio*

⁹⁸ *Infra*, § 6.1.

⁹⁹ *Supra*, Cap. IV § 5; Cap. V § 9.

de peculio è un vincolo obbligatorio di carattere personale che grava sul *dominus* e, quindi, segue le normali regole successorie, tranne per le correzioni derivanti dal fatto che la responsabilità degli eredi è limitata alle *res peculiares* che si trovano in loro possesso e non all'intero peculio (D. 15.1.32 pr.)¹⁰⁰.

Così, d'altronde, nel caso di morte dello schiavo o del *filius*, la responsabilità sanzionata con l'*actio de peculio* continua a gravare, per volontà degli stessi pretori, sempre sul *dominus* o *pater*, tuttavia, rispetto alle altre *a.a.q.* il regime presenta alcune differenze legate alla specificità dell'azione, che non sono tali, comunque, da inficiare il principio generale da noi evidenziato.

6.1. *Mutamenti dello status personarum dei soggetti alieni iuris che avevano negoziato con i terzi: actio de peculio annalis ed azione contro il compratore per i debiti contratti ante alienationem.*

Iniziando la trattazione proprio da quest'ultima ipotesi, va detto che, in realtà, la disciplina dell'*actio de peculio* che riguarda l'estinzione dei rapporti potestativi per morte, alienazione, manumissione del servo o del figlio, diverge per alcuni aspetti da quella prevista per le altre *a.a.q.*

Infatti - nel caso delle *actiones exercitoria* ed *institoria*¹⁰¹ - il *dominus* o il *pater*, in seguito alla morte del *magister* o dell'*institor*, servo o figlio che fosse, rimangono comunque obbligati, e l'azione è esercitabile nei loro confronti *in perpetuum*. Dai *verba* dell'editto relativo all'*actio de peculio annalis* sappiamo, invece, che in caso di morte, alienazione, manumissione ed emancipazione dello schiavo e del *filius*, i terzi non avrebbero potuto più esercitare l'*actio de peculio* contro i loro aventi potestà .

¹⁰⁰ *Supra*, nt. 16 .

¹⁰¹ *Supra*, Cap. IV § 5. Lo stesso accade nel caso dell'*actio tributaria* (D. 14.4.8; D. 14.4.7.5); vd. *infra*, § 9.

Tanto è vero che il pretore ritenne equo intervenire per consentire che, nonostante i fatti intervenuti, il *dominus* o il *pater* fossero perseguibili egualmente con l'*actio de peculio*, sebbene per un anno:

D. 15.2.1 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*): *Praetor ait: "Post mortem eius qui in alterius potestate fuerit, posteave quam is emancipatus manumissus alienatusve fuerit, dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius in cuius potestate est factum erit, quo minus peculii esset, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas erit, iudicium dabo.*

L'*actio de peculio* in seguito a tali eventi diviene *temporaria*¹⁰². Si configura, così, l'ipotesi di un'*actio de peculio annalis*¹⁰³.

Potrebbe sembrare, allora che l'*actio de peculio* sia legata al *servus* e al *filius* più che al *dominus* o *pater*. Ma se così fosse, tranne che nel caso della morte, negli altri casi l'azione dovrebbe seguire il servo manomesso o alienato, il figlio emancipato, e non dovrebbe comportare, invece, l'impossibilità di esercitare l'azione e, addirittura, l'estinzione del peculio.

Eppure le fonti sono chiare in proposito. Lo stesso Ulpiano, infatti, nel commentare l'editto, esplicita in maniera estremamente chiara le ragioni che determinano l'impossibilità di proporre l'azione, precisando che in questi casi l'azione diviene *temporaria* proprio perché si estingue il peculio:

D. 15.2.1.3 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Merito autem temporariam in hoc casu fecit praetor actionem: nam cum morte vel alienatione extinguitur peculium, sufficiebat usque ad annum produci obligationem.*

¹⁰² Nelle fonti si dice espressamente, infatti, che fino a quando il servo o il figlio sono *in potestate* l'*actio de peculio* '*perpetua est*'; dopo la morte, l'emancipazione, la manumissione, o l'alienazione '*temporariam esse incipit*'; vd. D. 15.2.1.1.

¹⁰³ LENEL, *EP*, 277, ritiene che l'intervento del pretore dovesse avere la seguente formulazione: '*Post mortem eius qui in alterius potestate fuerit, posteave quam is emancipatus manumissus alienatusve fuerit, dumtaxat de peculio et si quid dolo malo eius in cuius potestate fuerit factum erit, quo minus peculii esset, in anno, quo primum de ea re experiundi potestas erit, iudicium dabo.* L'A. ipotizza, infatti, che in questi casi si avesse l'inserimento della clausola '*quando de peculio actio annalis est*' dopo la duplice clausola *de peculio et de in rem verso*.

In realtà, nel brano il giurista menziona solo la morte e l'alienazione come casi di estinzione del peculio. Non vi è alcun riferimento alla manumissione o all'emancipazione previsti, invece, in D. 15.2.1 pr.

Inoltre, nelle fonti si trovano dei responsi che sembrano contrastare con le previsioni dell'editto in questione, riconoscendo la possibilità che l'alienazione del servo non comportasse l'estinzione del peculio, ma anzi che questo potesse essere alienato *cum peculio*¹⁰⁴.

I testi a nostra disposizione meritano, dunque, un'attenta analisi al fine di prendere coscienza delle eventuali aporie in esse riscontrabili e spiegare, ove possibile, le cause che le determinarono.

E' possibile, infatti, che per certi versi le discordanze rilevabili trovino la loro giustificazione nell'evoluzione storica del regime peculiare, che come sappiamo¹⁰⁵ incise profondamente sulla natura del regime in questione, alterandone profondamente i caratteri.

Fatte queste considerazioni preliminari, ci soffermeremo prima sul testo stesso dell'editto pretorio, almeno per quello che ci è dato conoscere dai commentari *ad edictum* in nostro possesso, per poi confrontarlo con le altre fonti a nostra disposizione, che per certi versi contrastano con esso.

Ebbene, basta guardare lo stesso commentario di Ulpiano relativo all'*actio de peculio annalis*, così come è riportato nel Digesto, per accorgersi immediatamente di una anomalia. Infatti, il *principium* (D. 15.2.1 pr.) menziona tutti e quattro i casi della morte, dell'alienazione, dell'emancipazione e della manumissione del servo o del *filius* (*supra*, p. 278).

Nel parag. 1 si tratta del carattere temporaneo dell'azione e si citano nuovamente tutte e quattro le ipotesi:

D. 15.2.1.1 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Quamdiu servus vel filius in potestate est, de peculio actio perpetua est: post mortem autem eius vel postquam*

¹⁰⁴ Tra i più significativi cfr. D. 15.1.11.7 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 15.1.32.2 (Ulp. 2 *disp.*); D. 15.1.33 (Iav. 12 *ex Cass.*); D. 15.3.5.3 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 19.1.38 pr. (Cels. 8 *digest.*).

¹⁰⁵ *Supra*, § 1, nt. 21; *infra*, § 7.1, nt. 151-152.

emancipatus manumissus alienatusve fuerit, temporaria esse incipit, id est annalis.

Nel paragrafo secondo si determina come deve computarsi l'anno (D. 15.2.1.2), e nel terzo (D. 15.2.1.3), che riguarda proprio l'estinzione, ci si riferisce, invece, solo al caso della morte e dell'alienazione.

Nel paragrafo quarto si discute nuovamente di tutte e quattro le vicende che comportano l'estinzione dei rapporti potestativi, precisando quali di esse si riferiscono al *filius*, quali al *servus*:

D. 15.2.1.4 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Alienatio autem et manumissio ad servos pertinet, non ad filios, mors autem tam ad servos quam ad filios refertur, emancipatio vero ad solum filium. Sed et si alio modo sine emancipatione desierit esse in potestate, annalis erit actio. Sed et si morte patris vel deportatione sui iuris fuerit effectus filius, de peculio intra annum heres patris vel fiscus tenebuntur.*

In definitiva, sembra proprio che nel discorso di Ulpiano ci sia una certa continuità e coerenza che viene spezzata, tuttavia, proprio nel paragrafo terzo. Infatti, il giurista si riferisce sempre a tutte e quattro le ipotesi esaminate nel *principium*, mentre nel paragrafo terzo tratta solo di due di esse, e nulla dice per le altre.

Non vi sono motivi per ritenere che esistesse un regime differenziato tra il caso della *manumissio* e dell'*emancipatio*, e quello dell'*alienatio*. Infatti, nelle prime due ipotesi, l'eventuale realizzazione di una *capitis deminutio* in capo al *filius* o al servo non può giustificare una così profonda differenza di regime rispetto all'*alienatio*. Inoltre, il carattere dettagliato del commento ulpiano ci induce a pensare che, qualora per il caso della *manumissio* e dell'*emancipatio* valessero regole diverse, il giurista ne avrebbe fatto cenno.

Sembra, dunque, che vi sia stato un intervento proprio là dove si parla di estinzione del peculio, volto a sopprimere la menzione della *emancipatio* e della *manumissio*.

Si potrebbe supporre, infatti, che l'intervento si sia reso necessario per adeguare le prescrizioni dell'editto alla mutata situazione giuridica della tarda età classica. Infatti, come abbiamo visto, in seguito soprattutto

alla creazione dell'*o.n.* si ammise che il servo poteva essere manomesso e che a lui poteva essere concesso il peculio¹⁰⁶.

Tuttavia, sappiamo con certezza che fu ammessa anche la vendita dello schiavo insieme al peculio¹⁰⁷, eppure Ulpiano considera l'*alienatio* come causa di estinzione del *peculium*.

D'altronde, nelle fonti può riscontarsi un'ulteriore anomalia. Ci riferiamo, infatti, ad un altro brano, anch'esso riportato dai compilatori nel titolo relativo all'*actio de peculio annalis*, che incidentalmente si occupa dell'estinzione del *peculium*:

D. 15.2.3 (Pomp. 4 *ad Q. Muc.*): *Definitione peculii interdum utendum est etiam, si servus in rerum natura esse desiit et actionem praetor de peculio intra annum dat: nam et tunc et accessionem et decessionem quasi peculii recipiendam (quamquam iam desiit morte servi vel manumissione esse peculium), ut possit ei accedere ut peculio fructibus vel pecorum fetu ancillarumque partibus et decedere, veluti si mortuum sit animal vel alio quolibet modo perierit.*

Pomponio, quindi, diversamente da Ulpiano, ritiene che le cause di estinzione del peculio siano costituite dalla morte e dalla *manumissio*. Non c'è alcun cenno all'*alienatio*, e alla *emancipatio*. D'altronde, l'*emancipatio* non poteva essere presa in considerazione perché si trattava di un servo, ma stupisce la mancata menzione dell'*alienatio*. D'altronde, l'affermazione '*quamquam iam desiit morte servi vel manumissione esse peculium*', viene presentata quasi come una digressione, in ossequio forse al pensiero di Quinto Mucio che lo stesso Pomponio stava commentando¹⁰⁸.

Riscontrata quest'ulteriore discordanza, è chiaro che non può accettarsi *tout court* l'attendibilità del commentario di Ulpiano, almeno nel frammento in cui ammette che l'estinzione del peculio avvenga solo nel caso di morte ed alienazione (D. 15.2.1.3).

¹⁰⁶ *Supra*, Cap. II, § 4.2; 4.3.

¹⁰⁷ *Supra*, nt. 104.

¹⁰⁸ Cfr. DI MARZO, *Saggi critici sui libri di Pomponio 'ad Quintum Mucium'*, in *Labeo* 7 (1961) 242.

Tuttavia, è difficile stabilire se siano stati gli stessi giuristi ad adeguare il tenore originario dell'editto *de peculio annalis* al regime ormai evoluto dell'azione o se deve pensarsi, invece, ad un errore o un omissione nella trascrizione.

In ogni caso ci sembra probabile ipotizzare che in origine l'editto prevedesse tutte e quattro le ipotesi come casi di estinzione del peculio, e quindi come presupposti per l'esperimento dell'*actio de peculio annalis*¹⁰⁹, e che solo successivamente alcune di esse siano state escluse dall'interpretazione giurisprudenziale, che ovviamente non è stata concorde.

Questa nostra convinzione è suffragata da una ulteriore riflessione condotta sull'intervento pretorio relativo all'*actio de peculio annalis*.

Sappiamo, infatti, che i due presupposti originari per l'esercizio dell'*actio de peculio* sono costituiti dall'esistenza del rapporto potestativo e del peculio al momento della conclusione dell'atto negoziale, ma anche dalla presenza del peculio *penes dominum* o *patrem* al momento della proposizione dell'azione.

E' chiaro che in tutti i casi ricordati da Ulpiano in D. 15.2.1 pr. l'elemento comune è rappresentato dal fatto che, *capitis deminutio* o meno, si estinguono i vincoli potestativi che vigevano al momento della conclusione dell'atto negoziale, dal quale nasce l'*actio de peculio* contro il *dominus*. Ebbene, l'estinzione dei vincoli potestativi in un momento successivo al compimento dell'atto negoziale non dovrebbe comportare alcuna conseguenza particolare, visto che l'editto faceva espresso riferimento al rapporto potestativo vigente al momento della conclusione del negozio¹¹⁰. Viene a mancare, invece, il secondo presupposto, e cioè il peculio, che si estingue, come ci riferisce Ulpiano, in seguito agli eventi considerati.

Il peculio si estingue, infatti, col venir meno del rapporto potestativo perché viene meno la DESTINAZIONE dei beni peculiari. Il vincolo gravante su beni peculiari che determina l'esistenza di un '*PECULIUM*', si individua, infatti, sia OGGETTIVAMENTE, in riferimento ad alcuni beni del patrimonio dominicale o del *pater*, sia SOGGETTIVAMENTE, in relazione

¹⁰⁹ In tal senso LENEL, *EP*, 277; *supra*, nt. 103.

¹¹⁰ D. 15.1.1.2; *supra*, § 2.

esclusiva a quel servo o a quel figlio. Infatti, il peculio è di proprietà del *dominus*, ma è individuato dal punto di vista soggettivo principalmente in riferimento allo schiavo o al *filius*. Così, venuto meno il rapporto potestativo con questi soggetti, viene a mancare il presupposto fondamentale della responsabilità, dell'*obligatio de peculio* del *dominus* o del *pater*.

Il peculio, infatti, è legato sia al soggetto che esercita la potestà (*pater* o *dominus*), sia al *filius* o al servo. E' legato ai primi, poiché la sua stessa esistenza dipende da essi, dalla *concessio* iniziale o dalla successiva *ademptio*, e, al tempo stesso, costituisce il limite alla loro responsabilità nei confronti dei terzi, fatta valere con l'*actio de peculio*. D'altronde, non vi è dubbio che sia legato anche ai servi ed ai *fili* perché a loro è destinato e «funzionalmente vincolato».

Ora, in tale prospettiva, non vi è dubbio che tutte le vicende descritte nell'editto *de peculio annalis* (D. 15.1.1 pr.) riguardanti il *filius* o lo schiavo, nessuna esclusa, possano determinare l'estinzione del peculio (D. 15.2.1.3), come complesso di beni funzionalmente destinati a un determinato schiavo o *filius*¹¹¹.

DI CONSEGUENZA, SE LE OBBLIGAZIONI FATTE VALERE CON L'*ACTIO DE PECULIO* FOSSERO STATE DELLE OBBLIGAZIONI CONTRATTE UNICAMENTE NELL'INTERESSE DEL SERVO O DEL *FILIUS* E, QUINDI, IL DEBITO FOSSE STATO LEGATO ESCLUSIVAMENTE ALLA PERSONA DEL *FILIUS* O SCHIAVO, l'intervento del pretore non avrebbe avuto senso perché si sarebbe dovuta applicare una regola simile a quella valevole per le azioni nossali: L'OBBLIGAZIONE SEGUE LA PERSONA CHE HA CONCLUSO L'ATTO NEGOZIALE IN TUTTE LE SUE VICENDE POTESTATIVE SUCCESSIVE.

E in effetti - tranne che nel caso della morte dello schiavo, o del *filius*, per il quale non c'era, in definitiva, altro rimedio a favore del terzo

¹¹¹ D'altronde, lo scopo perseguito tramite l'*actio de peculio annalis* è quello di colpire il peculio del servo, che costituisce la garanzia dei creditori peculiari, nella misura in cui si trovi ancora presso il vecchio *dominus*. E' chiaro l'intento di evitare manovre fraudolente a danno dei terzi creditori. Il limite di anno si giustifica, probabilmente, col fatto che, trascorso del tempo, non sarebbe stato più possibile distinguere i beni peculiari dagli altri cespiti patrimoniali del *dominus*, visto che quest'ultimo nel frattempo avrebbe potuto disporre, modificandone destinazione e consistenza, confondendoli irrimediabilmente con gli altri suoi beni.

creditore che proporre l'azione contro il *dominus* o il *pater* - negli altri casi, se l'azione fosse stata legata unicamente alla persona dello schiavo o del *filius* si sarebbe potuta proporre azione contro questi soggetti una volta emancipati o manomessi, oppure, nel caso di schiavo alienato, contro il nuovo *dominus* che esercitava la potestà su di lui.

Ma se si esaminano le fonti può agevolmente notarsi che in esse - se è vero che si ammette la manumissione del servo e la concessione a lui del peculio - non si ritrovano mai casi di azioni rivolte *tout court* contro schiavo manomesso per i debiti peculiari da lui stesso contratti prima della manumissione. Anzi, le testimonianze in nostro possesso sembrano negare decisamente questa possibilità¹¹².

Per il *filius* - come abbiamo dedotto anche dall'editto che accorda il *beneficium competentiae* ai figli diseredati, emancipati o che si sono astenuti dall'acquisto dell'eredità¹¹³ - la regola vuole che sia pienamente convenibile solo se istituito erede¹¹⁴; se è emancipato, diseredato, o si è astenuto dall'eredità, sarà tenuto solo nei limiti dell'*id quod facere potest*. In questi ultimi casi, infatti, il pretore accorda al *filius* il beneficio di una condanna limitata, poiché, pur se è stato lui stesso a contrarre l'obbligazione mentre era *alieni iuris*, non è erede, e quindi non subentra nella sfera giuridica del *dominus*.

Per il caso dell'alienazione le fonti sembrano contrastanti. In D. 15.2.1 pr. e in D. 15.2.1.3 si riconosce espressamente che con l'alienazione il peculio si estingue, ma sono troppi i casi in cui si attesta l'alienazione *cum peculio* dello schiavo¹¹⁵ per non credere che la regola sia stata superata in età classica.

E, d'altronde, le stesse fonti sembrano ammettere l'*actio de peculio* contro il compratore anche per i debiti contratti dallo schiavo *ex ante*¹¹⁶. Va detto, tuttavia, che i passi in questione sono stati fortemente sospettati

¹¹² D. 33.8.18; D. 15.2.1.5; vd. *infra*, § 6.2 .

¹¹³ *Supra*, Cap. III, § 1.2.

¹¹⁴ *Infra*, § 6.2.

¹¹⁵ *Supra*, nt. 104.

¹¹⁶ D. 15.1.11.8 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 15.1.27.2 (Gai 9 *ad ed. prov.*); D. 15.1.30.5 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 15.1.32.1 (Ulp. 2 *disp.*); D. 15.1.37.2 (Iul. 12 *dig.*); D. 15.1.47.3-4 (Paul 4 *ad Plaut.*).

di interpolazione¹¹⁷, e che anche coloro¹¹⁸ che propendono per il carattere genuino degli stessi, sono concordi nell'ammettere che l'azione contro il compratore sia uno sviluppo successivo che supera le previsioni iniziali dell'editto¹¹⁹.

¹¹⁷ LUSIGNANI, *La consumazione processuale dell'actio de peculio*, Parma, 1899; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, 3° ed. Milano, 128ss. In particolare, secondo gli autori in questione le interpolazioni riguarderebbero prevalentemente il concorso tra l'azione contro il compratore e quella contro il venditore. Secondo la dottrina da essi seguita, nel diritto classico l'estinzione conseguente al concorso di azioni non era altro che l'applicazione del principio della consumazione processuale della *litis contestatio*, e quindi del principio '*bis de eadem res non sit actio*'. Nel diritto giustiniano, invece, venuto meno l'effetto consuntivo della *litis contestatio*, il concorso di azioni sarebbe stato considerato pur sempre come causa di estinzione dell'azione, ma si sarebbe stabilito che un'azione, una volta esercitata, si sarebbe estinta «fino alla misura del concorso». Da qui la possibilità di agire nuovamente *de residuo*. In tal senso sarebbero stati interpolati, ad esempio, D. 15.1.30.5; D. 15.1.37.2; D. 15.1.47.3; vd. nota precedente.

¹¹⁸ SOLAZZI, *Studi sull'actio de peculio*, in *BIDR* 17 (1905), 229; BUTI, *Studi sulla capacità*, cit., 204 nt. 123.

¹¹⁹ Effettivamente, non vi possono essere dubbi sul fatto che questa azione contrasti col regime originario dell'*actio de peculio*, se non altro per due aspetti fondamentali dello stesso. Innanzitutto, perché secondo le previsioni edittali doveva essere convenuto il soggetto che esercitava la *potestas* sul *filius* o sul servo al momento della conclusione dell'atto e non della proposizione dell'azione (D. 15.1.1.2); vd. *supra*, § 2. In secondo luogo, per il fatto che l'alienazione del servo *estinguitur peculium* (D. 15.2.1.3); *supra*, p. 279.

In realtà, se non si vuole riconoscere la totale alterazione dei testi che consentono l'azione contro il compratore del servo con peculio, si può anche credere che questa azione sia stata ammessa già in età classica, ma certamente tardivamente e non in base ad un'esplicito intervento pretorio, come per l'*actio de peculio annalis*, ma solo in base ad una soluzione giurisprudenziale, peraltro controversa. Affermatasi, infatti, la prassi di alienare il servo assieme al peculio, spesso, proprio per evitare manovre fraudatorie a danno dei creditori, l'azione contro il compratore sarà sembrata la via più semplice e praticabile. E, in realtà, già l'*actio de peculio annalis* era stata introdotta a tutela delle pretese dei creditori peculiari ('*et si quid dolo malo eius in cuius potestate esset*'); vd. *supra*, nt. 103. Infatti, la concessione dell'*actio de peculio annalis* mirava a far sì che i creditori, nel caso di vendita del servo, potessero esperire comunque l'azione entro l'anno per soddisfarsi sui beni peculiari rimasti presso il *dominus*. Tuttavia, se il *dominus* alienava il servo col peculio, i terzi non avrebbero ottenuto nulla con l'esercizio di questa azione, né avrebbero avuto altra via per trovare soddisfazione alle proprie pretese. Da lì avrà preso le mosse il conflitto giurisprudenziale tra chi

ammetteva l'esercizio dell'*actio de peculio* solo nei confronti del venditore, e chi, invece, suggeriva di poterla esercitare anche contro il compratore. Quest'ultimi, infatti, motivavano le loro soluzioni ricordando che l'*actio de peculio* poteva esser esercitata contro chi aveva il peculio al momento della proposizione dell'azione e nei limiti del peculio stesso. Infatti, pur nella varietà delle soluzioni prospettate, i giuristi che ammettono l'azione contro il compratore per i debiti *ante gesto* distinguono tra il caso in cui lo schiavo è stato alienato senza peculio e quello, invece, in cui è stato venduto *cum peculio*, e solo in quest'ultima ipotesi ritengono che il compratore debba essere chiamato a risponderne (D. 15.1.32.2; D. 15.1.37.2).

Dunque, è anche possibile che alcuni giuristi classici abbiano potuto ammettere questa soluzione. Non ci convince, però, l'idea che l'azione contro il compratore sia stata riconosciuta nel prosieguo del tempo grazie alla rilevanza sempre maggiore assunta dal servo e dalla sua attività. SOLAZZI (*Op. ult. cit.*, 231) riteneva, infatti, che la giurisprudenza classica avesse superato gli ostacoli previsti dall'editto pretorio «spinta da una medesima tendenza ad apprezzare sempre più la personalità del figlio e dello schiavo. Che l'attuale *filius familias* abbia contratto l'obbligazione quando era persona *sui iuris*, che lo schiavo si sia obbligato quando si trovava presso un altro padrone, nulla toglie al fatto che la persona del figlio o dello schiavo rimane sempre la stessa, e che il peculio, sia o no costituito degli stessi beni, tien sempre le veci del patrimonio del sottoposto, ed è quindi naturale che serva alla soddisfazione dei suoi debiti, in qualunque tempo contratti». Pur condividendo l'idea che in età classica si sia assistito ad un progressivo riconoscimento della personalità del figlio e dello schiavo, riteniamo che non possa accettarsi l'idea espressa da Solazzi, ripresa e accentuata successivamente da BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale*, cit., 205 il quale, a proposito dell'ammissione dell'*actio de peculio* contro il compratore, ritiene che «tale regime e la sua indiscussa affermazione sono da mettere in relazione al maturarsi della concezione - la cui ricostruzione confermano - del peculio quale patrimonio servile e dell'azione che con riguardo ad esso si concede come sanzione in realtà dei debiti servili».

Bisogna ricordare, innanzitutto, che questa soluzione fu ammessa in seguito a lunghe e contrastate dispute tra i giuristi. Infatti, se la regola per cui il peculio e, dunque, la responsabilità *de peculio*, dovessero seguire sempre il servo o il *filius* fosse stata accettata alla stregua di un principio generale, non ci sarebbero state *altercationes* e dispute sull'ammissibilità dell'azione, ma soprattutto non si sarebbero adottate soluzioni totalmente differenti negli altri casi di estinzione dei rapporti potestativi originari. Infatti, a quanto ne sappiamo, l'azione contro l'acquirente fu un espediente limitato al solo caso dell'alienazione e non agli altri relativi alla manumissione o all'emancipazione, per i quali non si ammise affatto l'azione contro lo schiavo manomesso o il *filius* emancipato per i debiti precedentemente contratti. In questi casi, infatti, la responsabilità *de peculio* continuava a gravare in capo al *dominus* o ai suoi eredi (*infra*, § 6.2). E, d'altronde, uguale soluzione fu adottata nel caso del legatario del peculio, in relazione al quale prevalse ancora una volta la tesi opposta a quella seguita nel caso della vendita. Infatti, qualora il peculio fosse stato legato, l'*actio de peculio*

Di conseguenza, ci sembra che il regime dell'*actio de peculio* relativo al caso di morte, alienazione, emancipazione e manumissione del *filius* o *servus* non sia diverso da quello previsto per le *actiones exercitoria* ed *institoria*. Mostra, infatti, che la responsabilità sancita dall'*actio de peculio* non è legata al servo o al *filius*, ma sempre al *dominus* o al *pater*. L'unica differenza riguarda il fatto che, diversamente dalle altre *a.a.q.*, l'esistenza del peculio non costituisce soltanto il presupposto che determina la responsabilità dell'avente potestà, ma rappresenta anche la condizione necessaria che ne rende possibile la condanna al momento dell'esperimento dell'azione. Quindi, se il peculio viene meno nel corso delle vicende successive al compimento dell'atto negoziale, il *dominus* non può più essere chiamato a rispondere dei debiti ad esso pertinenti.

6.2. *Conseguenze prodotte dalla morte del pater o del dominus in ordine alla legittimazione passiva all'actio de peculio.*

A conclusione dell'indagine sull'*actio de peculio*, è nostra intenzione esaminare alcune testimonianze di particolare interesse, spesso trascurate dalla dottrina, che contrastano anch'esse con l'idea che l'*actio de peculio* sanzioni l'*obligatio* del servo o del *filius* che hanno concluso il negozio, e dimostrano, invece, chiaramente che la responsabilità sanzionata è quella del *pater* o del *dominus*.

Ci riferiamo in particolare a dei brani in cui si valutano le conseguenze della morte del *dominus* o del *pater* in ordine alla legittimazione passiva all'*actio de peculio* per le obbligazioni derivanti dai negozi conclusi dallo schiavo o *filius* dotati di peculio, sorte prima di tale evento. La risposta è univoca: nel caso di morte del *dominus* o *pater*, l'azione si esercita contro gli eredi.

non si accordava contro il legatario, ma sempre contro l'erede; vd. *infra*, § 6.2. Si riteneva, dunque, che bisognasse guardare ai rapporti potestativi originari e non alle vicende sopravvenute.

Il primo brano da esaminare è di Ulpiano ed è particolarmente esplicito in proposito:

D. 15.1.30.1 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Si cum ex parte herede domini vel patris agatur, dumtaxat de peculio condemnandum, quod apud eum heredem sit qui convenitur: idem et in rem verso pro parte, nisi si quid in ipsius heredis rem vertit: nec quasi unum ex sociis esse hunc heredem conveniendum, sed pro parte dumtaxat. [2] Sed si ipse servus sit heres ex parte institutus, aequae cum eo agendum erit.*

Il giurista si esprime con chiarezza sostenendo che qualora l'*actio de peculio et de in rem verso* sia esercitata contro gli eredi del *pater* o del *dominus*, questi possono essere condannati ciascuno solo nella misura del peculio che a lui è pervenuto e dell'arricchimento che si è realizzato nella sua sfera giuridica. Tuttavia se lo stesso servo, a cui era affidato il peculio, è stato istituito erede *ex parte* sarà possibile agire contro di lui.

In realtà, il brano della cui autenticità non si può ragionevolmente dubitare¹²⁰, almeno nella parte che a noi è dato leggere deve aver subito dei tagli. Si nota, infatti, un certo stacco logico tra il primo ed il secondo paragrafo, sottolineato dalla particella avversativa '*sed*' che non trova un corrispondente nel paragrafo precedente. Nel primo paragrafo si parla, infatti, della misura della *condemnatio* dell'*actio de peculio et de in rem verso* proposta contro gli eredi. Nel secondo della convenibilità del servo qualora sia stato nominato erede. A ciò si aggiunge che l'espressione '*ipse servus*' rinvia ad una menzione del servo che non ritroviamo nel testo immediatamente precedente.

E' possibile, allora, che i compilatori abbiano eliminato dall'originale ulpiano una parte che si riferiva proprio al servo, e nella quale probabilmente si affermava l'impossibilità di convenirlo anche nell'ipotesi in cui, dopo la morte del *dominus*, fosse stato manomesso, a meno che non fosse stato istituito erede, anche *ex parte*. In questo caso, infatti, poteva essere chiamato in giudizio come gli altri eventuali coeredi.

¹²⁰ In senso contrario BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 94-95ss, il quale riteneva interpolato tutto il tratto "*idem et in rem versosed pro parte dumtaxat*".

Quella prospettata è solo una supposizione, ma in ogni caso il brano di Ulpiano nella parte che noi conosciamo è di una chiarezza estrema nel porre in evidenza due circostanze fondamentali. In primo luogo il giurista precisa che l'*actio de peculio* mantiene la sua struttura e la sua natura, anche qualora viene esercitata nei confronti dell'erede, tanto è vero che la responsabilità di quest'ultimo soggetto è limitata alla quantità di peculio esistente presso di lui¹²¹.

Inoltre, Ulpiano vuole sottolineare con forza che, morto il *de cuius*, il criterio per determinare la legittimazione passiva all'*actio de peculio* è unico: possono essere convenuti solo i successori a titolo universale. Gli eredi, infatti, subentrano nel complesso dei beni e dei rapporti giuridici facenti capo al *dominus* o *pater*¹²². Di conseguenza, saranno chiamati a rispondere anche di quelle obbligazioni che gravavano su questi soggetti in conseguenza dall'attività del servo o del *filius* dotato di peculio.

¹²¹ La convenibilità degli eredi nei limiti del peculio esistente presso di loro è ribadito anche in un altro brano di cui ci siamo già occupati (D. 15.1.32 pr.), che si riferisce all'esercizio dell'*actio de peculio annalis* nei confronti degli eredi del precedente *dominus*; vd. *supra*, nt. 16.

¹²² Il responso riguarda sia il caso dello schiavo che quello del *filius* (*Si cum ex parte herede domini vel patris agatur...*). La menzione del *filius* è importante poiché indica che anche nel caso che il peculio sia stato affidato ad un *filius*, ad essere convenuto per le obbligazioni peculiari alla morte del *pater* sarà sempre l'erede. La considerazione sembra ovvia, ma in realtà non lo è. Di solito, infatti, il *filius* a cui è stato affidato il peculio diverrà anche erede, ma ciò potrebbe anche non avvenire. Ed anche qualora avvenga, se non è l'unico erede, sarà chiamato a rispondere dei debiti peculiari da lui assunti solo *pro parte*, per la parte per cui è stato istituito erede, e non per l'intero (D. 15.1.32 pr.; *supra*, nt. 16). Si veda in proposito anche D. 15.2.1.4 (*supra*, § 6.1) in cui si esaminano i casi di estinzione del peculio, e nel quale si legge che '*si morte patris vel deportatione sui iuris fuerit effectus filius, de peculio intra annum heres patris vel fiscus tenebuntur*'. Alla morte o in seguito alla deportazione del *pater*, il *filius* diviene *sui iuris*, con la conseguente estinzione del peculio. Tuttavia, il giurista sostiene chiaramente che l'*actio de peculio annalis* va proposta contro l'erede del *pater*, o addirittura contro il *fiscus* (nel caso di *bona vacantia*). Non vi è alcun accenno specifico al *filius* che originariamente possedeva il peculio, ormai divenuto *sui iuris*. In realtà, questo potrebbe essere l'erede di cui si parla, ma in ogni caso sarebbe convenuto come tale e non come originario possessore del peculio. Potrebbe capitare, invece, che il *filius* a cui era stato affidato il peculio non sia divenuto erede, ed allora non sarà lui ad essere convenuto, ma chi è subentrato realmente nel patrimonio del *pater*, e in mancanza il *fiscus*.

Se l'*actio de peculio*, invece, sanzionasse un'*obligatio* propria del servo o del *filius*, non si vede perché, morto il *dominus* o manomesso lo schiavo, i terzi non dovrebbero esercitare l'azione contro gli eredi, e non contro il *filius* o contro lo schiavo ormai libero. E, invece, contro il servo o il *filius* si potrà agire solo se è stato istituito erede, sebbene *pro parte*.

D'altronde, neanche la concessione del peculio allo schiavo manomesso, può essere sufficiente per convenirlo in giudizio:

D. 33.8.18 (Marc. 6 *Inst.*): *Si servo manumisso peculium legatum fuerit, in eum sine dubio creditoribus peculiariis actiones non competunt: sed non alias heres peculium praestare debet, nisi ei caveatur defensu iri adversus creditores peculiarios.*

Così, Marciano non ha dubbi sul fatto che i creditori peculiari non possano esercitare le loro azioni contro lo schiavo manomesso a cui è stato legato il peculio. Di conseguenza, il giurista consiglia agli eredi di non consegnare il peculio al legatario se prima questi non li garantisca dalle eventuali pretese dei creditori peculiari prestando la '*cautio defensu iri*'.

La *cautio* si rende necessaria, infatti, poiché in ogni caso i terzi dovranno convenire in giudizio gli eredi, anche se hanno già consegnato il peculio al legatario, e quindi è necessario che questi si procurino un mezzo per rivalersi nei confronti del servo legatario del peculio.

La testimonianza addotta ci fa intendere, allora, che non si potrebbe agire contro il servo per i crediti peculiari nemmeno qualora questo avesse ottenuto la materiale disponibilità del bene legato. Se la legittimazione passiva fosse legata al possesso del peculio, allora, una volta consegnato al legatario, i terzi creditori dovrebbero agire contro di lui e non contro l'erede. Tuttavia, la maggior parte dei giuristi romani era contraria a questa soluzione.

In realtà la questione fu controversa tra gli stessi giuristi, e di tale disputa siamo a conoscenza, ancora una volta, tramite un brano del commentario *ad edictum* di Ulpiano relativo all'*actio de peculio annalis*:

D. 15.2.1.5 (Ulp. 29 *ad ed.*): *In alienatione accipitur utique venditor, qui actione de peculio intra annum tenetur: [6] sed et si donavit servum vel permutavit vel in dotem dedit, in eadem causa est: [7] item heres eius, qui*

servum legavit non cum peculio. Nam si cum peculio vel legavit vel liberum esse iussit, quaestionem fuit: et mihi verius videtur non dandam neque in manumissum neque in eum, cui legatum sit peculium, de peculio actionem. An ergo teneatur heres? Et ait Caecilius teneri, quia peculium penes eum sit, qui tradendo id legatario se liberavit. Pegasus autem caveri heredi debere ait ab eo, cui peculium legatum sit, quia ad eum veniunt creditores: ergo si tradiderit sine cautione, erit conveniendus.

Il giurista chiarisce innanzitutto che il concetto di *alienatio* deve essere inteso in modo tale da ricomprendere non solo il venditore ma anche colui che ha donato, permutato, o costituito in dote lo schiavo, oppure anche l'erede di colui che aveva legato lo schiavo senza peculio. Non vi è dubbio, infatti, che l'azione può esercitarsi nei confronti di questi soggetti perché il peculio è rimasto interamente o parzialmente nella loro sfera giuridica.

Il dubbio sorge, invece, qualora il servo sia stato legato col peculio o nel caso in cui il *dominus* abbia attribuito al servo la libertà e gli abbia assegnato il peculio. La risposta di Ulpiano è chiara: egli ritiene, infatti, che l'*actio de peculio* non deve essere data né nei confronti del manomesso, né di colui al quale è stato legato il peculio.

A questo punto Ulpiano si chiede, allora, se debba essere convenuto l'erede e, nel dare la risposta, ci fornisce qualche elemento per ricostruire i termini del contrasto sorto tra i giuristi a tal proposito. Ricorda, infatti, il parere di Celio Sabino¹²³ il quale riteneva che dovesse essere chiamato in giudizio l'erede '*quia peculium penes eum sit*', il quale tuttavia poteva liberarsi facendo *traditio* dello stesso. A questi si opponeva Pegaso, il quale invece, era del parere che la semplice *traditio* del peculio non avrebbe comportato la liberazione per l'erede. Di conseguenza, questi prima di effettuarla doveva esigere dal legatario una *cautio* per il caso in cui i creditori peculiari si fossero fatti avanti.

¹²³ Il testo della florentina riporta '*Caecilius*', ma si ritiene corretto leggere *Caelius*, e, dunque, *Caelius Sabinus*; su tale correzione vd. LENEL, *Palingenesia*, I, p. 35, nt. 3; BREMER, *Iurispr. antehadr.* I, 14; II, 255, nt. 1.

Sabino, dunque, riteneva che l'elemento distintivo fosse rappresentato dal possesso del peculio¹²⁴, mentre per Pegaso questa circostanza non era determinante ai fini della legittimazione all'*actio*, che spettava sempre agli eredi in quanto successori del *dominus* o *pater*. D'altronde, la consegna del peculio al legatario non avrebbe liberato l'erede dalla sua responsabilità: l'unica tutela che gli era consentita era quella di farsi garantire dal legatario tramite una *cautio* per le eventuali azioni proposte contro di lui dai creditori del peculio. Il legatario, infatti, poteva promettere di indennizzarlo delle somme che avesse dovuto pagare a tali soggetti. «Sicché» - afferma Solazzi¹²⁵ - «l'erede rispondeva in proprio, solo nel caso che avesse soddisfatto il legato senza richiedere la cauzione».

Sembra, dunque, che Sabino appartenesse alla corrente minoritaria, mentre Pegaso propugnava, invece, la tesi che ebbe successo fra i giuristi e che fu accettata, infatti, da Marciano (D. 33.8.18) e dallo stesso Ulpiano (D. 15.2.1.5).

Dai responsi di Pegaso, Marciano e Ulpiano sembra, allora, evincersi con chiarezza che è l'erede che deve essere convenuto per i debiti

¹²⁴ In particolare SOLAZZI, *Studi sull' «actio de peculio»*, cit., 221, nt. 2, riferisce del contrasto sorto tra i giuristi romani a tal proposito, ammettendo che «per il caso che il peculio formi oggetto di un legato ritornano gli stessi dubbi che abbiamo incontrato nell'ipotesi di vendita». Il problema, infatti, era stato posto negli stessi termini dai giuristi romani. Basti considerare il fatto che Ulpiano in D. 15.2.1.5 tratta congiuntamente del caso della vendita e del legato ritenendo che rientrino entrambe nel concetto di *alienatio*. Tuttavia lo stesso SOLAZZI (*Loc. ult. cit.*) - pur essendo uno strenuo sostenitore dell'autenticità dei brani in cui si riconosce azione contro il compratore dello schiavo *cum peculio* per i debiti *ex ante gesto* (*supra*, nt. 205) - è costretto ad ammettere che la soluzione data nei due casi è differente, anzi diametralmente opposta. Infatti, nel caso della vendita era prevalsa l'ipotesi di chi riconosceva l'azione contro il compratore, mentre per il legato, l'ipotesi opposta di convenibilità degli eredi e non del legatario. L'attento studioso ricorda, infatti, i responsi di Giavoleno (D. 15.1.35; D. 33.8.17) e Giuliano (D. 33.4.1.10), i quali sostenevano che nel caso di legato con peculio dovesse essere convenuto il legatario e non l'erede, con una motivazione che è chiaramente espressa da Giuliano: l'erede non può essere convenuto '*quia peculium desiit penes se habere*'. Tuttavia, non esita a riconoscere che prevale la tesi opposta sostenuta da Pegaso (D. 15.2.1.7) a cui aderì Marciano (D. 33.8.18) e, successivamente, anche Ulpiano (D. 15.2.1.7).

¹²⁵ *Studi sull' «actio de peculio»*, cit., 221, nt. 2.

inerenti al peculio, proprio in conseguenza del fatto che egli subentra nell'intera sfera giuridico-economica del *de cuius* e, quindi, in tutte le posizioni debitorie e creditorie che gli competevano, anche quelli peculiari. Questa soluzione, che doveva costituire il punto di partenza, l'assetto originario conforme alle prescrizioni dell'editto pretorio, fu oggetto di disputa. Infatti, nel momento in cui si ammise l'alienazione, la manumissione, il legato del servo con peculio, era legittimo che sorgesse il dubbio se dovesse essere convenuto colui che esercitava la *potestas* al momento della conclusione dell'atto da cui era sorto il debito, o colui che avesse presso di sé il peculio al momento della proposizione dell'azione.

Ebbene, tranne che per alcune eccezioni, si fece comunque prevalere la regola originaria, per cui alla morte del *dominus* o *pater* erano convenibili i soggetti che succedevano loro, non tanto perché ad essi pervenivano per successione i beni peculiari, ma perché a loro si trasferivano le *obligationes* gravanti sul *dominus*. Così, nel caso che il peculio fosse oggetto di legato, l'azione sarebbe stata esercitata contro gli eredi e non contro il legatario¹²⁶. Parimenti, il servo manomesso sarebbe stato convenibile solo nella misura in cui fosse stato nominato erede a titolo universale e non semplice legatario¹²⁷.

Di conseguenza, possiamo trarne la conclusione che anche l'*actio de peculio* spettava contro il *dominus*, o i suoi eredi, indipendentemente da ogni mutamento di natura potestativa che avesse riguardato il *dominus* o il *pater*, in quanto l'*obligatio* fatta valere tramite l'*actio de peculio* era un'*obligatio* che gravava direttamente su tali soggetti. Il *dominus* o il *pater* erano, infatti, gli unici titolari dei rapporti di debito e credito sorti nel momento in cui il servo o il *filius* si trovavano sotto la loro potestà, e di conseguenza solo a loro spettava la legittimazione passiva ed attiva per le eventuali azioni nascenti da tali rapporti.

¹²⁶ D. 15.2.1.5; *supra*, p. 291.

¹²⁷ D. 15.1.30.2; *supra*, p. 288.

7. Actio de in rem verso: note introduttive.

Esaminata l'*actio de peculio*, resta da considerare immediatamente dopo o, per meglio dire, congiuntamente l'*actio de in rem versio*¹²⁸. Non vi è dubbio, infatti, che esista una relazione profonda tra le due *actiones*, anzi è molto probabile che per esse originariamente fosse utilizzata un'unica formula¹²⁹. Di conseguenza lo studio e la comprensione dell'una non possono essere condotte autonomamente dall'altra, anche in considerazione del fatto che - per motivi che chiariremo meglio successivamente - l'accertamento dei caratteri della responsabilità *de in rem versio* del *dominus* o *pater* diviene fondamentale anche per la comprensione stessa dell'*actio de peculio*, e più in generale del regime peculiare.

Tuttavia, spesso non si tiene debitamente conto della relazione «strutturale» esistente tra il peculio e l'*in rem versio*. Così, Buti¹³⁰ nel considerare le *a.a.q.* nel loro complesso le distingue in categorie differenti. Alla prima apparterebbero, infatti, alcune di esse, quali l'*actio quod iussu*, l'*actio exercitoria* e l'*actio institoria*, a cui sarebbe legata una responsabilità *in solidum* per l'avente potestà o per il preponente, in quanto il servo o il *filius* non opererebbero per propria volontà ed interesse, ma per conto del *dominus*. Ve ne sarebbero altre, invece, le quali darebbero luogo ad una responsabilità limitata per l'avente potestà¹³¹, quali l'*actio de peculio* e la *vocatio in tributum*. In questi casi, la limitazione della responsabilità conseguirebbe al fatto stesso che il *dominus* o *pater* sono chiamati a rispondere dell'attività che il servo ha svolto «*per iniziativa propria e nel proprio interesse*». In fine, una posizione particolare rivestirebbe l'*actio de in rem versio*, che

¹²⁸ VON THUR, *Actio de in rem verso*, Leipzig, 1895; BEKKER, *Actionen* II, cit., 336ss; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* II, cit., 1154; SOLAZZI, *Peculio et de «in rem versio» nel diritto classico*, in Scritti Solazzi, I, 247ss, MICOLIER, *Pécule*, cit., 307ss; BUCKLAND, *The roman law of Slavery*, 184; GAY, *L'in rem versum à l'époque classique*, in *Varia Études de droit romain*, I, 156ss; BUTI, *La capacità patrimoniale*, cit., 152; DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 47ss.

¹²⁹ *Infra*, § 7.1.

¹³⁰ *La capacità patrimoniale*, cit., 148ss.

¹³¹ BUTI, *Op. ult. cit.*, 151ss.

ricorrerebbe nell'ipotesi in cui il servo abbia agito di propria iniziativa ma nell'interesse del *dominus*¹³².

D'altronde, lo stesso Buti¹³³ sottolinea successivamente che, nel caso delle *actiones quod iussu, exercitoria ed institoria*, la responsabilità *in solidum* deriva dal fatto che chi compie un negozio col servo, *filius* o preposto segue la *fides* del *dominus* o *pater*, o comunque appare evidente che il negozio sia stato concluso per volontà dell'avente potestà o del preponente. «Per converso» - continua Buti¹³⁴ - «Gai 4.72a indica chiaramente (nonostante l'incompletezza del passo) che l'*actio de peculio* (*et de in rem verso*) compete per i negozi contratti dal servo senza che sia intervenuta né la volontà né il consenso del *dominus*, dunque quando il servo abbia usufruito della sua autonoma capacità di obbligarsi e di obbligare: '*licet enim negotium ita gestum sit cum filio servove, ut neque voluntas neque consensus patris dominive intervenerit... eatenus datur actio*'...». Di conseguenza l'*actio de peculio* spetterebbe «nei casi in cui il servo ha agito nel proprio nome ed interesse¹³⁵».

Ebbene tale valutazione delle *a.a.q.* non sembra corrispondere all'assetto delle fonti classiche, né giustinianee, né probabilmente all'originaria configurazione dell'editto pretorio.

¹³²Vd. BUTI, *Op. ult. cit.*, 155-156ss, il quale cita, a titolo esemplificativo, un brano di Ulpiano inserito dai compilatori nel titolo relativo all'*actio de in rem versio*, in cui sarebbe possibile ravvisare tutti i riflessi dell'agire del *servus* che acquista al *dominus*: D. 15.3.5.2 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Quod servus domino emit, si quidem voluntate eius emit, potest quod iussu agi: sin vero non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emit, de in rem verso actio erit: si vero nihil eorum est, de peculio erit actio*. In realtà, la dottrina ha ritenuto il brano interpolato da '*si quidem- alioquin*'; cfr. BUCKLAND, *Op. cit.*, cit. 166; SOLAZZI, *Iussum e Ratihabitio*, in *Scritti* 6, 588; GAY, *L'in rem versum*, cit., 21ss. L'espressione eliminata conterrebbe, infatti, il riferimento alla gestione d'affari che i Bizantini più volte accosteranno al caso dell'*in rem verso*; *infra*, nt. 155. Inoltre, è tipica delle fonti giustinianee la tendenza ad accertare l'arricchimento in maniera del tutto indipendente dall'esistenza del *peculium*; *infra*, nt. 149; nt. 159.

¹³³BUTI, *Op. ult. cit.*, 153ss.

¹³⁴BUTI, *Loc. ult. cit.*

¹³⁵BUTI, *Loc. ult. cit.*

Basti pensare, innanzitutto, che l'*actio quod iussu*, l'*actio de peculio*, e l'*actio de in rem verso* vengono assegnate a tre categorie differenti, prospettando per esse natura e presupposti estremamente differenti. Nell'editto del pretore, invece, dovevano essere accomunate nell'*edictum triplex*¹³⁶.

Inoltre, a nostro avviso, una cosa è dire, come fa Gaio, che nel caso dell'*actio de peculio* '*neque voluntas neque consensus patris dominive intervenerit*', un'altra, invece, che in questi casi il servo agisca in nome proprio e nel suo esclusivo interesse, usufruendo della sua autonoma capacità di obbligarsi e obbligare.

Tanto è vero che Buti, nella prima parte del suo discorso¹³⁷ distingue nettamente le due azioni, ma successivamente esaminando il brano di Gaio - che tratta unitariamente dell'*actio de peculio et de in rem verso*¹³⁸ - è costretto ad accorparle, seppur tra parentesi, e quindi a fare un discorso unitario che poche pagine prima aveva negato.

E' allora necessario valutare con attenzione le fonti relative all'*actio de peculio et de in rem verso* per verificare, nei limiti del possibile, se si trattasse di un'unica azione con due *condemnationes*, o invece di due azioni nettamente distinte. Inoltre, è necessario, a nostro parere, soffermarsi a riflettere sulla natura della responsabilità fatta valere tramite l'azione in questione, poiché, qualora si accertasse, così come è probabile, che l'azione doveva essere unica, ne deriverebbe come conseguenza ineludibile che la responsabilità *de peculio* non poteva atteggiarsi in maniera del tutto differente da quella *de in rem verso*.

¹³⁶ D. 15.1.1.1; su cui *precipue* LENEL, *EP.*, 275ss.

¹³⁷ BUTI, *Loc. ult.cit.*, 148.

¹³⁸ Gai 4.72a.

7.1. Presupposti e fondamento dell'actio de in rem verso. Origine storica ed evoluzione.

In realtà le fonti a nostra disposizione sembrano indicarci con un notevole grado di certezza che la formula dell'*actio de peculio et de in rem verso* dovesse essere unica¹³⁹.

Gaio nelle sue *Institutiones* dice espressamente '*...eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur*'¹⁴⁰, e utilizza sempre la dizione unitaria di "*actio de peculio et de in rem verso*"¹⁴¹.

Così, d'altronde, nelle *Institutiones* di Giustiniano¹⁴² e nella Parafrasi di Teofilo¹⁴³ si tratta espressamente dell'*actio de peculio et de in rem verso* come di un'unica azione con due *condemnationes*.

Vi sono poi una serie di brani - esaminati anche da Lenel¹⁴⁴ - dai quali si evince chiaramente che la clausola *de in rem verso* dovesse essere contenuta all'interno dell'*actio de peculio*.

Né vale a respingere questa tesi il fatto che i compilatori, invece, nella redazione dei Digesta abbiano dedicato ad ognuna di esse un titolo autonomo¹⁴⁵, o che in fonti tardo classiche si prospetti la possibilità di agire con l'una o l'altra disgiuntamente¹⁴⁶.

¹³⁹ LENEL, *EP.*, 279ss.

¹⁴⁰ Gai 4.74a

¹⁴¹ Gai 4.72, Gai 4.74; Gai 4.74a.

¹⁴² I. 4.7.4b: *...licet enim una est actio qua de peculio deque eo quod in rem domini versum sit agitur, tamen duas habet condemnationes. Itaque iudex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini versum sit, nec aliter de peculii aestimationem transit, quam sit aut nihil in rem domini versum intellegatur aut non totum..*

¹⁴³ *Par.* 4.7.4b.

¹⁴⁴ LENEL, *EP.*, 279 nt. 1, il quale si sofferma in particolare sull'esame di D. 15.2.1.10, respingendo le obiezioni sollevate a tal proposito da autori a lui precedenti: BEKKER, *Actionen* II, cit., 336ss; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* II, cit, 1154. Per una dettagliata descrizione degli altri testi dai quali può evincersi l'unicità dell'*actio de peculio et de in rem verso* vd. in particolare ALBANESE, *Le persone*, cit. 155, nt. 681.

¹⁴⁵ LENEL, *EP.*, 279: «Daß die Lehre in den Digesten in zwei Titel zerlegt ist, beweist gegen die una *actio* schon darum nichts, weil dieselbe Tatsache dann auch gegen die Zusammenfassung unter eine Ediktrubrik sprechen würde, welch letztere

Già Keller, ma anche Lenel¹⁴⁷, ritenevano, infatti, che le due clausole potessero essere separate.

D'altronde nelle fonti vi è una certa discordanza anche in relazione alla determinazione della misura della responsabilità del *dominus* o *pater*. In particolare, mentre Gaio¹⁴⁸ richiede che si valuti l'esistenza del peculio anche ai fini dell'accertamento dell'arricchimento del *dominus*, dalle *Institutiones* di Giustiniano¹⁴⁹ ci è dato sapere che le due questioni sono del tutto distinte.

E, in realtà, le eventuali anomalie ravvisabili nelle fonti si spiegano facilmente seguendo il processo di evoluzione storica del regime dell'*actio de peculio et de in rem verso* in età classica.

Già Micolier¹⁵⁰ riteneva, infatti, che l'*actio de in rem verso* avesse subito una trasformazione profonda anche in relazione ai cambiamenti subiti dall'*actio de peculio*. Così, rifacendosi espressamente all'ipotesi del Von Thur, affermava¹⁵¹ che ancora all'inizio dell'epoca classica - in conseguenza del mancato riconoscimento dei crediti del servo o del *filius* nei confronti dell'avente potestà, e quindi del fatto che il valore di tali crediti non poteva essere considerato come parte del peculio - «*la clause de in rem verso, complètement de l'action de peculio, venait alors équitablement au secours du créancier en lui permettant d'obtenir paiement dans la mesure dont le paterfamilias se trouvait enrichi à ses dépens. Mais par la suite, avec la reconnaissance de debita naturalia entre paterfamilias et subjecti, l'action de in rem verso aurait, selon von*

doch in fr. 1 §1 (15.1) ausdrücklich bezeugt ist: es waren sicherlich bloß Gründe der Übersichtlichkeit des Systems, was die Kompilatoren zur Zerlegung der Kommentare, die sich auf das *edictum triplex* beziehen, unter vier verschiedene Titel bewog».

¹⁴⁶ D. 15.3.1.1 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 15.3.1.2 (Ulp. 29 *ad ed.*).

¹⁴⁷ LENEL, *EP.*, 280 menziona a conferma del suo assunto le testimonianze contenute in D. 15.3.1.1. D. 15.2.1.10. Nello stesso senso anche SOLAZZI, *Peculio e 'in rem versio' nel diritto classico*, cit., 249ss. Quest'ultimo A., il quale adduce a sostegno dell'ipotesi in questione anche il passo riportato in 15.3.19, è del parere, tuttavia, che fosse possibile esperire l'*actio de peculio* «pura», quindi senza la clausola *de in rem verso*, ma non viceversa; vd. *infra*, 159.

¹⁴⁸ Gai 4.74; *infra*, nt. 159.

¹⁴⁹ I. 4.7.5; *infra*, nt. 159.

¹⁵⁰ *Pécule*, cit., 308ss.

¹⁵¹ MICOLIER, *Op. ult. cit.*, 309ss.

*Thur, cessè d'être une action pour enrichissement: elle aurait été donnée dans les seules hypothèses, où le subjectus, ayant utilement géré les affaires du pater familias, avait acquis contre celui-ci une créance naturelle en libération*¹⁵²».

E, in effetti, risulta credibile che originariamente quella 'de in rem verso' fosse unicamente una clausola, introdotta a completamento dell'*actio de peculio* e a vantaggio dei terzi creditori. La predetta clausola consentiva loro di ottenere il pagamento del credito non solo in ragione dei beni esistenti nel peculio ma anche nella misura in cui il *dominus* si fosse arricchito in conseguenza dell'attività del servo o del *filius*.

Così è anche ipotizzabile che vi sia stata un'evoluzione nel senso voluto da Micolier. Non siamo convinti, invece, del fatto che - riconosciuta l'esistenza dei *debita naturalia* del *dominus* nei confronti del servo o del *filius* - l'*actio de in rem verso* abbia cessato di essere azione per l'arricchimento e sia stata concessa solo nell'ipotesi in cui il servo avesse svolto una gestione utile d'affari per il suo *dominus*¹⁵³.

¹⁵² In particolare - secondo Micolier (*Pécule*, cit., 310) - l'evoluzione descritta si spiegherebbe col fatto che originariamente l'*actio de peculio et de in rem verso*, promessa nello stesso editto (editto triplice) insieme all'*actio quod iussu*, trovava il suo fondamento nell'idea comune del 'iussum'. In virtù della *concessio peculii*, il *pater familias* si obbligava a riconoscere le obbligazioni contrattuali dell'*alieni iuris* nella misura del peculio e del suo arricchimento; «..autrement dit le paterfamilias, qui, en concédant un pécule, a mis son esclave ou son fils en rapport d'affaires avec les tiers, est supposé avoir autorisé l'acte qui l'a enrichi et en avoir accepté les charges dans la mesure du bénéfice retiré» (p. 310). Successivamente l'idea del *iussum* non sarebbe stata più alla base della responsabilità adiettizia del peculio e, di conseguenza, si sarebbe giunti anche ad una nuova concezione dell'*in rem verso*.

¹⁵³ Sulla natura dell'*actio de in rem verso* sono state avanzate due principali ipotesi. La prima ravvisa la causa dell'azione nell'arricchimento del *dominus*; vd. BUCKLAND, *Op. cit.*, 179ss; BETTI, *Responsabilità nossale o peculiare, e responsabilità del pater (dominus) nei limiti dell'arricchimento in diritto romano classico*, in *Atti Accademia Torino* 51 (1915-1916) 1363ss; SOLAZZI, *Peculio e «in rem versio»*, cit., 255ss. La seconda ipotesi ritiene invece, che la causa dell'*in rem versio* sia costituita da un atto di gestione utile degli affari realizzato da schiavi e *fili familias* a vantaggio dei loro aventi potestà; vd. VON THUR, *Actio de in rem verso*, 3ss; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* II, cit., 1156; MICOLIER, *Pécule*, cit., 310ss; GAY, *L'in rem versum*, cit., 155ss.

Risulta difficile credere, infatti, che in età classica avanzata l'*actio de in rem verso* presupponesse sempre una gestione di affari compiuta dal servo o *filius* a vantaggio del *dominus* o *pater*¹⁵⁴. Questa ipotesi si fonda, infatti, su alcune testimonianze della cui classicità si può ragionevolmente dubitare¹⁵⁵.

Inoltre, è poco credibile l'idea, espressa da Micolier¹⁵⁶, che il terzo creditore, agendo *de in rem verso*, in realtà facesse valere un credito

¹⁵⁴ MICOLIER, *Pécule*, cit., 311ss.

¹⁵⁵ Ci riferiamo in particolare a D. 15.3.3.2; D. 15.3.3.4; D. 15.3.17. Il primo di essi sembra avere addirittura una portata definitoria, di carattere generale: D. 15.3.3.2 (Ulp. 29 ad ed): *Et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriore*. Nel brano si legge, infatti, che l'*actio de in rem verso* spetta, in tutti quei casi in cui al *procurator* o a chi ha gerito affari altrui spetterebbero l'*actio mandati* o l'*actio negotiorum gestorum*, e parimenti nell'ipotesi in cui il *servus* abbia utilizzato le *res peculiares* per migliorare e non peggiorare la condizione del *dominus*. In realtà, la dottrina ha da tempo segnalato la possibilità che il brano fosse interpolato proprio nella parte in cui si assimila il caso dell'*in rem versio* a quello del *procurator* o del gestore di affari altrui: '*quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem*'; vd. BESELER, *Beiträge*, 3, 193ss; DONATUTI, *Studi sul procurator*, II. *Verus et falsus procurator*, in *Ann. Perugia*, 33 (1921), 692ss; ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 25 nt. 8. In senso contrario RICCOBONO, *La dottrina generale del compenso di spese fatte su cosa altrui*, in *AUPA* 3-4 (1917) 406-407; SOLAZZI, *Procuratori senza mandato*, in *RIL* 56 (1923) 740-742. Queste interpolazioni si giustificano col fatto che i Bizantini abbiano voluto limitare l'*in rem verso* agli atti di gestione degli affari, mentre Ulpiano guardava semplicemente all'arricchimento del *pater familias* o del *dominus*. In senso critico si è pronunciata la dottrina anche sugli altri passi richiamati da Von Thur e Micolier: D. 15.3.3.4; D. 15.3.17pr; vd. BESELER, *Beiträge*, 3, cit., 184; RICCOBONO, *Il rimborso delle spese ai semplici detentori*, in *AUPA* 3-4 (1917) 338; 486; BIONDI, *Rec. a Études d'histoire juridique offertes à Paul Frédéric Girard per ses élèves*, Paris, 1913, in *BIDR* 29 (1916) 228 nt. 2; ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., 25 nt. 8.; SOLAZZI, *Procuratori senza mandato*, cit., 740-742. Uguali considerazioni sono state prospettate in relazione a D. 15.3.5.2, su cui *supra*, nt. 132.

¹⁵⁶ *Pécule*, cit., 324ss. L' A. si riferisce ancora una volta all'ipotesi sostenuta da VON THUR, *Op. ult. cit.*, 242ss. Hanno manifestato parere contrario, BUCKLAND, *The roman law of Slavery*, 184; BESELER, *Beiträge* 3, cit. 192ss; NIEDERLÄNDER, *Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht*, 1953, 51.

naturale che il suo debitore (servo o *filius*) vantava nei confronti del suo avente potestà.

A dire il vero, lo studioso in questione si rendeva conto dell'anomalia rappresentata da un credito naturale che potesse dar luogo ad un'azione, esercitabile in via surrogatoria dal terzo creditore, quasi più forte di quella che spettava a lui stesso direttamente¹⁵⁷. Tuttavia, ne ribadiva la verosimiglianza collegando la configurazione del credito naturale del servo o del *filius* all'esistenza del peculio. L'*actio de in rem verso* - a suo parere - richiedeva sempre l'esistenza del peculio: «*De tout temps il fut impossible d'agir de in rem verso du chef d'un esclave ou d'un fils sine peculio; primitivement, parce que le paterfamilias n'était déclaré responsable, même du chef de l'in rem versum, que s'il avait fait une concession de pécule, ensuite, parce que seule l'entremise du pécule permettait la substitution d'un tiers au subjectus a l'égard des droits que ce dernier possédait contre son paterfamilias*¹⁵⁸ ».

Ebbene, a nostro parere, l'autore francese ha colto nel segno riguardo al fatto che l'*actio de in rem verso* dovesse applicarsi solo nei casi in cui a determinare l'arricchimento fosse stato un servo o un *filius* dotato di peculio¹⁵⁹.

¹⁵⁷ *Pécule*, cit., 324ss.

¹⁵⁸ *Pécule*, cit., 326ss.

¹⁵⁹ La dottrina prevalente ritiene che l'*in rem versio* presupponesse in ogni caso l'esistenza del *peculium*: VON THUR, *Actio de in rem verso*, cit., 242ss; SOLAZZI, *Peculio e 'in rem versio'*, 255ss; MICOLIER, *Pécule*, cit., 326ss; LEVY, *Zum Gaius von Oxyrinchus*, cit., 277ss. D'altronde anche LENEL, *EP*, 280, negava la possibilità di un'*actio de in rem verso* pura, tranne nei casi in cui veniva concessa in via 'utile' (D. 15.2.1.10; D. 15.3.19; D. 15.3.20-21). E, in realtà, le fonti sembrano testimoniare chiaramente in tal senso. Le stesse espressioni con cui si apre il titolo del Digesto dedicato all'*actio de in rem verso* sono esplicite in proposito: D. 15.3.1 pr. (Ulp. 28 *ad ed.*); vd. *infra*, p. 310. Ma anche il brano che segue (D. 15.3.1.1) indica espressamente che l'*actio de in rem verso* è legata all'esistenza di un peculio, e può servire, infatti, ad ovviare ad eventuali problemi che dovessero verificarsi in relazione alla morte del servo o all'*ademptio peculii*. Nello stesso senso depone anche il brano successivo (D. 15.3.1.2) in cui si prospetta il problema del concorso, tra l'*actio de peculio* e l'*actio de in rem verso*; *infra*, nt. 256. Tuttavia, il fatto che l'arricchimento debba essere procurato da un servo dotato di peculio, non significa poi dal punto di vista formulare - come pensa SOLAZZI, *Peculio e 'in rem versio' nel diritto classico*, cit., 205ss - che il pretore dovesse in tutti i casi prescrivere al giudice di cercare preliminarmente se

Ci trova concordi, anche l'idea che vi fosse un collegamento tra la responsabilità *de in rem verso* del *dominus* o *pater* e la configurazione in

esisteva un peculio, per determinare poi l'eventuale *in rem verso*. E' più probabile l'ipotesi di Micolier il quale ritiene, invece, che ancora una volta debbano distinguersi periodi storici differenti. Infatti, secondo l'A., se è vero che l'esistenza del peculio costituisce un presupposto fondamentale della condanna *de in rem verso*, ciò non significa che l'attore ne dovesse provare necessariamente l'esistenza al giudice. O meglio, è probabile che tale prova fosse richiesta dai giureconsulti che facevano dipendere l'esistenza del peculio da una concessione dell'avente potestà. Di questa evoluzione avremmo alcune tracce nelle fonti, ed in particolare in Gai 4.74 e nel corrispondente passo delle *Institutiones* di Giustiniano (I. 4.7.5). Gai 4.74: *...Sed nemo tam stultus erit, ut qui aliqua illarum actionum sine dubio solidum consequi possit, in difficultatem se deducat probandi habere peculium eum cum quo contraxerit, exque eo peculio posse sibi satisfieri, vel id quod persequitur in rem patris dominive versum esse.* I. 4.7.5: *Ceterum dubium non est, quin si quoque, qui iussu domini contraxerit cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio deque eo, quod in rem domini versum est agere possit; sed erit stultissimus si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem deducat probandi in rem domini versum esse, vel habere servum peculium et tantum habere, ut solidum sibi solvi potest.* Nel primo caso (Gai 4.74) l'*habere peculium* costituisce il presupposto comune perché si possano avere le due condanne. Quindi, MICOLIER, *Pécule*, cit., 330, riteneva che per Gaio, la condanna *de in rem verso* non era possibile se l'attore non provava l'esistenza del peculio del soggetto con il quale *contraxerit*. Ne deduceva, di conseguenza, che Gaio fosse tra quei giuristi che, sulla scia di Giuliano, richiedevano la *concessio peculii* per la costituzione del peculio. Nel brano delle Istituzioni di Giustiniano si chiede, invece, all'attore di provare che '*in rem domini versum esse vel habere servum peculium*'. Per Micolier, *Pécule*, cit., 331, dunque, Giustiniano avrebbe fatto propria la tesi dei giuristi classici che consideravano il peculio come esistente, e il credito verso il *pater* o *dominus* come un elemento del peculio, indipendentemente dalla concessione stessa del peculio.

Al di là della questione relativa al rapporto tra *concessio peculii* e esistenza del peculio, su cui ci siamo pronunciati precedentemente (*supra*, § 1, nt. 21), e in ordine alla quale è estremamente difficile affermare qualcosa di certo, è innegabile che nelle fonti descritte possono riscontrarsi delle differenze sostanziali in ordine al rapporto tra peculio e *in rem verso*. A tal proposito sono particolarmente interessanti le considerazioni svolte da DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 47ss, il quale più semplicemente, ma più incisivamente, ha posto in evidenza il contrasto esistente tra le fonti preclassiche e classiche - in cui emerge una connessione strutturale e funzionale tra peculio e *in rem verso*, nel senso che l'esistenza del primo costituiva il presupposto necessario per la configurazione della seconda - e le fonti successive (P.S. 2.9.1-2; I. 4.7.5) in cui si sancirebbe, invece, una piena autonomia dell'*in rem verso* dal peculio ed anche dal rapporto potestativo (D. 12.1.27; D. 17.2.82; C.I. 4.26.7.3).

capo al servo o al *filius* di un credito nei confronti dei loro aventi potestà. Ci lascia perplessi, invece, l'affermazione per cui in piena età classica il terzo che agiva *de in rem verso*, in realtà, non faceva altro che surrogarsi nell'azione che il *filius* o *servus* avevano nei confronti del rispettivo *pater* o *dominus*.

7.2. Natura e caratteri della responsabilità *de in rem verso*.

E' necessario, allora, soffermarsi sulla responsabilità sancita dall'*actio in rem verso* per verificarne natura e caratteri. E' nostra convinzione, infatti, che essa non sanziona «indirettamente» un debito naturale del *dominus* o *pater* nei confronti del servo o *filius*, ma «direttamente» un debito gravante su di loro nei confronti del terzo.

E' vero, infatti, che nelle fonti ci si riferisce al *dominus*, a vantaggio del quale si è prodotto l'arricchimento, come '*debitor peculiaris*', e che a tal proposito si discute anche di '*nomen peculiare*', tuttavia le testimonianze in questione vanno valutate con attenzione.

Leggiamo, innanzitutto, un brano di Ulpiano particolarmente significativo a tal proposito:

D. 15.3.3.5 (Ulp. 29 *ad. ed.*): *Idem Labeo ait, si servus mutuatus nummos a me alii eos crediderit, de in rem verso dominum teneri, quod nomen ei acquisitum est: quam sententiam Pomponius ita probat, si non peculiare nomen fecit, sed quasi dominicae rationis. Ex qua causa hactenus erit dominus obligatus, ut, si non putat sibi expedire nomen debitoris habere, cedat creditori actionibus procuratoremque eum faciat.*

Buti¹⁶⁰ ritiene che questo sia uno dei brani in cui si parla di '*nomen peculiare*', «..e non si vede in quale altro modo potrebbe essere definito questo *nomen* se non come 'naturale». E' chiara, dunque, la volontà di

¹⁶⁰ *Op. cit.*, 245, nt. 50 e bibliografia ivi citata.

riferire al servo il *creditum* acquisito tramite la concessione di somme di denaro a terzi a titolo di mutuo.

In realtà, l'*actio de in rem verso* viene accordata contro il *dominus* perché le somme prese a mutuo dal servo sono state date a credito ad altri, e conseguentemente ne è derivato un credito per il *dominus*, non per il servo. La descrizione del caso non sembra lasciare dubbi in proposito: «*..de in rem verso dominum teneri, quod nomen ei adquisitum est*».

D'altra parte, il terzo che ha concesso il mutuo al servo esperisce l'azione contro il *dominus* perché è questo soggetto ad essere '*obligatus*' a causa del negozio concluso dal servo ('*ex qua causa hactenus erit dominus obligatus*')¹⁶¹; tanto è vero che, se il *dominus* non vuole pagare o subire l'azione, può cedere al suo creditore l'azione che gli spetta¹⁶², a sua volta, contro colui al quale il servo ha concesso le somme derivanti dal mutuo in questione.

Il brano, a nostro parere, è di una chiarezza estrema e dimostra in maniera inequivocabile che dalle attività negoziali compiute dal servo

¹⁶¹ Ulpiano ricorda il parere di Pomponio il quale, pur concordando con l'opinione di Labeone, riteneva che la soluzione fosse valida perché il servo '*non peculiare nomen fecit, sed quasi dominicae rationis*'. Tuttavia, quella di Pomponio è solamente una precisazione che non altera i termini della questione. Infatti, se il servo avesse accettato il denaro *peculiari nomine*, il *creditum* sarebbe appartenuto «formalmente» al *peculium*, ma «sostanzialmente» al *dominus*. Infatti, l'esercizio dell'azione a tutela del credito in questione sarebbe spettata unicamente al *dominus*, anche se questi doveva poi riversare nel *peculium* le somme riscosse, non perché non gli appartenessero, ma perché, costituendo il peculio, di fatto aveva destinato le *res peculiares* e tutte le utilità future ad esse connesse a garanzia dei terzi; vd. *supra*, Cap. III. Così viceversa, se il mutuo assunto dal servo fosse stato contratto '*peculiari causa*', ad essere convenibile era sempre il *dominus* nei limiti del peculio, però, e non dell'*in rem versio*. Infatti, come vedremo meglio in seguito (*infra*, nt. 169), l'unico responsabile per l'attività compiuta dal servo con peculio è sempre il *dominus*, sia se l'arricchimento si è direttamente prodotto nella sua sfera giuridica (*in rem versio*), sia nel caso in cui si è realizzato nel *peculium*, e cioè in quella parte del suo patrimonio che ha temporaneamente affidato al servo.

¹⁶² Anche in questo brano - come avevamo già visto precedentemente (D. 15.1.53; *supra*, Cap. III, § 4.2) - si ribadisce che le azioni a tutela dei crediti peculiari spettano unicamente al *dominus*, il quale '*si non putat sibi expedire nomen debitoris habere, cedat creditori actionibus procuratoremque eum faciat*'.

derivano ‘*debita*’ e ‘*credita*’ che sono imputabili principalmente in capo al *dominus*.

D'altronde, i brani relativi all'*actio de in rem verso* in cui ci si riferisce espressamente al *dominus* come ‘*debitor peculiaris*’ del suo servo sono principalmente due:

D. 15.3.10.6 (Ulp. 29 *ad ed*): *Versum autem sic accipimus, ut duret versum: et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum vel filio. Si tamen in necem creditoris, id est perdituro servo vel filio solutum sit, quamvis solutum sit, desinit quidem versum, aequissimum autem est de dolo malo adversus patrem vel dominum competere actionem: nam et peculiaris debitor, si fraudolenter servo solverit quod ei debebat, non liberatur.*

D. 15.3.7.1 (Ulp. 29 *ad ed*): *Plane si mutuum servus accepit et donandi animo solvit, dum non vult debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est.*

Nel primo si dice che l'arricchimento permane e, quindi, è possibile agire con l'*actio de in rem verso* finché l'incremento patrimoniale determinato dall'attività del servo permane nella sfera giuridica del *dominus* o del *pater*, e quindi ‘*si non sit a domino servo solutum vel filio*’. Se, tuttavia, il *dominus* o il *pater* realizzano la *solutio* nei confronti del *filius* o del servo ‘*in necem creditoris*’, sebbene venga meno l'*in rem versum*, può agirsi egualmente contro di loro con l'*actio de dolo*. Infatti, se il *debitor peculiaris* adempie fraudolentemente non è liberato dalla sua obbligazione.

Il giurista fa più volte riferimento alla *solutio* del *dominus* a vantaggio del servo, palesando chiaramente l'esistenza di un *debitum naturale* del *dominus* nei confronti del servo. Tuttavia, è chiaro che non è questo il *debitum* sanzionato dall'*actio de in rem verso*, né che dalla sua esistenza possa farsi derivare il riconoscimento della capacità giuridica autonoma del *servus*¹⁶³.

¹⁶³ BUTI, *Op. cit.*, 153, nt. 10; 166, crede che dal brano possa evincersi l'autonomia con cui il servo ha posto in essere l'atto, tanto è vero che il *dominus* diventerebbe debitore nei suoi confronti.

Non può esservi dubbio, infatti, che la creazione della figura del credito del servo nei confronti del *dominus* serva principalmente per garantire i terzi da eventuali manovre fraudolente sul peculio. Come avevamo visto anche prima¹⁶⁴, la configurazione di un *creditum* in capo al servo a fronte dell'arricchimento procurato al *dominus* nasce principalmente dall'esigenza di far sì che tutti i proventi derivanti dall'attività del servo possano essere computati nella determinazione dell'ammontare del peculio, proprio perché quest'ultimo rappresenta la garanzia dei terzi.

Così, se dall'atto negoziale concluso dal servo con peculio col terzo deriva un arricchimento nei confronti del *dominus*, si configura un credito a favore del servo perché quelle somme sarebbero dovute confluire nel peculio. Di conseguenza i terzi, nel momento in cui esercitano l'*actio de peculio*, nel considerare l'attivo peculiare possono tener conto anche dei crediti del servo nei confronti del *dominus*. Queste somme dovevano confluire nel peculio non nel patrimonio dominico, quindi il *dominus* è tenuto a restituirle ad esso. Così, se il *dominus* ha già riversato le somme nel *peculium* o ha pagato con esse altri debiti del servo, è venuto meno il suo arricchimento e, quindi, il suo debito nei confronti del peculio, il quale si è ricostituito nella sua unità; quindi, i terzi possono agire con l'*actio de peculio* contro il *dominus*. Se, invece, non le ha restituite, agiranno con l'*actio de in rem verso*¹⁶⁵.

¹⁶⁴ *Supra*, Cap. III, § 4.1.

¹⁶⁵ D. 15.3.1.2 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Item si plurent agant de peculio, proficere hoc ei, cuius pecunia in rem versa est, debet, ut ipse uberiores actionem habeat. Certe si praeventum sit ab aliquo et actum de peculio, de in rem verso actio an cesset videndum. Et refert Pomponius Iulianum existimare de peculio actione peremi de in rem verso actionem (quia in peculium conversum est quod in domini rem erat versum et pro servo solutum est, quemadmodum si ipsi servo a domino fuisset solutum), sed ita demum, si praestiterit ex actione de peculio dominus quod servus in rem eius verterat: ceterum si non praestiterit, manet actio de in rem verso.* Ulpiano, in relazione al concorso tra l'*actio de peculio* e quella *de in rem verso*, riferisce un parere di Giuliano richiamato da Pomponio, i quali sostenevano che l'esercizio dell'*actio de peculio* impedisse l'esercizio dell'*actio de in rem verso* '*quia in peculium conversum est quod in domini rem erat versum et pro servo solutum est, quemadmodum si ipsi servo a domino fuisset solutum*'. Infatti, se il *dominus* in sede di *actio de peculio* ha prestato anche quelle somme di cui si era arricchito in seguito all'attività negoziale del servo ('*quod servus in*

Quindi, la configurazione di un *debitum* in capo al *dominus* a vantaggio del servo è solo un espediente per evitare la dispersione dei beni peculiari che rappresentano la principale garanzia dei terzi contraenti.

Infatti, l'unico rapporto giuridico, deducibile in giudizio '*de peculio et de in rem verso*' è sempre quello intercorrente tra l'avente potestà ed il terzo. Infatti, se il servo in piena età classica viene riconosciuto titolare di situazioni giuridiche soggettive simili a quelle dei soggetti liberi, tuttavia dal punto di vista processuale la sua incapacità costituisce un dato assodato.

E in tal senso va letto anche D. 15.3.7.1¹⁶⁶. Nel caso che il servo contragga un mutuo passivo e *donandi animo* lo adempia, con l'intento, quindi, di non fare del *dominus* un '*debitor peculiaris*', il terzo mutuante potrà agire comunque contro il *dominus* con l'*actio de in rem verso*.

Il brano ha dato luogo a problemi interpretativi, sia per l'identificazione concreta della fattispecie in esso dedotta, ma anche in riferimento al *principium* col quale sembra contrastare decisamente¹⁶⁷.

Innanzitutto, è evidente che in questo caso il *dominus* consegue un arricchimento per il fatto stesso che lo schiavo pagando lo libera da un 'suo debito'¹⁶⁸. La circostanza ulteriore per cui l'adempimento è realizzato *donandi causa*, comporta soltanto che il *dominus* non divenga '*debitor peculiaris*', cioè che non sia obbligato a restituire le somme al peculio. Invece, non si può evitare in alcun modo che il *dominus* sia debitore nei confronti del terzo per il quale non rileva affatto lo spirito di liberalità del servo, ma al quale interessa solo che si sia verificato un arricchimento nella sfera giuridica del *dominus* attraverso l'attività svolta dallo schiavo.

rem eius verterat'), allora non si potrà agire nuovamente contro di lui '*de in rem verso*'. Ma se ciò non è accaduto, resta aperta per il terzo la possibilità di convenire in giudizio il *dominus* con l'*actio de in rem verso*.

¹⁶⁶ *Supra*, p. 300.

¹⁶⁷ *Infra*, nt. 256.

¹⁶⁸ Nonostante la fattispecie non sia descritta con precisione, tuttavia, si ritiene giustamente che il servo paghi un debito del *dominus*; vd. a tal proposito BUTI, *Op. cit.*, 78, nt. 12 e ulteriore dottrina ivi citata.

Questo dimostra, a nostro parere, che i rapporti interni di debito e credito intercorrenti tra *dominus* e schiavo non hanno alcuna rilevanza esterna ‘diretta’. I terzi confidano solo sul fatto che l’attività compiuta dal servo abbia prodotto un’utilità diretta nella sfera giuridica del *dominus*. In questo caso, infatti, sono certi che potranno agire contro di lui con l’*actio de in rem verso*¹⁶⁹.

Per quanto riguarda, poi, rapporto tra il brano in questione ed il *principium*, in realtà sembra delinearsi un deciso contrasto tra i due atti di donazione da parte del servo nei confronti del suo *dominus*. Mentre nel parag. 1 si legge, infatti, che il pagamento del servo compiuto *donandi animo* realizza una *in rem versio* a vantaggio del *dominus*, nel *principium*¹⁷⁰ si esclude che la donazione delle *res peculiares* al *dominus* possa essere fonte di responsabilità per lo stesso nei confronti dei terzi.

Le soluzioni date dalla dottrina in tal senso sono numerose e differenti¹⁷¹. E in effetti se ci si pone sul piano del mero incremento della sfera patrimoniale del *dominus* in relazione all’attività o al peculio del servo, tra le due situazioni prospettate da Ulpiano (D. 15.3.7pr e D. 15.3.7.1) non vi è differenza.

A nostro parere la soluzione dell’apparente contrasto va ricercato altrove, e precisamente nel fatto che il terzo può esercitare l’*actio de in*

¹⁶⁹ Se il *dominus*, invece, avesse riversato le somme nel peculio (D. 15.3.1.2; vd. *supra*, nt. 165), oppure se il servo avesse usato le somme prese a mutuo a vantaggio del peculio, il terzo non avrebbe agito *de in rem verso* ma *de peculio* contro il *dominus*. Si veda in tal senso un altro brano che abbiamo già esaminato (*supra*, Cap. III, § 4.3; § 4.4.) e che qui riportiamo nuovamente per consentire al lettore una più agevole consultazione del passo: D. 15.3.11 (Paul. 30 *ad ed.*): *Quod servus in hoc mutuatus fuerit, ut creditori suo solveret, non erit in rem versum, quamvis actione de peculio liberatus sit dominus*. Se il servo contrae un mutuo e paga con la somma ottenuta un debito peculiare, in questo caso il terzo non può esperire l’*actio de in rem verso* contro il *dominus*, sebbene quest’ultimo sia stato liberato dall’*actio de peculio* derivante dal precedente debito. Non si può esperire l’*actio de in rem verso* perché, se è vero che il *dominus* è stato liberato dal debito precedente, tuttavia ora è obbligato nuovamente a causa del mutuo contratto dal servo per effettuare questo adempimento. Di conseguenza il *dominus* è obbligato ora in relazione al contratto di mutuo assunto dal servo *peculiari causa*, e può essere chiamato a risponderne nuovamente con l’*actio de peculio*.

¹⁷⁰ D. 15.3.7 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*): *Et ideo et si donaverit servus domino rem peculiarem, actio de in rem verso cessabit, et sunt ista vera*.

¹⁷¹ In senso riassuntivo vd. BUTI, *La capacità patrimoniale*, cit., 78, nt. 13.

rem verso solo se l'arricchimento derivante al *dominus* è conseguenza immediata e diretta di un rapporto da lui concluso col servo¹⁷². Altrimenti non si configura a suo vantaggio alcuna pretesa azionabile in giudizio.

Se il servo acquista dei beni che *'convertit in rem domini'*, o accende un mutuo per pagare un debito del *dominus*, o, prese le somme in prestito, le riversa poi nella sfera giuridica del *dominus*¹⁷³, è chiaro che l'attività negoziale compiuta dal servo realizza un arricchimento per il *dominus* a fronte, tuttavia, di un rapporto giuridico instaurato con un terzo che diviene, di conseguenza, creditore.

Invece, la donazione delle *res peculiares*, prevista in D. 15.3.7 pr.¹⁷⁴, di per sé non legittima il terzo all'esercizio dell'*actio de in rem verso*, perché sebbene si risolva in una diminuzione del patrimonio peculiare a vantaggio del patrimonio dominico, tuttavia non è direttamente riconducibile ad un rapporto con i terzi, i quali nulla possono pretendere dal *dominus*.

Lo stesso accade nel caso di revoca del peculio, di vendita dello schiavo *cum peculio* o di vendita delle singole *res peculiares* da parte del *dominus*¹⁷⁵. In questi casi, infatti, sebbene il *dominus* *'exigat pretium'*, e

¹⁷² D. 15.3.18 (Ner. 7 memb.): *Quamvis in eam rem pro servo meo fideiusseris, quae ita contracta est, ut in rem meam versaretur (veluti si, cum servus frumentum emisset quo familia aleretur, venditori frumenti fideiusseris), proprias est tamen, ut de peculio eo nomine, non de in rem verso agere possis, ut unius dumtaxat in quoquo contractu de in rem verso sit actio, quid id ipsum credidit quod in rem domini versum est.*

¹⁷³ D. 15.3.3.1 (Ulp. 29 ad ed.): *In rem autem versum videtur, sive id ipsum quod servus accepit in rem domini convertit (veluti si triticum acceperit et id ipsum in familiam domini cibarium nomine consumpserit) aut si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit (sed et si erravit in solvendo et putavit creditorem eum qui non erat, aequè in rem versum esse Pomponius libro sexagesimo primo ait, quatenus indebiti repetitionem dominus haberet), sive cum servus domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit (veluti si mutuatus sit pecuniam, ut frumentum compararet ad familiam alendam vel si ad vestiendam) sive peculiariter mutuatus postea in rem domini vertit: hoc enim iure utimur, ut, etiamsi prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, esse de in rem verso actio possit.*

¹⁷⁴ *Supra*, nt. 170.

¹⁷⁵ D. 15.3.5.3 (Ulp. 29 ad ed): *Placet non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio. Hoc autem totiens verum est, quotiens servus rem domini gerens locupletioem eum facit*

quindi realizzi un incremento della sua sfera patrimoniale, i terzi non possono agire *de in rem verso*, perché anche questa volta l'arricchimento non è derivato da un'attività del servo che ha determinato una pretesa creditoria in capo ai terzi, ma da un'attività propria del *dominus*, il quale fa cessare la destinazione funzionale delle *res peculiares*, riacquistandone la disponibilità. I terzi, allora, potranno esperire i rimedi del caso, quali l'*actio de peculio annalis* o l'azione contro il terzo compratore del *peculium*¹⁷⁶, ma non certo l'*actio de in rem verso*.

Di conseguenza, ancora una volta la chiave di lettura delle soluzioni giurisprudenziali relative alle *a.a.q.* va ritrovata nella tutela dell'affidamento dei terzi. Infatti, il *dominus* nel momento in cui ha concesso il peculio al servo, ha precostituito un limite alla sua responsabilità, ma ha fornito anche una garanzia, seppur limitata, ai terzi che contrattano con il servo.

In definitiva, ci sembra di poter affermare che l'*actio de in rem verso* presupponga un incremento patrimoniale della sfera giuridica del *dominus* derivante dal servo o *filius*, ma non per qualsiasi atto di attribuzione patrimoniale del servo nei confronti del *dominus*, ma solo per quelli che presuppongono attività negoziali effettuate con terzi, i quali in conseguenza di essi abbiano acquisito posizioni creditorie nei confronti del peculio. Questa azione è, dunque, un'ulteriore tutela predisposta per i terzi in questione, i quali devono essere soddisfatti nei limiti del peculio, ma anche dell'arricchimento derivante al *dominus* dallo sfruttamento del peculio.

Infatti, i terzi che negoziano col servo fanno affidamento sul peculio, e sugli utili ed incrementi che il peculio può produrre. Così se il servo utilizza le *res peculiares* per arricchire direttamente o indirettamente la

nummis peculiaribus. Alioquin si servo peculium dominus adimat vel si vendat eum cum peculio vel rem eius peculiarem et pretium exigat, non videtur in rem versum. Il brano è estremamente significativo. L'*in rem versio* si ha, dunque, non solo quando la *pecunia* perviene al *dominus* direttamente dal terzo, ma anche se prima ' *fuerit in peculium*'. Essa si realizza, infatti, anche se il servo '*rem domini gerens locupletioem eum facit nummis peculiaribus*'. Se, invece, il *dominus* revoca il peculio, o vende il peculio col servo, o vende solo alcune delle *res peculiares*, non si configura, a parere di Ulpiano, alcun presupposto per l'esercizio dell'*actio de in rem verso*.

¹⁷⁶ *Supra*, § 6.1.

sfera del *dominus*, i terzi hanno diritto ad avere anche queste somme, perché quando hanno stipulato col servo hanno tenuto conto anche di tali utilità.

D'altronde, i giuristi romani precisano chiaramente che i terzi possono agire *de in rem verso* contro il *dominus* o *pater* perché, concludendo il negozio con lo schiavo o col *filius*, è come se lo avessero concluso direttamente con i loro aventi potestà. Infatti, il titolo del Digesto relativo all'*actio de in rem verso* si apre proprio con un brano del *commentarium ad edictum* di Ulpiano che ci sembra decisivo in tal senso:

D. 15.3.1 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*): *Si hi qui in potestate aliena sunt nihil in peculio habent, vel habeant, non in solidum tamen, tenentur qui eos habent in potestate, si in rem eorum quod acceptum est conversum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur.*

In esso¹⁷⁷ si riassumono i due aspetti fondamentali del regime dell'*actio de in rem verso*, e cioè il collegamento necessario con il *peculium*¹⁷⁸, e il fondamento della responsabilità del *dominus* o *pater*. Gli aventi potestà sono responsabili, infatti, '*si in rem eorum quod acceptum est conversum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur*'. Il servo o il *filius* rappresentano solo lo 'strumento concreto' attraverso il quale si conclude l'atto negoziale, ma i suoi effetti, e l'eventuale responsabilità che ne scaturisce, si producono direttamente ed esclusivamente nella sfera giuridica del *dominus* o *pater*.

E, così, accertato che la responsabilità *de in rem verso* si atteggia come una responsabilità propria del *pater* o del *dominus*, e considerato, come ritengono gli stessi fautori della trasposizione di soggetti¹⁷⁹, che l'*actio de peculio et de in rem verso* doveva essere un'azione unica, ci sembra probabile ritenere che anche la responsabilità *de peculio* dovesse atteggiarsi anch'essa come una responsabilità personale del *dominus* o *pater*, di cui dovesse farsi menzione nell'*intentio* della relativa azione.

¹⁷⁷ Il brano, in realtà, presenta qualche guasto di natura formale; vd. *Index Interp. ad hanc legem*. Non può dubitarsi, tuttavia della sua sostanziale autenticità; vd. ALBANESE, *Gli atti negoziali*, cit., 351.

¹⁷⁸ *Supra*, nt. 159.

¹⁷⁹ *Supra*, nt. 139-143.

8. *Actio quod iussu*.

L'*actio quod iussu* è quella tra le *a.a.q.* su cui si è scritto meno¹⁸⁰, e forse, in ragione del fatto che le testimonianze in nostro possesso ne precisano con estrema chiarezza la natura ed il regime.

Con l'*actio quod iussu* Gaio apre, addirittura, la sua trattazione sulle *a.a.q.*, indicando palesemente il fondamento della responsabilità del *pater* o del *dominus*:

Gai 4.70: *In primis itaque si iussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumve comparavit; et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur.*

Così, al pari dell'*actio de in rem verso*¹⁸¹, un passo di Ulpiano riportato nei Digesta pone in evidenza che l'azione viene data *in solidum* contro il *dominus* '*quodammodo cum eo contrahitur qui iubet*':

D. 15.4.1 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet.*

I brani riportati non lasciano spazio a dubbi. I presupposti dell'azione possono ravvisarsi anche in questo caso nella conclusione di un negozio da parte di un soggetto a potestà, e nel fatto che il negozio sia stato concluso *iussu patris*. Inoltre, è evidente che i terzi che contraggono con il *filius* o lo schiavo '*magis patris dominive quam filii servive fidem*

¹⁸⁰ MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht*, cit, 565; CICOGNA, *Del « Iussus » (Actio quod iussu)*, Padova, 1906, 5ss; GLÜCK, *Commentario alle pandette*, cit., 217ss; BORTOLUCCI, *Il mandato di credito (Continuazione e fine)*, in *BIDR* 28 (1915) 227ss; SAUTEL, *Note sur l'action «quod iussu» et ses destinées post-classiques*, in *Mélanges Levy-Bruhl*, Paris, 1959, 257ss; VALIÑO, *Las «actiones adiecticiae qualitatis»*, cit., 410; ALBANESE, *Le persone*, cit., 141ss; PILAR, *El iussum en las relaciones potestativas*, Valladolid, 1993, 87ss; MONTEVERDI, *Tab. Pomp. 7 e la funzione dello «iussum domini»*, in *Labeo* 42 (1996), 345ss; WACKE, *«Fideiussio» = «iussum»? Bürgschaften für den eigenen Gewaltunterworfenen oder Gewalthaber*, in *Index* 27 (1999), 523ss.

¹⁸¹ D. 15.3.1 pr.; vd. *supra*, § 7.2, nt. 177.

sequitur?. Così, la responsabilità *in solidum* del *pater* o del *dominus*, sancita in giudizio dall'*actio quod iussu*, trova la propria giustificazione nel fatto che l'atto concluso col servo 'è come se fosse stato concluso direttamente col suo avente potestà» ('*quodammodo cum eo contrahitur qui iubet*').

D'altronde, ci sembra estremamente significativo che Gaio apra la sua trattazione sulle *a.a.q.* proprio con l'*actio quod iussu*, e con il riferimento alla *fides*.

A tal proposito molti studiosi¹⁸² ritengono che la menzione iniziale di Gaio sia da ricollegare proprio alla priorità storica dell'azione. In effetti, allo stato attuale delle nostre conoscenze, non possiamo affermarlo con certezza. E' possibile, invece, che la scelta del giurista dipenda anche dal fatto- come accennavamo già precedentemente¹⁸³ - che per l'*actio quod iussu*, meglio che per le altre *a.a.q.*, si evidenzia che i terzi nel negoziare seguano principalmente l'affidamento creato dalla figura del *pater* o *dominus*, più che quello ingenerato dal *filius* o dal servo.

Esaminiamo, allora, più da vicino il regime dell'*actio quod iussu*.

La dottrina si è interrogata innanzitutto sul significato rivestito dal '*iussum*' nel concreto atteggiarsi della pratica negoziale, ed in particolare, il dibattito dottrinale è stato segnato dall'assonanza tra *iussum-fideiussio*, che ha sempre animato le riflessioni dei romanisti, fino a giungere all'ipotesi che il *iussum* potesse atteggiarsi come una sorta di *fideiussio*¹⁸⁴.

¹⁸² A dire il vero, esistono orientamenti dottrinari profondamente differenti sui rapporti di natura cronologica intercorrenti tra le *a.a.q.*; vd. ALBANESE, *Le persone*, cit., 147, nt. 636; 160, il quale propende per la priorità storica dell'*actio quod iussu* rispetto alle altre *a.a.q.* anche in base alle testimonianze fornite da alcuni testi plautini (PLAUT., *Asin.*, 457; *Capt.* 349). Di parere diametralmente opposto è, invece, VALIÑO, *Las acciones*, cit., 349, il quale ritiene che l'azione in questione sia stata introdotta per ultima. In realtà, le valutazioni di carattere storico rivestono un estremo grado di incertezza per il numero esiguo delle testimonianze e per il carattere risalente delle stesse.

¹⁸³ *Supra*, Cap. V § 1.

¹⁸⁴ Per l'esistenza di un'«affinità» tra *iussum* e *fideiussio* si sono pronunciati FLUHME, *Studien zur Akzessorietät*, cit., 39ss; SAUTEL, *Note sur l'action "quod iussu"*, cit., 261; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., 12ss. Quest'ultimo autore, in particolare, riteneva che le analogie tra la disciplina della responsabilità del fideiussore

e quella *quod iussu* del *pater familias* non si limitassero all'assonanza terminologica. Infatti, oltre al richiamo comune alla *fides* (Gai 4.70; I. 4.7.1), il *iussum domini* e la *fideiussio* avrebbero per oggetto caratteristico le obbligazioni dei servi (Gai 3.119a). D'altronde, dalle fonti si desumerebbe che i giuristi romani consideravano la responsabilità *quod iussu* del *pater* e quella del fideiussore come due responsabilità che si atteggiavano analogamente (D. 47.2.14.20; D. 45.1.91.4-5; D. 34.3.5.4; D. 16.3.1.14.) «Di conseguenza» - diceva Frezza - «anche là, dove i giuristi vogliono mettere in evidenza le differenze che passano fra la *fideiussio* e la responsabilità *quod iussu*, lo fanno dandoci la prova che la fissazione di queste differenze è il risultato di un sottile lavoro di analisi, di penetrazione nella profonda struttura di due fattispecie, che mostravano a prima vista piuttosto le somiglianze che le differenze di regime: D. 15.4.1.4-5 (p. 13)». Su quest'ultimo brano ci soffermeremo in maniera dettagliata più avanti; vd. *infra*, p. 85. Per quanto riguarda, invece, le altre considerazioni svolte dall'A. vogliamo manifestare sin d'ora le nostre perplessità.

Innanzitutto, sembra da escludere che il *iussum domini* abbia ad oggetto, al pari della *fideiussio*, le obbligazioni dei servi. Nessuna fonte in nostro possesso può legittimare un'affermazione di tal genere. Tanto è vero che l'unico brano citato da Frezza si riferisce alla *fideiussio* (Gai 3.119a), mentre non vi è alcun riferimento a fonti relative al *iussum* o all'*actio quod iussu*. Inoltre, i brani adottati dallo studioso a conferma della sua ipotesi non si riferiscono sempre propriamente ai rapporti intercorrenti tra *iussum* e *fideiussio* (D. 34.3.5.4), e, in ogni caso, mostrano, a nostro parere, che le due responsabilità si atteggiavano diversamente e che le differenze fra loro intercorrenti sono profonde e nettamente delineate. Basta leggere alcuni di essi per rendersene immediatamente conto: D. 34.3.5.4 (Ulp. 23 *ad Sab*): *Idem Iulianus scripsit, si pro filio pater fideiusserit eique liberatio sit legata, eum pacto liberandum quasi fideiussorem, non quasi patrem, et ideo de peculio posse conveniri. Hoc ita demum putat, si dumtaxat quasi fideiussorem eum voluit testator liberari: ceterum si et quasi patrem, et de peculio erit liberandus*. Il brano in questione si inserisce nell'ambito della trattazione di Ulpiano riguardante il *legatum liberationis* che abbiamo già affrontato precedentemente (*supra*, Cap. V § 5). In esso si legge che se il *pater* ha prestato fideiussione nei confronti del *filius* e a lui sia legata *liberatio* per il debito assunto, questi va liberato tramite patto dall'obbligazione derivante dalla *fideiussio*, ferma restando la possibilità di essere convenuto *de peculio*. Ciò avviene nel caso che il testatore voglia liberare il *pater* solo dall'obbligazione assunta tramite *fideiussio*. Altrimenti, qualora abbia manifestato la volontà di liberarlo anche dall'obbligazione che incombe su di lui in quanto titolare del rapporto potestativo (*quasi patrem*), allora dovrà essere liberato anche *de peculio*. Il caso è quello del servo dotato di peculio che abbia concluso un negozio e a favore del quale il *pater* abbia prestato *fideiussio*. In questo caso, sul padre incombe una doppia responsabilità, l'una derivante dall'atto negoziale concluso dal servo nei limiti del peculio, l'altra, invece, derivante dalla fideiussione assunta a vantaggio del *filius* stesso. Due responsabilità differenti, sancite da due diverse azioni. Tanto è vero che il testatore può liberare il *pater* dalla responsabilità derivante

Tuttavia, al di là delle differenze notevoli che esistono tra i due istituti - in ordine alla natura giuridica e ai profili funzionali ad essi inerenti - sono gli stessi giuristi romani a chiarire il rapporto esistente tra *iussum* e *fideiussio*.

Così, Ulpiano manifesta chiaramente il suo pensiero:

D. 15.4.1.5 (Ulp. 29 *ad ed*): *Quid ergo si fideiusserit pro servo? Ait Marcellus non teneri quod iussu: quasi extraneus enim intervenit: neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fideiussionis, sed quia aliud est iubere, aliud fideiubere: denique idem scribit, etsi inutiliter fideiusserit, tamen eum non obligari quasi iusserit, quae sententia verior est.*

dalla *fideiussio* e lasciare che sia convenibile *de peculio*, oppure può liberarlo da entrambe le responsabilità.

Ebbene, a noi sembra - come mostreremo anche successivamente (*infra*, nt. 187) - che la posizione assunta dal *pater* qualora presti fideiussione e quella sancita dall'*actio de peculio* si atteggiino in maniera profondamente diversa e siano del tutto distinte. E, in realtà, contro la similitudine tra il *iussum* e la *fideiussio* si sono pronunciati PERNICE, *Labeo*, I, cit., 510; BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, cit., 228; SEGRÈ, *Le garanzie personali. Corso di diritto Romano* a.a. 1933-1934, Torino, 1934, 506ss; VALIÑO, *Las "actiones*, cit., 414ss, e recentemente WACKE, «*Fideiussio*» = «*iussum*»? , cit., 527ss.

La tesi dell'identità funzionale tra *iussum* e *fideiussio*, invece, è stata nuovamente prospettata da MONTEVERDI, *Tab. Pomp. 7 e la funzione*, cit., 359 la quale - sulla base di alcune testimonianze presenti nel Digesto e, soprattutto, in riferimento alla testimonianza contenuta nella Tav. Pomp. 7 - ritiene che «.. il *iussum domini* non avesse tipicamente la funzione di consentire al servo di negoziare nell'interesse del *dominus*, ma anche quello di apprestargli una sorta di garanzia per l'attività eventualmente svolta *peculiari nomine*...». Di conseguenza, «lo *iussum* sarebbe uno strumento flessibile che permetterebbe al servo di negoziare per conto del suo *dominus*, ma idoneo a consentire al *dominus* di sostenere l'attività propria del servo» (p. 366). Per quanto riguarda, specificamente, la Tav. Pomp. 7 ci sembrano maggiormente plausibili le considerazioni svolte da SERRAO, *Minima de Diogneto et Hesico. Gli affari di due schiavi a Pozzuoli negli anni 30 d.C.*, in *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989, 55, volte a precisare che nella fattispecie descritta il servo agisce nell'interesse del *dominus* e non nel proprio; *infra*, nt. 284. Per quanto concerne le altre fonti citate da Monteverdi, alcune di esse saranno oggetto d'esame successivamente (D. 15.4.1.5; *infra*, nt. 185; D. 16.1.25 pr.; *infra*, nt. 192), ma va detto fin d'ora che nessuna di esse ci permette di affermare con la dovuta certezza che il *iussum* avesse anche la funzione di garantire l'attività svolta dal servo nel proprio interesse. In tal senso *precipue* WACKE, *Fideiussio* = "*iussum*"?, cit., 529ss, su cui *infra*, nt. 187; nt. 191.

Le parole di Marcello, approvate senza remora alcuna da Ulpiano (*'quae sententia verior est'*), non sembrano lasciare dubbi: se il *dominus*¹⁸⁵ presta *fideiussio* per il servo, non può essere obbligato *quod iussu* poiché *'quasi extraneus enim intervenerit'*. Una cosa è infatti *fideiubere*, altro è, invece, *iubere*. Di conseguenza, qualora la *fideiussio* dovesse essere inficiata da un vizio che ne comporta l'invalidità, il soggetto che l'ha prestata non *'obligari quasi iusserit'*¹⁸⁶.

Così Wacke¹⁸⁷, in un recentissimo articolo sull'argomento, non ha dubbi nell'identificare la differenza profonda intercorrente tra *iussum* e *fideiussio*: «Der unterschiedliche Sinngehalt beider Rechtsinstitute spricht demnach gegen eine Umdeutung: mit einem *iussum* lässt der Gewalthaber die Erklärung seines Sohnes oder Sklaven als eigene gelten, er zieht die Folgen als Hauptschuldner auf sich, so wie wenn er selber in eigener Angelegenheit kontrahiert hätte, vgl. *quodammodo cum eo contrahitur qui iubet*, bzw. *"periculo meo"* in D. 15.4.1 pr. § 1; der handelnde Gewaltunterworfenen ist nur Abschlussgehilfe. Für die hinzutretenden Bürgen bleibt die Hauptschuld hingegen regelmässig eine fremde».

Col *iussum*, infatti, il *dominus* o il *pater* riconoscono che la dichiarazione dei loro sottoposti possa valere come propria. Infatti, nel momento in cui il *dominus* o il *pater* prestano il *iussum*, costituiscono se stessi come debitori principali a fronte del terzo creditore, come se avessero concluso in prima persona il negozio in questione. Questo, d'altronde, è il significato del responso di Ulpiano già citato (D. 15.4.1)¹⁸⁸, o dell'affermazione iniziale di Gaio (Gai 4.70)¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Il riferimento al *dominus* è evidente nel frammento precedente: D. 15.4.1.4 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Sed et si servi chirographo subscripserit dominus, tenetur quod iussu.*

¹⁸⁶ Sul brano, PERNICE, *Labeo*, I, cit., 510; BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, cit., 231; FREZZA, *Le garanzie personali*, cit., 13; SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 408ss; SAUTEL, *Note sur l'action "quod iussu"*, cit., 261; VALIÑO, *Las "actiones"*, cit., 451; BUTI, *Op. cit.*, 189, nt.93; MONTEVERDI, *Tab. Pomp. 7 e la funzione*, cit., 364; WACKE, *Fideiussio* = "*iussum*"?, cit., 527ss.

¹⁸⁷ *Fideiussio* = "*iussum*"?, cit., 529.

¹⁸⁸ *Supra*, p. 312.

¹⁸⁹ *Supra*, p. 312.

Di conseguenza, nel caso del *iussum* si configura in capo al *dominus* o *pater* una responsabilità diretta e personale.

Nel caso della *fideiussio*, invece, sul garante grava soltanto una responsabilità indiretta, visto che questo soggetto aggiunge la propria responsabilità a quella del debitore principale, rimanendo estraneo a negozio concluso (*‘quasi extraneus enim intervenerit’*). E ciò vale - a parere di Marcello - anche se è lo stesso *dominus* a prestare la *fideiussio*¹⁹⁰.

E, in effetti, è così diversa la posizione giuridica assunta dall’aveute potestà nel caso in cui presti il suo *iussum* da quella in cui, invece, presti fideiussione per il *filius* o il servo, che i giuristi romani non consentono la conversione di una *fideiussio* invalida in un valido *iussum*.

Ancora una volta Wacke¹⁹¹ coglie il nocciolo della questione dicendo che “Das “Fremdschaft” *fideiussio* umzudeuten in ein “Eigenschaft” darlehnsaufnahme, bedeutete eine Haftungverschärfung und widerspräche dem Willen eines bürgenden Gewalthabers”.

La conversione in questione, infatti, si sarebbe risolta in un indebito aggravamento della posizione del *dominus*, che non poteva trovare riconoscimento nei responsi dei giuristi romani.

D’altronde, vi è anche un responso di Modestino dal quale si evince molto chiaramente che il *iussum* determina una responsabilità personale e diretta in capo a chi lo emana:

D. 16.1.25 pr. (Modest. *lib. sing. de heurem.*): *Si domina servo suo credi iusserit, actione honoraria tenebitur. 1. Quod si pro eo fideiusserit, exceptione senatus consulti Velleiani iudicio conventa adversus creditorem tueri se poterit, nisi pro suo negotio hoc fecerit.*

¹⁹⁰ La semplificazione è forse eccessiva, ma d’altronde sono gli stessi giuristi romani a prospettarla. Non vi è dubbio che la contrapposizione in termini così netti vale soltanto per l’esperienza moderna, mentre nel diritto romano essa risulta più attenuata, considerato che tra i soggetti *alieni iuris* e i loro aventi potestà non può prospettarsi un vero e proprio rapporto di estraneità. Tuttavia, i giuristi ammisero che il *pater* o il *dominus*, oltre ad essere responsabili nei casi previsti per le *a.a.q.*, potessero anche prestare *fideiussio* per il *filius* o per il *servus*, al pari dei terzi estranei. Abbiamo già visto gli scopi pratici perseguiti e i vantaggi che potevano derivarne; vd. *supra*, Cap. III § 4.3.

¹⁹¹ *Op. ult. cit.*, 529.

Se una *domina* presta un *iussum* affinché sia fatto credito al suo servo, essa sarà tenuta con l'*actio quod iussu*. Se, invece, presta fideiussione per il servo, non sarà convenibile in giudizio, in quanto potrà opporre al creditore l'*exceptio Senatusconsulti Velleiani*, sempre che non abbia prestato la garanzia '*pro suo negotio*'¹⁹².

A nostro parere l'interpretazione del brano non dà adito ad alcun dubbio. Il *Sc. Velleianum*, infatti, aveva fatto divieto alle donne di *intercedere pro alio*¹⁹³, eppure il giurista non ha esitazioni nell'affermare che qualora '*servo suo credi iusserit*', sarà convenibile tramite l'*actio quod iussu*.

Dobbiamo dedurne, allora, che in questo caso l'azione è proponibile nei confronti della *domina* senza incappare nel divieto del senatusconsulto, proprio perché col *iussum* essa non intercede *pro alio* ma assume una responsabilità propria.

Nel caso, invece, che la *domina* presti *fideiussio* a favore del servo, l'atto da lei concluso, configurando un *intercessio pro alio*, rientra perfettamente nell'ambito di applicazione del *Senatusconsultum Velleianum*. Di conseguenza, essa può difendersi opponendo l'*exceptio* prevista dal senatusconsulto in questione.

Al contrario, è giusto che ciò non accada nel caso in cui '*pro suo negotio hoc fecerit*'. In questo caso, infatti, l'atto è stato compiuto nell'interesse esclusivo della *domina*, e, quindi, non si può invocare la difesa apprestata dal *Sc. Velleianum*.

¹⁹² Non ci sembrano fondati i sospetti di interpolazione avanzati da BORTOLUCCI (*Il mandato di credito*, cit., 299, nt. 2) sull'inciso finale del brano '*nisi pro suo negotio hoc fecerit*'. L'autore, infatti, non adduce alcuna ragione di ordine sostanziale o formale di una certa rilevanza che possa giustificarli.

¹⁹³ D. 16.1.2.1 (Ulp. 29 *ad ed*): *Postea factum est senatus consultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est. Cuius senatus consulti verba haec sunt: «Quod Marcus Silanus et Vellaeus Tutor consules verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita censuere: quod ad fideiussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari senatum recte atque ordine facturos ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur».*

Così, accertato che il *iussum* determina in capo al *dominus* o *pater* una responsabilità personale, non basta, allora, che questo si concretizzi in una semplice esortazione al compimento dell'atto negoziale, o nel conferimento di un incarico informale al servo o al *filius*:

D. 4.3.20 pr. (Paul 11 *ad ed*): *Servus tuus cum tibi deberet nec solvendo esset, hortatu tuo pecuniam mutuam a me accepit et tibi solvit: Labeo ait de dolo malo actionem in te dandam, quia nec de peculio utilis sit, cum in peculio nihil sit, nec in rem domini versum videatur, cum ob debitum dominus acceperit.*

E, infatti, nel caso in cui il servo, spinto (*hortatu*) dal suo *dominus*, prenda denaro a mutuo da un terzo per assolvere ad un debito che egli stesso ha nei confronti del suo *dominus*, se nulla vi è nel peculio, e nessun arricchimento ne è derivato al *dominus*, allora dovrà concedersi al terzo l'*actio de dolo*¹⁹⁴.

E' inevitabile interrogarsi sulle ragioni che in questo caso portano ad escludere la concessione dell'*actio quod iussu* al terzo.

La ragione potrebbe essere ritrovata in una eventuale «tipicità» del *iussum*, in virtù della quale era necessario che l'ordine fosse dato secondo «modalità» ben individuate. Ma in realtà, non abbiamo fonti che possano indurci ad affermare con la dovuta certezza che il *iussum* dovesse rivestire forme rigorosamente determinate.

Sembra necessario, tuttavia, che la volontà del *dominus* fosse manifestata compiutamente e in modo tale da essere conosciuta dai terzi¹⁹⁵. Ebbene, a noi sembra che nel caso trattato da Paolo, il *dominus*

¹⁹⁴ ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in *AUPA* 28 (1961) 278ss; VALIÑO, *Las «actiones adiecticiae qualitatis»*, cit., 417ss; LONGO, *Contributi alla dottrina del dolo*, Padova, 1937, 153; BETTI, *La problematica del dolo processuale I* (1973) 262ss; VAZNY, *Naturalis obligatio*, cit., 145; MICOLIER, *Pécule*, cit., 199; G. E. LONGO, *Concetto e limiti*, cit., 109ss; BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano, 1973, 262ss; BUTI, *Op. cit.*, 74ss; MANTELLO, *Beneficium servile*, 264ss; MACCORMACK, *The early history of the 'Actio de in rem verso' (Alfenus to Labeo)*, in St. Biscardi, II (1982), 335; MONTEVERDI, *Tab. Pomp. 7 e la funzione*, cit., 335; WACKE, *Fideiussio* = "*iussum*"?, cit., 529.

¹⁹⁵ Il *iussum* può essere dato davanti a testimoni o per lettera (D. 15.4.1.1). Può concretizzarsi, inoltre, nell'espressa sottoscrizione del *chirographum* del servo

non sia intervenuto con la volontà di assumersi personalmente e per intero la responsabilità derivante dal negozio concluso, ma che si sia solo limitato ad esortare il servo a concluderlo.

Il servo, quindi, sebbene sia stato incitato dal *dominus*, ha concluso il negozio di propria iniziativa, e di conseguenza la responsabilità che può derivare in capo al *dominus* è solo una responsabilità limitata al peculio e all'*in rem versio*. Inoltre, qualora non vi siano i presupposti concreti per l'esercizio di quest'ultima azione, in quanto non vi sono beni peculiari su cui soddisfarsi, né si è configurato un arricchimento in capo al *dominus*, non resta altro che servirsi di un mezzo sussidiario quale l'*actio de dolo*.

Ebbene, quest'ultimo brano ci induce a riflettere anche sul rapporto intercorrente tra l'*actio quod iussu* e l'*actio de peculio et de in rem verso*.

In realtà, l'originaria riferibilità all'*edictum triplex*¹⁹⁶ ci induce a pensare che - quantomeno inizialmente - il regime dell'*actio quod iussu* dovesse essere più vicino a quello dell'*actio de peculio et de in rem verso* che a quello relativo alle *actiones institoria* ed *exercitoria*¹⁹⁷.

L'ipotesi più probabile è che anche l'*actio quod iussu* presupponesse all'origine l'esistenza del peculio, o meglio di uno schiavo o *filius* dotato di *peculium*. Anzi, in base alle fonti documentali in nostro possesso, può anche supporre che in questi casi si facesse ricorso al *iussum* ove si volesse, «per motivi vari, ma specie per opportunità commerciali, creare maggiori garanzie a clienti»¹⁹⁸.

(D. 15.4.1.4), oppure, nel caso in cui l'avente potestà sia presente insieme al servo alla conclusione dell'atto negoziale, può manifestare il *iussum* contestualmente alla stipulazione stessa dell'atto (Tav. Pomp. 7).

¹⁹⁶ LENEL, *EP*, 273ss.

¹⁹⁷ Abbiamo già chiarito le ragioni che, a nostro parere, hanno spinto Gaio a citare l'*actio quod iussu* al principio della sua trattazione delle *a.a.q.*, e congiuntamente alle *actiones exercitoria* ed *institoria* invece che all'*actio de peculio et de in rem verso*; vd. *supra*, Cap. V § 1.

¹⁹⁸ SERRAO, *Minima de Diogneto et Hesico*, cit., 55. L'A., in particolare, è del parere che solitamente il *dominus* rispondesse con l'*actio de peculio et de in rem verso*, e che, ove vi fosse questo speciale intervento, avrebbe assunto la responsabilità in solido. Questo, infatti, sarebbe proprio il caso previsto dalla Tav. Pomp. 7 (*supra*, nt. 184), e in tal modo si spiegherebbe anche la presenza del *dominus* alla conclusione del contratto e alla redazione del chirografo, e la sua partecipazione in qualità di *signator*. D'altronde - conclude Serrao - «ove si tenga presente il contenuto dell'editto *Quod cum*

Lo scopo era quello di rafforzare la «*Kreditwürdigkeit*» del *filius* o del servo¹⁹⁹ per i negozi conclusi nell'interesse del *pater* o del *dominus* che avevano prestato il *iussum*, e non certo quello di fornire autonoma garanzia per i negozi conclusi da servi e *fili* nel proprio esclusivo interesse.

In conclusione, ci sembra che la responsabilità del *dominus* o *pater* derivante dal *iussum* non possa essere valutata alla stregua di quella discendente da un rapporto di garanzia, in cui il garante interviene per rafforzare la posizione dell'obbligato principale, o secondo il significato originario, per aggiungere la propria responsabilità personale a quella di un altro soggetto.

La responsabilità che nasce, invece, dal negozio concluso in seguito al *iussum* è unica, ed è quella che sorge in capo al *dominus* o *pater* che hanno prestato il *iussum* in questione. Tanto è vero che, in relazione all'*actio quod iussu*, i giuristi romani - in maniera ancora più esplicita che per le altre *a.a.q.* - pongono l'accento sul fatto che chi contrae col *filius* o col servo è come se contraesse direttamente con l'avente potestà²⁰⁰. Questi, d'altronde, autorizza i terzi a contrarre col servo o col *filius* «*meo negotium gerere periculo meo*»:

eo qui in alterius potestate esset negotium gestum erit (Ulp. 29 *ad ed.* in D. 15.1.1.2), quale risultante dai frammenti dei giureconsulti (cfr. Ulp. 29 *ad ed.* in D. 15.1.1.1 e 14.5.2 pr.; Gai 9 *ad ed. prov.* in D. 14.5.1) e quale esattamente ricostruito da Lenel, non è difficile accorgersi come il chirografo di *Diognetus* si adegui perfettamente ai principi stabiliti dal pretore col *triplex edictum*, secondo il quale il *dominus* era chiamato a rispondere con l'*actio de peculio et de in rem verso* se l'incremento patrimoniale derivante dal contratto concluso dallo schiavo era rimasto nelle mani dello schiavo stesso o era passato nel patrimonio del *dominus* medesimo, ovvero con l'*actio quod iussu* se il contratto era stato concluso *iussu domini*».

¹⁹⁹ *Precipue WACKE, Fideiussio* = "*iussum*"?, cit., 529. La funzione del *iussum* è quella di rafforzare la posizione del servo nei confronti dei terzi, per assicurare loro che il suo operato sarà riconosciuto pienamente dal *dominus* o *pater*, o meglio che avrà dirette conseguenze nella sfera giuridica di questi ultimi soggetti.

²⁰⁰ A tal proposito la dottrina è pressoché unanime nel riconoscere che la funzione del *iussum* sia quella di consentire che il servo o il *filius*, previa esplicita autorizzazione, possano concludere un atto nell'interesse del *dominus* o *pater*, secondo uno schema che sarebbe equiparabile in qualche modo a quello della moderna rappresentanza diretta; si veda in tal senso l'ampia bibliografia riportata da MONTEVERDI, *Tab. Pomp.* 7., cit., 346, nt. 3. E' chiaro, tuttavia, che la similitudine è prospettabile in senso molto lato, in

D. 15.4.1.1 (Ulp. 29 *ad ed*): *Iussum autem accipiendum est, sive testato quis sive per epistulam sive verbis aut per nuntium sive specialiter in uno contractu iusserit sive generaliter: et ideo et si sic contestatus sit: «Quod voles cum Stichio servo meo negotium gerere periculo meo», videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid prohibet.*

Il riferimento al ‘*negotium domini*’, che viene concluso esclusivamente a rischio e pericolo del *dominus*, è palese e non lascia margini di dubbio.

Di conseguenza se è vero che l’*actio quod iussu* era ricompresa nell’*edictum triplex*, pur ipotizzando una certa differenza di regime tra le azioni che lo componevano, non possiamo pensare, tuttavia, che la struttura formale e lo scopo perseguito da ciascuna di esse fossero profondamente differenti. Soprattutto, non possiamo credere che l’*actio quod iussu* e l’*actio de in rem verso* sanzionassero una responsabilità diretta del *dominus* o *pater*, e, invece, l’*actio de peculio* quella del servo o del *filius*, e solo indirettamente quella dei loro aventi potestà.

D’altronde, abbiamo esposto precedentemente ben altre ragioni che ci portano ad escludere quest’ultima conclusione.

9. *Actio Tributoria*.

L’*actio tributoria* è forse quella che tra le *a.a.q.* ha dato origine a maggiori controversie interpretative, determinando la formulazione di ipotesi tra loro profondamente differenti²⁰¹.

quanto nell’esperienza romana il rapporto giuridico diretto che si instaura tra il terzo e l’avente potestà in base al *iussum* non deriva da un vero e proprio rapporto di ‘rappresentanza’, ma - almeno originariamente - dall’unità strutturale e funzionale della *familia* romana che vede nel *dominus* o *pater* l’unico soggetto dotato di capacità giuridico-patrimoniale; vd. *supra*, Cap. III § 1; § 1.2.

²⁰¹ HEUMANN, *De Tributaria actione*, Jena, 1836; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 1159; BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1951; MANDRY, *Das gemaine Familiengüterrecht*, cit., 420ss; BARON, *Die Adjecticischen*

La dottrina, tuttavia, nel suo indirizzo prevalente è giunta alla conclusione fondamentale che l'*actio tributoria* solo impropriamente sarebbe stata assimilata alle *a.a.q.* La diversità di questa azione andrebbe ritrovata principalmente nel fatto che essa non sanzionerebbe una responsabilità dello schiavo o del *filius*, ma direttamente una responsabilità propria del *pater* o del *dominus* i quali, chiamati ad effettuare una *tributio* della *merx peculiaris* tra i creditori, avessero dolosamente ripartito tale *merx*. Di conseguenza, l'azione non avrebbe previsto al suo interno la trasposizione di soggetti²⁰².

Ebbene questa conclusione, nei termini in cui sarà meglio precisata, ci trova perfettamente consenzienti e, oltretutto non ci costringe a ritenere che l'*actio tributoria* sia solo impropriamente un *a.a.q.*, ma anzi costituisce una conferma ulteriore dell'ipotesi da noi sostenuta.

D'altronde, gli studiosi che più di recente si sono occupati dell'argomento, pur nella varietà delle ipotesi prospettate, tendono

Klagen, cit., 174; BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, cit., 233; ID, *A Manual of Roman Private Law*, Cambridge, 1953, 310ss; MICOLIER, *Pécule et capacité*, cit., 280; KASER, *Das Römische Privatrecht*, cit., 609; VALIÑO, *Las «actiones adiecticiae qualitatibus»*, cit., 339ss; ID, *Las relaciones básicas*, cit., 377ss; ID, *La 'actio tributoria'*, in *SDHI* 33 (1967), 103ss; ALBANESE, *Le persone*, cit., 159ss; ID., *Gli atti negoziali*, cit., 351; BUTI, *Studi sulla capacità*, cit., 151ss; DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 54ss; 207ss; BALESTRI FUMAGALLI, L'«*actio tributoria*», cit., 122ss; CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto «de tributoria actione»*, in *Atti Accademia Nazionale dei Lincei*, Roma, 1993.

²⁰² Contro l'esistenza di una trasposizione di soggetti all'interno della formula dell'*actio tributoria* si sono pronunciati HEUMANN, *Tributoria*, cit., 67; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 1161ss; RUDORFF, *Edicti perpetui quae reliqui sunt*, Leipzig, 1869, 113ss; MANDRY, *Familiengüterrecht*, cit., 452; BARON, *Die Adjectivischen Klagen*, cit., 175; VALIÑO, *La 'actio tributoria'*, cit., 123ss; ALBANESE, *Le persone*, 146; 159; ID., *Gli atti negoziali*, cit., 351 nt. 408; KASER, *Das Römische Privatrecht*, cit., 606, 609; HAUSMANIGER -SELB, *Römisches Privatrecht*, Wien-Köln 1985, 384ss. Ricorrono, invece, alla trasposizione di soggetti KELLER, *Einige Einwände gegen Aufsätze*, cit., 195; LENEL, *EP.*, 273, il quale, tuttavia, mostra incertezza a tal proposito, prospettando formule parzialmente differenti nella prima (*EP*, Leipzig, 1883, 215ss) e nella terza edizione (*EP.*, Leipzig, 1927, 271) del suo *Edicto Perpetuo*. Più recentemente CHIUSI, *Contributo allo studio*, cit., 377; MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 80-81.

comunque a porre in evidenza gli elementi che accomunano l'*actio tributoria* alle altre *a.a.q.*²⁰³.

Difatti, sia nelle *Institutiones* di Gaio, sia in quelle di Giustiniano i presupposti dell'*actio tributoria* sono identificati in maniera perfettamente corrispondente alle altre *a.a.q.*:

Gai 4.72: *Praeterea tributoria quoque actio in patrem dominumve constituta est, cum filius servusve in peculiari merce sciente patre dominove negotietur. Nam si quid eius rei gratia cum eo contractum fuerit, ita praetor ius dicit, ut quidquid in his mercibus erit quodque inde receptum erit, ita pater dominusve inter se, si quid debetur, et ceteros creditores pro rata portione distribuunt. Et si creditores quaerantur minus sibi distributum quam oporteret, in id quod deest hanc eis actionem pollicetur, quae, ut diximus, tributoria vocatur.*

I. 4.7.3: *Introduxit et aliam actionem praetor, quae tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce sciente domino negotietur et quid cum eo eius rei causa contractum erit, ita praetor ius dicit, ut, quidquid in his mercibus erit quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debetur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur.*

Si tratta di un'azione che viene proposta contro il *pater* o il *dominus* per gli atti negoziali conclusi da *filii* o servi '*sciente domino vel patre*', realizzati, inoltre, con beni appartenenti alla *merx peculiaris*. Infatti, il pretore ordina che '*quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit*' sia distribuito proporzionalmente tra il *dominus* e gli altri creditori.

²⁰³ BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale*, cit., 151 nt.7; BALESTRI FUMAGALLI, *L'«actio tributoria»*, cit., 191; CHIUSI, *Contributo allo studio*, cit., 355. Balestri Fumagalli, addirittura, in tutta la sua trattazione esamina le testimonianze relative all'*actio tributoria* sempre congiuntamente a quelle relative alle altre *a.a.q.*, evidenziando la *ratio* comune che le caratterizza, più che le eventuali differenze riscontrabili; vd. *infra*, nt. 215. Va detto, tuttavia, che sia BALESTRI FUMAGALLI (*L'«actio tributoria»*, cit., 192) che BUTI (*Op. ult. cit.*, 151 nt. 7) ritengono che la natura adietizia riguardi la *vocatio in tributum* e non l'*actio tributoria*. CHIUSI, *Contributo allo studio*, cit., 377, invece, è del parere che non vi siano motivi per distinguere l'*actio tributoria* dalle altre *a.a.q.* anche dal punto di vista formulare, ritenendo, infatti, che pure la formula di questa azione fosse realizzata tramite una trasposizione di soggetti; *supra*, nt. 202.

E nel caso in cui ai creditori sia attribuito meno di quanto gli spetti, viene concessa loro questa azione chiamata ‘*tributoria*’.

Dunque, i presupposti per l’esercizio dell’azione sono ancora una volta costituiti - al pari delle altre *a.a.q.* - dall’atto negoziale concluso da un soggetto a potestà che abbia agito in un ambito oggettivamente determinato (‘*merx peculiaris*’), e dalla presenza di un requisito soggettivo del *dominus* o *pater* (‘*scientia*’).

L’unica diversità ai fini dell’esperibilità dell’azione potrebbe essere rappresentata dalla necessità, ricordata da Gaio, che, oltre alla conclusione dell’atto negoziale, vi sia stata anche una inesatta distribuzione della *merx peculiaris*.

Ebbene, noi crediamo che questa circostanza non determini una netta differenziazione dell’*actio tiburoria* rispetto alle altre *a.a.q.* Infatti, anche negli altri casi l’esperibilità dell’azione richiede necessariamente l’inadempimento dell’obbligazione, tuttavia, nel caso dell’*actio tiburoria* la precisazione si rende necessaria poiché l’obbligo del *pater* e del *dominus* non è semplicemente quello di pagare i debiti assunti dal servo o dal *filius*, ma è quello di soddisfare i creditori *pro rata*. Torneremo successivamente sull’argomento²⁰⁴.

Detto ciò, va precisato che nelle *Institutiones* di Gaio e di Giustiniano nessun altro presupposto viene richiesto per l’esperibilità dell’azione. Si accenna solo un intervento del pretore identificato genericamente da un ‘*ius dicit*’, che poco ci consente di sapere su di esso²⁰⁵.

Così anche nel Digesto, specialmente nei brani introduttivi, la *ratio* dell’intervento pretorio viene identificata in termini di ‘*utilitas*’ e di tutela dei terzi creditori:

D. 14.4.1 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*): *Huius quoque edicti non minima utilitas est, ut dominus, qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, cuius peculii aestimatio deducto quod domino debetur fit), tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocatur.*

²⁰⁴ *Infra*, p. 332ss.

²⁰⁵ *Infra*, nt. 210-211.

L'utilità di questo editto è particolarmente rilevante, a parere di Ulpiano, poiché il *dominus* - che normalmente gode di un privilegio in relazione all'attività negoziale del servo (visto che è responsabile nei limiti del peculio, e il peculio va stimato deducendo ciò che il servo deve al *dominus*) - tuttavia, se è a conoscenza del fatto che il servo ha negoziato *cum merce peculiare*, in virtù di questo editto '*vocatur in tributum velut extraneus*'.

In queste prime battute del *Commentarium ad edictum* di Ulpiano, in cui il giurista evidenzia i tratti fondamentali dell'editto *de tributaria actione*, è facile notare che i presupposti dell'azione sono gli stessi identificati da Gaio. Anche qui, infatti, viene richiesta la *scientia*²⁰⁶ dell'avente potestà al *negotari merce peculiari*²⁰⁷ del suo sottoposto²⁰⁸.

Anche in questo brano, dunque, non vi è alcun riferimento all'intervento del pretore, o al dolo negoziale. Bisogna spingersi molto oltre nella raccolta operata dai compilatori per trovare menzione del dolo del *dominus* o del *pater* come requisito essenziale per l'esperimento

²⁰⁶ D. 14.4.1.3 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem, sed, ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam: non enim velle debet dominus, sed non nolle. Si igitur scit et non protestatur et contra dicit, tenebitur actione tributaria.* La dottrina è pressoché unanime nel ravvisare nella '*scientia*' non una volizione imperativa del *dominus*, bensì un '*non nolle*' o anche un '*pati*'. Basta leggere ALBANESE, *Sulla responsabilità del dominus sciens*, cit., 156, il quale ritiene che la *scientia* vada intesa «...come non aver proibito ciò che si sarebbe dovuto proibire: vi è dunque, una *scientia* che include anche una volontà (quella passiva di non vietare, e, quindi, il *non nolle* e la *patientia*). *A fortiori* sarà equivalente quella *scientia* che ha, addirittura, la volontà passiva che il servo negozi con la merce peculiare». In tal senso anche DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 237 e bibliografia ivi citata.

²⁰⁷ D. 14.4.1.1-2 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 14.4.5.4 (Ulp. 29 *ad ed.*): '*Mercis nomine merito adicitur, ne omnis negotiatio cum eo facta tributaria inducat. [5] Per hanc actionem tribui iubetur, quod ex ea merce et quod eo nomine receptum est*, su cui vd. *infra*, nt. 233.

²⁰⁸ L'editto relativo all'*actio tributaria* richiede, infatti, l'esistenza di un rapporto potestativo tra il soggetto che è chiamato in giudizio tramite l'*actio tributaria* e quello che ha concluso l'atto negoziale: D. 14.4.1.4 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Potestatis verbum ad omnem sexum, item ad omnes qui sunt alieno iuris subiecti, porrigendum erit. [5] Non solum ad servos pertinebit tributaria actio, verum ad eos quoque, qui nobis bona fide serviunt, sive liberi sive servi alieni sunt, vel in quibus usum fructum habemus*; D. 14.4.5.6 (Ulp. 29 *ad ed.*): *In tributum autem vocantur, qui in potestate habent, cum creditoribus mercibus.*

dell'azione²⁰⁹, o addirittura leggere le fonti Bizantine per avere precise indicazioni sull'intervento del pretore, e sulle modalità di esplicazione dello stesso.

Infatti, solo nella Parafrasi di Teofilo²¹⁰ ed in uno scolio ai Basilici di Stefano²¹¹ si riscontrano precisi riferimenti a un intervento autoritativo del magistrato, con il quale si ordina la *tributio*.

Ebbene, considerata la grande importanza rivestita dalle fonti bizantine nell'interpretazione dei responsi dei giuristi classici, non è possibile rigettarne totalmente il contributo²¹², ma al contempo non è opportuno proporre una lettura integrativa delle fonti classiche di così grande rilevanza, senza l'opportuna cautela.

Vanno, allora, ricercate le motivazioni che possano giustificare il silenzio delle Istituzioni di Gaio e Giustiniano²¹³, che non si risolvano, tuttavia, troppo semplicisticamente nel carattere sintetico delle prime due trattazioni a fronte di quello maggiormente particolareggiato dell'opera di Teofilo e dei Basilici.

A tal proposito, ci sembrano, invece, estremamente plausibili le considerazioni svolte da Fumagalli, la quale ritiene che la trattazione gaiana sfugga ad una rigida sequenza cronologica²¹⁴ e sia, invece, caratterizzata da una logica comune: l'identificazione della responsabilità

²⁰⁹ D. 14.4.7.2-4; *infra*, p. 331ss.

²¹⁰ THEOPH., *Par.* 4.7.3.

²¹¹ Sch. 8 a *Bas.* 18.2.1.

²¹² Questa opinione trova i suoi principali sostenitori in MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht*, cit., 441; BONFANTE, *Commentario alle Pandette. Libri XIV e XV*, Milano, 1907, 85, nt. b, e recentemente CHIUSI, *Op. cit.*, 358-359, i quali ritengono che la menzione esplicita dell'intervento del magistrato nella Parafrasi e nel commento ai Basilici sia frutto del pensiero postclassico e giustiniano che propenderebbe verso un carattere maggiormente pubblicistico della procedura concorsuale.

²¹³ *Supra*, p. 323-324.

²¹⁴ Probabilmente in origine l'*actio tributoria* deve essersi sviluppata in connessione all'*actio de peculio*, con la quale la relazione è indicibile, anche se in seguito è stata assimilata, invece, alle *actiones exercitoria* ed *institoria*, per il carattere 'mercantile' assunto nel prosieguo di tempo. Particolarmente convincente risulta a tal proposito la spiegazione data da VALIÑO, «*Las acciones adiecticiae qualitatis*», cit., 347, ID., *La 'actio tributoria'*, cit., 124.

del *dominus* o *pater* stabilita dal pretore contro la rigida logica del *ius civile*.

Sostiene, infatti, che «l'autore avverte la necessità di far comprendere, nella pienezza delle sue implicazioni, il valore di quel denominatore comune, che non si riduce ad un criterio estrinseco o formale, ma coglie la sostanza dei rimedi onorari. Così egli ne sottolinea fondamento e giustificazione facendo appello alla *voluntas* e alla *fides*, l'eco delle quali rivive, sebbene in forma più attenuata, nell'indagine sull'*actio tributoria*²¹⁵».

D'altronde, anche nel Digesto i frammenti iniziali del titolo relativo all'*actio tributoria* (D. 14.4), nel commentare i *verba edicti*, pongono l'attenzione sulla *ratio* sottesa alla creazione dell'editto esaminato, più che ai dettagli relativi alla procedura seguita.

E in realtà, abbiamo visto come l'esigenza di tutela della *fides*, il richiamo all'*utilitas* e all'*aequitas* caratterizzi tutti gli editti relativi alle *a.a.q.*, sia quelli in cui l'atto negoziale è direttamente riferibile alla volontà espressa del *dominus* (*praepositio, iussum*)²¹⁶, sia quelli in cui l'elemento volitivo dell'avente potestà si concretizza tacitamente nella concessione di un peculio²¹⁷, o di una *merx peculiaris*.

Tuttavia, ritrovati i caratteri fondamentali che accomunano l'*actio tributoria* alle altre azioni adiettizie, la difficoltà principale in cui si sono imbattuti gli studiosi è stata quella di conciliare il fatto indiscutibile - come vedremo successivamente - che questa azione sanziona direttamente una responsabilità propria del *dominus* o *pater*, e la sua appartenenza al novero delle altre *a.a.q.*, le quali, invece, secondo la tesi tradizionalmente accettata, sanzionerebbero solo indirettamente la responsabilità di tali soggetti.

Così, la maggior parte degli studiosi²¹⁸, che più recentemente si sono occupati dell'*actio tributoria*, ha ritenuto di poter superare il problema

²¹⁵ BALESTRI FUMAGALLI, *L'«actio tributoria»*, cit., 136-137; 154.

²¹⁶ *Supra*, Cap. IV § 1; Cap. V § 8.

²¹⁷ *Supra*, Cap. V § 1.

²¹⁸ Cfr. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale*, cit., 151 nt. 7; BALESTRI FUMAGALLI, *L'«actio tributoria»*, cit., 191; VALIÑO, *La 'actio tributoria'*, cit., 112ss. In senso contrario CHIUSI, *Contributo allo studio*, cit., 355; vd. *supra*, Cap. V, nt. 289; *infra*, nt. 309.

ravvisando nelle fonti una netta separazione tra la *vocatio in tributum*, determinata dall'intervento del pretore, e l'*actio tributoria* vera e propria, e ipotizzando, allora, che la natura adiettizia debba essere attribuita solo alla prima e non anche alla seconda.

«D'altronde» - ritiene Buti²¹⁹ - «l'obbligo di procedere alla *tributio* può essere considerato come un mezzo per sanzionare i debiti servili da *negotiationes*: mezzo indiretto, ma certo rapido ed efficace, se fu approntato nonostante esistesse già, come ritiene Valiño, l'*actio de peculio*... ». «D'altra parte, che in questa procedura non vi fosse alcuna obbligazione o responsabilità propria del *dominus*, è indicato dal fatto che questi poteva anche esimersi dal disturbo di procedere personalmente alla *tributio*, lasciando a disposizione dei creditori merci e peculio, così che alla *tributio* provvedesse un arbitro nominato dal pretore (cfr. D. 14.4.7.1)».

In realtà, è ravvisabile un certo contrasto interno nelle affermazioni di Buti. Inizialmente, infatti, si riferisce ad un obbligo di procedere alla *tributio*, mentre successivamente ritiene che non esista in tal senso alcuna obbligazione a carico del *dominus*, tanto è vero che questo poteva esimersi dal procedere «personalmente» alla *tributio* rilasciando, tuttavia, i beni appartenenti alla *merx peculiaris*. Inoltre, sembra proprio che il rifiuto del *dominus* non sia incondizionato, ma semmai vincolato all'espletamento di atti necessari ad assicurare in qualche modo la *tributio*. E questa circostanza non contrasta affatto con l'esistenza di un'obbligazione a suo carico, anzi ne costituisce la conferma.

Tuttavia, prima di trattare questo aspetto, che affronteremo meglio in seguito²²⁰, è necessario chiarire alcune questioni preliminari.

Innanzitutto, ci preme porre in evidenza che allo stato attuale delle nostre fonti non siamo in grado di stabilire con certezza se vi fosse o meno l'intervento del pretore, probabilmente di natura decretale, ricordato nelle fonti bizantine²²¹ che determinava l'inizio e le modalità di ripartizione della *merx peculiaris*²²².

²¹⁹ *Studi sulla capacità*, cit., 151, nt. 7.

²²⁰ *Infra*, p. 336.

²²¹ *Supra*, nt. 210-211.

²²² Infatti, le fonti sembrano attestare la possibilità di operare la *tributio* nei confronti del singolo creditore: D. 14.4.5.19 (Ulp. 29 *ad ed*): *Tributio autem fit pro rata*

eius cuique debeatur. Et ideo, si unus creditor veniat desiderans tribui, integram portionem consequitur: sed quoniam fieri potest, ut alius quoque vel alii existere possint mercis peculiaris creditores, cavere debet creditor iste pro rata se refusurum, si forte alii emergerint creditores. Secondo Ulpiano, dunque, la *tributio* va realizzata ‘*pro rata eius quod cuique debeatur*’; di conseguenza, se un solo creditore la richiede, questa deve essere effettuata nei suoi confronti in modo tale che percepisca ‘*l’integram portionem*’. E’ necessario, tuttavia, che sia chiesto al creditore di garantire ‘*pro rata se refusurum*’, qualora dovessero presentarsi altri creditori peculiari all’avente potestà. Quest’ultimo, infatti, se è vero che è chiamato *in tributum* non deve subire pregiudizio da tale circostanza: D. 14.4.7 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*): *Illud quoque cavere debet, si quid aliud domini debitum emergerit, refusurum se ei pro rata. Finge enim condicional debitum imminere vel in occulto esse: hoc quoque admittendum est: nam iniuriam dominus pati non debet, licet in tributum vocatur.*

In realtà, queste testimonianze sembrerebbero contrastare con quelle che attestano, invece, l’esistenza del *decretum* pretorio volto all’instaurazione di una procedura concorsuale tra tutti i creditori (*supra*, nt. 210-211). Tuttavia, si può ipotizzare che l’iniziativa potesse essere del singolo, ma la procedura coinvolgere anche gli altri. Oppure, si può supporre che il singolo creditore potesse chiedere direttamente al *dominus* la *tributio*, e solo qualora fossero più di uno, chiedere l’intervento del pretore. Siamo tuttavia nel campo delle illazioni, poiché non abbiamo idonei supporti testuali. L’unica constatazione certa che si può evincere dalle fonti a nostra disposizione riguarda la *ratio* dell’intervento del pretore, che è quella di assicurare il paritario e proporzionale soddisfacimento dei terzi. D’altronde, è facile pensare che normalmente l’azione presupponesse una situazione debitoria complessa per il *dominus*, ed è anche probabile che in questi casi ci fosse un intervento del pretore. Tuttavia, bisogna stare attenti a non lasciarsi suggestionare dalle somiglianze col modello delle procedure esecutive. Infatti, lo stesso VALINO, *La ‘actio tributoria’*, cit., 123 - pur essendo uno dei principali sostenitori del necessario intervento del pretore e, quindi, della distinzione tra la *vocatio in tributum* e l’*actio tributoria* - dissente decisamente dall’opinione di coloro che accentuano l’accostamento del procedimento in questione a quello delle procedure esecutive.

In definitiva, a noi sembra, che questi brani non contrastino con gli altri esaminati, ma anzi che siano di particolare importanza per chiarire che l’obbligo che incombe sul *dominus* o *pater* non è quello di svolgere necessariamente la distribuzione della *merx peculiaris* in forma concorsuale, ma quella di adempiere alle obbligazioni assunte dal servo nei limiti della *merx* in questione e *sciente domino*, evitando la prededuzione dei suoi crediti e assicurando che il pagamento realizzi, nei limiti del possibile, un paritetico e proporzionale soddisfacimento di tutti i creditori. Le modalità concrete della distribuzione si determineranno, poi, di volta in volta a seconda delle esigenze da soddisfare.

Tuttavia, anche ammettendo che l'ordine del pretore esistesse, siamo convinti che la distinzione tra la *vocatio in tributum* e l'*actio tributoria* non possa essere prospettata in termini così netti.

Le fonti, infatti, non ci offrono spunti adeguati. Inoltre, è nostra convinzione che questa distinzione non risulti poi di così fondamentale importanza ai fini della determinazione della natura dell'*actio tributoria* e della responsabilità da essa sanzionata. La distinzione in questione, infatti, è stata accentuata e trova la sua giustificazione nella necessità di assimilare il regime dell'*actio tributoria* alle altre *a.a.q.* e, al tempo stesso, di riconoscerne la particolarità. Il carattere adiettizio si realizzerebbe, così, nella *vocatio in tributum*, mentre, l'*actio tributoria* sanzionerebbe una responsabilità propria del *dominus* o *pater*²²³.

Innanzitutto, ci chiediamo come possa attribuirsi natura adiettizia alla *vocatio in tributum*, visto che essa non è un'azione vera e propria dotata di una relativa formula²²⁴. La *vocatio* può semmai costituire la fonte dell'obbligo del *pater* di procedere alla *tributio*, qualora questo non derivi direttamente dall'editto pretorio.

Inoltre, siamo convinti che se una distinzione può ravvisarsi, essa non si prospetta tra la *vocatio in tributum* e l'*actio tributoria*²²⁵, ma tra quest'ultima e la *tributio* che la precede.

²²³ BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale*, cit., 151 nt. 7; BALESTRI FUMAGALLI, *La 'actio tributoria'*, cit., 191; vd. *supra*, Cap. V, nt. 209.

²²⁴ D'altronde, come vedremo successivamente (*infra*, nt. 231-232), l'identità processuale corre tra l'*actio de peculio* e l'*actio tributoria*, e non tra l'*actio de peculio* e la *vocatio in tributum*.

²²⁵ In realtà, BALESTRI FUMAGALLI, *Op. cit.*, 191, pur sostenendo l'esistenza della separazione tra *vocatio in tributum* e *actio tributoria* riconosce che la distinzione è netta solo da un punto di vista concettuale. Successivamente (p. 194) ammette, infatti, che «..la maggiore diffusione con cui gli autori bizantini esaminano e descrivono il contenuto e gli effetti del *ius dicere* magistratuale dimostra, infatti, l'opportunità di allargare i tempi e la sfera operativa dell'*actio tributoria* per comprendere in essa, oltre ai casi di *dolus in tribuendo*, che, costituendo la tipica inottemperanza al decreto del pretore, determinano la esperibilità dell'*actio tributoria*, altre ipotesi di comportamento doloso del *dominus* o del *pater familias* anteriori alla *tributio*, non escluso il rifiuto di prestarsi al riparto, imposto dal pretore con il medesimo decreto: tale allargamento, a mio giudizio plausibile e perfino necessario alla luce di D. 14.4.7.2 e 4 e di sc. 8 a *Bas.* 18.2.1 attenua, in pratica, il rigore della distinzione tra *vocatio in tributum* e *actio tributoria*».

Infatti, per chiarire meglio il nostro pensiero, va detto che - sia che trovi fondamento direttamente nell'editto, sia nel *decretum* pretorio attuativo dello stesso - sempre nasce a carico del *dominus* o *pater* l'obbligo di effettuare la *tributio*. Ed è solo la *dolosa tributio* che costituisce il presupposto dell'azione, sia che sia stata ordinata dal pretore, o che sia stata realizzata volontariamente dal *dominus*, o che addirittura non sia stata del tutto realizzata.

In questo senso i giuristi si esprimono chiaramente:

D. 14.4.7.2 (Ulp. 29 *ad ed*): *Si cuius dolo malo factum est, quo minus ita tribueretur, in eum tributaria datur, ut quanto minus tributum sit quam debuerit, praestet: quae actio dolum malum coercet domini. Minus autem tribuere videtur etiam si nihil tributum sit. Si tamen ignorans in merce servum habere minus tribuit, non videtur dolo minus tribuisse, sed re comperta si non tribuat, dolo nunc non caret. Proinde si sibi ex ea merce solvi fecit, utique dolo videtur minus tribuisse. [3] Sed et si mercem perire passus est aut eam avertit aut vilioris data opera distraxit vel si ab emptoribus pretium non exigerit, dicendum erit teneri eum tributaria, si dolo intervenit. [4] Sed et si negaverit dominus cuiquam deberi, videndum erit, an tributariae locus sit: et est verior Labeonis sententia tributariam locum habere: alioquin expediet domino negare.*

E' interessante notare la vasta gamma di comportamenti che rientrano nell'ambito della *dolosa tributio*.

Così, all'ipotesi tipica del *minus tribuere* viene assimilata anche quella del *nihil tribuere*²²⁶. Di conseguenza, rientra nelle previsioni dell'editto il comportamento del *dominus* che, scoperta l'esistenza di beni appartenenti alla *merx* non ne faccia *tributio*, oppure che per

Inoltre, come nota CHIUSI, *Op. cit.*, 352-353, nelle fonti non si trova mai l'espressione *vocatio in tributum* come termine autonomo, ma si legge soltanto di un '*vocari in tributum*' o '*venire in tributum*': D. 14.4.5.11; D. 14.4.5.17.

²²⁶ L'affermazione di Ulpiano trova conferma in due passi di Paolo escerpiti dal titolo *De verborum significatione* del Digesto: D. 50.16.32 (Paul. 24 *ad ed.*): '*Minus solutum*' *intellegitur etiam si nihil esset solutum*; D. 50.16.82 (Paul. 14 *ad Plaut*): '*Verbum 'amplius' ad eum quoque pertinet, cui nihil debetur: sicut ex contrario 'minus' solutum videtur etiam, si nihil esset exactum*, sui quali vd. BALESTRI FUMAGALLI, *L'«actio tributaria»*, cit., 197 .

trascuratezza lasci perire la *merx* o non curi la riscossione delle somme dovute (D. 14.4.7.3), ma anche l'ipotesi in cui il *dominus*, prima di effettuare qualsiasi *tributio*, neghi l'esistenza stessa dei crediti vantati dai terzi (D. 14.4.7.4)».

E, in realtà, quello del dolo come requisito necessario per la proposizione dell'azione è l'ultimo aspetto del regime dell'*actio tributoria* che ci resta da esaminare, insieme alla natura giuridica della responsabilità da essa sanzionata.

Infatti, in ordine alla natura dell'*actio tributoria* sono state espresse diverse posizioni dottrinali che possono essere sinteticamente ricondotte a tre indirizzi fondamentali.

Parte della dottrina ritiene, infatti, di dovere propendere per il carattere penale dell'azione, che discenderebbe dalla necessità di ravvisare nel dolo del *dominus* o *pater* il presupposto necessario della convenibilità in giudizio degli stessi²²⁷.

Altra parte, invece, si pronuncia decisamente a favore del carattere reipersecutorio della procedura diretta a realizzare una *tributio* della *merx peculiaris* e del *quod inde receptum*, a prescindere da ogni circostanza soggettiva imputabile o meno al *dominus* o *pater*²²⁸.

²²⁷ KARLOWA, *Op. cit.*, II, 1162; BARON, *Die Adjectivischen Klagen*, cit. 178; GLÜCK, *Pandekten*, cit., 275; HEUMANN, *Tributoria*, cit., 56; VALIÑO, *La 'actio tributoria'*, cit., 125; BUTI, *La capacità patrimoniale*, cit., 202 nt. 118.

²²⁸ In particolare, CHIUSI, *Contributo allo studio*, cit., 366, afferma che «...l'azione, nella fattispecie, veniva concessa non per reprimere un ipotetico dolo dell'avente potestà, bensì per costringerlo a rispondere dei debiti del sottoposto senza poter precedentemente dedurre il proprio credito, cioè in una condizione di assoluta parità con gli altri creditori». Di conseguenza, «...l'azione era il mezzo attraverso il quale il pretore raggiungeva il risultato di costringere il *dominus* a *tribuere*, ovverossia che questa serviva tanto a correggere i risultati di una distribuzione volontariamente sbagliata, quanto direttamente a produrli nel caso che l'avente potestà l'avesse volontariamente omessa». Ciò comporterebbe una *condemnatio* formulata alternativamente '*eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio dumtaxat de merce peculiaris pro rata portione aut quanto minus Aulo Agerio dolo malo Numeri Negidi tributum est* (p. 377)'. In senso contrario si esprime MANTOVANI, *Le formule del processo*, cit., 81, nt. 362, il quale ritiene che la formula facesse riferimento solo all'ipotesi del '*minus tribuere*'.

E, infine, alcuni studiosi accolgono una tesi intermedia. Infatti, pur riconoscendo la necessità del dolo per l'esercizio dell'*actio tributoria*, ne escludono la natura penale²²⁹.

In realtà, dalla descrizione effettuata da Ulpiano in D. 14.4.7.2-4 possiamo dedurre la necessità del dolo come presupposto dell'*actio tributoria*. Tuttavia, le fattispecie indicate dal giurista severiano e la testimonianza riportata in D. 14.4.8, ci inducono a considerare con attenzione il criterio del dolo, e ad interrogarci sul significato effettivo assunto in tale contesto:

D. 14.4.8 (Iul. 11 *Digest.*): *quia non de dolo est, sed rei persecutionem continet: quare etiam mortuo servo dominus, item heres eius perpetuo teneri debet propter factum defuncti: quamvis non aliter quam dolo interveniente competat.*

Ebbene, Giuliano si pronuncia espressamente sulla natura reipersecutoria dell'*actio tributoria*, tanto che, diversamente da quanto accade per le azioni di natura penale, questa può essere esperita '*et perpetuo et in heredem*'. Infatti, anche se l'*actio tributoria* sanziona un comportamento doloso del defunto, tuttavia gli eredi sono chiamati a risponderne in perpetuo.

A tal proposito risulta interessante l'opinione di Mandry²³⁰, il quale è pienamente convinto che la natura reipersecutoria dell'azione non contrasti con la necessità del dolo. Il dolo, infatti, è solo il requisito soggettivo per l'imputabilità dell'inadempimento, e, dunque, per l'esperimento dell'azione. E, in effetti, così come l'*actio depositi* non diviene un'*actio ex delicto* solo perché si richiede il dolo del debitore come criterio di imputabilità dell'inadempimento, così per l'*actio tributoria* la necessità della *dolosa tributio* non comporta di per sé la natura penale all'azione.

Alla luce di queste considerazioni noi crediamo, dunque, plausibile che il dolo nel caso dell'*actio tributoria* si riferisse concretamente

²²⁹ MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht*, 450; BUCKLAND, *The Roman law of slavery*, cit., 207; DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., 337; BALESTRI FUMAGALLI, *Op. cit.*, 199ss.

²³⁰ *Das gemeine Familiengüterrecht*, cit., 450.

all'intenzionale volontà di disobbedire all'editto pretorio e per il fatto stesso che ciò avvenisse, senza la necessità che si realizzassero attività fraudolente in senso proprio. Basti esaminare i casi contemplati da Ulpiano in D. 14.4.7.2-4 per rendersene conto.

Inoltre, la natura reipersecutoria dell'azione è confermata anche dal regime stesso della preclusione processuale.

Basti riflettere, infatti, su alcune testimonianze in cui, trattando del concorso tra l'*actio tributoria* e l'*actio de peculio*, i giuristi mostrano chiaramente che tra le due azioni può verificarsi un caso di preclusione processuale:

D. 14.4.11 (Gai 9 *ad ed prov.*): *Aliquando etiam agentibus expedit potius de peculio agere quam tributoria: nam in hac actione de qua loquimur hoc solum in divisionem venit, quod in mercibus est quibus negotiatur quodque eo nomine receptum est: at in actione de peculio totius peculii quantitas spectatur, in quo et merces continentur. Et fieri potest, ut dimidia forte parte peculii aut tertia vel etiam minore negotietur: fieri praeterea potest, ut patri dominove nihil debeat.*

D14.4.9.1 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Eligere quis debet, qua actione experiatur, utrum de peculio an tributoria, cum scit sibi regressum ad aliam non futurum. Plane si quis velit ex alia causa tributoria agere, ex alia causa de peculio, audiendus erit.*

Ebbene, il fatto stesso che, esperita una azione, non possa ricorrersi all'altra, fa supporre che la seconda dovesse avere ad oggetto *eadem res* rispetto alla prima, e come tale dovesse essere preclusa²³¹. Quindi è impossibile pensare che l'*actio tributoria* avesse natura penale, altrimenti, vista la diversità di causa con l'*actio de peculio*, fra le due azioni non si sarebbe mai potuta verificare la preclusione processuale.

Inoltre, i brani in questione sembrano indicare con certezza che l'identità corre tra l'*actio de peculio* e l'*actio tributoria*, e non tra l'*actio de peculio* e la *vocatio in tributum*. D'altronde, se tra le due azioni si

²³¹ Cfr. LEVY, *Konkurrenz*, cit., 154ss; CHIUSI, *Op. cit.*, 382. Sui requisiti necessari per la configurazione dell'*eadem res* vd. *supra*, § 3, nt. 54-55.

realizza l'effetto preclusivo della lite, non possiamo credere che le loro *intentiones* avessero delle formulazioni totalmente differenti²³².

Né può dubitarsi, d'altronde, che esista in capo all'avente potestà l'obbligo di operare la distribuzione *pro rata* della *merx peculiaris*, come vincolo obbligatorio di carattere personale, sanzionato nel caso di inadempimento con l'*actio tributoria*.

Lo scopo dell'azione, infatti, è quello di correggere l'iniqua *tributio* effettuata nei confronti del creditore ricorrente²³³ e, dunque, di sanzionare

²³² In tal senso vd. LEVY, *Konkurrenz*, cit., 154ss, il quale nota espressamente che «Klaggrund und Ziel gibt die Hauptklage, die die *Intentio* für die *actio tributoria* ebenso bietet wie für die *actio de peculio*». A parere dell'A. sarebbe eccessivamente strano, infatti, che l'*actio tributoria*, vista l'appartenenza al novero delle *a.a.q.* - attestata da tutte le fonti in nostro possesso - avesse poi una «*Formelbau*» profondamente differente dalle altre.

²³³ D. 14.4.5.4 (Ulp. 29 *ad ed.*): '*Mercis nomine*' merito *adicitur*, ne omnis *negotiatio cum eo facta tributoria inducat*. [5] *Per hanc actionem tribui iubetur, quod ex ea merce et quod eo nomine receptum est*. CHIUSI, *Op. cit.*, 351, ritiene che questo brano confermi l'ipotesi da lei sostenuta che quelli descritti sono requisiti dell'azione non della *vocatio in tributum*; *supra*, nt. 203; 225. L'espressione '*per hanc actionem*' risulterebbe particolarmente esplicita in tal senso. Altra parte della dottrina - favorevole, invece, alla distinzione tra *vocatio in tributum* e *actio tributoria* - ha cercato di sminuire l'efficacia probante di questa testimonianza ritenendo che i requisiti descritti si riferissero alla *vocatio in tributum*, e che solo per una imprecisione terminologica i giuristi li avessero attribuiti all'*actio*. Quest'ultimi, infatti, con la dizione unificante di *actio tributoria* avrebbero fatto riferimento a tutta la procedura comprensiva della *vocatio in tributum* e dell'*actio tributoria* vera e propria; cfr. HEUMANN, *De Tributaria actione*, cit., 38ss; VALIÑO, *La 'actio tributoria'*, 107ss. In realtà, l'espressione '*quidquid in his mercibus erit quodque inde receptum erit*' ricorre in maniera simile non solo in altre fonti relative all'*actio tributoria* (Gai 4.72; I. 4.7.3), ma anche a proposito dell'*actio quod iussu* (D. 15.3.1pr: ... '*qui eos habent in potestate, si in rem eorum quod acceptum est conversum sit*'). Quindi, non vi è dubbio che essa possa riferirsi all'azione e non alla procedura nel suo complesso. Una cosa è certa, tuttavia, e cioè che l'*actio tributoria* non può essere rivolta *tout court* alla realizzazione della *tributio*. Essa è diretta, semmai, alla correzione dell'effetto della *dolosa tributio*, che può consistere in un '*minus tribuere*' o addirittura '*nihil tribuere*', ma solo nei confronti del creditore che lo richieda processualmente e mai alla distribuzione proporzionale e concorsuale fra tutti i creditori dei beni compresi nella *merx peculiaris*. In tal senso vd. TALAMANCA, *Rec. a Chiusi, Contributo allo studio dell'editto 'de tributaria actione'*, in *BIDR* 96-97 (1993-94), 703-704.

l'obbligo alla *tributio* che non è stato correttamente adempiuto dal *pater* o dal *dominus*.

Innanzitutto, non ci sembra plausibile che l'inesistenza di un obbligo del *dominus* o *pater* alla *tributio* possa evincersi dalla circostanza, testimoniata dalle fonti, che il *dominus* possa rifiutarsi di effettuare la ripartizione²³⁴:

D. 14.4.7.1 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Quid tamen si dominus tribuere nolit nec hanc molestiam suscipere, sed peculio vel mercibus cedere paratus sit? Pedius refert audiendum eum, quae sententia habet aequitatem: et plerumque arbitrum in hanc rem praetor debet dare, cuius interventu tribuantur merces peculiares.*

Il rifiuto del *dominus* di effettuare la *tributio*, che sia accompagnato dall'offerta di rilascio del peculio e della *merx peculiaris*, può essere legittimo a parere di Pedio ed Ulpiano. In questi casi, infatti, il pretore avrebbe provveduto il più delle volte²³⁵ alla nomina di un *arbiter*, con il compito specifico di effettuare la *tributio*.

La testimonianza in questione, infatti, non esclude l'esistenza dell'obbligazione in capo al *dominus*, ma prevede solo la possibilità che il *dominus* non esegua la prestazione offrendosi, tuttavia, di porre in essere le condizioni necessarie alla *tributio*²³⁶.

E, in realtà, - come dice Fumagalli²³⁷ - «...il giurista li considera (*dominus* o *pater*) destinatari di quell'obbligo di ripartire la *merx*

²³⁴ BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale*, cit., 151 nt. 7.

²³⁵ Il *plerumque*, infatti, indica solamente che il più delle volte il pretore, di fronte al diniego del *dominus* o *pater*, avrebbe proceduto nominando un *arbiter*. In ogni caso, doveva essere rimessa alla sua discrezione la scelta delle modalità da adottare di volta in volta a seconda delle esigenze da soddisfare.

²³⁶ Altrimenti, se il *dominus* non pone in essere gli atti necessari per assicurare la *tributio*, potrebbe incorrere nell'accusa di dolo ed essere, quindi, soggetto all'*actio tributoria*. Questa conclusione può ricavarsi dai frammenti del Digesto (D. 14.4.7.2-4) in cui Ulpiano assimila il caso del *nihil tribuere* a quello del *minus tribuere* (*supra*, p. 331ss). Infatti, il rifiuto del *dominus*, qualora non fosse seguito dal rilascio delle merci potrebbe rientrare nelle previsioni dell'editto configurando un'ipotesi di *nihil tribuere*; vd. in proposito BALESTRI FUMAGALLI, *L'«actio tributoria»*, cit., 186.

²³⁷ BALESTRI FUMAGALLI, *Op. cit.*, 139.

peculiaris e il *quod inde receptum* che in realtà, come si evince dalle Istituzioni giustinianee e dalla Parafrasi di Teofilo, appare del tutto indipendente dal fatto che essi procedano o meno in prima persona alla *tributio*».

D'altronde, nelle fonti si legge espressamente che tramite la *negotiatio* relativa alla *merx peculiaris* il servo «obbliga» il suo *dominus*:

D. 14.4.1.2 (Ulp. 29 *ad ed*): *Peculiarem autem mercem non sic uti peculium accipimus quippe peculium deducto quod domino debetur accipitur, merx peculiaris etiamsi nihil sit in peculio, dominum tributoria obligat, ita demum si sciente eo negotiabitur.*

Il giurista chiarisce che la *merx peculiaris* non coincide col *peculium*, poiché il *peculium* va considerato al netto di ciò che è dovuto al *dominus*, mentre la *negotiatio* conclusa tramite la *merx peculiaris* obbliga il *dominus* (*'dominum tributoria obligat'*), che era a conoscenza del *negotium* concluso dal servo, anche se nulla vi è nel *peculium*.

Non vi è alcun accenno ad una 'responsabilità' del servo che possa costituire il presupposto o l'oggetto dell'azione considerata. Il presupposto fondamentale della responsabilità del *dominus* è costituito, invece, dall'atto negoziale concluso dal servo e non dall'eventuale *obligatio*, anche *naturalis*, che nasce in capo ad esso in seguito alla conclusione del negozio.

La responsabilità sancita dall'*actio tributoria* sembra, dunque, atteggiarsi come una responsabilità propria del *pater* o del *dominus*.

D'altronde, anche per l'*actio tributoria*, così come per le altre *a.a.q.*²³⁸, nel Digesto si ricorda il parere di Ulpiano il quale ritiene che *'haec actio et perpetuo et in heredem datur de eo dumtaxat quod ad eum pervenit'* (D. 14.4.7.5).

Morto il *dominus* o il *pater*, i terzi hanno la possibilità di proporre l'*actio tributoria* in perpetuo contro gli eredi. L'unica spiegazione possibile sta nel fatto che anche la responsabilità sancita dall'*actio tributoria* è una responsabilità di carattere personale dell'avente potestà che, come tale, si trasmette ai suoi successori universali.

²³⁸ *Supra*, Cap. IV § 5; Cap. V § 6.1; 6.2.

D'altronde, nel frammento dei libri *Digestorum* di Giuliano (D. 14.4.8), che abbiamo già esaminato, si legge espressamente che '*...mortuo servo dominus, item heres eius perpetuo teneri debet*'.

Quindi, anche Giuliano ritiene che l'azione, alla morte del *dominus*, possa essere esperita in *perpetuum* contro gli eredi, ma afferma, inoltre, che ciò può avvenire anche dopo la morte del servo che ha concluso l'atto negoziale. Questo evento, infatti, non impedisce affatto l'esercizio dell'*actio tributoria* contro il *dominus*, o contro i suoi eredi. Di conseguenza, sembra improbabile che quella sancita dall'*actio tributoria* fosse una responsabilità propria del servo, altrimenti con la sua morte dovrebbe venir meno la possibilità di esperirla, per le ragioni che abbiamo espresso più volte precedentemente²³⁹.

In conclusione, siamo del parere che l'*actio tributoria* possa ben assimilarsi alle altre *a.a.q.* Infatti, è nostra convinzione che essa sanzioni una responsabilità del *dominus* o *pater*, e questa circostanza non la rende per nulla differente dalle altre azioni considerate, ma anzi - come accennavamo precedentemente - costituisce una conferma ulteriore dell'ipotesi da noi sostenuta.

²³⁹ *Supra*, Cap. I, nt. 64-65; Cap. V, § 5, nt. 174.

CAPITOLO SESTO

Introduzione

Nei capitoli precedenti¹ abbiamo esaminato una serie di testimonianze dalle quali sembra evincersi chiaramente che la responsabilità sanzionata tramite le *a.a.q.* è quella del *dominus, pater*, e preponente, e non quella del *servus, filius*, o preposto.

E, in realtà, valutando attentamente tutte le fonti a nostra disposizione relative alle *a.a.q.*, nessuna esclusa, è facile rendersi conto del fatto che non ci si riferisce mai all'*obligatio naturalis* del *servus*, o all'*obligatio* del *filius* o del preposto, come oggetto di sanzione delle azioni adiettizie. Anzi, viene ripetutamente ed espressamente ribadito che ad essere obbligato è proprio il *dominus* o il *pater*², o comunque il soggetto a vantaggio del quale si producono gli effetti del negozio concluso (preponente).

Restano da compiere alcune riflessioni conclusive sulla natura della responsabilità gravante sul *dominus, pater* o preponente, per chiarire alcune questioni -prospettate a suo tempo anche da Keller³- relative alla natura pretoria delle *a.a.q.*, all'impossibilità per il pretore di dare origine ad un rapporto configurabile in termini di '*oportere*', e altre che potrebbero essere addotte per confutare l'ipotesi che le *a.a.q.* sanzionino direttamente una responsabilità degli aventi potestà o preponenti.

Ci occuperemo (§ 3), inoltre, del rapporto esistente tra l'attività negoziale compiuta dal servo, *filius* e preposto, e la responsabilità dei

¹ *Supra*, Cap. IV-V.

² *Supra*, Cap. IV, *Introd.*

³ *Supra*, Cap. I §1.2.

loro aventi potestà o preponenti per accertare, se possibile, anche la rilevanza di questo rapporto dal punto di vista processuale.

1. *Obligatio e ius honorarium. Azioni civili e pretorie. Accezione del termine oportere.*

Come abbiamo già visto⁴, in molti passi relativi alle *a.a.q.* si legge espressamente che il *pater*, il *dominus* e il preponente ‘*sunt obligati*’, o ‘*obligantur*’.

D'altronde, potrebbe sospettarsi un uso generico del verbo ‘*obligare*’, o addirittura una natura insitica delle espressioni che vi fanno riferimento⁵.

In realtà, come abbiamo cercato di dimostrare nei paragrafi precedenti, noi riteniamo particolarmente significativa la testimonianza

⁴ *Supra*, Cap. IV, *Introd.*

⁵ In realtà, la terminologia ‘*obligari*’, ‘*obligatus est*’ ricorre solo nelle fonti tardo-classiche che riguardano le *a.a.q.*, che compongono, tuttavia, gran parte dei titoli del Digesto ad esse dedicati. Gaio nelle *Institutiones*, invece, non fa alcun accenno al vincolo obbligatorio gravante sul *pater* o *dominus*, ma si riferisce soltanto alle *a.a.q.* che *datur o competit in solidum*, o ‘*de peculio et de in rem verso*’, contro l'avente potestà o il preponente (Gai 4.69-74).

La diversità riscontrata, tuttavia, non è indice di una scarsa attendibilità delle fonti tardo classiche raccolte nel Digesto, ma solo il frutto di un radicale mutamento di prospettiva che matura e si realizza compiutamente tra il II e il III sec. d.C.. Il mutamento riguarda, infatti, tutta una diversa visione del diritto che prevale in età classica avanzata. Infatti, sappiamo ormai con certezza che il diritto romano evolve da un sistema che privilegia la prospettiva processuale ad uno basato, invece, su quella sostanziale. L'attenzione si incentra inizialmente sull'*actio*, successivamente, sull'*obligatio*. Ma la vicenda descritta non muta, soprattutto in relazione al nostro tema, la sostanza delle cose, ed in particolare il fatto che la responsabilità che si fa valere tramite le *a.a.q.* - sia se si guarda all'azione, che alla prospettiva obbligatoria - è sempre quella del *pater*, *dominus* o preponente. Solo che età classica, in seguito al consolidarsi dell'editto perpetuo, è ormai possibile affermare che a fronte di un'azione - che sanzioni una responsabilità del *dominus*, *pater* o preponente per l'attività compiuta da un *institor*, *magister*, o schiavo debitamente autorizzato o fornito di peculio - si configuri un vincolo definibile in termini di *obligatio*.

addotta da questo numero cospicuo di passi, perché trova una perfetta corrispondenza col regime sostanziale delle singole *a.a.q.* Inoltre, i rilievi mossi in ordine alla natura impropria o addirittura compilatoria degli stessi sono facilmente superabili.

Già Segrè⁶, concordava con Perozzi nel ritenere non classica la contrapposizione tra *obligationes civiles* e *obligationes honorariae* o *praetoriae* (e forse anche costantemente insitica la locuzione *obl. pretoria* o *honoraria* che si trova in vari passi delle nostre fonti), ma non nutriva dubbi, tuttavia, sul fatto che il termine *obligatio* indicasse nelle fonti classiche il vincolo obbligatorio tanto se trovasse la sua origine nel *ius civile*, che nel *ius praetorium*⁷. Di conseguenza, riteneva che «per ogni specie di formule di azioni pretorie, *ficticiae*, con trasposizione di soggetti, *in factum conceptae*, ed anzi non solo per queste, è parola nel diritto classico di *obligatio, obligare, obligari* ⁸».

D'altronde, tutta la questione si origina dalla netta distinzione prospettata in passato tra azioni civili e pretorie⁹.

Diceva, infatti, Pugliese¹⁰ che «ogniqualevolta noi troviamo in una formula la parola ‘*oportere*’ unita a ‘*dare facere praestare*’ sappiamo che esso indica un obbligo giuridico non creato puramente dal pretore, poiché questo può solo concedere rimedi giudiziari nuovi o estendere, mediante *fictio* o trasposizione di soggetti, rimedi preesistenti, ma non può creare un vincolo sostanziale qualificabile come *oportere*».

⁶ *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica*, cit., 599.

⁷ SEGRÈ, *Op. ult. cit.*, 601 rileva in proposito che in molti dei passi in cui si parla di ‘*obligari*’ a proposito delle *a.q.q.*, il termine ‘*obligationem*’ non può essere stato sostituito ad ‘*actionem*’. Quindi, non è ipotizzabile che in questi passi la menzione dell’*obligatio* sia frutto unicamente di un intervento operato dai compilatori.

⁸ SEGRÈ, *Op. ult. cit.*, cit., 610. In tal senso anche TALAMANCA, voce ‘*Obligazioni*’, cit., 18 nt. 119; KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 480.

⁹ PUGLIESE, *Obbligazione del capo di famiglia*, 251, nt. 1; ID., *Actio e diritto soggettivo*, Milano, 1939; PUGLIESE, *Studi sull’Iniuria*, Milano, 1941, 82, nt. 3, e bibliografia ivi citata.

¹⁰ PUGLIESE, *Rec. a Magdelein, Les actions civiles*, Paris, 1954, in *SDHI* 20 (1954) 381ss. Lo studioso francese riteneva, invece, che l’utilizzazione del termine *oportere* non fosse limitato unicamente alla sfera del *ius civile*.

Questa è la ragione che secondo Keller¹¹ impedirebbe di riferire l'*oportere* di un *a.a.q. in ius concepta* al *dominus, pater* o preponente. In questi casi, infatti, il pretore creerebbe *ex novo* un *oportere*, e, dunque, un'*obligatio* valida secondo il *ius civile*, senza averne il potere. Egli, invece, potrebbe solo imporre ad un soggetto di subire una *condemnatio*, realizzando una trasposizione di soggetti.

Ebbene, in questa sede non possiamo procedere ad una compiuta trattazione dell'argomento, che rappresenta una delle questioni più complesse del diritto romano, tuttavia, è nostra intenzione svolgere a tal proposito alcune considerazioni.

Non vi è dubbio, infatti, che se restiamo ancorati all'idea per cui le azioni pretorie siano soltanto quelle *in factum*, con trasposizione di soggetti e *ficticiae*, ovviamente non potremo mai ammettere l'esistenza di un *oportere* in una azione pretoria.

L'errore, a nostro parere, sta nel pensare che *ab origine* i romani avessero presente la distinzione tra azioni pretorie e civili in termini così netti e formali. Non vi è dubbio, infatti, che il nucleo sostanziale di questa contrapposizione fosse presente già in età preclassica¹², tuttavia, non doveva essere caratterizzato da un tale grado di rigidità.

In ordine al fatto, poi, che il pretore non possa creare autonomamente un *oportere*, ma solo imporre ad un soggetto di subire la *condemnatio*, è opportuno fare delle precisazioni.

Infatti, è certo innanzitutto che l'*oportere* debba porsi in relazione esclusiva col *ius civile*? Autorevoli studi hanno dimostrato l'esistenza di una relazione tra l'*oportere* e il *ius gentium*¹³, o il *ius honorarium*¹⁴, e

¹¹ *Supra*, Cap. I, § 1.2.

¹² TALAMANCA, voce 'Processo civile', cit., 50-51, ritiene, infatti, che la distinzione tra *actiones civiles* e *actiones honorariae* o *praetoriae* viene espressa almeno a partire dall'inizio del II sec. d.C., ma il nucleo sostanziale della contrapposizione è sicuramente più risalente.

¹³ KASER, *Oportere und ius civile*, in ZSS 83 (1966) 1ss. Infatti, qualora il peregrino doveva agire con una azione la cui *intentio* menzionava un '*oportere ex fide bona*', non si poneva alcun problema poiché era un'azione del *ius gentium*. Lo stesso accadeva se agiva con l'*actio ex stipulatu* o con la *condictio* derivante dal mutuo; in questi casi, infatti, non era necessario inserire nella formula la *fictio civitatis*, poiché erano tutte azioni del *ius gentium*.

hanno ipotizzato anche un diverso significato da attribuire originariamente al termine in questione¹⁵.

Non si può disconoscere, infatti, che in molti casi è proprio tramite la concessione da parte del pretore di una formula *in ius concepta*, con la conseguente inserzione della stessa nell'editto, che ha avuto luogo la ricezione nel *ius civile* di determinate fattispecie, originariamente rilevanti solo sul piano del diritto onorario¹⁶

¹⁴ MAGDELEIN, *Les actions civiles, Publications de l'Institut de droit romain de l'Université de Paris*, 11, Paris, 1954, il quale era del parere che il termine *oportere* 'n'est pas initialment réservé au ius civile', ed adduceva a sostegno della sua ipotesi alcuni esempi dell'uso pretorio del termine.

¹⁵ In realtà, è improbabile supporre che la creazione di un *oportere* determini già dall'origine la nascita di un vincolo di diritto sostanziale; cfr. TALAMANCA, voce 'Obbligazioni', cit., 15. È difficile precisare, tuttavia, quale sia stato il significato assunto dal termine in questione prima di quel momento. Alcuni autori hanno ipotizzato che probabilmente in origine l'*oportere* non esprimesse l'idea della «necessità» ma dell'«opportunità». Esso avrebbe indicato, dunque, non il *vinculum iuris*, ma l'opportunità di tenere un certo comportamento al fine di sottrarsi alla condanna; cfr. SANTORO, *Illecito e pena privata in età repubblicana*, in Atti del Convegno Int. di Dir. Roman. Copanello 4-7 Giugno 1990, 337. Nello stesso senso anche KASER, *Zivilprozess*, cit., 264, il quale ritiene che nell'espressione 'aut Stichum noxae dedere oportet', contenuta nella formula dell'azione nossale, l'*oportere* non può esprimere il senso della necessità ma della convenienza. D'altronde, nel caso delle azioni *ex delicto* l'interesse del *dominus* o *pater* è evidente. Nel caso, infatti, che l'azione sia esercitata contro l'avente potestà, l'interesse a pagare la pena è quello di non perdere lo schiavo o il *filius*. Nel caso dell'azione prospettata contro lo schiavo, ormai libero, o contro il *filius sui iuris*, è quello proprio a non essere sottoposto all'esecuzione forzata. In tal senso, potrebbe ipotizzarsi che anche le *a.a.q.* siano state introdotte originariamente non tanto per sanzionare una responsabilità del *dominus* o del *pater*, ma per assicurare loro un vantaggio. Il pretore, infatti, avrebbe consentito all'avente potestà di pagare la *summa condemnationis*, invece, che perdere lo schiavo. Questa ipotesi, d'altronde, contribuirebbe a chiarire le ragioni per cui sia le azioni nossali (Gai 4.75) che quelle adietizie (D. 50.17.133) fanno eccezione alla regola in base alla quale l'attività negoziale dei sottoposti può solo migliorare e non anche peggiorare la condizione del *dominus*. Tuttavia, l'accertamento del significato assunto dall'*oportere* in età preclassica merita un'indagine a parte, che non ci è consentito svolgere in questo ambito.

¹⁶ TALAMANCA, voce 'Processo civile', cit., 53.

Ci sembrano, allora, particolarmente opportune e significative le considerazioni svolte da Marrone¹⁷ a proposito delle azioni di buona fede: «certo, che in effetti sia stato il pretore a dare, attraverso la tutela giudiziaria, il primo impulso al riconoscimento giuridico dei *iudicia bonae fidei* non può essere revocato in dubbio...Verosimilmente il pretore attinse alla prassi commerciale il criterio della buona fede qual era nei fatti praticato, e vi diede sostanziale riconoscimento indicandolo quale metro di giudizio ai giudici privati. E poiché si trattava di rapporti analoghi a quelli che nel *ius civile* davano luogo ad un *oportere* ecco che, nelle formule che in concreto ogni volta venivano proposte al giudice, si fece riferimento ad un *oportere ex fide bona*. Il passo ulteriore- si può ben supporre- lo compì la giurisprudenza della prima età classica che, avendo osservato come anche nei *iudicia bonae fidei* i doveri del debitore fossero espressi in termini di *oportere*,...classificò i *iudicia bonae fidei* tra le azioni civili, li considerò pertanto strumenti propri del *ius civile*».

Ma gli esempi si potrebbero moltiplicare. Potrebbe farsi riferimento, ad esempio, all'*actio iniuriarum* che nelle fonti viene espressamente qualificata come pretoria¹⁸, ma al tempo stesso viene considerata da Gaio come illecito civile (*delicta*), e quindi, fonte di *obligatio civilis*.

¹⁷ *Istituzioni*, cit., 25-26.

¹⁸ In realtà, la natura dell'*actio iniuriarum* è alquanto controversa. Basti ricordare le parole di PUGLIESE, *Studi sull'Iniuria*, cit., 106, a parere del quale siamo in presenza di «un'azione, la cui formula non contiene nessuno degli elementi caratteristici delle azioni pretorie (*intentio in factum, fictio* o trasposizione di soggetti) e che, inoltre, non si fonda su un editto, per quanto abbia assunto la sua fisionomia per effetto di un editto o comunque per l'opera del pretore iniziatrice di una prassi. Ora la prima domanda che viene di fatto di porsi è se tale azione sia civile o pretoria». D'altronde, l'incertezza sembra palesarsi anche nelle testimonianze degli stessi giuristi romani. Gaio, trattando dell'*iniuria* (3.222) non si pronuncia espressamente. Tuttavia, in Gai 4.76 vi è un preciso riferimento al fondamento edittale dell'*actio iniuriarum*. Inoltre, in un passo di Paolo (Coll. 2.5.5) le viene riservata espressamente la qualifica di *actio honoraria*, ed in un brano del Digesto (D. 47.10.5.6), Ulpiano discute espressamente di '*praetoria iniuriarum actio*'. Al tempo stesso abbiamo un altro responso di Paolo (P.S. 5.4.6-7) in cui si legge l'*actio iniuriarum* sarebbe stata introdotta *moribus*. Ebbene, a noi sembra plausibile l'interpretazione di PUGLIESE, *Op. ult. cit.*, 108, il quale riconosce l'autenticità di tutti i passi considerati, e ritiene a tal proposito che non si sia costretti ad ammettere un insanabile contrasto tra i due testi di Paolo in quanto «..probabilmente essi vedono la questione sotto due profili diversi: il passo della *Collatio* considera la fonte immediata

E' vero, tuttavia, che in questo caso, l'azione, nonostante sia stata creata dal pretore, si fonda palesemente su una nozione di *iniuria* presente già nel *ius civile*, che giustificherebbe la sua inclusione in tale ambito¹⁹. Stessa cosa può dirsi per l'*actio furti nec manifesti*.

D'altronde, nel caso dell'*actio vi bonorum raptorum*, non vi è un precedente fondamento civilistico, eppure in età classica anch'essa viene riferita all'ambito del *ius civile*, con la qualificazione della rapina come *delictum*²⁰.

Ebbene, la questione è complessa, ma non vi è dubbio che la distinzione formale tra *actiones praetoriae* e *actiones civiles* -almeno nei termini prospettati dalla dottrina tradizionale²¹- è una preoccupazione che riguarda i giuristi romani solo in piena età classica²², suggerita da intenti

dell'*actio* in senso formale ed ha presente l'opera svolta dal pretore, quello delle *Sententiae* ha riguardo invece al processo di formazione storica dei vari rimedi contro l'*iniuria*, considera cioè la loro fonte in senso storico». A dire il vero, la natura particolare dell'*actio iniuriarium* dipende dal fatto che il pretore promise di concedere un *iudicium* di natura estimatoria, facendo palese richiamo ad una nozione di *iniuria* già configurata nel *ius civile*, e presupponendo, dunque, una sanzione civilistica, a cui si coordinasse un giudizio di stima. Invece, l'opera svolta dal pretore in materia di rapina e furto manifesto consistette nella creazione di tutta una nuova forma di repressione. In Gai 3.224 si legge di un '*permittitur nobis a praetore*', mentre a proposito della rapina (Gai 3.209) il giurista dice espressamente '*sed propriam actionem eius delicti nomine praetor introductis*'. Lo stesso leggiamo a proposito del *furtum manifestum* (Gai 3.189).

¹⁹ Gai 3.220-225.

²⁰ A tal proposito non sembra del tutto attendibile la motivazione addotta da Gaio per giustificare l'inclusione della rapina tra i *delicta*. Il giurista, infatti, la rappresenta come un furto qualificato: Gai 3.209. Sulla *rapina* vd. KASER, *Das Römische Privatrecht*, cit., 626-627; BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina*, cit.; VACCA, *Ricerche sulla rapina nel diritto romano*, I, *L'Editto di Lucullo e la lex Plautia*, in *Studi Economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, 45, 1965-68, 521ss; ID, *Ricerche in tema di «actio vi bonorum raptorum»*, Milano, 1972; ID, *Il delitto di Rapina*, in *Derecho romano de obligaciones, Homenaje al prof. J.L Murga Gener*, 887ss; ID, *Delitti privati e azioni penali nel Principato*, in *ANRW*, II, 14 Berlin-New York 1982, 711 nt.103; PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano. Parte generale*, 2 ed., Milano, 1990, 597ss; MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 528-529; BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 523ss; GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1988, 876-877.

²¹ *Supra*, nt. 335.

²² *Obligatio, obligari*, cit., 601.

definitori e sistematici, più che da questioni sostanziali di una certa rilevanza. A quanto ne sappiamo, invece, non dovette influenzare più di tanto l'attività giurisprudenziale e magistratuale delle età precedenti.

2. *Natura accessoria delle azioni adiettizie e delle azioni nossali.*

Fatta questa premessa, vanno considerate altre circostanze particolarmente rilevanti, che riguardano specificamente le *a.a.q.*

Infatti, nonostante molti aspetti restino oscuri, l'unico dato che con certezza possiamo evincere dalle fonti riguarda il fatto che le *a.a.q.* -come le azioni nossali- non dovevano essere altro che degli adattamenti delle azioni ordinarie.

Ebbene, per le azioni nossali Lenel²³ e Pugliese²⁴ accettano esplicitamente la possibilità che nell'*intentio* delle loro formule possa essere menzionato un *oportere*, e che questo possa essere riferito al *dominus* perché, sebbene create dal pretore, troverebbero il loro fondamento nel *ius civile*.

Così, non vi sarebbe, così, alcuna difficoltà ad ammettere un *oportere* in capo al *dominus* nel caso dell' *actio furti nec manifesti* concessa in via nossale, perché il fondamento civilistico dell'azione risalirebbe addirittura ad una previsione contenuta nella *Lex Duodecim Tabularum*²⁵.

In realtà, se è vero che alcune azioni nossali trovano il loro fondamento nel *ius civile*, ciò non vale per tutte. Basti considerare un

²³ *Supra*, Cap. II, § 3; 3.1.

²⁴ *Supra*, Cap. II § 3; 3.1.

²⁵ *C. Aquilius iudex esto. Si paret A. Agerio a Sticho servo opeve consilio Stichi furtum factum esse paterae aureae sestertium X milium plusve quam ob rem N. Negidium pro fure damnun decidere aut Stichum servum noxae dedere oportet, quanti ea res fuit cum furtum factum est tantae pecuniae duplum aut Stichum servum noxae dedere C. Aquilius iudex N. Negidium Aulo Agerio condemnato, s.n.p.a;* cfr Mantovani, *Le formule*, cit., 63.

brano delle *Institutiones* di Gaio, particolarmente esplicito in proposito, per rendersene conto:

Gai 4.76: *Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus, velut furti lege XII Tabularum, damni iniuriae velut lege Aquilia; edicto praetoris, velut iniuriarum et vi bonorum raptorum.*

E' chiara la corrispondenza posta tra le azioni nossali e le azioni di cui rappresentano l'adattamento. Così, se è vero che l'*actio furti nec manifesti* trova il suo fondamento nelle Leggi delle XII Tavole, è altrettanto vero che l'*actio furti nec manifesti* nossale non è altro che la stessa azione adattata al fatto che l'atto illecito è stato compiuto dal servo o dal *filius*. Lo stesso vale per l'*actio legis Aquiliae*.

Così, l'*actio iniuriarum* o l'*actio vi bonorum raptorum* concesse in via nossale sono le stesse azioni che furono create dai pretori tramite i loro editti, riferite a circostanze parzialmente differenti.

A noi sembra, infatti, che il giurista non voglia assolutamente pronunciarsi sulla natura pretoria o civile delle azioni in questione²⁶, ma vuole sottolineare la piena identità tra le azioni *ex delicto* ordinarie e le stesse azioni concesse in via nossale.

Ebbene, questa testimonianza ci induce a riflettere anche sul regime delle *a.a.q.*, visto che anche sotto questo profilo non vi è motivo di differenziare il regime di queste azioni da quello delle azioni nossali.

E' nostra ferma convinzione, infatti, che le azioni adiettizie non siano state qualificate né come azioni civili né come azioni pretorie, ma siano state di volta in volta l'una o l'altra a seconda dell'azione di cui costituivano l'adattamento²⁷.

²⁶ Infatti, il discorso di Gaio ha un'impostazione storica, più che di inquadramento definitorio. Egli tende a porre in evidenza il processo di formazione storica delle azioni *ex delicto*, e conseguentemente delle azioni nossali, più che la loro appartenenza all'ambito del *ius civile* o del *ius honorarium*; vd. *supra*, nt. 343.

²⁷ D'altronde, uno dei punti di forza dell'ipotesi di Keller e Lenel, è costituito proprio dalla convinzione che le *a.a.q.* non fossero delle azioni create *ex novo* dal pretore ma solo degli adattamenti di azioni preesistenti; *supra*, Cap. I, § 1.2, sub d; § 2.

Questa circostanza non era sfuggita ad Arangio Ruiz²⁸, il quale non esitava a sostenere che le *a.a.q.* «non possono propriamente annoverarsi tra le azioni pretorie, anzi non si possono includere nell'albero delle azioni se non in quanto si consideri piuttosto che la loro causa e la loro direzione, la particolare circostanza che siano concesse in funzione adiettizia: ma la loro *demonstratio* afferma una causa obbligatoria che è riconosciuta come tale non dal pretore ma dal diritto civile, e l'*intentio* asserisce pur sempre un *oportere* (di solito, un «*dare facere oportere ex fide bona*»)».

«Ora io vorrei direche anzi era appunto qui e solo qui» -ribadiva Arangio Ruiz²⁹- «dove la causa obbligatoria era riconosciuta dal diritto civile e dal pretore resa efficace in nuove direzioni, che si potevano conciliare i concetti, altrimenti antitetici, di *obligatio* e di tutela onoraria».

Così, vista la stretta relazione che sussiste tra le azioni dirette e quelle adiettizie, è molto probabile che in alcune di esse si facesse riferimento anche ad un *oportere*, ed allora non doveva configurarsi alcun problema nel concedere l'azione adiettizia formulando l'*oportere* in capo al *dominus*, poiché il pretore non avrebbe creato un nuovo *oportere*, ma avrebbe solo fatto riferimento ad un *oportere* preesistente, relazionandolo a questa situazione particolare.

3. *L'attività negoziale conclusa dal servo rileva ai fini dell'actio de peculio come «factum» non come «obligatio».*

In conclusione, accertato ancora una volta che non vi sono ragioni valide che ci inducono ad escludere che la responsabilità sanzionata con le *a.a.q.* è una responsabilità propria del *dominus*, *pater* o preponente, bisogna spingersi oltre per ipotizzare una formula che risulti coerente ai risultati della nostra indagine.

²⁸ ARANGIO RUIZ, *Le genti e la città*, in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della casa editrice Jovene, 1854-1954*, Napoli, 136.

²⁹ ARANGIO RUIZ, *Le genti e la città*, cit., 136.

In particolare è ipotizzabile una struttura formulare senza trasposizione di soggetti, che faccia riferimento non solo nella *condemnatio* ma anche nell'*intentio* alla responsabilità del *dominus*, *pater* o preponente, con una formulazione *in ius* o *in factum* a seconda dell'azione sottostante di cui costituisca l'adattamento.

La nostra convinzione è suffragata, inoltre -come abbiamo posto in evidenza più volte- dai brani in cui si evince chiaramente che l'*obligatio* sancita è quella del *dominus*, *pater* o preponente³⁰, ma anche dal fatto stesso che nelle fonti non si trova alcuna testimonianza dalla quale possa dedursi in qualche modo che le *a.a.q.* abbiano ad oggetto un'*obligatio* del *filius*, *servus*³¹ o preposto, né tanto meno che le eventuali obbligazioni nascenti in capo a tali soggetti ne costituiscano il fondamento.

Il fondamento delle *a.a.q.*, infatti, viene ravvisato nel contratto o meglio nell'atto negoziale concluso da servi, *fili* o preposti³², e non nelle eventuali *obligationes civiles* o *naturales* gravanti in capo ad essi.

³⁰ *Supra*, Cap. IV; Cap. V.

³¹ Cap. III, § 3.

³² Le testimonianze a tal proposito sono numerose. A titolo esemplificativo ne citiamo solo alcune tra le più significative: D. 14.1.1pr-1; D. 14.1.1.5; D. 14.1.1.7-8-9; D. 14.1.1.19 (...*cum magistro eius gestum erit*...); D. 14.1.1.20 (...*cum magistro contractum sit*...); D. 14.1.1.23 (...*si cum magistro eius gestum sit*...); D. 14.1.5pr (...*si quod cum eo contraxero*...); D. 14.1.5.2 ; D. 14.3.1pr. (...*obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri*...); D. 14.3.5.1; D. 14.3.5.11 (*Non tamen omne, quod cum institore geritur, obligat eum qui praeposuit, sed ita, si eius rei gratia, cui praepositus fuerit, contractum est*...), D. 14.3.5.15 (...*nam eius rei, in quam praepositus est, contractum est*...); D. 14.3.17.2-3; D. 14.4.1.2 (...*si sciente eo negotiabitur*...); D. 14.4.3.1 (...*in merce peculiari negotietur*...); D. 14.4.5.1; D. 14.4.5.3-4; D. 14.4.5.8; D. 14.5.1pr (...*qui contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit*...); D. 14.5.2pr; D. 15.1.1.2 (*Verba autem edicti talia sunt: 'Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit*...'); D. 15.1.1.4; D. 15.1.3pr (...*si cum eo qui in potestate sit gestum sit*...); D. 15.1.3.3; D. 15.1.3.11; D. 15.1.5.2; D. 15.1.19.1; D. 15.1.29pr (...*qui cum servo contraxerunt*...); D. 15.3.1pr (...*quasi cum ipsis potius contractum videatur*...); D. 15.3.5.1; D. 15.3.17.1 (*Cum Sticho vicario servi tui Pamphili contraxi*...); D. 15.3.18; D. 15.4.1pr (...*quodammodo cum eo contrahitur qui iubet*...); D. 15.4.1.1 (... *'Quod voles cum Sticho servo meo negotium gerere periculo meo'*...); D. 15.4.1.2; D. 15.4.1.6; D. 15.4.1.8 (*Si iussu fructuarii erit cum servo contractum*...); D. 15.4.1.9; D. 15.4.4; D. 15.4.5.

Una conferma in tal senso, deriva, anche da alcuni brani in cui l'attività negoziale del servo³³, ai fini delle *a.a.q.*, viene considerata alla stregua di un '*factum*'.

Il primo di essi è un brano del commentario *ad Sabinum* di Ulpiano:

D. 15.1.41 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad ius civile referimus obligationem. Itaque quod servo debetur, ab extraneis dominus recte petet, quod servus ipse debet, eo nomine in peculium et si quid inde in rem domini versum est in dominum actio datur.*

L'opinione del giurista appare abbastanza chiara: il '*servus quicquam debere non potest, nec servo potest deberi*', ma se proprio si vuole «abusare» nell'utilizzazione del verbo bisogna '*factum demonstrare*', più che riferirsi all'esistenza di un'*obligatio* del *ius civile*. E così, il *dominus* può chiedere correttamente ciò che è dovuto al servo e, per quanto riguarda ciò che il servo deve ai terzi, viene data azione contro il *dominus* nei limiti del peculio e dell'*in rem verso*³⁴.

³³ Non abbiamo testimonianze simili in ordine ai *fili familias*. Tuttavia, in base alle considerazioni svolte precedentemente (*supra*, Cap III, § 1), è probabile credere che anche in tal senso il regime delle *a.a.q.*, almeno originariamente, dovesse essere unitario.

³⁴ BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale*, cit., 192, ritiene che, poiché «Ulpiano afferma significativamente che essa si rivolge *in peculium* o, se vi è stata *versio in rem*, *in dominum*» si dovrebbe giungere alla conclusione che «l'*actio de peculio* fosse in realtà diretta in primo luogo, proprio contro il peculio del servo e sanzionasse il suo debito». Nelle pagine precedenti (*supra*, Cap V §1) abbiamo già precisato che il fatto che l'azione viene data *in peculium* non indica di per sé che si sanziona un debito del servo, ma solamente che l'azione si dirige contro il *dominus* nei limiti però del *peculium* da lui concesso al servo o al *filius*. Inoltre, a noi sembra che l'intento del giurista sia quello di escludere ogni rilevanza giuridica all'attività del servo, e ribadire la regola in base alla quale gli effetti della sua attività si producono unicamente nella sfera del *dominus*. E' da escludere, dunque, che il giurista tramite la congiunzione '*et*' volesse sottolineare l'esistenza di diversi destinatari dell'azione. L'espressione '*in peculium et si quid inde in rem domini versum est*' si riferisce molto più semplicemente all'alternativa posta nella *condemnatio* dell'*actio de peculio et de in rem verso*, che trova riscontro nelle *Institutiones* di Gaio (Gai 4.72a: '*sed etiam de peculio et de in rem verso actio a praetore constituta*') e di Giustiniano (I.4.7.4: '*praeterea introducta est actio de peculio deque eo quod in rem domini versum est*').

Il brano, in effetti, pur essendo stato inserito dai compilatori nel titolo relativo all'*actio de peculio* (D. 15.1), è stato esaminato dalla dottrina romanistica prevalentemente nell'ambito degli studi sull'*o.n.*³⁵ Tuttavia, ad una attenta lettura, che tenga conto anche della collocazione del brano all'interno dell'opera ulpiana³⁶, sembra che non riguardi propriamente il tema dell'*o.n.*, ma più specificamente gli effetti che l'attività negoziale del servo è destinata a produrre nella sfera giuridica del *dominus*.

Ci sembra, inoltre, di decisiva importanza che nel brano esaminato non si accenni nemmeno al concetto di *o.n.* per giustificare la concessione dell'*actio de peculio*, ma si precisi, invece, che in questo caso, come in quello dell'azione accordata al *dominus* contro i terzi per i

³⁵ BURDESE, *Naturalis obligatio*, 205; DEVILLA, *Studi sull'obligatio*, cit., 206; CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, cit., 52; BUTI, *Op. cit.*, 239ss. E' evidente il collegamento con il parere di Giuliano riportato in D. 46.1.16.3-4 (Iul. 53 *Dig.*); vd. *supra*, Cap. III, § 3. L'elemento comune è rappresentato dal riferimento all'*abusio* che si realizza nel riferirsi all'attività del servo in termini di *obligatio* (D. 46.1.16.3-4: '*...nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse.*'). La prospettiva, tuttavia, è profondamente differente, perché il responso giuliano non ha una valenza esclusivamente processuale ma contiene precisi riferimenti alla *soluti retentio*: '*Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest....*'

³⁶ Infatti, LENEL, *Paling*, II, 1174, ricostruisce l'originario assetto del libro 43 del *Commentarium ad Sabinum* di Ulpiano anteponendo a D. 15.1.41 un altro brano del giurista tratto dallo stesso libro, ma riportato dai compilatori in D. 50.17.32 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*. I brani dovevano inserirsi entrambe nell'ambito della trattazione relativa alla *condictio*; e, in effetti, non vi è dubbio che il collegamento tra di essi esista, tanto è vero che la testimonianza contenuta in D. 15.1.41 sembra porsi alla stregua di un'esplicitazione del principio generale enunciato in D. 50.17.32. La *ratio* sottesa ai due brani, inoltre, è evidente: l'irrelevanza assoluta dell'attività negoziale del servo nell'ambito del *ius civile*.

Non vi è dubbio, tuttavia, che il tema presenti una certa affinità con quello dell'*o.n.* Tanto è vero che lo stesso LENEL (*Paling*, II, 1174, nt. 3), nel trattare dei brani in questione richiama espressamente D. 12.6.3 pr in cui è contenuto un responso di Paolo tratto dal libro decimo del suo *commentarium ad Sabinum* - che si riferiva anch'esso alla trattazione della *condictio* - e in cui si faceva espresso riferimento all'*o.n.* (*supra*, Cap. III § 4.3).

crediti peculiari, l'attività compiuta dal servo non rilevi alla stregua di un'*obligatio* ma di un fatto.

Infatti, sembra proprio che la contrapposizione tra *factum* e *ius civile* serva al giurista per distinguere tra il livello fattuale, relativo alla negoziazione del servo che è destinata a rivestire effetti sul piano della pura materialità, e quello del *ius*, che indica, invece, la situazione giuridica che può comportare una serie di posizioni attive e passive, che è totalmente preclusa al servo. Sul punto di fatto il servo partecipa all'attività negoziale, ma sul piano della valutazione degli effetti prodotti dal negozio bisogna spostarsi su un piano diverso in cui il servo non può rivestire alcun ruolo: l'azione, infatti, si acquista al *dominus* o viene data contro di lui, non vi sono alternative³⁷.

E' necessario, allora, interrogarsi sulla valenza che il *factum* riveste in questo contesto. E' una semplice nozione di carattere empirico-naturalistica³⁸, o può avere anche un diverso significato, una rilevanza processualistica? E se così è, in quale parte della formula può essere menzionato?

In realtà, l'importanza assunta da questo '*factum*' nella determinazione della *res de qua agitur* era stata posta in evidenza già da Mandry, Brinz³⁹ e dallo stesso Keller⁴⁰

Ne dobbiamo trarre, allora, la conclusione che le *a.a.q.* avessero sempre una formula con *intentio in factum concepta* -come ipotizzano Mandry e Brinz⁴¹- o, piuttosto supporre che il '*factum*' in questione, rilevante addirittura ai fini della determinazione dello scopo dell'azione, trovasse posto solo nella *condemnatio*, come voleva Keller⁴²?

In realtà, va riconosciuto che le obiezioni di carattere generale e testuale avanzate da Lenel⁴³ ad una formula delle *a.a.q.* la cui *intentio*

³⁷ La testimonianza ora esaminata è perfettamente conforme a quanto avevamo rilevato precedentemente a tal proposito; vd. *supra*, Cap. III, § 4.2; 4.3; 4.4.

³⁸ LONGO, *Ricerche*, cit. 111.

³⁹ *Supra*, Cap. I, nt. 46; 77.

⁴⁰ *Supra*, Cap. I, nt. 20. Nello stesso senso LENEL, EP, 264, *supra*, Cap. I, nt. 79.

⁴¹ *Supra*, Cap. I, nt. 46.

⁴² *Supra*, Cap. I, nt. 20.

⁴³ *Supra*, Cap. I, § 2. Oltre a quanto osservato in quella sede si veda la compiuta trattazione svolta a tal proposito da LENEL, EP, 260ss.

fosse sempre *'in factum concepta'*, risultano abbastanza condivisibili. Resta aperta la seconda possibilità.

Tuttavia, come accennavamo precedentemente, non è conforme ai principi del processo formulare che la *condemnatio* concorra a determinare lo scopo, la causa dell'azione⁴⁴. Ci sembra estremamente improbabile, infatti, che del peculio, e, dunque, della responsabilità del *dominus* o *pater*⁴⁵, dovesse farsi menzione solo nella *condemnatio*.

Escluse queste due possibilità resta un'ultima alternativa, ed in particolare che le *a.a.q.* avessero una formulazione corrispondente a quella dell'azione ordinaria di cui costituivano l'adattamento, e che in esse venisse specificato, tuttavia, il rapporto esistente col servo, *filius* o preposto configurabile in termini di *praepositio, iussum*, etc..

Al contempo nelle formule in cui il fondamento dell'azione veniva esplicitamente menzionato, allora si sarebbe fatto espresso riferimento all'atto negoziale posto in essere dall'*alieni iuris* alla stregua di un *factum* determinante la pretesa attrice.

E, in effetti, va notato che la contrapposizione *ius- factum* ricorre a proposito dei servi in un altro brano, purtroppo mutilo all'inizio, anch'esso molto discusso⁴⁶:

⁴⁴ A parere di SANTORO, *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis, e praescriptio*, in *St. Sanfilippo*, vol. IV, 1983, 689ss, nell'ambito del processo formulare possono essere molteplici le modalità adottate per la descrizione del fatto ai fini della determinazione della *res de qua agitur*. Oltre alla *demonstratio* (Gai 4.40), un altro modo può essere costituito da un' *actio con intentio in factum* (Gai 4. 60); oppure, una *demonstratio* può essere vista anche in una *formula in ius conceptae*, come ad esempio nel caso della formula petitoria (D. 6.1.6), oppure lo stesso scopo può essere realizzato mediante una *praescriptio pro actore* (Gai 4.134).

⁴⁵ In tal senso cfr. KELLER (Cap. I, nt. 20; 34). Abbiamo visto, invece, che il peculio costituisce non solo il limite fondamentale della responsabilità del *dominus*, ma anche il presupposto dell'azione; *supra*, Cap V, nt. 99.

⁴⁶ KNIEP, *Präscriptio und pactum*, Jena, 1891, 14; ERMANN, *Conceptio formularum*, cit., 268 nt. 2; HUSCHKE, *Kritische Bemerkungen*, cit., 325; KELLER, *Das römische Civilprocess*, cit., 202ss; BEKKER, *Die processualische Consumption*, cit., 332; KRÜGER-STUEMUND, *Gai Institutions*, Berolini, 1899, 190, 1.7; BETTI, *La formula del processo civile romano*, in *Il Filangieri*, Sett.-ott.-1914, 49 nt. 2; WLASSAK, *Praescriptio und bendinger Process*, ZSS 33, 89; SELB, *Formeln mit unbestimmter intentio iuris. Studien zum Formelnaufbau*, Teil I, Wien, Köln, Graz, 1974, 46; SANTORO, *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis*, cit., 688; ID, *Il contratto nel*

Gai 4.134 ... *in intentione formulae de iure quaeritur id est cui dare oportet; et sane domino dare oportet quod servus stipulatur; at in praescriptione de facto quaeritur, quod secundum naturalem significationem verum esse debet.*

La fattispecie è relativa alla *stipulatio* conclusa da un servo, in ordine alla quale si riconosce al *dominus* la possibilità di agire direttamente contro il terzo promittente con una formula, nella cui *intentio* ci si riferisce al *dominus* ‘*cui dari oporteat*’, mentre nella *praescriptio* viene menzionato il fatto, ‘*quod secundum naturalem significationem verum esse debet*’. Quindi, ferma restando la titolarità del credito e, dunque, dell’azione da parte del *dominus*, il fatto addotto nella *praescriptio* chiarisce che l’atto negoziale, dal quale era derivato il credito, era stato realizzato dallo schiavo e non dal suo proprietario⁴⁷. In questo caso, allora, la *praescriptio* realizza uno scopo determinativo della *res de qua agitur*. Siamo in presenza, infatti, di una *praescriptio*, in particolare, ‘*quae rem quasi demonstrationis causa enarrat*’⁴⁸, che è chiamata a svolgere una funzione simile a quella svolta dalla *demonstratio*, e,

pensiero di Labeone, in *AUPA* 37 (1983) 82; CANNATA, *Profilo*, cit., 117; TALAMANCA, vd. ‘*Processo civile*’, cit., 40 nt. 292; BURDESE, *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones, Homenaje al prof. J.L. Murga Gener*, 1994, 73ss.

⁴⁷ Tranne alcune eccezioni, sulla struttura fondamentale della *praescriptio* di cui si tratta in Gai 4.134 vi è un sostanziale consenso: ‘*Ea res agatur quod Stichus, Auli Agerii servus, de Numerio Negidio ... stipulatus est, ...*’. Le incertezze riguardano, invece, la possibilità che all’esplicitazione del rapporto giuridico si accompagnasse anche una clausola di riserva, in particolare quella espressa dalla locuzione ‘*cuius rei dies fuit*’, presente nelle formule commentate in Gai 4.137 (in particolare vd. HUSCHKE, *Kritische Bemerkungen*, cit., 328), ma anche la natura *certa* o *incerta* dell’*intentio* della formula a cui era premessa la *praescriptio* esaminata. Per quanto riguarda quest’ultimo punto, propendono per una natura *certa* dell’*intentio*: HUSCHKE, *Iurisprudentiae*, cit., 392; KELLER, *Das römische Civilprocess*, cit., 202ss. Credono, invece, che Gaio si riferisse ad una formula con *intentio incerta*: RUDORFF, *Römische Rechtsgeschichte*, SANTORO, *Actio praescriptis verbis*, cit., 693.

⁴⁸ Steph. Sch. Μαθων ad Bas. 11.1.7 (Heimb. I, 559 l.ult.). SANTORO, *Actio civilis in factum*, cit., 688, corregge la traduzione di Heimbach nel seguente modo: ‘*quae factum quasi in demonstratione enarrat*’.

dunque, non limitativa ma determinativa della pretesa dedotta nell'*intentio*⁴⁹.

Orbene, risulta particolarmente significativo il collegamento tra Gai 4.134 e D. 15.1.41. Infatti, in Gai 4.134, in riferimento alla *stipulatio* conclusa dal *servus*, si accorda al *dominus* un'azione alla quale è anteposta una *praescriptio* nella quale *quaeritur de facto quod secundum naturalem significationem verum esse debet*. Quasi simmetricamente, in D. 15.1.41 il *debitum* servile viene fatto valere processualmente non come *obligatio civilis* ma come *factum* da *demonstrare*. I due termini *factum* ed *demonstrare* non possono essere stati utilizzati casualmente.

In realtà - mentre D. 15.1.41 fa riferimento oltre che all'azione del terzo nei confronti del *dominus* ('*quod servus ipse debet, eo nomine in peculium et si quid inde in rem domini versum est in domino actio datur*'), anche all'azione del *dominus* contro i terzi per il credito da lui acquistato in conseguenza della attività negoziale posta in essere dal servo ('*itaque quod servo debetur ab extraneis, dominus recte petet*') - la testimonianza di Gaio si riferisce solo al credito acquisito dal servo.

In effetti, nelle *Institutiones* di Gaio in corrispondenza del § 134 vi è una lunga lacuna, ed è possibile ipotizzare, dunque, che in essa Gaio trattasse anche delle azioni esercitabili dai terzi nei confronti del *dominus* per l'attività negoziale svolta dal servo, e quindi anche delle *a.a.q.*⁵⁰.

Ovviamente, quest'ultima proposta è solo una congettura, che richiederebbe un'indagine autonoma, che risulta oltretutto estremamente

⁴⁹ In tal senso si è orientata gran parte della dottrina che si è occupata dell'argomento; vd. in particolare, HUSCHKE, *Kritische Bemerkungen*, cit., 325; KELLER, *Das römische Civilprocess*, cit., 202ss; BEKKER, *Die processualische Consumption*, cit., 332; KRÜGER-STUEDEMUND, *Gai Institutiones*, cit., 190, l. 7; WLASSAK, *Praescriptio und bendinger Process*, cit., 89; SCIALOJA, *Procedura*, cit., 116; DE ZULUETA, *The Institutes*, 2285ss; SANTORO, *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis*, cit., 688; ID, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 82; TALAMANCA, vd. '*Processo civile*', cit., 40 nt. 292; BURDESE, *I contratti innominati*, cit., 73ss.

⁵⁰ In questo senso DIETZEL, *Über die processualische Consumption*, cit., 415ss. Secondo l'A., infatti, l'*intentio* dell'azione pretoria, infatti, avrebbe fatto riferimento ad un diretto *patrem (exercitorem) dare facere oportere*, mentre l'atto negoziale compiuto dal servo avrebbe trovato posto in una *praescriptio* con funzione determinativa, sul modello di quella prevista da Gai 4.134.

difficoltosa per l'assoluta mancanza di fonti che si riferiscano alla questione specifica.

Tuttavia, a nostro parere, la testimonianza fornita da questi brani (D. 15.1.41; Gai 4.134) è di una certa importanza poiché, seppur limitatamente al servo, pone in evidenza che l'attività negoziale compiuta dall'*alieni iuris* solitamente rilevava come *factum*, non come *obligatio*. Di conseguenza, poteva trovare esplicita menzione in quelle formule in cui si faceva riferimento espresso al fondamento dell'azione, alla causa generante la pretesa attrice, e dunque in una *demonstratio*, nell'*intentio* di un'*actio in ius concepta* o forse anche in una *praescriptio* utilizzata in funzione determinativa della pretesa attrice.

Detto ciò ribadiamo la nostra conclusione ritenendo che le *a.a.q.* altro non erano che adattamenti delle azioni ordinarie nascenti dai negozi sottostanti. La particolarità era costituita dal fatto che nell'*intentio* sarebbero stati menzionati il *pater*, il *dominus*, o il preponente che non avevano concluso l'atto, ma che erano ritenuti responsabili a causa del rapporto intercorrente con i *fili*, gli schiavi o i preposti. Questo rapporto che si concretizzava in una *praepositio*, nella concessione di un *peculium*, di una *merx peculiaris*, di un *iussum*, veniva esplicitato nella formula per consentire al giudice di tener conto della particolare situazione negoziale intercorsa tra le parti. Inoltre, nelle formule che lo consentivano, si sarebbe fatto esplicito riferimento all'atto negoziale concluso dal servo, *filius* o preposto.

Così, prenderemo a modello le stesse formule adottate da Lenel, proponiamo contestualmente la nostra formulazione alternativa.

L'*actio empti institoria*⁵¹ proposta da Lenel⁵² è la seguente:

C. Aquilius iudex esto. Quod A. Agerius de Lucio Titio, cum is a N. Negidio tabernae instructae praepositus esset, eius rei nomine decem

⁵¹ La formula dell'*actio exercitoria* doveva essere del tutto simile a quella dell'*actio institoria*, tanto è vero che Lenel (*EP*, 257-258) non la menziona esplicitamente ma rinvia a quella dell'*actio institoria*.

⁵² *EP*, 263. In questo caso l'A. tratta del caso in cui l'*institor* sia un soggetto libero (*Lucius Titius*). Pertanto non fa alcun riferimento alla *fictio libertatis*.

pondo olei emit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem L. Titium dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio c.s.n.p.a.

Noi crediamo, invece, che dovesse essere questo il tenore della formula:

C. Aquilius iudex esto. Quod A. Agerius de Lucio Titio, cum is a N. Negidio tabernae instructae praepositus esset, eius rei nomine decem pondo olei emit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem N. Negidium dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio c.s.n.p.a.

Lenel⁵³, inoltre, ricostruisce in tal modo la *condictio institoria*:

C. Aquilius iudex esto. Si paret L. Titium, qui a N. Negidio tabernae instructae praepositus est (o erat), eius rei nomine A. Agerio sestertium X milia dare oportere, q.d.r.a., C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia c.s.n.p.a.

Noi pensiamo, invece, che fosse questa la giusta redazione:

C. Aquilius iudex esto. Si paret N. Negidium, qui tabernae instructae Stichum praeposuit, eius rei nomine Aulo Agerio sestertium X milia dare oportere, qua de re agitur, C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio sestertium X milia c.s.n.p.a.

Quanto alla formula dell'*actio tributoria*, Lenel⁵⁴ non si pronuncia espressamente. Ritiene certo, tuttavia, che la *condemnatio* facesse riferimento al “*quanto minus eo nomine dolo malo N. Negidii A. Agerio tributum est, quam ex edicto meo A Agerio tribui debuit, tantam pecuniam...*”.

La formula dell'*actio empti tributoria*, allora, doveva essere concepita in tal modo:

Quod A. Agerius de Sticho, cum is sciente N. Negidio in cuius potestate erat merce peculiari negotiaretur, eius merci nomine decem pondo olei

⁵³ EP, cit, 264.

⁵⁴ EP, cit, 273.

emit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem Stichum, si liber esset ex iure Quiritium, dare facere oporteret ex fide bona, quanto minus eo nomine dolo malo N. Negidii A. Agerio tributum est, quam ex edicto meo A Agerio tribui debuit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio c.s.n.p.a.

Noi proponiamo la seguente *conceptio verborum*:

Quod A. Agerius de Sticho, cum is sciente N. Negidio in cuius potestate erat merce peculiari negotiaretur, eius merci nomine decem pondo olei emit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, quanto minus eo nomine dolo malo N. Negidii A. Agerio tributum est, quam ex edicto meo A Agerio tribui debuit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio c.s.n.p.a.

Per quanto riguarda, poi, l'*actio quod iussu*, nell'*Edictum perpetuum* di Lenel si legge:

Quod iussu N. Negidii patris A. Agerius Gaius N. Negidii filiofamilias⁵⁵ togam vendidit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem Gaium filium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius N. Negidium patrem A. Agerio c.s.n.p.a.

Ancora una volta noi riteniamo, invece, che nell'*intentio* della formula dovesse essere menzionata l'*obligatio* del *dominus*, del *pater* o del preponente:

Quod iussu N. Negidii patris A. Agerius Gaius N. Negidii filiofamilias togam vendidit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem N. Negidium patrem A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius N. Negidium patrem A. Agerio c.s.n.p.a.

Infine, per l'*actio depositi (in ius) de peculio et de in rem verso*, lo studioso tedesco⁵⁶ propone questa formula:

⁵⁵ In questo caso l'A. prende in considerazione il caso in cui a negoziare sia stato il *filius familias*, e, quindi, non menziona la *fictio libertatis*.

⁵⁶ EP, cit, 282.

C. Aquilius iudex esto. Quod A. Agerius apud Stichum, qui in N. Negidii potestate est, mensam argenteam deposuit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem Stichum, si liber esset ex iure Quiritium, A. Agerio dare facere oporteret ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio dumtaxat de peculio et si quid dolo malo N. Negidii factum est, quo minus peculii esset, vel si quid in rem N. Negidii inde versum est, c.s.n.p.a.

Noi suggeriamo, invece, la seguente formulazione:

C. Aquilius iudex esto. Quod A. Agerius apud Stichum, qui in N. Negidii potestate est et peculium habet⁵⁷, mensam argenteam deposuit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio dumtaxat de peculio et si quid dolo malo N. Negidii factum est, quo minus peculii esset, vel si quid in rem N. Negidii inde versum est, c.s.n.p.a.

⁵⁷ Come abbiamo più volte cercato di dimostrare il *peculium* non costituiva solo il limite alla misura della condanna del *dominus* o del *pater*, ma - al pari della *praepositio* o del *iussum* - anche il presupposto fondamentale della responsabilità gravante sull'avente potestà sanzionata con l'*actio de peculio*. Di conseguenza di esso doveva farsi menzione nell'*intentio* o in una parte della formula che concorresse in qualche modo a determinare la pretesa attrice; vd. *supra*, Cap. V § 1 .