



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE

(indirizzo storico-filosofico)

Ciclo XXIX

TITOLO TESI

NEGOZI GIURIDICI DI DISPOSIZIONE DELLA 'RES ALIENA' TRA
ATTRIBUZIONE E OBBLIGAZIONE NEL DIRITTO ROMANO CLASSICO

Settore scientifico disciplinari di afferenza

IUS/18

Presentata da: dott. Francesco De Giorgi

Coordinatore Dottorato: prof. Cristiano Cicero

Tutor: prof. Riccardo Fercia

Esame finale anno accademico 2015 – 2016

INDICE-SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

I PRIMI SOGGETTI LEGITTIMATI ALLA CONCLUSIONE DI NEGOZI SUL PATRIMONIO ALTRUI: IL 'CURATOR' E IL 'TUTOR'

1. Originaria coincidenza tra titolarità del diritto e legittimazione ad alienare del *curator* e del *tutor* pag. 3
2. Le alienazioni effettuate dal *curator* e dal *tutor* nell'interesse proprio anziché del sottoposto. » 5
3. Il regime delle alienazioni compiute dal *curator* e dal *tutor* . . . » 12
4. Segue: le donazioni compiute dal *curator* e dal *tutor*, i regali d'uso e le sovvenzioni. » 13
5. Le obbligazioni contratte dal *curator* e dal *tutor* nell'interesse dell'amministrato » 17

CAPITOLO SECONDO

ALIENAZIONI DEL 'SERVUS' E DEL 'FILIUS': PRESUPPOSTI DI VALIDITA' ED EFFETTI NEL PATRIMONIO DELL'AVENTE POTESTA'

1. Legittimazione ad alienare del *servus* e del *filius de peculio* e *quod iussu*. pag. 27

2. Il limiti alla possibilità di alienare beni facenti parte del peculio. . » 30
3. Le alienazioni compiute *iussu domini* » 41
4. Esegesi di Iul. 57 *dig.* D. 21.2.39.1 » 46
5. *Emptio venditio* effettuata dal *servus* munito di peculio: Paul. 5 *quaest.* D. 21.1.57 pr. e Paul. *ex Plaut.* D. 12.1.31.1 » 54

CAPITOLO TERZO

LA DISPOSIZIONE DI BENI DA PARTE DEL 'PROCURATOR'

1. Cenni sulla figura giuridica del *procurator omnium bonorum*. . pag. 59
2. Le alienazioni del *procurator omnium bonorum* » 62
3. La revoca e l'eccesso di procura » 70
4. L'abuso di procura » 73

CAPITOLO QUARTO

LA DISPOSIZIONE DI BENI DEL MANDANTE DA PARTE DEL MANDATARIO

1. Il consenso prestato all'alienazione altrui di cosa propria pag. 79

2. La rilevanza dell'errore del <i>dominus</i> mandante sulla titolarità del dominio sulla cosa alienata »	85
3. La rilevanza della <i>contemplatio domini</i> »	90
4. I limiti posti dal <i>dominus</i> al mandato ad alienare »	94

CAPITOLO QUINTO

DISPOSIZIONI DI BENI ALTRUI IN MANCANZA DI POTERE

1. Alienazione della cosa a due successivi acquirenti pag.	99
2. Donazione di cosa altrui: esegesi di Marc. 22 <i>dig.</i> D. 41.6.2; Pomp. 24 <i>ad. Q. Muc.</i> D. 41.6.3; Ner. 5 <i>membr.</i> D. 24.1.44. »	104
Indice bibliografico »	109
Indice degli Autori »	115
Indice delle fonti »	119

CAPITOLO PRIMO

I PRIMI SOGGETTI LEGITTIMATI ALLA CONCLUSIONE DI NEGOZI SUL PATRIMONIO ALTRUI: IL 'CURATOR' E IL 'TUTOR'

SOMMARIO: 1. Originaria coincidenza tra titolarità del diritto e legittimazione ad alienare del *curator* e del *tutor*. – 2. Le alienazioni effettuate dal *curator* e dal *tutor* nell'interesse proprio anziché del sottoposto. – 3. Il regime delle alienazioni compiute dal *curator* e dal *tutor*. – 4. Segue: le donazioni compiute dal *curator* e dal *tutor*, i regali d'uso e le sovvenzioni. – 5. Le obbligazioni contratte dal *curator* e dal *tutor* nell'interesse dell'amministrato.

1. *Originaria coincidenza tra titolarità del diritto e legittimazione ad alienare del 'curator' e del 'tutor'.*

Nelle *Istitutiones* di Gaio si legge che *accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit, alienare possit*¹. Come esempio della prima ipotesi è addotto il caso del divieto di alienazione del fondo dotale da parte del marito senza il consenso della moglie sancito dalla *lex Iulia*²; come esempio della seconda ipotesi è invece addotto, tra gli altri, il caso del *curator furiosi*:

Gai 2.64; *Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procurator...est; item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit.*

¹ Gai 2.62

² Gai 2.63: *Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit vel mancipatum ei dotis causa vel in iure cessum vel usucaptum. Quod quidam ius utrum ad Italica tantum praedia an etiam ad provincialia pertineat, dubitatur.*

Nel regime classico, quindi, proprietà e *ius alienandi* possono far capo a soggetti diversi.

E' probabile però che *ab antiquo* al *furiosus* fosse sottratta la stessa titolarità dei diritti e questa affidata dalla legge all'*adgnatus proximus* e in sua mancanza ai *gentiles*. Le XII Tavole, infatti, prevedevano che *si furiosus escit adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*³. L'utilizzo del termine *potestas* configura un potere non soltanto patrimoniale, ma anche personale, piuttosto intenso e tendenzialmente definitivo, non del tutto dissimile da quello del *pater familias*⁴; Cicerone afferma esplicitamente che le XII Tavole inibirono al *furiosus* il diritto di essere *dominus* dei propri beni⁵. Della stessa intensità era probabilmente in origine il potere del *curator prodigi*⁶.

Gai 2.64 non fa menzione del *tutor*⁷, anche se la sua legittimazione ad alienare le cose del pupillo è certa. Come il *curator furiosi*, è inoltre probabile che *ab origine* anche il *tutor* fosse considerato titolare dei beni del pupillo o della donna, stante il carattere marcatamente potestativo della primitiva tutela. Per quanto riguarda

³ XII Tab. 5. 7a. La disposizione è riportata in Cic., *De inv.*, 2.50.148 e in *Auctor ad Her.*, 1.13.23. Una analisi attenta di questi testi è contenuta in O. DILIBERTO, *Studi sulle origini della 'cura furiosi'*, Napoli, 1984, 1 ss. E' molto discusso in dottrina il significato da dare alla parola '*pecunia*' utilizzata nella norma decemvirale. Taluni sostengono che il termine individuasse ogni parte del patrimonio del pazzo affidato appunto, unitamente alla sua persona, agli *adgnati* e ai *gentiles*; altri sostengono invece che il termine designasse soltanto una parte, peraltro la meno rilevante, del patrimonio. Sulla questione cfr. O. DILIBERTO, *op. cit.*, 49 ss., il quale ritiene che '*pecunia*' indicasse in epoca decemvirale soltanto il mezzo di scambio e che solo successivamente, in epoca preclassica, fosse inteso come comprensivo di ogni parte del patrimonio.

⁴ Così A. BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino, 1950, 12. Pur facendo riferimento alla disposizione decemvirale parlano soltanto di incapacità di agire del *furiosus* M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 170 s. e S. SOLAZZI e F. SITZIA, voce *Tutela e curatela (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, 918.

⁵ Cic., *Tusc.*, 3. 5. 11: *eum dominium esse rerum suarum vetant XII Tabulae*.

⁶ La *cura prodigi* è prevista in XII Tab. 5. 7c.; Sull' istituto v. F. PULITANÒ, *Studi sulla prodigalità nel diritto romano*, Milano, 2002, 125 ss.

⁷ Per una descrizione sintetica e organica dell'istituto della tutela in tutte le sue forme v. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 158 ss.; S. SOLAZZI e F. SITZIA, voce *Tutela e curatela*, cit., 912 ss.

però il *tutor impuberis*, la titolarità dei diritti sui beni del pupillo era da considerarsi soltanto momentaneamente attribuita e destinata a cessare qualora il pupillo avesse raggiunto la pubertà⁸.

Ad ogni modo, in prosieguo di tempo, si accentua il carattere protettivo di entrambi gli istituti; si determina un distacco tra la capacità giuridica e la capacità di agire e la gestione del patrimonio da parte del *tutor* e del *curator* tende ad assumere il carattere di amministrazione nell'interesse del sottoposto e pertanto vengono introdotti limiti ad essa sempre più stringenti, sia legali che giurisprudenziali. Per quanto riguarda in particolare la legittimazione ad alienare si possono citare l'invalidità delle donazioni di cose del sottoposto effettuate dal *tutor* e dal *curator* con eccezione dei regali d'uso e sovvenzioni ammesse⁹, nonché l'*oratio Severi* del 195, in cui è stabilita l'invalidità delle alienazioni di fondi pupillari rustici e suburbani senza l'autorizzazione magistratuale.

2. *Le alienazioni effettuate dal 'curator' e dal 'tutor' nell'interesse proprio anziché del sottoposto.*

Possiamo ora affrontare il problema della validità delle alienazioni effettuate nell'interesse proprio anziché nell'interesse del sottoposto.

Al riguardo è molto dibattuta l'interpretazione da dare a

⁸ Di «proprietà funzionale» parla G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*², Torino, 1998, 269 s., il quale evidenzia come il carattere funzionale della proprietà importasse la separazione del patrimonio del pupillo da quello del tutore con la conseguenza che al raggiungimento della pubertà il primo patrimonio risultava del pupillo senza bisogno di un atto di trasferimento; mentre del tutore come proprietario fiduciario dei beni del pupillo parla, seguendo autorevole dottrina, A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 13 s., nt. 8; contro l'opinione che in origine il tutore testamentario fosse un erede fiduciario tenuto a restituire l'eredità al pupillo al raggiungimento della pubertà si esprime M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 161.

⁹ Cfr. ad es.: Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.3.1.2; Gai. 12 *ad ed. prov.* D. 26.7.13.2; Gai. 1 *de man.* D. 27.10.17, su cui si veda *infra* par. 4.

Ulp. 16 *ad ed.* D. 27.10.10.1: *Curator furiosi rem quidem suam quasi furiosi tradere poterit et dominium transferre: rem vero furiosi si quasi sua tradat, dicendum ut non transferat dominium, quia non furiosi negotium gerens tradidit.*

Una opinione, per la quale propendo, ritiene che il passo di Ulpiano si riferisca proprio all'ipotesi di disposizione consapevole di una cosa nell'interesse di persona diversa dal proprietario¹⁰ e che pertanto se il *curator furiosi* fa consapevolmente la *traditio* di cosa propria nell'interesse del furioso egli trasferirà validamente la cosa¹¹, mentre se consapevolmente consegna la cosa del furioso nel suo proprio interesse allora tale negozio non sarà valido *quia non furiosi negotium gerens tradidit*. A sostegno di questa tesi ci sarebbe sia l'espressione '*tradere poterit*' che vorrebbe indicare un atto di disposizione consapevole del curatore, un suo potere, una possibilità di agire in tal modo¹²; sia la motivazione dell'invalidità nel caso in cui il curatore disponga di cosa del pupillo: la *traditio* in tal caso si pone al di fuori della gestione degli affari del furioso, ora il curatore non sta amministrando nell'interesse del sottoposto.

Si deve anche segnalare che, secondo la ricostruzione del Lenel¹³, il passo è tratto dal commento di Ulpiano all'editto che prometteva l'*actio Publiciana*. Le due ipotesi proposte e risolte dal giurista si mostrano perfettamente coerenti con il contesto nel quale

¹⁰ Così A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 15 ss.; ID., *Il c.d. 'error in dominio' nella 'traditio' classica*, in *Archives de droit privé*, XVI, 1953, 24 ss.; ID., *Agire per altri e autorizzazione ad alienare in diritto romano*, in *Agire per altri*, a cura di Antonio Padoa Schioppa, Napoli, 2010; ma anche E. BETTI, *Esercitazioni romanistiche su casi pratici*, I, Padova, 1930, 107 ss.; U. ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961, 177.

¹¹ Sono probabilmente frutto della mano dei compilatori le espressioni *dominium transferre* e *transferat dominium* perché un classico avrebbe parlato piuttosto di «*rem transferre*»: cfr. P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1924, 193, il quale, pur rilevando nel passo anche altri indizi di interpolazione, ritiene che le soluzioni proposte siano in sostanza classiche dando però ad esse una spiegazione del tutto diversa da quella qui proposta.

¹² Cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 17, che attribuisce al *poterit* il significato di «potrà validamente» o «sarà legittimato a».

¹³ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Lipsia, 1889, 565.

furono scritte: nella prima ipotesi, in caso di *traditio* di *res nec Mancipi* l'avente causa acquisterà il *dominium ex iure Quiritium*, mentre in caso di *traditio* di *res Mancipi* sarà protetto con l'*actio Publiciana*; in entrambi i casi, quindi, si verificherà immediatamente o in un secondo momento il passaggio della proprietà. Nella seconda ipotesi, invece, l'avente causa non sarà tutelato dall'*actio Publiciana* né in caso *traditio* di *res nec Mancipi* né in caso di *traditio* di *res Mancipi* proprio perché il curatore non ha amministrato nell'interesse del *furiosus*, ma scientemente ha perseguito un suo interesse; in tale caso, quindi, il passaggio della proprietà non si potrà verificare¹⁴.

Accogliere questa interpretazione consente poi di eliminare qualsiasi contrasto con quanto affermato dallo stesso giurista in

Ulp. 7 disp. D. 41.1.35; Si procurator meus vel tutor pupilli rem suam quasi meam vel pupilli alii tradiderint, non recessit ab eis dominium et nulla est alienatio, quia nemo errans rem suam amittit.

In questo passo¹⁵ il *tradere rem propriam quasi alienam*, a differenza che nella prima ipotesi di D. 27.10.10.1, non comporta alcun

¹⁴ E' sommamente probabile che Ulpiano stesse facendo riferimento in entrambe le ipotesi ad una *traditio* di *res Mancipi*; tuttavia, come evidenziato, le soluzioni proposte non sarebbero state diverse se si fosse trattato di *res nec Mancipi*.

¹⁵ Sul passo gravano vari e fondati sospetti di interpolazione: cfr. gli Autori citati da P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano, 1937, 95; E. BETTI, *Esercitazioni*, cit., 109; A. BURDESE, *Il c.d. 'error in dominio'*, cit., 31, e lo stesso P. VOCI, *op. cit.*, 94 ss. ritengono, invece, che la soluzione proposta sia classica e rispecchi il pensiero di Ulpiano in tema di errore; di diverso avviso R. REGGI, *L' 'error in dominio' nella 'traditio'*, in *SDHI*, XVIII, 1952, 113 s. e P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento*, cit., 155 ss. che ritengono compilatoria la soluzione proposta e sostengono che nel passo originario il giurista affermasse l'esatto contrario, ossia che si pronunciasse per la irrilevanza dell'*error in dominio* nella *traditio*. Una analitica esegesi del passo è compiuta da U. ZILLETI, *La dottrina*, cit., 133 ss., il quale sostiene che il passo abbia subito alterazioni testuali così profonde da non poterne trarre che «ipotetiche illazioni», che probabilmente Ulpiano stesse affrontando il caso di una *traditio donationis causa* di *res Mancipi* effettuata dal *procurator* caduto in errore sulla proprietà della *res*, che il mancato trasferimento della proprietà sarebbe dovuto non all'errore del donante tradente ma «a causa del gioco processuale determinato dal divieto della *lex Cincia*» (il donatario, convenuto con la *rei vindicatio*, potrebbe opporre l'*exceptio doli* o una *exceptio in factum* ma non potrebbe evitare l'efficacia della *replicatio legis Cinciae*), che del principio *nemo errans rem suam amittit* sia

trasferimento di proprietà proprio perché il fatto del quale tratta il giurista è diverso: l'ipotesi qui contemplata è, infatti, quella dell'*error in dominio* nella *traditio* considerato un errore sulle qualità essenziali che impedisce il trasferimento della proprietà¹⁶.

La soluzione adottata nella seconda ipotesi di Ulp. D. 27.10.10.1, che nega la validità della *traditio* di cosa del furioso effettuata dal curatore nel suo proprio interesse, trova invece conferma in D. 1.19.1.1, passo sempre di Ulpiano¹⁷, nel quale è sancita l'invalidità della *traditio* di cosa fiscale compiuta dal *procurator Caesaris quasi rem propriam* proprio perché egli non ha in tal modo amministrato diligentemente¹⁸.

Altra opinione ritiene invece che Ulp. D. 27.10.10.1 tratti dell'*error in dominio* nella *traditio*. In particolare sostiene questa tesi Voci¹⁹: l'Autore ritiene non problematico il caso del *curator* che consegna la *res furiosi* come fosse propria. In tale caso, infatti, sia che il curatore abbia cognizione che la cosa non è sua, sia che non abbia tale cognizione perché caduto in errore, egli non sta gerendo un negozio del furioso e la *traditio* risulta essere priva di legittimazione e quindi invalida²⁰. Questa spiegazione della seconda parte del passo è condivisibile, ma non è certo probante per dimostrare che Ulpiano stesse parlando dell'*error in dominio*; anzi, proprio il fatto che il caso venga deciso avendo riguardo all'ambito della *gestio* fa propendere piuttosto che il giurista pensasse ad un atto di disposizione consapevole.

Per quanto riguarda invece il caso del *curator* che consegna la cosa sua *quasi furiosi* Voci stesso ammette che «in linea astratta è da

«assai difficile accettarne non solo la classicità ma anche la sua efficienza relativamente al diritto della Compilazione».

¹⁶ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 437.

¹⁷ Peraltro successivo nell'originale ulpiano a Ulp. D. 27.10.10.1: cfr. O. LENEL, *Pal.*, Ulp., 566.

¹⁸ In tal senso A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 17. Su Ulp. 16 *ad ed.* D. 1.19.1.1 si tornerà al momento di parlare dell'abuso di procura.

¹⁹ P. VOCI, *L'errore*, cit., 96 s.; ID., *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952, 99 ss.

²⁰ La stessa spiegazione vale per Ulp. D. 1.19.1.1: cfr., P. VOCI, *Modi*, cit., 102.

riconoscere che il *curator* (in genere ogni amministratore) può consegnare la cosa propria per gestire un negozio del suo amministrato»²¹; tuttavia ritiene che tale ipotesi non sia quella affrontata dal giurista sulla base di due argomenti: il primo sarebbe quello secondo cui non avrebbe senso che in una ipotesi del genere il curatore facesse intendere all'altra parte di trasferire una cosa del furioso; il secondo sarebbe quello secondo cui Ulpiano non avrebbe usato le stesse espressioni per descrivere ipotesi ben diverse tra loro come sarebbero quelle di D. 41.1.35 e D. 27.10.10.1. La conseguenza da trarsi sarebbe che il passo tratti di un caso di errore ma che sia stato così «inabilmente interpolato»²² da far dire ad Ulpiano cose che egli non avrebbe mai detto. Il giurista, infatti, trattando dell'errore avrebbe adottato la stessa soluzione adottata in D. 41.1.35.

Al primo argomento si può replicare che consegnare la cosa propria quasi fosse altrui non implica necessariamente che il curatore tradente abbia detto o comunque fatto intendere all'altra parte che la *res* fosse del furioso, ma appunto può benissimo indicare un atto di disposizione consapevole di un bene proprio nell'interesse del sottoposto²³; più fondato è sicuramente il secondo argomento perché certo è strano che uno stesso giurista utilizzi identiche espressioni per risolvere casi diversi: tuttavia, ciò non è impossibile. In sostanza gli argomenti addotti da Voci per contrastare la tesi dell'atto di disposizione consapevole non mi sembrano persuasivi²⁴.

²¹ P.VOCI, *Modi*, cit., 102.

²² Così P.VOCI, *Modi*, cit., 102.

²³ Cfr. A. BURDESE, *Il c.d. 'error in dominio'*, cit., 26.

²⁴ Come non è persuasiva la ricostruzione del passo proposta dallo stesso P. VOCI, *L'errore*, cit., 97; *Id.*, *Modi*, cit., 108, il quale ritiene che in origine il giurista affrontasse il caso di una *traditio* di *res mancipi venditionis causa*. Nella prima ipotesi il *curator* caduto in errore consegnerebbe la cosa sua credendola del furioso e l'acquirente otterrebbe la tutela *Publiciana* (ma in tal caso il passo sarebbe probante per la irrilevanza dell'*error in dominio* nella *traditio*, tesi avversata da Voci che appunto sostiene la genuinità di D. 41.1.35); nella seconda ipotesi il *curator* caduto in errore consegnerebbe la cosa del furioso credendola sua e l'acquirente non otterrebbe la tutela *Publiciana* a causa della nullità del negozio obbligatorio di compravendita per difetto di legittimazione (ma questa soluzione non si può condividere essendo pacificamente ammessa anche dai Romani la vendita di cosa altrui).

Sempre per la tesi dell'*error in dominio* nella *traditio* propendono altri Autori²⁵ che però risolvono il contrasto tra Ulp. D. 27.10.10.1 e Ulp. D. 41.1.35 nel senso di ritenere classica la soluzione della prima ipotesi del primo passo e di mano compilatoria la soluzione del secondo passo²⁶. In particolare Reggi ritiene il frammento di fattura compilatoria a cominciare dal *poterit* fino alla conclusione, e ciò in particolare per «il carattere che ha tutta la seconda parte, di aggiunta e di spiegazione scolastica tendente a ipotizzare e risolvere anche il caso inverso a quello della prima parte»²⁷. Una presa di posizione così netta non è però sufficientemente argomentata, anche perché l'Autore non prende in considerazione Ulp. D. 1.19.1.1 in cui, come abbiamo visto, si prospetta un caso analogo a quello della seconda parte di D. 27.10.10.1. Non condivisibile e non motivata è poi la ricostruzione del frammento proposta dal Reggi: Ulpiano avrebbe affrontato il caso di una *traditio* di *res nec Mancipi* effettuata dal curatore che erroneamente credeva la cosa del furioso invece che sua e si sarebbe espresso per l'irrilevanza dell'errore²⁸; nella seconda parte invece avrebbe affrontato il caso di una *traditio* di *res Mancipi* effettuata sempre dal curatore e sempre nell'erronea convinzione che la cosa fosse del furioso invece che sua²⁹.

In conclusione direi che maggiormente persuasiva, lineare e ancorata alle fonti sia l'opinione secondo cui D. 27.10.10.1 riguardi ipotesi di disposizione consapevole di una *res* nell'interesse di persona diversa dal proprietario.

Sempre di disposizione consapevole tratta un altro passo di Ulpiano, contenuto in

²⁵ Cfr. P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento*, cit., 192 s.; R. REGGI, *L' 'error in dominio'*, cit., 100 ss.

²⁶ Propendono cioè per la tesi della irrilevanza dell'*error in dominio* nella *traditio* nel diritto classico.

²⁷ Così R. REGGI, *L' 'error in dominio'*, cit., 101.

²⁸ Cfr. anche P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento*, cit., 193.

²⁹ Par di capire che anche in questo caso il giurista si sarebbe espresso per l'irrilevanza dell'errore. Cfr. R. REGGI, *L' 'error in dominio'*, cit., 102.

Ulp. 35 ad ed. D. 27.9.5.2 *Si pupillus alienum fundum bona fide emptum possideat, dicendum puto ne hunc alienare tutores posse: ea enim, quae quasi <nostra bona fide possidemus, quodammodo nostra sunt. Si fundum tutor vendidit, qui eius est, quasi> pupillaris vero distractus est, venditio valet.*

Il frammento è mutilo ed è stato ricostruito dal Mommsen sulla base dei Basilici³⁰. Ulpiano sta commentando l'*oratio Severi* che, come già detto, sottopone, salve particolari ipotesi, le alienazioni dei fondi pupillari all'autorizzazione del pretore. L'*oratio* si deve applicare non soltanto ai fondi di cui il pupillo sia *dominus ex iure Quiritium*, ma pure a quelli che da lui siano posseduti in buona fede. Anche per alienare questi fondi i tutori devono chiedere l'autorizzazione al magistrato pena l'invalidità del negozio. Se però il tutore decide di vendere un suo fondo nell'interesse del pupillo la vendita è valida e non c'è bisogno di alcuna autorizzazione del magistrato.

Il passo nulla dice circa la validità della successiva *traditio* ma è evidente che questa debba ritenersi pienamente valida esattamente come nel primo caso di Ulp. D. 27.10.10.1³¹.

Dalle fonti esaminate risulta attestato che il curatore e il tutore possono consapevolmente alienare beni propri per soddisfare interessi del sottoposto mentre non possono, perché ciò eccede il loro potere, consapevolmente alienare beni del sottoposto per soddisfare interessi propri; in tale ultimo caso il negozio traslativo sarà invalido e l'interesse del sottoposto al recupero del bene prevarrà sulla tutela dell'acquirente anche se di buona fede.

³⁰ Cfr. Bas. 38.9.5 (Heimb. III. 750).

³¹ Discussioni sorgono invece tra gli Autori che vedono nella frase finale del passo un caso di errore. Certa la validità della vendita, per alcuni la successiva *traditio* sarebbe invalida (cfr. P. VOCI, *Modi*, cit., 101, il quale sostiene che la validità della vendita non implichi la validità dell'eventuale *traditio* successiva); per altri invece sarebbe valida perché, per i giuristi classici, l'*error in dominio* nella *traditio* sarebbe irrilevante (cfr. P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento*, cit., 156; R. REGGI, *L'error in dominio*, cit., 103).

3. *Il regime delle alienazioni compiute dal 'curator' e dal 'tutor'.*

Un frammento di Paolo, che richiama rescritti imperiali di Traiano e Adriano, ben descrive il regime delle alienazioni di beni pupillari compiute dal tutore³². Si consideri, infatti, quanto affermato in

Paul. 38 ad ed. D. 26.7.12.1; Quae bona fide a tutore gesta sunt, rata habentur etiam ex rescriptis Traiani et Hadriani: et ideo pupillus rem a tutore legitime distractam vindicare non potest: nam et inutile est pupillis, si administratio eorum non servatur, nemine scilicet emente. Nec interest, tutor solvendo fuerit nec ne, cum, si bona fide res gesta sit, servanda sit, si male fide, alienatio non valet.

Il passo³³ specifica che le alienazioni effettuate in buona fede sono valide e pertanto il pupillo non potrà poi rivendicare la *res* alienata³⁴; le alienazioni effettuate in mala fede, ossia effettuate per soddisfare interessi propri del tutore o comunque scientemente a danno degli interessi del pupillo, sono invece radicalmente invalide. Prevalde sempre la tutela dell'interesse dell'amministrato sulla tutela del terzo acquirente anche se di buona fede. Ciò trova conferma anche in Iul. 44 *dig.* D. 41.4.7.3 che nella sua seconda parte chiarisce che *tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cum tutelam administrat, non*

³² Ma lo stesso regime si deve intendere operante anche per le alienazioni compiute dal curatore.

³³ Il passo è nella sostanza genuino: cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 18, il quale ritiene che non si possa con sicurezza espungere altro dal brano se non la parola *legitime* e che la frase *nam-emente* possa essere una glossa esplicativa che appunto non altera la sostanza del testo.

³⁴ E' possibile ipotizzare che, anche a seguito dei rescritti imperiali citati nel passo, il terzo acquirente potesse esperire con successo l'*actio Publiciana* anche nei confronti del pupillo *dominus ex iure Quiritium* e resistere vittoriosamente ad un sua *rei vindicatio*. Cfr. P. VOICI, *Diligentia, custodia, culpa*. *I dati fondamentali*, in *SDHI*, LVI, 1990, 89, che ritiene che l'alienazione delle cose pupillari compiuta dal tutore abbia «pieno effetto traslativo» purché sia fatta per l'utilità del pupillo.

*cum pupillum spoliat*³⁵; nonché in Afr. 9 *quaest.* D. 40.4.22 *...ita accipiendum, ut bona fide et citra fraudem statuliberi et tutoris id fiat, sicut et in alienationibus rerum pupillarium servatur.*

La legittimazione ad alienare dei tutori e dei curatori trova fondamento nelle norme dell'ordinamento giuridico ed è strettamente legata allo svolgimento di un ufficio privato a carattere protettivo³⁶. Il tutore e il curatore hanno la facoltà di disporre dei beni del sottoposto ma purchè l'atto di disposizione sia a titolo oneroso³⁷, rispetti gli altri limiti legali e giurisprudenziali oggettivamente posti³⁸, sia compiuto in buona fede. Proprio l'agire in buona fede costituisce il limite interno della *potestas alienandi*³⁹.

4. *Segue: le donazioni compiute dal 'curator' e dal tutor', i regali d'uso e le sovvenzioni.*

Quanto al regime degli atti di alienazione a titolo gratuito, una descrizione di ordine generale può essere fornita da:

Gai. 1 *de man.* D. 27.10.17: *Curator furiosi nullo modo libertatem praestare potest, quod ea res ex administratione non*

³⁵«Massima generale» elaborata dalla giurisprudenza romana per C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, a cura di Alessandro Corbino e Antonio Metro, Catanzaro, 2002, 184. Il passo nella sua prima parte nega invece l'usucapione al terzo acquirente di buona fede che abbia acquistato una cosa pupillare dal tutore che l'abbia *subrepta* e *vendita*: *Si tutor rem pupilli subripuerit et vendiderit, usucapio non contingit, priusquam res in potestatem pupilli redeat.* L'iusucapibilità delle *res furtivae* era stabilita dall'epoca delle XII Tavole e fu ribadita tra il III e il II sec. a. C. da una *lex Atinia*; a questa legge si deve, secondo l'ipotesi più verosimile, l'introduzione della *reversio ad dominum* come mezzo di purgazione dell'iusucapibilità: cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 422.

³⁶ Cfr. E. BETTI, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1928, 196 ss.

³⁷ Cfr. *infra*, par. 4

³⁸ Come il divieto stabilito dall'*oratio Severi*.

³⁹ *Potestas alienandi* che non dà sempre luogo ad un immediato passaggio di proprietà dal sottoposto al terzo, ma che comunque consente a costui di conservare la *res in bonis* e di godere della tutela *Publiciana* fino al maturare dell'usucapione anche nei confronti del sottoposto, rimasto *dominus ex iure Quiritium*, che eventualmente la rivendichi.

est: nam in tradendo ita res furiosi alienat, si id ad administrationem negotiorum pertineat: et ideo si donandi causa alienet, neque traditio quicquam valebit, nisi ex magna utilitate furiosi hoc cognitione iudicis faciat.

Il passo illustra in maniera piuttosto chiara, per ciò che qui interessa, l'insieme dei poteri di disposizione riconosciuti al curatore (e, deve ritenersi, anche al tutore): mentre le alienazioni a titolo oneroso di beni del *furiosus* o del pupillo sono consentite se ed in quanto rientranti nella ordinaria amministrazione patrimoniale, compito precipuo dell'ufficio ricoperto; deve intendersi certamente non consentita la manomissione di schiavi dell'incapace, siccome atto certamente al di fuori dei compiti ordinari, così come non consentite devono ritenersi le liberalità⁴⁰.

La ragione di queste esclusioni potrebbe trovarsi nella estraneità di tali atti al potere di amministrazione del patrimonio concesso al curatore (e al tutore) in chiave prettamente conservativa, ciò che tra l'altro giustificerebbe il generale potere di alienazione dietro corrispettivo che era attribuito a tali soggetti e di cui si è parlato in precedenza⁴¹.

⁴⁰ La parte finale del passo, secondo cui le liberalità sarebbero consentite solo su autorizzazione giudiziale qualora siano volte a produrre comunque vantaggi per l'amministrato, desta parecchie perplessità: cfr. B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, 47 nt. 62; M. F. LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano: appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII Tavole secondo Cicerone*, Firenze, 1942, 81; G. LUZZATO, *In tema di origine nel processo 'extra ordinem'*, in *Studi Volterra*, II, Milano, 1971, 673 e nt. 18; secondo E. NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milano, 1983, 123 e nt. 9, non ci sono dubbi sull'interpolazione del passo da *nisi* a *faciat*.

⁴¹ Cfr. Pomp. 25 *ad Q. Mucium* D. 40.9.22: *Curator furiosi seruum eius manumittere non potest*; Pomp. 1 *ex Plaut.*, D. 40.1.13: *Servus furiosi ad adgnato curatore manumitti non potest, quia in administratione patrimonii manumissio non est*. Per una analisi del passo e dei confini dell'*administratio* del curatore cfr. O. DILIBERTO, *Studi*, cit. 91 ss.; Secondo A. GUARINO, *Il 'furiosus' e il 'prodigus' nelle 'XII tabulae'*, in *Le origini quiritarie*, Napoli, 1973, 250, l'impossibilità della manomissione sarebbe dovuta al fatto che la *potestas* del curatore era limitata alla *pecunia* del folle, da lui intesa in senso restrittivo come *res nec mancipi*; Per M. F. LEPRI, *Saggi*, cit., 80 ss., invece, il divieto di manomissione non sarebbe conseguenza del generico divieto di atti di liberalità ma con il fatto che l'elemento umano del patrimonio era del tutto sottratto al potere del curatore.

Così descritto il generale regime degli atti a titolo gratuito, che, in sostanza, non erano consentiti nei casi di tutela e cura, si deve verificare se in concreto vi fossero deroghe e in quali ipotesi.

Al riguardo può, in primo luogo, esaminarsi:

Paul. 38 ad ed. D. 26.7.12.3: Cum tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur, imprimis mercedes praeceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet, alimenta servis libertisque, nonnumquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, praestabit, sollemnia munera parentibus cognatisque mittet. sed non dabit dotem sorori alio patre natae, etiamsi aliter ea nubere non potuit: nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est.

In questo passo Paolo precisa come il tutore non solo sia preposto alla cura del patrimonio del pupillo, ma anche alla sua istruzione e, più in generale, al decoro sociale della famiglia del pupillo ed al benessere dei suoi membri e dei servi.

In tale contesto sono ammesse spese sia per la remunerazione adeguata dei precettori, sia, appunto, per la salvaguardia del buon nome della famiglia, che può in concreto richiedere esborsi per fornire adeguata assistenza ai parenti⁴².

Tuttavia il giurista esclude che il potere di compiere liberalità strettamente legate al contesto familiare possa ricomprendere anche il potere del tutore di costituire una dote per la sorellastra del pupillo (*alio patre natae*), in quanto detta concessione, seppur eticamente giustificabile, si sarebbe sostanziata in una vera e propria donazione riservata alla (futura) scelta del pupillo.

Il regime appena illustrato pare confermato, seppur con alcune precisazioni, anche da:

⁴² Cfr. B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 480 s.

Gai. 12 *ad ed. provinc.* D. 26.7.13.2: *In solvendis legatis et fideicommissis attendere debet tutor, ne cui non debitum solvat, nec nuptiale munus matri pupilli vel sorori mittere. aliud est, si matri forte aut sorori pupilli tutor ea quae ad victum necessaria sunt praestiterit, cum semet ipsa sustinere non possit: nam ratum id habendum est: nec enim eadem causa est eius, quod in eam rem impenditur et quod muneris legatorumve nomine erogatur.*

Per ciò che qui interessa, Gaio, nel commentare l'editto provinciale, afferma che il tutore non deve adempiere doveri correlati alle nozze della madre o della figlia del pupillo.

Rispetto a D. 26.7.12.3, in cui è contenuta la specificazione che la sorella del pupillo fosse *alio patre nata*, l'affermazione pare ricomprendere la generalità delle donazioni nuziali o comunque pare non consentire al tutore la costituzione di alcuna dote.

Ciò può spiegarsi o con la considerazione che evidentemente la specificazione contenuta nel primo passo sia una semplice sottolineatura delle peculiarità della fattispecie concreta esaminata da Paolo, irrilevante dal punto di vista della disciplina dei poteri del tutore; ovvero con una differenza di poteri del tutore tra territorio di Roma e territorio delle province, in cui il divieto di donare nell'ambito familiare sarebbe stato più ampio: la qual cosa, tuttavia, non pare adeguatamente supportata⁴³.

In D. 26.7.13.2 è, però, espressamente previsto che il tutore potesse in ogni caso corrispondere gli alimenti alla madre e alla sorella del pupillo che non fossero nelle condizioni economiche per sostentarsi da sole⁴⁴.

⁴³ Cfr. B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 481 nt. 264, che non ritiene vi sia una differenza rilevante sul punto tra i due passi.

⁴⁴ Per B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 268 e nt. 286, è dubbia l'esistenza, anche in età postclassica, di un vero e generale diritto agli alimenti reciproci tra fratelli, tra coniugi, ed in altri rapporti, non essendo certamente probante in tal senso quanto affermato

A prescindere dalla genuinità della spiegazione fornita dal giurista⁴⁵, il passo appare del tutto in linea con il precedente, in cui si è posto l'accento sul potere - dovere del tutore di sostenere e di fornire l'assistenza necessaria ai parenti del pupillo, proprio a tutela della famiglia unitariamente intesa.

5. *Le obbligazioni contratte dal 'curator' e dal 'tutor' nell'interesse dell'amministrato.*

I passi che seguono consentono di ritenere che intorno al II secolo d.C. sia documentata la tendenza ad ammettere la produzione degli effetti pregiudizievoli del contratto concluso dal tutore per conto del pupillo *infans* o *absens* in capo a quest'ultimo, potendo il terzo contraente farsi concedere un'*actio utilis* dopo l'estinzione della tutela. E analoghe soluzioni sembrano ammesse con riferimento all'agire del *curator*.

In particolare, ciò risulta abbastanza chiaramente da:

Scaev. 29 *dig. D. 36.3.18.2: Tutor, qui et coheres pupilli erat, absente pupillo, cum admonuerunt eum legatarii, fideicommissi nomine in solidum ipse cavit. quaesitum est, an in pupillum adultum factum danda sit utilis actio. respondit dandam.*

Nella fattispecie descritta nel passo – in cui l'impubere e il tutore erano coeredi onerati di fedecommissi e, essendo il pupillo assente, il tutore aveva prestato la *cautio legatorum vel fideicommissorum servandorum causa* per l'intero⁴⁶ - il giurista ritiene che al terzo che abbia concluso una *stipulatio* pretoria con il tutore del pupillo assente

nel passo in commento, che è focalizzato sui poteri del tutore e non sulla doverosità di una corresponsione alimentare.

⁴⁵ Da *nam a erogatur*, anche se per B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 481 nt. 264, il passo è nella sostanza genuino.

⁴⁶ Così G. FINAZZI, *L'agire per altri nei rapporti obbligatori*, in *Agire per altri*, a cura di Antonio Padoa Schioppa, Napoli, 2010, 93 ss.

possa utilmente esperire una azione in via utile contro quest'ultimo, una volta cessata la tutela⁴⁷.

Effettivamente nel testo non è precisato a chi spettasse tale azione anche se la dottrina maggioritaria ritiene che si tratti di una azione concessa al creditore contro il pupillo divenuto pubere, in proporzione alla quota pupillare⁴⁸.

Limitazione alla quota che pur non essendo espressa nel testo in commento, compare esplicitamente al seguente altro passo di Scevola:

Scaev. 5 resp. D. 26.9.8: Tutor, qui et coheres pupillo erat, cum conveniretur fideicommissi nomine, in solidum ipse cavit: quaesitum est, an in adultum pupillum pro parte danda sit utilis actio. respondit [danda] <dandam>.

Questo passo riguarda la medesima fattispecie sopra affrontata con le uniche differenze che è prevista, come detto, la limitazione della responsabilità del pupillo alla propria quota ereditaria e che non è menziata l'*absentia* del medesimo.

Mentre non pare vi siano dubbi in dottrina in ordine all'applicabilità delle soluzioni giurisprudenziali adottate in caso di pupillo *absens* anche a quelle di pupillo *infans*, nonché sulla considerazione che il mancato riferimento alla assenza del pupillo nel secondo passo sia dovuto ad una eliminazione da parte dei compilatori di tale precisazione, ciò allo scopo di ampliare l'ambito applicativo della disciplina⁴⁹; maggiore dibattito ha suscitato quale dovesse essere in epoca classica la formula utilizzata in casi siffatti.

Secondo un primo e autorevole orientamento⁵⁰ si sarebbe dovuto trattare di una azione con trasposizione di soggetti, in cui nell'*intentio*

⁴⁷ Cfr. S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore (Contributo alla storia della rappresentanza nel diritto romano)*, II, in *BIDR*, XXII, 1910, 121 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 165, 268 s.

⁴⁸ Cfr. G. FINAZZI, *L'agire per altri*, cit. 94 e ivi ulteriori indicazioni bibliografiche in nt. 272.

⁴⁹ Cfr. Autori citati alle nt. 41 e 42.

⁵⁰ Cfr. E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1947, 69, nt. 18; 224; 289 s.

era fatta menzione del tutore come soggetto obbligato e nella *condemnatio* era fatta menzione del pupillo come destinatario della condanna giudiziale. Secondo altro orientamento⁵¹, invece, si sarebbe dovuto trattare di una *actio ficticia* nella quale la *stipulatio pro parte* si considerava comunque eseguita dal pupillo con l'*auctoritas* del tutore o dopo il raggiungimento della pubertà⁵².

Altre questioni rimaste dubbie sono le seguenti. Se in concreto sia stato speso dal tutore il nome del pupillo; e se gli stipulanti avessero potuto anche scegliere, in alternativa, di agire nei confronti del solo tutore con l'azione ordinaria.

In ordine alla prima può dirsi che non traspaiono elementi dal testo che possano far ritenere che il giurista abbia attribuito rilevanza alla spendita o meno del nome dell'amministrato da parte del tutore⁵³; in ordine alla seconda, invece, certamente appare improbabile che gli stipulanti potessero conservare la possibilità di agire contro il tutore una volta che l'ufficio fosse cessato per il raggiungimento dell'età adulta da parte del pupillo, la qual cosa, certo, parrebbe configurare un meccanismo simile a quello della rappresentanza diretta, ancorché, appunto, non del tutto assimilabile per via della circostanza che si dovesse comunque verificare il raggiungimento della pubertà da parte dell'amministrato⁵⁴.

In contrasto con le risultanze dei frammenti appena esaminati in ordine alla ammissione di un'*actio utilis* contro il pupillo per il contratto concluso dal tutore pare essere un passo dello stesso Cervidio Scevola:

⁵¹ Cfr. E. VALINO, *Actiones utiles*, Pamplona, 1974, 131.

⁵² Sulla preferibilità della prima ipotesi in quanto la concessione di *actiones ficticiae* era tendenzialmente limitata ai soli casi espressamente ricordati nelle fonti cfr. M. TALAMANCA, voce *Processo civile (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 59; 63.

⁵³ Cfr. G. FINAZZI, *L'agire per altri*, cit., 95, secondo il quale la circostanza che il tutore fosse coerede e si obbligasse in solido per l'intero, sembrerebbe escludere l'ipotesi di una spendita espressa e che al massimo si potrebbe ipotizzare ad una spendita tacita, implicita nella funzione tutelare; per S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo*, cit., 120 s., invece, si dovrebbe senz'altro ritenere che nel caso di specie il tutore avesse promesso *suo nomine*.

⁵⁴ Ad esempio in Papin. 2 *quaest.* D. 2.11.15, viene denegata l'azione contro il tutore sorgente dalla *stipulatio iudicium sisti* in riferimento all'epoca successiva al raggiungimento della pubertà da parte del pupillo.

Scaev. 1 resp. D. 15.3.20.1: *Servus absentis rei publicae causa pupilli servis pecuniam credidit subscribente tutore stipulatione in personam tutoris translata: quaesitum est, an adversus pupillum competat actio. respondi, si, cum in rem pupilli daretur, id in rem eius versum est et, quo magis actus servorum confirmaretur, tutor spondit, posse nihilo minus dici de in rem verso cum pupillo actionem fore.*

In questo frammento⁵⁵ il giurista afferma che se gli schiavi del pupillo avevano ricevuto denaro in prestito da schiavi di una persona assente *rei publicae causa* e il tutore aveva personalmente sottoscritto il documento probatorio della *stipulatio* per l'obbligo restitutorio, il proprietario degli schiavi che avevano dato a mutuo le somme versate nel patrimonio pupillare avrebbe potuto esperire l'*actio de in rem verso* contro il pupillo stesso⁵⁶.

Sul fatto che in tale caso il giurista non abbia ritenuto possibile per il mutuante esperire l'*actio utilis* nei confronti del pupillo si è osservato, in primo luogo, che sia da escludere che Scevola abbia dato rilievo alla circostanza che la *stipulatio* per l'obbligo restitutorio fosse stata compiuta dal tutore a suo proprio nome e si è, pertanto, ipotizzato o che nel caso qui affrontato il pupillo non fosse *absens* o *infans*, bensì presente o *infantia maior* con conseguente impossibilità di esperire l'azione utile; ovvero che, pur essendo assente o infante il pupillo, il mutuante non intendesse attendere il raggiungimento della pubertà o il ritorno dell'amministrato, necessari per la proponibilità di tale azione,

⁵⁵ Sul passo cfr. S. RICCOBONO, *Traditio ficta*, in *ZSS*, XXXIII, 1912, 300, il quale ha ipotizzato che nel testo classico, al posto delle parole *subscribente-traslata*, vi sarebbe stata la menzione della *stipulatio* con la quale il tutore aveva assunto l'obbligo restitutorio; J. CUJAS, *Ad libros sex responsorum Cervidii Scaevolae*, in *Opera*, VI, Napoli, 1722, 706, ha, invece, affermato che il tutore nel caso in esame era considerato come un garante dell'obbligazione del pupillo e non come obbligato principale.

⁵⁶ Cfr. S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo*, II, cit., 121 s.; 152 s.

ma volesse agire immediatamente per ottenere indietro quanto poi pervenuto nel patrimonio pupillare⁵⁷.

Effetti pregiudizievoli per il pupillo derivanti da un negozio concluso dal tutore sembrano emergere da:

Papin. 5 resp. D. 26.9.5.1: *Tutor, qui pecuniam se soluturum cavit, quam pater pupilli condemnatus fuerat, actionem post tutelam finitam recte recusat. non idem in eo placuit, qui suo nomine mutuum pecuniam accepit et iudicatum pro pupillo fecit, nisi forte creditor ideo contraxit, ut in causam iudicati pecunia transiret.*

Nella prima parte del passo, il giurista affronta il caso del tutore che si era obbligato con una *stipulatio* a pagare al creditore del padre defunto del pupillo una somma oggetto di una condanna giudiziale pronunciata contro costui e a favore del creditore medesimo⁵⁸. Una volta terminata la tutela, il tutore, convenuto dal creditore con l'*actio ex stipulatu*, poteva non addivenire alla *litis contestatio* (*actionem post tutelam recte recusat*), così dovendosi ritenere che il creditore potesse agire soltanto contro il pupillo divenuto ormai pubere.

La ragione di una tale soluzione potrebbe essere trovata nella circostanza che in occasione della *stipulatio* fosse stata fatta dal tutore espressa menzione della condanna riportata dal padre del pupillo, cosicché non sussistessero dubbi in ordine al collegamento tra l'obbligazione assunta e l'ufficio di tutore ricoperto⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. G. FINAZZI, *L'agire per altri*, cit., 96 s.

⁵⁸ S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo*, II, cit., 145 s., invece, riteneva che nel caso affrontato nel passo il tutore avesse concluso con il creditore del padre del pupillo un *constitutum debiti*.

⁵⁹ Sul punto, G. FINAZZI, *L'agire per altri*, cit., 98, nota come nel caso affrontato nel testo sembrerebbe essere statto attuato sul piano del diritto onorario un modello simile a quello della rappresentanza diretta, ancorché con la particolarità che gli effetti a carico dell'impubere erano differiti al raggiungimento della pubertà e premessa la considerazione – del tutto condivisibile – che Papiniano abbia ragionato in concreto, secondo il metodo casistico, e che solo l'interprete moderno possa in qualche modo voler ricondurre la soluzione adottata ad una categoria concettuale definita. Lo stesso Autore ha, altresì, ritenuto che il tutore certamente non avesse in

Nella seconda parte del passo, invece, si è affrontato il caso di un soggetto, evidentemente il tutore, che avesse ottenuto a proprio nome una somma a mutuo, somma utilizzata per adempiere alla sentenza di condanna per conto del pupillo.

In tal caso, essendo stato il contratto di mutuo concluso dal tutore, la soluzione varia per il giurista a seconda che sia stato o meno esplicitato lo scopo del mutuo: se nulla è stato dedotto dal tutore, egli rimane unico obbligato nei confronti del mutuante anche successivamente alla cessazione della tutela; se, invece, lo scopo del prestito è stato previamente menzionato, una volta cessata la tutela si potrebbe esperire una azione utile nei confronti del pupillo⁶⁰.

Infine non pare inutile evidenziare come, nella fattispecie esaminata da Papiniano, e a differenza di quelle sopra riportate affrontate da Scevola, non vi sia alcun elemento per ritenere se il pupillo fosse *absens* o *infans* al momento del negozio concluso dal tutore e, pertanto, per poter desumere se anche secondo Papiniano vi fosse in concreto una differenza di disciplina rispetto a quando l'amministrato fosse *praesens* ed *infantia maior*⁶¹.

Più oscure risultano invece le soluzioni giurisprudenziali prospettate in:

Ulp. 32 *ad ed.* D. 21.2.4.1: *Si impuberis nomine tutor vendiderit, evictione secuta Papinianus libro tertio responsorum ait dari in eum cuius tutela gesta sit utilem actionem, sed adicit in id*

concreto speso il nome del pupillo ma avesse promesso in proprio (... *se soluturum cavit* ...), potendosi pensare, al massimo, che la menzione dello scopo dell'assunzione dell'obbligazione costituisse una sorta di spendita tacita o implicita del nome del pupillo.

⁶⁰ Secondo E. COSTA, *Papiniano*, IV, Bologna, 1899, 168, l'azione utile presupposta nel passo sarebbe l'*actio negotiorum gestorum ad exemplum institoriae actionis*; di diverso avviso, ancorché per ragioni diverse tra loro, G. FINAZZI, *L'agire per altri*, cit., 99 nt. 289 e S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo*, II, cit., 147; secondo quest'ultimo inoltre, *op. cit.*, 182 s., l'inciso che inizia con *nisi* sarebbe frutto dell'intervento dei compilatori giustinianeî, oppure, qualora si volesse ritenere genuina tale parte del passo, si dovrebbe ritenere che l'espressione *contraxit ut in causam iudicati pecuniam transiret*, significhi che il mutuante volesse sostituirsi al creditore *in causa iudicati*, acquistando l'azione contro il pupillo.

⁶¹ Cfr. G. FINAZZI, *L'agire per altri*, cit., 99.

demum, quod rationibus eius accepto latum est. sed an in totum, si tutor solvendo non sit, videamus: quod magis puto: neque enim male contrahitur cum tutoribus.

In questo frammento Ulpiano riporta una opinione di Papiniano secondo cui un soggetto che aveva acquistato un bene pupillare dal tutore, che lo aveva venduto *impuberis nomine*, avrebbe potuto far valere la garanzia per evizione nei confronti del pupillo attraverso un'*actio utilis (ex empto o ex stipulatu)*⁶².

Attraverso questa azione, verosimilmente con trasposizione di soggetti⁶³, il compratore evitto poteva ottenere la condanna del pupillo nei limiti di quanto effettivamente pervenutogli⁶⁴.

Ulpiano poi aggiunge che, ove il tutore si fosse rivelato insolvente, il compratore evitto avrebbe potuto agire per l'intero contro il pupillo e ciò al dichiarato fine di non dissuadere i terzi dal concludere contratti con i tutori⁶⁵.

Come già notato in dottrina⁶⁶, non è precisato nel testo né se l'azione nei confronti del pupillo fosse espribile soltanto dopo il raggiungimento della pubertà – cosa, peraltro, altamente probabile – né se il pupillo al momento della conclusione della compravendita fosse *absens* o *infans*; né, infine, è del tutto chiaro se quell'agire del tutore *impubere nomine* concretasse la spendita del nome del pupillo, ovvero – come forse più plausibile avuto riguardo alle soluzioni estremamente pratiche e non formalistiche adottate dai giuristi romani – se voglia più

⁶² Cfr. M. TALAMANCA, *In tema di azioni di arricchimento*, in AG, CXLVI, 1954, 68 s.; B. ALBANESE, *Gli atti*, cit., 363.

⁶³ Cfr. E. BETTI, *Istituzioni*, I, cit., 69 nt. 18; 289 s.; diversamente E. VALINO, *Actiones utiles*, cit., 137 nt. 8, il quale propende per una azione di tipo cognitorio.

⁶⁴ Cfr. sul punto G. FINAZZI, *L'agire per altri*, cit., 100 nt. 296, il quale nota come simili soluzioni fossero state elaborate anche sul versante delle azioni adiettizie, quando il negozio fosse stato posto in essere dallo schiavo *sciente tutore*.

⁶⁵ Cfr. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.13.7, dal quale pare evincersi che il giurista ammettesse soltanto l'azione contro il tutore quando questi nel concludere la vendita si era comportato dolosamente, non consentendo così il verificarsi di effetti pregiudizievoli per il pupillo.

⁶⁶ Cfr. G. FINAZZI, *L'agire per altri*, cit., 101.

semplicemente chiarire che il contratto era stato concluso nell'esercizio dell'ufficio di tutore e non alienando la cosa come propria.

Emerge comunque dal passo e dal suo confronto con D. 26.9.5.1 che il compratore-creditore avesse una molteplicità di possibilità di azione, legate alle particolarità della situazione di fatto, tali da escludere sia la possibilità di configurare forme di rappresentanza diretta in cui l'obbligazione sorge solo e soltanto a carico dell'amministrato, sia l'intangibilità del patrimonio del *dominus negotii*, che resta pur sempre il pupillo.

Le soluzioni giurisprudenziali adottate nelle ipotesi di tutela sono state estese con tutta probabilità – almeno nella fase più avanzata dell'epoca classica – anche nelle ipotesi di curatela, in cui talvolta gli effetti pregiudizievoli dei negozi conclusi dal *curator* si producevano anche nei confronti degli amministrati.

Un esempio può essere dato da:

Imp. Gordianus A. Anicio C.5.70.2 pr.-1: Orationis divi severi beneficium, quo possessiones rusticas sine decreto praesidis pupillorum seu adolescentium distrahi vel obligari prohibitum est, non iniuria etiam ad agnatum furiosi porrigitur. 1. Si igitur citra decretum praesidis fundus mente capti etiam ab agnato eius tibi pignori nexus est, vinculum pignoris in eo non consistit, utilem tamen adversus eum personalem actionem, si ob eius utilitatem pecunia mutua accepta est, poteris habere (a 238).

Nella fattispecie esaminata dalla cancelleria, per ciò che qui interessa, viene data l'*actio utilis* al mutuante che abbia fatto credito al *curator furiosi*, il quale abbia contratto l'obbligazione dell'interesse dell'amministrato. Ciò pare certamente in linea con quanto stabilito nelle ipotesi di tutela in cui il pupillo fosse *absens* o *infans*, stante il particolare stato mentale del *furiosus*, anche se resta oscuro se tale

azione utile fosse subordinata alla cessazione dall'ufficio e alla guarigione del infermo, ovvero se fosse comunque esperibile.

Maggiormente complessa è la fattispecie trattata nel passo seguente, che riguarda il curatore del minore di 25 anni:

Scaev. 1 resp. D. 4.4.47.1: Curator adulescentium praedia communia sibi et his, quorum curam administrabat, vendidit: quaero, si decreto praetoris adulescentes in integrum restituti fuerint, an eatenus venditio rescindenda sit, quatenus adulescentium pro parte fundus communis fuit? respondi eatenus rescindi, nisi si emptor a toto contractu velit discedi, quod partem empturus non esset. item quaero, emptor utrum a seio et sempronio pupillis pretium cum usuris recipere deberet an vero ab herede curatoris? respondi heredes quidem curatoris teneri, verum in seium et sempronium pro parte, qua eorum fundus fuit, actiones dandas: utique si ad eos accepta pecunia pro eadem parte pervenisset.

Scevola affronta il caso di un curatore che aveva venduto alcuni fondi di proprietà comune tra lui e i minori amministrati⁶⁷, i quali avevano ottenuto la *restitutio in integrum* con provvedimento pretorile. Si pone il problema di valutare gli effetti della restituzione sulla compravendita e, in particolare, se essa venisse travolta solo per le quote alienate dei minori ovvero anche per quella del curatore. La soluzione preferita dal giurista è quella della rescissione parziale, salvo diversa volontà del compratore che avrebbe potuto a quel punto non avere interesse ad una proprietà *pro quota*.

⁶⁷ Il riferimento ai pupilli nella parte centrale del passo ha fatto ipotizzare S. SOLAZZI, *La minore età nel diritto romano*, Firenze, 1912, 120, che in origine esso riguardasse il tutore dell'impubere; Di diverso avviso G. FINAZZI, *L'agire per altri*, cit. 103, il quale ritiene che sia probabile che il giurista abbia chiamato pupilli i soggetti sottoposti a curatela, i quali risulta fossero molto giovani (*adulescentes*) o che il termine sia stato impropriamente introdotto dai compilatori solo per far comprendere chi fossero *Seius* e *Sempronius*, nel quadro di una riduzione del passo che aveva portato ad eliminare la loro menzione iniziale; Si veda anche G. CERVENCA, *Studi vari sulla 'in integrum restitutio'*, Milano, 1965, 30 nt. 73.

In ordine alla ripetizione del prezzo corrisposto dal compratore, invece, si è domandato al giurista se fossero tenuti gli eredi del curatore, ovvero i minori, e la sua risposta è stata nel senso che erano obbligati gli eredi del curatore, ma che il compratore avesse anche azione nei confronti dei minori e nei limiti della quota di ciascuno, soltanto se a costoro fosse effettivamente pervenuta parte del prezzo.

A prescindere dalla oggettiva problematicità di una soluzione che prevedesse il cumulo delle azioni del compratore verso gli eredi del curatore e verso i pupilli *pro quota*⁶⁸, risulta comunque dal passo come per i giuristi romani fosse comunque possibile la produzione di effetti sfavorevoli nel patrimonio dell'amministrato, per gli atti giuridici compiuti con i terzi dal curatore⁶⁹.

⁶⁸ Cfr. S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo*, II, cit., 132 ss.; F. MANCALEONI, *La 'in rem versio' nel diritto giustiniano. Note critiche*, in *Filangieri*, XXIV, 1899, 69; G. FINAZZI, *L'agire per altri*, cit. 103, sostiene, invece, che Scevola probabilmente intendesse fare riferimento ad una azione pretoria con funzione di regresso concessa agli eredi del curatore, che avevano rifiutato il compratore, nei confronti dei minori, spettante solo qualora il denaro della vendita fosse a loro pervenuto.

⁶⁹ Si veda anche C.5.39.3: *Imperator Gordianus Si in rem minoris pecunia profecta sit, quae curatorum vel tutorum eius nomine mutuo data est, merito personalis in eundem minorem actio danda est. PP. non. Sept. Gordiano A. et Aviola cons.* La cancelleria attribuisce al mutuante un'*actio in personam* direttamente contro il minore per l'ipotesi in cui il curatore avesse ricevuto una somma a mutuo *nomine minoris* e avesse utilizzato tale somma nell'interesse dell'amministrato. Sul passo, che pone svariate questioni sulla sua genuinità, sulla esatta qualificazione dell'azione personale concessa, nonché sulla portata dell'espressione '*nomine minoris*', ossia se la stessa configuri una ipotesi di spendita del nome dell'amministrato, ovvero, più probabilmente, se non esprima la consapevolezza del mutuante circa lo scopo di soddisfazione degli interessi del minore del mutuo, cfr. G. FINAZZI, *L'agire per altri*, cit. 104 s., e la bibliografia ivi citata.

CAPITOLO SECONDO

LE ALIENAZIONI DEL 'SERVUS' E DEL 'FILIUS': PRESUPPOSTI DI VALIDITA' ED EFFETTI NEL PATRIMONIO DELL'AVENTE POTESTA'

SOMMARIO: 1. Legittimazione ad alienare del *servus* e del *filius de peculio* e *quod iussu*.
– 2. I limiti alla possibilità di alienare beni facenti parte del peculio. – 3. Le alienazioni compiute *iussu domini*. – 4. Esegesi di Iul. 57 *dig.* D. 21.2.39.1. – 5. *Emptio venditio* effettuata dal *servus* munito di peculio: Paul. 5 *quaest.* D. 21.1.57 pr. e Paul. *ex Palut.* D. 12.1.31.1

1. *Legittimazione ad alienare del 'servus' e del 'filius' 'de peculio' e 'quod iussu'.*

La legittimazione ad alienare del *servus* e del *filius* si inquadra nel più generico fenomeno della capacità di agire ad essi riconosciuta con effetti producentisi nella sfera patrimoniale del *dominus* e del *pater*. Il *ius civile* era rigorosamente ispirato al principio che i *potestati subiecti* potevano con la loro attività negoziale migliorare la situazione patrimoniale del *dominus* o del *pater*, ma non deteriorarla. Costoro potevano pertanto acquistare, con effetti diretti nella sfera giuridica dell'avente potestà, diritti reali e diritti di credito mentre non obbligavano il proprietario per gli atti negoziali compiuti né potevano alienare cose sue¹. Il *ius honorarium* innova al proposito, sancendo la

¹ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 84, il quale nota come questo principio di *ius civile* «si venne configurando in maniera particolarmente vantaggiosa per il proprietario, nel senso che, quando dal medesimo atto compiuto dallo schiavo potessero sorgere effetti favorevoli ed effetti sfavorevoli per il proprietario stesso, si procedeva ad una valutazione differenziata, e gli effetti favorevoli si verificavano, quelli sfavorevoli no. Si aveva, così, una particolare applicazione della figura del c.d. negozio claudicante, che produce i suoi effetti per una parte, e non per l'altra».

responsabilità dell'avente potestà per i negozi conclusi dagli schiavi e dai figli in presenza di particolari requisiti²; inoltre appare chiaramente attestato nelle fonti che, sempre in presenza di particolari requisiti, i giuristi romani riconoscevano validità alle alienazioni effettuate dai *potestati subiecti*, con effetti diretti nella sfera giuridica dell'avente potestà.

In particolare, è espressamente affermata la legittimazione del servo e del figlio ad alienare cose del *dominus* e del *pater* in due ipotesi: qualora la cosa alienata rientri nel peculio; qualora si sia avuta una specifica autorizzazione. Entrambi i casi si trovano esposti in

Ulp. 17 *ad ed.* D. 6.1.41.1: *Si servus mihi vel filius familias fundum vendidit et tradidit habens liberam peculii administrationem, in rem actione uti potero. Sed et si domini voluntate domini rem tradat, idem erit dicendum: quemadmodum, cum procurator voluntate domini vendidit vel tradidit, in rem actionem mihi praestabit.*

In questo frammento di Ulpiano³ è indubitabile la posizione di soggetto del negozio della persona *alieni iuris*; sia la compravendita, sia la successiva *traditio* sono, infatti, compiute dal servo o dal figlio. Il fatto che alla *traditio* sia collegata la concessione al compratore di un'*actio in rem* indica che la consegna ha avuto un effetto diretto nella

² Ciò avviene con la concessione da parte del pretore delle c.d. *actiones adiecticiae qualitatis*, sulle quali, per un quadro generale, cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 85 ss.; E. VALINO, *Las 'actiones adiecticiae qualitatis' y sus relaciones basicas en derecho romano*, in *AHDE*, XXXVII, 1967, 343 ss.

³ Il passo è stato fortemente criticato dalla dottrina. In esso sono stati infatti sospettati: l'aggiunta postclassica di *vel filius familias* (cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 32; M. MICELI, *Studi sulla 'rappresentanza' nel diritto romano*, Milano, 2008, 182); l'inserzione del concetto di *libera administratio peculii* (cfr. la bibliografia citata da I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, Napoli, 1976, 97 s., il quale, invece, si esprime per la genuinità del concetto); l'intera frase finale da *quemadmodum* (cfr. A. BURDESE, *op. cit.*, 32, che ritiene ingiustificato il brusco passaggio dal caso del servo che aliena *voluntate domini* a quello del *procurator*; *contra* M. MICELI, *op. cit.*, 184); ritiene invece che non vi siano «serie argomentazioni che possano farci dubitare della sostanziale genuinità del passo» G. COPPOLA, *Dallo 'iussum domini' alla 'contemplatio domini'*, Milano, 2008, 96.

sfera giuridica dell'avente potestà; la proprietà è passata dal *dominus* o *pater* al compratore⁴.

E' probabile che almeno nella prima ipotesi formulata nel testo, ossia quella di vendita e *traditio* di fondo facente parte del peculio, Ulpiano avesse accordato al compratore l'*actio Publiciana*⁵ perché comunque si trattava di *traditio* di *res Mancipi* e che poi siano stati i compilatori del Digesto a prevedere l'*actio in rem* (ossia la *rei vindicatio*), stante l'abolizione della differenza tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*. Quanto alla seconda ipotesi formulata dal giurista, vendita e *traditio* di una *res* su autorizzazione dell'avente potestà, è ipotizzabile che si trattasse di *res nec Mancipi* e che, appunto, venisse data al compratore la tutela petitoria⁶.

Ciò che è importante rilevare è che il passaggio diretto della proprietà che si verifica in tali ipotesi è giustificato da un atto autorizzativo generico (*concessio* o *libera administratio peculii*) o specifico (*iussum*) dell'avente potestà, ma la posizione del servo o del figlio «non pare assurgere a *potestas alienandi* quale situazione soggettiva di cui risulti titolare in proprio, presentandosi egli come organo dell'ordinamento familiare nell'ambito del quale è posto in grado di sostituire il *dominus* o *pater* nell'effettuare negozi traslativi, e che trova un qualche contrappeso nell'automatica operatività civile dei suoi acquisti a favore dell'avente potestà, nonché rispondenza nel riconoscimento pretorio di responsabilità adietizia di questi, entro certi limiti, per negozi obbligatori da lui conclusi con terzi»⁷.

⁴ Non interessa in questa sede trattare del caso, presente nel testo, del *procurator*.

⁵ Azione che il compratore avrebbe potuto esperire vittoriosamente anche contro l'avente potestà rimasto *dominus ex iure Quiritium*.

⁶ Non è chiaro quanto afferma in sede di esegesi del passo G. COPPOLA, *Dallo 'iussum domini'*, cit., 96. L'Autrice sostiene che «i sottoposti sono legittimati a *tradere* facendo acquistare, in capo all'*accipiens*, la relativa *actio in rem* con conseguente assunzione di *obligatio* nei confronti del loro *dominus*»; ma se vi è già stata la *traditio* traslativa del diritto di proprietà non si comprende quale sia l'*obligatio* gravante sull'avente potestà. Infatti la vendita compiuta dal sottoposto implica una responsabilità adietizia del *dominus* che sorge dal negozio obbligatorio, ma che viene meno con il negozio traslativo di esecuzione.

⁷ Così A. BURDESE, *Agire per altri*, cit., 4.

E' bene poi precisare che, amministrando un *peculium* o comunque concludendo negozi *iussu domini*, i servi e i figli non agiscono né in nome né per conto dell'avente potestà, ma pongono in essere dei negozi obbligatori e, soprattutto, traslativi che sono idonei a incidere, anche in forza del rapporto potestativo, nella sfera giuridica del *dominus* o *pater* senza per questo dare vita a un meccanismo sussumibile all'interno della nostra rappresentanza diretta⁸.

2. I limiti alla possibilità di alienare beni facenti parte del peculio.

Ora bisogna chiarire quanto fosse ampia la possibilità per i *potestati subiecti* di compiere validi atti dispositivi di beni peculiari, con conseguenti effetti giuridici a carico dell'avente potestà.

Un orientamento dottrinale ritiene probabile che la disciplina più antica riconoscesse al soggetto a potestà, munito di peculio, il potere di effettuare in ordine alle cose peculiari validi negozi dispositivi, rientranti in un concetto ampio di gestione o di amministrazione, senza bisogno di ulteriori autorizzazioni da parte del *dominus*⁹. Altro orientamento ritiene invece che se l'esistenza del peculio poteva essere considerata fin dalle origini condizione sufficiente per permettere al servo di compiere negozi obbligatori autonomamente, non così doveva avvenire per i negozi di disposizione di beni peculiari. Per questi negozi, infatti, sarebbe sempre stata necessaria una apposita manifestazione di volontà da parte del *dominus*; che tale regime sia stato quello più antico sarebbe reso plausibile anche dalla considerazione che, al sorgere dell'istituto del peculio, non è verosimile si consentisse

⁸ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 266.

⁹ Cfr. A. BURDESE, *Considerazioni in tema di peculio c.d. profettizio*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, I, Milano, 1982, 95.

contemporaneamente al servo di contrattare e di disporre dei beni peculiari senza alcun controllo del *dominus*¹⁰.

Le più antiche testimonianze sul tema risalgono ad Alfeno Varo.

Paul. 5 ep. Alf. dig. D. 12.6.36: *Servus cuiusdam insciente domino magidem commodavit: is qui commodaverit pignori eam posuit et fugit: qui accepit non aliter se redditurum aiebat, quam si pecuniam accepisset: accepit a servulo et reddidit magidem: quaesitum est, an pecunia ab eo repeti possit. Respondit, si is qui pignoris accepisset magidem alienam scit apud se pignori deponi, furti eum se obligasse ideoque, si pecuniam a servulo accepisset redimendi furti causa, posse repeti: sed si nescisset alienam apud se deponi, non esse furem, item, si pecunia eius nomine, a quo pignus acceperat, a servo ei soluta esset, non posse ab eo repeti.*

Il contenuto del testo è da ritenere risalga nella sostanza ad Alfeno, presumibile soggetto del *respondit*¹¹. E' vero che non risulta espressamente dal frammento che la cosa data in comodato dal servo o il denaro da lui pagato per riscattare la cosa pignorata dal comodatario a garanzia di un suo debito verso un terzo appartenessero al peculio, ma questa risulta essere l'ipotesi più probabile¹². Si ricava comunque che, quantomeno per Alfeno, il soggetto a potestà potesse validamente dare in comodato cose peculiari, nonché effettuare validi pagamenti con denaro peculiare per riscattare beni del peculio stesso, senza necessità di alcuna autorizzazione dominicale.

¹⁰ Cfr. I. BUTI, *Studi*, cit., 38 s., che peraltro distingue tra i beni peculiari mobili di scarso valore, per l'alienazione dei quali non sarebbe stata necessaria alcuna autorizzazione dominicale, e i beni peculiari immobili o mobili di valore, per la cui alienazione, appunto, sarebbe stato necessario un consenso del *dominus*.

¹¹ Cfr. A. BURDESE, *Considerazioni*, cit., 96, il quale ritiene che al massimo possa trattarsi di responso di Servio riferito da Alfeno. Si esprime per la genuinità sostanziale del passo L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano, 1940, 114.

¹² Concordano sul punto A. BURDESE, *Considerazioni*, cit., 96, e I. BUTI, *Studi*, cit., 88 s.

Non è richiesto da Alfeno alcun permesso specifico nemmeno in

Alf. 2 dig. a Paul. ep. D. 46.3.35: Quod servus ex peculio suo credidisset aut deposuisset, id ei, sive venisset, sive manumissus esset, recte solvi potest, nisi aliqua causa interciderit, 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 solve.

Nel frammento¹³ si parla di una dazione a credito, oppure di un deposito, di una somma di denaro peculiare da parte del *servus*, e ci si domanda se, essendo stato il servo alienato o manomesso, gli si potesse comunque effettuare valido pagamento in restituzione della somma prestata. Alfeno sembra dare per scontata la possibilità per il servo di dare validamente a credito denaro peculiare, senza bisogno di specifica autorizzazione del *dominus*, mentre una volta intervenuta l'alienazione o la manomissione è posto il problema del ritiro del consenso del *dominus*, altrimenti dato per implicito, a che il servo sia legittimato a ricevere in restituzione la somma prestata.

Anche in questo caso l'assenza di uno specifico permesso dominicale per la dazione a credito o per il deposito, forse irregolare, può essere giustificata dal fatto che una tale operazione può rientrare nell'ambito di ordinarie operazioni di gestione patrimoniale e, peraltro, non comporta una complessiva alterazione della composizione del peculio¹⁴.

¹³ Il passo è considerato rimaneggiato: sul punto cfr. la bibliografia citata da I. BUTI, *Studi*, cit., 41 s.; non interessa qui il resto del frammento perché riguarda l'ipotesi di dazione a credito di denaro del *dominus* non facente parte del peculio.

¹⁴ Cfr. A. BURDESE, *Considerazioni*, cit., 97. Differente è invece la posizione di I. BUTI, *Studi*, cit., 42, il quale, nel sostenere che in origine fosse necessario un consenso del *dominus* per compiere negozi dispositivi di beni peculiari, sembra voler ricavare la necessità del consenso alla dazione a credito, o in deposito, di cosa del peculio, dal consenso che sarebbe richiesto per la validità del pagamento fatto al servo del

Maggiormente dibattuta è l'interpretazione da dare a un altro passo di Alfeno:

Alf. 1 dig. a Paul. ep. D. 41.3.34: Si servus insciente domino rem peculiarem vendidisset, emptorem usucapere posse.

Un servo vende e, anche se non è specificato nel testo, consegna una cosa facente parte del peculio al compratore, senza che il *dominus* lo sappia; per il giurista tale alienazione non produce effetti diretti nella sfera patrimoniale del *dominus* e il compratore diventerà proprietario una volta che sia trascorso il tempo necessario per l'usucapione.

Bisogna capire per quale motivo la proprietà della cosa peculiare in questo caso non passa immediatamente dal *dominus* al compratore. Secondo una tesi¹⁵ la soluzione negativa circa il passaggio diretto della proprietà trova la sua ragione nel fatto che nel testo originario Alfeno stesse facendo riferimento ad una *traditio* di *res Mancipi*. Il compratore avrebbe potuto ricevere soltanto la cosa *in bonis* e avrebbe dovuto attendere di usucapirla restando *medio tempore* tutelato con l'*actio Publiciana*¹⁶; secondo altra tesi¹⁷, per la quale propendo, la decisione del giurista trova la sua ragione proprio nella *inscientia* del *dominus*: il servo non può compiere negozi dispositivi di beni peculiari, comportanti una alterazione della composizione del peculio stesso, senza che il *dominus* ne sia informato e lo consenta. Il compratore potrà acquistare la proprietà della *res* soltanto attraverso l'usucapione sia che si tratti

relativo debito: «ma che un consenso, quanto meno implicito, a tale atto di disposizione fosse richiesto anche in questa ipotesi sembra implicato dal fatto che la validità del pagamento è subordinata alla assenza di un contrario avviso da parte del *dominus*».

¹⁵ Cfr. A. BURDESE, *Considerazioni*, cit., 98; A. WATSON, *The law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967, 179 s.

¹⁶ Da esperire vittoriosamente anche contro il *dominus* rimasto proprietario *ex iure Quiritium*.

¹⁷ Cfr. I. BUTI, *Studi*, cit., 40 s.

di *res Mancipi*, sia che si tratti di *res nec Mancipi* essendosi verificato un vero e proprio acquisto *a non domino*¹⁸.

Se si ritiene che la soluzione negativa circa l'immediato passaggio della proprietà, contenuta in D. 41.3.34, sia motivata dal fatto che l'avente potestà avrebbe dovuto essere informato dal servo della sua intenzione di vendere e consegnare un bene del peculio, perché sarebbe stata necessaria una sua, seppur implicita, autorizzazione, allora sorge il problema di conciliare questa soluzione con quella formulata dallo stesso giurista in una ipotesi di donazione di bene peculiare:

Alf. 3 dig. a Paul. ep. D. 24.1.38 pr.: Servus communis viri et fratris eius puerum donavit uxori fratris: pro qua parte is servus qui donasset viri esset, pro ea parte munus non esse factum mulieris respondit.

Un servo, di proprietà di due fratelli, dona alla moglie di uno dei due fratelli un giovane schiavo, da intendersi facente parte del peculio. La donazione si deve intendere realizzata soltanto per la quota appartenente al fratello del marito perché altrimenti verrebbe aggirato e violato il divieto di donazione tra coniugi¹⁹.

In questo frammento sembra che Alfeno ammetta la capacità del servo di donare le cose del peculio, senza riferimento ad alcuna autorizzazione dominicale. Sembra perciò strano che richieda la *scientia* del *dominus* in caso di vendita e non la ritenga necessaria in caso di donazione, che, appunto, comporta una pura perdita patrimoniale. Io direi che la mancanza in questo caso di alcun riferimento al permesso dominicale sia giustificata dal fatto che la donazione è fatta ad un altro membro della *familia*, la moglie di uno dei due padroni, e che pertanto il giurista non si sia preoccupato della

¹⁸ Egli potrà giovare della tutela *Publiciana* nei confronti di tutti eccetto il *dominus*, rimasto proprietario *ex iure Quiritium*.

¹⁹ Secondo M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 775, il divieto di donazioni tra coniugi è probabilmente stato introdotto in via consuetudinaria intorno al 204 a. C.

presenza o meno di una preventiva autorizzazione; inoltre nocciolo della questione non era la validità delle donazioni di beni peculiari ma l'aggiramento o meno del divieto di donazione tra coniugi. Da questo frammento, quindi, direi che non si possano trarre valide indicazioni sui requisiti richiesti da Alfeno per la disposizione di beni peculiari.

In relazione ai precedenti tre frammenti possiamo invece dire che, per il giurista, nessuna autorizzazione specifica è necessaria affinché il soggetto a potestà possa dare in comodato beni peculiari, possa utilizzare denaro del peculio per riscattare beni peculiari pignorati, possa dare a credito o in deposito, magari anche irregolare, denaro peculiare; mentre è richiesto il permesso dominicale, o quanto meno la *scientia domini*, affinché il negozio traslativo esecutivo di una vendita possa avere effetti diretti nella sfera giuridica dell'avente potestà.

Tra gli altri giuristi precedenti a Giuliano vi sono alcuni, come Labeone, che non fanno riferimento alla necessità per il soggetto a potestà di avere un permesso dominicale per compiere operazioni come ricevere e dare denaro a mutuo²⁰, e altri, come Proculo, che invece richiedono l'esistenza di un permesso generico per pagare debiti peculiari²¹.

²⁰ Cfr. Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.3.3.5 in cui è esaminata l'ipotesi che un servo, munito di peculio, abbia preso del denaro a mutuo e lo abbia poi utilizzato per fare credito a un terzo. Per l'esegesi del passo cfr. I. BUTI, *Studi*, cit., 73 s.

²¹ Cfr. Proc. 7 *ep.* D. 46.3.84 *Egisti de peculio servi nomine cum domino: non esse liberatos fideiussores eius respondit. At si idem servus ex peculio suo permissa administratione peculii nummos solvesse, liberatos esse fideiussores eius recte legisti.* Il passo affronta il problema della liberazione dei fideiussori del servo nell'ipotesi in cui il creditore agisca con l'*actio de peculio* nei confronti del *dominus*. Il giurista ritiene che i garanti non siano liberati, a differenza di quanto avverrebbe se il debito venisse interamente pagato dal servo con denaro peculiare. Tale possibilità è però subordinata all'esistenza di un generico permesso di amministrazione del peculio. Per la genuinità dell'espressione *permissa administratione peculii* si è espresso A. BURDESE, *Considerazioni*, cit., 100 s., che in precedenza l'aveva ritenuta spuria; *contra* G. LONGO, *Il concetto classico e il concetto giustiniano di 'administratio peculii'*, in *Ricerche romanistiche*, Milano, 1966, 378; Secondo I. BUTI, *Studi*, cit., 54 s., il riferimento esplicito all'*administratio* potrebbe essere frutto di una glossa in seguito confluita nel testo, anche se nella sostanza il passo può ritenersi classico: Proculo, per il compimento di atti dispositivi, avrebbe comunque richiesto un generico permesso.

Un permesso dominicale specifico è invece richiesto da Proculo
in

Proc. 7 ep. D. 12.6.53: Dominus testamento servo suo libertatem dedit, si decem det: servo ignorante id testamentum non valere data sunt mihi decem: quaeritur, quis repetere potest. Proculus respondit: si ipse servus peculiares nummos dedit, cum ei a domino id permissum non esset, manent nummi domini eosque non per conditionem, sed in rem actione petere debet. si autem alius rogatu servi suos nummos dedit, facti sunt mei eosque dominus servi, cuius nomine dati sunt, per conditionem petere potest: sed tam benignius quam utilius est recta via ipsum qui nummos dedit suum recipere.

Nel passo si discute se possa ripetersi quanto pagato da un servo che, manomesso a condizione di dare dieci, ignorava l'invalidità del testamento. Il giurista risponde che, se il servo ha dato del denaro peculiare senza il permesso del *dominus*, il denaro resta di proprietà di questo che potrà, pertanto, perfino rivendicarlo, non soltanto chiederlo *per conditionem*. Se invece un terzo ha pagato su richiesta del servo, il *dominus* potrà ottenere la ripetizione della somma pagata, in quanto il servo si è obbligato verso il terzo. Il terzo potrebbe però chiedere direttamente la restituzione del denaro come suo²².

Il giurista nega che l'atto di disposizione compiuto dal servo senza un apposito permesso dominicale possa avere efficacia e che, pertanto, la proprietà del denaro si trasferisca dal *dominus* all'accipiente. La mancanza di un permesso specifico rende improduttivi di effetti gli atti di disposizione che non si possono ricomprendere nella ordinaria attività di gestione patrimoniale²³.

²² La frase finale del passo *sed-recipere* è, però, considerata interpolata: cfr. I. BUTI, *Studi*, cit., 39, e la bibliografia ivi citata.

²³ Di diversa opinione A. BURDESE, *Considerazioni*, cit., 101, il quale ritiene che la necessità del permesso specifico sia dovuta esclusivamente alla nullità del

Maggiore ordine e maggiore chiarezza in merito alla possibilità per i *potestati subiecti* di disporre dei beni del peculio si deve alla elaborazione e alla utilizzazione, da parte di Giuliano, del concetto di *administratio peculii* ²⁴.

Da Giuliano in poi il *servus* e il *filius familias* hanno la possibilità di compiere atti di alienazione di beni peculiari soltanto se muniti di questo permesso generale. Permesso da ritenersi, però, non illimitato. Risulta, infatti, dalle fonti che la concessione da parte del *dominus* o del *pater* dell'*administratio peculii* non comprende il conferimento del potere di disporre di beni peculiari in pura perdita. In proposito, l'orientamento di Giuliano è seguito da Gaio in

Gai. 1 *ad ed. prov.* D. 2.14.28.2: *Si filius aut servus pactus sit, ne ipse peteret, inutile est pactum. Si vero in rem pacti sunt, id est ne ea pecunia peteretur, ita pactio eorum rata habenda erit adversus patrem dominumve, si liberam peculii administrationem habeant et ea res, de qua pacti sint, peculiaris sit. Quod et ipsum non est expeditum: nam cum verum est, quod Iuliano placet, etiamsi maxime quis administrationem peculii habeat concessam, donandi ius eum non habere: sequitur ut, si donandi causa de non petenda pecunia pactus sit, non debeat ratum haberi pactum conventum. Quod si pro eo ut ita*

testamento: il pagamento in tal caso risulta «privo di qualsiasi obbiettiva giustificazione e pertanto avvenuto in pura perdita, assimilabile a quello attuato per mera donazione a terzi».

²⁴ Concordano sul punto I. BUTI, *Studi*, cit., 68 s.; A. BURDESE, *Considerazioni*, cit., 103. Entrambi citano, come esempio dell'elaborazione del concetto di *administratio peculii*, Iul. 12 *dig.* D. 15.1.16 *Quis ergo casus est, quo peculium servi communis ad alterum ex domini solum pertineat? In primis si quis servi partem dividiamo vendiderit nec peculium ei concesserit: deinde si quis servo communi pecuniam vel res aliquas ea mente dederit, ut proprietatem earum retineret, administrationem autem servo concederet. Marcellus notat: est etiam ille casus, si aliter ademerit: vel si omni quidem modo concesserit dominus, sed in nominibus erit concessio.* In questo frammento (per l'esegesi del quale cfr. I. BUTI, *op. cit.*, 29 s. e 68 s.) uno dei due padroni concede l'*administratio* dei beni. Si può ipotizzare che l'aver individuato la concessione dell'*administratio* dei beni abbia costituito lo spunto per giungere a considerare la *concessio administrationis* una specificazione della *concessio peculii*.

pacisceretur aliquid, in quo non minus vel etiam amplius esset, consecutus fuerit, rata habenda est pactio.

Nel frammento²⁵, Gaio affronta il problema della validità del *pactum de non petendo* concluso da un soggetto a potestà: di norma non è valido. Se però il patto ha ad oggetto del denaro, o comunque una *res*, facente parte del peculio, di cui il servo o il figlio hanno la *libera administratio*, allora tale patto deve ritenersi valido e vincolante anche nei confronti del *dominus* o del *pater*, purché, come dice Giuliano, il patto non sia stato concluso per realizzare una donazione. La *libera administratio peculii*, infatti, non implica il potere di donare beni peculiari. Il patto sarà valido se il soggetto a potestà potrà ricavare, dalla complessiva operazione nella quale il patto si inserisce, una somma almeno pari a quella che ha pattuito di non chiedere.

Da questo passo si evince che la concessione della *libera administratio peculii* consente al soggetto a potestà di compiere, senza bisogno di specifico permesso, atti di disposizione di beni peculiari; tuttavia la validità di questi atti è strettamente legata al vantaggio economico che il servo o il figlio potranno trarre dal complesso delle operazioni nelle quali si inserisce il singolo negozio dispositivo. In altri termini, se l'alienazione comporta una pura perdita patrimoniale non sarà valida; se invece per questa è pattuito un corrispettivo, o si inserisce in un insieme di negozi che nel complesso porteranno ad un mantenimento o ad un incremento del peculio, sarà valida e comporterà un immediato spostamento patrimoniale dal *dominus* o *pater* al terzo²⁶.

²⁵ Il passo è ritenuto interpolato da E. ALBERTARIO, '*Libera administratio peculii*', in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, 142 s.; mentre è considerato sostanzialmente genuino da G. ROTONDI, *Di alcune riforme giustinianee relative al 'pactum de non petendo'*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922, 328.

²⁶ L'opinione di Giuliano è riportata e seguita anche da Ulp. 29 *ad ed. D. 14.6.3.2* ...*quemadmodum ipse dicit Iulianus libro duodecimo: si filius familias crediderit, cessare senatus consultum, quod mutua pecunia non fit, quamvis liberam peculii administrationem habuit: non enim perdere ei peculium pater concedit, cum peculii administrationem permittit: et ideo vindicationem nummorum patri superesse ait.* Sul passo cfr. I. BUTI, *Studi*, cit., 56 s. e 83 s.

Nella stessa linea di Giuliano e Gaio si pone Marciano in

Marcian. *l. sing. ad. form. hyp.* D. 20.6.8.5: *An pacisci possint filius familias et servus, ne res pignori sit, quam peculiariter hypothecam acceperint et habent liberam administrationem, videamus, an quemadmodum donare non possunt, ita nec pacisci ne pignori sit possint. Sed dicendum est, ut concedere possint, scilicet si pretium pro pactione accipiant, quasi vendant.*

Nel frammento²⁷ si afferma che il soggetto a potestà, pur avendo la *libera administratio peculii*, non potrà pattuire la rinuncia all'ipoteca²⁸, come non può fare donazioni; il patto potrebbe essere valido soltanto se fosse stabilito un corrispettivo.

Abbiamo quindi appurato che, quanto meno dall'epoca di Giuliano, un soggetto a potestà, servo o figlio che sia, può validamente compiere alienazioni di beni peculiari, purché sia munito dell'*administratio* (o *libera administratio*) *peculii*, e purché l'alienazione non avvenga a titolo di donazione o comunque in pura perdita²⁹. Le alienazioni che avvengono nel rispetto di tali requisiti producono effetti diretti nella sfera giuridica dell'avente potestà³⁰.

Non è in contrasto con questa conclusione quanto affermato da Venuleio in

Ven. 5 *interd.* D. 44.3.15.3: *Sed et si a filio vel servo rem emero, accessio temporis et quo apud patrem aut dominum fuit ita*

²⁷ Per i sospetti di interpolazione cfr. G. LONGO, *Il concetto*, cit., 379; E. ALBERTARIO, *'Libera administratio'*, cit., 151; I. BUTI, *Studi*, 55.

²⁸ Ritengono che in origine il giurista facesse riferimento al pegno e non all'ipoteca, che sarebbe un'aggiunta compilatoria, sia E. ALBERTARIO, *'Libera administratio'*, cit., 151, sia I. BUTI, *Studi*, cit., 126.

²⁹ Cfr. anche Ulp. 44 *ad Sab.* D. 39.5.7 pr. *Filius familias donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat: non enim ad hoc ei conceditur libera peculii administratio, ut perdat.*

³⁰ Come visto in Ulp. 17 *ad ed.* D. 6.1.41.1; in Marcian. *l. sing. ad form. hyp.* D. 20.6.8.5 è invece implicito il riconoscimento della possibilità che i soggetti a potestà vendano *res peculiares*.

danda est mihi, si aut voluntate patris dominive aut cum administrationem peculii haberet vendidit.

Un soggetto a potestà, munito di *administratio peculii*, vende e consegna al compratore una *res* facente parte del peculio³¹. Il giurista dice che il compratore acquisterà la proprietà per usucapione ma, per il maturare di questa, può sommare al tempo del suo possesso, il tempo per il quale ha posseduto l'avente potestà³². Si verifica cioè l'*accessio possessionis* o *temporis*³³.

Il mancato acquisto diretto della proprietà da parte del compratore è, in questo caso, probabilmente dovuto al fatto che il *dominus* o *pater* non era ancora diventato proprietario della *res* che poi è stata venduta; egli l'aveva *in bonis* e ancora doveva trascorrere il tempo necessario ad usucapirla. Il beneficio dell'*accessio possessionis* rende evidente come l'alienazione per mezzo di vendita effettuata dal soggetto a potestà *cum administratione*, o con permesso dominicale, abbia una efficacia particolare e superiore rispetto a quella effettuata dal servo o figlio che non sia munito di *administratio* o che non abbia ricevuto alcun permesso³⁴. Non è quindi impossibile immaginare che, se la *res* alienata fosse stata già di proprietà dell'avente potestà, Venuleio avrebbe riconosciuto il passaggio diretto della proprietà da questi al compratore esattamente come Ulpiano in D. 6.1.41.1³⁵.

³¹ Oppure vende e consegna una cosa per esplicita volontà del *pater* o del *dominus*.

³² Per la genuinità del frammento cfr. G. LONGO, *'Libera administratio peculii'*, in *Ricerche*, cit., 397; *contra* E. ALBERTARIO, *'Libera administratio'*, cit., 140 ss.

³³ In linea di massima i giuristi romani hanno escluso che l'acquirente potesse procedere all'*accessio possessionis* con il possesso del dante causa a titolo particolare fino all'epoca degli imperatori Severo e Caracalla: cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 427; G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 336.

³⁴ Cfr. Alf. 1 *dig. a Paul. ep.* D. 41.3.34 nel quale, come visto, si fa l'ipotesi che il servo venda e consegni una cosa facente parte del peculio *insciente domino*.

³⁵ Cfr. I. BUTI, *Studi*, cit., 41. Un caso del tutto analogo a quello affrontato da Venuleio è affrontato da Paolo in Paul. 68 *ad ed.* D. 41.2.14 pr. *Si servus vel filius familias vendiderit, dabitur accessio eius, quod penes me fuit, scilicet si volente me aut de peculio, cuius liberam peculii administrationem habuerunt, vendiderunt.* Nel frammento, con riguardo alla vendita conclusa da un figlio o da un servo, si concede al compratore l'*accessio temporis*, sempre che l'alienazione sia avvenuta per volere dell'avente potestà o abbia avuto ad oggetto una cosa del peculio di cui i soggetti a potestà avevano la *libera administratio*. Anche in questa ipotesi riterrei che l'avente

3. *Le alienazioni compiute 'iussu domini'.*

Oltre a poter alienare, nei limiti sopra visti, beni peculiari, i *potestati subiecti* possono compiere alienazioni di beni, con effetti diretti nella sfera giuridica dell'avente potestà, se viene loro impartito dal *dominus* o *pater* un specifico *iussum*³⁶. Questo può consistere in un'autorizzazione, rivolta al terzo, a concludere un negozio con il servo o con il figlio, ma può anche consistere in un'autorizzazione, in un incarico, dato direttamente al soggetto a potestà, purché tale incarico sia in seguito conosciuto o quanto meno conoscibile dal terzo³⁷. Inoltre, le fonti utilizzano di frequente, per indicare un'autorizzazione, un incarico, un assenso al compimento di un negozio dispositivo, espressioni estremamente generiche che possono riferirsi ad un *iussum*, ad un mandato, ad una lettera, ad una *praepositio*, o ad un qualsiasi atto dal quale possa desumersi la volontà del *dominus* o del *pater* a che si realizzi l'atto traslativo nei confronti del terzo³⁸.

Quando un soggetto a potestà compie un negozio dispositivo *iussu domini*, la validità di questo risulta essere strettamente legata al rispetto dei limiti eventualmente fissati dall'avente potestà. Allorquando il *servus* o il *filius* non rispettino tali limiti il negozio risulta

potestà non fosse ancora diventato *dominus ex iure Quiritium* della cosa venduta. Sul passo cfr. C. ALBANESE, *Gli atti*, cit., 349.

³⁶ La dottrina si è, da sempre, interrogata sul significato del termine *iussum* nel concreto atteggiarsi della pratica negoziale, data la molteplicità di applicazioni del termine in questione; in tutti i contesti in cui si trova utilizzato presenta varie accezioni, alcune più generiche, altre più specifiche; si può comunque rilevare che all'originario significato di ordine indefettibile, si sia sempre più affiancato quello di autorizzazione a compiere un negozio, in un'accezione molto simile a quella assunta da *mandatum*: cfr. M. MICELI, *Studi*, cit., 91; per un quadro accurato delle applicazioni del termine nel diritto privato romano cfr. G. COPPOLA, *Dallo 'iussu domini'*, cit., 34 ss.

³⁷ Cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 30, il quale ritiene che si debba intendere in questo senso Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.4.1.3 *Sed et si mandaverit pater dominusve, videtur iussisse*.

³⁸ Cfr. il sopra visto Ulp. 17 *ad ed.* D. 6.1.41.1 nel quale si fa un generico riferimento alla *voluntas domini*.

essere radicalmente nullo e il *dominus* o il *pater* potranno rivendicare vittoriosamente la *res* nei confronti dell'accipiente. Un caso frequente di limite posto dall'avente potestà è costituito dalla fissazione del prezzo della vendita o dall'indicazione di non vendere il bene sotto un certo prezzo.

Un esempio è contenuto in

Paul. 32 *ad ed.* D. 17.1.5.4: *Servo quoque dominus si praeceperit certa summa rem vendere, ille minoris vendiderit, similiter vindicare eam dominus potest ne ulla exceptione summovebitur, nisi indemnitas ei praestetur.*

Il *dominus* incarica un servo di vendere una cosa ad un prezzo determinato; il servo la vende (e la consegna) per un prezzo minore. Paolo riconosce all'avente potestà la possibilità di esperire con successo la *rei vindicatio* nei confronti del compratore, in quanto nessuna eccezione può essere opposta al *dominus* se non gli viene versata la differenza³⁹.

³⁹Il passo fa parte di un più ampio discorso di Paolo sull'eccesso di mandato che va da D. 17.1.5 pr. a D. 17.1.5.5. L'inciso finale da *nisi* a *praestetur* è considerato un'aggiunta giustiniana da V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, 184; A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 82; non si occupa della questione M. MICELI, *Studi*, cit., 319; è invece considerato sostanzialmente genuino da G. COPPOLA, *Dallo 'iussum'*, cit., 279 s., la quale vede nell'inciso un'adesione di Paolo alla tesi proculiana in tema di eccesso di mandato, volta a conservare la validità del negozio compiuto dal mandatario, qualora questi indennizzi il mandante per il pregiudizio subito a causa della non corretta esecuzione del mandato. In questo frammento non si sta considerando un caso di mandato ma un caso di incarico dato a un servo. E' possibile sia che i compilatori giustiniani, avendo accolto la tesi proculiana, abbiano aggiunto l'inciso equiparando totalmente il caso dell'eccesso di mandato, con il caso del non rispetto dell'incarico da parte di un soggetto a potestà, sulla base del fatto che in entrambe le ipotesi non viene realizzata la fattispecie traslativa, sia che la soluzione sia di Paolo, il quale la ha adoperata proprio nel frammento precedente (Paul. 29 *ad ed.* D. 17.1.5.3). Non si deve escludere, inoltre, la possibilità che il soggetto tenuto al pagamento dell'indennità al fine di salvare la vendita e la *traditio*, non sia il servo, che nel caso concreto potrebbe non avere alcun rapporto di natura patrimoniale con il suo *dominus*, ma il compratore, ormai interessato ad avere ugualmente la proprietà della *res*. Sulla divergenza di opinione tra sabiniani e proculiani in tema di eccesso di mandato cfr. C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Il mandato*, I, Catania, 1947, 115 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *op. cit.*, 168 ss.

In questo frammento è con chiarezza affermato che se un soggetto a potestà vende un bene ad un prezzo inferiore a quello che il *dominus* aveva stabilito e lo consegna, non si verificherà alcun trasferimento della proprietà dall'aveute potestà al compratore. In questa vendita viene a mancare l'autorizzazione del *dominus* al servo che è considerata elemento essenziale della fattispecie traslativa. L'effetto reale non si può verificare. Qualora, invece, il servo abbia concluso una vendita e abbia effettuato anche la *traditio* di una *res mancipi*⁴⁰, il compratore non potrà opporre alla *rei vindicatio* del *dominus*, l'*exceptio rei venditae et traditae*, alla quale sta probabilmente facendo riferimento il giurista nel passo⁴¹.

L'aveute potestà può anche predeterminare nel suo *iussum* la persona del compratore. Anche in questo caso, se l'incarico non viene rispettato, e la *res* viene venduta e consegnata ad un'altra persona, non si potrà verificare l'effetto traslativo per il venir meno della legittimazione del soggetto a potestà.

Un esempio è contenuto in

Iav. 7 ex Cassio D. 18.1.63 pr.; Cum servo dominus rem vendere certae personae iusserit, si alii vendidisset, quam cui iussus erat, venditio non valet: idem iuris in libera persona est: cum perfici venditio non potuit in eius persona, cui dominus venire eam noluit.

In questo passo si è ritenuto che l'equiparazione della vendita effettuata dallo schiavo alla vendita effettuata da persona libera e *sui iuris* sia dovuta ad un intervento postclassico⁴². Ciò che ora occorre mettere in rilievo è come il mancato rispetto della volontà del *dominus*

⁴⁰ Ipotesi che probabilmente Paolo stava considerando, visto che in D. 17.1.5.3 egli stava affrontando il caso di una vendita di un fondo da parte di un mandatario.

⁴¹ Cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 83.

⁴² Cfr. S. SOLAZZI, *Errore e rappresentanza*, in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1955, 291; per la genuinità sostanziale del brano si sono invece pronunciati A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 79; G. COPPOLA, *Dallo 'iussum domini'*, cit., 98.

impedisca il realizzarsi dello spostamento patrimoniale⁴³. Si può però dire che tra le due ipotesi formulate nel testo vi sia in ogni caso una differenza fondamentale: nel primo (alienazione realizzata dal servo) il mancato rispetto dell'incarico importa una radicale mancanza di legittimazione che va a colpire non solo la *traditio* traslativa (*iure civili* se di *res nec Mancipi*, *iure praetorio* se di *res Mancipi*), ma anche il contratto di compravendita, stante la ordinaria mancanza di capacità di agire delle persone *alieni iuris*; nel secondo (alienazione realizzata da persona libera), invece, il mancato rispetto del mandato comporta l'impossibilità di trasferire la proprietà della *res* a causa del venir meno della legittimazione del mandatario, ma il contratto di compravendita stipulato tra il mandatario e il terzo resterà valido.

L'immediato spostamento patrimoniale dall'avente potestà al terzo, che i giuristi romani riconoscono verificarsi allorché il sottoposto rispetta i limiti espressamente fissati dal *dominus* o *pater*, si realizza non soltanto in caso di negozi a titolo oneroso ma anche in caso di negozi a titolo gratuito: l'avente potestà può autorizzare il sottoposto a compiere un'alienazione *donationis causa*.

Un caso è riportato in

Pomp. 33 *ad Sab.* D. 39.5.9.2: *Quod filius familias patris iussu aut voluntate donavit, perinde est, ac si pater ipse donaverit aut si mea voluntate rem meam tu nomine tuo Titio dones.* <....>

In questo passo⁴⁴ il giurista equipara il caso di donazione effettuata dal figlio *iussu patris* alla donazione diretta del padre. Le due

⁴³ Qualora si tratti di vendita e *traditio* di *res Mancipi* l'effetto traslativo non si realizzerà nel senso che il compratore non potrà opporre alcuna eccezione alla *rei vindicatio* del *dominus*.

⁴⁴ Nel frammento è stata sospettata l'interpolazione di *aut voluntate* da S. SOLAZZI, 'Iussum' e 'ratihabitio', in *SDHI*, XVI, 1950, 271 s.; in senso conforme A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 77; per la genuinità cfr. G. COPPOLA, *Dallo 'iussum domini'*, cit., 97; E. VALINO, *Las actiones*, cit., 418, che ritiene siano distinti i concetti di *iussum* e di *voluntas* senza che questo implichi l'esistenza di un'antitesi tra i due; cfr. pure G. FINAZZI, *Riflessioni in margine al rapporto fra 'ratihabitio' e 'iussum'*, in *Studi per G. Nicosia*, III, Milano, 2007, 401 s., il quale ritiene che, considerando il solo aspetto

ipotesi sono accomunate proprio dall'effetto traslativo che è identico in entrambi i casi: se il padre incarica il figlio di compiere una donazione, questi trasferisce la proprietà della *res* dal *pater* al donatario, esattamente come sarebbe successo se il *pater* si fosse attivato in prima persona⁴⁵.

Maggiori perplessità suscita la frase *aut si mea voluntate rem meam tu nomine tuo Titio dones*. Molti autori⁴⁶ concordano nel ritenere che il giurista in questo caso abbia equiparato i due casi di donazione *iussu patris* e donazione diretta del padre all'ipotesi di autorizzazione, data dal proprietario ad un terzo, di donare in nome proprio. In questo caso l'intento del donante sarebbe quello di trasferire la proprietà direttamente al donatario, davanti al quale si presenterebbe, però, l'autorizzato come donante in proprio, e non sarebbe rilevante l'interesse del donatario a conoscere da chi acquisterà la proprietà della cosa, per decidere se accettare o meno, perché in qualità di donante gli si presenta il *non dominus* autorizzato.

In realtà questa equiparazione non è così sicura e non è detto che sia opera di Pomponio. Dal testo del frammento sembra, infatti, che il giurista stesse affrontando più casi distinti: uno è quello della donazione del figlio *iussu aut voluntate patris*, la cui validità, e il conseguente passaggio immediato della proprietà dal *pater* al donatario, è argomentata con l'equiparazione alla donazione diretta del padre; un altro è, invece, quello introdotto da *aut si*, del quale però

sostanziale, non sia necessario ipotizzare che la *voluntas* sia stata introdotta nel passo di Pomponio ad opera di una mano più recente, ma che tale ipotesi sia resa probabile «da alcune mende formali difficilmente ascrivibili al giurista classico». L'Autore si pone poi il problema di determinare in che cosa consista precisamente la *voluntas* nel testo di Pomponio e dice che questa potrebbe identificarsi o con il mandato impartito al donante o, più in generale, con una volontà ricavabile, al di fuori del *iussum* e del mandato, dall'autorizzazione a effettuare donazioni, rilasciata al sottoposto. Esclude poi che nella *voluntas* possa rientrare la ratifica della donazione da parte del *pater*: questa eventualità non sembra, in questo passo, presa in considerazione.

⁴⁵ Il trasferimento della proprietà avverrà *iure civili* se la cosa donata è una *res nec mancipi*; *iure praetorio* se la donazione avviene con *traditio* di *res mancipi*.

⁴⁶ Cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 77 s.; J. HERNANZ PILAR, *El 'iussum' en las relaciones potestativas*, Valladolid, 1993, 82 s.; G. COPPOLA, *Dallo 'iussum'*, cit., 97.

mancherebbe il testo completo perché probabilmente i compilatori lo hanno tagliato non cogliendo le peculiarità della questione e forse presupponendo una uguale soluzione. Si può infatti notare come le due ipotesi come formulate nel testo non siano così affini: alla donazione del figlio *iussu patris* si sarebbe dovuta accostare, molto più propriamente, la donazione compiuta dall'autorizzato *nomine alieno*⁴⁷, e ciò perché appare difficile che nel caso concreto il donatario non riceva con la consapevolezza che la donazione proviene dal padre e non dal figlio⁴⁸. E' quindi probabile che il giurista stesse affrontando un caso differente, e non affine, da quello affrontato per primo, la cui enunciazione completa, e la cui soluzione non ci è pervenuta a causa del taglio del frammento in sede di redazione del Digesto⁴⁹.

4. Egesi di Iul. 57 'dig.' D. 21.2.39.1

Una volta chiarito che i *potestati subiecti* possono compiere valide alienazioni di beni dell'avente potestà, con effetti diretti nella loro sfera giuridica, soltanto se muniti di peculio oppure se debitamente autorizzati, nei limiti sopra visti, si può affrontare l'esgesi di un passo

⁴⁷ Il problema non sfugge a A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 78, che lo spiega con il fatto che il donante *nomine alieno* di regola dovesse apparire, anziché soggetto del negozio traslativo, semplice *nuncius*. Questa conclusione è dovuta all'esgesi svolta dall'Autore di Iav. 6 *epist.* D. 39.5.25, sulla quale tornerò al momento di parlare dell'autorizzazione ad alienare delle persone *sui iuris*.

⁴⁸ Soprattutto se si pensa che proprio nel caso di *iussum*, al donatario viene data dal *pater* l'autorizzazione a ricevere dal figlio.

⁴⁹ Cfr. G. FINAZZI, *Riflessioni*, cit., 402, che ritiene sospetta la frase finale a causa della personalizzazione della forma, che mal si concilia con il modo oggettivo nel quale è esposta la precedente fattispecie e che ritiene, se si volesse propendere per la genuinità del passo, che Pomponio, «esaminando il materiale di Sabino, abbia trovato la presa di posizione relativa alla donazione *iussu patris* e abbia esteso la trattazione ad altri casi nei quali, pur difettando il *iussum* e, forse, mancando anche il rapporto potestativo fra proprietario della cosa donata e il donante, ci si poteva interrogare sugli effetti della donazione. Quale fosse, tuttavia, il pensiero di Pomponio in merito ai casi di quest'ultimo genere non è possibile ricostruire con esattezza, in quanto i compilatori accorparono le varie ipotesi, presupponendo, evidentemente, che esse fossero accomunate anche da una identità di soluzioni».

che per alcuni autori⁵⁰ sarebbe prova a sostegno della possibilità per un soggetto *alieni iuris* di alienare validamente beni dominicali per mezzo di *mancipatio*, mentre per altri⁵¹ sarebbe, al contrario, una conferma dell'impossibilità per i sottoposti di compiere valide alienazioni attraverso questo negozio formale. La dottrina largamente maggioritaria⁵² è, infatti, orientata nel ritenere che il *servus* e il *filius* non potessero partecipare alla *mancipatio* nella posizione di *mancipio dans* probabilmente a causa sia della struttura del negozio, sia della reticenza romana ad ammettere perdite del patrimonio paterno per atto dei sottoposti: mentre la partecipazione dal lato attivo si può spiegare ravvisando nei *potestati subiecti* «una semplice *longa manus* del *pater*, al quale va pertanto imputata la dichiarazione solenne di acquisto, è spiegabile che i Romani non considerassero viceversa sufficiente, di fronte alla dichiarazione solenne dell'acquirente, l'atteggiamento di mera acquiescenza della persona soggetta, onde ammettere che il *pater* perdesse la proprietà»⁵³.

Il passo in questione è

Iul. 57 *dig.* D. 21.2.39.1: *Si servus tuus emerit hominem et eundem vendiderit Titio eiusque nomine duplam promiserit et tu a venditore servi stipulatus fueris: si Titius servum petierit et ideo victus sit, quod servus tuus in tradendo sine voluntate tua proprietatem hominis transferre non potuisset, supererit Publiciana actio et propter hoc duplae stipulatio ei non*

⁵⁰ Cfr. A. CORBINO, *La legittimazione a 'mancipare' per incarico del proprietario*, in *IURA*, XXVII, 1976, 50 ss; G. COPPOLA, *Dallo 'iustum'*, cit., 100 ss.

⁵¹ Cfr. L. MITTEIS, *Romisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Lipsia, 1908, 208 ss.; A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 35 s.

⁵² Cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 337; nonché la bibliografia citata da A. CORBINO, *La legittimazione*, cit., 50 s.

⁵³ Così A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 21; a questo orientamento, come detto largamente maggioritario, si potrebbe però replicare che, una volta attestata nelle fonti la partecipazione degli schiavi e dei figli al rito quiritario formale della *mancipatio*, seppur dal lato attivo, non è impossibile immaginare, pur in assenza di fonti certe, una loro partecipazione al rito anche dal lato passivo, debitamente autorizzati dall'avente potestà; tanto più che, nei limiti sopra visti, essi potevano compiere negozi di alienazione.

committetur: quare venditor quoque tuus agentem te ex stipulatu poterit doli mali exceptione summovere. alias autem si servus hominem emerit et duplam stipuletur, deinde eum vendiderit et ab emptore evictus fuerit: domino quidem adversus venditorem in solidum competit actio, emptori vero adversus dominum dumtaxat de peculio. denuntiare vero de evictione emptor servo, non domino debet: ita enim evicto homine utiliter de peculio agere poterit: sin autem servus decesserit, tunc domino denuntiandum est.

In questo frammento⁵⁴ Giuliano prospetta due ipotesi. La prima va dall'inizio del passo fino a *summovere*: un servo acquista uno schiavo e il venditore presta nei confronti padrone del servo una *stipulatio duplae* per garantire dall'evizione. Successivamente il servo aliena lo schiavo a Tizio e presta nei suoi confronti l'apposita *stipulatio duplae*. Tizio perde il possesso dello schiavo in qualche modo e agisce con la *rei vindicatio* per recuperarlo. Perde la causa perché non è diventato *dominus ex iure Quiritium* a seguito dell'alienazione da parte del servo. A questo punto è chiesto al giurista quali rimedi spettino a Tizio e come si dovesse comporre la vicenda; Giuliano risponde che a Tizio spetta ancora l'*actio Publiciana* per ottenere indietro lo schiavo, e di conseguenza a lui non spetta l'*actio ex stipulatu*⁵⁵. Inoltre chiarisce che se per caso il padrone del servo decidesse di agire *ex stipulatu* nei confronti del venditore, questi potrebbe respingerlo con l'*exceptio doli*⁵⁶.

La seconda invece va da *alias autem* sino al termine del frammento: un servo compra uno schiavo e si fa prestare, lui e non il

⁵⁴ Per i sospetti di interpolazione sul testo cfr. *Ind. Interp. ad h. l.*; nonché la bibliografia citata da I. BUTI, *Studi*, cit., 96 s., e A. CORBINO, *La legittimazione*, cit., 54 S.

⁵⁵ Dal testo si deduce che per aversi evizione in senso proprio è necessario che non vi sia più alcun rimedio per poter recuperare il bene. Se resta il rimedio pretorio la fattispecie evizionale risulta ancora non concretizzata.

⁵⁶ Se il padrone del servo non venisse respinto dall'eccezione di dolo si arricchirebbe ingiustificatamente.

suo *dominus*, la *stipulatio duplae* dal venditore. Successivamente vende lo schiavo a Tizio. Questi subisce l'evizione dello schiavo in danno irrimediabile, ossia non ha più alcun rimedio né civile né pretorio per riottenerne la disponibilità. Giuliano, in questa ipotesi, riconosce al padrone del servo la possibilità di agire *in solidum* nei confronti del venditore⁵⁷, e a Tizio la possibilità di agire *de peculio* nei confronti del *dominus servi*⁵⁸; specifica inoltre che Tizio dovrà denunciare il rischio evizionale, al fine di poter esperire utilmente l'azione con formula *de peculio*, al servo, sua parte contrattuale, e non al *dominus*; a meno che il servo non sia morto, nel qual caso la denuncia deve essere fatta direttamente al *dominus*.

Come sopra accennato, molti autori⁵⁹ ritengono che, nella sua versione genuina, il passo facesse riferimento alla *mancipatio* e non alla *traditio*, e ciò sia per la considerazione che i compilatori hanno sostituito ogni riferimento alla *mancipatio* con la *traditio* a causa della soppressione della differenza tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, sia per la collocazione del passo che, secondo Lenel⁶⁰, veniva in considerazione in sede di trattazione dell'*actio auctoritatis*. Si sarebbero pertanto verificate una *mancipatio* dal venditore al servo e un'altra dal servo a Tizio. Di conseguenza nel testo genuino si sarebbe letto, relativamente alla prima parte del passo, *in Mancipio dando* in luogo di *in tradendo*, non si sarebbe letto *et tu a venditore servi stipulatus fueris* perché la garanzia per evizione sarebbe spettata al *dominus servi* in forza dell'*actio auctoritatis*, effetto naturale della *mancipatio*⁶¹, e si sarebbe

⁵⁷ *In solidum*, ossia senza la clausola *de peculio*. Da questo si può dedurre che il venditore sia una persona libera e *sui iuris*. Per gli effetti favorevoli si da l'azione al *dominus* con formula *directa* mentre per gli effetti sfavorevoli si deve agire contro di lui con formula *de peculio*. L'azione riconosciuta al *dominus* sarebbe l'*actio empti* per ottenere l'interesse positivo riconducibile agli effetti favorevoli che ricadono nella sua sfera patrimoniale in conseguenza della prima vendita posta in essere dal servo.

⁵⁸ Tizio agisce con l'*actio empti* con formula *de peculio* per ottenere ristoro degli effetti sfavorevoli provocati dall'evizione.

⁵⁹ Cfr. Autori citati nella nt. 50 e nella nt. 51, nonché I. BUTI, *Studi*, cit., 96.

⁶⁰ Cfr. O. LENEL, *Pal.*, Iul., 735.

⁶¹ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 388 s., e nt. 879.

letto, nel tratto *quare venditor-summovere, ex auctoritate* in luogo di *ex stipulatu*.

A questo punto le opinioni si dividono.

Coloro che sostengono che il testo provi per la possibilità per un servo di alienare tramite *mancipatio*, considerano genuina l'espressione *sine voluntate tua*, la cui presenza sarebbe la causa del mancato trasferimento della proprietà dal *dominus servi* a Tizio. Si dovrebbe cioè dedurre dal passo che il servo potesse compiere validamente e con effetti civili la *mancipatio* dispositiva di beni a patto che ci fosse una autorizzazione o comunque una volontà positiva del *dominus*⁶².

Coloro, invece, che si esprimono per l'impossibilità per il servo di alienare con *mancipatio*, considerano un'aggiunta postclassica l'espressione *sine voluntate tua*; secondo alcuni, la sua introduzione sarebbe dovuta al fatto che nel testo genuino ci sarebbe stato soltanto il riferimento alla *mancipatio* accompagnato dalla soluzione negativa circa il passaggio della proprietà, e che poi i compilatori, dovendo sostituire nei testi la *mancipatio* con la *traditio*, abbiano aggiunto l'espressione per continuare a mantenere la soluzione negativa⁶³; secondo altri, le parole *sine voluntate tua* si dovrebbero considerare interpolate in quanto in contraddizione con la successiva affermazione circa l'esperibilità della *Publiciana*, per il fatto che presupposto di

⁶² Cfr. in questo senso G. COPPOLA, *Dallo 'iustum'*, cit., 109, la quale non condivide, ma con motivazioni invero poco chiare, le corrette osservazioni di A. CORBINO, *La legittimazione*, cit., 55 ss., secondo il quale nel testo comparirebbero due affermazioni tra loro in insanabile contrasto: posto che Tizio non ottiene la proprietà dello schiavo, ciò può avvenire soltanto per due cause. La prima è che non sia passata la proprietà dal venditore al *dominus servi*, e in questo caso non sarebbe minimamente pertinente la frase *quod servus tuus in tradendo sine voluntate tua proprietatem hominis transferre non potuisset*; la seconda è che non sia passata la proprietà dal *dominus servi* a Tizio, e in questo caso non sarebbe pertinente la frase *quare venditor quoque tuus agentem te ex stipulatu poterit doli mali exceptione summovere*. Se si ritenesse non genuina la frase *quod servus.....non potuisset* allora il testo diverrebbe irrilevante ai fini di una dimostrazione della possibilità per il servo di alienare tramite *mancipatio*; se si ritenesse non genuina la frase *quare venditor-summovere* ci sarebbe invece una prova nel senso che il servo, se autorizzato, possa *mancipare*.

⁶³ Cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 35.

questa dovrebbe essere una alienazione con il consenso del *dominus*⁶⁴; secondo un altro orientamento, l'interpolazione di queste parole sarebbe denunciata dal fatto che tutta la fattispecie è analizzata sul presupposto implicito che il servo, che compra e che vende, sia fornito della *libera administratio peculii*, e pertanto di una autorizzazione del *dominus*⁶⁵.

Io riterrei che il frammento, non solo non possa essere considerato come prova della possibilità per i *potestati subiecti* di alienare tramite *mancipatio*, ma non sia nemmeno un chiaro esempio dell'ipotesi contraria né dell'avvenuta sostituzione della *mancipatio* con la *traditio*. Si può, infatti, ragionevolmente sostenere anche la tesi, esclusa dagli Autori fino ad ora citati, che le alienazioni dello schiavo, compiute prima dal venditore e poi dal servo, siano avvenute tramite semplice *traditio*.

Occorre riconsiderare la fattispecie proposta al giurista.

Un servo, munito di peculio⁶⁶, acquista uno schiavo e poi lo rivende. Nel primo caso, la compravendita dal venditore al servo è accompagnata da una *stipulatio duplae*, con la quale il venditore garantisce il *dominus* del servo acquirente per l'evizione; la compravendita dal servo a Tizio è ugualmente accompagnata dalla *stipulatio (duplae)* in funzione di garanzia. Si chiede cosa succede nel caso che Tizio, avendo perso il possesso dello schiavo, sia risultato soccombente nella *rei vindicatio* da lui intentata. Dal fatto che il giurista affronti il problema della garanzia non soltanto rispetto alla seconda vendita, ma anche rispetto alla prima, si può comprendere come il

⁶⁴ Cfr. L. MITTEIS, *Romischen privatrecht*, cit., 209.

⁶⁵ Cfr. I. BUTI, *Studi*, cit. 97, che segue altra dottrina.

⁶⁶ Il fatto che il servo sia fornito di peculio, e probabilmente di *libera administratio peculii*, si evince sia dalla precisazione, contenuta nella seconda parte del frammento, secondo cui a Tizio spetta l'*actio* con la formula *de peculio* contro il *dominus servi*, con l'ulteriore precisazione che la denuncia per l'evizione va fatta, di norma, al servo e non al *dominus*, sia dal fatto nel suo complesso, che mostra un servo che autonomamente compie negozi giuridici e agisce nel mercato; *contra* A. CORBINO, *La legittimazione*, cit., 59, che invece ritiene che considerare il servo peculiatore sia una «mera petizione di principio, nulla potendosi ricavare dal tenore del testo». L'Autore però non procede all'esegesi della seconda parte del frammento ritenendola non interessante per i suoi fini.

mancato trasferimento della proprietà a Tizio non sia dovuto ad una mancanza di legittimazione ad alienare del servo, ma piuttosto al fatto che la proprietà non era passata nemmeno dal venditore al *dominus servi*.

Come si spiega il mancato passaggio della proprietà nella prima vendita?

Una ipotesi probabile, ma trascurata, è che sia avvenuta una ordinaria *emptio venditio* seguita da *traditio* di una *res Mancipi*, lo schiavo appunto⁶⁷. Altra ipotesi è che sia avvenuta una *mancipatio*, tuttavia *a non domino*, e che pertanto il venditore non abbia trasmesso la proprietà al *dominus servi*⁶⁸. In ogni caso, ed è questa la questione che più interessa, a seguito della seconda vendita dal servo a Tizio non poteva verificarsi alcun trasferimento di proprietà qualsiasi fosse l'atto all'uopo utilizzato.

Per questo motivo, riterrei non improbabile che nel passo originario il giurista non facesse minimamente menzione dell'atto, *mancipatio* o *traditio*, utilizzato nella vendita tra il servo e Tizio. Si potrebbe pensare che la frase *quod servus tuus in tradendo sine*

⁶⁷ In questo senso depone sia la considerazione che nella prassi dell'epoca classica il ricorso alla *mancipatio* per le compravendite di *res Mancipi* era accidentale rispetto all'utilizzo della *traditio* (cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 389, nt 885), sia la considerazione che proprio la *stipulatio duplae*, utilizzata dai soggetti del passo, trovava la sua origine nella vendita non mancipatoria delle *res Mancipi* e fungeva da trasposizione convenzionale dell'*obligatio auctoritatis* (cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 590; ID., voce *Vendita*, cit., 391, e nt. 904, che riferisce come anche in Varr. *r. rust.* 2.10.5 si affermi che, quando degli schiavi non si faccia la *mancipatio*, è d'uso procedere alla *stipulatio duplae*).

⁶⁸ Di conseguenza il riferimento alla *stipulatio duplae* tra il venditore e il *dominus servi* non sarebbe genuino: nel passo sarebbe stata menzionata l'*actio auctoritatis*; cfr. a tal proposito A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 35 s.: «che si tratti, nella stesura genuina del testo, di *actio auctoritatis* e non di *actio ex stipulatu* è provato, oltreché dalla *sedes materiae*, dalla impossibilità di ammettere l'esperibilità stessa dell'*actio ex stipulatu*, sia pure paralizzandola poi con l'*exceptio doli*, non essendosi avverata la condizione sospensiva dell'eventuale obbligo da stipulazione; diversamente dicasi per l'esperibilità dell'*actio auctoritatis*...Risulta così insitica, a prescindere da altri motivi, la menzione della *stipulatio* che sarebbe conclusa tra *dominus servi* e venditore». Se così fosse, si potrebbe sicuramente condividere la collocazione del passo proposta da Lenel (cfr. nt. 60), ma specificando che il riferimento alla *mancipatio* e alla conseguente *obligatio auctoritatis*, sarebbe riferito soltanto alla prima vendita e non alla seconda. Anche M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 402 nt. 1018 e 405 nt. 1043, sembra ritenere che, in relazione alla prima vendita, il testo facesse riferimento all' *actio auctoritatis*.

voluntate tua proprietatem hominis transferre non potuisset costituisca una spiegazione postclassica circa il mancato trasferimento della proprietà, errata soprattutto perché trova la radice del mancato passaggio nella seconda vendita e non nella prima⁶⁹; oppure si potrebbe pensare che il testo genuino facesse un generico riferimento alla *traditio* (che appunto è più probabile venisse utilizzata nella pratica, e in particolare dai servi nell'ambito del peculio) e che poi un compilatore, per giustificare il mancato trasferimento del diritto, a seguito della ricordata abolizione della differenza tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, abbia aggiunto *sine voluntate tua* etc... non comprendendo la fattispecie trattata⁷⁰.

Questa lettura della prima parte del passo ben si sposa con l'ipotesi prevista nella seconda parte: il servo compra uno schiavo e lo rivende a Tizio e si fa garantire con *stipulatio duplae* dal venditore; se Tizio viene evitto in danno irrimediabile, a lui spetta l'azione contro il *dominus servi* con formula *de peculio* e al *dominus servi* spetta l'azione diretta contro il venditore. Anche in questo caso è presupposto un mancato passaggio della proprietà già nella prima vendita. La differenza sostanziale tra le due ipotesi è che nella prima ancora non si è verificata una evizione, rimanendo a Tizio la possibilità di esperire l'*actio Publiciana*, mentre nella seconda l'evizione si è verificata. La precisazione finale, circa il soggetto al quale Tizio dovrà denunciare l'evizione, costituisce invece una applicazione in concreto dello schema della responsabilità adiettizia.

⁶⁹ Il tenore formale della frase fa propendere per un'aggiunta: cfr. P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento*, cit., 185, che rileva come la frase in questione confermi la sua congettura circa il quasi totale rimaneggiamento del passo; A. CORBINO, *La legittimazione*, cit., 58, non esclude che la frase sia frutto di una glossa. Si può anche rilevare come espungendo totalmente la frase non muterebbe in nessun modo la sostanza del testo, anzi si eliminerebbe un elemento di contraddizione interna.

⁷⁰ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 405 nt. 1043, il quale sostiene che l'interpretazione più verosimile da dare al passo sia che «l'esecuzione della seconda vendita (dal servo a Tizio) sia avvenuta mediante *traditio* (mentre è da ritenersi un'aggiunta la precisazione *sine tua voluntate*, volta ad adattare il caso classico di *traditio* di *res Mancipi* ai mutamenti subiti dal sistema del trasferimento della proprietà nell'epoca giustiniana), così che la l. 39.1 non dice nulla sugli effetti di una *mancipatio* eventualmente compiuta dallo schiavo».

In conclusione si può affermare che in questo frammento si stia trattando esclusivamente della garanzia per evizione e che tutta l'attenzione di Giuliano fosse rivolta a risolvere le questioni attinenti alle stipulazioni di garanzia nelle due ipotesi prospettate. Le questioni attinenti al tipo di negozio traslativo nonché alla legittimazione a compierlo non vengono affrontate, e lo stesso compimento di una *mancipatio* è, quanto meno, dubbio sia nella prima che nella seconda vendita. Non si possono, pertanto, trarre da questo passo argomenti per affermare o negare la possibilità per un servo di alienare tramite *mancipatio*.

5. '*Emptio venditio*' effettuata dal '*servus*' munito di *peculio*: Paul. 5 '*quaest.*' D. 21.1.57 pr. e Paul. '*17 ad Palut.*' D. 12.1.31.1.

Sempre in tema di vendita conclusa da schiavi può essere utile affrontare – seppur con poco più di un cenno – anche l'ipotesi di acquisto di un bene da parte del sottoposto e verificare se poi il *dominus* si possa effettivamente giovare dei soli effetti favorevoli nel proprio patrimonio, ovvero se debba anche sopportare gli eventuali oneri che l'operazione abbia comportato, senza poter utilizzare le limitazioni di responsabilità che l'ordinamento romano talvolta prevedeva.

In particolare vengono in rilievo al riguardo due frammenti di Paolo. Il primo è il seguente:

Paul. 5 *quaest.* D.21.1.57 pr.: *Si servus mancipium emit et dominus redhibitoria agat, non aliter ei venditor daturus est, quam si omnia praestiterit quae huic actioni continentur et quidem solida, non peculio tenus: nam et si ex empto dominus agat, nisi pretium totum solverit, nihil consequitur.*

Il passo tratta delle azioni esperibili nell'ipotesi in cui uno schiavo *peculiat* comperi un altro schiavo, che si riveli affetto da vizi.

In tal caso, il *dominus* dello schiavo compratore, al fine di ottenere dal venditore la ripetizione del prezzo pagato dovrà restituire lo schiavo con i relativi accessori, provvedendo anche al risarcimento degli eventuali deterioramenti causati allo schiavo da lui stesso o da un suo sottoposto, quale un membro della famiglia o *procurator*⁷¹.

Emerge, dunque, che l'esercizio dell'azione redibitoria nell'ipotesi esaminata comporta la necessità per il *dominus*, di prestare al venditore e per intero tutto ciò che l'editto prevede a carico del compratore, non potendo egli giovare del limite costituito dall'ammontare del peculio (... *quidem solida, non peculio tenus*)⁷².

Sul punto, Paolo osserva che l'esercizio da parte del *dominus* dell'*actio ex empto* non gli consentirebbe di ottenere alcunché, se non dopo aver pagato l'intero prezzo della vendita. Tale precisazione si rende necessaria in quanto, come noto, normalmente il servo che agisce per sé, come nel caso di specie⁷³, rende il padrone responsabile nei limiti del peculio e parimenti, il padrone che agisce per la tutela di obbligazioni autonomamente contratte dal servo, sarà tenuto ad eventuali controprestazioni nei soli limiti del peculio.

La deroga al regime favorevole della limitazione di responsabilità per il *dominus* del servo compratore è ribadita nel seguente passo, che tratta una ipotesi più complessa:

Paul. 17 *ad plaut.* D. 12.1.31.1 *Servum tuum inprudens a fure bona fide emi: is ex peculio, quod ad te pertinebat, hominem paravit, qui mihi traditus est. Sabinus Cassius posse te mihi hominem condicere: sed si quid mihi abesset ex negotio quod is gessisset, invicem me tecum acturum. et hoc verum est: nam et*

⁷¹Cfr. L. GAROFALO, *L'impossibilità della redibizione nella riflessione dei giuristi classici*, in *Studi sull'azione redibitoria*, Padova, 2002, 39 ss.

⁷² Cfr. A. RODEGHIRO, *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio' classica*, Padova, 2004, 139 ss.; per gli aspetti relativi all'esperibilità dell'*actio redhibitoria* v. G. IMPALLOMENE, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, 151 s., il quale è certo che tale azione potesse essere concessa anche contro il servo peculiatore, quanto meno secondo Paolo e Ulpiano.

⁷³ Cfr. I. BUTI, *Studi*, cit. 104;

Iulianus ait videndum, ne dominus integram ex empto actionem habeat, venditor autem condicere possit bonae fidei emptori. quod ad peculiare nummos attinet, si exstant, vindicare eos dominus potest, sed actione de peculio tenetur venditori, ut pretium solvat: si consumpti sint, actio de peculio evanescit. sed adicere debuit Iulianus non aliter domino servi venditorem ex empto teneri, quam si ei pretium solidum et quaecumque, si cum libero contraxisset, deberentur, dominus servi praestaret. idem dici debet, si bonae fidei possessori solvissem, si tamen actiones, quas adversus eum habeam, praestare domino paratus sim.

Nel citato passo, Ego compera in buona fede uno schiavo precedentemente rubato a Tu dal venditore. Questo schiavo compera un altro schiavo pagandone il prezzo con il denaro del peculio datogli da Tu⁷⁴. Il secondo venditore fa poi la *mancipatio* dello schiavo acquistato a Ego.

Con riguardo al rapporto tra Ego e Tu, Sabino offre la seguente soluzione: Tu può ripetere da Ego lo schiavo c.d. vicario⁷⁵ (per tale si intende lo schiavo acquistato dallo schiavo acquistato da Ego), mentre Ego per ottenere il rimborso da Tu delle somme eventualmente sborsate in occasione della compera dello schiavo vicario, potrà esercitare l'*actio negotiorum gestorum de peculio*.

Mentre Cassio aderisce alla soluzione ora riportata, diverse la conclusione cui giunge Giuliano, e alla quale si associa Paolo: Tu conserva integra⁷⁶ l'azione *ex empto* da esercitare nei confronti del

⁷⁴ Sul punto, A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma*, cit., 141 nt. 6, precisa che lo schiavo compratore aveva certamente perso la *libera administratio* del peculio, conformemente a Paul. 17 *ad Plaut.* D.15.1.48: *libera peculii administratio non permanet neque in fugitivo neque in subrepto neque in eo, de quo nescist quis, vivat an mortuus sit.*

⁷⁵ Così A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma*, cit., 141.

⁷⁶ Sul significato da attribuire al termine 'integra', si veda A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' giustinianee*, Milano, 2002, 196 nt. 62, dove si legge "Integra vuole verosimilmente indicare come se la traditio non fosse stata per nulla effettuata dal venditore, e cioè che l'azione spetti perché in effetti non è consumata".

secondo venditore, al quale è dato da ripetere da Ego lo schiavo vicario a questi consegnato.

Giuliano opera, poi, una distinzione con riguardo ai *nummi peculiares* utilizzati per il pagamento del prezzo dello schiavo vicario: se non ancora spesi, Tu può rivendicarli dal (secondo) venditore, il quale può agire con *l'actio venditi de peculio* per il pagamento del prezzo; al contrario, Tu non potrà più rivendicarne la proprietà qualora siano già consumati, e allo stesso tempo il secondo venditore non potrà più esperire *l'actio venditi de peculio*.

Il giurista severiano osserva poi che Giuliano avrebbe dovuto aggiungere che il venditore dello schiavo vicario non è tenuto *ex empto* nei confronti di Tu, se non in quanto quest'ultimo gli presta per intero (*in solidum*) il prezzo della vendita, nonché "*quaecumque, si cum libero traxisset, deberentur*", ad esempio gli interessi sul prezzo o le spese per il trasporto⁷⁷.

Dalla lettura dei due passi riportati, emerge come in entrambi i casi, Paolo subordini il vittorioso esercizio dell'*actio empti* esperita dal *dominus* dello schiavo compratore, di per sé responsabile nei limiti del valore del peculio, al pagamento dell'intero prezzo della vendita.

Tale soluzione viene interpretata dalla tradizionale dottrina⁷⁸ nel seguente modo: essendo il soddisfacimento del credito del compratore (consegna della cosa) subordinato al soddisfacimento del credito del venditore (pagamento del prezzo), la soluzione prospettata consente di correggere, sul piano funzionale, il mancato funzionamento del sinallagma sul piano genetico del sorgere delle obbligazioni delle parti.

⁷⁷ Sul passo si vedano I. BUTI, *Studi*, cit. 58 ss, il quale si concentra sul concetto e sulla perdita della *libera administratio peculii*; nonché A. BURDESE, *In tema di 'consumptio nummorum'*, in *Riv. Dir. Comm.*, 51, 1953, 273 ss., il quale ritiene insiticio *'et hoc verum est, nam et'*, in quanto le opinioni di Sabino e Cassio da un lato e di Giuliano dall'altro sarebbero incompatibili. Per l'Autore il passo sarebbe stato accorciato ed avrebbe originariamente fatto riferimento alla *mancipatio* e non alla *traditio*.

⁷⁸ In tal senso G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, 209; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 374.

La soluzione prospettata da Paolo, può essere letta anche guardando il fenomeno dal punto di vista della buona fede che regola il rapporto tra le parti.

Al riguardo, si è osservato⁷⁹ che il riconoscimento in capo al *dominus* dello schiavo compratore del potere di esigere dal venditore la consegna della cosa, e, allo stesso tempo, del potere di appellarsi alla limitazione di responsabilità di cui beneficia, potrebbe riflettersi sul principio in base al quale lo schiavo non si obbliga civilmente ma acquista il credito al proprio *dominus*: tale principio, infatti, nell'ipotesi di insufficienza del peculio, potrebbe trasformarsi in uno strumento di ingiustificato arricchimento a favore del *dominus* e a danno della parte con la quale lo schiavo abbia contrattato.

⁷⁹ così, A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma*, cit., 142 s. e bibliografia ivi citata.

CAPITOLO TERZO

LA DISPOSIZIONE DI BENI DA PARTE DEL 'PROCURATOR'

SOMMARIO: 1. Cenni sulla figura giuridica del *procurator omnium bonorum*. – 2. Le alienazioni del *procurator omnium bonorum*. – 3. La revoca e l'eccesso di procura. – 4. L'abuso di procura.

1. Cenni sulla figura giuridica del 'procurator omnium bonorum'.

L'istituto giuridico del *procurator* è stato oggetto di numerosi studi, costituendo uno degli istituti più discussi del diritto romano. Le difficoltà nella ricostruzione della figura sono sicuramente causate sia dall'incertezza e dalla contraddittorietà delle fonti, sia dalla mole delle opinioni dottrinali che negli anni si sono accumulate¹. Non costituisce oggetto di questo lavoro lo studio dell'istituto nel suo complesso; pertanto, mi limiterò a qualche breve cenno al fine di tratteggiare i caratteri del *procurator omnium bonorum* che si troverà più volte citato nelle fonti considerate.

Innanzitutto è necessario chiarire come dalle fonti sia letterarie che giuridiche emerga la piena rilevanza giuridica della figura del *procurator* e la sua tendenziale 'tipicità' rispetto alle altre cui era affidato lo svolgimento di attività di 'sostituzione negoziale'².

¹ Tra i tantissimi studi sul *procurator* cfr. P. BONFANTE, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, in *Studi dedicati a F. Schupfer*, Torino, 1898; V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949; P. ANGELINI, *Il 'procurator'*, Milano, 1971; F. BRIGUGLIO, *Studi sul 'procurator'*, Milano, 2007; M. MICELI, *Studi*, cit. 105 ss., ivi anche una completa bibliografia.

² Si possono citare, a titolo di esempio, la menzione del *procurator* nella formula degli editti *de vi* (Cic., *pro Tull.*, 19.44) e *de vi armata* (Cic., *pro Caec.*, 19.55), su cui cfr. M. MICELI, *Studi*, cit., 112 ss.; nonché la sua menzione nella formula dell'editto *de mancipiis vendundis* degli edili curuli contenuta in Ulp. 1 *ad ed.* D. 21.1.1.1: *Aiunt aediles: '...si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptori opera*

Inizialmente, il *procurator omnium bonorum* era un liberto al quale veniva affidata, dal *dominus* in procinto di assentarsi, l'amministrazione generale del suo patrimonio. Egli era considerato socialmente e giuridicamente, come dice Cicerone, *quasi quidam paene dominus, hoc est alieni iuris vicarius*³. In prosieguo di tempo si cominciarono ad avere procuratori non liberti, non fu più necessaria l'assenza del *dominus* e si ammise la figura del *procurator* preposto all'amministrazione di una branca soltanto dell'attività patrimoniale del *dominus*⁴.

Si può anche osservare che in origine non doveva sussistere alcuna regolamentazione del rapporto interno tra *dominus* e *procurator*, e ciò perché il legame esistente tra il patrono e il liberto doveva essere così intenso, che il liberto restava in qualche modo a far parte della famiglia e gli estranei dovevano avere l'impressione di continuare a trattare «con una *longa manus* del padrone di casa»⁵. Con il passare del tempo, però, sia a seguito del mutamento dei rapporti intercorrenti tra patrono e liberto, per cui costui non viene più considerato socialmente come organo della comunità domestica, sia a seguito dell'affermarsi della figura del procuratore non liberto, dovette sorgere la necessità di dare una sanzione giuridica specifica al rapporto tra *dominus* e *procurator*, e nelle fonti riconducibili alle soglie dell'epoca classica si trova applicata l'*actio negotiorum gestorum*⁶.

Si può condividere l'opinione di chi ritiene che questa azione non sia sorta esclusivamente al fine di sancire le responsabilità reciproche

familiae procuratorisve eius factum erit..., su cui cfr., G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955; R. ORTU, *'Aiunt aediles...'*, Torino, 2008. P. ANGELINI, *Il 'procurator'*, cit., 82 ss. sostiene invece che il *procurator* avesse, in epoca preclassica, una rilevanza esclusivamente economico-sociale e non giuridica.

³ Cfr. Cic., *pro Caec.*, 20.57, che ci fornisce una delle più antiche definizioni di *procurator* che possediamo: *...is qui legitime procurator dicitur, omnium rerum eius qui in Italia non sit absitve rei publice causa, quasi quidam paene dominus...* Sul testo cfr. M. MICELI, *Studi*, cit., 122 ss.

⁴ Cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 38.

⁵ Così V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 9.

⁶ Cfr. Cic., *Topica*, 10.42 e 17.66; nonché Pomp. 15 *ad Sab.* D. 27.3.3; Pomp. 15 *ad Sab.* D. 34.3.8.6. Per una esegesi di questi testi cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 19 ss.

del *dominus* e del *procurator*, ma che sia stata utilizzata, da subito, al fine di regolare il più ampio campo della spontanea sostituzione negoziale, e che in un secondo momento sia stata utilizzata anche per le ipotesi di procura⁷. A sostegno di questa tesi milita la considerazione che la formula di un'azione creata specificamente per l'istituto del *procurator* difficilmente avrebbe previsto, come presupposto di applicazione, la gestione già intrapresa dal *procurator*, anziché l'incarico stesso di procuratore, soprattutto se si pensa che questa azione ben difficilmente poteva servire a tenere responsabile il procuratore per non aver intrapreso alcun atto di gestione; proprio questa sfasatura tra i presupposti dell'azione e le esigenze del rapporto tutelato rende probabile che l'*actio negotiorum gestorum* sia stata concepita in modo tale da abbracciare le ipotesi di spontanea gestione di affari altrui senza prendere come spunto l'istituto della procura.

Soltanto in epoca classica avanzata l'esigenza di prevedere una responsabilità del *procurator*, anche a prescindere da un effettivo inizio di gestione, trova risposta nella progressiva assimilazione della procura allo schema contrattuale del mandato⁸: «nella *praepositio* procuratoria si vede non più un atto unilaterale del *dominus* efficace soltanto nel rapporto esterno di procura, bensì un vero e proprio mandato al procuratore, con conseguente applicazione nel rapporto interno del relativo mezzo processuale»⁹.

In realtà la figura del *procurator*, nel suo concreto apparire nelle fonti, e in particolare nelle fonti classiche, non risulta assimilabile, per le sue particolarità, ad altre figure di sostituti negoziali e non si può nemmeno individuare una disciplina giuridica omogenea, valida per

⁷ Cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 39 ss.; contra V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 29 ss., che reputa invece l'azione sorta specificamente per regolare i rapporti tra *dominus* e *procurator*.

⁸ Su tale processo cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 52 ss.; l'Autore in particolare compie l'esegesi di Ulp. 31 *ad ed. D. 17.1.6.1 Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione (scil. mandati) erit conveniendus, nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur: nec enim ideo est obligatus, quod negotia gessit, verum idcirco, quod mandatum susceperit: denique tenetur et si non gessisset.*

⁹ Così A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 43.

tutti i procuratori. Probabilmente il passaggio dall'originaria natura potestativa dell'istituto alla configurazione del ruolo come svolgimento di un *officium* ha causato l'applicazione di un regime giuridico non rigido, flessibile, profondamente influenzato dall'intreccio dei regimi e delle regole con istituti affini. Ci si trova pertanto davanti ad «una istituzione dunque, ambigua e complessa, nella quale si incontrano, come nella trama di un tessuto, presenze, *status*, apporti diversi, interni ed esterni al mondo domestico, Questa varietà si manifesta nella diversa rilevanza giuridica che l'attività svolta dal *procurator* produce nella disciplina dei suoi atti, segnata da linee, tendenze normative non omogenee, a volte contrastanti, e dalle quali affiora il profilo di una figura ora appiattita sulle posizioni di un semplice gestore, dai poteri contenuti, solo limitatamente capace di alienare e *rem pignori dare*, ora investito di un ruolo più efficace, più ricco di incidenza nella sfera giuridica del rappresentato, in sintonia con l'immagine del *procurator* "quasi padrone di tutte le cose", in grado come tale di disporre liberamente, di vendere e dare in pegno, di comprare e di fare qualsiasi altra cosa»¹⁰.

2. Le alienazioni del '*procurator omnium bonorum*'.

Una volta precisato che il *procurator* è un soggetto *sui iuris*, preposto dal *dominus* all'amministrazione del suo patrimonio, sovente a lui legato da vincoli di natura familiare e personale, e che il concreto operare di costui non è facilmente riconducibile ad una disciplina unitaria, è possibile concentrare l'attenzione sul problema specifico della sua legittimazione ad alienare beni dominicali.

In forza del particolare ruolo di amministratore generale svolto dal *procurator omnium bonorum*, è facilmente intuibile che egli sia

¹⁰ Così R. QUADRATO, voce *Rappresentanza (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 425 s.

compreso tra i soggetti *sui iuris* ai quali è riconosciuto il potere di disporre di beni del *dominus*. Nelle fonti, in relazione a questo potere, è spesso menzionato accanto al *tutor* e al *curator*¹¹, con la fondamentale differenza che mentre per questi la *potestas alienandi* trae origine dal carattere protettivo delle funzioni esercitate, per il *procurator* trae origine dalla *praepositio* del *dominus*, ossia da un atto di autorizzazione dominicale.

Si devono però chiarire sia l'ambito entro il quale il *procurator* può alienare senza necessità di ottenere dal *dominus* un mandato specifico¹², sia l'efficacia, civile o pretoria, delle alienazioni.

Si possono analizzare alcuni passi particolarmente discussi in dottrina.

Il primo è un frammento di Modestino:

Mod. 6 *diff.* D. 3.3.63; *Procurator totorum bonorum, cui rei administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles vel immobiles neque servos sine speciali domini mandatu alienare potest, nisi fructus aut alias res, quae facile corrumpi possunt.*

Il passo è considerato fortemente interpolato per gran parte della dottrina¹³. In particolare si dubita della classicità dell'inciso *cui rei administrandae mandatae sunt*, dell'aggettivo *specialis*, dell'inciso *sine speciali domini mandatu*, della distinzione *res mobiles vel immobiles*.

Il caso è quello di un *procurator omnium bonorum*, incaricato di amministrare il patrimonio del *dominus*. Nella stesura attuale del testo,

¹¹ Cfr. Gai. 2.64

¹² Gran parte dei passi riportati nel Digesto richiede, per la validità dell'alienazione, un mandato speciale del *dominus*. Sicuramente, in alcuni di questi passi, la limitazione ha origine compilatoria, dovuta probabilmente all'accoglimento da parte dei postclassici della prassi ellenistica, la quale richiedeva una individuazione specifica, o quanto meno nel genere, degli atti che il rappresentante avrebbe potuto compiere. Sul punto cfr. S. SOLAZZI, *Le facoltà del 'procurator bonorum' nel diritto romano ellenico*, in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957, 588 ss.; più radicale è P. BONFANTE, *Facoltà*, cit., 250 ss., che considera spurio ogni riferimento al mandato speciale.

¹³ Cfr. M. MICELI, *Studi*, cit., 137 s., e la bibliografia ivi citata.

egli ha soltanto la possibilità di alienare validamente frutti e altre cose deteriorabili, mentre non può compiere alienazioni di schiavi, beni immobili, beni mobili non deteriorabili, senza uno specifico permesso.

Autorevole dottrina¹⁴ si esprime nel senso di ritenere 'capovolta' la soluzione originaria: Modestino avrebbe affermato nel testo la possibilità per il *procurator* di compiere in piena autonomia tutte le alienazioni che nel testo attuale sono vietate.

Io riterrei, invece, non necessariamente da scartare l'ipotesi che, nel caso concreto, il *procurator* fosse stato preposto ad una attività di gestione conservativa del patrimonio e che, pertanto, nella sua ordinaria attività potessero rientrare soltanto le alienazioni di frutti e di beni deteriorabili, mentre le altre alienazioni, di beni immobili, mobili non deteriorabili, schiavi, avrebbero configurato atti di amministrazione straordinaria, i quali avrebbero appunto necessitato di una specifica autorizzazione¹⁵.

Il secondo passo è di Gaio e riguarda il consenso alla vendita del pegno prestato dal *procurator* e la sua efficacia nei confronti del debitore pignoratizio. Si consideri, infatti:

Gai. I. sing. ad form. hyp. D. 20.6.7.1: Videbimus, si procurator omnium bonorum consensit vel servus actor, cui et solvi potest et in id prepositus est, an teneat consensus eorum. Et dicendum est non posse, nisi specialiter hoc eis mandatum est.

Il giurista si chiede se il consenso prestato dal *procurator omnium bonorum* o dal *servus actor*, nei cui confronti possono essere effettuati pagamenti se ed in quanto sia stato a ciò preposto, possa avere effetto liberatorio per il debitore. La risposta contenuta nella frase finale è

¹⁴ Cfr. P. BONFANTE, *Facoltà*, cit., 4; dello stesso avviso M. MICELI, *Studi*, cit., 138 s.

¹⁵ La differenza tra le alienazioni per le quali il *procurator* è legittimato e quelle per le quali non lo è, dovrebbe stare nel fatto che, a seguito delle une, l'acquirente potrà ottenere tutela pretoria anche nei confronti del *dominus*, mentre a seguito delle altre, non sarà tutelato nei suoi confronti.

negativa, ma sempre che il consenso non sia stato prestato in esecuzione di un mandato speciale da parte del *dominus*.

La dottrina è pressoché unanime nel ritenere compilatoria tutta la frase finale del passo¹⁶. Si divide però nel fornire la soluzione genuina della questione: secondo alcuni¹⁷, non ci sono ragioni plausibili per ritenere che il consenso, prestato alla vendita del pegno da parte di un *procurator omnium bonorum*, non avesse effetti liberatori nei confronti del debitore pignoratizio, e, pertanto, per ritenere che il *procurator*, in età classica, non fosse fornito di poteri dispositivi in ordine al patrimonio del *dominus negotii*; per altri¹⁸, la soluzione negativa sarebbe stata *ab origine* prevista per il solo *servus actor*¹⁹, poi i compilatori l'avrebbero estesa al *procurator*.

In ogni caso si è concordi nel ritenere che, limitatamente al *procurator* la soluzione dovesse essere positiva.

Io ritengo che si possa concordare pienamente sul fatto che la soluzione originaria dovesse essere nel senso della forza vincolante del consenso alla vendita del pegno con relativo effetto liberatorio²⁰;

¹⁶ Cfr. P. BONFANTE, *Facoltà*, cit., 5; E. ALBERTARIO, 'Procurator unius rei', in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, 504; A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 26 s.

¹⁷ Cfr. P. BONFANTE, *Facoltà*, cit., 5 ss; M. MICELI, *Studi*, cit., 139 ss.

¹⁸ Cfr. S. SOLAZZI, *Le facoltà*, cit., 588; A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 27.

¹⁹ Per una esegesi dei testi che riguardano la legittimazione ad alienare del *servus actor* cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 26 ss., il quale conclude la sua analisi ritenendo che la semplice qualifica di *actor* non sia da sola sufficiente a far produrre effetti giuridici agli atti di costui, ma che sia necessaria anche apposita preposizione ad una delimitata cerchia di affari. Per giustificare la soluzione negativa circa il consenso alla vendita del pegno da parte dell'*actor*, egli ritiene compilatorio l'inciso *et in id prepositus est* in quanto formalmente scorretto.

²⁰ A sostegno di questa soluzione ci sono sia la considerazione che una tale attività è quanto di più comune ci possa essere nell'esercizio di una funzione di gestione patrimoniale, quale quella svolta dal *procurator omnium bonorum*, sia la constatazione che il passo si inserisce in un più ampio discorso di Gaio, tratto dal *liber singularis ad formulam hypothecariam*, riportato da D. 20.6.7 pr. fino a D. 20.6.7.4, nel quale il giurista, dopo aver affermato che il consenso alla vendita del pegno prestato dal creditore pignorante produce effetto liberatorio nei confronti del debitore, procede ad una identificazione degli altri soggetti, diversi dal creditore, che comunque potevano esprimere valido consenso con conseguenti effetti liberatori; egli tratta il caso del *tutor*, con soluzione positiva, e poi passa al *procurator* e al *servus actor* specificamente preposto a ricevere pagamenti: è molto probabile che queste figure fossero accostate proprio per la comune soluzione positiva, tanto più per il fatto che ad esse era affidato lo svolgimento di una attività di carattere generale. Sulla questione cfr. M. MICELI, *Studi*, cit., 140 ss.

tuttavia non penso che si possa da questo ricavare la conclusione secondo cui i poteri del *procurator omnium bonorum* sarebbero stati, in età classica, illimitati e che tutti i riferimenti ad uno specifico mandato, al fine di consentire un'alienazione, siano di fattura compilatoria.

Sicuramente i compilatori hanno inteso 'perimetrare' i poteri di alienazione del *procurator*, introducendo spesso la necessità di uno specifico mandato, ma questo non vuol dire che ogni ipotesi di mandato specifico ad alienare sia frutto di interpolazione e che, pertanto, in epoca classica, non ci fossero limiti alla libertà di alienazione.

Dai due frammenti sopra visti si può, piuttosto, forse ricavare che le soluzioni date dai giuristi romani, circa la possibilità per un *procurator omnium bonorum* di alienare beni dominicali, fossero sempre strettamente legate alle peculiarità del caso concreto proposto: nell'ambito di un generico potere di disporre di beni dominicali, connaturato alla funzione di gestione ricoperta, si deve volta per volta individuare quali siano le caratteristiche della preposizione, quali possano essere, in relazione alle circostanze di fatto, gli atti di alienazione ordinari e quelli straordinari, e, di conseguenza, quali alienazioni possano dirsi valide, perché compiute da soggetto autorizzato, e quali invece invalide, perché nel compierle il *procurator* è uscito dai confini della preposizione.

Discusso è anche un terzo frammento, tratto dalle *Res cottidianae* di Gaio:

Gai. 2 rer. cott. D. 41.1.9.4: *Nihil autem interest, utrum ipse dominus per se tradat alicui rem an voluntate eius aliquis. Qua ratione, si cui libera negotiorum administratio ad eo qui peregre proficiscitur permissa fuerit et is ex negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis.*

Nel passo è affermato che non interessa se la *traditio* sia realizzata dal *dominus* in prima persona, o da qualcun altro per sua volontà. Per lo stesso motivo, se colui al quale è stata concessa la *libera negotiorum administratio* dal *dominus* partito per l'estero, nell'esercizio della sua attività di gestione, vende e consegna una cosa, renderà questa del compratore.

Lo stesso frammento è riportato, con poche varianti, nelle Istituzioni di Giustiniano:

I. 2.1.42-43: *Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem, an voluntate eius alius. Qua ratione, si cui libera negotiorum administratio a domino permissa fuerit isque ex his negotiis rem vendiderit et tradiderit, faci team accipientis.*

Parte della dottrina²¹ ha visto in questo brano delle *Res cottidianae* una conferma della teoria secondo cui, nel periodo classico, il *procurator omnium bonorum* avrebbe goduto di un illimitato potere di alienare beni del *dominus*. Il frammento sarebbe sfuggito ai compilatori che avrebbero omesso di inserire il consueto riferimento ad un mandato speciale. Altra parte²² vi vede attestati i principi giustiniani sulla base dei quali sono stati modificati i brani classici. Altri²³ ancora, invece, hanno visto nella *libera negotiorum administratio*

²¹ Cfr. P. BONFANTE, *Le facultà*, cit., 8.

²² Cfr. E. ALBERTARIO, *'Libera administratio'*, cit., 141, il quale ritiene interpolati sia l'espressione *voluntate eius aliquis*, che avrebbe sostituito l'originaria frase *qui loco domini est*, sia tutto l'inciso relativo alla *libera administratio*. Le interpolazioni sarebbero state realizzate al fine di ricondurre la facultà di alienare del *procurator* sempre ad una volontà specifica del *dominus*. Per la genuinità dell'espressione *voluntate eius* cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 48 s., che, tuttavia, ritiene censurabile nel testo il passaggio dall'affermazione generica della legittimazione ad alienare di chiunque abbia ricevuto l'incarico dal proprietario, all'esemplificazione ristretta al *procurator*.

²³ Cfr. P. ANGELINI, *Il procurator*, cit., 124 ss. Ad avviso dell'Autore non ci sarebbe contrasto tra Mod. 6 *diff.* D. 3.3.63 e Gai. 2 *rer. cott.* D. 41.1.9.4 perché, nel primo passo si esprimerebbe una regola valida per ogni *procurator omnium bonorum*, mentre nel secondo si farebbe riferimento ad un mandato generale che comporterebbe l'attribuzione al *procurator* di facultà più ampie di quelle normalmente spettanti.

un mandato generale conferito al *procurator* o ad altro soggetto, chiaramente considerando necessario, fin dall'epoca classica, un mandato del *dominus* per compiere qualsivoglia alienazione e indipendentemente dall'esistenza o meno di una *praepositio*.

Io ritengo che, nella sua sostanza, il frammento rispecchi quanto ho sostenuto poco sopra, ossia che i giuristi romani, pur collegando, di norma, all'incarico di *procurator omnium bonorum* la potestà di compiere valide alienazioni, valutino in concreto, in relazione a come di fatto si esplica la funzione gestoria, se sussista la necessità di uno specifico mandato ad alienare oppure no. In questo caso il *dominus* prepone un *procurator* alla gestione di tutti i suoi affari perché si accinge a partire per l'estero: è evidente che egli ha voluto, dovendo stare lontano per parecchio tempo, attribuire un potere di gestione piuttosto ampio, che consenta un notevole margine di manovra. Sarebbe, infatti, un freno all'attività di gestione dover richiedere un permesso per l'alienazione di singoli beni. In altre ipotesi, come si è visto in D. 3.3.63, può invece ritenersi non sufficiente la qualifica di *procurator* al fine di alienare validamente certi beni, e questo probabilmente perché nel caso concreto, che chiaramente noi non conosciamo nelle sue particolarità, il *dominus* aveva dato un incarico di gestione generale, ma con un marcato indirizzo conservativo della composizione del patrimonio²⁴.

Il fatto poi che i compilatori non abbiano inserito il riferimento alla necessità di uno specifico mandato e abbiano inserito il passo addirittura nelle Istituzioni può spiegarsi con la considerazione che abbiano ritenuto assolta, da una *praepositio* così ampia (*libera negotiorum administratio*), la funzione di indicare, nella specie o almeno nel genere, quali atti potessero essere compiuti dal *procurator*.

Il brano tratto dalle *Res cottidianae* è interessante anche per un altro motivo: sia nella versione del Digesto, sia in quella delle Istituzioni, è affermato che la *traditio* di cosa dominicale, effettuata

²⁴ Per una condivisibile esegesi del brano cfr. M. MICELI, *Studi*, cit., 177 ss.

voluntate domini o nell'esercizio della funzione di *procurator omnium bonorum*²⁵, '*facit rem accipientis*'. Tale espressione è, nelle fonti classiche, utilizzata come modo per indicare il trasferimento della proprietà secondo il *ius civile*. Le alienazioni per volontà del *dominus* sarebbero, pertanto, produttive di effetti civili diretti nella sua sfera giuridica²⁶.

E tuttavia può esprimersi un prudente dissenso da questa affermazione così generale. Di norma, infatti, le alienazioni del *non dominus sui iuris*, ricorrendo i presupposti delle tutele bonitarie, non producono effetti civili, ma pretori: la differenza tra l'alienazione compiuta dal *non dominus* legittimato e quello non legittimato sta nel fatto che, nella prima ipotesi, l'acquirente avrà la possibilità, durante il tempo necessario ad usucapire, di resistere anche alle pretese del *dominus ex iure Quiritium*, mentre nella seconda ipotesi egli non potrà opporsi efficacemente alle pretese del *dominus*. La produzione di effetti civili può però verificarsi se, al momento di compiere il negozio traslativo, il *non dominus* legittimato imputa al *dominus* la *datio rei*, ossia dichiara di effettuare il negozio da parte del *dominus*.

I casi possibili quindi sono due: o l'affermazione contenuta nel brano è frutto di una generalizzazione postclassica, dovuta alla minore sensibilità giuridica dell'epoca nonché al progressivo affievolirsi della differenza tra *dominium ex iure Quiritium* e *in bonis habere*, e la qual cosa è molto probabile dato che proprio la paternità gaiana delle *Res cottidianae* è discussa e si pensa possa essere di origine alto postclassica²⁷; oppure nel caso concreto affrontato dal giurista si faceva riferimento ad una fattispecie più specifica di quella a noi

²⁵ Se appunto non è richiesta in concreto una specifica autorizzazione.

²⁶ Questo si deduce dal tenore del passo e questo sembrano sostenere, pur non approfondendo la questione, A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 47; M. MICELI, *Studi*, cit., 178.

²⁷ Cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 48; A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 49.

tramandata, nella quale il *procurator omnium bonorum* imputava al *dominus* gli atti di disposizione²⁸.

Restano ora da affrontare alcune ipotesi, attestate nelle fonti, di revoca, eccesso, abuso di procura.

3. La revoca e l'eccesso di procura.

Può capitare che il *dominus* impartisca al suo *procurator* specifiche istruzioni che egli è tenuto a seguire nell'espletamento dell'incarico. Talvolta queste istruzioni non sono impartite al momento, ed eventualmente all'atto, della *praepositio*, ma sono impartite successivamente e per un singolo affare. Inoltre ci sono casi, attestati nelle fonti, in cui un soggetto viene istituito *procurator* ma per un singolo affare²⁹, con ciò rendendo molto difficile, al lato pratico, distinguere tra il procuratore e il mandatario. D'altronde, come già detto³⁰, in tarda epoca classica si assiste ad una progressiva assimilazione della procura all'interno dello schema contrattuale del mandato³¹.

I casi che ora si devono illustrare mettono in rilievo l'esistenza di uno specifico incarico conferito dal *dominus* al *procurator*, anzi di un vero e proprio mandato, tanto che le soluzioni adottate non si

²⁸ La supposizione che il brano dovesse riguardare, in origine, una fattispecie più specifica è formulata anche da M. MICELI, *Studi*, cit., 181.

²⁹ E' questa la figura del c.d. *procurator unius rei*, della cui classicità ancora si dubita. La dottrina romanistica del primo novecento riteneva frutto di interpolazione tutti i passi in cui si riconosceva l'esistenza di un *procurator* a cui fosse stato affidato il compimento di uno o più incarichi determinati (cfr. E. ALBERTARIO, 'Procurator unius rei', in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, 497 ss.); questa opinione è stata poi superata anche se resta oggetto di dibattito la tesi di chi ammette la sola classicità del *procurator ad litem* (cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 12 ss.), rispetto a quella che propende anche per la classicità del *procurator unius rei* (cfr. A. WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, 1961, 78 ss.); per la classicità del *procurator unius rei* si esprime M. MICELI, *Studi*, cit., 229 ss.

³⁰ Cfr. § 1

³¹ Per i rapporti tra procura e mandato cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 52 ss.; M. MICELI, *Studi*, cit., 233 ss.;

dovrebbero discostare dai casi analoghi in cui l'incarico è dato ad un soggetto non qualificato come *procurator*.

Con riguardo alla revoca della procura, o meglio del mandato ad alienare, è discusso dai giuristi il caso che la revoca intervenga dopo che il procuratore si sia già contrattualmente impegnato tramite vendita, ma non abbia ancora eseguito la *traditio* della cosa.

La fattispecie è trattata da Ulpiano, che segue Papiniano, in

Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.2.14: *Papinianus libro sexto quaestionum scribit: si quis prohibuit vel denunziavit ex causa venditionis tradi rem, quae ipsius voluntate a procuratore fuerat distracta, et is nihilo minus tradiderit, emptorem tuebitur praetor, sive possideat sive petat rem. Sed quod iudicio empti procurator emptori praestiterit, contrario iudicio mandati consequetur: potest enim fieri, ut emptori res auferatur ab eo, qui venire mandavit, quia per ignorantiam non est usus exceptione, quam debuit opponere, veluti 'si non auctor meus ex voluntate tua vendidit'.*

Il *dominus* incarica il suo *procurator*³² di vendere una certa *res*. Questi trova l'acquirente e stipula il contratto di vendita. Successivamente il *dominus* si pente e vieta al *procurator* di eseguire la *traditio*. Dopo la revoca, il *procurator* compie comunque la *traditio*. A questo punto il giurista specifica che l'acquirente otterrà tutela dal pretore, sia per conservare il possesso, sia per rivendicare il bene. Non solo: se il compratore viene evitto dal *dominus* mandante, perché per ignoranza non ha adoperato l'*exceptio si non auctor meus ex voluntate tua vendidit*, opponendo la quale sarebbe risultato vincitore nel giudizio

³² Tra il *dominus* e il *procurator* è stipulato un contratto di mandato. Non sappiamo, e non è rilevante ai fini della soluzione del caso, se ci troviamo davanti ad un *procurator unius rei*, investito del compimento di un singolo negozio (come sembra ritenere M. MICELI, *Studi*, cit., 187), oppure ad un *procurator omnium bonorum* al quale il *dominus* ha dato specifico mandato di alienare una cosa evidentemente non rientrante, in concreto, nell'ambito della gestione affidatagli.

di rivendica intentato contro di lui dal *dominus*, potrà sempre agire con l'*actio empti* contro il *procurator*, costui poi, con l'*actio mandati contraria*, può ottenere dal *dominus* quanto ha dovuto pagare al compratore.

In questo frammento³³ è chiaramente sancita l'irrevocabilità del mandato una volta che abbia avuto inizio l'esecuzione dell'incarico³⁴. La protezione pretoria assolve anche all'opportunità di semplificare i rapporti tra *dominus*, *procurator* e compratore, sancendo la validità della *traditio* in luogo della responsabilità del *procurator* nei confronti del compratore, e del *dominus* verso il *procurator*³⁵. Alle azioni *empti* e *mandati contraria* si dovrà far ricorso soltanto quando il compratore non abbia, per ignoranza, opposto l'*exceptio si non auctor meus ex voluntate tua vendidit*.

Si può ritenere che l'ignoranza del compratore sia riferita a talune circostanze di fatto e in particolare alla esistenza del mandato (egli non ha potuto resistere alle pretese del *dominus* perché non sapeva dell'esistenza del mandato); oppure si può supporre che egli ignorasse che la revoca successiva al contratto obbligatorio non fosse idonea a invalidare la *traditio*. Maggiori perplessità possono sorgere nel ritenere rilevante anche l'errore di diritto: non sembra equo accordare tutela a chi, pur essendo stato informato di aver acquistato da un *non dominus* legittimato (la revoca è stata intempestiva), non abbia adoperato i rimedi processuali per ignoranza dell'editto³⁶.

Come si può avere una revoca dell'incarico, che però deve essere tempestiva, si può anche avere una espressa fissazione di condizioni, da parte del *dominus*, circa l'alienazione di uno o più beni. Se il

³³ Sul quale cfr. E. BETTI, *Esercitazioni*, cit., 149 ss.

³⁴ Cfr. Gai. 3.159

³⁵ A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 50 s., ritiene che se non fosse intervenuto il divieto dominicale di compiere la *traditio*, l'alienazione sarebbe stata sicuramente efficace *iure civili*. Io esprimerei un prudente dissenso perché la validità *iure civili* sarebbe stata soltanto eventuale, si sarebbe verificata, cioè, soltanto se il *procurator* all'atto della *traditio* avesse imputato la *datio* al *dominus*. Visto che dal passo risulta che il compratore fosse ignaro di acquistare da un *non dominus*, riterrei, all'opposto, che in ogni caso non si sarebbero verificati effetti civili.

³⁶ Cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 51.

procurator non si attiene alle istruzioni ricevute, egli oltrepassa i limiti del mandato e non alienerà validamente, e dunque il *dominus* potrà recuperare il bene dal compratore.

Si può vedere ora un testo della cancelleria di Diocleziano contenuto in

Impp. Diocl. et Max. AA. et CC. Firmio C. 4.35.12: *Cum mandati negotii contractum certam accepisse legem adseveres, eam integram secundum bonam fidem custodiri convenit. Unde si contra mandati tenorem procurator tuus ad te pertinentem fundum vendidit nec venditionem postea ratam habuisti, dominium tibi auferre non potuit* (a. 293)

Nel passo è chiaramente affermata l'invalidità dell'alienazione di un fondo, venduto e consegnato dal *procurator* senza rispettare le condizioni stabilite dal *dominus* nel contratto di mandato. La soluzione è sicuramente conforme al regime classico, mentre qualche dubbio può essere sollevato sulle motivazioni: la cancelleria imperiale fa leva sulla mancata buona fede nell'esecuzione del contratto, mentre i giuristi classici avrebbero, con molta probabilità, costruito la loro soluzione sul venir meno della legittimazione ad alienare del *procurator*, proprio a causa del mancato rispetto delle condizioni stabilite dal *dominus*. Non rispettando le istruzioni ricevute, il *procurator* opera al di fuori della *praepositio* ricevuta e perde, davanti ai terzi, la sua funzione di sostituto negoziale del *dominus*.

4. L'abuso di procura.

Il fatto che i giuristi classici riconducessero le ipotesi di mala fede nell'esecuzione dell'incarico ad un venir meno della legittimazione ad

alienare si evince chiaramente da alcuni passi in tema di abuso di procura.

Il primo è di Cervidio Scevola, ed è riportato in

Scaev. 1 resp. D. 17.1.60.4; *Lucius Titius fratris filio commisit rerum suarum administrationem ita: Σειῶ τέκνῳ χαίρειν. ἐγὼ μὲν κατὰ φύσιν εἶναι νομίζω τὸ ὑπὲρ πατρὸς καὶ τῶν τοῦ πατρὸς υἱῶν πραγματεύεσθαι δίχα τοῦ τινὰ ἐπιτροπικὸν αἰτεῖν. εἰ δέ δεῖ καὶ τοιούτου τινός, ἐπιτρέπω σοι περὶ πάντων τῶν ἐμῶν ὡς θέλεις πραγματεύεσθαι, εἴτε πωλεῖν θέλεις εἴτε ὑποτίθεσθαι εἴτε ἀγοράζειν εἴτε ὅτιοῦν πράττειν, ὡς κυρίῳ ὄντι τῶν ἐμῶν; ἐμοῦ πάντα κύρια τὰ ὑπὸ σοῦ γινόμενα ἡγουμένου καὶ μηδὲν ἀντιλέγοντός σοι προς μηδεμίαν πράξιιν. Quaesitum est, si quid non administrandi animo, sed fraudolenter alienasset vel mandasset, an valeret. Respondi eum, de quo quaereretur, plene quidem, sed quatenus res ex fide agenda esset, mandasse. Item quaero, an, cum Seius magistratu functus debitor exstisset, Lucius Titius eo nomine conveniri possit vel res eius obligatae essent propter verba epistulae supra scripta. Respondi neque conveniri posse neque res obligatas esse.*

In questo passo un cittadino romano, probabilmente residente nella parte orientale dell'Impero dato che la sua lettera è scritta in greco, istituisce procuratore un suo nipote e specifica che l'incarico di gestire i propri affari comprende anche la possibilità di vendere, di fare convenzioni, di comprare, e di compiere tutte le operazioni che, in concreto, questi reputerà convenienti. E' chiesto al giurista se una così ampia facoltà di agire rendesse inoppugnabili anche le alienazioni compiute in mala fede, con l'intento cioè di frodare il *dominus*; Scevola risponde che la legittimazione ad alienare derivante dal conferimento dell'incarico non si estende alle alienazioni compiute in mala fede. Non solo, si specifica pure che Lucio Tizio non potrà essere convenuto in giudizio, né le sue cose ritenersi obbligate, per atti compiuti

fraudolentemente dal nipote, nell'esercizio delle sue funzioni di procuratore.

Di questo frammento si possono evidenziare due aspetti.

Il primo è che all'atto di conferimento dell'incarico, per mezzo di *epistula*, il *dominus* si preoccupa di specificare che il potere di gestione si deve intendere comprensivo della facoltà di compiere una serie molto ampia di atti, anche di alienazione. E questo penso che confermi quanto detto più sopra, ossia che, nel preporre un soggetto all'amministrazione dei propri beni, fosse necessario chiarire, esplicitamente come in questo caso, o anche implicitamente attraverso il materiale atteggiarsi dell'attività, quali atti potessero considerarsi compresi nella preposizione e quali, invece, esorbitassero da questa e avessero necessità, per essere validamente compiuti, di uno specifico permesso³⁷.

Il secondo è che se l'alienazione di uno o più beni è compiuta in mala fede, ossia con l'intento di frodare il *dominus*, o comunque con l'intenzione di perseguire un interesse proprio, questa non è valida anche se astrattamente compresa tra le facoltà conferite; e l'invalidità è dovuta al fatto che il *procurator*, nel compiere il negozio, è uscito dall'ambito della preposizione e pertanto si presenta davanti ai terzi

³⁷ Del frammento si è occupato S. SOLAZZI, *Le facoltà*, cit., 580 ss., il quale ha ravvisato nel brano la prova dell'esistenza di una forza contraria al diritto romano che avrebbe, con il tempo, causato la decadenza o la progressiva trasformazione di tanti istituti romani: il diritto dei paesi della parte orientale dell'Impero; in particolare l'Autore ritiene che l'elenco esplicito dei poteri del *procurator* fosse un vero e proprio requisito di validità della preposizione, in ossequio alla prassi locale, probabilmente egiziana: l'investitura doveva avvenire per atto scritto che specificasse nel dettaglio le attribuzioni del procurator. P. ANGELINI, *Il 'procurator'*, cit., vi ha visto, invece, una prova della sua teoria, secondo la quale in età classica il *procurator* avrebbe avuto poteri limitatissimi e che soltanto il conferimento di un mandato speciale avrebbe potuto consentire il compimento di atti rilevanti come quelli di alienazione; G. HAMZA, *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, in *Index*, IX, 1980, 210, vede nella lettera riportata nel passo il conferimento di un incarico generale e, a parte, un incarico specifico a poter vendere, dare in pegno, disporre in altro modo delle cose amministrate; nello stesso senso cfr. F. BRIGUGLIO, *Studi*, cit., 439.; *contra* A. BURDESE, *Agire per altri*, cit., 21, al quale sembra che l'elencazione espressa delle facoltà del *procurator* «rappresenti una preoccupazione di completezza da parte della prassi negoziale, specie delle provincie d'Oriente, che non un effettivo richiamo alla necessità di siffatte indicazioni generiche di negozi, da assoggettarsi poi a ratifica delle loro specifiche attuazioni».

come un soggetto non legittimato. Il limite alla validità delle alienazioni effettuate dal *procurator*, costituito dall'agire in buona fede, si presume contenuto nella *praepositio* procuratoria. Avviene praticamente una sussunzione dell'abuso di procura nel caso di eccesso di procura: fondamento della legittimazione ad alienare è l'autorizzazione del *dominus*; i limiti alla validità del negozio traslativo sono quelli fissati esplicitamente o implicitamente al momento del conferimento dell'incarico; tra i limiti impliciti vi è che il comportamento del *procurator* rientri nello schema della buona fede³⁸.

Altro caso di abuso di procura, rientrante però nell'ambito del diritto pubblico, è quello riportato in

Ulp. 16 *ad ed.* D. 1.19.1.1 *Si rem Caesaris procurator eius quasi rem propriam tradat, non puto eum dominium transferre: tunc enim transfert, cum negotium Caesaris gerens consensu ipsius tradit. Denique si venditionis vel donationis vel transactionis causa quid agat, nihil agit: non enim alienare ei rem Caesaris, sed diligenter gerere commissum est.*

Il *procurator Caesaris* non può legittimamente alienare una cosa fiscale nell'interesse suo anziché in quello del fisco³⁹. La motivazione addotta da Ulpiano è che, così facendo, il *procurator* fuoriesce dall'ambito della gestione affidatagli, nei cui confini è implicito l'agire in buona fede.

Parte della dottrina⁴⁰ ritiene opera dei compilatori il riferimento all'esigenza di un mandato speciale al fine di poter compiere valide alienazioni di beni fiscali. Si può, però, sostenere anche la tesi che già

³⁸ Cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 53.

³⁹ In questo senso si deve intendere il *tradere rem alienam quasi rem propriam* del testo, esattamente come si sono intese le espressioni affini contenute in Ulp. 16 *ad ed.* D. 27.10.10.1 e in Ulp. 35 *ad ed.* D. 27.9.5.2; *contra* P. VOCI, *L'errore*, cit., 96 s.; ID., *Modi*, 99 ss., che ritiene ci si trovi davanti ad un caso di *error in dominio* nella *traditio*, ed in base a questo giustifica l'invalidità dell'alienazione.

⁴⁰ Cfr. P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento*, cit., 193 s.; A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 55; P. VOCI, *Modi*, 102.

dall'epoca classica la possibilità di compiere atti dispositivi di beni fiscali fosse considerata al di fuori della *praepositio*, dovendo il procuratore fiscale conservare anche una certa composizione del patrimonio, e che fosse quindi necessario, al fine di alienare validamente, chiedere uno specifico permesso. In ogni caso la questione, in relazione alla fattispecie trattata nel passo, è soltanto marginale, perché, mandato speciale o no, non è mai possibile perseguire propri interessi nel gestire affari altrui.

CAPITOLO QUARTO

LA DISPOSIZIONE DI BENI DEL MANDANTE DA PARTE DEL MANDATARIO

SOMMARIO: 1. Il consenso prestato all'alienazione altrui di cosa propria. – 2. La rilevanza dell'errore del *dominus* mandante sulla titolarità del dominio sulla cosa alienata. – 3. La rilevanza della *contemplatio domini*. – 4. I limiti posti dal *dominus* al mandato ad alienare.

1. *Il consenso prestato all'alienazione altrui di cosa propria.*

Le fonti classiche sono esplicite nel riconoscere efficacia traslativa al negozio di alienazione di cosa altrui effettuato per incarico del *dominus*. Chiaramente non ci si vuole qui riferire alle ipotesi in cui il *non dominus* svolge le funzioni di mero *nuncius*, ossia di collaboratore di questi per eseguire, per esempio, la consegna materiale del bene, oppure per portare a conoscenza della controparte la sua dichiarazione negoziale. Ci si riferisce, invece, alle ipotesi in cui il *non dominus*, per volontà del proprietario, svolge una vera e propria attività negoziale, talvolta prendendo lui stesso l'iniziativa alla conclusione di un determinato negozio, talaltra integrando in qualche elemento la volizione negoziale già manifestata dal titolare del bene, talaltra ancora presentandosi al terzo senza qualificarsi come incaricato e aparendo come l'effettivo titolare del bene alienato.

Le fonti ricostruiscono il fenomeno del consenso del *dominus* all'alienazione di una sua *res* da parte di un terzo, considerando realizzata una fattispecie traslativa complessa, formata da un'autorizzazione seguita da una *traditio*, che comporta un unico passaggio della *res* alienata dal *dominus* al terzo acquirente. Il fatto

che, invece, l'alienazione sia produttiva di effetti civili o soltanto pretori dipende sia dal tipo di *res alienata*¹, sia dal concreto operare del mandatario², e, ad ogni modo, ha un'importanza relativa perché, in tutte le ipotesi in cui un soggetto acquista da un *non dominus* legittimato, viene a lui accordata la tutela pretoria anche nei confronti del *dominus* mandante³.

Si possono adesso vedere alcune ipotesi particolari nelle quali l'autorizzazione ad alienare, e segnatamente a donare, si intreccia con il divieto di donazione tra coniugi.

Il primo caso è trattato in

Alf. 3 dig. a Paul. ep. D. 24.1.38.1: Idem iuris erit, si ex tribus fratribus unus uxorem haberet et rem comune uxori donasset: nam ex tertia parte muliebri res facta non est, ex duabus autem partibus reliquis, si id scissent fratres aut posteaquam donata esset ratum habuissent, non debere mulierem reddere.

Il marito dona alla moglie una cosa che è di proprietà comune sua e dei suoi due fratelli. Il giurista ritiene nulla la donazione per la terza parte del bene, che appartiene al marito, stante il divieto di donazione tra coniugi; ritiene invece valida la *traditio donationis causa* effettuata dal marito per la parte restante del bene, di proprietà dei due fratelli, sempre che costoro sapessero da prima della donazione

¹ Se viene effettuata una *traditio* di *res Mancipi* sicuramente non verrà trasferito il *dominium ex iure Quiritium*.

² Se il mandatario, al momento di effettuare la *traditio* di una *res nec Mancipi*, imputa la *datio* al mandante, si può ritenere che si verifichi un trasferimento del *dominium ex iure Quiritium*; se, invece, compie il negozio senza specificare da parte di chi aliena, si verificherà un trasferimento soltanto pretorio.

³ Si faccia l'ipotesi che, dopo l'esecuzione di un mandato a vendere e a consegnare, il *dominus* mandante esperisca la *rei vindicatio* contro il compratore. Questi avrà la possibilità di resistere vittoriosamente alla sua azione opponendo una *exceptio* del tipo *si non auctor meus ex voluntate tua vendidit et tradidit* oppure *rei voluntate tua venditae et traditae*. Un caso simile a quello ipotizzato è contenuto in Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.2.14, su cui cfr. cap. III § 3.

(nel qual caso si sarebbe verificata una implicita autorizzazione), oppure che l'abbiano successivamente ratificata⁴.

E' ben chiaro dal testo⁵ che, limitatamente alle quote dei fratelli, si verifica un trasferimento diretto della *res* da costoro alla donna. Ciò si rende possibile grazie all' autorizzazione implicita o alla successiva ratifica dell'operato del marito.

Il secondo caso è trattato in

Ulp. 43 *ad Sab.* D. 24.1.34: *Sive uxor marito res donasset isque eas in dotem pro communi filia dedisset, sive post donationem, quam in maritum contulit, uxor passa est eum pro filia in dotem dare, benigne dici potest, etsi prima donatio nullius momenti est, lattame ex sequenti consensu valere dotis dationem.*

Il marito effettua una *traditio dotis causa* di alcuni beni che gli erano stati donati dalla moglie, in favore della figlia comune. La donazione tra la moglie e il marito è nulla per violazione dello specifico divieto, mentre la *traditio dotis causa* è pienamente valida, e produce un trasferimento delle cose costituenti la dote dalla madre alla figlia, sempre che la moglie abbia acconsentito⁶.

Anche in questo caso si produce un unico trasferimento della *res* dal *dominus* al terzo per mezzo di un soggetto *non dominus* autorizzato alla alienazione⁷.

⁴ Non c'è mai stato dubbio sul fatto che la ratifica del *dominus*, in caso di atti di disposizione, produca gli stessi effetti dell'assenso preventivo. Più discusso è se gli effetti si producano *ex tunc* o *ex nunc*: si esprime per la efficacia *ex nunc* A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 64 s., il quale ritiene che però la tesi debba ritenersi valida «in linea di massima, senza escludere cioè che, sia pure solo in taluni casi, i classici già avessero ammesso l'efficacia retroattiva della *ratihabitio*»; sembra propendere per la irretroattività anche M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 611; cfr. pure G. FINAZZI, *Riflessioni*, cit., 400 ss.

⁵ Per gli eventuali rimaneggiamenti del passo cfr. gli Autori citati da A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 62, che rileva come non tocchino la sostanza del frammento.

⁶ Per le possibili interpolazioni del passo cfr. *Ind. Interp. ad h. l.*; la soluzione è da ritenersi sostanzialmente genuina perché concorda con quella di Vat. Frag. 269, tratto sempre dal medesimo libro *ad Sabinum* di Ulpiano.

⁷ Non sembra condivisibile l'opinione di L. ARU, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova, 1938, 89 s., il quale parla di conversione della donazione in *dotis*

Dai due frammenti analizzati si può dedurre come sia perfettamente valida la donazione di cosa altrui effettuata al proprio coniuge su autorizzazione del proprietario, come pure la donazione di cosa del proprio coniuge effettuata ad altri su sua autorizzazione. In entrambi i casi esaminati ciò è possibile proprio grazie al fatto che i giuristi romani configuravano, nei casi di autorizzazione ad alienare, un'unica fattispecie traslativa complessa. Se avessero configurato un duplice passaggio di proprietà, in entrambe le ipotesi si sarebbe sempre verificata una donazione tra coniugi radicalmente nulla.

Si può, anzi, sostenere che, ogniqualvolta dalle fonti emerga la realizzazione di una serie di negozi traslativi, non ci si trovi davanti ad una ipotesi di autorizzazione ad alienare.

Si posso fare almeno due esempi.

Il primo è riportato in

Scaev. 7 resp. D. 24.1.58.2 Filius rebus matris intervenire solitus pecunia matris consentiente ipsa mancipia et res mercatus emptionum in strumenta suo nomine confecit: decessit in patris potestate. Quaesitum est, an mater cum marito suo experiri et qua actione uti possit. Respondit, si mater obligatum filium in ea pecunia voluit esse, intra annum, quam filius decessit, de peculio cum patre, in cuius potestate fuisse proponatur, actionem habere: si donavit, repeti posse, quanto locupletior ex ea donatione pater factus est.

Il caso⁸ è quello di un figlio che compera schiavi e altra merce con il denaro della madre e con il suo consenso. Il figlio muore quando ancora si trova sotto la *potestas* paterna. Al giurista si chiede se la madre abbia una qualche azione nei confronti del padre, al fine di ottenere indietro i suoi denari utilizzati dal figlio. La risposta dipende

datio, mentre si è visto come sia da ritenere nulla la donazione della moglie al marito e valida la *dotis datio* di beni della moglie compiuta dal marito con il consenso di lei.

⁸ Sul passo cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 59 s.

da come le parti hanno inteso configurare la fattispecie: se la madre aveva inteso dare al figlio le somme a titolo di mutuo, allora avrà la possibilità di chiedere con formula *de peculio* al padre la restituzione delle somme entro un anno dalla morte del figlio; se invece le somme erano state date a titolo di donazione, a causa del divieto di donazione tra coniugi, potrà ottenerne la restituzione nei limiti dell'arricchimento paterno⁹.

Quale che fosse l'intento della madre, dare a mutuo o donare, la fattispecie è costruita attraverso due distinte alienazioni, dalla madre al figlio, e da questi ai terzi *solutionis causa*. Io sono dell'avviso che, in realtà, nessun'altra costruzione sarebbe stata possibile nel caso concreto: la madre non intendeva autorizzare il figlio ad alienare il suo denaro, ma si limitava a consegnarglielo, a titolo di mutuo o di donazione, con la semplice consapevolezza che poi il figlio lo avrebbe adoperato per vari acquisti. Non si può quindi parlare in questo caso di autorizzazione ad alienare. Ciò, quanto meno, è quello che sembra emergere dal quesito proposto e dalla risposta del giurista.

Il secondo è riportato in

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.12.8: *Inde Papinianus quaerit, si patronus praedium quod emerat, pro quo pretii bessem exsolverat, iusserit liberto suo tradi, ut ille residuum pretii redderet, deinde reddito pretio vendenti fundum patrono libertus consenserit, trientis pretium an libertus possit repetere. Et ait, si mandatum suscepit initio libertus, non donatum accepit, contrario iudicio posse eum pretium repetere, quod deductis mercedibus, quas medio tempore percepit, superest: quod si donationem patronus in libertum contulit, videri et postea libertum patrono donasse.*

⁹ Sulla frase finale del testo cfr. M. LAURIA, *Il divieto delle donazioni tra coniugi*, in *Studi in onore di A. Albertoni*, II, Padova, 1937, 541, che ritiene possa riferirsi ad una responsabilità adiettizia *in id quod ad patrem pervenit*.

Un patrono acquista un fondo e paga i due terzi del prezzo. Ordina poi al venditore di eseguire la *traditio* ad un suo liberto, che avrebbe pagato il rimanente terzo. Il liberto paga e gli viene consegnato il fondo. Successivamente il liberto consente che patrono venda ad un terzo il fondo. E' chiesto a Papiniano se il liberto ha la possibilità di chiedere e ottenere dal patrono la ripetizione del terzo del prezzo. Il giurista risponde che se il liberto aveva ricevuto il fondo, pagando un terzo del prezzo, nell'esecuzione di un mandato conferitogli dal *dominus*, allora egli può agire con l'*actio mandati contraria* per ottenere la ripetizione della somma pagata dedotte le mercedi percepite nell'intervallo per aver dato il fondo in affitto; se, invece, il liberto aveva ricevuto il fondo in parziale donazione, si deve intendere che, con la sua mancata opposizione alla vendita, abbia inteso a sua volta donare.

In questo passo, limitando l'attenzione al caso della vendita del fondo da parte del patrono, emerge con chiarezza che non ci si trova davanti ad una ipotesi di autorizzazione ad alienare: il liberto, non manifestando alcuna volontà contraria alla vendita da parte del patrono, non sta autorizzando ad alienare; sta piuttosto o realizzando una donazione a favore del patrono, per riconoscenza verso di lui, a seguito dell'acquisto agevolato che questi gli fece fare tempo prima, oppure sta adempiendo quegli obblighi di trasferimento che gravano sul mandatario a seguito dell'esecuzione dell'incarico: egli fu incaricato di ricevere un fondo pagandone un terzo del prezzo e successivamente, in esecuzione del mandato e dietro richiesta del mandante (desumibile dal fatto che questi ha venduto il fondo), lo trasferisce al mandante che dovrà indennizzarlo delle eventuali perdite patrimoniali subite dall'operazione. In ogni caso si verifica un duplice passaggio di proprietà, pretoria, dal liberto al patrono e, in seguito, avverrà il trasferimento *venditionis causa* dal patrono al terzo¹⁰.

¹⁰ Sul passo cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 99; A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 63 s.

Chiarito quindi che nell'autorizzazione ad alienare si realizza un'unica fattispecie traslativa complessa, con effetti civili o pretori a seconda dei casi, si possono affrontare alcuni casi in cui vengono in rilievo i requisiti di legittimazione delle parti, il loro comportamento, e gli eventuali limiti stabiliti al momento dell'incarico.

2. *La rilevanza dell'errore del 'dominus' mandante sulla titolarità del dominio sulla cosa alienata.*

E' attestato nelle fonti che tutti i requisiti di capacità richiesti affinché un proprietario possa alienare un suo bene devono sussistere anche in capo al proprietario che autorizzi altri soggetti a compiere per suo conto il negozio di alienazione. Si consideri, dunque,

Ulp. 53 ad ed. D. 50.17.165: Cum quis possit alienare, poterit et consentire alienationi. Cui autem donare non conceditur, probandum erit nec, si donationis causa consenserit, ratam eius voluntatem habendam.

Ulpiano ci dice che la legittimazione di un soggetto all'alienazione di una cosa implica l'efficacia della sua autorizzazione al negozio traslativo della cosa medesima compiuto da un terzo e che l'incapacità di donare implica l'inefficacia della sua autorizzazione alla donazione compiuta da un terzo¹¹.

Ora dobbiamo vedere se la stessa regola vale anche per l'errore sulla titolarità del dominio nel quale versa il *dominus* mandante.

Si può analizzare un caso tratto da

Paul. 5 ad Sab. D. 18.1.15.2. Si rem meam mihi ignoranti vendideris et iussu meo alii tradideris, non putat Pomponius

¹¹ Cfr., A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 65 s.; G. COPPOLA, *Dallo 'iussum'*, cit., 277.

dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire: et ideo etiam si donaturus mihi rem meam iussu meo alii tradas, idem dicendum erit.

Un soggetto acquista per errore la cosa propria e dà ordine al venditore di fare la *traditio* ad un terzo. Pomponio decide che la proprietà non è validamente trasferita; Paolo segue tale decisione e la ribadisce per il caso che il proprietario stesse per ricevere la cosa sua per donazione¹².

In questo caso si sarebbe dovuta realizzare una fattispecie traslativa complessa attraverso la quale la proprietà sarebbe dovuta passare direttamente dal venditore al terzo per mezzo dell'autorizzazione del compratore¹³. Tale fattispecie non si può verificare proprio a causa dell'errore nel quale versa il *dominus* compratore: dato che chi perde la proprietà è pur sempre il *dominus*, nello stesso modo in cui tutti i requisiti di capacità richiesti nel proprietario tradente devono sussistere pure nel proprietario che autorizzi altri alla *traditio* di cosa propria, ne consegue che anche l'errore, nel quale versa il *dominus* delegante circa la titolarità del dominio sulla cosa alienata da altri per sua autorizzazione, va trattato

¹² Sulla genuinità sostanziale del passo concordano molti Autori: cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 66; ID., *Il c.d. 'error in dominio'*, cit., 30; P. VOCI, *Modi*, cit., 103, che in precedenza si era espresso diversamente; U. ZILLETTI, *La dottrina*, cit., 123; G. COPPOLA, *Dallo 'iussum domini'*, cit., 281; di contraria opinione R. REGGI, *L'error in dominio'*, cit., 112 s.

¹³ Secondo quanto si ricava da Pomp. 19 *ad Sab.* D. 47.2.44 pr., alla *traditio* effettuata dal delegato al delegatario per *iussum* del delegante, Pomponio seguendo Celso (D. 24.1.3.12), ricollega un duplice trapasso di proprietà dal delegato al delegante e dal delegante al delegatario. Supponendo analogamente che nel nostro frammento la proprietà passi dal venditore al compratore e da questi al terzo, si dovrebbe ritenere che il compratore, proprietario vero, abbia coscienza del suo dominio, commettendo soltanto un errore sul titolo del medesimo che, come errore sui motivi, non dovrebbe impedire il trapasso. Il contrasto tra i due frammenti è per me risolvibile in base alle peculiarità del caso concreto: in D. 18.1.15.2 è escluso che il compratore voglia trasferire una cosa sua, egli, come si evince anche dalla frase *quoniam....transire*, intende puramente determinare un passaggio di proprietà dal venditore al terzo. R. REGGI, *L'error in dominio'*, cit., 112 s, ritiene invece interpolato D. 18.1.15.2 e genuino D. 47.2.44 pr.; mentre P. VOCI, *Modi*, cit., 103, ritiene viceversa interpolato D. 47.2.44 pr.

allo stesso modo dell'errore da parte del proprietario che, senza sapere di esserlo, effettua egli stesso *traditio* di cosa propria¹⁴.

In altri termini la proprietà non si trasferisce perché da un lato il venditore tradente consegna cosa non propria e dall'altro è vero che c'è l'autorizzazione del proprietario, ma costui non vuole trasferire il suo diritto di proprietà: chi non vuole perdere il suo diritto di proprietà non lo perde¹⁵.

Si può adesso analizzare un altro frammento, nel quale sembra che l'*error in dominio* del *dominus* sia irrilevante ai fini del trasferimento della *res*.

Il caso è contenuto in

Marcell. 6 *dig.* D. 17.1.49: *Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo: mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse, vel contra ego vendidi illius mandatu, cum forte is, cui heres exstiterit, eum emisset: de iure evictionis et de mandatu quaesitum est. Et puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori neque, si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam, et idcirco mandati eum non teneri, sed contra mandati agere posse, si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur et adversus venditorem testatoris sui habet ex empto iure hereditario actionem.*

¹⁴ Come in Ulp. 7 *disp.* D. 41.1.35.

¹⁵ Cfr. A. BURDESE, *Il c.d. 'error in dominio'*, cit., 29; P. VOCI, *Modi*, cit., 102 s.; G. COPPOLA, *Dallo 'iussum domini'*, cit., 281; diversa è invece l'opinione di U. ZILLETTI, *La dottrina*, cit., 124 ss., il quale ritiene che l'autorizzazione sia giustificata dal negozio di compravendita, nel caso irrimediabilmente nullo perché si tratta di compera di cosa propria, e cadendo la compravendita cade conseguentemente nel caso concreto la possibilità del *iussum* al venditore, che solo in virtù di tale qualifica si presenta come autorizzato nella *traditio* al terzo. Per l'Autore, Pomponio non sta ragionando dalla visuale di un *error in dominio* che vizi il negozio traslativo, ma sta valutando se il fine che il compratore si era proposto (realizzare l'attribuzione ad un terzo di un bene ricadente nel *dominium* del venditore) sia raggiungibile attraverso le circostanze obiettivamente esistenti.

In questo testo sono proposti due casi: nel primo A compra da B uno schiavo di Tizio e ne acquista il possesso, poi dà mandato allo stesso Tizio, che ignora di essere proprietario dello schiavo, di venderlo; Tizio adempie l'obbligazione sorta dal mandato, ossia vende lo schiavo e lo consegna. Si chiede a Marcello di pronunciarsi *de iure evictionis et de mandatu*¹⁶. La risposta del giurista è che la vendita tra Tizio e il compratore è valida ("*Titium-obstrictum emptori*"), non essendo rilevante in tale contratto l'errore circa la spettanza della cosa venduta. Non è infatti richiesta per la validità del negozio alcuna specifica legittimazione da parte del venditore circa la disponibilità della cosa, contrariamente a quanto avviene in tema di negozio traslativo. Se alla vendita è pure seguita la *traditio* del servo, a Tizio non è concessa la *rei vindicatio* del servo ("*neque-vindicationem ei concedendam*").

La soluzione proposta da Marcello è a mio avviso spiegabile in questo modo: la *traditio*, viziata dall'*error in dominio* di Tizio, è invalida e pertanto non è idonea a consentire al compratore di resistere alle pretese di Tizio con una *exceptio rei venditae et traditae* perché presupposto di questa sarebbe una *traditio* di *res Mancipi* vulnerata solo sul piano della legittimazione. Tuttavia, poiché Tizio sarebbe allo stesso tempo garante dell'evizione, in forza della vendita valida, e autore dell'evizione, che lui stesso potrebbe provocare con la *rei vindicatio*, Marcello ritiene che il pretore debba utilizzare lo strumento della *denegatio actionis* come rimedio estremo in assenza di altre possibili vie di uscita¹⁷. Tizio invece ha la possibilità di agire con l'*actio*

¹⁶ La dottrina è concorde nel ritenere che solo questo caso tra i due presenti nel passo sia genuino: cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 69; P. VOCI, *L'errore*, cit., 89; U. ZILLETI, *La dottrina*, cit., 127.

¹⁷ Cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 69 ss.; U. ZILLETI, *La dottrina*, cit., 129, ritiene invece che in questo frammento l'errore di Tizio, che ignora di essere proprietario dello schiavo, non venga in rilievo nella *traditio* tra lui e il compratore e ciò per ragioni di struttura: «poiché nella specie essa ha per oggetto una *res Mancipi*, non può attuare altro che la trasmissione del possesso, e sulla spettanza del possesso il tradente non ha alcun dubbio» (nello stesso senso si esprime P. VOCI, *L'errore*, cit., 90 ss). L'errore verrebbe invece in rilievo nel mandato perché sarebbe "elemento indicativo, rivelatore del danno che involontariamente subisce il mandatario, *dominus ex iure Quiritium*, che sarà così legittimato all'*actio mandati contraria*".

mandati contraria in modo da presidiare la propria neutralità patrimoniale in conseguenza dell'intero svolgimento dell'affare¹⁸.

Nel secondo caso proposto A, che ha comprato da B uno schiavo di Tizio e ne acquista il possesso, vende poi questo schiavo a C, senza però fargli la *traditio*; C muore e lascia come erede Tizio stesso, il quale da mandato ad A di rivendere e consegnare lo schiavo ad un terzo. A esegue il mandato. A questo punto ci si pone il problema già posto nel primo caso, ossia se Tizio potrà rivendicare con successo lo schiavo alienato. La risposta di Marcello è negativa: il compratore potrà opporre con successo l'*exceptio doli* e a Tizio spetterà l'*actio empti* contro A, venditore dello schiavo a C¹⁹.

In questa seconda ipotesi avviene che il proprietario effettivo, che non sa di esserlo, dà mandato al proprietario presunto, creduto da lui vero proprietario, di rivendere e consegnare lo schiavo. La vendita e la *traditio* sono compiute quindi da un mandatario su incarico del *dominus* mandante. Perché, nonostante l'esistenza dell'*error in dominio*, ostativo, di norma, all'esecuzione di una valida *traditio*, non viene consentito a Tizio di recuperare il bene?

Si potrebbe sostenere che il passo provi per la irrilevanza dell'errore²⁰. Tuttavia, sia la soluzione data dal giurista nel primo caso,

¹⁸ Cfr. P. VOCI, *Modi*, cit., 106; più preciso A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 71, che ritiene che a Tizio si riconosca «l'esenzione dall'obbligo *ex mandatu* di restituire il prezzo riscosso dalla vendita e la possibilità di agire a sua volta in base al medesimo titolo per l'eventuale differenza di interesse tra la disponibilità della cosa e quella del prezzo».

¹⁹ La dottrina è concorde nel ritenere che l'attuale formulazione e risoluzione del caso sia frutto di interpolazioni: cfr., A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 71; ID., *Il c.d. 'error in dominio'*, cit., 28; P. VOCI, *Modi*, 107; U. ZILLETTI, *La dottrina*, cit., 127, il quale, ritenendolo un ampliamento scolastico della fattispecie originaria, non ne compie l'esegesi.

²⁰ Cfr. P. VOCI, *L'errore*, cit., 92; ID., *Modi*, cit., 107, che spiega così la soluzione del caso: il *dominus* mandante intenderebbe attribuire al compratore soltanto il possesso (trattandosi di *res mancipi tradita*), che non gli appartiene e lo sa; l'*error in dominio* pertanto non verrebbe in rilievo; alla *rei vindicatio* del proprietario si oppone l'*exceptio doli*, perché è stato lui a ordinare di consegnare la cosa al compratore; non si può opporre l'*exceptio rei venditae et traditae*, non essendo stato lui a vendere e consegnare. A questa spiegazione non aderisce A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 72, il quale, correttamente, mette in rilievo che: in primo luogo il mandante intende che all'accipiente passi la proprietà e, ritenendo trattarsi della proprietà del possessore presunto *dominus*, cade in errore essenziale; in secondo luogo se l'errore fosse

sia il rimedio dell'*exceptio doli*, possono forse consentire di dare una diversa interpretazione: Marcello ha visto gli estremi del dolo nella rivendica di chi, pur ignorando di essere proprietario, ha consentito la vendita e la *traditio* di un bene che comunque era destinato, in forza di una compera, ad entrare nel suo patrimonio. Se l'*error in dominio* fosse stato giudicato irrilevante, sarebbe stata verosimilmente accordata l'*exceptio si non auctor meus ex voluntate tua vendidit et tradidit* o altra di simile tenore²¹.

Una volta affermata la rilevanza dell'errore del *dominus* mandante sulla titolarità del dominio, si possono esaminare alcune ipotesi nelle quali può essere rilevante la qualifica del tradente.

3. *La rilevanza della 'contemplatio domini'.*

E' possibile affermare con una certa sicurezza che, al fine di realizzare uno spostamento patrimoniale dal *dominus* ad un terzo, non sia necessario per i giuristi romani che il mandatario spenda il nome del mandante.

Tuttavia la conoscenza o meno, da parte dell'acquirente, di aver comprato dal *non dominus* può rilevare ai fini del maturare dell'usucapione. Affinché possa decorrere utilmente il tempo necessario, è richiesto infatti, in capo all'usucapiente il requisito della *bona fides*. Questa è un requisito di carattere soggettivo che consiste «nella convinzione di non ledere un diritto altrui nell'acquistare il possesso di una cosa (c.d. concezione negativa della buona fede), il che coincide, praticamente, con l'opinione di aver ricevuto da colui che poteva disporre della cosa stessa»²². Non è quindi necessario che l'acquirente sappia se sta acquistando o meno dal proprietario, ma è

irrilevante sussisterebbero i presupposti per opporre l'*exceptio rei voluntate domini venditae et traditae* senza necessità di ricorrere all'*exceptio doli*.

²¹ Cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 72; ID., *Il c.d. 'error in dominio'*, cit., 28 s.

²² Così M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 423.

sufficiente la sua soggettiva convinzione di aver ottenuto il bene da un dante causa che era legittimato a disporre²³.

Il problema della buona fede del compratore è trattato in

Scaev. 25 dig. D. 41.4.14; Intestatae sororis hereditas obvenit duobus fratribus, quorum alter absens erat, alter praesens: praesens etiam absentis causam agebat, ex qua hereditate suo et fratris sui nomine fundum in solidum vendidit Lucio Tizio bona fide ementi: quaesitum est, cum scierit partem fundi absentis esse, an totum fundum longa possessione ceperit. Respondit, si credidisset mandatu fratris venisse, per longum tempus cepisse.

Due fratelli sono eredi della sorella, morta senza fare testamento. Di questi, uno è presente, l'altro è assente. Il fratello presente si occupa anche degli affari del fratello assente e, ad un certo momento, vende e consegna a Lucio Tizio, compratore in buona fede, un fondo che essi avevano ricevuto dall'eredità. La vendita e la consegna vengono fatte a nome sia del fratello presente, sia del fratello assente. Al giurista viene chiesto se sia in qualche modo rilevante, ai fini dell'usucapione di tutto il fondo, il fatto che Lucio Tizio fosse consapevole che una parte non era del venditore. Scevola risponde che se Lucio Tizio ha ipotizzato che ci fosse un mandato tra il fratello assente e quello presente, non ci saranno problemi all'acquisto.

In questo passo²⁴ è semplicemente chiarito che per la sussistenza della buona fede, ai fini dell'usucapione, è sufficiente che il compratore, pur essendo informato, direttamente o indirettamente, di comprare *a non domino*, sappia o ritenga, perché così gli fanno pensare le circostanze, di trattare con un mandatario²⁵.

²³ Si può ritenere di ricevere dal *dominus*, dal *tutor* o dal *curator*, da un figlio o un servo muniti di peculio o specificamente autorizzati, da un *procurator*, da un mandatario.

²⁴ Per le possibili interpolazioni cfr. *Ind. Interp. ad. h. l.*

²⁵ Si può discutere se in questa ipotesi ci sia stato un incarico, quanto meno implicito, del fratello assente all'altro, oppure se ci si trovi di fronte ad una ipotesi di *negotiorum*

Peraltro io riterrei non improbabile che la questione sia stata posta al giurista perché in realtà il fratello venditore non aveva, al momento della vendita e della *traditio*, informato Lucio Tizio che stava vendendo anche su incarico del fratello. Lucio Tizio si era probabilmente informato *aliunde* della situazione e quindi era a conoscenza del fatto che un fratello era assente e che l'altro si stava occupando della comune eredità. Con l'espressione *fratris sui nomine* si è probabilmente voluto indicare il fatto che il fratello presente agiva anche per conto altrui²⁶. In questo modo risulta più spiegabile il perché del quesito posto a Scaevola.

Può anche capitare che la necessità di spendere il nome del mandante sorga da una sua esplicita volontà in tal senso. In questo caso la *contemplatio domini* assurge a limite, determinato dal *dominus*, di validità dell'autorizzazione: il mandatario potrà validamente alienare il bene altrui soltanto se rispetta le modalità di esecuzione indicate; qualora gli sia richiesto di spendere il nome del mandante ed egli non lo faccia, si sarà realizzato un eccesso di mandato e quindi una sua fuoriuscita dall'ambito della legittimazione.

Un caso di questo genere è trattato in

Iav. 6 *epist.* D. 39.5.25: *Si tibi dederim rem, ut Titio meo nomine donares, et tu tuo nomine eam ei dederis, an factam eius putes? Respondit, si rem tibi dederim, ut Titio meo nomine donares, eamque tu tuo nomine ei dederis, quantum ad iuris subtilitatem accipientis facta non est et tu furti obligaris: sed benignius est, si agam contra eum qui rem accepit, exceptione doli mali me summoveri.*

gestio. Per A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 75, l'espressione *praesens etiam absentis causam agebat* dovrebbe far propendere per l'esistenza di un incarico.

²⁶ Per l'opinione che l'espressione sia solitamente equivoca nelle fonti cfr. L. MITTEIS, *Romisches Privatrecht*, cit., 205; A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 75; non ha dubbi invece che in questo caso si sia verificata una vera e propria spendita del nome G. COPPOLA, *Dallo 'iussum'*, cit., 344 s.

Il caso è quello di un soggetto che incarica un altro di donare un certo bene a Tizio; la *traditio donationis causa* deve però essere effettuata spendendo il nome del *dominus*, l'incaricato cioè deve chiaramente indicare al donatario chi sia il donante. L'incaricato dona il bene a Tizio, ma lo fa *nomine proprio*. Giavoleno chiarisce che la *traditio donationis causa* non solo non è valida, ma l'incaricato risponderà addirittura per furto. Tuttavia, se il *dominus* agisse in rivendica contro il donatario, questi potrebbe opporgli l'*exceptio doli*.

In questo passo²⁷ si nega chiaramente efficacia alla donazione di cosa altrui effettuata *nomine proprio* da chi avesse avuto la cosa dal proprietario per donarla a suo nome; anzi si individua un caso di furto. Non è rilevante, invece, capire se l'incaricato fosse un vero e proprio autorizzato ad alienare oppure un mero *nuncius*²⁸. La soluzione in concreto non muterebbe. Muterebbe la sua motivazione: se l'incaricato fosse un autorizzato, l'invalidità troverebbe origine nell'eccesso di mandato e quindi nella fuoriuscita dall'ambito di legittimazione; se l'incaricato fosse un *nuncius*, egli avrebbe compiuto una inefficace dichiarazione negoziale.

Interessante è poi il contenuto della frase finale: se il *dominus* donante decidesse, preso atto della nullità della *traditio*, di agire contro il donatario per riavere il bene, del quale avrebbe conservato la proprietà e del quale, causa furto, non era stato trasmesso neanche il possesso, questi potrebbe essere respinto con l'*exceptio doli*. La dottrina maggioritaria ritiene che tutta la frase sia un'aggiunta compilatoria²⁹, mentre non è da escludere l'ipotesi che si tratti di una correzione pretoria della rigida soluzione di *ius civile*³⁰, nel qual caso si potrebbe sostenere la sua genuinità sostanziale.

²⁷ Nel quale si ritengono interpolate l'espressione *quantum ad iuris subtilitatem*, nonché tutta la frase finale: cfr. *Ind. interp. ad h. l.*

²⁸ Propende nel caso concreto per l'ipotesi del *nuncius* A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 77.

²⁹ Cfr. A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 76.

³⁰ In tal senso cfr. S. RICCOBONO, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano classico*, in *AUPA*, XIV, 1930, 440.

Chiarito ora che la *contemplatio domini* non è necessaria al fine della realizzazione di una valida alienazione per mezzo di autorizzato, ma che questa può assumere rilevanza nel caso concreto, se richiesta dal *dominus*, come limite alla libertà di azione del mandatario, si può affrontare il tema dei limiti al mandato.

4. *I limiti posti dal 'dominus' al mandato ad alienare.*

E' principio irrinunciabile, per il diritto romano classico, che l'incarico vada esattamente svolto dal mandatario. Egli deve rispettare i termini e le condizioni stabilite dal mandante perché altrimenti non sarà possibile considerare adempiuto l'incarico³¹.

Per quanto riguarda specificamente il mandato ad alienare, il mancato rispetto delle modalità esecutive o degli elementi negoziali predeterminati dal *dominus* comporta una impossibilità di realizzazione dell'effetto traslativo, e questo a causa del venir meno della legittimazione del *non dominus* alienante.

Sono numerose, nelle fonti, le ipotesi in cui è sanzionato il mancato rispetto di condizioni apposte dal *dominus* per la vendita e la successiva consegna di un bene. Sull'argomento è, però, opportuno precisare che l'eventuale mancato rispetto da parte del mandatario delle istruzioni impartite non produrrà alcun effetto sul contratto obbligatorio di vendita da lui stipulato, ma le produrrà sul successivo negozio traslativo, che sarà idoneo a mettere al riparo il compratore dalle eventuali azioni reali del *dominus*.

Si è già visto³² come in Iav. 7 *ex Cassio* D. 18.1.63 pr. fosse sancita l'invalidità di una alienazione a causa del mancato rispetto delle

³¹ Cfr. sull' eccesso di mandato in generale S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi con sensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, 176 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 168 ss., il quale da ampio conto della controversia, esistente in materia, tra sabiniani e proculiani.

³² Cfr. cap. II § 3, in cui si affrontava il tema delle alienazioni *iussu domini* da parte dei *potestati subiecti*.

indicazioni date dal *dominus* sulla persona del compratore: se il mandatario vende la *res* ad una persona diversa da quella alla quale era incaricato di vendere, egli resterà obbligato per la vendita, ma non trasmetterà validamente la *res*.

L'alienazione è invalida anche quando il *dominus* abbia dato disposizione di eseguire la *traditio* soltanto dopo il pagamento del prezzo, oppure abbia prescritto di non vendere la *res* sotto una certa soglia di prezzo.

I due casi sono affrontati in due frammenti contigui in

Ulp. 76 *ad ed.* D. 21.3.1.2-3: *Si quis rem meam mandatu meo vendiderit, vindicanti mihi rem venditam nocebit haec exceptio, nisi probetur me mandasse, ne traderetur, antequam pretium solvatur. (3) Celsus ait: si quis rem meam vendidit minoris quam ei mandavi, non videtur alienata et, si petam eam, non ostabit mihi haec exceptio: quod verum est.*

I passi vengono in rilievo in sede di trattazione dell'*exceptio rei venditae et traditae*.

Nel primo si afferma che se il *dominus* mandante, dopo che sono state regolarmente compiute dal mandatario vendita e *traditio*³³, agisce in rivendica contro il compratore, verrà respinto con questa eccezione³⁴; se però egli aveva dato disposizione al mandatario di non compiere la *traditio* prima del pagamento del prezzo, in caso sia

³³ L'oggetto dell'alienazione può essere sia una *res Mancipi*, sia una *res nec Mancipi*; esprimo un prudente dissenso, infatti, con l'opinione di A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 80, il quale lascia intendere di ritenere che la *traditio* di una *res nec Mancipi* da parte di un mandatario produca sempre effetti *iure civili*. Questi effetti si possono verificare nel caso concreto soltanto se il mandatario imputa la *datio* al mandante, diversamente si trasmette comunque l'*in bonis habere* e il compratore otterrà una tutela pretoria fino al maturare dell'usucapione.

³⁴ Eccezione che avrebbe dovuto essere adattata alla fattispecie concreta in una formula del tipo *si non auctor meus ex voluntate tua vendidit et tradidit* oppure, come propone V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 184, *nisi mandatu Auli Agerii venditus et traditus sit*.

accertata la violazione della prescrizione, non potrà il compratore opporre utilmente l'eccezione³⁵.

Nel secondo è riportato un commento di Celso, il quale sostiene che se il mandatario ha venduto una cosa ad un prezzo inferiore a quello stabilito come minimo dal mandante, egli non ha alienato validamente, e il *dominus* potrà sicuramente agire in rivendica senza temere l'opposizione dell'*exceptio*.

In entrambi i casi citati il mancato rispetto delle istruzioni impartite comporta un venir meno della legittimazione ad alienare, ed è per questo motivo che non può funzionare in concreto l'*exceptio rei voluntate tua venditae et traditae*; i limiti fissati nel mandato non hanno quindi una efficacia soltanto nel rapporto interno tra mandante e mandatario, ma la loro violazione si riverbera, limitatamente al negozio traslativo, anche nel rapporto tra il mandatario e il terzo.

Sulla stessa fattispecie in cui, come si è visto, si è pronunciato Celso, citato e seguito da Ulpiano, si è pronunciato anche Paolo. La soluzione proposta da questo giurista è però più articolata.

Il frammento è contenuto in

Paul. 32 *ad ed. D. 17.1.5.3: Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes tuque eum nonaginta vendideris et petam fundum, non obstabit mihi exceptio, nisi et reliquum mihi, quod deest mandatu meo, praestes et indemnem me per omnia conserves.*

Paolo sostiene, come Celso e Ulpiano, che la vendita di un fondo da parte del mandatario ad un prezzo inferiore a quello stabilito dal mandante renda invalida la *traditio* e che, pertanto, alla rivendica del

³⁵ Il fatto che nel testo non sia chiaramente specificato che il mandatario non si è attenuto all'incarico fa propendere A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 81, per la tesi dell'interpolazione dell'inciso; non prende posizione V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 102; io direi che, se anche si considerasse manipolato in epoca postclassica, ciò non toglie che rispecchi il pensiero dei giuristi classici sull'argomento.

dominus non possa essere opposta utilmente da parte del compratore *l'exceptio rei voluntate tua venditae et traditae*. Tuttavia aggiunge anche altro: *l'exceptio* potrà essere utilmente opposta dal compratore e se il mandatario paga al mandante la differenza tra il prezzo pagato e quello indicato come minimo nell'incarico, tenendo così del tutto indenne il mandante.

La classicità dell'eccezione finale formulata dal giurista è oggetto di controversia in dottrina.

Per comprendere il perché di questa controversia è opportuno chiarire che in tema di eccesso di mandato, e segnatamente per il caso che il mandatario acquistasse una *res* in esecuzione del mandato, ma ad un prezzo superiore a quello indicato come massimo dal mandante, si contavano tra i giuristi due orientamenti ben distinti: gli appartenenti alla scuola proculiana ritenevano che il mandante fosse tenuto comunque ad accettare il negozio nei limiti concordati, e quindi a rimborsare al mandatario il prezzo sino al limite convenuto (e questa fu poi la soluzione preferita in epoca giustiniana); gli appartenenti alla scuola sabiniana ritenevano invece che il mandante non fosse tenuto a riconoscere il negozio³⁶.

La fattispecie che Paolo sta analizzando si presta molto bene ad una applicazione degli orientamenti di scuola appena riportati, ed è probabile che egli stesse davvero prendendo in esame la tesi proculiana: per alcuni Autori³⁷ deve, però, ritenersi frutto di interpolazione tutta la frase finale da *nisi* a *conserve*, nel senso che, nel passo originario, il giurista avrebbe considerato e poi scartato la tesi, decidendo esattamente come Celso, mentre i compilatori avrebbero stravolto la decisione, di matrice sabiniana, ritenendo più equa l'altra; per altri³⁸, invece, la soluzione proposta nel passo, di

³⁶ Per un accurato esame dei due orientamenti cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 164 ss.; C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., 115 ss.

³⁷ Cfr., tra gli altri, V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 185 s.; A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 82.

³⁸ Cfr. G. COPPOLA, *Dallo 'iussum'*, cit., 278 s.; S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 178 ss.

matrice proculiana, può ritenersi paolina. Il giurista severiano cercava di salvare la validità del trasferimento effettuato dal mandatario, a spese dello stesso³⁹.

Sia che si propenda per la tesi proculiana, sia che si propenda per la tesi sabiniana, dalle fonti qui esaminate, e da quelle non dissimili analizzate in tema di procura, risulta come i limiti all'autorizzazione ad alienare, se violati, comportino un venir meno della legittimazione dell'autorizzato⁴⁰.

³⁹ L'orientamento di Paolo come emerge dal passo riportato nel Digesto, sembra confermato da Paul. Sent. 2.15.3; *Certo pretio rem iussus distrahere si minoris vendiderit, mandati iudicio pretii summa poterit integrari: venditionem eim dissolvi non placuit*. Sul passo cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato*, cit., 187 s.

⁴⁰ Sicuramente l'efficacia traslativa del mandato ad alienare viene meno al cessare di questo per morte del mandatario. Un caso è riportato in Pap. 10 resp. D. 17.1.57: *Mandatum distrahendorum servo rum defuncto qui mandatum suscepit intercidisse constitit. Quoniam tamen erede eius errore lapsi non animo furandi sed exsequendi, quod defunctus suae curae fecerat, servos vendiderant, eos ab emptoribus usucapito videri placuit. Sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non inutiliter acturum, cum exceptio iusti dominii causa cognita detur neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno*. Nel frammento Papiniano afferma che, pur avendosi per certo che il mandato di vendere si debba considerare cessato con la morte del mandatario, nel caso in cui tuttavia gli eredi di quest'ultimo *non animo furandi* ma *lapsi errore*, abbiano dato esecuzione al mandato, vendendo gli schiavi, questi ultimi potevano comunque essere usucapiti dai compratori; la soluzione del giurista ha però un limite: il ritorno del mandante prima del tempo necessario affinché i compratori possano usucapire; al *venaliciarium* è infatti possibile agire utilmente con l'*actio Publiciana*, non ritenendosi opportuno che egli soffrisse un danno per errore o imperizia degli eredi. Sul passo cfr. G. COPPOLA, *Dallo 'iussum'*, cit., 282; A. BURDESE, *Autorizzazione*, cit., 85 s.; A. WATSON, *Contract*, cit., 127 ss.

CAPITOLO QUINTO

DISPOSIZIONI DI BENI ALTRUI IN MANCANZA DI POTERE

SOMMARIO: 1. Alienazione della cosa a due successivi acquirenti. – 2. Donazione di cosa altrui: esegesi di Marc. 22 'dig'. D. 41.6.2; Pomp. 24 'ad. Q. Muc.' D. 41.6.3; Ner. 5 'membr'. D. 24.1.44.

1. *Alienazione della cosa a due successivi acquirenti.*

Esaminati nei capitoli precedenti casi nei quali il soggetto *non dominus* che aveva compiuto gli atti dispositivi o assunto obbligazioni era legato al *dominus negotii* da vincoli giuridici ben definiti (tutela, cura, filiazione, schiavitù, procura, mandato) si possono ora esaminare alcune fattispecie in cui al momento dell'atto di disposizione del patrimonio non c'è alcun rapporto giuridico rilevante tra il *dominus negotii* e il soggetto agente, il quale aliena o comunque dispone del bene senza alcuna preventiva autorizzazione e senza averne facoltà.

Si potrà avere, all'esito, una idea di come i giuristi romani si atteggiassero rispetto alle problematiche poste dai negozi sul patrimonio altrui in senso stretto intesi, in particolare riguardo alla tutela del titolare del patrimonio¹.

¹ Non si affronteranno nel testo, ma sia considerato sufficiente un cenno nella presente nota, le questioni poste da alcuni passi in materia di pegno di cosa altrui, in quanto il problema della dazione in pegno di cosa altrui comunque non si risolve in un passaggio di proprietà tra il debitore e il creditore, ovvero tra il terzo e il creditore, sicché i problemi ivi posti esulano in qualche modo dalle tematiche qui affrontate, anche alla luce della considerazione che non è ben chiaro nei frammenti che di seguito si riportano se si tratti di fattispecie in origine riguardanti la *fiducia*, cosa che, peraltro, pare di poter escludere.

Il primo è Paul.3 *quaest.* D. 13.7.41: *Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti: datur utilis actio pigneraticia creditori. non est idem dicendum,*

Un primo passo che viene in rilievo è il seguente, avente ad oggetto l'alienazione di una stessa cosa a due successivi acquirenti:

Pomp. 2 ex Plaut. D. 21.3.2: *Si a titio fundum emeris qui sempronii erat isque tibi traditus fuerit, pretio autem soluto titius sempronio heres exstiterit et eundem fundum maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse priorem te tueri, quia et si ipse titius fundum a te peteret, exceptione summovertetur et si ipse titius eum possideret, publiciana peteres.*

si ego titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero: hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, nec utique sufficit ad competendam utilem pigneraticiam actionem eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur, in cui un soggetto ha dato in pegno un bene altrui, e poi in un secondo momento ha iniziato ad essere proprietario: in tale caso il giurista accorda al creditore in via utile l'azione di pegno (azione reale pretoria adattata). Diverso è il caso in cui il soggetto titolare del bene dato in pegno a sua insaputa divenga l'erede dell'oppignorante, che aveva vincolato il bene senza autorizzazione: in questo contesto, non deve essere riconosciuto al creditore il diritto di sequela, né comunque è sufficiente perché si possa esperire l'azione di pegno che il debitore sia lo stesso soggetto che deve la somma di denaro.

In secondo è Afr. 8 quaest. D. 20.4.9.3: *Titia praedium alienum titio pignori dedit, post Maevio: deinde domina eius pignoris facta marito suo in dotem aestimatum dedit. si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem maritus emptoris loco est: atque ideo, quia neque tunc cum Maevio obligaretur neque cum Titio solveretur in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri quo pignus maevii convalescere possit. haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est si ignoravit maevio obligatum esse,* in cui si verifica una doppia dazione di pegno di cosa altrui: Tizia diede in pegno a Tizio un fondo altrui, e dopo a Mevio: in un secondo momento, divenuta proprietaria di quel bene dato in pegno, lo trasferì a suo marito, previa stima, a titolo di dote. Il giurista riporta l'opinione (con tutta probabilità di Giuliano) che l'intervenuta soddisfazione del primo creditore (Tizio) non comporti per ciò solo il consolidamento della garanzia in capo a Mevio; infatti, tale effetto potrà verificarsi soltanto qualora, estinto il primo debito il bene si trovi *in bonis* del debitore: al riguardo, però, il marito ha la stessa posizione di un compratore e dunque, poiché il bene non era nel patrimonio della donna né alla costituzione di garanzia a favore di Mevio né al pagamento a Tizio, non si rinviene alcun momento in cui la garanzia di Mevio possa consolidarsi. Deve essere notato come, seguendo il ragionamento di Giuliano contenuto nella prima parte del passo, sembra che la buona fede del marito non sia considerata elemento costitutivo del consolidamento del pegno a favore del secondo garantito, ma pare che sia sufficiente che il bene sia *in bonis* del debitore al momento della costituzione del pegno, per cui, forse, anche il riferimento al pagamento al primo garantito è un'integrazione rientrata nel testo.

La fattispecie concreta su cui interviene il giurista è la seguente: un soggetto ha acquistato da Tizio un fondo che era, invece, di Sempronio. Tale fondo gli è anche stato consegnato ed il prezzo è stato corrisposto regolarmente². Successivamente, Tizio, divenuto proprietario del bene in quanto erede di Sempronio, ha venduto il medesimo fondo a Mevio³.

Ci si chiede, pertanto, se il primo acquirente *a non domino* possa prevalere su Tizio, divenuto *dominus ex iure Quiritium*, in caso di rivendica da questi intentata, ovvero se possa agire vittoriosamente nei suoi confronti con l'*actio Publiciana*.

Pomponio concorda con Giuliano nel senso di dover ritenere giusto che prevalga l'acquisto del primo acquirente, potendo costui opporre a Tizio in sede di rivendica l'*exceptio rei vendite et traditae* e agire con la *Publiciana* nei suoi confronti qualora nelle more sia stato da questi spossessato, ciò in quanto il bene era già uscito dal patrimonio del venditore.

Questo responso di Giuliano, fatto proprio da Pomponio è poi ripreso e più completamente enunciato in un testo di Ulpiano⁴:

² Il testo in esame e, come si vedrà, quello seguente, attribuiscono rilievo alla circostanza che il prezzo della vendita sia stato integralmente corrisposto dall'acquirente *a non domino*: sul punto cfr. F. GALLO, *Il principio 'emptio dominium transfertur' nel periodo giustiniano*, Milano, 1960, 108 ss., il quale precisa come sia pressoché pacifica l'opinione secondo cui il requisito del pagamento del prezzo ai fini del passaggio della proprietà fosse un elemento della sola prassi provinciale, e che venne sancito per l'Occidente con una Novella del 451 di Valentiniano III; si veda anche V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954, 276 ss.; non è ben chiaro se il pagamento del prezzo fosse, invece, necessario al fine di consentire l'*usucapio pro emptore* e la concessione dell'*actio Publiciana*: cfr. L. VACCA, *Appartenenza e circolazione dei beni*, Padova, 2006, 156 s., la quale, pur notando che *Gai. 7 ad ed. Prov. D. 6.2.8*, chiarisca come l'editto del pretore non prevedesse espressamente questo requisito, ritiene che il pagamento del prezzo potesse avere rilievo nel senso che questo "rafforza, per così dire, l'effetto traslativo della 'traditio', rendendola opponibile non solo al primo venditore, ma anche agli aventi causa da lui, sia pure in buona fede".

³ La dottrina maggioritaria ritiene che al '*tradiderit*' relativo alla seconda alienazione debba essere sostituito '*mancipaverit*': cfr. L. VACCA, *Appartenenza*, cit. 155 nt. 45.

⁴ Sullo stretto legame tra Pomponio e i giuristi severiani, cui si deve la conoscenza dell'*Ad edictum*, ed in particolare con Ulpiano, che ha citato il commentario pomponiano in ben 143 frammenti del Digesto, cfr. E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio*, I, Napoli, 2002, 29 ss.

Ulp. 76 ad ed. D. 44. 4. 4. 32: *Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse praetorem te tueri, quia et, si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summovertetur et, si ipse eum possideret et publiciana peteres, adversus excipientem " si non suus esset" replicatione uteris, ac per hoc intellegeretur eum fundum rursus vendidisse, quem in bonis non haberet.*

Rispetto al passo precedente è precisato che il primo acquirente può resistere alla rivendica con una *exceptio doli* o *in factum*, e che, qualora agisca con *l'actio Publiciana* per il recupero del possesso, potrebbe superare l'eccezione del venditore proprietario con una apposita *replicatio*.

Questa tutela accordata al primo acquirente verso il *dominus* deve ritenersi accordata anche in caso di conflitto con il secondo acquirente, Mevio, il quale potrebbe agire o resistere a seconda dei casi, facendo valere la provenienza del suo titolo *a domino*⁵. Ciò, appunto, in quanto, con la prima vendita e conseguente consegna del bene, il venditore ha definitivamente perduto la disponibilità patrimoniale del fondo, non potendo in alcun modo (ri)trasferirlo ad altro soggetto (Mevio).

⁵ Ritenendo, con la dottrina maggioritaria, che nella seconda alienazione sia avvenuta la sola *mancipatio* e non, invece, la *traditio*, il passo chiarisce come nel conflitto tra il primo acquirente, proprietario bonitario, ed il secondo, divenuto titolare *ex iure Quiritium*, prevale il bonitario nel senso che egli potrà difendersi con gli stessi strumenti opponibili al venditore, senza intaccare il principio dell'ordinamento romano secondo cui nel confronto fra due aventi causa, uno *a domino* e uno *a non domino*, prevale sempre quello *a domino*, sui cui cfr. L. VACCA, *Appartenenza*, cit. 155 nt. 45; *contra* cfr. V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano, 1954, 95 ss., il quale ritiene che non sia opponibile all'avente causa a titolo particolare la stessa tutela opponibile al *dominus*. Per l'opponibilità anche al successore del venditore dell'*exceptio rei venditae et traditae* cfr. *Herm. 6 iur. ep. D. 21.3.3.1: Pari ratione venditoris etiam successoribus nocebit, sive in universum ius sive in eam dumtaxat rem successerint.*

La medesima fattispecie è affrontata da Ulpiano anche nel suo sedicesimo libro *ad edictum* ed è stata riportata nel titolo del Digesto dedicato alla *rei vindicatio*:

Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.1.72: *Si a titio fundum emeris sempronii et tibi traditus sit pretio soluto, deinde titius sempronio heres extiterit et eundem alii vendiderit et tradiderit, aequius est, ut tu potior sis. nam et si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summoveres. sed et si ipse possideret et tu peteres, adversus exceptionem dominii replicatione uteris.*

Come si evince da un confronto con D. 44.4.4.32, questa versione appare sintetizzata e rimaneggiata dai compilatori. Infatti risultano eliminati sia il riferimento a Giuliano, sia i riferimenti alla *actio Publiciana* e all'*in bonis habere*.

Ciò, probabilmente, si spiega con la necessità per i commissari imperiali di non poter più fare riferimento al c.d. *duplex dominium* che aveva caratterizzato l'epoca classica, ma con la necessità di conservare la soluzione del caso fornita dal giurista⁶. In questo senso pare che siano ricorsi all'idea della convalida, ossia che la giustificazione della prevalenza del primo acquirente *a non domino* sul venditore e sul secondo acquirente *a domino* si debba rinvenire nel successivo acquisto in capo all'alienante dei requisiti di legittimazione necessari per la disposizione del fondo: la qualità di erede di Sempronio assunta da Tizio consente di rendere 'perfetta' la prima alienazione del fondo con conseguente acquisto della proprietà in capo al primo acquirente, il quale non può che prevalere nei confronti del venditore e dei suoi ulteriori aventi causa⁷.

⁶ Secondo O. LENEL, *Pal.*, Ulp., 511 nt. 564, il passo è tratto dal commento di Ulpiano all'editto che prometteva l'*actio Publiciana*, dal quale è stato spostato in sede di redazione del Digesto.

⁷ Cfr. L. VACCA, *Appartenenza*, cit., 284 nt. 67; 495 s., la quale ritiene che tale convalida sia un meccanismo estraneo alle soluzioni della giurisprudenza classica e del tutto simile a quello di cui all'art. 1478 comma 2, c.c.

2. *Donazione di cosa altrui: esegesi di Marc. 22 dig. D. 41.6.2; Pomp. 24 ad. Q. Muc. D. 41.6.3; Ner. 5 membr. D. 24.1.44.*

E' noto come nell'esperienza giuridica romana la donazione non costituisca una figura negoziale tipica, ma si sostanzia in una *iusta causa traditionis*, ossia in uno scopo pratico che giustifica il passaggio della proprietà dal donante al donatario. Essa, pertanto, viene in rilievo come giustificazione di negozi astratti (traslativi, come la *mancipatio* e la *in ure cessio*; ovvero obbligatori, come la *stipulatio*) o a causa variabile (la *traditio*): in tale ultima ipotesi, la mancanza o il vizio della *causa donandi* impedisce il trasferimento della proprietà⁸.

La concezione della donazione non come contratto ma come causa di negozi traslativi è la ragione per la quale i giuristi romani trattano della *usucapio pro donato*, quale istituto per l'acquisto della proprietà nelle ipotesi in cui una donazione avvenga o con *traditio* di *res Mancipi*, ovvero con *traditio* o *mancipatio* di cosa altrui. In tali casi, è certamente riconosciuto all'accipiente di buona fede il ricorso alla tutela *Publiciana*⁹.

Un caso di (possibile) acquisto di bene altrui *donationis causa* per usucapione è il seguente:

Marc. 22 Dig. D. 41.6.2: *Si is, qui alienam rem donaverit, revocare constituerit donationem, etiamsi iudicium ediderit remque coeperit vindicare, curret usucapio.*

⁸ Cfr., più ampiamente, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 772 ss.; G. Archi, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, 107 s..

⁹ Cfr. *Ulp. 16 ad ed. D. 6.2.7.3: Sed et si quis ex lucrativis causis rem accepit, habet Publicianam, quae etiam adversus donatorem competit: est enim iustus possessor et petitor, qui liberalitatem accepit.*

Marcello, in realtà, pare affrontare in questo caso una questione *lato sensu* processuale, nel senso che afferma l'inidoneità della fase processuale precedente alla *litis contestatio* a bloccare il decorso del tempo utile all'acquisto a titolo originario da parte dell'accipiente¹⁰.

Per ciò che qui interessa, però, si deve rilevare come non sussistano problemi al riconoscimento della donazione come giusto titolo rilevante ai fini dell'usucapione qualora fossero stati donati beni altrui.

Non è, invece, necessario concentrarsi particolarmente sull'intento del donante di cosa altrui di *revocare donationem*, atteso che tale espressione è sovente usata nelle fonti per indicare tutti i casi in cui il giurista intende affermare o negare la possibilità del donante di far venire meno la donazione giovandosi delle possibilità processuali consentite dalla *lex Cincia*, che nel corso del tempo è diventata strumento idoneo a 'revocare' l'atto di liberalità qualificabile come *donatio imperfecta*, ossia non idonea fin dall'origine a creare un definitivo e consapevole spostamento patrimoniale dal donante al donatario¹¹.

Ad ogni modo, traspare con sufficiente chiarezza che nell'ordinamento romano non si pone alcun problema di nullità del

¹⁰Il processo formulare dell'epoca classica si instaurava, infatti, con una *vocatio in ius* seguita dalla *editio actionis*, con cui l'attore indicava senza formalità quale formula dell'albo intendeva azionare per soddisfare le proprie pretese. Dopo l'*editio* iniziava la fase del procedimento volta ad acclarare in contraddittorio i punti realmente controversi per impostare la formula che poi avrebbe costituito l'oggetto della cognizione del giudice. Solo con la *litis contestatio*, qualificabile come negozio giuridico processuale, di natura complessa e discussa in dottrina, si verificavano, tra gli altri, gli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale, tra qui quello c.d. conservativo, volto a cristallizzare per il giudice e per le parti la situazione di fatto esistente al momento della *litis*: per una illustrazione organica del processo formulare e degli effetti della *litis contestatio*, cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 296 ss.

¹¹ Sui concetti di donazione perfetta e imperfetta e sulla portata non tecnica ma descrittiva dell'espressione *revocare donationem*, cfr. G. ARCHI, *La donazione*, cit., 167 ss., il quale nota come se è vero che in linea teorica la donazione perfetta è da intendersi quella compiuta, esaurita, definitiva, irrevocabile, contro la quale la legge non consente più alcun rimedio giuridico, è altrettanto vero che dalle fonti risulta impossibile attribuire a tale concetto un significato oggettivo, dovendosi piuttosto valutare caso per caso se sussistano ragioni che possano giustificare un ripensamento del donante dovuto o a vizi della volontà o ad altri impedimenti oggettivi.

negozio con il quale si realizza una donazione di cosa altrui, ben potendo questo giustificare l'acquisto della proprietà a titolo originario in capo al donatario.

Un altro caso particolare di donazione di cosa altrui, in cui si verifica un definitivo spostamento patrimoniale dal titolare del patrimonio al donatario è il seguente:

Pomp. 24 *ad Q. Muc. D. 41.6.3: Si vir uxori vel uxor viro donaverit, si aliena res donata fuerit, verum est, quod Trebatius putabat, si pauperior is qui donasset non fieret, usucapionem possidenti procedere.*

In questo responso Pomponio citando Trebazio afferma che se un marito ha donato alla moglie un bene altrui e viceversa, non essendoci stato un depauperamento dal donante al donatario, quest'ultimo certamente acquista un possesso utile all'usucapione.

La questione è dovuta dalla presenza nell'ordinamento romano del divieto di donazione tra coniugi, divieto con tutta probabilità di origine consuetudinaria e le cui origini sono tutt'ora oscure¹².

Ebbene, quale che fosse l'originaria *ratio* del divieto, in epoca classica pare che i giuristi romani utilizzino la norma non tanto per vietare i negozi *donationis causa* in sé considerati, quanto per colpire i fenomeni di ingiustificata *depauperatio* dell'uno e *locupletatio* dell'altro¹³.

In tale contesto si innesta il passo in esame in cui l'assenza di depauperamento del coniuge donante, essendo altrui la *res donata*, impedisce il verificarsi della nullità e quindi consente il decorso utile del tempo necessario per usucapire in capo al coniuge donatario di buona fede, da intendersi qui nel senso che non conosce l'altruità della *res*

¹² Cfr., per una trattazione organica di tale questione, G. ARCHI, *La donazione*, cit., 195 ss.; G. NICOSIA, *Donazioni fra coniugi e 'usucapio pro donato'*, in *Arch. Giur.*, 1956, CLI, 67 ss.

¹³ Cfr. G. ARCHI, *La donazione*, cit., 201 ss.; L. ARU, *Le donazioni*, cit. 3 ss.

donata, non avendo invece rilievo, a quanto pare, la erronea convinzione di entrambi i coniugi di porre in essere un atto vietato dall'ordinamento¹⁴.

Parzialmente diversa è, invece, la soluzione adottata da Nerazio nel passo seguente:

Ner. 5 *membr.* D. 24.1.44: *Si extraneus rem viri ignorans eius esse ignoranti uxori, ac ne viro quidem sciente eam suam esse, donaverit, mulier recte eam usucapiet. idemque iuris erit, si is, qui in potestate viri erat, credens se patrem familias esse uxori patris donaverit. sed si vir rescierit suam rem esse, priusquam usucapiatur, vindicareque eam poterit nec volet et hoc et mulier noverit, interrumpetur possessio, quia transiit in causam ab eo factae donationis. ipsius mulieris scientia propius est, ut nullum acquisitioni dominii eius adferat impedimentum: non enim omnimodo uxores ex bonis virorum, sed ex causa donationis ab ipsis factae acquirere prohibita sunt.*

Un terzo dona una cosa altrui alla moglie di un tale. Mentre la moglie sta maturando il tempo per usucapire, il marito viene a sapere che in realtà la cosa è sua e, anziché rivendicare la cosa, appositamente non compie alcun atto con la volontà di realizzare egli stesso una attribuzione patrimoniale in favore della moglie.

Posto che il testo si preoccupa di chiarire come tutti e tre i protagonisti della vicenda fossero in buona fede al momento della liberalità, il giurista sostiene che il mutamento di scienza in capo al marito produca l'interruzione dell'usucapione perché *transiit in causam ab eo factae donationis*¹⁵.

¹⁴ Sulle questioni poste dall'elemento psicologico dei coniugi si vedano gli spunti proposti da E. BETTI, *Esercitazioni*, cit. 126 ss., che parla di errore del donatario circa il presupposto di fatto di un divieto legale.

¹⁵ Cfr. G. ARCHI, *La donazione*, cit., 105 s., il quale si concentra piuttosto sul fatto che dal testo si desuma *a contrario* che di norma il *pater usucapi*, costituisca un valido modo di realizzare una liberalità conformemente a *Paul. 21 ad ed. D. 50.16.28 pr.*:

Non pare del tutto errato congetturare che il riferimento al mutamento di volontà del marito non fosse, tuttavia, sufficiente al fine di non consentire l'acquisto per usucapione della moglie, dovendosi tale effetto piuttosto collegare non solo alla consapevolezza di lui circa la propria titolarità del bene donato, ma anche alla sua inerzia nel compiere la rivendica d'intesa con la moglie. Poiché l'usucapione è concepito nel diritto romano classico come una forma di sanatoria, esso non può operare nella donazione tra coniugi, in cui si realizza un oggettivo depauperamento dell'un coniuge nei confronti dell'altro; si consideri, inoltre, che Nerazio, nella dottrina della usucapione, ha adottato posizioni non condivise dai giuristi posteriori in ordine alla buona fede e alla giusta causa, ritenendo egli di norma sufficiente all'acquisto un titolo putativo¹⁶.

"Alienationis" verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non viedatur alienare, qui patitur usucapi

¹⁶ Sul punto, ancora, G. ARCHI, *La donazione*, cit., 105.

INDICE BIBLIOGRAFICO

ALBANESE B., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979.

- *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982.

ALBERTARIO E., '*Libera administratio peculii*', in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933.

- *Procurator unius rei*, in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936.

ANGELINI P., *Il 'procurator'*, Milano, 1971.

ARANGIO RUIZ V., *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949.

- *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954.

ARCHI G., *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960.

ARU L., *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova, 1938.

BETTI E., *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1928.

- *Esercitazioni romanistiche su casi pratici*, I, Padova, 1930.

- *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova, 1947.

BONFANTE P., *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, in *Studi dedicati a F. Schupfer*, Torino, 1898.

BRIGUGLIO F., *Studi sul 'procurator'*, Milano, 2007.

BURDESE A., *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino, 1950.

- *In tema di 'consumptio nummorum'*, in *Riv. dir. comm.*, LI, 1953.
- *Il c.d. 'error in dominio' nella 'traditio' classica*, in *Archives de droit privé*, XVI, 1953.
- *Considerazioni in tema di peculio c.d. profettizio*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, I, Milano, 1982.
- *Agire per altri e autorizzazione ad alienare in diritto romano*, in *Agire per altri*, Napoli, 2010.

BUTI I., *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, Napoli, 1976.

CERVENCA G., *Studi vari sulla 'in integrum restitutio'*, Milano, 1965.

COLORNI V., *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano, 1954.

COPPOLA G., *Dallo 'iustum domini' alla 'contemplatio domini'*, Milano, 2008.

CORBINO A., *La legittimazione a 'mancipare' per incarico del proprietario*, in *IURA*, XXVII, 1976.

COSTA E., *Papiniano*, IV, Bologna, 1899.

CUJAS J., *'Ad libros sex responsorum Cervidii Scaevolae'*, in *Opera*, VI, Napoli, 1722.

DE FRANCISCI P., *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1924.

DE SARLO L., *Alfeno Varo e i suoi digesta*, Milano, 1940.

DILIBERTO O., *Studi sulle origini della 'cura fuoriosi'*, Napoli, 1984.

FINAZZI G., *Riflessioni in margine al rapporto fra 'ratihabitio' e 'iustum'*, in *Studi per G. Nicosia*, III, Milano, 2007.

- *L'agire per altri nei rapporti obbligatori*, in *Agire per altri*, Napoli, 2010.

- GALLO F., *Il principio 'emptio dominium transfertur' nel periodo giustiniano*, Milano, 1960.

- GAROFALO L., *L'impossibilità della redibizione nella riflessione dei giuristi classici*, in *Studi sull'azione redibitoria*, Padova, 2002.

- GROSSO G., *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963.

- GUARINO A., *Il 'furiosus' e il 'prodigus' nelle 'XII tabulae'*, in *Le origini quiritarie*, Napoli, 1973.

- *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001.

- HAMZA G., *Aspetti della rappresentanza negoziale in diritto romano*, in *Index*, IX, 1980.

- HERNANZ PILAR J., *El 'iustum' en las relaciones potestativas*, Valladolid, 1993.

- IMPALLOMENI G., *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955.

- LAURIA M., *Il divieto delle donazioni tra coniugi*, in *Studi in onore di A. Albertoni*, II, Padova, 1937.

- LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, Lipsia, 1889.

- LEPRI M. F., *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano: appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII tavole secondo Cicerone*, Firenze, 1942.

- LONGO G., *Il concetto classico e il concetto giustiniano di 'administratio peculii'*, in *Ricerche romanistiche*, Milano, 1966.

- *'Libera administratio peculii'*, in *Ricerche romanistiche*, Milano, 1966.

- LUZZATO G., *In tema di origine del processo 'extra ordinem'*, in *Studi Volterra*, II, Milano, 1971.
- MANCALEONI F., *La 'in rem versio' nel diritto giustiniano. Note critiche*, in *Filangieri*, XXIV, 1899.
- MICELI M., *Studi sulla rappresentanza nel diritto romano*, Milano, 2008.
- MITTEIS L., *Romisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Lipsia, 1908.
- NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milano, 1983.
- NICOSIA G., *Donazioni fra coniugi e 'usucapio pro donato'*, in *Arch. Giur.*, CLI, 1956.
- ORTU R., *'Aiunt aediles...'*, Torino, 2008.
- PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano. Sintesi²*, Torino, 1998.
- PULITANÒ F., *Studi sulla prodigalità nel diritto romano*, Milano, 2002.
- QUADRATO R., voce *Rappresentanza (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987.
- RANDAZZO S., *Mandare. Radici della doverosità e percorsi con sensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005.
- REGGI R., *L' 'error in dominio' nella 'traditio'*, in *SDHI*, XVIII, 1952.
- RICCOBONO S., *'Traditio ficta'*, in *ZSS*, XXXIII, 1912.
- *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano classico*, in *Annali dell'Università di Palermo*, XIV, 1930.
- RODEGHIERO A., *Sul sinallagma genetico nell' 'emptio venditio' classica*, Padova, 2004.

ROTONDI G., *Di alcune riforme giustiniane relative al 'pactum de non petendo'*, in *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922.

SACCOCCIO A., *'Si certum petetur'. Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' giustiniane*, Milano, 2002.

SANFILIPPO C., *Corso di diritto romano. Il mandato*, I, Catania, 1947.

- *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Catanzaro, 2002.

SOLAZZI S. e SITZIA F., voce *Tutela e curatela (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XIX, Torino, 1973.

SOLAZZI S., *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore (Contributo alla storia della rappresentanza nel diritto romano)*, II, in *BIDR*, XXII, 1910.

- *La minore età nel diritto romano*, Firenze, 1912.

- *'Iussum' e 'ratihabitio'*, in *SDHI*, XVI, 1950.

- *Errore e rappresentanza*, in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1955.

- *Le facoltà del 'procurator bonorum' nel diritto romano ellenico*, in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1957.

STOLFI E., *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio*, I, Napoli, 2002.

TALAMANCA M., *In tema di azioni di arricchimento*, in *AG*, CXLVI, 1954.

- voce *Processo civile (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987.

- *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.

- voce *Vendita (diritto romano)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993.

VACCA L., *Appartenenza e circolazione dei beni*, Padova, 2006.

VALIÑO E., *Las 'actiones adiecticiae qualitatis' y sus relaciones basicas en derecho romano*, in *AHDE*, XXXVII, 1967.

- *Actiones utiles*, Pamplona, 1974.

VOCI P., *L'errore nel diritto romano*, Milano, 1937.

- *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952.

- *'Diligentia, custodia, culpa'. I dati fondamentali*, in *SDHI*, LVI, 1990.

WATSON A., *Contract of mandate in roman law*, Oxford, 1961.

- *The law of persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967.

ZILLETTI U., *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961.

INDICE DEGLI AUTORI

- ALBANESE B. 14 nt. 40; 15
nt. 42; 16 ntt. 43 e
44; 17 nt. 45; 23 nt.
62;
- ALBERTARIO E. 38 nt. 25; 39
ntt. 27 e 28; 40 nt.
32; 65 nt. 16; 67 nt.
22; 70 nt. 29;
- ANGELINI P. 59 nt. 1; 60 nt.
2; 67 nt. 23; 75 nt.
37;
- ARANGIO RUIZ V. 42 nt. 39;
59 nt. 1; 60 ntt. 5 e
6; 61 ntt. 7 e 8; 70
ntt. 29 e 31; 84 nt.
10; 94 nt. 31; 95 nt.
34; 96 nt. 35; 97 ntt.
36 e 37; 98 nt. 39;
101 nt. 2;
- ARCHI G. 104 nt. 8; 105 nt.
11; 106 ntt. 12 e 13;
108 ntt. 15 e 16;
- ARU L. 67 nt. 7; 81 nt. 7;
106 nt. 13;
- BETTI E. 7 nt 15; 13 nt. 36;
18 nt. 50; 23 nt. 63;
72 nt. 33; 107 nt. 14;
- BONFANTE P. 59 nt. 1; 63
nt. 12; 64 nt. 14; 65
ntt. 16 e 17; 67 nt.
21;
- BRIGUGLIO F. 59 nt. 1; 75
nt. 37;
- BURDESE A. 4 nt. 4; 5 nt. 8;
6 ntt. 10 e 12; 7 nt.
15; 8 nt. 18; 9 nt. 23;
12 nt. 33; 28 nt. 3;
29 nt. 7; 30 nt. 9; 31
ntt. 11 e 12; 32 nt.
14; 33 nt. 15; 35 nt.
21; 36 nt. 23; 37 nt.
24; 41 nt. 37; 42 nt.
39; 43 ntt. 41 e 42;
44 nt. 44; 45 nt. 46;
46 nt. 47; 47 ntt. 51 e
53; 50 nt. 63; 52 nt.
68; 57 nt. 77; 60 nt.
4; 61 ntt. 7 e 9; 65
ntt. 16, 18 e 19; 67

- nt. 22; 69 ntt. 26 e 27; 72 ntt. 35 e 35; 75 nt. 37; 76 ntt. 38 e 40; 81 ntt. 4 e 5; 82 nt. 8; 84 nt. 10; 85 nt. 11; 86 nt. 12; 87 nt. 15; 88 ntt. 16 e 17; 89 ntt. 18, 19 e 20; 90 nt. 21; 92 ntt. 25 e 26; 93 ntt. 28 e 29; 95 nt. 33; 96 nt. 35; 97 nt. 37; 98 nt. 40;
- BUTI I. 28 nt. 3; 31 ntt. 10 e 11; 32 ntt. 13 e 14; 33 nt. 17; 35 ntt. 20 e 21; 36 nt. 22; 37 nt. 24; 38 nt. 26; 39 ntt. 27 e 27; 40 nt. 35; 48 nt. 54; 49 nt. 59; 51 nt. 65; 55 nt. 73; 57 nt. 77;
- CERVENCA G. 25 nt. 67;
- COLORNI V. 102 nt. 5;
- COPPOLA G. 28 nt. 3; 29 nt. 6; 41 nt. 36; 42 nt. 39; 43 nt. 42; 44 nt. 44; 46 nt. 46; 47 nt. 50; 50 nt. 62; 85 nt. 11; 86 nt. 12; 87 nt. 15; 92 nt. 26; 97 nt. 38; 98 nt. 40;
- CORBINO A. 13 nt. 35; 47 ntt. 50 e 52; 48 nt. 54; 50 nt. 65; 51 nt. 66; 53 nt. 69;
- COSTA E. 22 nt. 60;
- CUJAS J. 20 nt. 55;
- DE FRANCISCI P. 6 nt. 11; 7 nt. 15; 10 ntt. 27 e 28; 11 nt. 31; 53 NT. 69; 76 nt. 40;
- DE SARLO L. 31 nt. 11;
- DILIBERTO O. 4 nt. 3; 14 nt. 41;
- FINAZZI G. 17 nt. 46; 18 nt. 48; 19 nt. 53; 20 nt. 57; 21 nt. 59; 22 ntt. 60 e 61; 23 ntt. 64 e 66; 25 nt. 67; 26 nt. 68 e 69; 44 nt. 44; 46 nt. 49; 81 nt. 4;
- GALLO F. 101 nt. 2;
- GAROFALO L. 55 nt. 71;
- GROSSO G. 57 nt. 78;
- GUARINO A. 14 nt. 41; 47 NT. 52;

HAMZA G. 75 nt. 37;

HERNANZ PILAR J. 45 nt. 46;

IMPALLOMENI G. 55 nt. 72;
60 nt. 2;

LAURIA M. 83 nt. 9;

LENEL O. 6 e nt. 13; 8 nt.
17; 49 e nt. 60; 52 nt.
68; 103 nt. 6;

LEPRI M. F. 14 ntt. 40 e 41;

LONGO G. 35 nt. 21; 39 nt.
27; 40 nt. 32;

LUZZATO G. 14 nt. 40;

MANCALEONI F. 26 nt. 68;

MICELI M. 28 nt. 3; 41 nt.
36; 42 nt. 39; 59 ntt.
1 e 2; 60 nt. 3; 63 nt.
13; 64 nt. 14; 65 ntt.
17 e 20; 68 nt. 24; 69
nt. 26; 70 ntt. 28, 29
e 31; 71 nt. 32;

MITTEIS L. 47 nt. 51; 51 nt.
64; 92 nt. 26;

NARDI E. 14 nt. 40;

NICOSIA G. 106 nt. 12;

ORTU R. 60 nt. 2;

PUGLIESE G. 5 nt. 8; 40 nt.
33; 69 nt. 27;

PULITANÒ F. 4 nt. 6;

QUADRATO R. 62 nt. 10;

RANDAZZO S. 94 nt. 31; 97
nt. 38;

REGGI R. 7 nt. 15; 10 ntt.
25, 27 e 29; 11 nt.
31; 86 ntt. 12 e 13;

RICCOBONO S. 20 nt. 55; 93
nt. 30;

RODEGHIERO A. 55 nt. 72;
56 ntt. 74 e 75; 58 nt.
79;

ROTONDI G. 38 nt. 25;

SACCOCCIO A. 56 nt. 76;

SANFILIPPO C. 13 nt. 35; 42
nt. 39; 97 nt. 36;

SOLAZZI S. e SITZIA F. 4 ntt.
4 e 7;

SOLAZZI S. 18 nt. 47; 19 nt.
53; 20 nt. 56; 21 nt.
58; 22 nt. 60; 25 nt.
67; 26 nt. 68; 43 nt.
42; 44 nt. 44; 63 nt.
12; 65 nt. 18; 75 nt.
37;

STOLFI E. 101 nt. 4; 15; 88 ntt. 16 e 17;
89 nt. 19;

TALAMANCA M. 4 ntt. 4 e 7;
5 nt. 8; 8 nt. 16; 13
nt. 35; 18 nt. 47; 19
nt. 52; 23 nt. 62; 27
nt. 1; 28 nt. 2; 30 nt.
8; 34 nt. 19; 40 nt.
33; 49 nt. 61; 52 ntt.
67 e 68; 53 nt. 70; 57
nt. 78; 81 nt. 4; 90
nt. 22; 104 nt. 8; 105
nt. 10;

VACCA L. 101 ntt. 2 e 3;
102 nt. 5; 103 nt. 7;

VALIÑO E. 19 nt. 51; 23 nt.
63; 28 nt. 2; 44 nt.
44;

VOCI P. 7 nt. 15; 8 nt. 20;
9 nt. 24; 11 nt. 31;
12 nt. 34; 76 ntt. 39 e
40; 86 ntt. 12 e 13;
87 nt. 15; 88 ntt. 16 e
17; 89 ntt. 18, 19 e
20;

WATSON A. 33 nt. 15; 70
nt. 29; 98 nt. 40;

ZILLETTI U. 6 nt. 10; 7 nt.
15; 86 nt. 12; 87 nt.

INDICE DELLE FONTI

<p>A) FONTI GIURIDICHE</p> <p>FONTI PREGIUSTINIANEE</p> <p>XII Tabulae 5.7a; 4 e nt. 3. 5.7c; 4 nt. 6.</p> <p>Gai Institutionum Commentarii 2.62; 3 e nt. 1. 2.63; 3 nt. 2. 2.64; 3; 4; 63 nt. 11. 3.159; 72 nt. 34.</p> <p>Pauli Sententiae 2.15.3; 98 nt. 39.</p> <p>Vaticana Fragmenta 269; 81 nt. 6.</p> <p>FONTI GIUSTINIANEE</p> <p>Istitutiones 2.1.42-43; 67.</p> <p>Digesta 1.19.1.1; 8 e ntt.18 e 20; 10; 76. 2.11.15; 19 nt. 54. 2.14.28.2; 37; 38. 3.3.63; 63; 67 nt. 23; 68. 4.4.47.1; 25. 6.1.41.1; 28; 39 nt. 30; 40 nt. 35; 41 nt. 38. 6.1.72; 103.</p>	<p>6.2.8; 101 nt. 2. 6.2.14; 71; 80 nt. 3. 6.2.7.3; 104 nt. 9. 12.1.31.1; 54; 55; 56. 12.6.36; 31. 12.6.53; 36. 13.7.41; 99 e 100 nt.1. 14.6.3.2; 38 nt. 26. 15.1.16; 37 nt. 24. 15.1.48; 56 nt. 74. 15.3.3.5; 35 nt. 20. 15.3.20.1; 20. 15.4.1.3; 41 nt. 37. 17.1.5 pr.; 42 nt. 39. 17.1.5.3; 42 nt. 39; 43 nt. 40; 96. 17.1.5.4; 42. 17.1.5.5; 42 nt. 39. 17.1.6.1; 61 nt. 8. 17.1.12.8; 83. 17.1.49; 87. 17.1.57; 98 nt. 40. 17.1.60.4; 74. 18.1.15.2; 85; 86 e nt. 13. 18.1.63 pr.;43; 94. 19.1.13.7; 23 nt. 65. 20.4.9.3; 100 nt. 1. 20.6.7 pr.; 65 nt. 20. 20.6.7.1; 64. 20.6.7.4; 65 nt. 20. 20.6.8.5; 39 e nt. 30. 21.1.1.1; 59 nt. 2. 21.1.57 pr.;54. 21.2.4.1; 22; 23. 21.2.39.1; 47; 48; 53 nt. 70. 21.3.1.2-3; 95. 21.3.2; 100.</p>
---	---

21.3.3.1; 102 nt. 5.
24.1.3.12; 86 nt. 13.
24.1.34; 81.
24.1.38 pr.;34.
24.1.38.1; 80.
24.1.44; 104; 107.
24.1.58.2; 82.
26.7.12.1; 12.
26.7.12.3; 15; 16.
26.7.13.2; 5 nt. 9; 16.
26.9.5.1; 21; 24.
26.9.8; 18.
27.3.1.2; 5 nt. 9.
27.3.3; 60 nt. 6.
27.9.5.2; 11; 76 nt. 39.
27.10.10.1; 6; 7; 8 e nt. 17;
9; 10; 11; 76 nt.
39.
27.10.17; 5 nt. 9; 13; 14.
34.3.8.6; 60 nt. 6.
36.3.18.2 17.
39.5.7 pr.; 39 nt. 29.
39.5.9.2; 44.
39.5.25; 46 nt. 47, 92.
40.1.13; 14 nt. 41.
40.4.22; 13.
40.9.22; 14 nt. 41.
41.1.9.4; 66; 67 nt. 23.
41.1.35; 7; 9 e nt. 24; 10;
87 nt. 14.
41.2.14 pr.;40 nt. 35.
41.3.34; 33; 34; 40 nt. 34.
41.4.7.3; 12; 13 e nt. 35.
41.4.14; 91.
41.6.2; 104.
41.6.3; 104; 106.
44.3.15.3; 39; 40.
44.4.4.32; 102; 103.
46.3.35; 32.
46.3.84; 35 nt. 21.
47.2.44 pr.;86 nt. 13.
50.16.28 pr.; 107 nt. 15.

50.17.165; 85.

Codex Iustinianus Repetitae
Praellectionis

4.35.12; 73.
5.39.3; 26 nt. 69.
5.70.2 pr.-1; 24

FONTI POSTGIUSTINIANEE

Basilicorum Libri

38.9.5; 11 nt. 30.

B) FONTI LETTERARIE

Auctor ad Herennium

1.13.23; 4 nt. 3.

Cicero

De inv. 2.50.148; 4 nt. 3.

Pro Tull. 19.44; 59 nt. 2.

Pro Caec. 19.55; 59 nt. 2.

20.57; 60 e nt. 3.

Topica 10.42; 60 nt. 6.

Topica 17.66; 60 nt. 6.

Tusc. 3.5.11; 4 nt. 5.

Varro

De re rustica 2.10.5; 52 nt. 67