



SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE
'TULLIO ASCARELLI'
DIRITTO-ECONOMIA-STORIA

Sezione di diritto europeo su base storico
comparatistica

XXVIII Ciclo

LA FIDUCIA CUM AMICO
STRUTTURA, APPLICAZIONI PRATICHE,
FORME DI TUTELA

DOTT. MATTIA MILANI
Dottorando

PROF.SSA LETIZIA VACCA
Tutor

PROF. LORENZO FASCIONE
Coordinatore

Mattia Milani

LA FIDUCIA CUM AMICO
STRUTTURA, APPLICAZIONI PRATICHE, FORME DI TUTELA

INDICE SOMMARIO

PREMESSA

1	L'oggetto della ricerca	pag.	1
2	Cenni in tema di unitarietà della <i>fiducia</i> e organizzazione del lavoro	»	5
3	Il problema delle fonti di cognizione	»	6

Capitolo Primo

LA STRUTTURA DELLA *FIDUCIA*

1	Gli atti costitutivi della <i>fiducia</i>	pag.	13
2	L'atto da cui sorge l'obbligo del fiduciario. Le opinioni della dottrina.....	»	16
4	La <i>mancipatio</i>	»	18
	4.1 'Uti lingua nuncupassit, ita ius esto'	»	21
	4.2 <i>Leges mancipii e pacta</i>	»	28
	4.3 La diversa efficacia giuridica di <i>nuncupationes, leges mancipii e pacta</i> acclusi al rito mancipatorio.....	»	30
5	Il sintagma ' <i>fidi fiduciae causa</i> '	»	31
	5.1 Il significato di ' <i>fidi fiduciae causa</i> '	»	33
	5.2 In risposta a due possibili obiezioni	»	36
6	Il sintagma ' <i>fidi fiduciae causa</i> ' è una <i>nuncupatio</i> ?	»	38
	6.1 La <i>mancipatio familiae</i> e il <i>testamentum per aes et libram</i>	»	40
	6.2 Alcune affinità tra <i>mancipatio familiae</i> e <i>fiducia</i>	»	45
	6.3 Un'ipotesi di lavoro circa i possibili effetti della <i>nuncupatio</i> fiduciaria ...	»	50
7	<i>Leges mancipii e pacta</i> nella <i>fiducia</i>	»	51
8	Da obiezione a conferma: l' <i>in iure cessio</i> fiduciaria.....	»	52
9	La <i>traditio</i> come atto costitutivo della <i>fiducia</i> e il venir meno dei negozi solenni di trasferimento della proprietà: altre due (possibili) conferme della ricostruzione avanzata	»	56
	9.1 <i>Traditio</i> e <i>fiducia</i>	»	56
	9.2 La scomparsa della <i>mancipatio</i> e dell' <i>in iure cessio</i>	»	60
10	Considerazioni riassuntive e prospettive d'indagine.	»	61

Capitolo Secondo

LA *FIDUCIA* IN FUNZIONE DI DEPOSITO E I RAPPORTI CON IL PRESTITO D'USO

1	La <i>fiducia</i> e lo scopo di deposito	pag.	63
2	Il furto dello schiavo fiduciario a danno dell'accipiente in Afr. 8 <i>quaest.</i> D. 13.7.31	»	67
	2.1 La testimonianza della fonte e la ricostruzione del testo secondo la dottrina	»	67
	2.2 Critica alla tesi di Federica Bertoldi	»	69
	2.3 Un'ipotesi circa le ragioni dell'estensione da parte di Giuliano della disciplina prevista con riguardo alla <i>fiducia cum creditore</i> alla <i>fiducia</i> in generale. Alcune considerazioni riassuntive sul frammento di Africano	»	73

3	Ancora sui delitti commessi dallo schiavo fiduciario: i dubbi ricostruttivi relativi a Paul. 18 <i>ad ed.</i> D. 9.4.22 pr.-2	»	75
3.1	La testimonianza della fonte e la ricostruzione del testo	»	76
3.2	La correttezza della lettura di Salvatore Tondo, alla luce delle diverse fasi della procedura nossale e in relazione all'andamento complessivo del brano paolino	»	78
3.3	Insostenibilità della tesi di Bert Noordraven e di Jean-Philippe Dunand, secondo cui i giuristi romani definissero il fiduciante <i>dominus</i> della <i>res fiduciae data</i>	»	81
4	L'acquisto di una <i>res fiduciaria</i> da parte dello schiavo comune in Pomp. 26 <i>ad Sab.</i> D. 45.3.6	»	91
5	L'obbligo del tutore di ritrasferire al pupillo il bene ricevuto <i>fiduciae causa</i> dal <i>pater</i> : il caso di Ulp. 43 <i>ad Sab.</i> D. 27.3.5	»	94
6	Fedecomesso e <i>fiducia pro deposito</i> in un testo di Cervidio Scevola	»	96
7	Altri possibili testi in tema di <i>fiducia</i> a scopo di 'deposito'	»	102
8	Una delle possibili ragioni per affidare fiduciarmente un bene a scopo di 'deposito': la rappresentanza processuale	»	107
8.1	Il contesto di Ulp. 13 <i>ad ed.</i> D. 4.7.4.3 e l'editto <i>De alienatione iudicij mutandi causa facta</i>	»	108
8.2	La testimonianza della fonte e la ricostruzione del testo	»	111
8.3	I vantaggi legati alla <i>fiducia</i> in ordine alla tutela processuale dei beni trasferiti	»	113
8.4	Il problema dell'uso del termine <i>procurator</i> per indicare (in ipotesi) il fiduciario	»	117
8.5	Considerazioni di sintesi rispetto a Ulp. 13 <i>ad ed.</i> D. 4.7.4.3	»	119
9	Uno sguardo rivolto ai tempi più antichi della storia di Roma: il <i>sacrum depositum</i>	»	120
10	' <i>Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur</i> ': Coll. 10.7.11 (=Paul. Sent. 2.12.11). Una prima tutela per i trasferimenti fiduciarri?	»	122
11	Conclusioni circa il rapporto tra <i>fiducia</i> , deposito e comodato	»	126
12	Il peculiare regime del possesso <i>ad usucapionem</i> del bene trasferito: un altro (possibile) effetto discendente dal carattere nuncupativo dell'alienazione fiduciaria?	»	128

Capitolo terzo

FIDUCIA E LEX UT MANUMITTATUR

1	I problemi di inquadramento giuridico della <i>mancipatio ut manumittatur</i> . Le opinioni della dottrina	pag.	149
2	La <i>mancipatio</i> dello schiavo per la sua liberazione dopo la morte dell'alienante: Gai. [9] <10> <i>ad ed. prov.</i> D. 17.1.27.1	»	150
3	Giuliano e la <i>mancipatio</i> di uno schiavo a scopo di <i>manumissio</i>	»	153
4	La <i>paenitentia</i> dell'alienante rispetto ad un'ipotesi di <i>fiducia</i> con accordo di manomissione entro un certo tempo. Ulp. 2 <i>disp.</i> D. 12.4.5.1	»	157
5	Il trasferimento dello schiavo per la liberazione <i>post quinquennium</i> . L'incidenza della <i>donatio aliqua</i> nella disciplina della <i>fiducia manumissionis causa</i> . Alcune considerazioni in ordine alla rilevanza dell'interesse delle parti rispetto alla disciplina dell'istituto	»	161

INDICE SOMMARIO

6	La <i>Constitutio Divi Marci</i>	»	166
7	Le ragioni per servirsi della <i>fiducia manumissionis causa</i>	»	168
8	Considerazioni di sintesi sulla <i>fiducia</i> a scopo di manomissione	»	170

Capitolo quarto

FIDUCIA E DONATIO MORTIS CAUSA

1	Il testo fondamentale in materia: Pap. 13 <i>resp.</i> D. 39.6.42 pr.	pag.	171
	1.1 L'atto di trasferimento posto in essere da Seia e la riserva di usufrutto a suo favore.....	»	175
	1.2 Il contenuto dell'accordo tra Seia e Tizio: due donazioni <i>mortis causa</i> o un'unica donazione <i>inter vivos</i> sottoposta a condizione?	»	179
	1.3 La <i>rei vindicatio</i> dei figli di Tizio: le opinioni della dottrina	»	182
	1.4 Un'ipotesi ricostruttiva: la rivendica esperita per ottenere la <i>cautio fructuaria</i>	»	177
	1.5 Lo scopo della rivendica dei figli di Tizio	»	195
	1.6 Il ' <i>bonae fide ... iudicio constituto</i> '	»	200
	1.7 Il significato del frammento per il diritto giustiniano	»	204
	1.8 La <i>cautio</i> volontariamente prestata da Seia e la rilevanza della disciplina della <i>lex Falcidia</i> rispetto al caso di specie	»	206
	1.9 Sintesi dei risultati raggiunti e il problema (ancora aperto) di inquadramento giuridico della fattispecie.....	»	208
2	I dubbi di Aristone e Pomponio in Ulp. 71 <i>ad ed.</i> D. 39.5.18.2	»	208
	2.1 Cenni sui requisiti per l'acquisto tramite usucapione e sul titolo <i>pro donato</i>	»	211
	2.2 Circa l'(in)esistenza del titolo d'usucapione <i>pro fiducia</i> e sulla divisione degli effetti del possesso nella <i>fiducia</i>	»	215
	2.3 <i>Fiducia</i> e <i>causa donationis</i>	»	217
	2.3.1 Prima possibilità: <i>usucapio</i> del fiduciante	»	217
	2.3.2 Seconda possibilità: <i>usucapio</i> del fiduciario.....	»	219
	2.4 L' <i>usucapio</i> nella <i>donatio mortis causa</i>	»	222
	2.5 Sintesi dei risultati raggiunti	»	226
3	Una <i>donatio mortis causa</i> fiduciaria per interposta persona tra coniugi. Ulp. 32 <i>ad Sab.</i> D. 24.1.11.8	»	227
	3.1 La prima fattispecie: terzo interposto dalla donante	»	231
	3.2 La seconda fattispecie: terzo interposto dal donatario	»	236
4	Le modifiche al regime dell' <i>usureceptio</i> nella <i>donatio mortis causa</i> attuata mediante un trasferimento fiduciario: la rilevanza dell'interesse delle parti ...	»	239
5	Un'ipotesi sul regime dell' <i>usureceptio</i> in tema di alienazione fiduciaria <i>mortis causa</i> e di <i>fiducia manumissionis causa</i>	»	243
6	Iul. 13 <i>dig.</i> D. 16.3.15 e le modifiche al regime dell' <i>usureceptio</i> in ragione degli scopi pratici perseguiti dalle parti	»	244
7	Alla ricerca di ulteriori conferme	»	247

Capitolo quinto

ALTRE APPLICAZIONI DELLA FIDUCIA

1	<i>Fiducia</i> e donazione per interposta persona in Marcell. 7 <i>dig.</i> D. 24.1.49.....	pag. 249
2	La <i>noxae deditio</i> fiduciaria.....	» 253
3	Sulla <i>fiducia</i> nell'ambito dei rapporti familiari	» 256
4	Un caso di <i>fiducia</i> in Plinio il Giovane?	» 257
5	Considerazioni di sintesi.....	» 261

Capitolo sesto

LE FORME DI TUTELA DEI TRASFERIMENTI FIDUCIARI

1	Una breve premessa.....	pag. 263
2	L' <i>amicitia</i> in Roma antica.....	» 264
	2.1 La concezione causale e istituzionale di <i>amicitia</i> in Bernardo Albanese..	
3	L' <i>amicitia</i> nei rapporti fiduciari e il valore dell'espressione ' <i>fiducia cum amico contracta</i> ' in Gai 2.60	» 268
		» 274
4	<i>Fides</i> in Roma antica.....	» 277
	4.1 La forza propulsiva di <i>fides</i> nel riconoscimento giuridico di nuove fattispecie negoziali	» 282
5	Una prima forma di protezione del fiduciante tramite l'azione penale <i>in duplum</i> di cui Coll. 10.7.11 (= Paul. Sent. 2.12.11)?	» 283
6	<i>Fiducia</i> e processo <i>per legis actionem</i>	» 284
7	<i>Fiducia</i> e processo formulare.....	» 286
8	Altri meccanismi di tutela della posizione del fiduciante: l' <i>usureceptio</i> e l'assenza di furto	» 295
	<i>Riflessioni di sintesi</i>	pag. 299
	<i>Bibliografia</i>	» 305
	<i>Indice delle fonti</i>	» 337

PREMESSA

SOMMARIO: 1. L'oggetto della ricerca. – 2. Cenni in tema di unitarietà della *fiducia* e organizzazione del lavoro. – 3. Il 'problema' delle fonti di cognizione.

1 *L'oggetto della ricerca*

La *fiducia* è stata nel tempo oggetto di vaste attenzioni da parte della scienza romanistica, che vi ha dedicato studi a carattere monografico e approfondimenti concernenti alcuni suoi specifici profili¹.

Le ragioni di un simile interesse sono molteplici. L'istituto in parola, infatti, si presenta come un *unicum* nel panorama giuridico di Roma antica. Si compone, come noto, di un elemento reale, che consiste nel trasferimento solenne di un *res* mediante *mancipatio* o *in iure cessio*, e di un elemento obbligatorio, che normalmente si sostanzia nel dovere di ritrasferire tale bene all'alienante – al verificarsi delle condizioni pattuite² –, ma che secondo parte della dottrina può presentare contenuti diversificati. In ragione del combinarsi di queste due dimensioni, molti studiosi hanno ritenuto fecondo focalizzare le proprie attenzioni sulla *fiducia* anche per dar soluzione a nodi problematici più ampi circa l'esperienza giusprivatistica romana.

Negli ultimi anni, inoltre, si è assistito ad un rifiorire degli studi sulla *fiducia* condotti secondo una prospettiva in parte nuova, perché animati dall'interesse primario di spiegare, e in qualche modo 'riordinare', il vastissimo e multiforme mondo dei 'fenomeni fiduciari' moderni, le radici più o meno prossime dei quali sono state scorte da molti interpreti proprio nella *fiducia* romanistica³.

¹ Tra le ricerche di carattere monografico vale la pena di ricordare sin d'ora F. GENY, *Étude sur la fiducia*, Nancy, 1885; P. OERTMANN, *Die 'fiducia' im römischen Privatrecht*, Berlin, 1890; R. JACQUELIN, *De la fiducia*, Paris, 1891; G. GROSSO, *Sulla 'fiducia' a scopo di 'manumissio'*, in *Scritti storico giuridici. III. Persone, obbligazioni, successioni*, Torino, 2001, 189 ss. (già in *RISG*, IV, 1929, 251 ss.); W. ERBE, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940; A. BURDESE, *'Lex commissoria' e 'ius vendendi' nella 'fiducia' e nel 'pignus'*, Torino, 1949; N. BELLOCCI, *La tutela della 'fiducia' nell'epoca repubblicana*, Milano, 1974; EAD., *La struttura del negozio della 'fiducia' nell'epoca repubblicana. I. Le 'nuncupationes'*, Napoli, 1979; EAD., *La struttura della 'fiducia'. II. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli, 1983; B. RODRÍGUEZ-ROSADO, *'Fiducia' y pacto de retro en garantia*, Madrid, 1998; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999; J.-PH. DUNAND, *Le transfert fiduciaire: 'doner pour reprendre'. 'Mancipio dare ut remancipetur'. Analyse historique et comparatiste de la fiducia-gestion*, Bâle-Genève-Munich, 2000; R. FERCIA, *'Fiduciam contrahere' e 'contractus fiduciae'. Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli, 2012; F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, 2012; M. FUENTESCA, *El negocio fiduciario en Roma*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016.

² Cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 2000, 430; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2007, 448.

³ Cfr., a titolo paradigmatico, F. BARRIÈRE, *La réception du trust au travers de la fiducia*, Cahors, 2004; J. WOLFF, *Trust, 'fiducia' und fiduziarische Treuband. Historisch-rechtsvergleichende Untersuchung mit einer Darstellung des Trust in Schottland sowie des römischen und*

Ebbene, la letteratura specialistica sovente imposta le ricerche in tema di *fiducia* partendo dalla distinzione gaiana tra *fiducia* perfezionata '*cum creditore pignoris iure*' e *fiducia* conclusa '*cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent*' (Gai 2.60).

Il discrimine tra dette applicazioni viene scorto nel diverso 'scopo' perseguito dalle parti⁴. Nel primo caso (*fiducia cum creditore*), l'operazione adempie ad una funzione di garanzia di un credito: il debitore/fiduciante, infatti, trasferisce *fiduciae causa* la *res* al creditore/fiduciario, con l'accordo che al versamento di quanto dovuto quest'ultimo gli restituisca tale bene. Col tempo, diviene questo l'uso più comune della *fiducia*, che convive per tutta l'età classica con altre forme di garanzia reale assai meno gravose per il debitore (giacché non comportavano per lui la perdita del *dominium* sui beni impegnati), quali il pegno e l'*hypotheca*⁵.

Ben più vivaci discussioni ha invece determinato la seconda 'forma' di *fiducia* ricordata da Gaio, quella che a suo dire si concludeva *cum amico*. A parere della maggioranza della dottrina, essa avrebbe avuto una portata particolarmente ampia, ricomprendendo «tutte le altre applicazioni dell'istituto»⁶, che spaziavano dall'impiego a scopo di deposito e di comodato – risalendo all'ultima età repubblicana il riconoscimento e la tutela edittale di tali rapporti⁷ –, all'uso per finalità di rappresentanza processuale, di donazione a causa di morte, di donazione per interposta persona o di trasferimento di uno schiavo in vista della sua manomissione⁸.

Invero, non sono mancate opinioni critiche rispetto a questa linea di pensiero, come ad esempio quelle formulate da Nicola Bellocchi e, più di recente, da Roberto Scevola. La prima studiosa, in particolare, si muove nell'ordine di idee per cui l'obbligo primario del fiduciario fosse soltanto quello di effettuare la *remancipatio* della *res* alienata. Così, l'autrice giunge a sostenere che se «in ogni *mancipatio* compiuta '*ea lege ut ...*', con una finalità diversa, cioè, da quella del puro e semplice ritrasferimento della proprietà, si potesse riscontrare un'applicazione del negozio della *fiducia* in senso tecnico, l'ambito di applicazione del negozio si allargherebbe smisuratamente fino a fare della *fiducia* stessa non più un negozio, ma un *genus*, a cui corrisponderebbero *species* ben

österreichischen Fideikommiss, Frankfurt a.M.-Berlin-Bern-Wien, 2005; J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 273 ss., nonché gli atti del Convegno intitolato *Dalla fiducia (attraverso il 'trust') verso gli affidamenti*, svoltosi ad Urbino nei giorni 16 e 17 ottobre 2014, raccolti nel volume '*Fiducia*', '*trusts*', *affidamenti. Un percorso storico-comparatistico*, a cura di M.L. Biccari, Urbino, 2015, 7 ss.

⁴ Cfr. G. GROSSO, voce '*Fiducia*' (*diritto romano*), in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 385 s.; N. BELLOCCI, *La struttura*, I, cit., 16.

⁵ Cfr. G. GROSSO, voce '*Fiducia*', cit., 385.

⁶ Così M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 553.

⁷ M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 448.

⁸ Cfr. G. GROSSO, voce '*Fiducia*', cit., 385 ss.

diverse fra loro con la conseguenza che si rischierebbe di rompere l'euritmia dell'istituto»⁹. Per questa ragione, la Bellocchi esclude, ad esempio, che le *mancipationes* di schiavi attuate a scopo di manomissione o compiute per realizzare donazioni *mortis causa* potessero rientrare nella nozione gaiana di *fiducia cum amico*¹⁰.

Lungo un analogo crinale si muove Roberto Scevola. Questi, nel soffermarsi su un noto testo di Ulpiano in tema di *negotium mixtum cum donatione*¹¹, si mostra convinto che la tendenza secondo cui «in età classica la *fiducia* potesse essere modellata tanto liberamente da alterare la stessa struttura fondamentale del negozio, prospettando un proprio impiego finalizzato a recepire assetti di interessi mutevoli, ... andrebbe ridimensionata perché un orientamento così elaborato non darebbe ragione né della fondamentale bivalenza teleologica dell'istituto, concretizzatasi nelle due qualificazioni *cum amico* e *cum creditore*, né dell'evoluzione verso forme contrattuali intese ad assorbirne le finalità rispecchiandone fedelmente l'originario utilizzo»¹².

In effetti già in passato alcune autorevoli voci hanno ad esempio collocato la *fiducia manumissionis causa* al di fuori della dicotomia *fiducia cum amico/fiducia cum creditore* di matrice gaiana: tali autori, più precisamente, ritenevano necessario distinguere i casi in cui il negozio veniva perfezionato a scopo di *remancipatio* del bene trasferito da quelli conclusi in vista della futura *manumissio* dello stesso, qualora si fosse naturalmente trattato di uno schiavo¹³.

Non è arduo accorgersi della distanza che separa le prospettive appena ricordate.

Ad ogni buon conto, seguendo l'opzione tradizionale si finisce col ricondurre all'area della *fiducia cum amico* ipotesi varie ed eterogenee di trasferimento fiduciario, accomunate (principalmente) dalla preponderanza dell'interesse del fiduciante all'esito naturale dell'operazione negoziale programmata¹⁴: esito, per vero, che poteva anche non consistere nel 'ritorno' della *res alienata* all'interno

⁹ Cfr. N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 84.

¹⁰ Cfr. N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 98 e 106.

¹¹ Si tratta di Ulp. 71 *ad ed.* 39.5.18 pr.-1, in cui il giurista di Tiro si occupa del caso di uno schiavo trasferito con il patto che venisse liberato dopo cinque anni, fattispecie che la dottrina dominante riconduce alla figura della *fiducia manumissionis causa*.

¹² Cfr. R. SCEVOLA, '*Negotium mixtum cum donatione*'. *Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2008, 119 (su cui v. anche V. GIUFFRÈ, *Recensione* a R. SCEVOLA, '*Negotium mixtum cum donatione*', cit., in *Iura*, LVII, 2008-2009, 461 ss., e A. BURDESE, *Recensione* a R. SCEVOLA, '*Negotium mixtum cum donatione*', cit., in *SDHI*, LXXVI, 2010, 739 ss.), pensiero poi ripreso in ID., *Il negozio misto con donazione: elaborazioni romane e ricostruzioni moderne*, in *Scambio e gratuità. Contenuti e confini dell'area contrattuale*, Padova, 2011, 260 ss.

¹³ Cfr. A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, III.1², Halle, 1892 (rist. Aalen 1963), 128 ss.; A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht. I. Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Leipzig, 1876 (rist. Aalen 1965), 285 ss.

¹⁴ Cfr. G. GROSSO, *Recensione* a W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., in *SDHI*, VII, 1941, 427.

del patrimonio dell'originario titolare, pur trattandosi questo del «nucleo essenziale dell'obbligazione nascente dalla *fiducia*»¹⁵.

Se invece si dovesse aderire alla visione più restrittiva che si è ricordata poc'anzi, il campo d'applicazione della *fiducia cum amico* risulterebbe notevolmente ridotto, essendo limitato in buona sostanza ai soli casi in cui le parti intendevano predisporre un assetto di interessi volto in ultima istanza a far sì che la *res fiduciae data* tornasse tra i beni di proprietà del fiduciante, seppur al verificarsi delle condizioni più varie versate nel relativo *pactum* annesso all'operazione. Accogliendo questa visione, peraltro, si impone la necessità di svolgere un complessivo ripensamento di molte fattispecie che tradizionalmente la dottrina ha sussunto nell'area della *fiducia*, ma che – visto che i passi ove sono trattate non contengono alcuna menzione dell'istituto in parola (per vero al pari di tutti i testi contenuti nel Digesto, come si vedrà¹⁶) – dovrebbero venir ripensate ed eventualmente inquadrate entro nuove cornici negoziali.

Quello appena tratteggiato è uno dei nodi problematici cruciali e tuttora irrisolti concernenti la *fiducia cum amico*.

Tuttavia, ne permangono molti altri.

Ad esempio, ancora aperta è la questione se la *fiducia cum amico* abbia preceduto storicamente quella perfezionata a scopo di garanzia, o se sia vero il contrario, con tutto ciò che ne discende in ordine alle rispettive linee di sviluppo e in relazione alla disciplina giuridica ad esse riservata¹⁷. Inoltre, poco scandagliato è il ruolo ricoperto dall'*amicitia* – elemento così importante per i rapporti interpersonali tra i romani¹⁸ – nell'ambito della figura di cui si andrà discutendo, nonché l'ampiezza e l'estensione della protezione offerta dall'*actio fiduciae* rispetto alle diverse funzioni che potevano venir perseguite tramite tale negozio.

Non è difficile notare come molti di questi interrogativi si intreccino, ove proprio non vadano a coincidere, con quelli che investono la *fiducia cum creditore*. Il che parrebbe scontato, stando a ciò che poc'anzi si è detto a proposito del fatto che la *fiducia cum amico* e quella *cum creditore* sono due diverse 'applicazioni' del medesimo schema negoziale.

A dire il vero, la dottrina si è interrogata non poco, soprattutto in tempi meno recenti, circa la maggiore o minore autonomia dei due tipi di *fiducia* predetti, chiedendosi in particolare se sia corretto parlare di un unico negozio – entro il

¹⁵ Così G. GROSSO, voce *'Fiducia'*, cit., 387.

¹⁶ Sul problema della scarsità e frammentarietà delle fonti in tema di *fiducia*, v. *infra*, par. 3 della presente *Introduzione*.

¹⁷ Cfr. G. GROSSO, *Recensione a W. ERBE, Die Fiduzia*, cit., 426.

¹⁸ Cfr. G. FINAZZI, *'Amicitia' e doveri giuridici*, in *'Homo, caput, persona'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010, 633 ss.

quale ricomprendere tali due *species* –, ovvero se sia preferibile studiarle separatamente, anche per evitare equivoci o fraintendimenti determinati dalle rispettive peculiarità¹⁹.

Sulla questione, che vede la dottrina tutt'altro che vicina ad approdare ad una soluzione condivisa, ci si soffermerà nel corso della successiva trattazione, vista la centralità che essa presenta.

Tuttavia, occorre fare sin d'ora un breve cenno alla problematica in discorso, giacché da essa dipende la stessa organizzazione del lavoro che verrà svolto nelle prossime pagine.

2 Cenni in tema di unitarietà della 'fiducia' e organizzazione del lavoro

Come accennato, alcuni autori – tra cui per esempio Carlo Alberto Maschi – ritengono che la *fiducia* non sia affatto un negozio unitario: né sotto il profilo strutturale, giacché «il *pactum fiduciae* può essere connesso non solo alla *mancipatio*, ma anche alla *in iure cessio*»²⁰, né sotto quello teleologico, in quanto «oltre alla *fiducia cum creditore*, volta ad attuare un rapporto di garanzia, e alla *fiducia cum amico* ..., serve a scopi eterogenei»²¹. Già Walter Erbe aveva invero organizzato la propria analisi dell'istituto (focalizzata al diritto romano classico) occupandosi separatamente – sia pur dopo una breve introduzione di impronta prettamente storica – della *fiducia cum creditore* e di quella *cum amico*, tanto in ordine alla rilevanza del *pactum fiduciae*, quanto con riferimento al diverso atteggiarsi dell'*actio fiduciae*²².

Proprio tale scelta aveva attirato le critiche di Giuseppe Grosso, il quale – nel recensire il lavoro dell'Erbe – si era mostrato convinto che «comunque si giudichi della maggiore o minore autonomia dei due tipi, ci pare che il problema storico e dogmatico della *fiducia* richieda se non tutta una parte generale, almeno un'ampia trattazione parallela»²³.

Ed in effetti sembra questa la strada da seguire, per via anche della discordanza delle opinioni emerse in proposito in dottrina: sarà semmai al termine di un complessivo lavoro di analisi che si potrà prendere posizione in ordine alla questione circa l'unitarietà o meno dell'istituto in discorso.

Sulla scorta di ciò, e sempre muovendosi in una prospettiva diacronica, la prima parte della ricerca affronterà in generale il problema della struttura della *fiducia*, con un discorso dunque valevole tanto per quella *cum creditore* che per quella *cum amico* (cap. I).

¹⁹ Cfr. N. BELLOCCI, *La struttura*, I, cit., 16 ss.

²⁰ C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973, 127.

²¹ C.A. MASCHI, *La categoria*, cit., 127.

²² Cfr. W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 12 ss.

²³ Cfr. G. GROSSO, *Recensione a W. ERBE, Die Fiduzia*, cit., 426.

Una volta fatto ciò, la seconda parte dell'indagine, che conterà di quattro capitoli (capp. II-V), sarà dedicata alle diverse applicazioni della *fiducia*, che tradizionalmente la dottrina ha ricondotto alla declinazione 'cum amico', onde verificare se sia corretto ravvisare in tali ipotesi un'alienazione fiduciaria e, nel caso di risposta affermativa, per individuare le peculiarità della relativa disciplina.

Verranno quindi vagliate le forme di tutela nel tempo accordate dall'ordinamento romano ai soggetti coinvolti in tali dinamiche: così, dopo aver valutato la rilevanza dall'*amicitia* e dalla *fides* rispetto alle fasi di sviluppo dell'istituto più risalenti, si verificherà se, e come, nel processo *per legis actiones* potessero venir fatte valere pretese discendenti da un trasferimento fiduciario, onde poi soffermarsi sul regime previsto nell'ambito del processo formulare. Si indugerà, ovviamente, sull'*actio fiduciae*, nonché sugli altri meccanismi 'extragiudiziali' di tutela di cui le fonti serbano memoria (cap. VI).

Concluderanno il tutto alcune considerazioni di sintesi, nonché un indice delle fonti e l'elenco della bibliografia utilizzata.

Naturalmente, in diversi punti della successiva indagine, l'attenzione si soffermerà anche su alcuni profili della *fiducia cum creditore*: ciò, tuttavia, esclusivamente per dar soluzione, tramite contrasto o per analogia, a questioni concernenti la *fiducia cum amico*.

Già da quanto è stato detto è facile notare quante, e di che portata, siano le questioni che la *fiducia* fa sorgere: non a caso, come rilevato dal Grosso²⁴, il Longo e il Segrè ne avevano fatto argomento dei loro corsi universitari monografici²⁵, per «far sentire vivi ... i problemi giuridici» ai propri studenti.

Oltre a questo aspetto, l'analisi della *fiducia* si presenta irta di difficoltà anche per la scarsità e frammentarietà delle fonti che se ne occupano, molte delle quali sono state ricondotte a tale istituto pur non serbandone esplicita menzione²⁶, e dunque sollevando in dottrina aspri dibattiti.

Vale la pena di fare allora un breve discorso sulle fonti di cognizione che verranno utilizzate nel presente studio.

3 Il problema delle fonti di cognizione

Nicla Bellocchi, sul finire degli anni '70 del secolo appena conclusosi, scriveva che «la scarsità e l'oscurità delle fonti di cognizione relative alla *fiducia* ci offrono di tale negozio una visione molto frammentata e, spesso, pongono esse stesse

²⁴ G. GROSSO, *Recensione* a W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 426.

²⁵ C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, Milano, 1933; G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano. Le garanzie personali e reali delle obbligazioni. II. Le garanzie reali*, Torino, 1935.

²⁶ Tramite soprattutto gli studi palinogenetici di O. LENEL, *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, in ZSS, III, 1882, 104 ss.; ID., *Palinogenesia Iuris Civilis*, I-II, Leipzig, 1889 (rist. Aalen 2000).

problemi di interpretazione, che rendono particolarmente arduo il compito di colui che cerca di ricostruire la natura e la struttura dell'istituto stesso»²⁷.

In effetti, il panorama è piuttosto desolante, se paragonato alle conoscenze che si possiedono in ordine ad altri istituti del diritto romano; e ciò vale ancor di più per quanto concerne le applicazioni della *fiducia* diverse da quella a scopo di garanzia.

Volendo tracciare una breve panoramica dei materiali a disposizione, conviene partire dalle fonti giuridiche antegustiniane e, in primo luogo, da Gaio.

Nelle sue *Institutiones* il giurista antoniniano si occupa di *fiducia* solo incidentalmente, senza inserirla nella sua sistematica contrattuale e omettendo di darne una descrizione istituzionale. La richiama, dandola per presupposta, allorquando si occupa di *usureceptio* – un'antica forma di *usucapio* operante anche in età classica a prescindere dalla *iusta causa* e dalla *bona fides* (Gai 2.60) –, di legato *per praeceptionem* (Gai 2.220) e per escludere il compimento di furto da parte del fiduciante che si appropria della *res fiduciae data* (Gai 3.201). Inoltre, in tre diversi luoghi del suo quarto *commentarius*, Gaio si occupa dell'*actio fiduciae*: per affermare che essa, insieme all'*actio commodati*, all'*actio negotiorum gestorum* e a diverse altre azioni ancora, contiene una *fictio legis actionis* (4.33)²⁸, nonché per ricondurla nell'ambito dei *bonae fidei iudicia* (4.62) e di quelli che determinano *infamia* (4.182). A parte questi accenni, nel palinsesto veronese null'altro si trova²⁹.

Sono parimenti scarsi, ma tutt'altro che di secondaria importanza, i frammenti concernenti l'istituto in esame contenuti nella *Collatio legum Mosaicorum et Romanorum*, nella *Consultatio cuiusdam veteris iurisconsulti* e nei *Vaticana Fragmenta* e nelle *Pauli sententiae*, come si vedrà in seguito.

²⁷ Cfr. N. BELLOCCI, *La struttura*, I, cit., 11, secondo volume di un trittico di studi dedicati alla *fiducia*, già ricordati in nt. 1.

²⁸ Cfr. E. BIANCHI, *Le 'actiones, quae ad legis actionem exprimuntur' in Gaio. Una nuova ipotesi sulla 'catégorie d'actions négligée par les romanistes'*, in *Atti del Convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico' (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001). In memoria di A. Biscardi*, Milano, 2011, 17 ss. Sulla portata e sul significato dell'espressione '*vis ac potestas*', cfr. B. KÜBLER, '*Ἔργον καὶ δυνάμει, 'vis ac potestate'*', in *ZSS*, LXXII, 1939, 562 ss.; B. ALBANESE, *Sulle formule che 'ad legis actiones exprimuntur' (Gai 4.10 e 32-33)*, in *A l'Europe du troisième millénaire. Mélanges offerts à G. Gandolfi*, II, Milano, 2004, 1026, nt. 14.

²⁹ Non attengono propriamente alla *fiducia*, ma a fenomeni negoziali latamente fiduciari, sia Gai 1.114-115 (in tema di *coemptio fiduciae causa*), sia Gai 1.140 e 1.172, ove pur si parla di una *mancipatio* conclusa *ut remancipetur*: rispetto a questi due ultimi testi, R. FERCIA, '*Fiduciam contrahere*', cit., 1, nt. 1, ritiene che vadano «probabilmente riferiti, più che alla *fiducia*, alle *mancipationes*, assistite da mere *leges mancipii* 'fiduciarie', di soggetti liberi *in potestate* da parte del *pater familias*». L'affermazione si mostra condivisibile e le ragioni verranno chiarite nel prossimo capitolo (cap. I), nonché, per le mancipazioni nell'ambito dei rapporti familiari, al cap. V.

Passando alla compilazione giustiniana, la *fiducia* non vi è mai menzionata. Ciò, invero, si spiega senza difficoltà. Nella tarda antichità, la *fiducia* è un istituto ormai utilizzato sempre meno, sostituito da altre forme negoziali più snelle e in grado di assolvere alle medesime esigenze pratiche; sicché, al tempo di Giustiniano, questa viene considerata nient'altro che un relitto del passato³⁰, il quale non deve più trovar posto nel sistema giuridico vigente.

Le ragioni di tale evoluzione non appaiono difficili da rintracciare. Esse si collegano, per un verso, alla scomparsa della *mancipatio* e dell'*in iure cessio*³¹ – presupposti necessari per il perfezionamento del negozio in parola³² –, con la *traditio* ormai unico *modus acquirendi* della proprietà³³. Per un altro verso, come anticipato, il declino dipende dalla diffusione di altre forme negoziali più adatte alle mutate esigenze dei traffici commerciali, in grado di dar soddisfazione ai medesimi interessi un tempo perseguiti tramite operazioni fiduciarie³⁴.

Ma se questo dato spiega agevolmente l'assenza di richiami ad essa nelle Istituzioni e nelle costituzioni più tarde, nonché la mancanza di un titolo dedicato alla *fiducia* nel Digesto, per quanto riguarda i testi dei giuristi classici ivi versati la totale scomparsa di riferimenti alla *fiducia* non può passare inosservata.

Essa si può spiegare in due modi. Innanzitutto, si potrebbe ipotizzare che i compilatori abbiano escluso dalla raccolta tutti i brani della giurisprudenza precedente che (direttamente o indirettamente) si occupavano di *fiducia*. Oppure, si potrebbe pensare ad una manipolazione dei testi originali, attuata tramite l'espunzione dei riferimenti alla *fiducia* e la sostituzione con altre espressioni.

³⁰ Cfr. C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 14. Va ricordato che Vat. Fragm. 18 e 37, recano menzione di due costituzioni, rispettivamente del 255 e del 369 d.C., che parlano di *fiducia cum creditore*, mentre C.Th. 15.14.9 ricorda ancora la *fiducia* accanto al *pignus*.

³¹ Come noto, la *mancipatio* rimane per tutta l'età dei Severi il requisito formale per il trasferimento del dominio quiritario sulle *res Mancipi* ed anche sotto Diocleziano è richiesta per la realizzazione di tale effetto (quantomeno nelle contrattazioni cittadine e dalla cancelleria imperiale). Via via, comunque, perde di importanza, fino a scomparire del tutto con l'eliminazione, attuata da Giustiniano nel 531 d.C. (v. C. 7.31.1), dell'antica e ormai superata distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* (cfr. A. LOVATO - S. PULIATTI - L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, Torino, 2014, 327). Sicché i riferimenti alla *mancipatio* nella compilazione vengono sostituiti da richiami alla *traditio*, come si vedrà meglio nel prosieguo. Una sorte in parte analoga è riservata all'*in iure cessio*, la cui decadenza è forse più rapida e lascia meno tracce anche nella prassi, dato che non si rinvencono provvedimenti contenenti una sua formale soppressione: cfr. sul punto M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 434 s.

³² Cfr. C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 45 e 163 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. II. Garanzie reali*, Milano, 1963, 5 ss.; G. KRÄMER, *Das besitzlose Pfandrecht. Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat*, Köln, 2007, 20 ss.; R. LAMBERTINI, *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino, 2010, 96 s.; V. CARRO, *'Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione'*. Una riflessione sul fenomeno fiduciario nel mondo romano e moderno, in *Riflessioni sulla negozialità. Profili storico-comparativi*, a cura di A. Palma, Napoli, 2013, 32.

³³ Il percorso, invero, è molto più complesso: cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 435 ss.

³⁴ Cfr. R. SCEVOLA, *'Negotium mixtum cum donatione'*, cit., 82.

Questa seconda ipotesi, coerente col modo di operare dei commissari di Giustiniano, ha ricevuto una decisiva conferma dalle ricerche palinogenetiche condotte da Otto Lenel a cavaliere tra l'Ottocento e il Novecento e da quelle della dottrina a lui successiva³⁵.

Ecco in cosa consistono le scoperte del Lenel.

Mentre era impegnato a ricostruire l'ordine della trattazione di alcune opere dei giuristi romani (quelle che, precisamente, ricalcavano il susseguirsi delle materie dell'Editto del pretore³⁶), Lenel si accorse che – stando alle iscrizioni dei frammenti raccolti nel Digesto – Ulpiano e Paolo nei loro commentari *ad edictum* avevano affrontato due volte, in libri differenti e non contigui, questioni concernenti il pegno.

Il giurista di Tiro si sarebbe soffermato su tale istituto una prima volta nel libro XXVIII, insieme al comodato, per poi ritornarvi al libro XXX, questa volta unitamente al deposito; medesimo discorso per Paolo, la cui trattazione del pegno si sarebbe concentrata nel libro XXIX e nel libro XXXI.

Giacché a separare tali disamine vi è un libro (il XXIX per Ulpiano e il XXX per Paolo) che riguarda materie non legate al *pignus*, e non ravvisando ragioni che potessero spiegare una simile organizzazione del lavoro, Lenel concluse ritenendo che in uno dei due luoghi l'argomento indagato non fosse in origine il *pignus*, ma qualcosa di differente, seppur rispondente ad una analoga funzione³⁷.

Questo istituto, a suo dire, non poteva che essere la *fiducia*, «la quale» – prendendo a prestito le parole di Carlo Longo – «nella sua più comune funzione ... serviva agli stessi fini di garanzia reale, cui adempie il pegno, e quindi offriva ai compilatori un materiale di testi utilizzabile pel regolamento giustiniano del pegno»³⁸.

Considerato, poi, che nell'Editto del pretore – stando alla sua ricostruzione più attendibile – la *fiducia* trovava spazio accanto al deposito, i testi contenuti nei libri XXX di Ulpiano e XXXI di Paolo, si possono riferire, con buon grado di verosimiglianza, proprio all'istituto di interesse.

Questa tesi è ormai condivisa dalla totalità della scienza romanistica e ha posto le basi per una rilettura di molti testi della compilazione, alla ricerca di eventuali riferimenti nascosti alla *fiducia*. Invero, già lo stesso Lenel – nella *Palinogenesia Iuris Civilis* – individuava numerosi altri frammenti che a suo dire

³⁵ Cfr. O. LENEL, *Quellenforschungen*, cit., 114 s., e ID., *Palinogenesia*, I, cit., c. 1027. Sull'importanza di tali ricerche per la romanistica dei tempi successivi, cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 17 ss.; F. BERTOLDI, *Alcune osservazioni sulla 'fiducia' nella letteratura romanistica*, in *Le situazioni affidanti*, a cura di M. Lupoi, Torino, 2006, 111 ss.

³⁶ Come i relativi commentari e, ad esempio, i *Digesta* di Giuliano: cfr. C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 15.

³⁷ O. LENEL, *Quellenforschungen*, cit., 36 ss.

³⁸ C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 16.

trattavano, nella loro versione originaria, di *fiducia*, poi rimodellati per dettare regole in tema di deposito, comodato e mandato³⁹.

In molti si sono poi impegnati in questa ricerca, avanzando varie proposte di correzione o integrazione dell'elenco leneliano⁴⁰: naturalmente, di tutto ciò si darà conto nel prosieguo dell'indagine, allorquando ci si soffermerà sui vari frammenti d'interesse.

Passando alle fonti letterarie, si rinviene qualche cenno alla *fiducia* in Plauto e Tito Livio, ma la rilevanza giuridica di tali testi si vedrà essere marginale, e poco altro ancora. Ben più rilevante è l'apporto dato dall'opera di Cicerone, il quale ci trasmette preziosissime indicazioni sull'istituto in questione, specialmente in relazione all'*actio fiduciae* (sì che ne è stato possibile ricostruire il probabile tenore), nei *Topica*⁴¹, nel *De officiis*⁴² e nella *Pro Caecina*⁴³. Per la letteratura posteriore, due testi, rispettivamente di Boezio e di Isidoro di Siviglia, recano altre informazioni importanti sulla *fiducia*⁴⁴.

Sul versante epigrafico, la fortuna è più magnanima con gli storici del diritto, giacché sono stati rinvenuti diversi documenti che per parte della dottrina – non sempre senza contrasti⁴⁵ – contengono riferimenti ad alienazioni fiduciarie.

Si tratta, nel dettaglio, della cosiddetta *Formula Baetica*⁴⁶, una lamina bronzea – con ogni probabilità la prima di un dittico – risalente al I o al II sec. d.C., ritrovata in Spagna nel 1868 in prossimità della foce del fiume Baetis (dove il nome), su cui è inciso lo schema di una *mancipatio* fiduciaria. Il materiale su cui è impressa, unitamente al fatto che riporta dei nomi apparentemente di fantasia e stereotipati, ha indotto parte consistente della dottrina ad affermare che essa

³⁹ F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 14, nt. 29, ove è riportata una lunga lista dei passi che la dottrina successiva a Otto Lenel ha ricondotto alla materia *fiducia*. V'è da dire, però, tale elenco è in grado soltanto di dare un'idea dell'impatto sugli studi romanistici delle ricerche condotte dall'autore tedesco: la totale assenza di indicazioni bibliografiche – unitamente al silenzio in ordine alle proposte di riduzione dell'elenco leneliano – rendono infatti tale raccolta poco utile per l'indagine che si andrà a compiere.

⁴⁰ Cfr. A. BURDESE, voce 'Fiducia' (*diritto romano*), in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, 295; G. GROSSO, voce 'Fiducia', cit., 384; A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano, 1976, 22 ss.; N. BELLOCCI, *La struttura*, I, cit., 11 ss. e nt. 1; P. LAMBRINI, *Lineamenti storico-dogmatici della 'fiducia cum creditore'*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. V Congresso internazionale Aristec (Salisburgo 13-15 settembre 2001)* a cura di L. Vacca, Torino, 2003, 259 ss.

⁴¹ Cic. *top.* 10.42.

⁴² Cic. *off.* 3.15.61 e 3.17.70.

⁴³ Cic. *Caec.* 3.7.

⁴⁴ Boeth. in Cic. *top.* 4.10.41 e Isid. *orig.* 5.25.23.

⁴⁵ Cfr. L. MIGLIARDI ZINGALE, *In tema di 'fiducia cum creditore': i documenti della prassi*, in *Labeo*, XLVI, 2000, 451 ss.

⁴⁶ FIRA III, n. 92.

costituisce un formulario astratto, utilizzato quale base per le operazioni di cui si va discutendo⁴⁷.

A ciò si devono aggiungere tre diversi gruppi di tavolette emersi dagli scavi effettuati in terra campana, alle pendici del Vesuvio.

Il primo, risalente al 79 d.C.⁴⁸, concerne la conclusione di una solenne alienazione di due schiavi a garanzia di un debito contratto a titolo di mutuo (che gli studiosi sono soliti ricordare come *Mancipatio Pompeiana*)⁴⁹. Il secondo, recuperato a Ercolano e anch'esso di poco precedente all'eruzione che distrusse l'abitato, menziona prestiti in denaro accompagnati da garanzie reali nella forma della *fiducia cum creditore* (*THerc.* 65 e 74⁵⁰). Il terzo gruppo, infine, ritrovato a Murecine, nelle vicinanze di Pompei, fa parte dell'archivio dei Sulpici – una famiglia di banchieri molto attiva nei traffici commerciali –, formatosi tra il 26 e il 61 d.C. e contenente riferimenti a diversi negozi di *fiducia cum creditore*. Questi materiali vengono designati dagli studiosi con il nome di *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum* (*TPSulp.* 85-87, 88 e 90-93)⁵¹.

⁴⁷ Di modello parla già TH. MOMMSEN (*CIL* II.5042, *adnotatio*), poi seguito tra gli altri da P. KRÜGER, *Kritische Versuche im gebiete des römischen Rechts*, Berlin, 1870, 41 ss.; A.A.F. RUDORFF, *Ueber die baetische Fiduciartafel. Eine revision*, in *ZSS*, XI, 1873, 52 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, nell'*adnotatio* in *FIRA* III, n. 92; Á. D'ORS, *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid, 1953, 431 ss.; G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 192. *Contra* v. H. DEGENKOLB, *Ein 'pactum fiduciae'*, in *ZSS*, IX, 1870, 117 ss. Di recente v. M. FUENTESCA, *El negocio*, cit., 13 ss. Non prende posizione J.A. BUENO DELGADO, *El Bronce de Bonanza*, in *AFDUA*, 2004, 155.

⁴⁸ In *FIRA* III, n. 91, è indicato come anno il 61 d.C., ma v. L. MIGLIARDI ZINGALE, *In tema*, cit., 454, nt. 11.

⁴⁹ G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 193.

⁵⁰ Nell'edizione di P. GRÖSCHLER, *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, Berlin, 1997, 141 ss.

⁵¹ Nell'edizione di G. CAMODECA, *'Tabulae Pompeianae Sulpiciorum'* (*TPSulp.*). *Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, I e II, Roma, 1999 (su cui v. E. METZGER, *Recensione* a G. CAMODECA, *'Tabulae Pompeianae Sulpiciorum'*, cit., in *JRS*, LXXXIX, 2001, 234 ss., e J.G. WOLF, *Der neue pompejanische Urkundenfund. Zu Camodecas 'Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii'*, in *ZSS*, CXVIII, 2001, 102 ss.). Cfr. anche T. BEGGIO, *Epigraphy*, in *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, a cura di P.J. du Plessis, C. Ando e K. Tuori, Oxford, 2016, 51 s.; F. COSTABILE, *L' 'auctio' della 'fiducia' e del 'pignus' nelle tabelle dell'agro Murecine*, Messina, 1992; S. ROMEO, *'Fiducia auctionibus vendunda' nelle Tabelle Pompeiane. Procedure e modalità di redazione delle 'testationes' nelle 'auctiones' puteolane (51-61 d.C.)*, in *Polis. Studi interdisciplinari sul mondo antico*, II, 2006, 214 ss.; L. PEPPE, *Alcune considerazioni circa la 'fiducia' romana nei documenti della prassi*, in *'Fides, fiducia, fidelitas'. Studi di storia del diritto e di semantica giuridica*, a cura di L. Peppe, Padova, 2008, 173 ss. Tra i documenti che riguardano la *fiducia*, taluno suole annoverare (cfr. G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 193 s.) anche il cd. Papiro Lipsiense (P. Lips. Inv. n. 136): purtuttavia, le peculiarità che esso presenta (reca un procedimento di emancipazione di una *filia* attuato mediante la triplice *mancipatio* necessaria solo per i figli maschi) hanno dato vita in dottrina a vivaci discussioni.

Capitolo Primo

LA STRUTTURA DELLA *FIDUCIA*

SOMMARIO: 1. Gli atti costitutivi della *fiducia*. – 2. L'atto da cui sorge l'obbligo del fiduciario. Le opinioni della dottrina. – 3. Il contenuto dell'obbligo del fiduciario e le possibili funzioni della *fiducia*. Le opinioni della dottrina. – 4. La *mancipatio* fiduciaria. – 4.1. '*Uti lingua nuncupassit, ita ius esto*'. – 4.2. *Leges mancipii* e *pacta*. – 4.3. La diversa efficacia giuridica di *nuncupationes* e di *leges mancipii* e *pacta* acclusi al rito mancipatorio. – 5. Il sintagma '*fidi fiduciae causa*'. – 5.1. Il significato di '*fidi fiduciae causa*'. – 5.2. In risposta a due possibili obiezioni. – 6. Il sintagma '*fidi fiduciae causa*' è una '*nuncupatio*'? – 6.1. La *mancipatio familiae* e il *testamentum per aes et libram*. – 6.2. Alcune affinità tra *mancipatio familiae* e *fiducia*. – 6.3. Un'ipotesi di lavoro circa i possibili effetti della *nuncupatio* fiduciaria. – 7. *Leges mancipii* e *pacta* nella *fiducia*. – 8. Da obiezione a conferma: l'*in iure cessio* fiduciaria. – 9. La *traditio* come atto costitutivo della *fiducia* e il venir meno dei negozi solenni di trasferimento della proprietà: altre due (possibili) conferme della ricostruzione avanzata. – 9.1. *Traditio* e *fiducia*. – 9.2. La scomparsa della *mancipatio* e dell'*in iure cessio*. – 10. Considerazioni riassuntive e prospettive di indagine.

1 *Gli atti costitutivi della 'fiducia'*

Una tra le pochissime sicurezze da cui poter intraprendere un'indagine in tema di *fiducia* riguarda gli elementi necessari per perfezionare tale operazione negoziale.

Perché si concretizzi la *fiducia* è necessario che sia stato posto in essere un atto solenne di alienazione della proprietà: ossia una *mancipatio* o una *in iure cessio*.

A confermarlo vi sono diverse fonti, su cui conviene posare lo sguardo.

La prima testimonianza è tratta dalle *Institutiones* di Gaio e trova posto entro l'approfondimento che il giurista antoniniano dedica all'istituto dell'usucapione e, in particolare, a quelle forme anomale di tale modalità d'acquisto della proprietà che conservavano, ancora ai suoi tempi, tracce della struttura e della funzione dell'*usucapio* più antica (Gai 2.44 ss.)¹. Una di queste è l'*usureceptio*, il cui operare prescinde dalla sussistenza di una *iusta causa* e dalla consapevolezza del possessore circa l'altruità del bene. Oltre ad essere accordata *ex praediatura*, ossia nell'ambito dei procedimenti esecutivi statali e rispetto a beni dati dai privati in garanzia (*praedia*) e venduti dall'autorità – scrive Gaio in 2.61 –, tale modalità d'acquisto trova altresì applicazione in ordine alle cose trasferite *fiduciae causa*

¹ Cfr. L. VACCA, voce *Usucapione (diritto romano)*, in *Possesso e tempo nell'acquisto della proprietà. Saggi romanistici*, Padova, 2012, 146 ss. (già in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 989 ss.). Per M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 554,

(per le quali, anche se immobili, basterà sempre e soltanto un anno di possesso continuato)².

Così si esprime il giurista antoniniano:

Gai 2.59: *Adbuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit: nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, si mobilis sit, biennio, soli si sit. quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem*

Risalgono invece ai secoli della bassa latinità altre due testimonianze – rispettivamente di Boezio e di Isidoro di Siviglia – che recano notizia del perfezionamento della *fiducia* tramite *mancipatio* (entrambi i brani) o *in iure cessio* (soltanto il secondo testo). Pur non essendo fonti tecniche in senso stretto, sono comunque ritenute affidabili dall'unanime dottrina, avendo i loro autori attinto quasi sicuramente da opere di contenuto giuridico più antiche.

Il riferimento è a:

Boeth. in Cic. top. 4.10.41: *Fiduciam accepit, cuiucumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet; velut si quis dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit, reddat. Haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur.*

e a

Isid. orig. 5.25.23: *Fiducia est, cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in iure ceditur.*

Per quanto concerne l'ambito epigrafico, preziose indicazioni si possono ricavare dalla *Mancipatio Pompeiana* e dalla *Formula Baetica*, che serbano memoria di operazioni fiduciarie volte a garantire un debito già contratto. In ambedue i casi – si rammenti che la prima è un documento concluso per finalità

² Su tali aspetti v. *infra*, cap. VI, par. 8, con commento del brano qui riprodotto e indicazione della letteratura che se ne è occupata. Per un primo ragguaglio bibliografico in tema di *usureceptio*, cfr. ad ogni modo F. GENY, *Étude*, cit., 100; P. OERTMANN, *Die 'fiducia'*, cit., 256 ss.; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 66; G. FRANCIOSI, voce '*Usureceptio*', in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, 388 ss.; N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 236 ss.; F. WUBBE, '*Usureceptio*' und relatives Eigentum, in *TJ*, XXVIII, 1960, 13 ss.; L. VACCA, voce *Usucapione*, cit., 146 ss.; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 186 ss.; J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 232 ss.; R. LAMBERTINI, '*Lucrativa usucapio*', in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2003, 373 ss.; G.M. OLIVIERO, *Questioni testuali e terminologiche in tema di 'usureceptio'*, in '*Fides, humanitas, ius*'. *Studii in onore di L. Labruna*, VI, Napoli, 2007, 3891 ss.; F. LA ROSA, *Alla ricerca dell'usureceptio*, in *LR*, I, 2012, 121 ss.

probatorie, la seconda un formulario contenente uno schema generale per futuri usi – si ricorre ad una *mancipatio*³.

Ma lo stesso genere di informazioni si può trarre da alcuni documenti della prassi tratti dall'archivio dei Sulpici (le cd. *Tabulae Sulpiciorum*) e, in specie, da quelle tavolette che riguardano avvisi di vendita all'incanto di *res* mancipate fiduciarmente ad un creditore (rimasto evidentemente insoddisfatto)⁴.

Il riferimento va, in particolar modo, a *TPSulp.* 85-87, ove è attestata l'alienazione di una *familia* di schiavi per garantire un debito di 26.000 sesterzi, e a *TPSulp.* 90-93, concernenti invece un'analogha operazione negoziale ma con al centro una *serva*⁵.

Su tutti questi materiali si tornerà diverse volte nel prosieguo della ricerca.

Per ora interessa solo individuare gli atti contemplati dalle fonti come idonei al perfezionamento della *fiducia*: ed essi sono stati facilmente scorti nei due più antichi negozi traslativi del *dominium ex iure Quiritium*, la *mancipatio* e l'*in iure cessio*.

Il che impone sin d'ora di fare due precisazioni in ordine agli effetti determinati dal loro compimento, in base a quanto emerge dai testi poc'anzi riprodotti. Innanzitutto, va detto che essi sono effettivamente volti a trasferire la proprietà della (o delle) *res* oggetto del rapporto (volutamente non è ancora stato detto nulla circa le loro caratteristiche) dal patrimonio del fiduciante a quello del fiduciario. In secondo luogo, occorre osservare come il negozio così perfezionato comporti anche degli effetti di natura obbligatoria in capo all'accipiente (v. il testo di Boezio o quanto riporta la *Mancipatio Pompeiana*).

Come anticipato, sono questi gli unici profili che meno discussioni hanno sollevato in ordine alla materia in esame: intorno a tutto il resto, infatti, il dibattito tuttora infiamma.

Due sono i nodi problematici più controversi, quantomeno in relazione alle modalità di costituzione e agli scopi cui poteva essere adibita la *fiducia* (il che dipende dall'individuazione delle possibili prestazioni a cui poteva essere tenuto il fiduciario)⁶: il primo attiene alla determinazione dell'atto che faceva sorgere l'obbligazione in capo all'accipiente, mentre il secondo riguarda il contenuto di quest'obbligo, se limitato alla restituzione della *res fiduciae accepta* o se invece variamente modificabile dalle parti.

³ FIRA III, nn. 91 e 92.

⁴ Cfr. G. CAMODECA, *'Tabulae Pompeiane Sulpiciorum'*, I, cit., 190 ss., e II, 616 ss.

⁵ Cfr., per tutti, S. ROMEO, *'Fiducia auctionibus vendunda'*, cit., 226 ss.; L. PEPPE, *Alcune considerazioni*, cit., 177 ss.

⁶ Non accenno, ancora, alle questioni concernenti i rimedi processuali a disposizione delle parti insoddisfatte (e, dunque, prima di tutto al tenore e alla natura dell'*actio fiduciae* di età classica). Intorno a tali profili, v. infatti cap. VI, parr. 5, 6 e 7.

Nei due prossimi paragrafi si farà il punto circa lo stato della dottrina a riguardo.

2 L'atto da cui sorge l'obbligo del fiduciario. Le opinioni della dottrina

In ordine alla questione di cui all'oggetto, si fronteggiano due diverse scuole di pensiero.

La maggioranza degli studiosi – tra cui Bechmann⁷, Longo⁸ e, più di recente, Noordraven⁹ e Lambrini¹⁰ – rileva come le fonti parlino tanto di un negozio traslativo della proprietà, quanto di un *pactum conventum* intercorrente tra le parti (vedasi la *Mancipatio Pompeiana*).

Sicché, tali autori concludono affermando che la *fiducia* è una fattispecie complessa, composta da un atto ad effetti reali (*mancipatio* o *in iure cessio*) funzionalmente connesso a un altro atto avente effetti obbligatori.

Di diverso avviso sono studiosi come Oertmann¹¹, Grosso¹², Burdese¹³ e Dunand¹⁴. Sia pur non senza qualche sfumatura di pensiero, costoro sono convinti del carattere unitario della *fiducia*, rispetto alla quale gli obblighi del fiduciario si producevano con la stessa alienazione fatta a suo favore, in quanto posta in essere *fiduciae causa*. Il *pactum conventum* ricordato dalle fonti, in particolare, sarebbe soltanto volto a determinare le condizioni in presenza delle quali l'obbligo diventava esigibile o le eventuali modalità di esecuzione.

Il secondo punto di disaccordo emerso nella discussione dottrinale in tema di *fiducia*, cui s'è fatto cenno poc'anzi, attiene al contenuto dell'obbligo del fiduciario: se limitato alla restituzione o, invero, se variamente modificabile dalle parti.

Rispondere in un senso o nell'altro, tendenzialmente, conduce a dar diversa soluzione anche in ordine agli scopi perseguibili mediante un trasferimento fiduciario.

⁷ A. BECHMANN, *Der Kauf*, I, cit., 291 s.

⁸ C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 42 ss.

⁹ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 138 ss.

¹⁰ P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario e la sua causa*, in *'Fiducia', 'trust', affidamenti*, cit., 41, ma v., in questo senso, v. già P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris, 1929, 552 ss.; A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du preteur*, Paris, 1958, 101 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 9; C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano e classico*, in *Iura*, XXI, 1971, 67.

¹¹ P. OERTMANN, *Die 'fiducia'*, cit., 93.

¹² G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 189 ss.; ID., *Il sistema romano dei contratti*³, Torino, 1963, 114 ss.; ID., voce *'Fiducia'*, cit., 387.

¹³ A. BURDESE, *La menzione degli eredi nella 'fiducia cum creditore'*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1949, 331; ID., *'Lex commissoria'*, cit., 9; ID., voce *'Fiducia'*, cit., 295.

¹⁴ J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 90 ss. Analogamente anche P. FUENTESCA, *Líneas generales de la 'fiducia cum creditore'*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje I. L. Murga Gener*, Madrid, 1994, 392.

3 *Il contenuto dell'obbligo del fiduciario e le possibili funzioni della 'fiducia'. Le opinioni della dottrina*

Anche intorno al contenuto degli obblighi nascenti dalla *fiducia* la dottrina si divide compattamente in due fazioni.

Da un lato vi è chi, come di recente Noordraven¹⁵, Dunand¹⁶ e Lambrini¹⁷, riconosce – sia pur al termine di itinerari argomentativi differenti – la possibilità che il fiduciario fosse investito di obblighi di vario contenuto, dalla restituzione della *res* (a certe condizioni e al verificarsi di determinati eventi), al trasferimento ad un terzo di essa o, se il bene in questione era uno schiavo, anche alla sua liberazione. In quest'ottica, la *fiducia* viene vista come un meccanismo particolarmente duttile a disposizione dei privati per perseguire scopi differenti.

Un'altra nutrita schiera di studiosi – tra i quali si possono annoverare Grosso¹⁸, Burdese¹⁹, Bellocchi²⁰ e Scevola²¹ – reputa invece che l'unico obbligo determinato da un'alienazione *fiduciae causa* consistesse nella restituzione al fiduciante della *res* trasferita. In seno a questa corrente di pensiero, per vero, si attesta un'ulteriore spaccatura tra coloro che ritengono costituire *fiducia* in senso tecnico soltanto l'alienazione volta alla restituzione (Bellocchi e Scevola), escludendo dunque che sia tale, ad esempio, la *mancipatio ut manumittatur*²², e chi invece, come il Grosso e, in un primo momento, il Burdese ammette comunque l'utilizzo della *fiducia* per scopi differenti, facendo leva sulla libertà di contenuto del *pactum* concluso unitamente all'atto di alienazione (e dunque introducendo ipotesi di limitazione o esclusione della responsabilità dell'accipiente). Più nel dettaglio, con riguardo ancora una volta alla *mancipatio* tesa all'affrancamento dello schiavo, Grosso reputa che la giurisprudenza, per non intaccare la struttura giuridica fondamentale dell'istituto (trasferimento in vista del ritrasferimento) e pur volendo dar protezione ad uno scopo degno di tutela, abbia elaborato il seguente espediente: il *pactum* con cui le parti si accordavano circa la *manumissio* dello schiavo mancipato aveva l'effetto di escludere la responsabilità dell'accipiente che avesse serbato tale contegno. In questo modo, l'euritmia dell'istituto non veniva intaccata, pur potendo però venir sfruttato per esigenze differenti da quelle primigenia²³.

¹⁵ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., *passim*.

¹⁶ J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., *passim*.

¹⁷ P. LAMBRINI, *Il negozio fiduciario*, cit., 41 ss.

¹⁸ G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 189 ss.; ID., *Il sistema*, cit., 114 ss.; ID., voce '*Fiducia*', cit., 387.

¹⁹ A. BURDESE, *La menzione*, cit., 331; ID., '*Lex commissoria*', cit., 9; ID., voce '*Fiducia*', cit., 295.

²⁰ N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 84 ss.

²¹ R. SCEVOLA, '*Negotium mixtum cum donatione*', cit., 96 ss.

²² Essi così raccolgono uno spunto già di A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 128 ss., e di O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte. II. Privatrecht und Civilprozess. Strafrecht und Strafprozess. 1. Privatrecht*, Leipzig, 1901, 564 ss.

²³ G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 209 ss.

Io credo che la questione circa la struttura della *fiducia* debba essere in parte ripercorsa, onde poter individuare le possibili origini e per cercare di capire se, e in che modo, queste abbiano inciso in ordine al suo successivo sviluppo. Si vedrà come di pari passo con tale indagine troveranno risposta i dubbi sollevati in ordine agli usi di tale meccanismo negoziale.

Onde offrire una soluzione dei problemi testé sunteggiati, credo valga la pena partire da un rapido esame della *mancipatio*, l'atto più frequentemente utilizzato per perfezionare la *fiducia*²⁴.

4 La 'mancipatio'

Occorre fare qualche breve cenno circa le origini e la struttura della *mancipatio*.

Come noto, la *mancipatio* è un negozio le cui origini risalgono ai tempi più antichi della storia di Roma. Con essa si formalizzava il trasferimento del *dominium ex iure Quiritium* di *res Mancipi* da un soggetto, detto *mancipio dans*, ad un altro, che prendeva il nome di *mancipio accipiens*, a fronte del contestuale pagamento del relativo prezzo²⁵. Con l'introduzione della moneta coniatata, avvenuta intorno al IV secolo a.C.²⁶, tuttavia, la *mancipatio* muta fisionomia e funzione, trasformandosi da vendita a contanti in un'*imaginaria venditio*²⁷ – come la definisce Gaio²⁸ –, ossia in un atto traslativo del *dominium* di *res Mancipi*

²⁴ Lo confermano non solo le risultanze epigrafiche ricordate in apertura, ma pure la considerazione per cui era molto più agevole (e più rapido) per le parti porre in essere una *mancipatio* anziché una *in iure cessio*, come ricorda Gai 2.25: *Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur: quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non interest nec necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere.*

²⁵ Nei *certa verba* che compongono la formula mancipatoria l'accipiente prima afferma che la cosa è sua, poi fa riferimento all'*emere* (v. *infra*): in ragione di questa 'incongruenza', parte della dottrina – come L. FRANCHINI, *Alle origini di negozio e processo: l'autotutela rituale*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2012, 174 ss. e nt. 25 – ha ipotizzato che, in età più risalente, la *mancipatio* non fosse una vendita a contanti, bensì consistesse nell'affermazione di un potere indifferenziato, una «*vindicatio* sulla cosa (o sulla persona)» a partire dalla quale la giurisprudenza pontificale avrebbe elaborato «i relativi schemi in modo tale da iscrivere in un contesto 'processuale' o 'negoziale'». Il prezzo in un primo momento era rappresentato dal bronzo, definito *aes rude*, se non lavorato, o *aes signatum*, se diviso in pani di varie dimensioni. Plinio il Vecchio attribuisce a Servio Tullio il merito di aver introdotto tale novità nel sistema monetario romano: cfr. Plin. *nat.* 33.13.43.

²⁶ Cfr. C.ST. TOMULESCU, *Les rapports de la 'mancipatio' et de la monnaie dans l'ancien droit romain*, in *RIDA*, XVI, 1969, 345 ss.; F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, Firenze, 1979, 45 ss.; A. ROMANO, *Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna arcaica*, Milano, 1986, 95 ss.; W.V. HARRIS, *A Revisionist View of Roman Money*, in *JRS*, XCVI, 2006, 1 ss.; F. PANVINI ROSATI, *Monetazione preromana in Italia. Gli inizi della monetazione romana in Italia e la monetazione romano-campana*, in *La moneta greca e romana*, Roma, 2000, 79 ss.

²⁷ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 303 ss.

²⁸ Gai 1.113 e 1.119.

non più legato al versamento di un corrispettivo e, in generale, ormai insensibile alla ragione economica fondante tale spostamento patrimoniale²⁹.

Tracce di questa trasformazione si possono ricavare dalla descrizione del cerimoniale mancipatorio di età storica, di cui si ha notizia attraverso un celebre passo delle *Institutiones* gaiane, oggetto di estesa attenzione in dottrina³⁰.

Si tratta di:

Gai 1.119: *Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio; quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est, eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aenam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENAEQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco.*

Dopo aver specificato che la *mancipatio* è una vendita fittizia e che costituisce un istituto peculiare del '*ius proprium civium Romanorum*'³¹, il giurista dell'età degli Antonini dice che essa si perfeziona tramite la pronuncia di *verba* e il compimento di *gesta* solenni e che deve svolgersi alla presenza di cinque testimoni, cittadini romani, di un '*libripens*', che regge quella stadera su cui, in origine, veniva pesato l'*aes rude* (poi *signatum*) costituente il prezzo della *res* acquistata.

²⁹ Cfr. G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca (17-21 aprile 1990)*, a cura di L. Vacca, I, Milano, 1991, 42, nonché S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010, 180 ss. e 245 ss.; C.F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *Problems concerning 'mancipatio'*, in *TJ*, LXXX, 2012, 332 s.

³⁰ Tra gli studi più recenti, si segnalano C.F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, *Problems*, cit., 329 ss.; M. NOWAK, '*Mancipatio*' and its Life in Late-roman Law, in *JJP*, XLI, 2011, 103 ss.; K. TUORI, *The Magic of 'Mancipatio'*, in *RIDA*, LV, 2008, 500 ss.; S. RANDAZZO, '*Leges mancipii*'. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione, Milano, 1998, 39 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 123 ss.; S. CRISTALDI, *Diritto e pratica della compravendita nel tempo di Plauto*, in *Index*, XXXIX, 2011, 501 ss., con ampio commento dei passi plautini che vi fanno cenno; S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova, 2011, 217 ss.; L. FRANCHINI, *Alle origini*, cit., 172 ss. Rimane in ogni caso imprescindibile punto di partenza per conoscere il fenomeno in questione M. KASER, *Das römische Privatrecht. I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*², München, 1971, 41 ss.

³¹ Del quale però potevano servirsi anche gli stranieri cui fosse stato concesso il *commercium*: cfr., a tal proposito, Tit. Ulp. 19.4-5, nonché in dottrina I. PONTORIERO, *La nozione di 'commercium' in Tit. Ulp. 19.4-5*, in *AUPA-Revisione ed integrazione dei 'Fontes Iuris Romani Anteiusustiniani' (FIRA). Studi preparatori. II. 'Auctores' - 'Negotia'*, a cura di G. Purpura, Torino, 2012, 131 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 173 ss.

Di fronte a loro, il *mancipio accipiens*, afferrato il bene con mano³², doveva pronunciare la seguente formula solenne: *'hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra'*³³.

Quali beni potevano essere oggetto di *mancipatio* lo dice ancora Gaio:

Gai 1.120: *Eo modo et serviles et liberae personae mancipiantur; animalia quoque quae mancipi sunt, quo in numero habentur boves equi, muli, asini; item praedia tam urbana quam rustica quae et ipsa mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent mancipari.*

Orbene, se da un lato l'atto di trasferimento in parola è dominato da un rigido formalismo, dall'altro – tramite l'intervento della giurisprudenza pontificale prima, e laica poi, sulla scorta anche del mutamento delle condizioni economiche e del sistema monetario della società romana – subisce delle

³² *'Rem tenens'*, secondo la lezione paleografica che pare più attendibile (anche alla luce di Gai 1.121; 2.24 e 4.16). Invero, il punto in questione risulta oggi illeggibile: gli apografi del Böcking e dello Studemund recano la lezione *'rem tenens'* (ma il primo segnalava già allora di essere incorso in qualche difficoltà di lettura). Alcuni autori correggono il testo gaiano sostituendo *'aes tenens'* a *'rem tenens'* (così S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio I*, in *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli, 1972, 230 ss. [già in *Studi in onore di S. Riccobono*, I, Palermo, 1936, 73 ss.]; PH. MEYLAN, *Gaius, Inst. 1.119: 'rem tenens' ou 'aes tenens'?*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, 1953, 227 ss., nonché A. CORBINO, *Il rituale della 'mancipatio' nella descrizione di Gaio ['Rem tenens' in Inst. 1.119 e 2.24]*, in *SDHI*, XLII, 1976, 149 ss.; S. RANDAZZO, *'Leges mancipii'*, cit., 39 ss.); di diverso avviso (e dunque propensi ad accogliere la lezione *'rem tenens'*), con motivazioni che appaiono convincenti – anche in ragione di quanto ci riportano Gai 1.121, Tit. Ulp. 19.6, su cui v. *infra* – P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952, 27, nt. 2; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli, 1961 (rist. 1954), 31 ss.; F. GALLO, *Studi sulla distinzione fra 'res mancipi' e 'res nec mancipi'*, Torino, 1958, (ora anche in *RDR*, IV, 2004, con *Nota di lettura* di F. ZUCCOTTI), 144, nt. 236; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969, 29, nt. 50; G. PUGLIESE, *Compravendita*, cit., 40, nt. 5; C.A. CANNATA, *'Qui prior vindicaverat': la posizione delle parti nella 'legis actio sacramento in rem'*, in *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino, 2012, 79 ss. (già in *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg, 1993, 83 ss.), rivedendo quanto affermato in ID., *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento*, II, cit., 419 ss. Sulla questione, v. pure S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 244, nt. 192, che propende per la lezione *'rem tenens'*, al pari di S. VIARO, *Corrispettività*, cit., 220 s., nt. 129.

³³ Gai 1.119. Quindi, con un pezzo di bronzo (il *'raudusculum'*: Varro *ling.* 5.163; Fest. voce *'rodus'* [Lindsay 320-2]) l'acquirente toccava la bilancia, per poi consegnarlo – quale simbolo di un prezzo non versato, quantomeno in quel frangente (*'quasi pretii loco'*) – a controparte, che invece taceva. In Gai 1.122 sono spiegate le ragioni per cui era stato approntato un simile cerimoniale, connesse ad un periodo storico in cui il sistema monetario era di tipo ponderale (legato al peso del metallo) e non nominale: sul punto, cfr. S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 229 s. Sulla scorta di Vat. Fragm. 50 (riprodotto *infra*), parte della dottrina – tra cui P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. II. *La proprietà*, Roma, 1928 (rist. Milano 1968), 185 – ha ipotizzato che nei *verba* mancipatori dovesse venir richiamato anche il prezzo reale dell'alienazione, tramite l'espressione *'emptus mihi esto pretio'*: scettici, in ordine a questa ricostruzione, già S. ROMANO, *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana*, Padova, 1937, 60, e, più di recente, S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 222 s.;

diversificazioni profonde, adattandosi «a talune esigenze specificamente volute dalle parti, in funzione della necessità di realizzare risultati giuridici particolari»³⁴.

Ciò fu possibile 'sfruttando' quello stesso formalismo che in generale contraddistingueva la realtà giuridica dei tempi più remoti di Roma, e soprattutto gli antichi negozi librali.

Si vedrà nel successivo paragrafo quale fu l'espedito per far breccia entro tale rigidità.

4.1 *'Uti lingua nuncupassit, ita ius esto'*

In un passo tratto dal *De verborum significatu*³⁵, Festo – grammatico latino del III secolo d.C. – ricorda un versetto decemvirale secondo cui *'cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto'*³⁶, che nella ricostruzione paligenetica delle XII Tavole si suole collocare in 6.1³⁷.

Si tratta di una disposizione che ha suscitato in dottrina sempre molte attenzioni: ciò, per via della sua concisione, a tratti quasi oracolare, nonché per il fatto che riguarda (e collega) due 'elementi' di importanza centrale nel diritto romano più antico, il *nexum* e il *mancipium*³⁸. Non ritengo proficuo ripercorrere, in questa sede e alla luce degli obiettivi che ci si è posti, tale intenso dibattito, se non a grandi linee: solo così, credo, sarà possibile individuare quella che mi pare essere la ricostruzione più convincente del significato e della portata di tale precetto.

Va innanzitutto lasciata da parte la tesi, pur autorevolmente sostenuta ma ormai da ritenersi superata, per cui il riferimento al *mancipium facere*, nel precetto ricordato, debba leggersi nel senso di 'compiere il rito della *mancipatio*', ma, ad esempio, «constituer le droit de *mancipium*»³⁹. Questa opzione ricostruttiva,

³⁴ Così si esprime S. RANDAZZO, *'Leges mancipii'*, cit., 40, alle cui pagine si rinvia anche per la letteratura in tema. Cfr. in ogni caso A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*², Torino, 2006, 16 ss.

³⁵ Su tale opera resta imprescindibile la ricerca condotta da F. BONA, *Contributo allo studio della composizione del 'de verborum significatu' di Verrio Flacco*, Milano, 1964.

³⁶ Fest. voce *'Nuncupata pecunia'* (Lindsay 176), ma v. anche Varro *ling.* 6.60 e Serv. *in Verg. Aen.* 3.89, su cui v. S. RANDAZZO, *'Leges mancipii'*, cit., 68 ss., che passa in rassegna l'ampia dottrina sedimentatasi su questi brani e sui problemi ermeneutici che hanno fatto sorgere.

³⁷ FIRA I, n. 43. Circa i molteplici tentativi di ricostruzione paligenetica delle XII Tavole, v. P. ARCÉS, *Appunti per una storia dei tentativi di paligenesi della legge delle XII Tavole*, in *RDR*, VIII, 2008, 1 ss., con ampio ragguaglio bibliografico.

³⁸ Per una panoramica degli studi in argomento, v. A. KOPTEV, *Principles of the 'nexum' and Debt Law in the Twelve Tables*, in *Principios generales del derecho. Antecedents históricos y horizonte actual*, a cura di F. Reinoso Barbero, Madrid, 2014, 227 ss., e S. RANDAZZO, *'Leges mancipii'*, cit., 52 ss.

³⁹ Così F. DE VISSCHER, *'Mancipium et res mancipi'*, in *SDHI*, II, 1936, 286 (contributo anche in *Nouvelles études de droit romain public et privé*, Milano, 1949, 195 ss.). Negano tale coincidenza anche M. VOIGT, *Die XII Tafeln. II. Das Zivil- und Kriminalrecht der 12 Tafeln*, Leipzig, 1883 (rist. Aalen 1966), 149 ss.; V.A. GEORGESCO, *Essai d'une théorie générale des 'leges privatae'*, Paris, 1932, 54 ss. (su cui v. H. STOLL, *Recensione a V.A. GEORGESCO, Essai*, cit., in *ZSS*, LIII, 1933,

infatti, non tiene conto di come durante l'epoca repubblicana si continuasse a indicare il *gestum per aes et libram* in parola, nella sua applicazione ai trasferimenti, attraverso il termine *'mancipium'*, come si evince da diverse fonti⁴⁰. Il termine *mancipatio* compare per la prima volta, rispetto alle testimonianze di cui disponiamo, in Plin. *nat.* 9.35.58: inoltre, il fatto che in un altro luogo dell'opera pliniana venga usato il termine *'mancipatus'* al posto di *'mancipatio'* ha indotto Filippo Gallo a ipotizzare che il vocabolo da ultimo menzionato fosse entrato nell'uso solamente a partire dalla seconda metà del I secolo a.C., epoca in la *Naturalis Historia* venne composta⁴¹.

Per altro verso, in ordine all'interpretazione di *'uti lingua nuncupassit'*, non ritengo del tutto soddisfacenti la ricostruzione di chi reputa che *'nuncupare'* abbia il generico significato di *'dichiarare'*, sì che ogni manifestazione di volontà resa in sede di *mancipatio* potesse orientarne gli effetti⁴².

Nemmeno completamente persuasiva è l'idea di chi, pur muovendosi lungo un binario simile a quello percorso dai sostenitori della tesi poc'anzi compendiata, legge il precetto in chiave evolutiva e ritiene che abbia sì ampliato la libertà contrattuale riservata alle parti in sede mancipatoria, ma non sino al punto da renderla senza limiti.

In particolare, secondo questa scuola di pensiero, con tale norma sarebbero state parificate, in punto di efficacia, le *leges mancipii* e le *nuncupationes*, le quali

582 ss.); A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*. II. *Über die Verbalobligation*, Uppsala, 1941, 379. In effetti, la norma non dice espressamente *'mancipationem'*, bensì *'mancipium'*. Peraltro, reputando che il precedente riferimento al *'nexum'* non designi tanto il *gestum per aes et libram*, ne uscirebbe se non rafforzata, quantomeno internamente coerente, un'interpretazione del versetto decemvirale ove *mancipium facere* non equivale a *mancipationem facere*. *Contra* questa opzione, tuttavia, v. le convincenti argomentazioni addotte da S. RANDAZZO, *'Leges mancipii'*, cit., 57 ss. Si rammenti altresì la posizione di O. BEHREND, *La 'mancipatio' nelle XII Tavole*, in *Iura*, XXXIII, 1982, 103, 47 ss., ad avviso del quale, *nexum facere*, significa misurare e tracciare i confini di un fondo e si concretizza in un atto preparatorio collegato al rituale della *mancipatio* e al *lingua nuncupare*.

⁴⁰ Cfr. Varro *ling.* 5.163; 6.74; Cic. *de orat.* 1.39.178 e 179; *off.* 3.16.67. Sul punto v. F. GALLO, *Studi*, cit., 47, nt. 166.

⁴¹ Cfr. F. GALLO, *Studi*, cit., 47 ss. e nt. 166. Analogamente, ritengono che vi sia equivalenza di significato tra *'mancipium facere'* e *'mancipationem facere'*, tra gli altri, P. BONFANTE, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana ('Res mancipi' e 'res nec mancipi')*, in *Scritti giuridici vari*, II, Torino, 1926, 91, nt. 1; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 206; G. LONGO, *Corso di diritto romano. I diritti reali*, Padova, 1962, 192; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., 126, nt. 205, e 304 ss., secondo il quale «noi possiamo senz'altro attribuire alla disposizione delle XII Tavole il significato più plausibile. Che naturalmente resta appunto quello della effettuazione del negozio, non già della 'creazione del diritto'»; C.ST. TOMULESCU, *'Nexum' bei Cicero*, in *Iura*, XVII, 1966, 75; S. DI SALVO, *'Nuncupare'*, in *Index*, XII, 1983, 572; M. BRETONI, *Storia del diritto romano*, Bari, 1992, 88; A. CORBINO, *Il formalismo*, cit., 56; B. ALBANESE, *'Cum nexum faciet mancipiumque'*, in *AUPA*, XLII, 1992, 58 s.; S. RANDAZZO, *'Leges mancipii'*, cit., 57 ss.

⁴² In questo senso, v. tra gli altri V.A. GEORGESCO, *Essai*, cit., 205; O. BEHREND, *La 'mancipatio'*, cit., 47.

vengono da tali autori distinte sulla scorta di una pluralità di indici, invero differenti in relazione all'impostazione adottata⁴³. Ascrivibile a quest'ultima linea di pensiero – sia pur manifestando diversi e importanti tratti di originalità – è ad esempio Nicola Bellocchi, che ha indagato il rapporto tra *nuncupationes* e *leges mancipii* proprio con riguardo alla *fiducia*. Secondo la studiosa, le prime sarebbero «vere e proprie dichiarazioni vincolanti formali e solenni»⁴⁴, inserite per perseguire, tramite la *mancipatio*, uno scopo non più coincidente con il trasferimento della proprietà, ma differente ed autonomo e, peraltro, indipendentemente dalla volontà effettiva di chi le pronunciava. Le seconde (su cui però l'autrice non si sofferma), invece, costituirebbero delle mere «clausole accessorie», introdotte dal *mancipio accipiens* in un rituale mancipatorio che rimaneva orientato a perseguire il suo scopo tipico, ossia quello traslativo del *dominium*⁴⁵.

Per capire le ragioni in base alle quali queste ricostruzioni non mi convincono appieno, occorre soffermarsi sul significato di '*nuncupare*', così come emerge dalle testimonianze in nostro possesso⁴⁶.

Da un loro esame emerge infatti come tale verbo non abbia mai il valore generico di 'dire', 'dichiarare' o 'affermare', bensì quello più preciso di 'proclamare in forma solenne' (risentendo anche dell'antico uso di esso in ambito religioso⁴⁷), attraverso espressioni fisse, precise e invariabili, e così facilmente testimoniabili (di *nuncupare* come '*palam nominare*', parlano appunto Gaio, Ulpiano e Isidoro di Siviglia)⁴⁸.

⁴³ Cfr. A. LONGO, *La 'mancipatio'*, Firenze, 1887, 147, che riprende M. VOIGT, *Die XII Tafeln*, II, cit., 147. Sul punto v. anche N. BELLOCCHI, *La struttura*, I, cit., *passim*.

⁴⁴ Così N. BELLOCCHI, *La struttura*, I, cit., 232.

⁴⁵ Cfr. N. BELLOCCHI, *La struttura*, I, cit., *passim*. Si può sin d'ora anticipare che la studiosa perviene a risultati opposti rispetto a chi scrive, affermando come il sintagma *fidi fiduciae causa* (che compare tra l'altro nella *Formula Baetica*) non sia una *nuncupatio* e, perciò, non renda nuncupativa la *mancipatio* in cui è pronunciato. Per una critica circa i risultati raggiunti dalla studiosa, cfr. S. RANDAZZO, '*Leges mancipii*', cit., *passim*, ma soprattutto 74 s., nt. 92.

⁴⁶ Cfr. in particolare Fest. voce '*Nuncupata pecunia*' (Lindsay 176); Gai 2.104; Isid. *orig.* 5.24.12; Ulp. 2 *ad Sab.* D. 28.1.21 pr.; Varro *ling.* 7.8; Liv. 8.9.4-8, oltre alle altre fonti su cui si sofferma S. RANDAZZO, '*Leges mancipii*', cit., 75 ss.

⁴⁷ Si rammenti che nel periodo più risalente della storia di Roma, le categorie del giuridico e del religioso non erano completamente distinte, e nemmeno precisamente definite, ma costituivano un'esperienza di 'controllo' del tessuto sociale che si potrebbe definire, pur nella sua complessità, 'totale': cfr. J. SCHEID, *La religione a Roma*, Bari, 1983, 8; ID., *Quando fare è credere. I riti sacrificali dei romani*, Roma-Bari, 2011, 250 s., il quale – con riguardo all'importanza delle pratiche rituali a Roma – parla appunto di «una religione sociale», poco incline all'aspetto individuale e introspettivo, mentre G. DE SANCTIS, *La religione a Roma. Luoghi, culti, sacerdoti, dèi*, Roma, 2012, 29, rimarca come essa fosse «'politica' nel senso etimologico del termine, una religione cioè profondamente radicata nella vita della *polis* ..., fatta di partecipazione, comportamenti collettivi, prescrizioni condivise», ed anche «esasperato ritualismo».

⁴⁸ Cfr. Gai 2.104: ... *nuncupare est enim palam nominare* ...; Ulp. 2 *ad Sab.* D. 28.1.21 pr.: *Heredes palam ita, ut exaudiri possunt, nuncupandi sint: licebit ergo testanti vel nuncupare heredes vel scribere: sed si nuncupat, palam debet. Quid est palam? Non utique in publicum, sed ut exaudiri*

Assai significativa, in quest'ottica, la parte iniziale del passo festino ricordato in avvio del presente paragrafo⁴⁹.

Mi riferisco a

Fest. voce 'Nuncupata pecunia' (Lindsay 176): *Nuncupata pecunia est, ut ait Cincius in lib. II de officio iurisconsulti, nominata, certa nominibus propriis pronuntiata: 'cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto': id est uti nominarit, locutusve erit ita ius esto ...*

Onde spiegare il significato di 'nuncupata pecunia', Festo si richiama ad un tratto del libro II del 'de officio iurisconsulti' di Cincio⁵⁰, ove viene fatta menzione del versetto decemvirale in esame per chiarire come il *nuncupare* in rapporto al *nexum* e alla *mancipatio* si traduca nella pronuncia di *verba 'nominata, certa nominibus propriis pronuntiata'* e non semplicemente in espressioni 'dictae'⁵¹.

Altre testimonianze confermano l'idea per cui la *nuncupatio* non si presentasse come una dichiarazione libera, tale da poter essere 'riempita' di qualsiasi contenuto, ma che al contrario fosse a forma vincolata, consistendo in

possit: exaudiri autem non ab omnibus, sed a testibus: et si plures fuerint testes adhibiti, sufficit sollemnem numerum exaudire; Isid. orig. 5.24.12: ... nuncupare est enim palam nominare et confirmare. Cfr. G.G. ARCHI, Oralità e scrittura nel 'testamentum per aes et libram', in Studi in onore di P. De Francisci, IV, Milano, 1956, 295 ss.; S. RANDAZZO, 'Leges mancipii', cit., 71 ss.

⁴⁹ Circa la sua attendibilità, v. anche Cic. *de orat.* 1.57.245 e in dottrina cfr. S. RICCOBONO, *Origine e sviluppo del domma della volontà nel diritto*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano (Bologna e Roma, 22-23 aprile 1933)*, I, Pavia, 1934, 185 s.

⁵⁰ Giurista vissuto probabilmente nel periodo augusteo: cfr. F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, 41, nt. 3 e 46, e v. pure F. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, I, Lipsiae, 1896 (rist. Roma 1964), 256 ss.

⁵¹ Cfr. S. RANDAZZO, 'Leges mancipii', cit., 71 ss. Nella seconda parte del brano festino, invero, il grammatico si sofferma altresì sui *vota nuncupata*, fornendo una spiegazione del significato di *nuncupare* qualificativo di tale fenomeno che si discosta da quella esposta per il *nuncupare* connesso al *nexum* e al *mancipium*. Ecco il tratto di interesse: '... *Vota nuncupata dicuntur, quae consules, praetores, cum in provinciam proficiscuntur, faciunt: ea in tabulas praesentibus multis referuntur. At Santra lib. II. de verborum antiquitate, satis multis nuncupata conligit, non directo nominata significare, sed promissa, et quasi testificata, circumscripta, recepta, quod etiam in votis nuncupandis esse convenientius*'. Attingendo dal *de verborum antiquitate* di Santra, Festo ricorda come costui ritenesse che *nuncupare* 'non directo nominata significare, sed promissa, et quasi testificata, circumscripta, recepta'. Lo scostamento tra la definizione di Santra e quella di Cincio è evidente. Ma tale distanza si spiega tenendo a mente che il primo si esprime nell'ambito di un fenomeno religioso, mentre il secondo si occupa di aspetti tecnico-giuridici. Sicché pare lecito inferire che nella Roma dei tempi più antichi vi era «un'accezione più ampia dell'espressione 'nuncupare', comprendente al suo interno ogni ipotesi di dichiarazione formale che – presentandone tutti i caratteri messi in luce dalle fonti – è 'nuncupativa' (ed in questo significato generale rientrano anche i *vota*), ed un'accezione che attiene più specificamente al formalismo degli atti solenni a cui la legge delle Dodici Tavole accenna ('*nexum*' e '*mancipium*'), nella quale la *nuncupatio*, intesa come enunciato 'normativo' formale, pur assumendo le caratteristiche comuni alle altre ipotesi, acquista delle peculiarità che il brano di Festo mette sufficientemente in luce» (così S. RANDAZZO, 'Leges mancipii', cit., 73). Siffatta vicinanza emerge altresì dalla lettura di Varro *ling.* 6.60, testo che per N. BELLOCCI, *La struttura*, I, cit., 138 s., nt. 39, Festo conosceva.

formule solenni indispensabili per raggiungere un determinato risultato (religioso o giuridico che fosse).

Si veda a tal proposito il seguente passaggio varroniano, ove ritorna l'espressione '*lingua nuncupare*'⁵²

Varro *ling.* 7.8: *In terris dictum templum locus augurii auspicii causa quibusdam conceptis verbis finitus. concipitur verbis non [h]isdem usque quaque; in arce sic: '[i]tem<pla> tescaque me ita sunt quoad ego eas te lingua[m] nuncupavero'.*

Dalla sua lettura si scorge come il '*lingua nuncupare*' si concretizzi appunto in un esprimersi '*certis verbis*', quindi con parole solenni predeterminate, secondo un rituale rigidamente imposto.

Lo stesso si può ricavare da diversi testi liviani⁵³, tra i quali spicca per importanza – rispetto a quanto si va qua dicendo – quello in cui è narrata la celebre *devotio* bellica⁵⁴ compiuta da Decio Mure nel 340 a.C., per propiziare la

⁵² Cfr. N. BELLOCCI, *La struttura*, I, cit., 139 s.; S. RANDAZZO, '*Leges mancipii*', cit., 75 s.

⁵³ Sovente in Livio la voce *nuncupare* viene in rilievo in connessione con i *vota*, a significare la pronuncia rituale di formule solenni: Liv. 1.10.7; 7.40.4-6; 11.9.3-5; 20.1.6; 22.10.8; 36.2.2-3 (interessante perché le conseguenze sacrali determinate dalla pronuncia discendono da questa indipendentemente dalla volontà del soggetto); 38.48.15-16; 45.39.11. Per un commento di tali brani, v. N. BELLOCCI, *La struttura*, I, cit., 145 ss.

⁵⁴ La *devotio* è il mezzo attraverso il quale un magistrato dotato di *imperium militiae* – e, quindi, un console, un dittatore o un pretore – consacrava se stesso e le forze nemiche agli dèi Mani e alla madre Terra, per favorire la sorte in battaglia della propria fazione. Volendo fornire un primo ragguaglio bibliografico, cfr. G. WISSOWA, voce '*Devotio*', in *PWRE*, V, Stuttgart, 1905, 277 ss.; L. CESANO, voce '*Devotio*', in *DE*, II.2, 1910, 1712 ss.; G. STIEVANO, *La supposta 'devotio' di P. Decio Mure nel 279 a.C.*, in *Epigraphica*, XIII, 1951, 3 ss.; K. WINKLER - A. STUIBER, voce '*Devotio*', in *RLAC*, III, Stuttgart, 1957, 849 ss.; O. SCHÖNBERG, *Motivierung und Quellenbenützung in der Decius episode des Livius (10.24-30)*, in *Hermes*, LXXXVIII, 1960, 217 ss.; H.S. VERSNEL, *Two Types of Roman 'Devotio'*, in *Mnemosyne*, XXIX, 1976, 365 ss.; ID., *Self-sacrifice, Compensation and the Anonymous Gods*, in *Le sacrifice dans l'antiquité*, in *Entretiens sur l'antiquité classique*, XXVII, Genève, 1981, 143 ss.; C. GUITTARD, *Aspects épiques de la première décade de Tite-Live: le rituel de la 'devotio'*, in *L'épopée gréco-latine et ses prolongements européens. Colloque*, Paris, 1981, 41 ss.; L.F. JANSSEN, *Some Unexplored Aspects of 'Devotio Deciana'*, in *Mnemosyne*, XXXIV, 1981, 357 ss.; L. PEPPE, *La nozione di 'populus' e le sue valenze. Con un'indagine sulla terminologia pubblicistica nelle formule della 'evocatio' e della 'devotio'*, in *Staat und Staatlichkeit in der frühen römischen Republik. Akten eines Symposiums (12.-15. Juli 1988, Freie Universität Berlin)*, a cura di W. Eder, Stuttgart, 1990, 329 ss.; L. CECCARELLI, *La 'devotio' a Roma e un verso di Accio ('Praet.' 15 R²)*, in *Studi e materiali di storia delle religioni*, LXI, 1995, 219 ss.; G.M. MASSELLI, *La leggenda dei 'Decii': un percorso fra storia, religione e magia*, in *Aufidus*, XXXIX, 1999, 7 ss. (ora anche in *Riflessi di magia. Virtù e virtuosismi della parola in Roma antica*, Napoli, 2012, 9 ss.); L. SACCO, '*Devotio*', in *Studi Romani*, LII, 2004, 318 ss.; ID., '*Devotio*'. *Aspetti storico-religiosi di un rito militare romano*, Roma, 2011, 74 ss., con ampia discussione delle fonti e della letteratura; A. DUBOURDIEU, *Nommer les dieux. Pouvoir des noms, pouvoir des mots dans les rituels du 'uotum', de l'evocatio', et de la 'devotio' dans le Rome antique*, in *Archiv für Religionsgeschichte*, VII, Lepizig, 2005, 183 ss.; L. GAROFALO, *Rubens e la 'devotio' di Decio Mure*, Napoli, 2011, 18 ss., che nota come la *devotio* abbia di recente suscitato un rinnovato interesse in «una vasta ed eterogenea platea di studiosi, che comprende giuristi, cultori della fenomenologia religiosa, antropologi, filosofi e politologi, tutti fortemente attratti ... dal tema del sacro, inteso

vittoria del proprio esercito in un momento in difficoltà durante la battaglia di *Veseris* contro i Latini⁵⁵.

Ecco il brano in discorso

Liv. 8.9.4-8: *In hac trepidatione Decius consul M. Valerium magna voce inclamat. 'Deorum' inquit, 'ope, M. Valeri, opus est; agedum, pontifex publicus populi Romani, praei verba quibus me pro legionibus devoveam'. Pontifex eum togam praetextam sumere iussit et velato capite, manu subter togam ad mentum exserta, super telum subiectum pedibus stantem sic dicere: 'Iane, Iuppiter, Mars pater, Quirine, Bellona, Lares, Divi Nouensiles, Di Indigetes, Divi, quorum est potestas nostrorum hostiumque, Dique Manes, vos precor veneror, veniam peto feroque, uti populo Romano Quiritium vim victoriam prosperetis hostesque populi Romani Quiritium terrore formidine morteque adficiatis. Sicut verbis nuncupavi, ita pro re publica <populi Romani> Quiritium, exercitu, legionibus, auxiliis populi Romani Quiritium, legiones auxiliaque hostium mecum Deis Manibus Tellurique devoveo'.*

Dalla sua lettura emerge come i vari passaggi del (complesso e articolato) cerimoniale che Decio Mure deve compiere per votarsi agli dèi siano stati a questi indicati dal pontefice massimo, depositario di simili conoscenze. Tra le formalità che il condottiero romano è tenuto ad assolvere vi è anche la pronuncia di un lungo *carmen* di rito, le cui parole sono fedelmente ricordate da Tito Livio, che costituisce un *nuncupare* ('*sicut verbis nuncupavi*').

Due sono gli elementi di maggior interesse che si possono cogliere da questa narrazione: innanzitutto, si ricava come una *nuncupatio* si componesse di parole rigidamente prestabilite; in secondo luogo, spicca il ruolo cruciale svolto dal

prevalentemente come tassello importante dell'esperienza giuridica romana, che lascerà un'impronta indelebile su non poche delle costruzioni istituzionali e concettuali che connoteranno l'Occidente cristiano e giungeranno, sia pure non senza mutamenti, fino a noi».

⁵⁵ La vicenda è peraltro ricordata anche da Plin. *nat.* 22.9; Val. Max. 1.7.3; 5.6.5. Invero, non è per nulla certo che le pagine dello storico padovano descrivano una *devotio* realmente compiuta, nel 340 a.C., da Decio Mure: sembra anzi più probabile che essa costituisca la riproposizione del medesimo atto compiuto dal figlio di questi nel 295 a.C., durante la battaglia di Sentino avverso i Galli e i Sanniti (trattata in Liv. 10.28.29, ma ottimamente documentata anche da altre fonti, raccolte da L. SACCO, *'Devotio'. Aspetti*, cit., 85 s.): è questa, infatti, la posizione della dottrina più avveduta. Non è mancato chi ha ricollegato il tutto addirittura a un ulteriore discendente della famiglia dei Decii, che si sarebbe reso *devotus* nel 279 a.C., durante la guerra contro Pirro ad Ascoli Satriano (su cui v. Cic. *fin.* 2.19.61). Nonostante tali incertezze, una *devotio* deve pur essere stata compiuta ad opera di uno dei Decii: non si può, infatti, che esser d'accordo con L. GAROFALO, *Rubens e la 'devotio'*, cit., 19, allorché afferma che «a fondamento di quella tradizione poteva sì esserci una falsificante rielaborazione dei dati provenienti dalla concreta esperienza di matrice annalistica, ma non così estesa da sconfinare nella pura invenzione». Su tali questioni, v. anche G.M. MASSELLI, *La leggenda*, cit., 11 s.; L. PEPPE, *La nozione*, cit., 338; L. SACCO, *'Devotio'*, cit., 318 ss.; ID., *'Devotio'. Aspetti*, cit., 84 ss., con raccolta e commento delle testimonianze concernenti le tre *devotiones* cui si è appena fatto cenno.

pontefice massimo nella conservazione di questi formulari, che è lecito dunque ritenere elaborati proprio dalla giurisprudenza pontificale⁵⁶.

Ma è soprattutto osservando le fonti che conservano memoria di diverse *nuncupationes* utilizzate nell'ambito del rituale mancipatorio che questa opzione ricostruttiva pare maggiormente convincente. Basti pensare all'istituto della *mancipatio familiae* (Gai 2.102, ma v. oltre) e del *testamentum per aes et libram* (Gai 2.104), in cui la dichiarazione del testatore senz'altro risulta composta da *verba 'nominata, certa, nominibus propriis pronuntiata'*; o ancora alla modalità di costituzione dell'usufrutto tramite *deductio* (Gai 2.33 e Vat. Fragm. 50, riprodotto e commentato più avanti⁵⁷), che pare lecito ritenere venisse realizzata mediante una formula nuncupativa. Ma ancora si tenga in mente la *coemptio* (Gai 1.113), rispetto alla quale Gaio dice che si attuava *per mancipationem*, senza però l'utilizzo delle medesima parole (*'iisdem verbis'*, si legge in Gai 1.123)⁵⁸, e altresì ricorda come potesse essere tanto *matrimonii causa*, quanto *fiduciae causa* (Gai 1.114)⁵⁹. Infine (ma non mancano i dubbi, talvolta assai profondi, in dottrina) potrebbe altresì costituire una *nuncupatio* quella di cui parla Cic. *off.* 3.16.65, allorquando l'Arpinate – occupandosi di garanzia per vizi della cosa venduta – ricorda il regime, che precedeva quello vigente al suo tempo, durante il quale l'alienante era chiamato a rispondere *in duplum* per le difformità del bene trasferito soltanto nel caso in cui avesse espressamente escluso la sussistenza di tali vizi⁶⁰.

Si può pertanto ragionevolmente affermare che, in coerenza con il formalismo dei tempi più antichi, la *'nuncupatio'* costituisse una «dichiarazione a forma 'vincolata', resa esclusivamente con l'utilizzazione di particolari *verba*, predisposti a tale fine dai pontefici, la cui pronuncia, accompagnata dal compimento di gesti solenni voluti dal rituale, poteva consentire alle parti di conseguire i risultati desiderati»⁶¹.

⁵⁶ Cfr. M. KASER, *Die Beziehung von 'lex' und 'ius' und die XII Tafeln*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, II, Milano, 1973, 532; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, 49; S. RANDAZZO, *'Leges mancipii'*, cit., 78.

⁵⁷ Considerata una *nuncupatio* anche da R. LA ROSA, *'Deducere' o 'detrabere usum fructum' ed 'excipere' o 'recipere servitutem'*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano, 1987, 327 ss.; S. PETRINI, *'Deducto usu fructu'. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto*, Milano, 2008, 102 s. e nt. 200.

⁵⁸ In base a Gell. 4.3.3; 18.6.9; Serv. in Verg. Aen. 11.476, B. ALBANESE, *Gli atti*, cit., 65 s., nt. 141, ipotizza una formula dal seguente tenore: *'in manu mancipioque meo esse aio'*, pronunciata dall'*accipiens* della *manus*. Sul punto v. anche S. RANDAZZO, *'Leges mancipii'*, cit., 47 ss. e nt. 21. Che la *mancipatio*, per l'attuazione di una *coemptio*, assumesse una forma diversa rispetto a quella consuetamente utilizzata per l'alienazione di *res mancipi* è attestato da Gai 1.123: il che conferma il ruolo cruciale rivestito in questa dinamica dai *verba* nell'occasione pronunciati.

⁵⁹ P. LAMBRINI, *Il negozio*, cit., 43; S. RANDAZZO, *'Leges mancipii'*, cit., 51 ss.

⁶⁰ Cfr. S. RANDAZZO, *'Leges mancipii'*, cit., 81.

⁶¹ S. RANDAZZO, *'Leges mancipii'*, cit., 136 s.

In ragione della loro origine pontificale, viene naturale pensare che fossero in un numero limitato: nulla però impone di affermare non ne sussistessero altre rispetto a quelle di cui si ha notizia.

Sono invece cosa diversa per forma, contenuti e in parte finalità – nella prospettiva ermeneutica che si è ritenuto di sposare – le *leges mancipii* e i *pacta*.

Preme spendere qualche parola in merito, presentando anche questi istituti rilevanza, come si vedrà, rispetto ai rapporti fiduciari.

4.2 'Leges mancipii' e 'pacta'

Si è appurato come le *nuncupationes* fossero formule fisse ed invariabili, elaborate dalla giurisprudenza pontificale⁶², in grado di imprimere alla *mancipatio* in cui venivano recitate una profonda torsione funzionale: tale *gestum per aes et libram* andava in buona sostanza a realizzare una finalità in parte differente rispetto a quella che tradizionalmente le era propria (ossia il semplice trasferimento del *dominium ex iure Quiritium*).

Senonché, molte fonti serbano memoria di altre dichiarazioni accessorie volte a modificare o integrare gli effetti di una *mancipatio*: tali testimonianze parlano, non di rado indistintamente, di *leges mancipii* – talvolta *dictae*, talaltra *scriptae* – e di *pacta*.

Da una loro rapida rassegna è facile notare la profonda varietà che le contraddistingueva⁶³.

Poteva trattarsi di clausole con cui, ad esempio: si stabiliva la remancipazione di una *persona in causa mancipi* al *pater familias* originario (Gai 1.140 e 1.172)⁶⁴; si dichiarava l'esistenza di servitù passive sull'*aedes* oggetto del trasferimento di proprietà (Cic. *de orat.* 1.39.178⁶⁵); si prevedeva la manomissione dello schiavo *post mortem* dell'alienante (Gai. 9 *ad ed. prov.* D. 17.1.27.1); si assicurava l'assenza di servitù passive ('*optimus maximusque*') nel fondo alienato (Proc. 6 *epist.* D. 50.16.126; *Formula Baetica*⁶⁶; Ven. 16 *stip.* D. 21.2.75; Ulp. 27 *ad Sab.* D. 50.16.90); si assicurava che i *flumina stillicidia* rimanessero così come erano al tempo dell'alienazione (Ulp. 29 *ad Sab.* D. 8.2.17.3; Pomp. 33 *ad Sab.* D. 18.1.33⁶⁷), ma ve n'erano molte altre ancora, stando a quanto ritiene la dottrina più avvertita⁶⁸.

⁶² B. ALBANESE, *Gli atti*, cit., 49.

⁶³ S. RANDAZZO, 'Leges mancipii', cit., 89 ss.

⁶⁴ M. DAVID - L.W. NELSON, 'In causa mancipii esse', in *TJ*, XIX, 1951, 439 ss.

⁶⁵ Analogamente Marc. 3 *reg.* D. 8.2.35.

⁶⁶ V. anche l'*emptio domus* testimoniata da FIRA III, n. 90.

⁶⁷ Per la sostituzione di 'in lege venditionis' con 'in lege mancipi' si orienta S. RANDAZZO, 'Leges mancipii', cit., 100 ss.

⁶⁸ S. RANDAZZO, 'Leges mancipii', cit., 100 ss., ma le discussioni in seno alla scienza romanistica sono notevoli. Si vedrà, in ogni caso, come l'inclusione di determinate clausole nel novero delle *leges mancipii* o la loro qualificazione come *leges venditionis* non muti le linee di fondo del

Come anticipato, la terminologia utilizzata dalle fonti rispetto a tale ampio ventaglio di dichiarazioni accessorie è tutt'altro che univoca: talora si parla di *leges*, altre volte di *pacta*, spesso poi alcuni testi (alludo *in primis* a quelli raccolti nella compilazione giustiniana) sono poco affidanti, in quanto alterati da mano postclassica.

Tuttavia, *leges* e *pacta*, quantomeno alle origini, non dovevano coincidere, sebbene entrambe potessero accedere ad una *mancipatio* e nonostante fossero ambedue le figure il frutto della riflessione della giurisprudenza laica sul materiale già elaborato da quella pontificale⁶⁹.

Tale distinzione pare emergere da un noto passo di Quinto Mucio, eserpito dal suo *liber singularis ὄρων*.

Q. Mucius *lib. sing. ὄρων* D. 50.17.73.4: *Nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.*

Volendo tracciare una linea di demarcazione – per quanto approssimativa essa finisca comunque con l'essere – tra tali fenomeni, si può affermare, riprendendo le parole di Salvo Randazzo, che «la *lex mancipii* è indubbiamente una dichiarazione accessoria, ma al tempo stesso è pure formale ..., mentre il *pactum* è, per sua natura, una 'formfreie Zusatzabrede', un accordo aggiuntivo eminentemente informale»⁷⁰; e così, nel primo gruppo rientrano clausole in un certo qual modo tipizzate per quanto concerne lo scopo, ma non, come per le *nuncupationes*, quanto alle parole da utilizzare perché assumano valore giuridico⁷¹; il secondo, invece, abbraccia tutti gli accordi ove le parti abbiano versato gli interessi più disparati, rispetto ai quali la libertà negoziale è particolarmente ampia⁷².

ragionamento che qui si sta conducendo, concentrato a dimostrare la natura nuncupativa della *fiducia* delle origini e, subordinatamente, il carattere eminentemente *inter partes* delle pattuizioni che su di essa si innestavano, attraverso il ricorso a *leges mancipii* o a *pacta*.

⁶⁹ Cfr. Gai. 3 *ad leg. duod. Tab.* 2.14.48: *In [traditionibus] <mancipationibus> rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est (per questa restituzione del passo, v. O. LENEL, Palingenesia, I, cit., c. 244.*

⁷⁰ Così, ancora, S. RANDAZZO, '*Leges mancipii*', cit., 152.

⁷¹ Non erano cioè formule fisse ed invariabili: cfr. S. RANDAZZO, '*Leges mancipii*', cit., 138 ss., che individua la ragione storica della mutevolezza delle espressioni per le *leges mancipii* nel passaggio dalla giurisprudenza pontificale a quella laica.

⁷² S. RANDAZZO, '*Leges mancipii*', cit., 154, scrive inoltre: «sembra legittimo pensare che la progressiva affermazione dei *pacta* e l'ampia ricezione di essi nei rapporti giuridici fra privati, oramai tendenzialmente liberi da rigidi vincoli formali, abbia gradualmente prodotto l'effetto di smarrire le linee di demarcazione fra il *pactum* e la *lex*. Se, pertanto, possiamo ritenere che *lex* e *pactum* costituiscano fenomeni giuridici profondamente differenti, quanto ad efficacia e caratteristiche formali, dobbiamo parimenti constatare come si sia assistito ad una progressiva sovrapposizione di piani giuridici e ad una conseguente confusione concettuale in cui, stemperandosi il carattere originario della *lex* a vantaggio della più duttile natura giuridica del *pactum*, si apre la strada alla loro pratica identificazione».

Ma non è tanto questo profilo su cui interessa ora indugiare (anche se, come credo e cercherò di dimostrare nelle prossime pagine, l'osservazione della dialettica tra *lex* e *pactum* rispetto all'istituto della *fiducia* si rivela particolarmente feconda di spunti di riflessione): preme invece ben di più soffermarsi sulla diversa efficacia giuridica che presentavano, rispetto ad un'operazione negoziale attuata tramite *mancipatio*, le *nuncupationes* e le *leges mancipii* o i *pacta* acclusi dalle parti alla liturgia di cui si discute.

4.3 La diversa efficacia giuridica di 'nuncupationes', 'leges mancipii' e 'pacta' acclusi al rito mancipatorio

La distinzione tra *nuncupationes*, *leges mancipii* e *pacta* tracciata poc' anzi non ha certo una valenza meramente descrittiva circa le possibili 'variazioni' del rito mancipatorio: anzi, tali dichiarazioni – per via della loro natura e della loro origine – producevano effetti profondamente differenti, non solo per il diverso contenuto che potevano presentare.

Le *nuncupationes*, infatti, in quanto creazioni della giurisprudenza pontificale, andavano ad incidere direttamente sugli effetti stessi della *mancipatio*, con una valenza che travalica il rapporto interpersonale tra i soggetti coinvolti nell'operazione. È facile rendersene conto osservando la *coemptio*, con cui il marito acquistava la *manus* sulla moglie (che usciva dalla famiglia precedente), ovvero ricordando come la *deductio ususfructus* creasse sul bene trasferito un diritto reale limitato che poteva esser fatto valere *erga omnes*; ma ciò vale ancor più se si pensa alle attribuzioni compiute dal *de cuius* nel *testamentum per aes et libram*⁷³.

Diverso invece il discorso per le altre dichiarazioni accessorie. Queste formule, in quanto elaborati dalla giurisprudenza laica, non potevano «più acquistare un rilievo tale da incidere sull'assetto formale del *gestum per aes et libram*, nel senso di modificarne la struttura, non avendo i giuristi laici il potere di formulare *dicta* idonei a dimensionare globalmente la struttura degli atti formali», ebbe modo di scrivere Salvo Randazzo⁷⁴. Sicché, continua lo studioso, «le formule predisposte dai *iuris prudentes* repubblicani si estrinsecavano unicamente in clausole esterne al formulario: in tal modo gli interessi specifici dei privati ottenevano il rilievo giuridico e, per questa via, l'accordo tra le parti conquistava uno spazio, altrimenti impensabile, in seno agli atti formali di alienazione e, particolarmente, alla *mancipatio*»⁷⁵.

⁷³ Cfr. S. RANDAZZO, 'Leges mancipii', cit., 156 ss.

⁷⁴ S. RANDAZZO, 'Leges mancipii', cit., 139 s.

⁷⁵ Ancora S. RANDAZZO, 'Leges mancipii', cit., 140, il quale peraltro sottolinea come non si assistette ad una sostituzione delle *nuncupationes* con le *leges mancipii*.

Gli effetti di tali meccanismi negoziali, dunque, incidevano esclusivamente nei confronti delle parti che vi avevano fatto uso, e non *erga omnes* come le *nuncupationes*⁷⁶.

5 *Il sintagma 'fidi fiduciae causa'*

Nessuna delle fonti di cui si dispone allude a una *nuncupatio* fiduciaria, ossia ad una formula solenne e immodificabile la cui pronuncia in sede mancipatoria era tale da comportare una trasformazione funzionale dello stesso negozio librare, sino a renderlo un atto in grado di produrre effetti in parte differenti rispetto a quelli ordinari traslativi del dominio quiritario.

Tuttavia, vi sono due elementi che vanno attentamente soppesati.

Il primo, lo si ricava dal testo di Boezio a commento dei *Topica* ciceroniani, riprodotto in precedenza, ove il filosofo definisce '*fiduciaria*' quella *mancipatio* conclusa con un *amicus potentior* mediante la quale un soggetto ha messo al sicuro i propri beni in presenza di alcuni tempi difficili.

Il secondo dettaglio su cui occorre riflettere si ricava dal materiale epigrafico in nostro possesso e, in particolare, dalla *Formula Baetica* e da alcune tavolette appartenenti all'archivio dei Sulpici.

Conviene partire da questi documenti.

Nel primo di essi, la *Formula Baetica* – si rammenti che era un prontuario a disposizione di chi doveva perfezionare una *mancipatio* a scopo pignoratorio – si rinviene il sintagma '*fidi fiduciae causa*', a cui fa seguito l'espressione '*man|cipio accepit*'⁷⁷.

Riproduco il tratto di interesse:

«Dama L. Titi ser(uus) fundum Baianum, qui est
in agro qui | Veneriensis uocatur, pago Olbensi, uti

⁷⁶ V. sul punto S. RANDAZZO, '*Leges mancipii*', cit., 156 s. *Contra* TH. MCGINN, '*Ne serva prostituatur*'. *Restrictive Covenants in the Sale of Slaves*, in ZSS, CVII, 1990, 316 ss., e M. KASER, '*Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht*', in *Festgabe für J. Sontis*, München, 1977, 20 ss., i quali si sono soffermati soprattutto su talune clausole concernenti la circolazione degli schiavi, come ad esempio la '*lex ut manumittatur*' o la '*lex ne serva prostituatur*' (su quest'ultima, che le fonti qualificano senz'altro come *lex venditionis*, ma che potrebbe derivare da una *lex mancipii*, v. A. SICARI, *Prostituzione e tutela giuridica della schiava. Un problema di politica legislativa nell'impero romano*, Bari, 1991, 108 s.; EAD., '*Leges venditionis*'. *Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano*, Bari, 1996, 35 s.). Tuttavia, questa ricostruzione non mi pare colga nel segno, specie considerando come la legislazione imperiale abbia in tali casi sancito d'autorità – non è importante ora verificare per quali ragioni – gli effetti *erga omnes* di tali clausole, lasciando così trasparire la loro iniziale (e insuperabile) portata *inter partes* (cfr., rispettivamente, Ulp. 2 *disp.* D. 12.4.5.1 e *Mod. lib. sing. de man.* D. 37.14.7 pr.).

⁷⁷ Si aggiunge '*nummo uno*': su tale espressione, e sulla rilevanza in diritto romano, cfr. l'accuratissima ricerca di R. SCEVOLA, '*Venditio nummo uno*', in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2007, 413 ss. Cfr., con specifico riferimento alla *Formula Baetica*, M. FUENTESCA, *El negocio*, cit., 15.

optumus maxumusq(ue) | esset, (sestertio n(ummo)
I et hominem Midam (sestertio) n(ummo) I fidi fidu
ciae causa man|cipio accepit ab L. Baiano, libri
pende antest(ato). Adfines fundo | dixit L. Baia
nus L. Titium et C. Seium et populum et si quos
dicere oportet. || ...

Va detto sin d'ora che questo segmento compare nella parte iniziale della *Formula*, in relazione alla descrizione dell'operazione compiuta, e non invece in quella successiva concernente il *pactum conventuum* tra le parti, riguardante le varie modalità e condizioni per la restituzione della *res alienata* ('*pactum conventum factum est ...*')⁷⁸.

Il medesimo sintagma '*fidei fiduciae causa*' compare – talvolta abbreviato '*f.f.c.*' – in quattro tavolette appartenenti all'archivio dei Sulpici e sempre in connessione o accanto a verbi che esprimono l'avvenuto trasferimento della proprietà della *res*.

Anche per queste testimonianze, riproduco di seguito il tratto d'interesse:

TPSulp. 85:

Cinnamo f(idei) f(iduciae) c(ausa) HS n(ummo) I pro HS XXXVI mancipio
dedisse dicebatur,

TPSulp. 87:

fīduciae causa [HS n(ummo) I pro HS X]XVI
obligasse [dicitur], mancipia [- - -]

TPSulp. 90:

'Mulier Fortunata, quam Marci=
a Aucta C(aio) Sulpicio Oniro fidei fi=
duciae causa HS n(ummo) I mancipas=
se diceretur ...

TPSulp. 91:

'Mulier Fortunata, quam Marcia
Aucta C(aio) Sulpicio Oniro fidei fidu=
ciae causa HS n(ummo) I mancipasse
diceretur ...

TPSulp. 92:

... 'Mulier] For=
tunata, qua<m> M[ar]ci [a Auc]ta

⁷⁸ Lo nota già A. CORBINO, *Il formalismo*, cit., 42.

[C(aio)] Sulpicio On[iro f(idei)] f(fiduciae) c(ausa) [HS n(ummo)] I
[man]cipass[e] d[ic] ęre[tur],

In questi documenti epigrafici non vi è, al pari di quanto risulta dalla *Formula Baetica*, una distinzione tra la descrizione dell'operazione compiuta e il contenuto del *pactum* intercorso tra le parti. D'altronde sono avvisi di vendita all'incanto e ciò che era versato in tale accordo non poteva presentare rilevanza per i possibili acquirenti⁷⁹. È tuttavia interessante sin d'ora notare che, nel rivolgersi a terzi, questi annunci specificano trattarsi di un trasferimento avvenuto '*fidi fiduciae causa*'.

Ma si tratta di una semplice formula 'di rito' oppure presenta un significato, e soprattutto un'efficacia, del tutto peculiare?

È opportuno indugiare su tali aspetti.

5.1 *Il significato di 'fidi fiduciae causa'*

Il significato di questo sintagma ha attirato soltanto in tempi molto recenti l'attenzione della dottrina. A frenare gli studiosi, forse, l'osservazione di Mommsen che nella sua annotazione alla prima edizione critica dei materiali epigrafici appena passati in rassegna⁸⁰ riferisce come a suo avviso il binomio *fides/fiducia* abbia la valenza di un'endiadi.

Opinione che ha trovato di recente l'adesione di Stefania Romeo⁸¹.

Senonché, Leo Peppe⁸² – raccogliendo alcuni spunti del Zurli⁸³ e riprendendo in parte alcune considerazioni già avanzate dal Watson⁸⁴ e dal Dunand⁸⁵ – traccia, con valide argomentazioni, una linea di demarcazione tra il significato assunto da *fides* e da *fiducia* nel sintagma di cui si discute⁸⁶. In questa prospettiva – di massima convincente, ma che merita alcune precisazioni, ora solo accennate ma oggetto di specifico approfondimento nel capitolo dedicato alla tutela del negozio in esame⁸⁷ –, *fides* e *fiducia* si riferiscono alle due diverse attitudini dei soggetti coinvolti⁸⁸ e, aggiungo io, finiscono con l'individuare gli

⁷⁹ Cfr. A. BURDESE, *Recensione* a N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., in *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, I, Padova, 2009, 438 (già in *Iura*, XXXIV, 1983, 178 ss.).

⁸⁰ Si v. l'*adnotatio* a CIL II.5042.

⁸¹ S. ROMEO, '*Fiducia auctionibus vendunda*', cit., 217.

⁸² L. PEPPE, *Alcune considerazioni*, cit., 183 ss.

⁸³ L. ZURLI, *Sulla formula del negozio fiduciario*, in *Il linguaggio dei giuristi romani. Atti del Convegno internazionale (Lecce, 5-6 dicembre 1994)*, Lecce, 2000, 185 ss., su cui v. F.J. ANDÉS SANTOS, *Recensione* a O. BIANCO - S. TAFARO (CURR.), *Il linguaggio*, cit., in *REHJ*, XXIII, 2001, 663, che per vero reputa poco convincente la tesi dello studioso italiano.

⁸⁴ A. WATSON, *The Origins of 'fiducia'*, in *ZSS*, LXXIX, 1962, 329 ss.

⁸⁵ J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 116, nonché 77 s. e 269 (sfruttando alcuni spunti offerti da L.J. ENGELS, voce '*Fiducia*', in *RAC*, VII, 1969, cc. 839 ss.)

⁸⁶ La ricostruzione del Peppe è condivisa da P. LAMBRINI, *Il negozio*, cit., 45 s.

⁸⁷ Cap. VI.

⁸⁸ L. PEPPE, *Alcune considerazioni*, cit., 183 s.

estremi giuridici dell'operazione. Da un lato, vi è la 'fides' dell'accipiente, che si esplicava sì nel rispetto dell'impegno assunto con il *mancipio dans* – e questo Peppe lo segnala⁸⁹ –, ma anche, come credo, nel potere che tale soggetto acquistava sulla *res*; di converso, la 'fiducia' (la confidenza nell'altrui *fides*) è l'atteggiamento dell'alienante, che affidava sé stesso e i propri beni a controparte, convinto che questa avrebbe rispettato gli impegni presi⁹⁰.

In una commedia di Plauto, il *Trinummus* – probabilmente composta nel biennio 193-194 a.C., o forse negli anni immediatamente successivi⁹¹ – la coppia *fides* e *fiducia* viene evocata in due diversi, seppur contigui, luoghi e in relazione ad una vicenda che ricorda molto un'operazione fiduciaria⁹². Peraltro, nel primo di tali passaggi il binomio suddetto è altresì connesso alla *restitutio* di ciò che era stato consegnato.

Si tratta di testi che gli autori poc'anzi richiamati, e in particolare Zurli e Peppe (come invero già il Watson)⁹³, hanno nelle loro indagini opportunamente valorizzato.

Plaut. *Trin.* 116-118: MEG.: *Quid tu, adulescentem, quem esse corruptum vides, qui tuae mandatus est fide et fiduciae, quin eum restituis, quind ad frugem conrigis?*

Plaut. *Trin.* 140-144: CALL.: *Subigis maledictis me tuis, Megaronides, novo modo adeo, ut quod meae concreditumst taciturnitati clam, fide et fiduciae, ne enuntiarer quoiquam neu facerem palam, ut mihi necesse est iam id tibi concredere.*

⁸⁹ L. PEPPE, *Alcune considerazioni*, cit., 184.

⁹⁰ Cfr. L. PEPPE, *Alcune considerazioni*, cit., 184, che valorizza – sulla scorta delle indicazioni tratte dai più autorevoli dizionari etimologici (A. WALDE - J.B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*³, I, Heidelberg, 1938, 493 s.; A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1959, 233) – il fatto che il «sostantivo *fiducia* è accostabile ad *audacia*, la qualità di chi osa; quanto all'origine, non deriva da *fides* ma dal verbo *fido*, molto probabilmente per il tramite di un aggettivo *fidūcus*, morfologicamente assimilabile a *cadūcus*, da *cado*, colui che cade (molto), l'epilettico, e *mandūcus*, colui che mangia (molto); *fidūcus* è quindi colui che si fida pienamente e di conseguenza *fiducia* individua l'attitudine di chi si fida che chi riceve farà per la propria *fides* presso il mancipante quanto le due parti concordano, la restituzione al mancipante del bene mancipato» (v. anche L. PEPPE, *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano*, in *Le situazioni affidanti*, cit., 42; ID., *Intervento sulla formula 'fidi fiduciae' in particolare in Plauto*, in 'Fiducia', 'trusts', affidamenti, cit., 336).

⁹¹ C. CARENA, *Plauto. Le commedie*, Torino, 1975, 974.

⁹² La vicenda cui si riferisce il tratto plautino in esame vede Carmide che affida all'amico Callicle, dovendo assentarsi per un lungo periodo, i propri due figli (un maschio e una femmina), nonché un tesoro nascosto. L'*amicitia* è un tema ricorrente – «cardine ideologico» per R. RACCANELLI, *L'amicitia nelle commedie di Plauto*, Bari, 1998, 107 – di questa commedia: dettaglio non secondario, come si vedrà nel cap. VI della presente indagine.

⁹³ L. ZURLI, *Sulla formula*, cit., 188 s.; L. PEPPE, *Alcune considerazioni*, cit., 184; A. WATSON, *The Origins*, cit., 329 ss.

Vi è anche un altro testo plautino, tratto stavolta dall'*Aulularia* – la cui composizione risale al 190 a.C.⁹⁴ – ove ricompare un simile accostamento tra *fides* e *fiducia*. Già lo Watson vi aveva posato a suo tempo lo sguardo⁹⁵, e il Peppe è tornato sul punto in un recentissimo contributo⁹⁶.

Nel testo plautino non compare, per la verità, una menzione esplicita di *fides*, ma si parla della sua versione divinizzata, ossia della dea che ne condivide il nome. Purtuttavia, la vicenda descritta presenta tratti di spiccata analogia con la *fiducia* in senso tecnico: il vecchio avaro Euclione, dopo aver trovato una pentola ricolma d'oro in casa propria, ha il timore che qualcuno gliela possa sottrarre. Decide quindi di portarla al sicuro, e la deposita (l'uso di *concreduo*, variante di *concredo*, è particolarmente significativo⁹⁷) presso il tempio di *Fides*.

Nel farlo, pronuncia queste parole:

Plaut. *Aul.* 580-586: EUCL.: *Edepol, ne tu, aula, multos inimicos habes atque istuc aurum quod tibi concreditum est. nunc hoc mihi factu est optimum, ut ted auferam, aula, in Fidei fanum: ibi abstrudam probe. Fides, novisti me et ego te: cave sis tibi, ne in me mutassis nomen, si hoc concreduo ibo ad te fretus tua, Fides, fiducia.*

Sulla scorta dei dati sin qui passati in rassegna, Peppe è giunto ad affermare come «la struttura relazionale così individuata nella coppia *fidi/fiduciae* possa essere utilizzata come argomento a favore di quella ricostruzione che nega per la struttura della *fiducia* la necessità della previsione di apposito *pactum conventum* per la restituzione, in quanto da tale struttura discenderebbe direttamente l'obbligo di restituzione»⁹⁸.

Ma io credo che si possa fare un passo in più ed affermare – come già, in parte, aveva fatto il Georgescu, anche se nell'impostazione del filologo la differenza tra *nuncupationes* e *leges mancipii* (al punto che parla di *lex fiduciae*) è sfumata e non incide sul regime degli effetti prodotti⁹⁹ – che il sintagma '*fidi fiduciae causa*' costituisca una *nuncupatio* che poteva essere recitata nel rituale mancipatorio (nonché in sede di *in iure cessio*, v. oltre), per orientare gli effetti di tale atto traslativo¹⁰⁰: in che misura, lo si vedrà nel prosieguo della ricerca.

⁹⁴ C. CARENA, *Plauto. Le commedie*, cit., 107.

⁹⁵ A. WATSON, *The Origins*, cit., 329 s.

⁹⁶ L. PEPPE, *Intervento*, cit., 336 s.

⁹⁷ L. PEPPE, *Intervento*, cit., 336.

⁹⁸ Così L. PEPPE, *Alcune considerazioni*, cit., 187.

⁹⁹ V.A. GEORGESCO, *Essai*, cit., 147 e 152 s.

¹⁰⁰ Del resto, alla luce di quanto riferito circa il significato del sintagma, è rilevante che il termine *nuncupare*, in numerose fonti, venga adoperato per indicare un '*nomen*', per denominare qualcosa. Si v., a tal proposito, *Pacuv. Med.* 257 (Goold); *Dul.* 142.3 (Goold); *Cic. rep.* 2.14; 6.6, su cui in dottrina si è soffermata N. BELLOCCI, *La struttura*, I, cit., 135 ss.

Ora è importante cercare qualche conferma in ordine a questa ipotesi ricostruttiva, invero avversata da parte della dottrina¹⁰¹: non prima però di aver sgomberato il campo da due possibili obiezioni che si potrebbero sollevare.

5.2 In risposta a due possibili obiezioni

Espongo subito le due obiezioni che, a mio avviso, si potrebbe di primo acchito avanzare contro la proposta ricostruttiva qui esposta.

La prima critica potrebbe ruotare intorno all'assenza della formula '*fidi fiduciae causa*' nel testo della *Mancipatio Pompeiana* – che ormai non si dubita più riferirsi effettivamente ad un'alienazione fiduciaria attuata a scopo di garanzia –, ove invece è preso in considerazione il contenuto del *pactum conventum* perfezionato dalle parti protagoniste dell'operazione (con dettagliata disamina delle condizioni e modalità di restituzione).

La seconda obiezione – che, come detto, si muove in parte sullo stesso piano della precedente – è (apparentemente) ben più incisiva e si basa sulla circostanza per cui, in altre fonti che sicuramente riguardano trasferimenti fiduciari, non si parla di atti posti in essere '*fidi fiduciae causa*', bensì soltanto '*fiduciae causa*'. Basti rammentare che Gaio, proprio con riguardo alla *fiducia* in senso tecnico, allude ad un trasferimento mancipatorio compiuto '*fiduciae causa*' (Gai 2.59; 2.220; 3.201); o Probo, che per spiegare uno dei possibili significati della sigla *F.C.* contenuta nell'editto del pretore – pregiuliano, essendo egli vissuto nella seconda metà del I secolo d.C.¹⁰² – si serve dell'espressione '*fiduciae causa*' (le alternative sono '*fraudare creditores*' e '*fidei commissum*': Prob. litt. sing. 5.13 [Keil IV.274; FIRA, II, 457])¹⁰³. Infine, ci è giunto inoltre un documento epigrafico (*Tab. Herc.* 65, ln. 8), ove ricorre soltanto '*fidu[cia]e c[ausa]*' (e continua '*HS n. I mancipio [a]cce[pit]*')¹⁰⁴. Per altro verso, si potrebbe anche

¹⁰¹ Cfr., per tutti, N. BELLOCCI, *La struttura*, I, cit., 156, secondo la quale «la clausola '*fidi fiduciae causa*', che vediamo attestata nella *Formula Baetica* per la *fiducia* non può essere tecnicamente indicata col nome di *nuncupatio*» (l'autrice non tiene conto di quanto si ricava dalle *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*); J.-PH. DUNAND, *Le transferts*, cit., 93 ss., convinto che la clausola in parola costituisca una *lex mancipii*.

¹⁰² Cfr. L. PEPPE, *Alcune considerazioni*, cit., 183.

¹⁰³ Cfr. G. GENY, *Etude*, cit., 24, nt. 35; L. ZURLI, *Sulla formula*, cit., 185 s.; L. PEPPE, *Alcune considerazioni*, cit., 182 s. Quanto al Digesto, come già ricordato, non v'è più traccia di richiami alla *fiducia*: tuttavia, in almeno tre (più dubbio il quarto) luoghi dell'antologia giustiniana compare l'accostamento tra *pignus* e *causa*, che sembra celare – per ragioni che si vedranno in seguito – un originario riferimento alla *fiducia* (alludo a Afr. 8 *quaest.* D. 23.3.50.1; Iul. 13 *dig.* D. 44.7.16; 13 *dig.* D. 41.2.36; Ulp. 30 *ad ed.* D. 13.7.22.1, tenendo presente O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., cc. 29 e 354; II, c. 618, ma soprattutto O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, in *ZSS*, VII, 1886, 46, e B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 218 s.). Anche ammettendo ciò, tuttavia, non è possibile ricavare da detti brani alcuna informazione rilevante rispetto a ciò che si va dicendo (poteva invero essere scritto, in origine, tanto '*fidi fiduciae causa*' quanto solo '*fiduciae causa*').

¹⁰⁴ Cfr. P. GRÖSCHLER, *Die tabellae-Urkunden*, cit., 141. Si v. anche *Tab. Herc.* 74, ove compare due volte (lnn. 1 e 2) '*ob fiduciam*'.

rilevare come nell'ambito della *coemptio*, quasi sicuramente attuata mediante una *mancipatio* nuncupativa, ci si riferisse ad una sua variante – volta a sottrarre la donna dalla tutela legittima degli agnati – come attuata *fiduciae causa*, in contrapposizione alla *coemptio matrimonii causa* (v. quanto detto sopra, nonché Gai 1.113-114)¹⁰⁵.

Credo che ad entrambe sia possibile replicare.

La mancata menzione del sintagma '*fidi fiduciae causa*' nella *Mancipatio Pompeiana* si spiega a mio avviso per una semplice ragione: si tratta del documento scritto, avente valenza probatoria, concernente appunto una *mancipatio* fiduciaria, compiuta secondo le formalità di rito. Esso ha rilevanza soltanto tra le parti e, dunque, ciò che queste intendevano cristallizzare per memoria futura (e in vista di eventuali contestazioni) è sì il compimento del negozio librare, ma soprattutto il contenuto dell'accordo contenente le modalità di restituzione della *res fiduciae data*, versato nel *pactum conventum*, che occupa l'intero tratto finale del documento. Peraltro, la formula di cui si discute ('*fidi fiduciae causa*') ben potrebbe essere stata recitata durante la liturgia mancipatoria, l'unica sede – si rammenti – in cui una *nuncupatio* poteva svolgere la sua piena efficacia performativa (in altre parole, se una *nuncupatio* fosse stata attestata documentalmente, ma non fosse mai stata pronunciata, non avrebbe prodotto alcun effetto)¹⁰⁶.

Per superare la seconda obiezione occorre inevitabilmente fare un'affermazione che si cercherà di dimostrare soltanto nella successiva parte della ricerca, ma che si può condensare in questi termini: le testimonianze di Probo e di Gaio – e una prassi attestata documentalmente (*Tab. Herc.* 65 e 74) – fotografano ormai un momento (siamo nel I-II secolo d.C.) in cui la riflessione giurisprudenziale ha già inciso in maniera notevole sul regime della più antica *mancipatio* fiduciaria, ammettendo la rilevanza in seno ad essa di *leges mancipii* che ne alterano la finalità, o di *pacta* che raccolgono minuziose precisazioni circa gli obblighi e le facoltà che da essa discendevano.

Questo progressivo sviluppo (e mutare) della *fiducia* ha fatto sì, come si vedrà, che esigenze variegata potessero venir perseguite ricorrendo a un simile schema negoziale. E così, con il consolidarsi di alcuni usi tipici della *fiducia* (in primo luogo quello a scopo di garanzia), viene facile immaginare che l'attività interpretativa degli operatori giuridici fosse diretta a verificare la presenza di alcuni indici (quali la *lex commissoria*¹⁰⁷, la *lex vendendi*, la *lex ut manumittatur*) attraverso i quali rintracciare il carattere fiduciario dell'operazione: la formula

¹⁰⁵ Cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 265.

¹⁰⁶ Cfr. S. RANDAZZO, '*Leges mancipii*', cit., 83.

¹⁰⁷ Sull'utilizzazione del patto commissorio nella *fiducia* si attestano posizioni contrastanti in dottrina: un recente 'restatement' è stato compiuto da P. LAMBRINI, *Lineamenti*, cit., 266 ss.

'fidi fiduciae causa' finì forse col perdere rilevanza in ordine all'attività di inquadramento giuridico di alcune specifiche vicende negoziali e, di pari passo, anche le espressioni per descriverle via via si semplificano. Si potrebbe così spiegare, io credo, la peculiarità espressiva di cui sono testimoni Probo, Gaio e alcuni documenti della prassi¹⁰⁸.

Meno complicato mi pare invece giustificare il perché si parli di *coemptio* attuata *'fiduciae causa'*: in questo contesto, *fiducia* ha il medesimo significato generico cui si è fatto cenno in precedenza, andando in buona sostanza a descrivere l'atteggiamento e le aspettative di chi cede la *manus* sulla donna: l'alienante confida infatti che l'acquirente *extraneus* liberi la *mulier* al più presto (Gai 1.115a)¹⁰⁹. L'uso di *fiducia*, sia pur accostato a *causa*, assume qui un significato non tecnico, ma meramente descrittivo: del resto, a parte l'Albanese¹¹⁰, la dottrina ritiene che la *coemptio fiduciae causa* sia un'espedito escogitato dalla riflessione giurisprudenziale relativamente tarda, che potrebbe dunque aver risentito della tendenza cui si è fatto cenno al capoverso precedente¹¹¹.

Non è un dettaglio di poco momento, inoltre, che sempre Gaio, in 1.115a, identifichi la *coemptio* non più come *fiduciae causa*, ma semplicemente come *fiduciaria*.

Fatte queste considerazioni, si può passare a verificare per quale ragione il sintagma *'fidi fiduciae causa'* rappresenti, a mio avviso, una vera e propria *nuncupatio*.

6 Il sintagma *'fidi fiduciae causa'* è una *'nuncupatio'*?

Come già detto, le fonti non serbano memoria di connessioni tra *fiducia* e *nuncupationes*: men che meno, ovviamente, parlano di *nuncupatio* rispetto alla formula *'fidi fiduciae causa'*.

Chi, in tempi più e meno recenti, si è interrogato su tale questione ha negato un simile identificazione, ovvero ha trascurato di prenderla in considerazione: un'eccezione è rappresentata da Alan Watson, il quale ha in effetti pensato che il sintagma in parola venisse inserito nella *mancipatio* e avesse effetti in virtù del noto versetto decemvirale sull'*'uti lingua nuncupassit'* (Tab. 6.1), ma non ha sviluppato appieno tale spunto, se non per amettere la sanzione degli obblighi del fiduciario mediante *legis actio*¹¹².

¹⁰⁸ In termini analoghi L. PEPPE, *Alcune considerazioni*, cit., 185 e nt. 58.

¹⁰⁹ Cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano. IV. Le successioni. Parte generale*, Roma, 1930 (rist. Milano 1974), 376

¹¹⁰ Cfr. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 300.

¹¹¹ Cfr. C. FAYER, *La 'familia romana'*. II. *'Sponsalia', matrimonio, dote*, Roma, 2005, 257 e nt. 230.

¹¹² Cfr. A. WATSON, *The Origins*, cit., 332 s. Sul punto, v. quanto si dirà al cap. VI, par. 6.

Passando ai detrattori di una simile ricostruzione, si può ricordare il pensiero di Nicola Bellocci: la studiosa, dopo aver precisato che «da un punto di vista formale e sostanziale con *nuncupatio* si è inteso indicare la pronuncia di una formula solenne, che deve essere inserita in un *gestum*, al quale l'accompagnano sempre le fonti fin dall'epoca antica e che produce effetti vincolanti al di là della volontà della parte che l'ha pronunciata»¹¹³, non individua alcun esempio di *nuncupatio* nelle fonti (il che già di per sé suscita qualche perplessità) e, così, esclude che lo sia la clausola *'fidi fiduciae causa'* «per le conclusioni a cui siamo sopra pervenuti»¹¹⁴. A parte la sensazione di spaesamento che si trae dall'assenza di argomentazioni in ordine a tale esclusione, verrebbe di primo acchito – e a fronte della definizione che la stessa studiosa offre di *nuncupatio* – ben può facile ammettere che esistesse invece qualcosa di simile in ambito fiduciario (indipendentemente che essa coincida con il sintagma *'fidi fiduciae causa'* o meno).

Del resto, Salvo Randazzo ha di recente sottoposto a severa – e persuasiva – critica la ricostruzione dedicata dalla Bellocci al fenomeno nuncupativo (il che tocca anche le conclusioni rispetto alla *fiducia*): a tale studio, più volte ricordato in questa prima parte della ricerca, dunque, si rinvia¹¹⁵.

In una prospettiva non molto dissimile da quella entro cui ci si muoverà nelle prossime pagine si pone invece Jean-Philippe Dunand¹¹⁶: questi, pur riferendosi indistintamente alla clausola *'fidi fiduciae causa'* talvolta come *nuncupatio*, talaltra come *lex ut remancipetur* – egli infatti non approfondisce la distinzione tra tali due 'dichiarazioni accessorie', ma mostra di consocere la dottrina che se n'è occupata prima di lui –, conclude ritenendo la *fiducia* un negozio unitario e avverte come a suo avviso la *mancipatio (fidei fiduciae causa)* che la perfezionava determinasse effetti diversi e specifici rispetto a quelli usuali¹¹⁷. In particolare, per Dunand «sur le plan réel, nous observons que, si le titre formel de propriété est effectivement transféré au fiduciaire, le fiduciaire n'en conserve pas moins des pouvoirs juridiques importants sur la chose», mentre «sur le plan du droit des obligations, nous relevons que le fiduciaire n'est pas titulaire d'une créance classique impliquant une prestation typique de la part du fiduciaire»¹¹⁸.

¹¹³ N. BELLOCCI, *La struttura*, I, cit., 154.

¹¹⁴ N. BELLOCCI, *La struttura*, I, cit., 156. L'autrice peraltro esclude che il sintagma costituisca una *lex mancipii*, in quanto «contiene in sé lo scopo dell'atto, contraddicendo nel suo contenuto alla mancipazione». Non capisco come sia possibile giustificare questa affermazione rispetto a tutti gli esempi di torsione funzionale della *mancipatio* (v. in primo luogo la *mancipatio familiae*) che le fonti chiaramente e senza indugi attestano.

¹¹⁵ S. RANDAZZO, *'Leges mancipii'*, cit., 74 s. e nt. 92 (soprattutto).

¹¹⁶ J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., *passim*.

¹¹⁷ J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 129, da cui la citazione, nonché 265 ss.

¹¹⁸ J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 265.

Sebbene le conclusioni dello studioso d'oltralpe siano, in linea di massima (e salvo alcune precisazioni, cui si darà spazio nel prosieguo) condivisibili, mi paiono, per un verso, non spiegare – ma solo prendere atto – delle ragioni giuridiche per cui alcuni specifici effetti reali siano stati prodotti dalla *mancipatio* orientata fiduciarmente, per un altro verso, l'approfondimento dell'autore francese non mi sembra tenga conto dello sviluppo che ha coinvolto la *fiducia*, in ragione della progressiva riflessione giurisprudenziale che ha inciso sulla medesima.

Ciò detto¹¹⁹, sono diversi gli elementi che mi inducono a credere che il sintagma '*fidi fiduciae causa*' sia una vera e propria *nuncupatio*¹²⁰.

In primo luogo, va osservato che tale espressione è certamente molto antica, come si evince da quell'arcaismo costituito dal genitivo '*fidi*'¹²¹; inoltre, l'andamento ritmico e allitterante – rappresentato dal ripetersi prima di 'fid' e poi delle 'c' – che tale unità espressiva presenta è tipico proprio delle formule e dei *carmina* di origine pontificale¹²².

È inoltre rilevante constatare come nelle testimonianze epigrafiche ove il sintagma si rinviene, esso stia sempre accanto a verbi che indicano l'avvenuta *mancipatio* e il suo effetto traslativo ('*mancipare*' in *TPSulp.* 90-92; '*mancipio dare*' in *TPSulp.* 85).

Ma è posando lo sguardo sulla *mancipatio familiae* – la cui dimensione nuncupativa è assicurata dalle stesse parole di Gaio – e osservandola in controluce rispetto alla *fiducia*, che si riescono a mio avviso a superare i dubbi circa il fatto che il sintagma '*fidi fiduciae causa*' abbia valenza di *nuncupatio* (sia pur senza nascondere i tratti di congettura che comunque circondano questa ricostruzione, vista la scarsità di fonti in nostro possesso).

I tratti in comune che presentano le (possibili) origini di tali due istituti sono infatti notevoli. Conviene allora soffermarsi.

6.1 La '*mancipatio familiae*' e il '*testamentum per aes et libram*'

Sarebbe impossibile – e invero esulerebbe dall'argomento della presente ricerca – anche soltanto tratteggiare il groviglio di problemi, le accese discussioni

¹¹⁹ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 143 ss., se ne occupa – ma di sfuggita – nell'illustrare le tesi che in dottrina si contrappongono in ordine all'individuazione dell'elemento obbligante nella *fiducia*.

¹²⁰ In quest'ordine di idee, sia pur non senza lievi sfumature di pensiero, si collocano anche P. OERTMANN, *Die 'fiducia'*, cit., 86 ss.; G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 192 ss.; R. AMBROSINO, *La 'legis actio sacramento in personam' e la protezione giuridica dei rapporti fiduciari*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1953, 260 ss.

¹²¹ L. ZURLI, *Sulla formula*, cit., 191.

¹²² Sulla rilevanza della composizione e degli aspetti ritmici nelle formule degli istituti di età arcaica, cfr. E. NORDEN, *Logos und Rhythmus*, Berlin, 1928, 533 ss.; ID., *La prosa d'arte antica: dal VI secolo a.C. all'età della Rinascenza*, I, Salerno, 1986, 168 ss.; A. CARCATERRA, *Dea 'Fides' e 'fides': storia di una laicizzazione*, in *SDHI*, L, 1984, 221 ss.

e gli spunti di riflessione che sono sorti in relazione alla cd. *mancipatio familiae* dei tempi più antichi¹²³ e al *testamentum per aes et libram* d'età classica¹²⁴, che della prima costituisce l'evoluzione e il perfezionamento.

Sicché, in questa sede, verranno presi in considerazione soltanto quei profili che più sembrano rilevanti rispetto al discorso che si sta svolgendo.

Non prima però di aver illustrato, sia pur per sommi casi, in cosa consistano e come si compongano gli istituti poc'anzi evocati.

Ebbene, la fonte principale in materia è costituita, ancora una volta, dalle *Institutiones* di Gaio¹²⁵. Il giurista antoniniano se ne occupa nel secondo commentario, allorquando discute di successione testamentaria. Dopo aver ricordato l'esistenza delle due più antiche figure testamentarie – il *testamentum calatis comitiis*, da compiersi avanti ai comizi curiati, solo in due giorni precisi dell'anno, e il *testamentum in procinctu*, riservato ai soldati nell'imminenza di una battaglia (Gai 2.101) –, Gaio menziona l'esistenza di un '*tertium genus testamenti*', posto in essere '*per aes et libram*'¹²⁶.

Così si esprime:

Gai 2.102: *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet ...*

A quanto si legge, accadeva che chi non avesse fatto testamento avanti ai comizi centuriati ovvero nell'imminenza della battaglia, ma fosse in pericolo di

¹²³ Sul dibattito circa l'origine pre o postdecemvirale dell'istituto in parola, cfr. A. CORBINO, *Osservazioni in tema di 'res mancipi' e di stabilizzazione del regime della 'mancipatio'*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988, 546 ss. La miglior dottrina, in ogni caso, ammette l'alta antichità dell'istituto: cfr. ad esempio H. LÉVY-BRUHL, *Nature de la 'mancipatio familiae'*, in *Festschrift F. Schulz*, I, Weimar, 1951, 253 ss.; ID., '*Praedia absentia solent mancipari*', in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze, 1956, 482; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 718;

¹²⁴ Anche perché un simile lavoro – sia pur costituendo la prima parte di una ricerca più ampia – è già stato svolto da F. TERRANOVA, *Ricerche sul 'testamentum per aes et libram'. I. Il ruolo del 'familiae emptor' (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino, 2011, 15 ss. Va detto sin d'ora, tuttavia, che l'autrice (sulla scorta di Gai 2.102-108, nonché di Tit. Ulp. 20.3; 20.9 e 28.6) non utilizza la locuzione *mancipatio familiae* per indicare «la configurazione strutturale più antica dell'istituto», riferendosi a suo avviso al «primo atto di cui si compone il complesso rituale del testamento librato in età classica». Di segno opposto la ricostruzione di A. SEGRÉ, *Ricerche di diritto ereditario romano*, Roma, 1930, 75, nt. 2. Invero, una simile questione – se pur presenta una certa rilevanza per chi intende superare «il preconetto che l'istituto [il *testamentum per aes et libram*] non possa essere considerato *ab origine* un testamento» (così F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 20) – assume un rilievo come si vedrà marginale rispetto alla prospettiva con cui si osserverà proprio l'evoluzione del testamento librato. Su tali aspetti, v. anche gli studi di P. ARCES, *Sulla 'natura fedecommissaria' del 'gestum per aes et libram' utilizzato per disporre 'mortis causa'*, in *RDR*, XI, 2011, 9 ss.; ID., *La matrice genetica comune nell'introduzione del testamento librato e del fedecommissario*, in *RDR*, XII, 2012, 1 ss.

¹²⁵ Soccorrono anche Tit. Ulp. 20.2-9; I. 2.10.1-11, nonché Gell. 15.27.3; Isid. *orig.* 5.24.12.

¹²⁶ V. anche Tit. Ulp. 20.2; Gell. 15.27.3.

vita ('*si subita morte urgebatur*'), trasferisse mediante *mancipatio* il proprio intero patrimonio (inteso come '*familia pecuniaque*'¹²⁷), ad un *amicus*, affinché questi, alla morte del *mancipio dans*, alienasse a sua volta i beni ricevuti attenendosi alle indicazioni impartitegli.

Il giurista antoniniano continua, poi, osservando come soltanto il testamento librale fosse sopravvissuto sino ai suoi tempi, cadendo in desuetudine tanto quello *calatis comitiis*, quanto quello *in procintu*. Tuttavia, seguiva ancora il maestro del II secolo d.C., il *testamentum per aes et libram* non ricalcava più la liturgia un tempo prevista, essendo ormai regolato in maniera profondamente diversa ('*sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat*'), specie in ordine al ruolo del cd. *familiae emptor*. Se, in origine, costui '*heredis locum optinebat*' – e, dunque, doveva poi seguire le istruzioni del *pater familias* –, in età classica divenne un acquirente fittizio, ad imitazione dei tempi lontani, ma l'erede era istituito direttamente dal *de cuius* e su di lui gravavano i legati parimenti disposti nel testamento.

Gai 2.103: *Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.*

Ciò detto, Gaio passa ad illustrare le formalità da rispettare per il perfezionamento in età classica del testamento *per aes et libram*¹²⁸, riportando le parole che il *familiae emptor/mancipio accipiens* era tenuto a pronunciare e quelle invece recitate dal testatore, mentre reggeva le tavolette contenenti le sue ultime volontà¹²⁹. E ciò, soggiunge il giurista antoniniano, prendeva il nome di *nuncupatio*, in quanto '*nuncupare est enim palam nominare*': sicché le parole scritte dal testatore si consideravano pronunciate e confermate (e dunque pienamente efficaci)¹³⁰.

Gai 2.104: *Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECVNIAMQVE TVAM ENDO MANDATELA TVA CVSTODELAQVE MEA ESSE AIO, EAQVE, QVO TV*

¹²⁷ Cfr. a riguardo M. KASER, *La famiglia romana arcaica*, in *Conferenze romanistiche*, Milano, 1960, 47.

¹²⁸ V. anche Tit. Ulp. 20.2.

¹²⁹ Cfr. F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 218 ss. e 394 ss., con discussione circa le diverse restituzioni del testo proposte dalla dottrina.

¹³⁰ V. anche Tit. Ulp. 20.9.

IVRE TESTAMENTVM FACERE POSSIS SECVNDVM LEGE PVBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt, AENEAQVE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: HAEC ITA VT IN HIS TABVLIS CERISQVE SCRIPTA SVNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR, ITAQVE VOS, QVIRITES, TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.

Seguono alcune precisazioni in ordine ai soggetti che potevano essere *familiae emptores* o che erano idonei a svolgere il ruolo di testimoni o a reggere la stadera (Gai 2.105-108, ma v. anche Tit. Ulp. 20.3-8).

A mio avviso, dai testi riprodotti emerge con una certa chiarezza come in un momento storico assai risalente avesse trovato un certo margine di diffusione la prassi per cui il *pater familias* – impossibilitato a ricorrere alle forme testamentarie ordinarie¹³¹, ma intenzionato a disporre delle proprie sostanze per un momento successivo alla propria morte, che sentiva prossima – trasferiva *inter vivos* e con effetti immediati¹³², ad una persona di cui si fidava (*amicus*), tutti i propri beni, affinché costui, dopo la sua morte, seguendo le indicazioni ricevute, alienasse a sua volta e con autonomi atti dispositivi quanto ricevuto (Gai 2.102)¹³³.

Questo dovere, io credo, inizialmente non riceveva sanzione giuridica, ma si fondava soltanto sui legami di tipo sociale e amicale che univano il *mancipio dans* al terzo: del resto, l'alienante 'pregava' ('*rogabat*')¹³⁴ il *familiae emptor* di disporre in un certo modo il patrimonio trasferito¹³⁵.

¹³¹ Cfr. P. ARCÉS, *La rilevanza della componente fiduciaria nelle disposizioni 'mortis causa' nel diritto romano arcaico e classico*, in 'Fiducia', 'trust', affidamenti, cit., 137 s. Del resto, il *testamentum calatis comitiis*, svolgendosi avanti ai comizi centuriati, poteva perfezionarsi due volte l'anno, come ci dice lo stesso Gaio (Gai 2.101), mentre per far ricorso al *testamentum in procinctu* serviva un'occasione bellica.

¹³² La produzione immediata degli effetti mi sembra difficile da contestare rispetto ad una fase, come quella cui si è fatto cenno, in cui per *mancipatio familiae* deve intendersi una mera prassi, sganciata da qualsivoglia riconoscimento giuridico. Del tutto diverso il discorso per il momento in cui la *mancipatio familiae*, da strumento volto a far fronte ad una situazione 'emergenziale' (timore di morte imminente e tentativo estremo di distribuire i propri beni per un momento successivo), diviene una forma comune per disporre delle proprie sostanze dopo la dipartita dal mondo terreno: ipotesi rispetto alla quale è difficile immaginare un effetto traslativo immediato dell'intero patrimonio familiare (e quanto viene acquisito dal testatore in un momento successivo?). Non è possibile affrontare in questa sede il problema, che ha visto la dottrina dividersi: cfr., a proposito, F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 276 ss., con letteratura, la quale propende – al pari di S. PETRINI, '*Deducto usu fructu*', cit., 63 ss. – per l'effetto immediato; *contra*, tra gli altri, F. ZUCCOTTI, *Vivagni*. VIII, in *RDR*, VIII, 2008, 16.

¹³³ Cfr. P. ARCÉS, *La rilevanza*, cit., 136 ss.

¹³⁴ A. WALDE - J.B. HOFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*³, II, Heidelberg, 1954, 440, ma v. soprattutto F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 297; P. ARCÉS, *La rilevanza*, cit., 145 ss.

¹³⁵ Cfr. R. TRIFONE, voce *Fedecommesso (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1957, 189; F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 292 ss., secondo cui «per il tempo in cui il *negotium* era

Solo in un secondo momento una simile prassi, giusta l'intervento della giurisprudenza pontificale, trovò un riconoscimento di ordine giuridico (attuato ricorrendo all'espedito rappresentato dalla *nuncupatio* cui Gaio accenna)¹³⁶ e la figura del *familiae emptor* – cardine, inizialmente, dell'intera operazione – finì col passare sempre più in secondo piano, fino a divenire il mero simulacro di ciò che un tempo era stata. Si ammise infatti che il testatore potesse prendere parola in seno al rituale mancipatorio, onde conferire efficacia alle sue ultime volontà (tramite una cd. *nuncupatio testamenti*)¹³⁷ contenute in *tabulae testamenti* appositamente vergate e pubblicamente esibite durante la cerimonia (Gai 2.104)¹³⁸.

Ciò detto, il profilo che interessa evidenziare rispetto alla *mancipatio familiae* è il seguente: nei tempi più antichi della storia di Roma accadeva che il *pater familias* – di fronte ad un improvviso rischio di morte – trasferisse tutto il suo patrimonio ad un *amicus*, pregandolo, qualora avesse lasciato il mondo terreno, di distribuirlo secondo le sue indicazioni. Dopo una prima fase in cui l'obbligo del terzo si basava sulla *fides* e sui rapporti d'amicizia che legavano le parti – e la sanzione del mancato rispetto aveva un'incidenza 'sociale', ma non conduceva a conseguenze dal punto di vista giuridico¹³⁹ –, la giurisprudenza pontificale intervenne e, mediante il meccanismo della *nuncupatio*, fece in modo che la *mancipatio* avente ad oggetto *familia pecuniaque* determinasse effetti del tutto peculiari e differenti rispetto a quelli consueti del gesto librato, dando così il via a

sanzionato dalla *fides*, può quindi ipotizzarsi che, anche in questo caso, non spettasse alcuna azione nei confronti del *familiae emptor* per l'esecuzione delle 'preghiere' affidategli quanto alla sorte dei beni dopo la morte del cd. testatore, in quanto era la *fides* stessa che lo avrebbe vincolato a far avere quanto disposto dal *mancipio dans*-testatore nel testamento ai beneficiari dello stesso».

¹³⁶ In questo senso mi rassicura anche la testimonianza contenuta in Gell. 15.27.3: *Isdem comitiis, quae 'calata' appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus: unum, quod calatis comitiis in populi contione fieret, alterum in procinctu, cum viri ad proelium faciendum in aciem vocabantur, tertium per familiae emancipationem, cui aes et libra adhiberetur.*

¹³⁷ Questa 'variazione' del rituale mancipatorio giustifica, a mio avviso, il fatto che nelle fonti concernenti il *testamentum per aes et libram* del periodo classico (v. per tutti Tit. Ulp. 20.3; 20.9; 28.6) la *mancipatio familiae* risulti soltanto come una fase del relativo cerimoniale. Ciò non toglie verosimiglianza, tuttavia, alla proposta qui avanzata.

¹³⁸ Cfr. S. RANDAZZO, 'Leges mancipii', cit., 43 s.

¹³⁹ Non mi pare che ciò debba poi stupire molto. Ancora Cicerone è testimone di come, prima del riconoscimento giuridico dei fedecommissi, accadesse che il *de cuius* si affidasse ad un *amicus* per la consegna dei beni ereditari alle persone da lui indicate. Alludo alla vicenda narrata da Cic. *fin.* 2.19.55 e 58, su cui v. G. FINAZZI, 'Amicitia', cit., 834, secondo cui da una simile situazione – evidentemente non certo rara – «scaturiva soltanto un dovere morale, che discendeva dall'*amicitia* fra il defunto e la persona esortata a restituire i beni, la quale, per potervi adempiere, doveva essere stata istituita erede. L'amico poteva senz'altro scegliere se adempiere o meno alla richiesta del *de cuius*, subendo, ove non vi ottemperasse, una valutazione morale e sociale negativa (*ipse Epicurus fortasse redderet*), la quale non era esclusa dal fatto che, al momento della morte del *de cuius*, nessuno fosse a conoscenza della preghiera avente ad oggetto la restituzione».

quel processo evolutivo dell'istituto che porterà al *testamentum per aes et libram* e all'elaborazione delle altre forme testamentarie¹⁴⁰.

Così sintetizzati i tratti di quella che pare essere stata la *mancipatio familiae* più antica, è facile scorgere diversi punti di contatto con la *fiducia*: in special modo se si pensa a come essa ci è descritta da Boezio¹⁴¹.

6.2 *Alcune affinità tra 'mancipatio familiae' e 'fiducia'*

Il testo di Boezio cui si è poc'anzi fatto cenno (Boeth. *in Cic. top.* 4.10.41) è già stato riprodotto, ma non commentato, nelle prime battute della presente ricerca, allo scopo di chiarire come la *fiducia* si perfezionasse tramite *mancipatio*.

Ora il medesimo brano sarà oggetto di maggiori attenzioni: tuttavia, essendo ricavato dal commento che Boezio ha dedicato ai *Topica* di Cicerone¹⁴², occorre – sia pur succintamente – soffermarsi sul passaggio di quest'opera annotato dal filosofo vissuto a cavaliere tra il V e il VI secolo d.C.

Ebbene, nel brano di interesse Cicerone si sta occupando dell'*argumentum a similitudine* e in tale occasione, dopo aver specificato come '*sunt enim similitudines ex pluribus conlationibus perveniunt quo volunt*', prospetta un esempio che vede al centro l'ufficio di *procurator*¹⁴³, esprimendosi in questi termini:

Cic. *top.* 10.41: ... *Si tutor fidem praestare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam acceperit, debet etiam procurator ...*

¹⁴⁰ In quest'ordine di idee, da ultimo, P. ARCES, *La rilevanza*, 133 ss., con indicazione della letteratura. Diverso invece il punto di vista di F. TERRANOVA, *Il ruolo del 'familiae emptor' nel 'testamentum per aes et libram'*, in *'Fiducia', 'trusts', affidamenti*, cit., 239 ss., ove trovano spazio idee già in parte esposte in EAD., *Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta 'mancipatio familiae'*, in *AUPA*, LIII, 2009, 301 ss., nonché in EAD., *Ricerche*, 51 ss. (in cui afferma di raccogliere uno spunto fornitole da B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA*, XX, 1949, 418 ss.; ID., *Gli atti*, cit., 47 s.).

¹⁴¹ Al punto che non pochi autori hanno definito la *mancipatio familiae* una *mancipatio fiduciaria*, che avrebbe nel tempo acquistato una propria autonomia (cfr. M. AMELLOTTI, *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, Milano, 1953, 61), o comunque che hanno scorto in essa un'applicazione della *fiducia cum amico* (L. PEPPE, *La vastità*, cit., 31). Come si vedrà, tali ricostruzioni sono accettabili solo nella misura in cui si consideri l'aggettivo fiduciario in senso atecnico, volto ad inquadrare – come già visto rispetto alla *cöemptio* – null'altro che l'attitudine dell'alienante di attendersi un certo comportamento dall'accipiente. Negano l'identificazione anche F. TERRANOVA, *Ricerche*, cit., 297 ss.; F. BERTOLDI, *La 'fiducia cum amico'*, in *'Fides, fiducia, fidelitas'*, cit., 80, con argomentazioni per la verità non pienamente condivisibili.

¹⁴² Sull'opera in parola, nonché per informazioni biografiche relative a Boezio, cfr. E. STUMP, *Boethius's. In Ciceronis 'Topica'. Translated, with Notes and an Introduction*, Ithaca-London, 1988, 1 ss., ove ampio ragguaglio bibliografico.

¹⁴³ Sul significato, in questo contesto, del termine *procurator*, v. G. FINAZZI, *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'*. I. *Azione pretoria ed azione civile*, Napoli, 1999, 176 ss., ma cfr. anche l'originale ricostruzione di P. ANGELINI, *Il 'procurator'*, Milano, 1971, 87 (su cui si abbattono le critiche di A. BURDESE, *Recensione a P. ANGELINI, Il 'procurator'*, cit., in *Recensioni e commenti*, I, cit., 262 ss. [già in *SDHI*, XXXVII, 1971, 307 ss., sotto il titolo *Sul 'procurator' (a proposito del volume di Piero Angelini)*]).

Quanto l'Arpinate scrive è lineare: se si deve dimostrare che il *procurator* è tenuto a '*fidem praestare*' – evidentemente, nel 44 d.C. (anno in cui l'opera è stata composta), ancora si discuteva in ordine all'estensione dei doveri cui era tenuto il *procurator*, se non anche in relazione alla tutela¹⁴⁴ cui poteva accedere il *dominus* in caso di insoddisfazione circa la gestione dell'affare svolta da costui¹⁴⁵ –, allora è utile giovare del confronto con quelle ipotesi che sono per certi versi analoghe (giacché «caratterizzate dall'ingerenza di un soggetto nella sfera patrimoniale di uno o più altri soggetti», scrive Giovanni Finazzi¹⁴⁶) e rispetto alle quali il dovere in parola è senz'altro riconosciuto dall'ordinamento. Tra queste, Cicerone menziona il *socius*, il mandatario, nonché colui '*qui fiduciam acceperit*'.

Senonché, al tempo di Boezio, la *fiducia* era un istituto ormai caduto in desuetudine e (pressoché) dimenticato: da qui l'esigenza di dedicarvi un cenno (circa la *societas* o il *mandatum*, infatti, nulla egli dice). Boezio, attingendo con ogni probabilità da qualche fonte tecnica – ma non necessariamente dalle *Institutiones* di Gaio¹⁴⁷ –, ha fornito una descrizione della *fiducia* che, se si considera la fisionomia dell'istituto in età classica, appare vistosamente incompleta.

Per comodità di lettura, riproduco nuovamente il passo, facendovi seguire una parafrasi letterale:

Boeth. in Cic. top. 4.10.41: *Fiduciam accepit, cuiuscumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet; velut si quis dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit, reddat. Haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur.*

Boezio spiega che '*fiduciam accepit*' – riprende qui la medesima espressione utilizzata da Cicerone (che ha certamente una sua valenza tecnica)¹⁴⁸ – chiunque

¹⁴⁴ Cfr. F. SERRAO, *Il 'procurator'*, Milano, 1947, 8.

¹⁴⁵ Sulla questione, cfr. A. CENDRELLI, *In tema di origini e sviluppo delle 'actiones negotiorum gestororum'*, in *Scritti romanistici*, Milano, 2011, 466 ss. (già in *Studi in memoria di G. Impallomeni*, Milano, 1999, 85 ss.); G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., 172 ss., che invero non ha dubbi – anche sulla scorta di Cic. top. 17.66, su cui v. *infra* – nell'affermare che Cicerone ha in mente l'*actio negotiorum gestororum* di buona fede (*in ius concepta*); similmente F. BRIGUGLIO, *Studi sul 'procurator'*, Milano, 2007, 17 ss. Di diverso avviso P. ANGELINI, *Il 'procurator'*, cit., 96 ss. (su cui v. A. BURDESE, *Recensione a P. ANGELINI, Il 'procurator'*, cit., 281).

¹⁴⁶ G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., 172.

¹⁴⁷ P. HECK, *Die 'fiducia cum amico contracta', ein Pfandgeschäft mit Salmann*, in *ZSS*, X, 1889, 82 ss. e 114 ss., ritiene una parafrasi del testo di Gaio: contro questa tesi, cfr. P. OERTMANN, *Die 'fiducia'*, cit., 146 ss.; A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 135, nt. 2; TH. NIEMEYER, '*Fiducia cum amico und 'depositum'*', in *ZSS*, XII, 1892, 317 ss.; C. FERRINI, *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*, in *Opere*. III. *Studi vari di diritto romano e moderno (sulle obbligazioni, sul negozio giuridico, sulle presunzioni)*, Milano, 1929, 87.

¹⁴⁸ Del resto torna anche in Cic. *Flacc.* 21.51, e tracce sembrano potersi scorgere in alcuni testi del Digesto che in origine pare si riferissero alla *fiducia*.

riceva un bene tramite *mancipatio* affinché lo restituisca al *mancipio dans*, come nel caso di quel soggetto che, in tempi per lui dubbi e pericolosi, trasferisca un proprio fondo ad un *amicus potentior*, dimodoché questi glielo renda una volta superate le difficoltà. In simile ipotesi – aggiunge Boezio – la *mancipatio* è detta *fiduciaria*, in quanto l'obbligo della *restitutio* trova fondamento nella *fides*.

Sono molteplici i dettagli che nel brano dell'erudito destano sorpresa. In primo luogo, manca ogni riferimento all'*in iure cessio* come modalità di perfezionamento della *fiducia*, sebbene si trattasse di un mezzo certamente a disposizione delle parti¹⁴⁹. Biscardi, seguito da Zannini e Bellocchi, così scrive a riguardo: «Boezio parla della *fiducia* commentando i *Topica* di Cicerone, a lui basta di richiamare cos'era in quella sede la *fiducia*, poiché probabilmente il testo ciceroniano parlava di un caso di *fiducia* avvenuto con la *mancipatio*»¹⁵⁰. Si è visto, tuttavia, quale sia il tratto ciceroniano commentato da Boezio e nulla in ordine al mezzo adottato per perfezionare la *fiducia* di cui l'Arpinate parla si può da esso inferire, giusta la presenza di un generico '*fiduciam acceperit*'.

In secondo luogo, Boezio ricorda soltanto la *fiducia* attuata per dare maggior sicurezza ai beni trasferiti, mentre nulla dice circa le altre funzioni che potevano assolversi mediante tale operazione negoziale: anche a voler soltanto tenere in considerazione, quale elemento di confronto, il Gaio istituzionale (Gai 2.59-60), il filosofo non fa nessun cenno alla *fiducia* a scopo di garanzia, nonostante la diffusione che incontrava in epoca classica e, soprattutto, atteso che pure questa figura non si poneva in contrasto con la definizione da lui stesso scolpita in apertura del brano in commento, secondo cui '*fiduciam accepit, cuiuscumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet*'. Pure nella *fiducia cum creditore*, infatti, l'esito 'naturale' dell'operazione è la *remancipatio* della *res* al fiduciante¹⁵¹, una volta che questi abbia adempiuto il debito garantito.

¹⁴⁹ Oltre a Gai 2.59; 3.201; Isid. *orig.* 5.25.23, anche due testi del Digesto, riconducibili (invero il secondo non senza alcune difficoltà) alla materia fiduciaria celano un perfezionamento della *fiducia* tramite *in iure cessio*: si tratta di Pap. 7 *resp.* D. 33.10.9.2 e 13 *resp.* 39.6.42 pr. (su quest'ultimo, tormentatissimo, frammento, v. *infra*, cap. IV par. 1). A partire da D. 39.6.42 pr., ma anche sulla scorta di Gai 2.25 (che ci informa di come ai suoi tempi la *mancipatio* venisse di gran lunga preferita all'*in iure cessio*), e valorizzando il dato per cui non ci sono giunte testimonianze epigrafiche che riguardino trasferimenti fiduciari attuati mediante *in iure cessio*, W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 13 ss., suppone che al tempo di Gaio tale atto di alienazione non venisse più utilizzato per tale scopo. Senonché, è facile ribattere che il brano di Boezio poco prova, per le ragioni che si vedranno tra poco (ma anche perché è un testo molto tardo); che l'appunto di Gaio indica soltanto un elemento statistico, ma nulla di più; che, infine, non sorprende poi molto la mancanza di materiale epigrafico che attesta di *in iure cessiones* fiduciarie, atteso che un simile supporto probatorio non era necessario, trattandosi di un'operazione che si svolgeva avanti a un magistrato. Contro l'Erbe, v. anche P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 15 ss.

¹⁵⁰ A. BISCARDI, *Appunti*, cit., 28; P. ZANNINI, *Spunti critici per una storia del 'commodatum'*, Milano, 1983, 19, nt. 15; N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 44

¹⁵¹ *Contra* G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 191, secondo cui Boezio, rispetto alla figura della *fiducia cum creditore*, «meno bene che nell'altro caso vi scorgeva la corrispondenza alla definizione

Si potrebbe invero obiettare che Boezio, intenzionato soltanto a chiarire quanto scritto da Cicerone, si sia limitato a prendere in considerazione l'ipotesi di *fiducia* più 'simile' al *mandatum*, alla *societas* o all'attività del *procurator*, giacché in essa era più evidente l'aspetto gestionale attuato nell'interesse altrui. Ma pur ammettendo ciò, stupisce che l'erudito non dica nulla circa l'*actio fiduciae*, tenuto conto che è proprio intorno all'aspetto processuale che, come rilevato dalla dottrina più avveduta, ruota la riflessione dell'Arpinate. Boezio, invece, parla solo di *fides* (a cui si collega il '*fidem praestare*' del tratto ciceroniano corrispondente), che si innesta nella *mancipatio* rendendola *fiduciaria* e che risulta costituire il fondamento della *restitutio* del *mancipio accipiens*. In questa prospettiva, è da sottolineare altresì l'indicazione che il fiduciario non è una persona qualsiasi, ma è un *amicus* – per di più *potentior*¹⁵² – del fiduciante: si rammenti (ma lo si vedrà meglio nel capitolo VI) che l'*amicitia* a Roma non era un rapporto basato soltanto su un legame di affetto o sulla condivisione di interessi e passioni, ma portava con sé una vasta serie di doveri, la cui sanzione eminentemente sociale non li rendeva affatto meno cogenti per coloro che erano tenuti a darvi seguito.

Tutti questi elementi mi fanno invero pensare che Boezio non si stia né riferendo alla *fiducia* d'età classica, come è stato autorevolmente sostenuto¹⁵³, né a quella dei tempi di Cicerone – che potrebbe apparire l'opzione in effetti più probabile¹⁵⁴ –, ma stia anzi descrivendo una figura di *fiducia* in cui vi sono tracce della sua fisionomia in un'epoca ancor più risalente¹⁵⁵, in cui a tale operazione non era riservato un trattamento giuridico specifico o, in qualche modo, differenziato rispetto alla semplice *mancipatio*¹⁵⁶.

Gli effetti della *mancipatio* di cui parla il filosofo mi sembrano essere quelli consueti: a mutare, nella vicenda che egli descrive, è lo scopo che muove

ed all'obbligo di *remancipare* su cui questa poggiava»: ma non mi sembra un'affermazione sostenibile, giacché l'unica differenza che sussiste tra le due ipotesi concerne il pagamento del debito garantito, un elemento esterno (seppur presupposto) rispetto al negozio fiduciario, che condiziona l'esigibilità dell'obbligo di restituzione, ma non la sua esistenza. Al pari della richiesta di restituzione nell'ambito di un rapporto di *fiducia* a scopo di deposito, come si vedrà nel prossimo capitolo.

¹⁵² Per V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 308, nt. 1, «l'espressione *potentior* ... farebbe pensare ai rapporti di *patrocinium* soliti a costituirsi durante la crisi economica del Basso Impero; ma è probabile che Boezio abbia riferito con parole meglio rispondenti ai tempi suoi notizie relative all'epoca delle guerre civili».

¹⁵³ Cfr. G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 190.

¹⁵⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1994, 308, nt. 1; N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 45

¹⁵⁵ *Contra* G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 191.

¹⁵⁶ Per completezza, va ricordata anche l'opinione di P. HECK, *Die 'fiducia cum amico contracta'*, cit., 146, il quale invero si muove nella convinzione che la *fiducia* assolvesse solamente ad uno scopo di garanzia: secondo lo studioso, Boezio conosceva esclusivamente il testo gaiano, che finì con il parafrasare male. In generale, contro la tesi dello Heck, cfr. P. OERTMANN, *Die 'fiducia'*, cit., 146 ss.; A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 135, nt. 2; TH. NIEMEYER, '*Fiducia cum amico*', cit., 298 ss.; H. GÖPPERT, *Zur 'fiducia cum amico contracta'*, in *ZSS*, XIII, 1892, 317 ss.

l'alienante¹⁵⁷, giacché il trasferimento era finalizzato a superare un momento di difficoltà e a concludersi con la restituzione delle cose trasferite, ma non si tratta, mi pare, di un dovere giuridicamente protetto (mai si accenna ad obblighi in tal senso), fondandosi (soltanto) sulla *fides* – come scrive Boezio – e sul rapporto di *amicitia* che legava le parti, in cui si innestava la *mancipatio*. Una *fides* che rendeva la *mancipatio* sì *fiduciaria*, ma nel senso che era posta in essere da un soggetto che attendeva un certo contegno da parte dell'accipiente.

Resta da spiegare il perché di questa scelta da parte di Boezio: trovo difficile credere che costui non avesse potuto consultare testi giuridici che serbassero memoria di quell'istituto e, dunque, avesse riportato una definizione che si è visto presentare alcune lacune¹⁵⁸. Più probabile appare invece che questi, propenso a sottolineare l'importanza della *fides* nel trasferimento fiduciario, non potendo rifarsi al tenore della formula dell'*actio fiduciae* – che, a differenza dell'*actio mandati* o dell'*actio pro socio* non contiene la clausola *ex fide bona*, bensì il noto adagio '*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*' (Cic. off. 3.17.70)¹⁵⁹ –, e nemmeno agli altri possibili rimedi riconosciuti al fiduciante per far valere le proprie pretese¹⁶⁰, abbia preferito gettare lo sguardo più indietro nel tempo, proprio quando i trasferimenti fiduciari non ricevevano ancora una protezione specifica da parte dell'ordinamento.

Leggendo in questo modo il testo di Boezio, si scorgono molteplici punti di contatto tra la *mancipatio familiae* ricordata da Gaio (in 2.102), che pare corrispondere ad una mera prassi anch'essa (un tempo) sguarnita di protezione giuridica, e la *mancipatio fiduciaria* delle origini, fondata solo sulla *fides* e sull'*amicitia*.

Viene altrettanto facile, a questo punto, ipotizzare che lo sviluppo di entrambe sia avvenuto in un certo qual modo parallelamente, con la giurisprudenza pontificale che avrebbe elaborato apposite *nuncupationes* per prendere atto di due abitudini sempre più diffuse, ma ancora carenti circa la protezione giuridica accordata alle parti: e se da un lato, per la *mancipatio familiae* vi è un altissimo grado di probabilità che sia andata così – giusta la testimonianza esplicita di Gaio, che parla come ricordato di *nuncupatio* –, per la *mancipatio fiduciaria*, rispetto alla quale le fonti tacciono, sembra almeno verosimile.

¹⁵⁷ Questa prospettiva era già stata valorizzata da N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 55, ma i risultati che la studiosa trae da una simile constatazione mi paiono inaccettabili.

¹⁵⁸ Cfr. S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio II*, in *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli, 1972, 371 ss. (già in *Per il XIV centenario delle Pandette e del Codice di Giustiniano*, Pavia, 1933, 293 ss.).

¹⁵⁹ Cfr. *infra*, cap. VI, par. 7.

¹⁶⁰ Cfr., anche sotto questo profilo, quanto si dirà al cap. VI, par. 8.

Ed in effetti, il sintagma *'fidei fiduciae causa'* di cui le fonti epigrafiche conservano memoria¹⁶¹, per tutte le ragioni esposte sinora, ha proprio l'aria di avere i caratteri delle *nuncupationes*, ben potendosi inserire nella formula pronunciata dall'accipiente durante il cerimoniale mancipatorio¹⁶².

Ma se così fosse stato, come sembra essere, quali effetti determinava la recitazione di essa durante la *mancipatio*?

Le fonti, ancora una volta, nulla dicono espressamente, ma credo vi sia spazio per avanzare alcune ipotesi, di cui si tenterà di dimostrare la bontà nel corso dello sviluppo di questo lavoro.

6.3 Un'ipotesi di lavoro circa i possibili effetti della *'nuncupatio'* fiduciaria

Si è detto che le *nuncupationes*, in quanto creazioni della giurisprudenza pontificale, andavano ad incidere direttamente sugli effetti stessi della *mancipatio* e presentavano una valenza tale da far sì che detti effetti potessero irradiarsi anche al di fuori della relazione tra le parti: e ciò, senza che rilevasse la sussistenza di una effettiva volontà in chi aveva recitato la *nuncupatio* stessa.

Del pari, si è segnalato come il sintagma *'fidei fiduciae causa'* individuasse – pur nella sua concisione – lo scopo stesso della *mancipatio fiduciaria*¹⁶³: l'affidare provvisoriamente sé stessi e le proprie cose ad un altro soggetto, confidando che costui tenesse un determinato comportamento.

Mettendo insieme questi due dati, si potrebbe ipotizzare allora che la torsione funzionale della *mancipatio* attuata *'fidei fiduciae causa'* avvenisse indipendentemente dalla volontà specifica dei soggetti coinvolti; che dal compimento di tale negozio, arricchito da suddetta clausola, si sviluppassero effetti peculiari in ordine al rapporto delle parti rispetto alla *res*, anche con riguardo ai terzi, volti a realizzare il naturale esito dell'operazione stessa, ossia il ritorno del bene alienato nel patrimonio del *mancipio dans*.

¹⁶¹ Si rammenti che sovente nella prassi documentale di ambito giuridico gli arcaismi o le cd. (non a caso) formule di rito vengono conservati anche quando sono privi di valore o, comunque, risultano superflui: sicché, in questo senso, la presenza della formula in parola nei documenti della prassi ha un peso davvero notevole per ciò che si va dicendo.

¹⁶² V. anche quanto si dirà, con riguardo all'*in iure cessio*, nel successivo par. 8 del presente capitolo, ma sin d'ora cfr. A. BURDESE, *Recensione* a N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 437, il quale è convinto che il sintagma *'fidei fiduciae causa'* sia «una clausola arcaicizzante ..., presumibilmente da inserirsi ... nella *nuncupatio* pronunciata dal *mancipio accipiens*».

¹⁶³ Cfr. A. BURDESE, *Recensione* a N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 433, secondo cui «la clausola *fidei fiduciae causa* eventualmente inserita nel rituale della *mancipatio* non è vero si presenti in sé quale condizione risolutiva o termine o *modus*, e come tale incompatibile con la natura di *actus legitimus* della *mancipatio* ..., quanto piuttosto come indicativa della *causa* negoziale che fonda l'obbligo fiduciario essenzialmente diretto al ritrasferimento dell'oggetto della *fiducia*».

Nel prosieguo dell'indagine, si cercherà di capire se questa ricostruzione trovi conferma nelle fonti, ovvero se essa vada rivista, corretta o esclusa radicalmente.

7 *'Leges mancipii' e 'pacta' nella 'fiducia'*

Quand'anche ciò che si detto in ordine ad una possibile *nuncupatio* fiduciaria corrispondesse al vero, rimane da spiegare perché (o meglio come) potessero assumere rilevanza giuridica – e di questo è impossibile dubitare – anche altre pattuizioni (talvolta definite *leges*) che le fonti accostano alla *fiducia*: e ciò, pure accedendo alla tesi più restrittiva per cui vi era *fiducia* soltanto se il trasferimento era effettuato a scopo di deposito o di garanzia, giacché proprio con riferimento alla cd. *fiducia cum creditore* vi sono numerose testimonianze (anche epigrafiche) che alludono, ad esempio, a *pacta conventa* aggiunti a tale operazione negoziale.

È tutt'altro che arduo, però, superare una simile obiezione: basti rammentare quanto detto poc'anzi in ordine al regime delle dichiarazioni accessorie alla *mancipatio* diverse dalle *nuncupationes*.

Attraverso la riflessione della giurisprudenza laica, si ammise che le parti accludessero a operazioni di alienazione – attuate mediante l'atto solenne in parola – clausole dal contenuto più vario: dapprima si trattava di una sorta di schemi tipici, formali anch'essi e rilevanti per via del versetto decemvirale di cui Tab. 6.1¹⁶⁴, ma non con l'efficacia più ampia propria delle *nuncupationes*; di poi, si ammise una maggior libertà delle parti, che potevano servirsi di *pacta* conclusi unitamente alla *mancipatio* – così da non violare la regola per cui *ex nudo pacto non oritur actio*¹⁶⁵ – onde regolare gli assetti d'interesse più disparati¹⁶⁶.

Per vero – ed ecco la seconda linea entro cui si muoverà la ricerca – sono convinto che attraverso *leges* e *pacta*, unitamente all'intervento giurisprudenziale, la *fiducia* nuncupativa dei tempi più antichi abbia ampliato i propri orizzonti funzionali, squarciando in un certo modo gli angusti limiti formali entro cui si muoveva inizialmente: è in questo modo che, a mio avviso, si spiega la possibilità di sfruttare la *fiducia* per scopi assai differenti da quelli primigeni, che si limitavano ad un trasferimento connesso alla restituzione¹⁶⁷.

Alludo, per un verso, alla cd. *fiducia manumissionis causa*, la cui struttura è una *mancipatio* a cui viene apposta una *lex ut manumittatur*; per un altro verso, mi riferisco agli usi della *fiducia* per perfezionare donazioni *mortis causa*: ipotesi che, a mio modo di vedere, segnano il trionfo della dimensione pattizia in ambito

¹⁶⁴ A. BURDESE, *Recensione* a N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 436.

¹⁶⁵ Cfr. P. LAMBRINI, *Il negozio*, cit., 40.

¹⁶⁶ R. FERCIA, *'Fiduciam contrahere'*, cit., 209 s.

¹⁶⁷ Cfr. A. BURDESE, *Recensione* a N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 433.

fiduciario. In questa ottica di apertura progressiva un ruolo fondamentale deve averlo svolto ovviamente l'*actio fiduciae*, strumento duttile, volto a sanzionare obblighi complessi in capo al fiduciario, come meglio si vedrà nel cap. VI.

I successivi capitoli saranno dedicati ad illustrare questi fenomeni, onde rintracciare i processi evolutivi della riflessione giurisprudenziale che hanno condotto alla loro maturazione.

Si tratta, quasi superfluo è notarlo, di ipotesi che tradizionalmente rientrano in quella che la dottrina è solita definire *fiducia cum amico*. È un punto di vista che non mi pare però del tutto soddisfacente, giacché appiattisce ipotesi e fattispecie assai diverse tra loro, che peraltro incontravano, come si vedrà, una disciplina giuridica in più punti differente.

Rimane invece al di fuori dell'indagine l'ipotesi di *fiducia cum creditore*, che si pone in un certo qual modo trasversalmente alle 'distinzioni' che sono state tracciate poc'anzi: studiarla, in rapporto alle altre ipotesi, avrebbe naturalmente prodotto risultati importanti. Tuttavia, i limiti della presente indagine non permettono di svolgere un simile approfondimento.

8 Da obiezione a conferma: l'*in iure cessio*' fiduciaria

L'intera ricostruzione poc'anzi tratteggiata circa la struttura e i modi di costituzione della *fiducia* potrebbe vacillare di fronte ad una obiezione apparentemente insuperabile: si potrebbe infatti dire che, sia pur ammettendo che quanto detto circa il carattere nuncupativo del sintagma *fidi fiduciae causa* corrisponda al vero, non è possibile estendere le considerazioni appena svolte al di fuori della liturgia mancipatoria.

Sicché, come giustificare l'uso dell'*in iure cessio* per il perfezionamento della *fiducia*, atteso che si tratta dell'applicazione a scopo negoziale di un rito processuale vindicatorio (il più antico noto all'ordinamento romano, ossia la *legis actio sacramento in rem*)¹⁶⁸? Atto, peraltro, che non è ricordato nel versetto decemvirale festino (Tab. 6.1), e rispetto al quale non abbiamo notizie di *leges* o *pacta* conclusi *in continentis*.

Io credo, però, che una soluzione possa essere individuata: anzi, questa – come si vedrà – mi pare suffraghi quanto scritto poc'anzi circa il carattere nuncupativo del sintagma '*fidi fiduciae causa*'.

¹⁶⁸ Su di essa, v. G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*. I. *Le 'legis actiones'*, Roma, 1962, 37 ss.; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*. I. *Le 'legis actiones'*, Torino, 1980, 13 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*. I. *Le origini*, Catania, 1980, 98 ss.; M. KASER, *Zur 'legis actio sacramento in rem'*, in *ZSS, CIV*, 1987, 56 ss.; M. TALAMANCA, voce *Processo civile (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 13 ss.; M. MARRONE, voce *Rivendicazione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 1 ss.; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, 89 ss., con ulteriore letteratura.

Per fornirla, tuttavia, vale la pena di spendere alcune parole intorno all'*in iure cessio*.

L'*in iure cessio*, come detto, è l'adattamento per finalità negoziali dell'*agere sacramento in rem*¹⁶⁹, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale¹⁷⁰, che si può ritenere consolidata in un momento che precede – se si presta fede a Vat. Fragn. 50 – la redazione delle XII Tavole (le quali avrebbero dunque solamente confermato tale approdo¹⁷¹).

Mediante l'*in iure cessio* era possibile trasferire la titolarità di *res Mancipi et nec Mancipi*¹⁷², nonché costituire o estinguere diritti reali parziari, oltre a trasmettere situazioni giuridicamente complesse, quali la *tutela legitima* o l'*hereditas*¹⁷³.

Ancora una volta, la fonte di cognizione principale in materia è costituita dalle *Institutiones* di Gaio, ove è descritta l'*in iure cessio* di uno schiavo.

Gai 2.24: *In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, veluti praetorem, is cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur. Hoc fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum.*

In epoca classica, dunque, questo procedimento si svolgeva dinnanzi al tribunale del magistrato ('*in iure*'), che poteva essere il pretore, a Roma, o un *praeses*, nelle provincie dell'Impero. L'acquirente, poggiata la propria mano sulla

¹⁶⁹ Di 'ein nachgeformtes Rechtsgeschäft' parla M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 48; v. anche ID., *Das altrömische 'Ius'. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, 104 ss.; J.G. WOLF, *La 'in iure cessio'. Considerazioni su un negozio giuridico arcaico*, in *Iura*, LXI, 2013, 10 s., che molto cautamente ipotizza anche una possibile linea di sviluppo alternativa, legata ad un «processo autonomo rispetto alla *legis actio sacramento in rem*», seppur di esso non serbino tracce le fonti, in parte peraltro rivedendo alcuni convincimenti già espressi in ID., *Die 'manumissio vindicta' und der Freiheitsprozeß. Ein Rekonstruktionsversuch*, in *'Libertas'. Grundrechtliche und rechtsstaatliche Gewährungen in Antike und Gegenwart*, a cura di O Behrends e M. Diesselhorst, Ebelsbach, 1991, 87 ss. D'altronde, lo stesso Gaio, verso la fine di 2.24, si riferisce a tale negozio chiamandolo *legis actio* ('*idque legis actio vocatur*'): cfr. C.A. CANNATA, *'Qui prior vindicaverat'*, cit., 86.

¹⁷⁰ Cfr. C.A. CANNATA, *'Qui prior vindicaverat'*, cit., 87 e nt. 19; J.G. WOLF, *La 'in iure cessio'*, cit., 10.

¹⁷¹ C. GIOFFREDI, *Diritto*, cit., 270 s.; L. FRANCHINI, *Alle origini*, cit., 228, nt. 200, per la letteratura.

¹⁷² Tit. Ulp. 19.9.

¹⁷³ Cfr. H.J. WOLFF, *The 'Constitutive' Effect of 'in iure cessio'*, in *Tulane Law Review*, XXXIII, 1959, 525. Sarebbe sorta quale forma di *in iure cessio* pure la *manumissio vindicta*: cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 93, nonché S. TONDO, *Aspetti*, cit., 83, a mente del quale «la *manumission vindicta* va inserita nel medesimo processo storico delle ulteriori ipotesi di vindicazioni giudiziali che sono in seguito confluite nella figura generale della *in iure cessio*» (a tale opera si rinvia anche in ordine alla valenza simbolica, connessa ancora una volta alla *manus*, dei gesti che contraddistinguevano tale atto di affrancamento).

cosa ('*rem tenens*'), affermava di essere titolare *ex iure Quiritium* della stessa, pronunciando la formula '*hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*'. Dopodiché, il magistrato chiedeva all'alienante di prendere posizione a riguardo (e, in particolare, '*an contra vindicet*'): se quest'ultimo negava di essere proprietario del bene, ovvero taceva, il magistrato pronunciava l'*addictio* della *res* a favore del cessionario (aderendo, secondo Joseph Gorg Wolf¹⁷⁴, all'asserzione circa il diritto di proprietà fatta dall'acquirente).

Soltanto alcuni degli elementi della *legis actio sacramento in rem* sono stati mantenuti nell'*in iure cessio*: tra questi, lo svolgersi del procedimento avanti a un magistrato, l'apprensione manuale della *res* e, soprattutto, la pronuncia di una formula (Gai 2.24) che ricalca non solo la prima parte di quella del rito vindicatorio (Gai 4.16) ma anche la prima parte di quella che è tenuto a pronunciare il *mancipio accipiens* nella *mancipatio* (Gai 1.119).

È significativo accostare i due brani relativi alla formula della *mancipatio* e alla formula nell'*in iure cessio*

Gai 1.119: ... HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA ...

Gai 2.24: ... HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO ...

Per completezza, ecco invece il tenore delle parole da pronunciarsi nella *legis actio sacramento in rem*:

Gai 4.16: ... HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO SECUNDVM SUAM CAUSAM; SICUT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSUI ...

Orbene, lasciando sullo sfondo quest'ultimo passo, è la coincidenza tra gli altri due che rileva per quanto si sta dicendo: visto che, nella *mancipatio*, le *nuncupationes* trovano spazio proprio in quella formula – probabilmente alla fine della medesima –, lo stesso può validamente ipotizzarsi accadesse nell'*in iure*

¹⁷⁴ Così J.G. WOLF, *La 'in iure cessio'*, cit., 9, che valorizza quel passaggio dell'epitome di Paolo Diacono al *De verborum significatu* festino secondo cui '*addicere est proprie idem dicere et adprobare dicendo*': si tratta di Paul.-Fest. voce '*Addicere*' (Lindsay 12). In tema v. H.J. WOLFF, *The 'Constitutive' Effect*, cit., 525 ss.; M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 92; K. HACKL, *Der Sakramentsprozeß über Herrschaftsrechte und die 'in iure cessio'*, in *ZSS, CVI*, 1989, 174 ss.; A. CORBINO, *La struttura della dichiarazione di acquisto nella 'mancipatio' e nella 'in iure cessio'*, in *'Collatio Iuris Romani'. Études dédiées à H. Ankum à l'occasion de son 65^e anniversaire*, I, Amsterdam, 1995, 83 ss.; più in generale sull'*addicere*, cfr., anche per la bibliografia, i recenti lavori di C. PELLOSO, '*Giudicare*' e '*decidere*' in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di Tab. 1.8, in *Il giudice privato*, I, cit., 117 s. e nt. 106; G. NICOSIA, *Il processo privato romano. III. Nascita ed evoluzione della 'iurisdictio'*, Catania, 2012, 126 ss.; M. FALCON, '*Praetor impius*': '*ius dicere*' nei '*dies nefasti*', in *Religione e diritto romano. La cogenza del rito*, a cura di S. Randazzo, Lecce, 2014, 197 ss.; L. FRANCHINI, *Il giudicato in rapporto alle formalità di rito (a proposito della struttura dell'obligatio iudicati)*, in '*Res iudicata*', a cura di L. Garofalo, I, Napoli, 2015, 138 ss.

cessio. In questo modo si spiega come potesse utilizzarsi tale procedura per costituire rapporti fiduciari: difficoltà che la dottrina più attenta ha correttamente segnalato¹⁷⁵. Bastava aggiungere, avanti al magistrato, a tali parole il sintagma '*fidei fiduciae causa*'.

Sebbene ci si stia muovendo in un campo altamente congetturale, mi pare che la verosimiglianza di questa ricostruzione emerga osservando il seguente testo di Paolo – escerpito dal secondo dei suoi *libri III manualium* – giuntoci tramite i *Fragmenta Vaticana*.

Vat. Fragm. 50 (Paul. 2 *man.*): *In mancipatione vel in iure cessione an deduci possit vel ex tempore vel ad tempus vel ex condicione vel ad condicionem, dubium est; quemadmodum si is, cui in iure ceditur, dicit: 'AIO HUNC FUNDUM MEUM ESSE DEDUCTO USU FRUCTU EX KAL. IAN' vel 'DEDUCTO USU FRUCTU USQUE AD KAL. IAN. DECIMAS', vel 'AIO HUNC FUNDUM MEUM ESSE DEDUCTO USU FRUCTU, SI NAVIS EX ASIA VENERIT'; item in mancipatione: 'EMPTUS MIHI ESTO PRETIO, DEDUCTO USU FRUCTU EX KAL. ILLIS' vel 'USQUE AD KAL. ILLAS'; et eadem sunt in condicione. Pomponius igitur putat non posse ad certum tempus deduci nec per in iure cessionem nec per mancipationem, sed tantum transferri ipsum posse. ego didici et deduci ad tempus posse, quia et mancipationem et in iure cessionem Lex XII tabularum confirmat. num quid ergo et ex tempore et condicione deduci possit? sequitur et legatum deduci ad certum tempus posse.*

Il dubbio su cui si appunta l'attenzione del giurista severiano nel passo concerne la possibilità di costituire, tramite *deductio*, un usufrutto sottoposto a termine iniziale (*ex tempore*) o finale (*ad tempus*), ovvero a condizione anch'essa iniziale (*ex condicione*) o finale (*ad condicionem*).

Il quesito viene risolto da Paolo, a quanto si ricava dal frammento pervenutoci, solo in parte, giacchè egli ammette la costituzione dell'usufrutto *ad tempus* – sia pur contro l'opinione di Pomponio – anche tramite *deductio* (d'altronde era possibile se oggetto di legato¹⁷⁶), ma nulla aggiunge circa il termine iniziale o la condizione (tanto iniziale, quanto finale)¹⁷⁷.

Ma non è questa disputa che qui interessa approfondire, bensì il fatto che una sicura *nuncupatio*, quale è la *deductio usu fructus*, potesse rilevare anche nell'ambito di una *in iure cessio* e, inoltre, che essa fosse inserita proprio nella formula solenne che il cessionario (in maniera analoga al *mancipio accipiens*) era tenuto a pronunciare.

¹⁷⁵ P. LAMBRINI, *Il negozio*, cit., 43, nt. 33, secondo cui «non ci si nasconde la difficoltà di spiegare come potesse essere indicata la causa nella *in iure cessio*».

¹⁷⁶ Ulp. 15 *ad Sab.* D. 36.2.2; 17 *ad Sab.* D. 7.3.1.3; 7.4.1.1 (= Vat. Fragm. 62).

¹⁷⁷ Cfr., per una recente lettura del frammento, corredata dalla citazione e discussione della dottrina precedente, S. PETRINI, '*Deducto usu fructu*', cit., 93 ss.

Dal frammento riprodotto peraltro si evince che tale *nuncupatio* non può, almeno secondo Paolo, mutare gli effetti determinati in base agli scopi voluti dalle parti.

Dal testo riportato si ricava una duplice conferma di quanto si va dicendo: per un verso, infatti, tracciando un parallelismo tra *deductio usufructus* e *fiducia*, in relazione ai rispettivi modi di costituzione, esce rafforzata l'idea per cui anche la *fiducia* si costituisse attraverso una *nuncupatio* (ravvisata nel sintagma *fidi fiduciae causa*); per un altro verso si è scorto su quale base anche l'*in iure cessio* potesse condurre alla creazione di un rapporto fiduciario, quantomeno nelle prime fasi del suo sviluppo.

9 *La 'traditio' come atto costitutivo della 'fiducia' e il venir meno dei negozi solenni di trasferimento della proprietà: altre due (possibili) conferme della ricostruzione avanzata*

Vi sono altri due aspetti che meritano di essere presi in considerazione in relazione agli elementi strutturali della *fiducia*: il primo riguarda la possibilità di perfezionare tale negozio mediante semplice *traditio*; il secondo concerne la scomparsa in età postclassica di tale operazione, unitamente al venire meno dei negozi solenni di alienazione quali appunto la *mancipatio* e la *in iure cessio*.

Dalla disamina di ambedue tali profili si avranno ulteriori conferme, ad avviso di chi scrive, circa la bontà della ricostruzione appena prospettata.

9.1 *'Traditio' e 'fiducia'*

Da nessuna fonte ci giunge notizia che la *fiducia* potesse perfezionarsi soltanto mediante *traditio*.

Il che, se per le *res Mancipi* può anche facilmente comprendersi – giacché la loro semplice consegna non ha mai, sino all'epoca tarda avanzata, comportato alcun effetto traslativo del diritto dominicale (potendo semmai far acquisire la *possessio ad usucapionem*) –, per le *res nec Mancipi* è più difficile intravedere una ragione. Certo, si potrebbe affermare che rispetto ai beni appartenenti a quest'ultima categoria, per via del loro minor valore, non sorgesse alcuna esigenza di 'protezione' in presenza di tempi difficili, attuata mediante alienazione tesa alla restituzione, ovvero che essi non fossero in grado di assicurare il creditore circa l'adempimento di un debito contratto.

Ma se è pur vero che Gaio definisce (sia pur non nella relativa *sedes materiae*) le *res Mancipi* come *pretiosiores*, ossia di maggior pregio rispetto a tutte le altre (raccolte in via residuale tra le *res nec Mancipi*¹⁷⁸), questo criterio non deve

¹⁷⁸ Gai 1.192: *Sane patronorum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelleguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum neque ad res Mancipi alienandas neque ad obligationes*

intendersi riferito al valore venale dei beni: la distinzione in parola – affermatasi durante il passaggio da un'economia pastorale ad una agricola – si fonda invero, volendo utilizzare le parole di Filippo Gallo, sulla «maggiore importanza che hanno taluni beni, rispetto agli altri, nell'economia sociale. Maggiore importanza» – continua lo studioso – «che si traduce in un interesse della collettività, e che giustifica per conseguenza l'emanazione, in ordine ad essi, di norme cogenti, aventi lo scopo di tutelare la loro circolazione giuridica ed i loro acquirenti»¹⁷⁹.

Del resto, Gaio esplicitamente ascrive tra le *res Mancipi* anche l'oro e l'argento, ribadendo come sia sufficiente la *traditio* accompagnata da una *causa* per il loro trasferimento:

Gai 2.20: *Itaque si tibi vestem uel aurum uel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.*

Ed invero, sovente la dottrina ha affermato che la *traditio* è inidonea a costituire la *fiducia* in ragione del fatto che la *causa fiduciae* non è ritenuta dall'ordinamento una *iusta causa traditionis* e dunque non giustifica un effetto traslativo della proprietà in presenza della semplice consegna manuale.

Ciò, sulla scorta del seguente, famosissimo e studiatissimo, testo paolino:

suscipiendas auctores fieri coguntur, praeterquam si magna causa alienandarum rerum Mancipi obligationisque suscipiendae interveniat. eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat. Nel secondo commentario, invece, Gaio traccia la distinzione in relazione al diverso regime previsto per trasferire la titolarità di *res Mancipi* o *nec Mancipi*: v. Gai 2.14a-23, su cui, *ex multis*, v. F. GALLO, *Studi*, cit., 10 ss.; F. DE VISSCHER, *'Mancipium et res Mancipi'*, cit., 263 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., 18 ss.,

¹⁷⁹ Così F. GALLO, *Studi*, cit., 13, nt. 7. Sulla distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi* – nodo problematico che si intreccia con altre questioni fondamentali relative all'organizzazione politica, economica, sociale e giuridica della Roma delle origini (quali, a titolo paradigmatico, il ruolo delle *gentes* e delle *familiae* in tale contesto, la natura e l'ampiezza dei poteri del *paterfamilias*, l'emersione del concetto di *dominium*) – sono fioriti molti studi, giusta anche il carattere lacunoso dello squarcio gaiano che contiene l'elenco dei beni appartenenti alla prima di tali categorie (Gai 2.14a-16). Tra le ricerche dedicate all'argomento vale la pena di ricordare P. BONFANTE, *Forme*, cit., 33 ss.; F. DE VISSCHER, *'Mancipium et res Mancipi'*, cit., 263 ss.; F. GALLO, *Studi*, cit., *passim* (su cui G. FRANCIOSI, *Recensione a F. GALLO, Studi*, cit., in *Labeo*, V, 1959, 370 ss.); G. SCHERILLO, *'Res Mancipi' e 'nec Mancipi'. Cose immobili e mobili*, in *Syntelesia V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1964, 83 ss. (ora anche in *Scritti giuridici. II.2. Studi di diritto romano*, Bologna 1995, 245 ss.); L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., 18 ss., con discussione anche delle ricostruzioni prospettate dagli interpreti medievali. Sulla celebre divergenza tra sabiniani e proculiani in ordine al momento nel quale gli animali da tiro e da soma dovevano essere annoverati fra le *res Mancipi* (dalla loro nascita, per i primi, dal momento in cui venivano domati, per i secondi), di cui ci è data notizia da Gai 2.15-16, cfr., ancora, F. GALLO, *Studi*, cit., 41 ss., ma pure G. NICOSIA, *'Animalia quae collo dorsove domantur'*, in *Iura*, XVIII, 1967, 45 ss.; A. GUARINO, *Elefanti che imbarazzano*, in *Pagine di diritto romano*, II, Napoli, 1993, 313 ss., nonché, più di recente, M. VARVARO, *La compravendita di animali appartenenti alle 'res Mancipi' in Varrone e in Gaio alla luce della corrispondenza fra Baviera, Pernice e Mommsen*, in *AUPA*, LVI, 2013, 301 ss.

Paul. 31 ad ed. D. 41.1.31 pr.: *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.*

Nel brano or ora riprodotto, il giurista severiano evidenzia come una *nuda traditio*¹⁸⁰ non sia mai in grado di trasferire il *dominium* su di un bene ('*numquam nuda traditio transfert dominium*'), essendo invero necessario che la consegna sia accompagnata da una *iusta causa*, come quando fa seguito ad una vendita.

In che cosa consista questa giusta causa, tuttavia, il giurista nulla dice¹⁸¹.

Il che, a un primo sguardo, potrebbe indurre a ritenere l'indicazione paolina del tutto irrilevante con riferimento al tema che qui ci impegna¹⁸². O potrebbe persino condurre ad una soluzione di segno opposto: visto che la *causa fiduciae* è un elemento che al tempo di Paolo sicuramente l'ordinamento riconosce e protegge. Si potrebbe affermare che detta *causa* rientra nella nozione di *iusta causa* ivi menzionata ed è idonea a determinare l'effetto traslativo anche in ipotesi di mera *traditio*.

Larga parte della dottrina, però, sulla scorta di considerazioni di natura palinogenetica, giunge a conclusioni ben più nette.

Stando alla ricostruzione del Lenel¹⁸³, infatti, nel XXXI dei suoi *libri ad edictum* Paolo si occupa anche di *fiducia*. Di talché, si è ipotizzato che il giurista severiano stia in questo frangente proprio discutendo della possibilità di perfezionare detta operazione negoziale mediante una semplice *traditio*. Possibilità che, però, egli negherebbe con forza, specificando appunto che una *traditio* è nuda – e quindi inidonea a trasferire il *dominium* –, quando non è preceduta da una *venditio*, o da qualsiasi 'altra giusta causa', entro cui non potrebbe rientrarvi dunque la *causa fiduciae*¹⁸⁴. Secondo questo punto di vista,

¹⁸⁰ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 157, sostituisce alla '*traditio*' la '*mancipatio*' ed espunge il riferimento alla '*iusta causa traditionis*': non mi sembra un'ipotesi convincente. Come giustamente rileva R. FERCIA, '*Fiduciam contrahere*', cit., 205, infatti, «a seguire questa opzione critico-testuale l'atto formale di alienazione presupporrebbe sistematicamente, quale condizione di efficacia, una *venditio*, che sia posta in essere ad un prezzo reale, che sia posta in essere *nummo uno*, come nel caso, appunto della *fiducia*».

¹⁸¹ Le fonti, anzi, appaiono non di rado contraddirsi: testimonianza di come forse il tema costituisse *ius controversum*. Sicché, l'argomento è oggetto di vivace dibattito in seno alla scienza romanistica: cfr., solo tra gli studi più recenti, O. BEHREND, '*Iusta causa traditionis*'. *La trasmissione della proprietà secondo il 'ius gentium' del diritto classico*, in *Sem. Compl.*, IX-X, 1998-1999, 149 ss.; R. LAMBERTINI, *In tema di 'iusta causa traditionis'*, in '*Fides, humanitas, ius*'. *Studii in onore di L. Labruna*, VI, Napoli, 2007, 2745 ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 265 ss.

¹⁸² Nulla, infatti, permette di comprendere se la *causa fiduciae* sia o meno una causa di attribuzione stabile e approvata dall'ordinamento. Sulla complessa nozione di *causa*, cfr. T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, 41 ss., la cui indagine rimane per vero estranea, pur sfiorandolo, al tema della circolazione dei diritti reali.

¹⁸³ O. LENEL, *Palinogenesia*, I, cit., c. 1027.

¹⁸⁴ P. LAMBRINI, *Lineamenti*, cit., 257 ss.

scrive Paolo Frezza, «la *traditio*, modo causale (e non astratto) di trasferimento della proprietà, domanda delle cause specificamente giustificatrici dell'acquisto, laddove la *fiducia* non è di per sé causa di acquisto»¹⁸⁵.

Anche se la lettura in questi termini del brano mi pare in fin dei conti corretta, non credo che (soltanto) dal passo in discorso si possano ricavare tutte queste informazioni. Soprattutto, in ordine all'inidoneità della *causa fiduciae* e realizzare un effetto traslativo mediante *traditio*. Certo, si potrebbe addurre la circostanza per cui essa per sua natura non si presenta mai come causa di trasferimento stabile e, dunque, essendo votata a realizzare una situazione dominicale 'temporanea' sarebbe inidonea a concretizzarsi mediante *traditio*.

Tuttavia, accedendo a quanto detto poc'anzi circa il carattere nuncupativo dell'originaria alienazione fiduciaria, credo si possa spiegare meglio come mai la giurisprudenza non ammise mai la possibilità di perfezionare la *fiducia* mediante *traditio*. Il che, preme precisarlo, è un dato che invero non presenta margini di dubbio: se vi fosse stata la possibilità di concludere la *fiducia* mediante una mera *traditio* – chiosa a tal proposito Paolo Frezza – non si spiegherebbe come mai in epoca giustiniana l'istituto sia scomparso¹⁸⁶.

Una *mancipatio* o una *in iure cessio* fiduciarie (in senso pieno, cioè qualificate dalla *nuncupatio 'fidei fiduciae causa'* recitata dal *mancipio accipiens*), infatti, determinavano effetti che eccedevano la normale trasmissione della titolarità della *res*, che si irradiano dal bene trasferito anche rispetto a relazioni con soggetti terzi: in altre parole, la *res* diviene 'fiduciaria', nel senso che la sua appartenenza al patrimonio dell'accipiente era considerata dall'ordinamento instabile, destinata a venir meno. Ciò comportava effetti giuridici peculiari, quali – si può anticipare sin d'ora quanto verrà approfondito nel prosieguo – il fatto che quest'ultimo aveva il diritto a riacquistare la proprietà della *res* tramite *usureceptio* (usucapione in mala fede) a danno del fiduciario, la circostanza per cui la *possessio ad usucapionem* rimaneva in capo al fiduciante, che l'aveva prima di trasferire (*a non domino*) il bene¹⁸⁷, così come l'assenza di furto compiuto dal fiduciante sulla cosa trasferita¹⁸⁸.

¹⁸⁵ P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 8.

¹⁸⁶ Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 8 s., ma si v. anche W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 12 ss.; G. GROSSO, voce '*Fiducia*', cit., 384; P. LAMBRINI, *Lineamenti*, cit., 265; R. FERCIÀ, '*Fiduciam contrahere*', cit., 203 ss. Ha tutta l'aria del «miraggio», secondo A. BISCARDI, *Appunti*, cit., 29 s., il tentativo di trarre indizi circa una *traditio fiduciae causa* da Cic. *Flacc.* 21.51, ove l'Arpinate non si occupa di *fiducia*, bensì di un istituto greco che presenta con essa alcuni tratti di analogia.

¹⁸⁷ J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 220 s.

¹⁸⁸ Gai 3.201. Fondamentali, a questo proposito, mi paiono le parole di G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 202 ss., secondo cui «il ragionamento di Gaio [in 2.60 e 3.201] ci rivela che il giureconsulto trova nell'obbligo della restituzione la giustificazione dell'assenza di furto e anche della conseguente *usureceptio*, che gli paiono invece strani là dove l'obbligo di restituire non esiste o per lo meno non è immediato in quanto è condizionato al pagamento del debito». Sicché, continua l'autore, «io credo dunque che il fondamento dell'esclusione di furto, e dell'*usureceptio*

Visto che questi effetti si producevano tramite il combinarsi di un atto solenne di alienazione e una formula nuncupativa, la medesima struttura non poteva trovare spazio in una *traditio*, stante il suo carattere informale e l'impossibilità per le eventuali dichiarazioni ad essa accessorie di assumere rilievo e di far sorgere rapporti obbligatori, in linea con il principio per cui *ex nudo pacto actio non oritur*.

Così posta la questione, dal fatto che con la *traditio* non si potesse costituire la *fiducia* mi pare si possa ravvisare un indizio in ordine alla correttezza di quanto detto in precedenza.

9.2 La scomparsa della 'mancipatio' e dell' 'in iure cessio'

In linea con quanto poc'anzi affermato, ben si comprende allora perché, con l'abolizione sancita da Giustiniano della distinzione tra *nudus ius Quiritium* e *in bonis habere*, nonché tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi* – e dunque con l'ormai definitivo superamento delle forme negoziali di alienazione solenne quali *mancipatio* e *in iure cessio* (sostituite dalla *traditio* e dall'*usucapio* come unici *modi rem acquirendi*¹⁸⁹) –, la *fiducia* sia stata eliminata dal panorama giuridico vigente nel VI secolo d.C.¹⁹⁰.

Ecco i provvedimenti legislativi attraverso cui ciò è avvenuto.

Imp. Justinianus A. Iuliano pp. C. 7.25.1 (a. 530-531): Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex iure Quiritium vel tantummodo in bonis reperitur, quia nec huiusmodi esse volumus distinctionem nec ex iure Quiritium nomen, quod nihil aenigmate discrepat nec umquam videtur neque in rebus apparet, sed est vacuum et superfluum verbum, per quod animi iuvenum, qui ad primam veniunt legum audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt. sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sui sive aliarum rerum ad se pertinentium.

Imp. Justinianus A. Iobanni pp. C. 7.31.1.5 (a. 531): Cum etiam res dividi Mancipi et nec Mancipi sane antiquum est et merito antiquari oportet, sit et

che ne deriva si debba porre nel carattere originario dell'obbligo di restituzione, assoluto ed immediato; e ciò mi porta ad affermare che la forma originaria di *fiducia* è quella *cum amico*».

¹⁸⁹ S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 118, scrive che «il sistema classico di trasferimento della proprietà, con la diversificazione dei modi di acquisto in ragione della varietà delle *res*, non sopravvive alla riforma giustiniana, la quale, abolita la distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*, ancora l'effetto acquisitivo dei beni, ora distinti prevalentemente in mobili e immobili, al fatto obiettivo della consegna o dell'*usucapione*, rimasti, una volta scomparse la *mancipatio* e la *in iure cessio*, gli unici *modi rem acquirendi*».

¹⁹⁰ Cfr. P. BONFANTE, *Forme*, cit., 306 ss.; G. SEGRÉ, *Corso di diritto romano. Le cose*, cit., 48; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Le cose*, cit., 11; G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, cit., 69 s.; S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 118.

rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublati.

10 *Considerazioni riassuntive e prospettive d'indagine.*

Nelle pagine precedenti si è cercato di dimostrare come la formula '*fidi fiduciae causa*', che compare in diversi documenti epigrafici accostata all'operazione del trasferire mediante *mancipatio*, costituisca una *nuncupatio* che veniva recitata durante il relativo cerimoniale¹⁹¹. Il che ha trovato una possibile conferma pure nel momento in cui si è tentato di capire sulla scorta di quale elemento fosse possibile perfezionare la *fiducia* mediante *in iure cessio*.

In ragione del fatto che le *nuncupationes* erano il frutto del lavoro interpretativo della giurisprudenza pontificale, in grado di modificarne la struttura e gli effetti del *gestum per aes et libram* cui erano apposte (si pensi al *testamentum per aes et libram*, alla *coemptio* o alla *deductio usufructus*), è stata avanzata l'ipotesi per cui anche la *mancipatio* fiduciaria producesse conseguenze che non si limitavano alla nascita di rapporti obbligatori tra le parti (come se la stessa *res* assumesse peculiari caratteristiche, sì da farla diventare un bene naturalmente destinato a ritornare nel patrimonio da cui era uscito).

In questo senso si potrebbero leggere alcune testimonianze che collegano alla *fiducia* peculiari effetti in ordine alla *possessio ad usucapionem* (che parrebbe rimanere in capo al fiduciante possessore, ma non proprietario, prima dell'alienazione) o in relazione al meccanismo dell'*usureceptio*, che come noto consentiva al fiduciante di recuperare la titolarità della *res* alienata *fiduciae causa* con il possesso annuale continuo, seppur in mala fede (e ciò sicuramente nei confronti del fiduciario).

Del pari, però, non si è potuto fare a meno di notare come molte testimonianze accostino alla *fiducia* sia *leges*, che *pacta*, il cui contenuto variamente incideva sugli obblighi nascenti dall'operazione negoziale in parola.

Onde verificare se ciò che si è appena detto in ordine alla natura nuncupativa della *fiducia* corrisponda al vero, nonché per comprendere l'incidenza degli ulteriori accordi appena menzionati che venivano acclusi a trasferimenti fiduciari, occorre inevitabilmente soffermarsi sulle diverse applicazioni pratiche della *fiducia* di cui le fonti ci recano il ricordo.

¹⁹¹ In questa prospettiva, sia pur in maniera molto concisa, L. PEPPE, *Intervento*, cit., 337.

Capitolo Secondo

LA FIDUCIA IN FUNZIONE DI DEPOSITO E I RAPPORTI CON IL PRESTITO D'USO

SOMMARIO: 1. La *fiducia* e lo scopo di deposito. – 2. Il furto dello schiavo fiduciario a danno dell'accipiente in Afr. 8 *quaest.* D. 13.7.31. – 2.1. La testimonianza della fonte e la ricostruzione del testo secondo la dottrina. – 2.2. Critica alla tesi di Federica Bertoldi. – 2.3. Un'ipotesi circa le ragioni dell'estensione da parte di Giuliano della disciplina prevista con riguardo alla *fiducia cum creditore* alla *fiducia* in generale. Alcune considerazioni riassuntive sul frammento di Africano. – 3. Ancora sui delitti commessi dallo schiavo fiduciario: i dubbi ricostruttivi relativi a Paul. 18 *ad ed.* D. 9.4.22 pr.-2. – 3.1. La testimonianza della fonte e la ricostruzione del testo. – 3.2. La correttezza della lettura di Salvatore Tondo, alla luce delle diverse fasi della procedura nossale e in relazione all'andamento complessivo del brano paolino. – 3.3. Insostenibilità della tesi di Bert Noordraven e di Jean-Philippe Dunand, secondo cui i giuristi romani consideravano il fiduciante quale *dominus* sostanziale della *res fiduciae data*. – 4. L'acquisto di una *res fiduciaria* da parte dello schiavo comune in Pomp. 26 *ad Sab.* D. 45.3.6. – 5. L'obbligo del tutore di ritrasferire al pupillo il bene ricevuto *fiduciae causa* dal *pater*: il caso di Ulp. 43 *ad Sab.* D. 27.3.5. – 6. Fedecommeso e *fiducia pro deposito* in un testo di Cervidio Scevola. – 7. Altri possibili testi in tema di *fiducia* a scopo di deposito. – 8. Una delle possibili ragioni per affidare fiduciarmente un bene a scopo di 'deposito': la rappresentanza processuale. – 8.1. Il contesto di Ulp. 13 *ad ed.* D. 4.7.4.3 e l'editto *De alienatione iudicii mutandi causa facta*. – 8.2. La testimonianza della fonte e la ricostruzione del testo. – 8.3. I vantaggi della *fiducia* in ordine alla tutela processuale dei beni trasferiti. – 8.4. Il problema dell'uso del termine '*procuratores*' per indicare (in ipotesi) chi ha ricevuto *fiduciae causa*. – 8.5. Considerazioni di sintesi rispetto a Ulp. 13 *ad ed.* D. 4.7.4.3. – 9. Uno sguardo ai tempi più antichi della storia di Roma: il *sacrum* deposito. – 10. '*Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur*': Coll. 10.7.11 (= Paul. Sent. 2.12.11). Una prima tutela per i trasferimenti fiduciar? – 11. Conclusioni circa il rapporto tra *fiducia*, deposito e comodato. – 12. Il peculiare regime del possesso *ad usucapionem* del bene trasferito: un altro (possibile) effetto discendente dal carattere nuncupativo dell'alienazione fiduciaria?

1 La '*fiducia*' e lo scopo di deposito

Secondo l'opinione che da sempre ha riscosso maggior credito in dottrina¹, la *fiducia*, nella sua più risalente applicazione, era diretta a mettere al sicuro i beni del fiduciante, garantendone una miglior conservazione o cura e, forse, anche per sottrarli alle pretese dei suoi creditori².

¹ Cfr. R. JACQUELIN, *De la fiducia*, cit., 355; C. FERRINI, *Storia*, cit., 490; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 140; N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 108 s.; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 48 ss.; J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 84 ss.; F. BERTOLDI, *La 'fiducia cum amico'*, cit., 50 ss. con ulteriori indicazioni bibliografiche. Di opposto avviso TH. NIEMEYER, '*Fiducia cum amico*', cit., 569.

² Cfr. V. CARRO, '*Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*', cit., 34. Anche F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 55 s., si mostra convinta dell'uso della *fiducia* per sfuggire alle richieste creditorie. L'autrice fonda tale assunto su un testo di Probo (*litt. sing.* 5.13 [Keil IV.274; FIRA, II, 457]), che presenta il seguente tenore: '*F.C. fraudare creditoris vel fiduciae causa vel fideicommissum*'. Sennonché, le particelle '*vel*' che ivi compaiono non hanno, a mio modo di vedere, valore esplicativo, bensì disgiuntivo, atteso che Probo sta segnalando cosa può significare l'acronimo '*F.C.*' (cfr. L. ZURLI, *Sulla formula*, cit., 185 s., nonché quanto detto al cap. I, par. 5.2).

In linea con tale scopo, la *fiducia* determinava in capo al fiduciario l'obbligo di restituire quanto ricevuto nel momento in cui controparte avesse superato il momento di difficoltà in cui era incorsa e che l'aveva indotta a spogliarsi di parte delle proprie sostanze³.

L'Erbe e la Bellocchi ipotizzano che un soggetto ricorresse a tale schema negoziale quando eventi quali un lungo viaggio, l'arruolamento nell'esercito o una grave malattia gli rendevano impossibile amministrare le proprie sostanze. La scelta di ricorrere alla *fiducia* poteva poi dipendere dal timore di incursioni, razzie o di espropri, che consigliavano di spogliarsi di quanto posseduto per 'affidarlo' ad un soggetto la cui posizione sociale fornisse maggiori garanzie di conservazione del patrimonio (sovente si parla a tal proposito di *amicus potentior*)⁴.

Sicché, per gli autori che aderiscono a questa scuola di pensiero, l'impiego dell'istituto in esame sopperiva almeno in parte alle esigenze pratiche poi assolte dal contratto di deposito, riconosciuto e protetto giudizialmente in un'epoca successiva rispetto alla *fiducia*, con cui ha invero convissuto durante tutta l'età classica⁵.

A tal riguardo, è significativo che Gaio – in un testo delle sue *Institutiones* già più volte evocato nel corso delle precedenti pagine –, per descrivere il profilo funzionale tipico della *fiducia* non a scopo pignoratorio accenni proprio ad una finalità che si potrebbe definire in senso ampio di 'deposito'⁶.

Gai 2.60: *Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent ...*

Parimenti significativo è che Boezio, in un passo ampiamente commentato nel primo capitolo della presente ricerca, per spiegare cosa sia la *mancipatio fiduciaria* (evocata in quel segmento dei *Topica* ciceroniani che egli stava commentando, ma da tempo ormai non più utilizzata), si riferisca a quella compiuta per la conservazione di alcuni beni del fiduciante.

Boeth. in Cic. top. 4.10.41: *Fiduciam accepit, cuiuscumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet; velut si quis dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit,*

³ Cfr. P. OERTMANN, *Die 'fiducia'*, cit., 136; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 430.

⁴ W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 140; N. BELLOCCHI, *La struttura*, II, cit., 108 s., nonché V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 297.

⁵ Cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 430.

⁶ Cfr. C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 148; G. ROTONDI, *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. I. Le due formole classiche dell'actio depositi*, in *Scritti giuridici. II. Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Pavia, 1922, 22 (già in *RISG*, XLV, 1908, 3 ss.).

reddat. Haec mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur.

Del testo si segnalano due dettagli: il richiamo all'obbligo di *remancipatio* in capo al fiduciario, che finalisticamente è collegato alla prima *mancipatio* ('*cuiuscumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet*'), e il legame personale sussistente tra i soggetti coinvolti, uno amico *potentior* dell'altro, in grado dunque di assolvere al meglio il compito affidatogli.

Che vi fosse una connessione strettissima tra l'alienazione fiduciaria e la conservazione della cosa trasferita – in vista della sua restituzione – emerge anche in un testo appartenente ad un contesto del tutto differente, ma che può comunque aiutare a illuminare quanto si sta dicendo.

Si tratta di un passaggio tratto dai *libri ab Urbe condita* di Tito Livio, in cui il Patavino narra di alcune vicende riguardanti Filippo V di Macedonia durante la Seconda guerra macedonica, conclusasi con la sconfitta del sovrano nella celebre battaglia di Cinoscefale (197 a.C.) ad opera delle truppe romane comandate da Tito Quinzio Flaminio⁷.

Vale la pena di riprodurre il segmento di interesse.

Liv. 32.38.1-5: *Philippus cum acie decernendum videret et undique ad se contrahendas vires, maxime de Achaiae urbibus, regionis ab se diversae, [2] et magis tamen de Argis quam de Corintho sollicitus, optimum ratus Nabidi eam Lacedaemoniorum tyranno velut fiduciarium dare ut victori sibi restitueret, si quid adversi accidisset ipse haberet, Philocli, qui Corintho Argisque praeerat, scribit ut tyrannum ipse conveniret. [3] Philocles praeterquam quod iam veniebat cum munere adicit, ad pignus futurae regi cum tyranno amicitiae, filias suas regem Nabidis filiis matrimonio coniungere uelle. [4] Tyrannus primo negare aliter urbem eam se accepturum nisi Argivorum ipsorum decreto accersitus ad auxilium urbis esset, [5] deinde, ut frequenti contione non aspernatos modo sed abominatos etiam nomen tyranni audiuit, causam se spoliandi eos nactum ratus, tradere ubi vellet urbem Philoclen iussit.*

Filippo, nel momento in cui si rende conto di dover radunare le proprie forze per combattere Roma, e di dover dunque principalmente concentrare le proprie attenzioni sugli scenari militari, è preoccupato di non riuscire a controllare la città di Argo, passata da poco sotto la sua sfera di influenza (in quel frangente retta, insieme a Corinto, dal generale Filocle), ma tutt'altro che politicamente stabile dal punto di vista interno⁸.

⁷ Cfr. N.G.L. HAMMOND, *The Campaign and Battle of Cynoscephalae in 197 B.C.*, in *JHS*, CVIII, 1988, 60 ss.

⁸ Si rammenti, infatti, che all'inizio della seconda guerra di Macedonia (200 a.C.), Argo faceva parte della Lega Achea: tuttavia, nel momento in cui la Lega abbandonò la posizione di neutralità

Il sovrano macedone decide quindi di perfezionare un accordo col tiranno di Sparta, Nabide – già in guerra con la Lega achea, che parteggiava per Roma⁹ –, dal seguente contenuto: Filippo gli avrebbe affidato la città di Argo, con l'intesa che se avesse vinto Nabide gliel'avrebbe restituita (*'fiduciarium dare ut victori sibi restitueret'*). In caso contrario, il tiranno avrebbe potuta tenerla per sé (*'si quid adversi accidisset ipse haberet'*)¹⁰. Per cercare di convincere Nabide a stringere un tale patto, Filippo manda Filocle dal tiranno e per suggellare il nuovo vincolo di amicizia tra le parti (*'ad pignus futurae regi cum tyranno amicitiae'*) propone un matrimonio tra le proprie figlie e i discendenti del lacedemone. L'intesa fu raggiunta, ma il tiranno di Sparta tradì immediatamente le aspettative di Filippo, negoziando un'alleanza con Roma e fornendo truppe al generale Flaminio nella campagna che si concluse con la sconfitta macedone¹¹.

Non sono invero questi eventi ad interessare in questa sede, bensì il fatto che, per descrivere l'affidamento di Argo a Nabide da parte di Filippo, Tito Livio adotti l'espressione *'fiduciarium dare'*. Del pari, vale la pena di sottolineare l'aspetto finalistico dell'operazione: le parti mirano alla restituzione della città al sovrano di Macedonia, una volta superato il momento di crisi (*'ut victori sibi restitueret'*)¹². Inoltre, è significativo il riferimento all'*amicitia* che deve sorreggere l'accordo tra le parti, quale unico elemento in grado di assicurare il rispetto reciproco degli impegni assunti: legame talmente importante da dover essere quasi 'formalizzato' mediante un'unione matrimoniale.

Si consideri, in quest'ottica, anche quel passaggio in cui Curzio Rufo riporta le parole di Nabarzene, consigliere di Dario – ma in procinto di tradirlo –, il quale prospetta di rifugiarsi momentaneamente presso la città di Bactra, affidando in via temporanea il potere al satrapo locale Besso (*'conpositis rebus iusto regi tibi fiduciarium restituet imperium'*).

Curt. 5.9: *Proinde si Bactra, quod tutissimum receptaculum est, petimus, praefectum regionis eius Bessum regem temporis gratia statuamus; conpositis rebus iusto regi tibi fiduciarium restituet imperium.*

nel conflitto tra Filippo e Roma, schierandosi con quest'ultima, Argo fuoriuscì da tale alleanza per sostenere il sovrano macedone, posizionandosi così sotto il suo controllo (cfr. A.M. ECKSTEIN, *Nabis and Flaminius on the Argive Revolutions of 198 and 197 B.C.*, in *GRBS*, XXVIII, 1988, 215; S. DMITRIEV, *The Greek Slogan of Freedom and Early Roman Politics in Greece*, Oxford, 2011, 203). Sulle relazioni tra Roma e la Lega Achea, cfr. E. BADIEN, *The Treaty between Rome and the Achaean League*, in *JRS*, XLII, 1952, 76 ss.

⁹ Cfr. A.M. ECKSTEIN, *Nabis*, cit., 215.

¹⁰ Cfr. A.M. ECKSTEIN, *Nabis*, cit., 215.

¹¹ Cfr. A.M. ECKSTEIN, *Nabis*, cit., 215.

¹² Cfr. J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 122.

Ebbene da questi testi, nonché da quello di Boezio, emerge come la 'fiduciarità' di un trasferimento fosse connessa tanto all'obbligo di conservazione gravante sull'accipiente, quanto a quello di restituzione di beni.

Rilevato dunque che la *fiducia* non a scopo pignoratorio era utilizzata (anche, come si vedrà) per proteggere e salvaguardare alcuni beni di valore – al punto che lo schema privatistico viene da Tito Livio in un certo qual modo applicato per descrivere vicende di natura pubblicistica –, restano da capire due cose: con quale frequenza ciò effettivamente avveniva e quali vantaggi questa operazione negoziale assicurava al fiduciante.

Per far ciò, occorre rivolgere l'attenzione alla compilazione giustiniana, onde verificare se vi siano testimonianze che rechino tracce di quest'uso, sì da determinare la relativa disciplina e comprendere le ragioni che concretamente inducevano un soggetto a spogliarsi della proprietà di un bene per proteggerlo.

2 *Il furto dello schiavo fiduciario a danno dell'accipiente in Afr. 8 'quaest.' D. 13.7.31*

Il primo testo che occorre esaminare è tratto dalle *Quaestiones* di Sesto Cecilio Africano, giurista vissuto nel II secolo d.C., che fu allievo di Salvio Giuliano.

Afr. 8 quaest. D. 13.7.31: Si servus [pignori] <fiduciae> datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditioe relinquere: quod si sciens furem [pignori] <fiduciae> dederit, etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilo minus habiturum me [pigneraticiam] <fiduciae> actionem, ut indemnem me praestet. Eadem servanda esse Iulianus ait etiam cum [depositus vel commodatus] <amico mancipatus> servus furtum faciat.

Vale la pena di partire dal contenuto letterale del brano, onde poi passare a occuparsi delle ricostruzioni del testo prospettate dalla dottrina.

2.1 *La testimonianza della fonte e la ricostruzione del testo secondo la dottrina*

Nella sua attuale stesura, la prima parte del passaggio si occupa di un *servus* dato a pegno che compie furto a danno del creditore pignoratorio. In tale ipotesi, scrive Africano, il debitore può liberarsi abbandonando lo schiavo al soggetto garantito 'pro noxae deditioe', fermo restando che nel caso in cui il debitore abbia scientemente consegnato uno schiavo *fur*, il creditore potrà comunque agire nei suoi confronti con l'*actio* nascente dal rapporto di garanzia, onde essere tenuto indenne. Nella chiusa del brano, il giurista poi ricorda l'opinione – che egli condivide – del suo maestro Giuliano, secondo cui la medesima disciplina trova spazio anche nell'ipotesi di uno schiavo dato in deposito o in comodato che si sia macchiato di furto a danno del detentore.

Ebbene, la maggioranza degli studiosi – tra cui ad esempio il De Ruggiero¹³, il Longo¹⁴, la Bellocchi¹⁵ e il Noordraven¹⁶ – è propensa a ritenere che il brano in parola si riferisse in origine alla *fiducia*. In particolare, la prima parte del testo ('*si servus ... praestet*') tratta dell'applicazione di tale istituto a scopo di garanzia (*cum creditore*), la seconda ('*eadem ... faciat*') di quella per finalità di deposito e comodato¹⁷. Sulla scorta di questa convinzione, è stato proposto di emendare il passo così come evidenziato tramite parentesi quadre e uncinata nella precedente trascrizione.

Solo ragionando in questi termini, secondo tale scuola di pensiero, si spiega infatti perché Africano si ponga la questione poi risolta: qualora si fosse trattato di uno schiavo dato in pegno – ma il discorso è il medesimo con riguardo a contratti di deposito o comodato –, la proprietà dello stesso sarebbe rimasta in capo al debitore. Di talché, per il caso di furto commesso dallo schiavo a danno del creditore, il debitore (in quanto *dominus*) ben avrebbe potuto effettuare, tramite *mancipatio*, una normale *noxae deditio*¹⁸. Inoltre, è stato aggiunto, qualora non si aderisse a questa opzione ermeneutica, non si riuscirebbe davvero a spiegare l'uso da parte di Africano dell'espressione '*pro noxae deditioe relinquere*'¹⁹. Infine, un ultimo appunto riguarda l'estensione della disciplina versata nella prima parte del testo tanto all'ipotesi di uno schiavo dato in deposito, quanto in quella di uno schiavo trasferito in comodato: il Noordraven ha infatti correttamente notato che in altri testi della compilazione giustiniana – segnatamente, Paul. 22 *ad ed.* D. 13.6.22 e la seconda parte di Afr. 8 *quaest.* D. 47.2.62(61).5²⁰ – la regolamentazione per tali due ipotesi non è la medesima. Il che costituisce, secondo l'autore, un altro argomento a sostegno della tesi per cui le parole '*depositum vel commodatum*' sono state inserite da mano compilatoria al posto di un originario riferimento alla *fiducia*²¹.

Questa tesi è stata di recente criticata da parte di Federica Bertoldi²².

Secondo l'autrice, gli argomenti appena passati in rassegna «non sono affatto decisivi, perché il giurista afferma semplicemente che il debitore lascia lo schiavo a titolo di *noxae deditio*; ciò significa che il termine *relinquere* non è affatto

¹³ R. DE RUGGIERO, '*Depositum vel commodatum*', in *BIDR*, XIX, 1907, 26, nt. 2.

¹⁴ C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 148 ss.

¹⁵ N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 86 s.

¹⁶ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 51 ss.

¹⁷ Nel medesimo senso si pongono anche P. OERTMANN, *Die 'fiducia'*, cit., 41; O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 30; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 118; P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 21; P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 38 ss.

¹⁸ C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 149; N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 86; P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 38 s.; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 52.

¹⁹ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 52 e 181.

²⁰ V. *infra*, al prossimo paragrafo.

²¹ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 52 s. e 181 s.

²² F. BERTOLDI, *La 'fiducia cum amico'*, cit., 64 s.

tecnico»²³; inoltre – aggiunge l'autrice – «se si sostituisse *fiducia* a pegno, si direbbe che se un servo dato a *fiducia* commette un furto nei confronti del creditore, il fiduciario ha l'*actio furti* contro il fiduciante», contro il principio generale secondo cui «il *dominus* non può agire contro il proprio schiavo che gli ha recato danno»²⁴.

La ricostruzione di Federica Bertoldi mostra il fianco a più di una critica.

2.2 Critica alla tesi di Federica Bertoldi

Innanzitutto, non si capisce in che modo possa giovare alla tesi dell'autrice la circostanza – per la verità del tutto indimostrata – per cui '*relinquere*', nel brano in esame, non è affatto un termine tecnico. Peraltro, anche ammettendo che detto assunto corrisponda al vero, vorrebbe dire che con tale espressione il giurista ha voluto focalizzare la propria attenzione sulla circostanza per cui la disponibilità materiale dello schiavo veniva 'lasciata' al creditore pignoratizio, tralasciando del tutto di occuparsi del profilo della titolarità del *servus* (ossia omettendo di specificare la necessità di un'effettiva *noxae deditio* del debitore). Il che viene invero assai difficile da credere.

Inoltre, costruzioni analoghe a '*pro noxae deditioe relinquere*' compaiono anche in altri frammenti del giurista allievo di Giuliano.

In particolare, essa è utilizzata in un testo, tratto sempre dal libro VIII delle *Quaestiones*, inserito dai compilatori nella parte dedicata ai legati e ai fedecommissi, ma che – stando alla ricostruzione palinogenetica del Lenel²⁵ – in origine seguiva il passo che si sta qui esaminando.

Afr. 8 quaest. D. 30.110: Si heres generaliter servum quem ipse voluerit dare iussus sciens furem dederit isque furtum legatario fecerit, de dolo malo agi posse ait. sed quoniam illud verum est heredem in hoc teneri, ut non pessimum det, ad hoc tenetur, ut et alium hominem praestet et hunc pro noxae dedito relinquat.

²³ F. BERTOLDI, *La 'fiducia cum amico'*, cit., 64.

²⁴ F. BERTOLDI, *La 'fiducia cum amico'*, cit., 64. A sostegno di questa punto, l'autrice ricorda Gai 4.78: *Sed si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur. nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nasci potest; ideoque et si in alienam potestatem pervenerit aut sui iuris esse coeperit, neque cum ipso neque cum eo, cuius nunc in potestate est, agi potest. unde quaeritur, si alienus servus filiusue noxam commiserit mihi et is postea in mea esse coeperit potestate, utrum intercidat actio an quiescat. nostri praeceptores intercidere putant, quia in eum casum deducta sit, in quo ab initio consistere non potuerit, ideoque licet exierit de mea potestate, agere me non posse. diversae scholae auctores, quamdiu in mea potestate sit, quiescere actionem putant, quia ipse mecum agere non possum, cum vero exierit de mea potestate, tunc eam resuscitari.* Cfr. F. BERTOLDI, *La 'fiducia cum amico'*, cit., 64, nt. 97. In relazione all'operare di tale principio, cfr. T. DALLA MASSARA, *Sulle origini del dolo incidente*, in *TSDP*, III, 2010, 34 ss.

²⁵ O. LENEL, *Palinogenesia*, I, cit., c. 30.

Il caso affrontato verte in tema di legato obbligatorio avente a oggetto un 'generaliter dare servum', in cui la scelta ricade sull'erede. Qualora questi trasferisca al legatario uno schiavo che sa essere *fur*, e poi lo stesso derubi l'onorato, Africano chiarisce che contro l'*heres* può essere esperita l'*actio de dolo*. Ad ogni modo, continua il frammento – probabilmente spurio in questo tratto finale²⁶, ma che è ragionevole ritenere, seguendo il Fercia²⁷, comunque conforme al dettato originario –, l'erede può evitare la condanna trasferendo un altro schiavo e lasciando 'pro noxae dedito' il *fur* al legatario ('*ut et alium hominem praestet et hunc pro noxae dedito relinquat*').

Non v'è dubbio, in questo caso, che il legatario sia titolare del *servus* trasferitogli dall'erede²⁸: sicché l'espressione 'pro noxae dedito relinquat' indica appunto che lo schiavo viene abbandonato a noxa presso quel soggetto che è già proprietario dello stesso.

Un analogo discorso può essere svolto con riferimento al seguente testo (anch'esso posto dal Lenel in sequenza rispetto a quelli esaminati), ove si ritenga che alla vendita dello schiavo (viziato) sia seguita dalla relativa *mancipatio*, sì da rendere possibile il *relinquere* dello stesso nel patrimonio del compratore.

Afr. 8 *quaest.* D. 47.2.62(61).2: *Idem dicendum de eo, quem convenisset in causa redhibitionis esse, uti, quemadmodum accessiones et fructus emptor restituere cogitur, ita et e contrario venditor quoque vel damnum decidere vel pro noxae deditioe hominem relinquere cogatur.*

L'ultima occorrenza dell'espressione in esame si rinviene in un altro testo, sempre tratto dall'ottavo libro delle *Quaestiones* di Africano, su cui ci si soffermerà a breve (ma il cui contenuto è analogo a D. 13.7.31).

In base a quanto detto, il primo argomento addotto dalla Bertoldi a sostegno della propria tesi mi pare poco solido.

Un destino analogo credo debba essere riservato anche al secondo.

Federica Bertoldi sostiene infatti che non si possa sostituire *fiducia* a *pignus* (ma il medesimo discorso vale per '*depositum vel commodatum*') in D. 13.7.31, in quanto così si finirebbe con l'ammettere che al fiduciario spetta l'*actio furti* nei

²⁶ Cfr. F. VASSALLI, *Delle obbligazioni di genere in diritto romano*, in *Studi Senesi*, XXVI, 1909, 180 s.; E. ALBERTARIO, *La qualità della specie nelle obbligazioni generiche*, in *Studi di diritto romano*. III. *Obbligazioni*, Milano, 1936, 381 (già in *Riv. dir. comm.*, XXIII, 1923, 177 ss.); P. VOCI, *Diritto ereditario romano*. II. *Parte speciale. Successione 'ab intestato', successione testamentaria*², Milano, 1963, 262, nt. 55. Di diverso avviso M. KASER, *Studien zur römischen Pfandrecht*. II. '*Actio pignoratitia*' und '*actio fiduciae*', in *TR*, XLVII, 1979, 232, nt. 204.

²⁷ R. FERCIÀ, *Appunti in tema di obbligazioni generiche tra 'bona fides' ed 'aequitas'*, in *Diritto @ Storia - Tradizione Romana*, V, 2006, par. 10

²⁸ Cfr. R. FERCIÀ, *Appunti*, cit., par. 10.

confronti del fiduciante, in contrasto con il principio generale secondo cui «il dominus non può agire contro il proprio schiavo che gli ha recato danno»²⁹.

Orbene, non è a mio avviso indispensabile presupporre l'esperimento dell'*actio furti*, perché, in ipotesi di trasferimento fiduciario dello schiavo, assuma rilievo l'«abbandono» dello stesso '*pro noxae deditio*'³⁰.

Sono due gli scenari prospettabili: nel primo, ad agire è il fiduciante per la restituzione del *servus* dato a fiducia (una volta pagato il debito, in caso di *fiducia cum creditore*, ovvero a semplice richiesta nell'ipotesi alternativa di *fiducia* a scopo di deposito); nel secondo vi è invece il fiduciario intenzionato a pretendere di essere tenuto indenne dai danni derivanti dal furto compiuto dallo schiavo.

Ebbene, qualora il fiduciante esperisse l'*actio fiduciae* (*directa*) nei confronti del fiduciario, è lecito immaginare che quest'ultimo potesse opporgli il furto compiuto a suo danno dallo schiavo: cosicché, in forza dell'ampiezza dei poteri riservati al *iudex* – per via della nota clausola '*ut inter bonos ...*' contenuta nell'*intentio* dell'azione³¹ –, questi avrebbe tenuto conto di tale circostanza al momento della pronuncia della sentenza, finendo con l'assolvere il convenuto come se l'attore gli avesse 'lasciato' a noxa lo schiavo per riparare il danno sopportato. Diverso, invece, il discorso qualora il fiduciante avesse in precedenza risarcito il nocumento subito: in tale caso avrebbe avuto diritto alla restituzione dello schiavo. Ecco come io credo in concreto si manifestava quell'«abbandono nossale» del *servus* menzionato nel passo rispetto alla posizione dell'alienante *fiduciae causa* che pretendeva la restituzione del medesimo.

Per quanto riguarda la prospettiva del fiduciario, non si può innanzitutto dimenticare che questi è l'effettivo proprietario dello schiavo e su di lui grava, al verificarsi di certe condizioni, l'obbligo di remanciparlo. Egli, in generale, può disporre validamente di tale cespite: incorrerà semmai nelle conseguenze negative derivanti dalla violazione del dovere di restituzione. Tuttavia, se la reazione del fiduciante può essere 'bloccata' nei termini poc'anzi visti, è chiaro che il *relinquere* del *servus fur* assume rilevanza in punto di decisione giudiziale³².

²⁹ F. BERTOLDI, *La 'fiducia cum amico'*, cit., 64.

³⁰ Come rileva G. PROVERA, *Una riforma giustiniana in tema di 'iudicia contraria'*, in *Scritti giuridici* (www.ledonline.it/rivistadirittoromano/scrittiprovera.html), 5 dell'estratto, da cui cito qui e oltre (ma il contributo si trova anche in *Studi in onore di S. Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario [1899-1948]*, Napoli, 1948, 345 ss.), «la concessione di un'*actio noxalis* contro il fiduciante da parte del fiduciario, *dominus* del servo, doveva apparire alquanto ostica».

³¹ V. *infra*, cap. VI, par. 7.

³² Io credo che impostando in questi termini la questione, si possa superare la contro deduzione di W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 117 s., secondo il quale non può assumere rilevanza rispetto ad un'azione non di natura penale come l'*actio fiduciae* un meccanismo quale la *noxae deditio*. Sul punto, v. gli ulteriori rilievi di B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 272.

Tuttavia, dalle fonti passate in rassegna risulta che al fiduciario era concessa comunque la possibilità di agire nei confronti del fiduciante, forse soltanto nell'ipotesi in cui quest'ultimo gli avesse trasferito uno schiavo che sapeva essere dedito al furto³³. Ma pare lecito pensare che si tratti non di *actio furti*, bensì di *actio fiduciae (contraria)*³⁴.

È quanto si ricava dal secondo periodo di D. 13.7.31 ('*quod si sciens furem [pignori] <fiduciae> dederit, etsi paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilo minus habiturum me [pigneraticiam] <fiduciae> actionem, ut indemnem me praestet*') e, indirettamente, da D. 30.110: questo testo, infatti, non si occupa di *fiducia*, ma la vicenda – come visto – presenta diversi tratti di analogia con la questione esaminata (qui l'erede consegna al legatario uno schiavo *fur*) e anche la soluzione prospettata nell'occasione, seppur relativa agli esiti dell'*actio de dolo*, risponde alla medesima logica di D. 13.7.31.

Non muta le conclusioni appena tracciate il seguente brano, ancora di Africano, posto anch'esso secondo il Lenel in successione rispetto ai due appena ricordati³⁵. Sebbene nell'attuale stesura si riferisca al *pignus*, la dottrina maggioritaria – fa eccezione, nel quadro della sua complessiva ricostruzione, Federica Bertoldi³⁶ – è concorde nel ricondurlo alla *fiducia*³⁷.

Afr. 8 *quaest.* D. 47.2.62(61).1: *His etiam illud consequens esse ait, ut et si is servus, quem mihi [pignori] <fiduciae> dederis, furtum mihi fecerit, agendo contraria [pigneraticia] <fiduciae> consequar, uti similiter aut damnum decidas aut pro noxae deditioe hominem relinquis.*

La questione affrontata è analoga a quella poc'anzi esaminata. Uno schiavo dato in garanzia commette furto a danno del garantito, che può esperire l'azione *contraria* discendente da tale titolo negoziale³⁸, per ottenere il risarcimento del

³³ Cfr. G. PROVERA, *Una riforma*, cit., 4 s., che considera certamente di mano giustiniana la soluzione offerta in Paul. 22 *ad ed.* D. 13.6.22, riprodotto *infra*, al par. 2.3.

³⁴ Cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 272; M. KASER, *Studien*, II, cit., 337; P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 47.

³⁵ Invero, tra i due trova posto il *principium* di D. 47.2.62(61), che riguarda il *servus* in comproprietà che commette furto: su di esso, v. A. VALIÑO, '*Servus communis uni ex dominis furtum fecerit*'. *Exegese zu Afr. 8 'quaest.' D. 47.2.62 pr.*, in '*Liber amicorum*' D. Pugsley, Salzburg, 2013, 11 ss.

³⁶ F. BERTOLDI, *La 'fiducia cum amico'*, cit., 64.

³⁷ Cfr. R. DE RUGGIERO, '*Depositum vel commodatum*', cit., 26, nt. 2; G. PROVERA, *Una riforma*, cit., 5; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 271.

³⁸ Cfr. per tutti B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 273. Contra K. HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, in *Leipziger rechtswissenschaftliche Studien*, VII, 1924, 31, e B. BIONDI, '*Iudicia bonae fidei*', in *AUPA*, VII, 1918, 122, i quali ritengono che Africano parlasse qui di *actio furti*. Anche W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 117 s., considera il testo interpolato: a suo dire, in tale ipotesi erano esperibili tanto l'*actio furti*, quanto l'*actio fiduciae*.

danno da parte del debitore ('*aut damnum decidas*')³⁹, il quale conserva «la facoltà di liberarsene lasciando lo schiavo presso il fiduciario con una specie di abbandono nossale»⁴⁰.

In definitiva, i testi riportati non parlano di *actio furti* e possono essere letti anche senza ritenere che detta azione venga in rilievo nelle fattispecie sottoposte all'attenzione di Sesto Cecilio Africano. Secondo la chiave di lettura qui adottata, il giurista si sta nell'occasione occupando dell'esperibilità dell'*actio fiduciae contraria*⁴¹.

Ancor più netta è la posizione di Bert Noordraven, secondo cui «die Schlußfolgerung aus den hier behandelten Digestentexten D. 13.7.31 und D. 47.2.62.1 für die *actio fiduciae contraria* besteht somit darin, daß ein Fiduziar, der von dem in *fiducia* empfangenen Sklaven bestohlen wurde, mit der *actio fiduciae contraria* dasselbe Ergebnis wie mit der *actio furti noxalis* erreichen kann, wenn er von einem noch im Eigentum des Fiduzianten befindlichen Sklaven bestohlen worden ist: der Fiduziant muß das *duplum* der gestohlenen Sache bezahlen oder sein Recht auf Rückgabe des Sklaven noxal abtreten»⁴².

Da qui, il superamento del secondo argomento addotto da Federica Bertoldi per negare che D. 13.7.31 e D. 47.2.62(61).1 riguardassero in origine la materia fiduciaria.

Assodato ciò, resta da chiedersi per quale ragione Africano abbia sentito l'esigenza di specificare – citando peraltro a supporto l'opinione del maestro Giuliano – che la disciplina scolpita in D. 13.7.31 in tema di *fiducia cum creditore* dovesse estendersi agli altri usi dell'istituto in esame in questa sede.

2.3 Un'ipotesi circa le ragioni dell'estensione da parte di Giuliano della disciplina prevista con riguardo alla 'fiducia cum creditore' alla 'fiducia' in generale. Alcune considerazioni riassuntive sul frammento di Africano

Dalla fonte non vi sono elementi decisivi da cui poter ricavare una risposta al quesito appena posto. Tuttavia, una possibile strada da percorrere potrebbe essere legata alla diversa incidenza dell'interesse delle parti coinvolte nell'operazione rispetto all'esperibilità – o, meglio, al probabile accoglimento in giudizio – dell'*actio fiduciae contraria*.

³⁹ Non vi è uniformità di veduta in dottrina circa il significato e la portata dell'espressione '*damnum decidere*': sul punto, cfr. M.F. CURSI, *La formazione delle obbligazioni 'ex delicto'*, in *RIDA*, LVIII, 2011, 152 ss.; C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008, 249 ss. e nt. 262; R. LA ROSA, *La repressione del 'furtum' in età arcaica. 'Manus iniectio' e 'duplione damnum decidere'*, Napoli, 1990, 7 ss. (e 151 s., rispetto al testo di Africano in esame, con ulteriori indicazioni bibliografiche).

⁴⁰ G. PROVERA, *Una riforma*, cit., 5. Sull'armonia tra le soluzioni offerte in D. 13.7.31 e D. 47.2.62(61).1, cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 272.

⁴¹ Cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 180 s. e 270 ss.

⁴² B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 274.

Occorre partire da due testi che non si occupano di *fiducia*, ma di comodato e di deposito.

Il primo è di Paolo ed è tratto dal XXII libro del commentario all'editto del pretore. Il giurista, nell'occasione, rammenta di una disputa circa il rapporto tra l'*actio furti* e l'*actio commodati contraria* nell'ipotesi del furto perfezionato dallo schiavo, in comodato, a danno dello stesso comodatario.

Paul. 22 ad ed. D. 13.6.22: *Si servus, quem tibi commodaverim, furtum fecerit, utrum sufficiat contraria commodati actio (quemadmodum competit, si quid in curationem servi impendisti) an furti agendum sit, quaeritur. et furti quidem noxalem habere qui commodatum rogavit procul dubio est, contraria autem commodati tunc eum teneri, cum sciens talem esse servum ignoranti commodavit.*

Interessa qui rilevare come l'azione contrattuale sia concessa solo nel caso in cui il comodante fosse *sciens* circa la propensione criminale del *servus*⁴³.

Un altro frammento interessante è ancora di Africano e concerne, tra l'altro, la medesima ipotesi dello schiavo *fur*, questa volta dato in deposito.

Afr. 8 quaest. D. 47.2.62(61).5: *... idque evidentius in causa depositi apparere. nam licet alioquin aequum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit, multo tamen aequius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse, et sicut in superioribus contractibus, venditione locatione pignore, dolum eius, qui sciens reticuerit, puniendum esse dictum sit, ita in his culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere. nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter eius qui deponat, quod non fuerit diligentior circa monendum, qualem servum deponeret.*

Rispetto alla fattispecie con al centro il comodato, l'*actio depositi contraria* è concessa anche in assenza del dolo del deponente, bastando la sua *culpa*⁴⁴.

La diversità di regime è legata alla differente rilevanza degli interessi negoziali in capo ai soggetti coinvolti.

Ebbene, se si guarda all'ipotesi contemplata in D. 13.7.31, da cui la presente disamina ha preso le mosse, ci si accorge che le condizioni di esperibilità dell'*actio fiduciae contraria* – giusta l'estensione della disciplina per il caso di *fiducia* a scopo pignoratizio – coincide con il regime scolpito da Paolo in tema di comodato, e non con quello, sempre di Africano, per il deposito.

Il che permette di formulare alcune considerazioni di sintesi.

⁴³ Cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 52.

⁴⁴ Cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 52 s.

In primo luogo, sembra lecito supporre che l'estensione di disciplina proposta da Giuliano, e dopo di lui da Africano (ma è ragionevole pensare che il punto non fosse pacifico tra i *prudentes*), per il caso di *fiducia* diversa da quella *cum creditore* sia legata al fatto che la consegna del *servus* comportava – quantomeno nell'ipotesi ivi contemplata – anche l'uso del medesimo, sì da determinare una situazione in parte analoga a quella del comodato, più che a quella del deposito. Tuttavia, ciò non induce ad affermare che lo scopo di comodato – nei tempi più antichi della storia di Roma – fosse assolto esclusivamente tramite l'istituto della *fiducia*, bastando invero la mera tolleranza circa l'altrui uso di un bene proprio.

Un altro aspetto degno di nota è la tendenza dei giuristi a distinguere, in ordine all'individuazione della disciplina concretamente applicabile, tra i differenti scopi perseguiti mediante lo schema fiduciario.

Si può dunque passare ad analizzare un altro testo che tratta del medesimo argomento e che parte della letteratura ha ricondotto alla materia fiduciaria.

3 *Ancora sui delitti commessi dallo schiavo fiduciario: i dubbi ricostruttivi relativi a Paul. 18 'ad ed.' D. 9.4.22 pr.-2*

Diversi studiosi – tra cui ad esempio il Pernice⁴⁵, l'Erbe⁴⁶, la Bellocchi⁴⁷, il Noordraven⁴⁸ e la Biavaschi⁴⁹ – ritengono che anche il *principium* del seguente testo di Paolo si riferisse, in origine, alla *fiducia*.

Paul. 18 *ad ed.* D. 9.4.22 pr.-2: *Si servus depositus vel commodatus sit, cum domino agi potest noxali actione: ei enim servire intellegitur et, quod ad hoc edictum attinet, in potestate eius est, [maxime si copiam habeat recipendi hominis]. 1. Is qui pignori accepit vel qui precario rogavit non tenetur noxali actione: licet enim iuste possideant, non tamen opinione domini possident: sed hos quoque in potestate domini intellegi, si facultatem repetendi eos dominus habeat. 2. Quid est habere facultatem repetendi? habeat pecuniam, ex qua liberari potest: nam non debet cogi vendere res suas, ut solvat pecuniam et repetat servum.*

Vale la pena di partire dal contenuto letterale del brano, così come appare nella redazione giustiniana.

⁴⁵ A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 140, nt. 2.

⁴⁶ W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 82 s.

⁴⁷ N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 53, nt. 67.

⁴⁸ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 53 ss.

⁴⁹ P. BIAVASCHI, *Ricerche sul 'precarium'*, Milano, 2006, 289.

3.1 La testimonianza della fonte e la ricostruzione del testo

Il passo di Paolo si apre precisando che se il *servus* dato in deposito o in comodato commette un delitto, il danneggiato potrà avviare un'azione nossale direttamente nei confronti del *dominus*: ciò, perché ai sensi di quanto previsto dall'editto oggetto delle attenzioni del giurista severiano, a contare è l'effettiva titolarità della *dominica potestas*, ossia il possesso dello schiavo, che sussiste 'maxime' in capo a chi può recuperarne la disponibilità materiale senza difficoltà ('maxime si copiam habeat recipiendi hominis').

Ad ogni modo, chi ha ricevuto un servo in pegno o dopo richiesta di concessione a precario non è legittimato passivamente all'*actio noxalis*: pur possedendo 'iuste', tale soggetto non possiede come se si considerasse proprietario ('opinione domini'). I servi – ribadisce il giurista severiano – si considerano nella *potestas* di un soggetto se questi ha la facoltà di farseli restituire, ossia ha a disposizione il denaro sufficiente per 'liberarli' dal 'vincolo' di garanzia che grava sugli stessi. Questo non avviene se occorre vendere dei beni propri per saldare il debito e farsi ritrasferire il *mancipium*.

Quanto alla genuinità del testo, si fronteggiano in letteratura due differenti scuole di pensiero.

Come già anticipato in apertura, vi è un'autorevole gruppo di studiosi che – sulla scia del Pernice⁵⁰ – ritiene il brano interpolato: rispetto a ciò che qui più interessa⁵¹, secondo tale ricostruzione la locuzione '*depositus vel commodatus*' è stata inserita dai commissari di Triboniano al posto di '*fiduciae datus*'⁵².

Invero, le opinioni espresse dagli autori che sostengono la tesi dell'interpolazione sono eterogenee. Secondo il Pernice, il passo così come oggi appare è privo di coerenza, giacché afferma la permanenza in capo al proprietario – certamente legittimo possessore del cespite – della *potestas* sul medesimo (ossia la materiale possibilità di consegnarlo a noxa, da cui discende la legittimazione passiva alla relativa azione), anche nel caso sia stato dato in deposito o in comodato. E ciò, nonostante lo schiavo sia certamente nella disponibilità del depositario o del comodatario⁵³. Questa incoerenza, a dire dello studioso, si supera solamente ipotizzando la caduta per mano compilatoria di un riferimento alla *fiducia*: peraltro, il Pernice ammette anche la possibilità che il termine '*domino*' stia ora al posto di '*debitore*'.

⁵⁰ A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 140, nt. 2.

⁵¹ Per quanto riguarda il § 1, fa il punto circa le diverse letture degli studiosi P. BIAVASCHI, *Ricerche*, cit., 289 ss.

⁵² Cfr. W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 82 s.; C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 152; N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 53, nt. 67; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 53 ss.; P. BIAVASCHI, *Ricerche*, cit., 289.

⁵³ Cfr. A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 140, nt. 2.

Quest'ultima proposta è stata accolta dall'Erbe⁵⁴, pur in parte critico rispetto alla ricostruzione del Pernice, e dal Biondi⁵⁵: a loro dire, infatti, il testo trattava originariamente di *fiducia cum creditore* e ribadiva che l'azione nossale era esperibile nei confronti del fiduciante.

Differente il pensiero del Frezza⁵⁶. Secondo lo studioso, il *principium* del testo concerneva tanto la *fiducia cum amico*, quanto quella *cum creditore*, dettando una disciplina differente per le due fattispecie: il riferimento a quest'ultima, tuttavia, sarebbe stato eliminato dai commissari di Triboniano, in ragione del fatto che subito appresso Paolo si occupa di *pignus* e detta una disciplina del tutto coincidente con quella già segnalata in tema di *fiducia cum creditore*. La sostituzione del richiamo a quest'ultima con uno al pegno, dunque, avrebbe determinato nel testo compilatorio un'inutile ripetizione.

Sulla scorta di ciò, il Frezza esclude che 'domino' sia stato inserito al posto di 'debitore' (aggiustamento necessario per coloro, come l'Erbe e il Biondi, che reputano il brano originariamente concernente solo la *fiducia* a scopo pignoratizio) e inoltre ritiene che la frase 'maxime si copiam habeat recipiendi hominis' non sia autentica⁵⁷.

Per certi versi analoga la lettura del Noordraven⁵⁸. L'autore olandese ritiene che in D. 9.4.22 pr. Paolo si stesse occupando del regime generale (e dunque nel caso di specie unitario) della *fiducia* rispetto alla legittimazione passiva delle azioni nossali, senza distinguere tra le diverse applicazioni di tale istituto (a scopo pignoratizio o di deposito/comodato): «er vertrat hier» – scrive il Noordraven – «den Standpunkt, daß in allen Fällen, in denen eine fiduziarische Übertragung eines Sklaven stattgefunden hat, der Fiduziant mit der *actio noxalis* haftbar ist»⁵⁹. Lo studioso si mostra poi convinto che il tratto 'maxime ... hominis' sia paolino, andando a chiarire che il fiduciante ha sempre la *potestas* sullo schiavo trasferito *fiduciae causa*, a maggior ragione se non sussistono ostacoli in ordine alla sua pretesa alla restituzione nei confronti del fiduciario: sempre, dunque, in caso di 'fiducia cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent', mentre solo se dispone delle sostanze per saldare il debito garantito in ipotesi di *fiducia cum creditore*⁶⁰. Quanto al riferimento al *dominus* nella prima parte del testo ('cum domino agi potest noxali actione'), l'autore non si orienta – con il Biondi o l'Erbe – nel senso

⁵⁴ W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 82 s.

⁵⁵ B. BIONDI, 'Iudicia bonae fidei', cit., 135.

⁵⁶ Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 22 s.

⁵⁷ Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 22 s. Ritiene si tratti di una glossa anche W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 82, mentre P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 62, parla di un'«aggiunta maldestra».

⁵⁸ Cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 55 s. e 178 s.

⁵⁹ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 56.

⁶⁰ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 179, il quale sottolinea che il fiduciante insolvente, non potendo riottenere lo schiavo dato in garanzia, non avrà alternative – di fronte all'azione nossale esperita nei suoi confronti dal danneggiato – se non quella di versare la pena pecuniaria irrogata.

di considerarlo un inserimento postclassico al posto di *debitor*, ma sostiene che i giuristi romani considerassero (ancora) 'dominus' il fiduciante, per via del fatto che il bene trasferito era idealmente volto a tornare presso la sua sfera giuridica.

Di tutt'altro avviso autori come il Lenel⁶¹, il Sargenti⁶², il Tondo⁶³ e, più di recente, la Bertoldi⁶⁴.

Secondo costoro, il *principium* del brano, nel suo riferirsi al *depositum* e al *commodatum*, non è stato alterato da mano postclassica.

A dire del Tondo, in particolare, Paolo avrebbe nell'occasione chiarito che il deponente e il comodante non soltanto sono passivamente legittimati per il *ius civile* alle azioni nossali intentate dai danneggiati, in quanto proprietari dello schiavo che ha commesso il delitto, ma sono anche esposti alle sanzioni previste in quella parte dell'editto del pretore oggetto delle specifiche attenzioni del giurista severiano ('*quod ad hoc edictum attinet*')⁶⁵ contro il 'dominus' che nega di avere '*in sua potestate servum*'.

Sicché, secondo la ricostruzione degli autori ascritti al gruppo in parola, il testo riprodotto in apertura non concerne la materia fiduciaria.

3.2 La correttezza della lettura di Salvatore Tondo, alla luce delle diverse fasi della procedura nossale e in relazione all'andamento complessivo del brano paolino

A mio avviso, l'orientamento elaborato dal Tondo è quello che si mostra come il più convincente.

Se si osservano i tre paragrafi del testo paolino riprodotto poc' anzi (D. 9.4.22 pr.-2), infatti, ci si rende conto di come tutta la discussione del giurista severiano in tema di legittimazione passiva delle azioni nossali sia condotta prendendo in considerazione due distinti profili: la titolarità del *servus* e la disponibilità di fatto del medesimo. Il primo aspetto viene osservato per determinare il soggetto nei confronti del quale il danneggiato deve agire; il secondo, per individuare come si sarebbe svolta la successiva, complessa procedura.

Come insegna Alberto Burdese⁶⁶, il procedimento nossale si apriva con un'*interrogatio in iure* preliminare, mediante la quale si chiedeva al convenuto se riconosceva la potestà sul soggetto (presunto) autore del delitto: in caso di

⁶¹ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 997.

⁶² M. SARGENTI, *Contributo allo studio della responsabilità nossale in diritto romano*, Pavia, 1949, 111 ss.

⁶³ S. TONDO, '*Pignus*' e '*precarium*', in *Labeo*, V, 1959, 176, nt. 27.

⁶⁴ F. BERTOLDI, *La 'fiducia cum amico'*, cit., 66 ss. Non manca, invero, anche chi – come M. KASER, *Studien*, II, cit., 329 – assume un atteggiamento di particolare prudenza, pur mostrandosi aperto circa la tesi propugnata da questi studiosi.

⁶⁵ Cfr. M. PENNITZ, '*Obligatio domini*' und '*obligatio servi*', in *Drittbeteiligung am Schuldverhältnis*, Heidelberg, 2010, 81 ss., con letteratura.

⁶⁶ Cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 537 s.

risposta negativa, all'attore era concesso un *iudicium sine noxae deditio*⁶⁷; se invece avveniva tale riconoscimento, si prospettavano due alternative. O il soggetto a potestà era presente, e allora il convenuto poteva scegliere se effettuare la *noxae datio* o assumere la difesa del medesimo (sotto la minaccia di essere considerato *indefensus* e dunque esposto alla *missio in bona*)⁶⁸; o, se il soggetto *in potestate* era assente, aveva luogo una seconda *interrogatio in iure*, con cui era chiesto al convenuto se avesse la disponibilità materiale dello schiavo (o del *filius*). In caso di risposta di segno negativo, il pretore lo costringeva – sempre sotto la minaccia della *missio in bona* – a giurare di non avere tale disponibilità e di non essersene privato con dolo; in alternativa doveva assumere il giudizio *sine noxae deditio*. Di converso, se il convenuto avesse risposto positivamente, era tenuto a esibire il *servus* o il *filius* in giudizio, ovvero ad assumersene la difesa in quanto assente.

Restava comunque sempre inteso che se il soggetto in potestà si trovava presso un terzo, il *dominus* aveva a disposizione l'*actio ad exhibendum*⁶⁹ e poteva essere autorizzato dal pretore a impossessarsi con la forza dello stesso⁷⁰.

Ciò acclarato, è più semplice comprendere i diversi passaggi del frammento paolino in esame.

⁶⁷ Ulp. 18 ad ed. D. 9.1.1.15: *Interdum autem dominus in hoc non convenietur, ut noxae dedat, sed etiam in solidum, ut puta si iure interrogatus, an sua quadrupes esset, responderit non esse suam: nam si constiterit esse eius in solidum condemnabitur.*

⁶⁸ Ulp. 23 ad ed. D. 9.4.21 pr.: *Quotiens dominus ex noxali causa convenitur, si nolit suscipere iudicium, in ea causa res est, ut debeat noxae dedere eum, cuius nomine iudicium non suscipitur: aut si id non faciat, iudicium suscipiet omnimodo, sed non alias condemnabitur, quam si in potestate habeat dolove malo fecerit, quo minus haberet.*

⁶⁹ Ulp. 24 ad ed. D. 10.4.3.7: *Si quis noxali iudicio experiri velit, ad exhibendum ei actio est necessaria: quid enim si dominus quidem paratus sit defendere, actor vero destinare non possit nisi ex praesentibus, quia aut servum non recognoscit aut nomen non tenet? nonne aequum est ei familiam exhiberi, ut noxium servum adgnoscat? quod ex causa debet fieri ad designandum eum, cuius nomine noxali quis agit, recensitione servorum facta.*

⁷⁰ Paul. 6 ad ed. D. 2.9.2.1: *Si absens sit servus, pro quo noxalis actio alicui competit: si quidem dominus non negat in sua potestate esse, compellendum putat Vindius vel iudicio eum sisti promittere vel iudicium accipere, aut, si nolit defendere, cauturum, cum primum potuerit, se exhibiturum: sin vero falso neget in sua potestate esse, suscepturum iudicium sine noxae deditio. idque Iulianus scribit et si dolo fecerit, quominus in eius esset potestate. sed si servus praesens est, dominus abest nec quisquam servum defendit, ducendus erit iussu praetoris: sed causa cognita domino postea dabitur defensio, ut Pomponius et Vindius scribunt, ne ei absentia sua noceat: ergo et actori actio restituenda est, perempta eo quod ductus servus in bonis eius esse coepit; Afr. 6 quaest. D. 9.4.28: *Et generaliter si alieni servi nomine, qui tibi iustam servitutem serviret, noxali tecum egerim tuque eum mihi noxae dederis: sive me possidente dominus eum vindicet, exceptione doli mali, nisi litis aestimationem offerat, eum summovere possum, sive ipse possideat, publiciana mihi datur, et adversus excipientem 'si dominus eius sit' utilem mihi replicationem doli mali profuturam et secundum haec usu quoque me capturum, quamvis sciens alienum possideam: alioquin si aliter constituatur, futurum, ut summa iniquitate bonae fidei possessor adficiatur, si, cum ipso iure noxalis actio adversus eum competit, necessitas ei imponatur, ut litis aestimationem sufferat. eademque dicenda sunt et si, cum ab eo non defenderetur, iussu praetoris eum duxerim, quoniam isto quoque casu iustam causam possidendi habeo.**

Paul. 18 *ad ed.* D. 9.4.22.3-4: *Dominus, qui servum in sua potestate esse confitetur, aut exhibere eum debet aut absentem defendere: quod nisi faciat, punitur atque si praesentem non noxae dederit. 4. Si negavit dominus in sua potestate esse servum, permittit praetor actori arbitrium, utrum iureiurando id decidere an iudicium dictare sine noxae deditioe velit, per quod vincet, si probaverit eum in potestate esse vel dolo eius factum, quo minus esset: qui autem non probaverit in potestate adversarii esse servum, rem amittit.*

Ebbene, se si torna ai paragrafi immediatamente precedenti è facile accorgersi di come dapprima (22 pr.) il giurista severiano abbia chiarito che se uno schiavo è in detenzione presso un soggetto terzo (a titolo di deposito o di comodato), il convenuto con l'*actio noxalis* esperita dal danneggiato deve essere il *dominus* dello schiavo ('*cum domino agi potest noxali actione*'): ciò perché '*ei enim servire intellegitur*'. Ad ogni modo, sempre tale soggetto è considerato avere la disponibilità del servo, nonostante si trovi materialmente presso terzi, potendo infatti eventualmente pretendere dal depositario o dal comodatario la restituzione di esso, anche attraverso l'intervento del pretore, come visto sopra (è in questi termini che forse si spiega la frase '*maxime ... hominis*', la quale tuttavia presenta un forte sapore glossematico).

Quindi, Paolo passa ad occuparsi di un caso apparentemente analogo a quello appena esaminato, che vede coinvolto uno schiavo dato in pegno (22.1)⁷¹. Invero, nel paragrafo la posizione del creditore pignoratizio è assimilata a quella del *precario rogans*: tuttavia, convengo con il Sargenti nel ritenere che il discorso paolino si riferisse in origine soltanto all'ipotesi del *pignus* e non anche al *precario*, come si evince dalla disarmonia tra i singolari '*accepit*', '*rogavit*', '*non tenetur*' e i plurali '*possideant*' e '*possident*'⁷² – indici di un malaccorto rimaneggiamento compilatorio –, nonché per il fatto che in altra sede il giurista severiano nega che la *possessio* del *precario rogans* sia *iusta* (Paul. 54 *ad ed.* 41.2.3.5⁷³).

Esclusa dunque tale assimilazione, è facile notare come Paolo abbia sentito l'esigenza di chiarire che nel caso di schiavo in *pignus* la legittimazione passiva dell'azione nossale rimane in capo al proprietario/debitore ('*is qui pignori accepit*

⁷¹ Sul testo, anche per le indicazioni circa la dottrina precedente, cfr. P. BIAVASCHI, *Ricerche*, cit., 288 ss.

⁷² Già segnalata da E. ALBERTARIO, *Distinzioni e qualificazioni in materia di possesso*, in *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1941, 208.

⁷³ Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.3.5: *Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit eum qui precario dederit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit. idem Trebatius probabat existimans posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse. quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat: quod est verius. non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.* Sul tale nodo problematico, cfr. P. BIAVASCHI, *Ricerche*, cit., 288 ss.

... non tenetur noxali actione'). Per quanto riguarda però la disponibilità del *servus*, in relazione alla seconda *interrogatio in iure* compiuta nel relativo procedimento, occorre distinguere: se, infatti, il *dominus* può liberarsi dal debito garantito (disponendo del denaro necessario⁷⁴), allora il *mancipium* potrà essere considerato nella sua sfera di controllo (con conseguente esperibilità, in caso di opposizione del creditore pignoratorio alla consegna, dell'*actio ad exhibendum*, salva sempre la possibilità che il pretore autorizzi l'impossessamento); in caso contrario, l'interesse del garantito prevarrà e il convenuto dovrà assumere il giudizio *sine noxae deditioe* (con conseguente sottoposizione alla sola sanzione pecuniaria, senza facoltà di liberarsi tramite la *noxae datio*).

Solo interpretando in questo modo il passo di Paolo, ora versato in D. 9.4.22 pr.-2, si riescono – a mio avviso – a superare alcune delle contraddizioni, emerse nelle altre tesi dottrinarie, cui era stato posto rimedio, da parti dei rispettivi sostenitori, ipotizzando tagli più o meno ampi operati dai commissari di Triboniano⁷⁵, sostituzioni dei termini in origine utilizzati⁷⁶, inserimenti di glosse⁷⁷, nonché avanzando l'idea per cui i giuristi romani, nell'ambito di un'operazione fiduciaria, continuavano a considerare *dominus* il fiduciante, sebbene si fosse spogliato della proprietà del bene⁷⁸.

Vale la pena di soffermarsi su quest'ultima ricostruzione, valorizzata in particolar modo dal Noordraven⁷⁹, dal Dunand⁸⁰ e dall'Ankum⁸¹.

3.3 Insostenibilità della tesi di Bert Noordraven e di Jean-Philippe Dunand, secondo cui i giuristi romani definissero il fiduciante 'dominus' della 'res fiduciae data'

A dire del Noordraven e del Dunand, il fiduciante continuava ad essere considerato dai giuristi romani 'dominus' della 'res fiduciae data', pur non risultando più proprietario. Ciò emergerebbe da tre frammenti che, secondo tali

⁷⁴ È facile accorgersi di come 9.4.22.3 sia del tutto privo di senso se riferito anche al precario (cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 22): ecco, a mio avviso, un ulteriore elemento che induce ad escludere la genuinità del riferimento a tale figura in 9.4.22.2. Peraltro, la spiegazione circa la *facultas restituendi* sempre contenuta nel 9.4.22.3 mi pare abbia costituito l'ispirazione per quella che reputo essere una glossa inserita nel *principium*: alludo al tratto '*maxime ... hominis*', superfluo rispetto alla vicenda ivi presa in considerazione.

⁷⁵ P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 22 s.

⁷⁶ A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 140, nt. 2; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 82 s.; B. BIONDI, *Tudicia bonae fidei*, cit., 135.

⁷⁷ P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 22 s.; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 82 s.

⁷⁸ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 178 ss.

⁷⁹ J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 244 ss.

⁸⁰ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 178 ss.; J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 244 ss.

⁸¹ H. ANKUM, *L'application de la loi Atinia aux cas de 'furtum pignoris' et de 'furtum fiduciae'*, in *Mélanges offerts à O. Guillot*, Paris, 2006, 17 ss.

autori, si riferirebbero al fiduciante proprio definendolo *dominus*, nonché da almeno altri quattro testi che risponderebbero alla medesima logica.

Occorre partire dal primo gruppo di testimonianze.

Una di esse è il brano di Paolo esaminato al paragrafo precedente (Paul. 18 *ad ed.* D. 9.4.22 pr.).

Sono già state esposte le ragioni per cui chi scrive è propenso ad escludere che trattasse in origine di *fiducia*: sicché il termine '*dominus*' che ivi compare non può giovare alla tesi del Noordraven e del Dunand.

Un secondo testo, sempre di Paolo, è tratto dal quinto libro *ad Plautium* e presenta il seguente tenore:

Paul. 5 *ad Plaut.* D. 13.7.37: *Si [pignus] <fiduciam> mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor, non fuerit eius possessio, cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi.*

Su di esso ci si soffermerà ampiamente sul finire del presente capitolo. Qui si possono anticipare alcuni dei risultati dell'analisi che ivi verrà condotta.

Sembra infatti ragionevole affermare che il brano in parola trattasse effettivamente di *fiducia*, ma al contempo risulta convincente la tesi per cui il termine '*domino*' abbia sostituito un originale '*debitori*'⁸². Dal che discende l'inutilizzabilità anche di questo testo per sostenere la tesi qui aversata.

L'ultimo brano in cui, secondo gli autori ricordati sopra, il fiduciante un tempo proprietario viene chiamato ancora *dominus*, nonostante l'avvenuta *mancipatio*, appartiene ad Ulpiano ed è stato oggetto di vaste attenzioni in dottrina⁸³.

⁸² V. *infra*, in questo capitolo, par. 12.

⁸³ Cfr. F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur 'actio furti' im klassischen römischen Recht*, in ZSS, XXXII, 1911, 54 s.; W.W. BUCKLAND, *L'intérêt dans l'actio furti en droit classique*, in RHDFE, XLI, 1917, 41 ss; F. HAYMAN, *Studien zum römischen Obligationenrecht*, in ZSS, XL, 1919, 216; G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I. La responsabilità per custodia*, Milano, 1938, 242; H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, in ZSS, LXV, 1947, 145; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1958, 95 nt. 3; J.A.C. THOMAS, '*Furtum pignoris*', in TJ, XXXVIII, 1970, 142 ss.; ID., '*Furtum pignoris*': a Commentary on the Commentaries, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, I, Milano, 1982, 595 s.; D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen, 1972, 46, nt. 48, 104, nt. 95, 131, nt. 259; S. TAFARO, *La 'interpretatio' ai 'verba' 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli, 1980, 180 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, Bari, 1982, 676 e 694; M. KASER, *Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht III)*, in *Studien zum römischen Pfandrecht. Neudrucke mit Nachträgen des Verfassers*, Napoli, 1982, 195 s. (già in SDHI, XLV, 1979, 1 ss.); ID., '*Furtum pignoris*' und '*furtum fiduciae*', in ZSS, XCIX, 1982, 246 ss.; H. ANKUM, '*Furtum pignoris*' und '*furtum fiduciae*' (I), in RIDA, XXVI, 1979, 155; ID., '*Furtum pignoris*' und '*furtum fiduciae*' (II), in RIDA, XXVII, 1980, 100 ss.; ID., '*Furtum pignoris*' dans le texte d'Ulpian, cit., 185 s.; P. VOCI, '*Diligentia*', '*custodia*', '*culpa*'. I dati fondamentali, in

Si tratta di

Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47.2.14.6: *Idem [scil. Papinianus] scribit, si, cum mihi decem deberentur, servus pignori datus subtractus sit, si actione furti consecutus fuero decem, non competere mihi furti actionem, si iterum subripiatur, quia desiit mea interesse, cum semel sim consecutus. hoc ita, si sine culpa mea subripiatur: nam si culpa mea, quia interest eo quod teneor pigneraticia actione, agere potero. quod si culpa abest, sine dubio domino competere actio videtur, quae creditori non competit. quam sententiam Pomponius quoque libro decimo ad Sabinum probat.*

Il brano si inserisce in una lunga trattazione in cui il giurista di Tiro si sofferma sulle conseguenze del *furtum pignoris*, in specie circa la legittimazione passiva, e gli eventuali suoi limiti, all'*actio furti*, e in ordine ai criteri di determinazione della relativa *litis aestimatio*⁸⁴.

Era questo un tema oggetto di accese discussioni tra i *prudentes*, come tra l'altro risulta dal richiamo fatto da Ulpiano, nel passo appena riprodotto, alle opinioni di Papiniano e di Pomponio⁸⁵.

Ebbene, analizzando alcune fattispecie di furto di schiavi dati in pegno, Ulpiano si sofferma sul caso di un creditore pignoratizio cui è stato sottratto uno schiavo e che, esperita l'*actio furti*, ha ottenuto una somma pari al credito garantito. Riottenuto il *servus*, questo gli viene nuovamente sottratto e si pone il problema di capire se il creditore possa o meno esperire nuovamente l'*actio furti*. Ulpiano esclude questa possibilità, in quanto a suo dire è venuto meno l'interesse per cui gli è concessa la legittimazione attiva all'azione penale suddetta, ossia il conseguimento del credito garantito ('*non competere mihi furti actionem, si iterum subripiatur, quia desiit mea interesse*'). Tuttavia, continua il giurista di Tiro, questa soluzione vale soltanto se la seconda sottrazione non è stata determinata dal concorso colposo del creditore stesso: in caso contrario, quest'ultimo potrà esperire, per una seconda volta, l'*actio furti*. Ad ogni modo, se tale *culpa* manca, non v'è alcun dubbio che quell'azione che non compete al creditore spetti al proprietario ('*quod si culpa abest, sine dubio domino competere actio videtur, quae creditori non competit*'). Si tratta di un'opinione che Ulpiano ci fa sapere essere condivisa anche da Pomponio.

Ben scrive a riguardo Monica de Simone che «in questo caso ad essere riconosciuto meritevole di tutela è l'interesse del creditore pignoratizio a conseguire una somma tale da indennizzarlo di quanto sarà costretto a pagare, in

SDHI, LVI, 1990, 71, nt. 43; M. DE SIMONE, '*Litis aestimatio*' e '*actio pigneraticia in rem*'. A proposito di D. 20.1.21.3, Torino, 2007, 173 ss.

⁸⁴ Intorno a tali problemi è di recente tornata M. DE SIMONE, '*Litis aestimatio*', cit., 45 ss., al cui lavoro si rinvia anche per la raccolta e il commento di tutta la letteratura precedente.

⁸⁵ Cfr. M. DE SIMONE, '*Litis aestimatio*', cit., 171 ss.

sede di *actio pigneraticia in personam*, al debitore pignorante di fronte al quale egli è appunto responsabile per il suo comportamento colposo»⁸⁶.

E si tratta di una soluzione che si pone perfettamente in armonia con quanto riferito dallo stesso Ulpiano nei seguenti testi, che racchiudono i due tratti fondamentali della costruzione elaborata dal giurista di Tiro – aderente a quanto sostenuto da Giuliano, Papiniano e Pomponio, ma contro l'opinione di Paolo⁸⁷ – in tema di repressione del *furtum pignoris*.

Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47.2.12.2: *Sed et si res pignori data sit, creditorum quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit: quin immo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem, et ita Iulianus scripsit. nec non et ipsi domino dari placet, et sic fit, ut non teneatur furti et agat. ideo autem datur utrique, quia utriusque interest. sed utrum semper creditoris interest an ita demum, si debitor solvendo non est? et putat Pomponius semper eius interesse pignus habere, quod et Papinianus libro duodecimo quaestionum probat: et verius est ubique videri creditoris interesse, et ita et Iulianus saepissime scripsit.*

e

Ulp. 42 *ad Sab.* D. 47.2.46.4: *Et si quis proposuerit hunc servum etiam pigneratum esse, eveniet, ut etiam is qui pignori accepit habeat furti actionem: hoc amplius etiam debitor, si modo plus valeat, quam pro pignore debetur, habet furti actionem.*

Non è questa la sede per dilungarsi troppo su tali aspetti. Basta per ora segnalare che per Ulpiano l'*actio furti* contro il ladro di una cosa data in garanzia è esperibile tanto dal proprietario/debitore quanto dal creditore pignoratizio (da quest'ultimo persino nei confronti del primo), ma vi è un limite all'*aestimatio* giudiziale, che deve commisurarsi al relativo interesse. Sicché, per il creditore pignoratizio la condanna non potrà eccedere il valore del credito garantito, per il proprietario/debitore il limite è rappresentato dalla differenza tra il valore della cosa data in pegno ed il debito⁸⁸.

In base a queste considerazioni, è facile accorgersi di come le 'due' azioni di furto della cui legittimazione attiva in capo al creditore discute Ulpiano in D. 47.2.14.6 si fondino sempre sull'interesse di tale soggetto, ma secondo due differenti prospettive: nell'un caso, questo interesse coincide con il conseguimento del credito garantito; nell'altro caso, l'interesse si fonda sulla

⁸⁶ M. DE SIMONE, 'Litis aestimatio', cit., 174.

⁸⁷ Paul. 5 *ad Sab.* D. 47.2.15 pr.: *Creditoris, cuius pignus subreptum est, non credito tenus interest, sed omnimodo in solidum furti agere potest: sed et pigneraticia actione id quod debitum excedit debitori praestabit.*

⁸⁸ Cfr. M. DE SIMONE, 'Litis aestimatio', cit., 162 ss.

(possibile) responsabilità discendente dalla violazione delle obbligazioni che sorgono dal contratto di pegno. Da qui, l'attenzione del giurista di Tiro alla sussistenza della *culpa* del creditore pignoratizio rispetto al compimento del furto⁸⁹.

Per tali ragioni, non mi pare indispensabile – come invece ritengono il Kaser⁹⁰, l'Ankum⁹¹, il Noordraven⁹² e il Dunand⁹³ – ricondurre il frammento alla materia fiduciaria, ben potendosi spiegare, ed anzi ponendosi in perfetta continuità, con gli altri testi di Ulpiano citati e dedicati sicuramente al *pignus*⁹⁴.

In conseguenza di ciò, si può escludere che il terzo passo da cui il Noordraven e il Dunand hanno tratto la convinzione per cui il fiduciante era considerato dai giuristi classici *dominus* sostanziale rispetto alla *res fiduciae data* sia adducibile a sostegno della loro ricostruzione.

Si possono ora brevemente considerare gli altri testi che non contengono la (presunta) concessione *dominus*-fiduciante, ma che per gli autori appena menzionati recano un contenuto rispondente alla medesima logica.

Uno dei testi citati è già stato analizzato al par. 2 del presente capitolo. Si tratta di Afr. 8 *quaest.* D. 13.7.31, la cui disamina ha portato ad affermare che effettivamente esso riguardava in origine la *fiducia*. Da tale brano, tuttavia, non si può trarre in generale la conclusione – come invece fa il Dunand – per cui «la responsabilité du fiduciant pour les actes illicites de l'esclave continue, en effet, à exister après le transfert fiduciaire de celui-ci»⁹⁵, e da qui concludere leggendo una conferma per cui il fiduciante rimane 'proprietario' della *res fiduciae data*.

Il testo, infatti, si limita a prendere in considerazione i rapporti *inter partes*, chiarendo soltanto che il fiduciante, nel caso in cui il servo trasferito abbia commesso un furto nei confronti del fiduciario, possa liberarsi dall'obbligo di riparare il danno causato dal *mancipium* 'abbandonandolo' *pro noxae dedito*.

Un altro frammento che viene valorizzato è di Pomponio.

Pomp. 35 *ad Sab.* D. 50.16.181: *Verbum illud 'pertinere' latissime patet: nam et eis rebus petendis aptum est, quae dominii nostri sint, et eis, quas iure aliquo*

⁸⁹ Secondo A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 438 s., «il creditore pignoratizio risponde, come il comodatario, nei limiti della colpa e della *custodia*, in vista dell'interesse che egli ha, concorrente con quello del debitore, alla conclusione del contratto».

⁹⁰ M. KASER, *Besitzpfand*, cit., 195 s.; ID., 'Furtum pignoris', cit., 246 ss.

⁹¹ H. ANKUM, 'Furtum pignoris' und 'furtum fiduciae' (I), cit., 155; ID., 'Furtum pignoris' und 'furtum fiduciae' (II), cit., 106 ss.; ID., 'Furtum pignoris' dans le texte d'Ulpian, cit., 185 s.

⁹² B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 211 ss.

⁹³ J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 247 s.

⁹⁴ Sono di questa opinione, ad esempio, J.A.C. THOMAS, 'Furtum Pignoris', cit., 142 ss.; ID., 'Furtum pignoris': a Commentary, cit., 595 s.; M. DE SIMONE, 'Litis aestimatio', cit., 173 ss. e nt. 235; L. PARENTI, *Notazioni sulla legittimazione attiva all'actio furti per i frutti del fondo dato in locazione al colono*, in *Sem. Compl.*, XXVIII, 2015, 798 e nt. 37.

⁹⁵ J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 246.

possideamus, quamvis non sint nostri dominii: pertinere ad nos etiam ea dicimus, quae in nulla eorum causa sint, sed esse possint.

Ivi si legge che la parola *'pertinere'* presenta una vasta gamma di significati, andando ad indicare tanto le cose di cui siamo proprietari, quanto quelle che – pur essendo di altri – comunque possediamo; inoltre, il giurista rileva come si è soliti usare l'espressione *'pertinere ad nos'* anche per tutto ciò che non rientra in tali categorie, ma che potrebbe ricadervi in seguito.

Non vi sono indici (formali, palinogenetici, contenutistici) di alcun tipo per collegare questo testo alla materia fiduciaria (del resto dubbioso a riguardo è anche il Noordraven⁹⁶). Oltre a ciò, il brano ha una portata talmente generica da non presentare rilevanza rispetto alla tesi che si sta qui criticando, checché ne dica il Dunand⁹⁷.

Occorre ora soffermarsi su un testo di Papiniano, che buona parte della dottrina considera riferirsi alla *fiducia* e non, come si legge nell'attuale stesura, al *pignus*.

Pap. 7 resp. D. 33.10.9.2: *Supellectili sua omni legata acceptum argentum pignori non continebitur, quia supellectilem suam legavit, utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed propositum (si legga: repositum)⁹⁸ propter contractus fidem ac restituendae rei vinculum.*

Papiniano è chiamato a risolvere il dubbio se nell'oggetto di un legato di ogni suppellettile del testatore (*'supellectili sua omni legata'*) sia ricompreso o meno l'*argentum* che lo stesso ha ricevuto quale creditore pignoratizio (*'acceptum argentum pignori'*). La questione attiene dunque all'interpretazione della volontà testamentaria del *de cuius* e riguarda, più da vicino, cosa si debba intendere per suppellettile e per *argentum* in relazione ad un'attribuzione *mortis causa* a titolo particolare.

Per il giurista severiano, l'*argentum* non deve ritenersi rientrante nella *supellex* legata, in quanto il disponente ha fatto esplicito riferimento solo a beni di sua esclusiva proprietà (*'quia supellectilem suam legavit'*), quale non è l'argenteria ricevuta a scopo di garanzia pignoratizia (di cui rimane titolare il debitore). Ciò è ancora più sicuro (*'utique si'*) se di detti beni il creditore non avesse fatto uso – perché il debitore non gli aveva concesso tale facoltà (*'utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit'*) –, ma pure in ragione della *fides* e del vincolo restitutorio in capo all'accipiente, ambedue inerenti al

⁹⁶ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 31.

⁹⁷ J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 248.

⁹⁸ Cfr. TH. MOMMSEN - P. KRÜGER, *Corpus Iuris Civilis. I. Institutiones. Digesta*, Berolini, 1922, 518 nt. 17; P. OERTMANN, *Die Fiducia*, cit., 37 ss.; C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 58; P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 11; A. BISCARDI, *Appunti*, cit., 47; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 163, nt. 15.

contratto stipulato tra questi e il garante e collegati alla circostanza per cui l'*argentum* era *repositum* presso il *de cuius* ('*propter contractus fidem ac restituendae rei vinculum*').

Il brano, nella sua attuale formulazione, ha dato vita in dottrina ad un vivace dibattito – che per limiti di spazio non è possibile qui ripercorrere –, tanto in ordine alle eventuali manipolazioni di cui potrebbe essere stato vittima, quanto (ma i due profili, naturalmente, sono tra loro strettamente intrecciati) in relazione alla concreta fattispecie e ai relativi problemi giuridici affrontati da Papiniano⁹⁹.

⁹⁹ Sovente la letteratura ha escluso, forse in maniera fin troppo rapida, la ricostruzione – pur assai autorevolmente sostenuta (cfr. A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 145; C. FERRINI, *Le presunzioni in diritto romano*, in *Opere di C. Ferrini. III. Studi vari diritto romano e moderno (sulle obbligazioni, sul negozio giuridico, sulle presunzioni)*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929, 421, nt. 1 [già in *RISG*, XIV, 1892, 258 ss.]; P. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα. Storia e dottrina dei contratti innominati*, II, Pavia, 1916, 428; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 15) – secondo cui anche il testo originario di Papiniano, al pari di quello trasmessoci dai *Digesta* giustinianeî, si occupasse di *pignus*. Invero non è di per sé una possibilità impossibile da immaginare (cfr. F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 157): tuttavia, mi pare che vi siano comunque buone ragioni che inducono ad escludere una simile eventualità. In primo luogo, depone a mio avviso contro tale congettura l'alto numero di nodi problematici – molti peraltro costituenti al tempo di Papiniano *ius controversum* – che il giurista avrebbe dovuto affrontare, o quantomeno illustrare, sia pur stringatamente, per pervenire alla soluzione del caso. Problemi la cui soluzione non può racchiudersi in quella spiegazione, dai tratti notevolmente tautologici, costituita dal '*quia supellectilem suam legavit*'. Infatti, se l'*argentum* fosse stato posseduto dal *de cuius* a titolo di pegno, si sarebbe posto il problema della qualificazione del legato di suppellettile dallo stesso disposto, dell'eventuale trasformazione dello stesso, qualora *per vindicationem*, in legato *per damnationem* – giusta la previsione del senatoconsulto neroniano –, e dunque delle regole di validità del legato di cosa altrui. A ciò si aggiunga un ulteriore elemento: visto che il *de cuius* ha disposto di ogni *supellex* – e dunque di un insieme di cose generiche – '*sua*', dovrebbero altresì venir prese in considerazione tutte quelle discussioni circa la valenza dell'espressione '*qui meus est*' (quale *condicio* dell'attribuzione o mera sua *demonstratio*), che per lungo tempo avevano impegnato i giuristi romani. Basti qui ricordare, a titolo paradigmatico, Pomp. *ad. Q. Mucium* D. 32.85, ove Pomponio ricorda un'elegante distinzione (che egli pur finisce col respingere) in base alla quale l'espressione '*qui meus est*', ove apposta ad un'attribuzione relativa ad un *corpus certum*, vale come *demonstratio*, mentre quanto accompagna la disposizione di un *corpus incertum* (come *vestem* o *vinum*) rilevava come *condicio*, «con la conseguenza che l'espressione *qui meus est* non è accessoria, ma essenziale, concorrendo con l'indicazione principale ad individuare l'oggetto della disposizione» (così O. FORZIERI VANNUCCHI, *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana*, Milano, 1973, 140, alle cui pagine si rinvia per maggiori approfondimenti, senza dimenticare però G. SCIASCIA, '*Elegantiae iuris*', cit., 387 s.; P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 254 s. e nt. 19; M. BRETONI, '*Consortium*' e '*communio*', in *Labeo*, VI, 1960, 190 s.; P. FREZZA, *Giurisprudenza e prassi notarile nelle carte italiane dell'Alto Medioevo e negli scritti dei giuristi romani*, in *BIDR*, XLII, 1976, 223 s.; N. RAMPAZZO, *La 'falsa demonstratio' e l'oggetto dei legati*, in *Index*, XXIX, 2001, 269 ss. e nt. 75). Non sembrano essere stati questi, tuttavia, i problemi su cui voleva concentrarsi Papiniano, come si coglie dai passi che precedono quello in esame. Il suo obiettivo era invero quello di valutare il rapporto tra categorie di beni simili, rispetto ad una manifestazione di volontà testamentaria. In quest'ottica, il contenuto di D. 33.10.9.2 appare maggiormente vicino a queste questioni se in origine avesse avuto al centro un problema in materia di *fiducia*, in cui la cosa trasferita in dipendenza di tale operazione ricadeva tra i beni di proprietà del testatore, sicché diveniva arduo determinare se essa fosse o meno ricompresa tra quelli di cui aveva disposto *mortis causa* (secondo R. FERCIÀ, '*Fiduciam contrahere*', cit., 9, inoltre, se il titolo della garanzia fosse stato appunto un *pignus*, una *quaestio voluntatis* – quale è quella che emerge nel tratto '*utique ...*

Se si osserva l'intera vicenda esaminata sulla scorta dell'opinione in letteratura maggioritaria per cui Papiniano si stava qui occupando di *fiducia*, è facile accorgersi del percorso logico seguito dal giurista nell'interpretare i *verba* 'supellex sua omnis' del testatore. L'*argentum* di cui il *de cuius* è proprietario in quanto fiduciario¹⁰⁰, infatti, non rientra nel legato di suppellettile dallo stesso disposto. E ciò, non tanto perché quella *res* non è 'sua' – in quell'accezione 'piena' (ossia non erosa dal vincolo di restituzione gravante sul medesimo) sostenuta dal

vinculum' – funzionale ad individuare esattamente l'oggetto – non l'efficacia – della disposizione non si sarebbe verosimilmente nemmeno posta»). Si rammenti, peraltro, che non era certo un evento così raro quello per cui un *de cuius*, violando gli impegni assunti con il fiduciante, attribuisse delle *res fiduciae causa acceptae* tramite legato (che risultava valido): in Paul. Sent. 2.13.6, infatti, si legge che in suddetta ipotesi l'*actio fiduciae* sarebbe spettata al fiduciante nei confronti di tutti gli eredi (subentranti al posto del creditore fiduciario: *Si creditor rem fiduciae datam uni ex heredibus vel extraneo legaverit, adversus omnes heredes actio fiduciae competit*. Sul testo, cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 162). Sarebbe a questo punto possibile sollevare un'obiezione, sulla scorta di quell'indirizzo dottrinario che reputa la *fiducia* applicabile soltanto alle *res Mancipi* (cfr. A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 143; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 13 ss.): considerato come l'argenteria non rientri in tale categoria di beni, si dovrebbe concludere nel senso che il testo di Papiniano vertesse anche in origine in tema di *pignus*. Sennonché, la tesi di fondo su cui poggia una simile controdeduzione, invero, presta il fianco a più di una critica, come infatti non ha mancato di evidenziare C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 55 ss.: innanzitutto, nessun testo pervenutoci ci dà notizia espressa che l'operazione in parola trovasse spazio solo rispetto a *res Mancipi*; in secondo luogo, l'assenza di documentazione epigrafica circa tale evenienza si spiega perché l'*in iure cessio*, cui necessariamente doveva farsi ricorso per tal genere di beni, era compiuta avanti a un magistrato (e dunque non c'era bisogno di documentazione a fini probatori, come invece avveniva per la *mancipatio*). Infine, vi sono almeno due testi che inducono fermamente a credere che fosse possibile alienare fiduciariamente (anche) *res nec Mancipi*. Uno è ancora di Papiniano, su cui ci si soffermerà ampiamente in tema di *fiducia* finalizzata a realizzare un'operazione di *donatio mortis causa* (Pap. 13 *resp.* D. 39.6.42 pr., su cui v. *infra*, cap. IV, par. 1); l'altro è di Ulpiano e riguarda un caso di perle date in garanzia – a quanto naturalmente si legge ora – pignoratizia, ma per come la vicenda è prospettata viene difficile non riportare il tutto ad una questione in materia fiduciaria. Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.8: *Item quaeritur, si uniones tibi [pignori] <fiduciae> dederit et convenerit, ut soluta pecunia redderentur, et hi uniones culpa tua perierint et pecuniam petas. exstat Nervae et Atilicini sententia dicentium ita esse excipiendum: SI INTER ME ET TE NON CONVENIT, UT SOLUTA PECUNIA UNIONES MIHI REDDANTUR: sed est verius exceptionem doli mali nocere debere*. Sul testo si sono soffermati, tra gli altri, C.A. CANNATA, 'Exceptio doli generalis' e diritti reali, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, 265 ss. (ora anche in *Scritti scelti di diritto romano*, I, Torino, 2012, 571 ss.); R. FERCIÀ, 'Fiduciam contrahere', cit., 179 ss., i quali ritengono plausibile lo scambio tra *fiducia* e *pignus* (il secondo autore, peraltro, reputa il passo di Ulpiano fortemente accorciato dai compilatori, con argomentazioni che mi pare colgano nel segno: in particolare, sarebbe saltata una parte tra 'petas' e 'exstat' e tra 'reddantur' e 'sed'); di diverso avviso invece W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 13.

¹⁰⁰ Tanto *cum amico*, quanto *cum creditore* – aggiungerei –, anche se il passo si limita a contemplare quest'ultima ipotesi: non ravviso tuttavia elementi che precludano di estendere ad ambedue le declinazioni della *fiducia* il ragionamento svolto dal giurista severiano. Del resto ritengo che la dicotomia sia soltanto apparente, trattandosi di espressioni meramente descrittive, volte ad indicare in maniera brevilocuente operazioni di trasferimento fiduciario la cui *utilitas* è, rispettivamente, del fiduciante o del fiduciario: su ciò, v. *infra*.

Fercia¹⁰¹, sulla scorta di uno spunto offertogli già dal Frezza¹⁰², e valorizzata dal Noordraven e dal Dunand a suffragio del loro punto di vista –, bensì perché una *res* di cui non è lecito servirsi non può rientrare nella nozione di *supellex*: ancor meno se è d'argento (rispetto alla quale l'utilizzo effettivo era fondamentale per il relativo 'spostamento' dalla categoria dell'*argentum* a quella della *supellex*¹⁰³).

Sicché, non ritengo corretto affermare che in questo passo il riferimento all'*usus*' sia «criptico»¹⁰⁴, come invece sostiene il Fercia, in quanto è proprio in relazione a tale elemento che ruota, in generale, la nozione di suppellettile ed è su tale circostanza che poggia l'ingresso in essa di beni d'argento funzionali alla vita domestica. Si consideri poi che è appunto sulla scorta della concessione di tale *usus* ('*utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed [re]positum*') che Papiniano, rispetto al caso di specie, ravvisa un argomento particolarmente solido a sostegno della soluzione così stringatamente prospettata in apertura, per cui l'argento non rientra nella suppellettile ('*supellectili sua omni legata acceptum argentum <fiduciae> non continebitur*'). Il giurista, invero, si riferisce al debitore e al creditore, ma il medesimo discorso si può applicare qualora la *fiducia* fosse stata conclusa a scopo di deposito – senza cioè la facoltà d'uso a favore del fiduciario –, come peraltro il participio *repositum* mi pare possa richiamare alla mente.

Non credo poi che la soluzione fosse automaticamente di segno opposto nel caso in cui l'uso della *res* fosse stato invece concesso al fiduciario. La soluzione papiniana d'apertura è netta nell'escludere l'inclusione e l'*utique si* da questi

¹⁰¹ Cfr. R. FERCIA, 'Fiduciam contrahere', cit., 10.

¹⁰² P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 11 e nt. 1.

¹⁰³ Per i giuristi romani la nozione di suppellettile è caratterizzata da due elementi, che necessariamente devono coesistere. Da un lato, infatti, è *supellex* tutto ciò che serve all'uso quotidiano del *pater familias* (l'esclusione degli *instrumenta villae* dalla suppellettile, di cui Alf. 2 *dig. a Paul. ep. D. 33.7.16 pr.*, si spiega appunto in ragione del fatto che tali attrezzi giovavano solo indirettamente il *pater*: cfr. R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, Padova, 1969, 287) per la sua vita domestica (elemento positivo); dall'altro, la *res* non deve far parte di una diversa categoria economico-sociale (elemento negativo), come la *penus* (Ulp. 22 *ad Sab. D. 33.9.3 pr.*, ove è raccolta la nozione di Quinto Mucio; 22 *ad Sab. D. 33.9.3.9*, per il diverso punto di vista di Rutilio e Sesto Elio Peto; Gell. 4.1.17), l'*ornamentum* (Ulp. 44 *ad Sab. D. 34.2.25.10*) o l'*argentum*, tanto lavorato (Ulp. 44 *ad Sab. D. 34.2.27.6*), quanto grezzo (Ulp. 20 *ad Sab. D. 34.2.19.11*), per le ragioni esposte da Paul. 2 *ad Vit. D. 32.78.4*. In relazione a ciò, la giurisprudenza d'età repubblicana negava che la suppellettile potesse essere d'argento, come si evince Paul. 4 *ad Sab. D. 33.10.3.5*, ove il giurista menziona il regime più antico (in parte superato da quello a lui contemporaneo), che trovava giustificazione nell'austerità che contraddistingueva la vita familiare del tempo ('*secundum saeculi severitatem*'). Già forse con Tuberone comincia a farsi spazio un punto di vista che si discosta dal passato e che apre alla possibilità che singoli beni d'argento potessero venir inclusi nella suppellettile. Assai meno dubbiosi circa tale allargamento sono Cels. 19 *dig. D. 33.10.7.1*, Pap. 7 *resp. D. 33.10.9.1*, Paul. 4 *ad Sab. D. 33.10.3.3*, Ulp. 20 *ad Sab. D. 34.2.19.8*, Mod. 9 *resp. D. 33.10.8*, che valorizzano l'uso nella vita quotidiana dei beni stessi per determinare se rientrino nella *supellex*, pur se d'argento, o esclusivamente nella categoria dell'*argentum*.

¹⁰⁴ R. FERCIA, 'Fiduciam contrahere', cit., 9.

adoperato lo leggerei nel significato di 'assolutamente se' o 'a maggior ragione se'. Con il che, mi sembra che la parte finale del passo – costituita dal segmento '*propter contractus fidem ac restituendae rei vinculum*', di cui, sulla scia del Fercia, sono propenso ad ammetterne la classicità¹⁰⁵ – vada riferita proprio alla prima fase dello stesso e costituisca un elemento generale di presunzione della volontà del testatore: nel senso che interpretare i *verba* del legato in modo da ricomprendervi anche i beni d'argento di cui il *de cuius* è proprietario (fiduciario) significa attribuirgli una *voluntas* confliggente con gli impegni assunti tramite l'operazione fiduciaria in precedenza perfezionata (con effetti, peraltro, nei confronti di tutti gli eredi: v. Paul. Sent. 2.13.6).

Non credo sia poi un caso che Papiniano, accanto al '*restituendae rei vinculum*' (il quale di per sé andrebbe a costituire quel supposto dominio 'eroso' che non sarebbe ricompreso nel legato di '*supellex sua omnis*'), richiami anche la *fides* contrattuale, in grado a mio avviso di abbracciare così le diverse funzioni – e i correlativi obblighi – che le operazioni di trasferimento fiduciario erano in grado di assolvere.

Da quanto sin qui riferito, non mi pare pienamente convincente la costruzione del Dunand¹⁰⁶ – basata su uno spunto del Frezza¹⁰⁷ e condivisa Fercia¹⁰⁸ – circa un uso 'pregnante' del possessivo '*sua*', ad indicare il permanere in capo al fiduciante dell'appartenenza sostanziale dei beni da lui trasferiti¹⁰⁹.

In quest'ottica, non ritengo neppure che possa essere valorizzato il fatto che Gaio utilizzi l'aggettivo '*nostrae*' per indicare le *res* trasferite al fiduciario a scopo di deposito in Gai 2.60 ('*fiducia contrahitur ... cum amico, quo tutius nostrae res*'): ciò si spiega perché il giurista antoniniano sta illustrando le possibili funzioni che la *fiducia* poteva realizzare, e dunque osserva il presente con un occhio rivolto al futuro. Da qui il riferimento alla *res* come (ancora) *nostrae*.

Peraltro, si rammenti che sempre Gaio, occupandosi di legato *per praeceptionem*, rilevava come non fosse possibile in generale legare ciò che non

¹⁰⁵ R. FERCIA, '*Fiduciam contrahere*', cit., 11. *Contra* P. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα*, II, cit., 428; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 14 ss.

¹⁰⁶ J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 248, nt. 1023.

¹⁰⁷ P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 23.

¹⁰⁸ Cfr. R. FERCIA, '*Fiduciam contrahere*', cit., 8 ss., secondo il quale (p. 10), «se si considera che non può considerarsi *supellex* – e quindi oggetto del legato – una *res* che non sia *in usu*, Papiniano sembra qui semplicemente avvalorare la sua interpretazione dei *verba* adoperati dal testatore; sicché la limitazione del significato di '*sua*' alla sola *supellex* di cui il *de cuius* avesse il 'pieno' *dominium* – non 'eroso', cioè, seppur solo sul piano patrimoniale, dalla vigenza dell'obbligazione restitutoria –, e con esso l'*usus*, che costituisce il presupposto perché possa discutersi di un legato di *supellectiles*, viene affermata 'a maggior ragione' (*utique*) ove il debitore non abbia autorizzato l'*usus* stesso».

¹⁰⁹ M. TALAMANCA, *Recensione* a P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., in *Iura*, XV, 1964, 376, reputa sostenibile la tesi per cui D. 33.10.9.2 si riferisse in origine alla *fiducia* anziché al pegno, ma critica l'idea del Frezza circa la pregnanza appena vista dell'aggettivo '*suam*' nel contesto in parola.

era del testatore (pena l'inutilità dell'attribuzione per il *ius civile*), ma erano previste alcune eccezioni, come ad esempio in ipotesi di *res* trasferita fiduciariamente al creditore, che egli definisce esplicitamente *res alienae* (Gai 2.220, ma anche con riguardo all'*usureceptio* del fiduciante Gaio parla di '*rem alienam usucapit*')¹¹⁰.

Se è pur vero che rimanevano alcune prerogative al fiduciante, anche in ordine ai poteri di disposizione del bene trasferito *fiduciae causa*, non mi pare condivisibile la tesi sostenuta dal Dunand e dal Noordraven circa la presunta considerazione dello stesso, da parte dei *prudentes*, quale '*dominus*' sostanziale del bene un tempo suo.

Si può quindi passare all'analisi di altri testi che parte della dottrina ha ricondotto alla *fiducia* attuata a scopo di deposito.

4 *L'acquisto di una 'res fiduciaria' da parte dello schiavo comune in Pomp. 26 'ad Sab.' D. 45.3.6*

Tra le testimonianze che la dottrina ritiene comprovino l'uso della *fiducia* a scopo di deposito e di comodato si suole annoverare anche il seguente passo di Pomponio.

Pomp. 26 *ad Sab.* D. 45.3.6: *Ofilius recte dicebat <servus communem> et [per traditionem] <fiduciae causa mancipio> accipiendo [vel deponendo commodandoque] posse soli ei adquiri, qui iussit: quae sententia et Cassii et Sabini dicitur.*

Si tratta di un frammento che ha certamente subito diversi rimaneggiamenti ad opera dei commissari di Triboniano. Prima di vagliare le varie proposte ricostruttive del dettato originale avanzate dai cultori della scienza romanistica, occorre individuare il contesto in cui esso ora trova posto.

A tal proposito, è sufficiente posare lo sguardo sul testo di Ulpiano immediatamente precedente.

Ulp. 48 *ad Sab.* D. 45.3.5: *Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore: et ideo si quid stipulatur vel quaqua alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro parte, qua dominium in eo habent. licet autem ei et nominatim alicui ex dominis stipulari vel traditam rem accipere, ut ei soli*

¹¹⁰ Cfr. F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 147 ss., che richiama anche Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 10.2.28: *Rem pignori creditori datam si per praeceptionem legaverit testator, officio iudicis continetur, ut ex communi pecunia luatur eamque ferat is cui eo modo fuerat legata*, brano che andrebbe anch'esso ricondotto alla materia fiduciaria (così già W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 80; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 173).

adquirat. sed si non nominatim domino stipuletur, sed iussu unius dominorum, hoc iure utimur, ut soli ei adquirat, cuius iussu stipulatus est.

Ivi si discute degli effetti determinati dagli acquisti operati da un servo comune rispetto ai patrimoni dei comproprietari e, in particolare, circa la rilevanza che poteva presentare in tale dinamica, da un lato, la *contemplatio domini*, dall'altro, il *iussum* di uno soltanto dei comproprietari rispetto all'operazione negoziale poi perfezionata dal *servus*¹¹¹.

La questione, ci ricorda Gaio¹¹², era oggetto di vivace discussione tra sabiniani e proculiani: i primi infatti riconoscevano – mentre i secondi negavano – «che il condomino iubente escludesse dall'acquisto il contitolare»¹¹³.

Ebbene, si suole affermare che la regola sabiniana risalisse ad Ofilio, giurista attivo nel I secolo a.C., che fu allievo di Servio Sulpicio Rufo¹¹⁴: ciò, sulla scorta proprio del frammento di Pomponio riprodotto in apertura di paragrafo, ossia D. 45.3.6.

Questo testo, nella sua attuale stesura, si presenta tuttavia ricco di incongruenze.

Nel brano manca innanzitutto ogni accenno al '*servus communis*', che il Beseler¹¹⁵ e il Bretone¹¹⁶, in maniera a mio avviso condivisibile, inseriscono. Lo studioso tedesco elimina inoltre il '*recte*', reputandolo di mano compilatoria: in effetti, in altri luoghi della compilazione, Pomponio mostra di seguire la tesi proculiana, e non quella sabiniana elaborata da Ofilio, circa il regime degli acquisti del *servus communis* (Vat. Fragm. 75.4; Pomp. 9 *ad Sab.* D. 45.3.17)¹¹⁷. Infine corretta appare anche la sostituzione di '*dicitur*' con '*fuit*'¹¹⁸.

Quanto al riferimento al *depositum* e al *commodatum*, vi sono io credo pochi dubbi circa la loro origine spuria: innanzitutto, depone in questo senso l'anomala

¹¹¹ Cfr., in materia, M. BRETONE, '*Servus communis*'. *Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica*, Napoli, 1958, 86 s.; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica. II sec. a.C. - II sec. d.C.*, Milano, 1984, 107 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo 'iussum domini' alla 'contemplatio domini'*. *Contributo allo studio della storia della rappresentanza. Corso di diritto romano*, Milano, 2008, 44 ss.

¹¹² Gai 3.167a: *Illud quaeritur, an quod nomen domini adiectum efficit, idem faciat unius ex dominis iussum intercedens. nostri praeceptores proinde ei, qui iusserit, soli adquiri existimant, atque si nominatim ei soli stipulatus esset servus mancipiove quid accepisset; diversae scholae auctores proinde utrisque adquiri putant, ac si nullius iussum intervenisset.*

¹¹³ Così M. BRETONE, '*Servus communis*', cit., 86.

¹¹⁴ Sulla figura, sull'opera e sul metodo di Servio Sulpicio Rufo, cfr. per tutti M. MIGLIETTA, '*Servius respondit*'. *Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. Prolegomena I*, Trento, 2010.

¹¹⁵ Cfr. G. VON BESELER, *Einzelne Stellen*, in ZSS, LXVI, 1948, 610.

¹¹⁶ M. BRETONE, '*Servus communis*', cit., 87.

¹¹⁷ Cfr. M. BRETONE, '*Servus communis*', cit., 88 e nt. 100, ove indicazione di altre fonti in cui il '*recte*' risulta interpolato.

¹¹⁸ Cfr. M. BRETONE, '*Servus communis*', cit., 87 e nt. 93, ma già C. SALKOWSKI, *Zur Lehre vom Sklavenerwerb. Ein Betrag zur Dogmatik des römischen Privatrechts*, Leipzig, 1891, 91 s.

costruzione sintattica del periodo ove tali espressioni trovano collocazione, con quel sospetto *et-vel* che ne costituisce l'ossatura¹¹⁹; di poi, come notato dal Noordraven – seguito dalla Bertoldi¹²⁰ – «ein Sklave, der eine Sache in *depositum* oder *commodatum* gibt, erwirbt dadurch keinesfalls etwas, das seeinem Eigentümer zukommen könnte»¹²¹.

Inoltre, le altre fonti che trattano del tema degli acquisti a mezzo dello schiavo menzionano unicamente due negozi, la *stipulatio* e la *mancipatio*¹²².

Sulla scorta di queste considerazioni, il Bretone restituisce la prima parte del testo in questi termini: '*Ofilius [recte] dicebat <servus communem> et <mancipio> [per traditionem] accipiendo <et stipulando> [vel deponendo commodandoque] posse soli ei adquir<ere> [i], qui iussit*'¹²³, sostituendo il riferimento alla *traditio* con quello alla *mancipatio* e aggiungendo la menzione della *stipulatio* (il che del resto pare giustificato pure dalla collocazione palinogenetica del brano, atteso che entro il XXVI libro *ad Sabinum* di Pomponio trova spazio, per il Lenel, la trattazione relativa alle obbligazioni verbali¹²⁴).

In effetti, così integrato, il frammento è certamente più lineare e in armonia con le trattazioni dedicate da altri giuristi a tale argomento.

Senonché, rimane del tutto oscura la motivazione per cui i commissari di Triboniano abbiano sentito l'esigenza di aggiungere, in tale contesto, il richiamo al comodato, omettendo quello alla *stipulatio*, di cui comunque Ulpiano si occupa nel brano immediatamente precedente (D. 45.3.5, sopra trascritto).

L'unica spiegazione, peraltro condivisa dalla dottrina assolutamente maggioritaria, è che Ofilio si stesse specificamente occupando¹²⁵ non in generale di negozi conclusi dallo schiavo comune, bensì dell'unica operazione che presentava qualche analogia con il deposito e con il comodato e che i commissari di Triboniano hanno 'nascosto' riferendosi a tali due contratti tipici: la *fiducia*¹²⁶. E così, il Lenel¹²⁷, seguito dal De Ruggiero¹²⁸, propone come restituzione '*et fiduciae causa mancipio accipiendo vel cum creditore vel cum amico contractae posse*

¹¹⁹ Cfr. M. BRETONE, '*Servus communis*', cit., 87 s.

¹²⁰ F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 51.

¹²¹ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 60.

¹²² M. BRETONE, '*Servus communis*', cit., 88.

¹²³ M. BRETONE, '*Servus communis*', cit., 87.

¹²⁴ O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., cc. 134 ss. Invero, B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 60, nt. 59, non esclude che l'*inscriptio* del frammento sia corrotta e ammette la possibilità che esso appartenesse al XXX libro *ad Sabinum*, entro il titolo *De acquirendo rerum dominio*.

¹²⁵ Non è possibile dire da che opera Pomponio abbia tratto il pensiero di Ofilio ricordato: cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 802.

¹²⁶ O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 136; R. DE RUGGIERO, '*Depositum vel commodatum*', cit., 30; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 143; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 59 s.; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 51.

¹²⁷ O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 136, nt. 2.

¹²⁸ R. DE RUGGIERO, '*Depositum vel commodatum*', cit., 31, nt. 2.

soli et adquiri qui iussit', mentre il Noordraven si orienta in questi termini: *'Ofilius recte dicebat et [per traditionem] <fiduciae causa mancipio> accipiendo [vel deponendo commodandoque] posse soli ei adquiri'*¹²⁹.

Tuttavia, da D. 45.3.6 non emergono elementi da cui sia possibile concludere che nell'occasione Ofilio si stesse occupando esclusivamente di *fiducia* attuata per finalità di deposito o di comodato, e non anche (o soltanto) a scopo pignoratorio¹³⁰: io credo invece più probabile che trattasse genericamente di *fiducia*¹³¹ e che siano stati solo i giustinianeî a 'limitare' *ex post* il tema analizzato.

Anche D. 45.3.6 risulta dunque un testo che in origine si riferiva alla *fiducia*, presa in considerazione da Ofilio per chiarire quale fosse la disciplina per lui applicabile nel caso di acquisto di un bene ad opera del servo comune su ordine di uno solo dei condomini.

Si è tuttavia escluso che l'ambito di osservazione del giurista allievo di Servio Sulpicio Rufo si limitasse alla *fiducia* a scopo di deposito o comodato, avendo questi probabilmente analizzato gli effetti del negozio in generale.

Sicché, nulla si può trarre circa il regime giuridico concernente l'operazione in parola attuata per la finalità suddetta: ad ogni modo è da rilevare che i commissari di Triboniano consideravano quasi automatico sostituire la menzione della *fiducia* – ove non fosse attuata per scopi di garanzia – con il richiamo al deposito e al comodato.

5 *L'obbligo del tutore di ritrasferire al pupillo il bene ricevuto 'fiduciae causa' dal 'pater': il caso di Ulp. 43 'ad Sab.' D. 27.3.5*

Pressoché unanime è la dottrina nel reputare il seguente testo riferito non tanto al deposito e al comodato, come si legge ora, bensì alla materia fiduciaria: in particolare, ivi sarebbe presa in considerazione un'ipotesi di *fiducia cum amico*, *quo tutius nostrae res apud eum essent*¹³².

Ulp. 43 *ad Sab.* D. 27.3.5: *Si tutor rem sibi [depositam] <fiduciae datam> a patre pupilli [vel commodatam] non reddat, non tantum [commodati vel depositi] <fiduciae>, verum tutelae quoque tenetur. et si acceperit pecuniam, ut reddat, plerisque placuit eam pecuniam vel [depositi vel commodati] <fiduciae> actione repeti vel condici posse: quod habet rationem, quia turpiter accepta sit.*

¹²⁹ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 59.

¹³⁰ Contro questa opinione, v. F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 51.

¹³¹ Così anche R. DE RUGGIERO, *'Depositum vel commodatum'*, cit., 30.

¹³² B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 61, con indicazione della letteratura precedente orientata in tal senso.

Nell'attuale stesura, il passo si occupa del tutore che, ricevuta in deposito o comodato una *res* da parte di un *pater*, una volta morto quest'ultimo ometta di restituirla al figlio (ormai *sui iuris*), come invece si era impegnato a fare.

Ebbene, il giurista di Tiro chiarisce che in detta ipotesi l'inadempimento del tutore non deve trovare sanzione mediante l'azione nascente dal negozio stipulato tra lui e il padre ('*non tantum commodati vel depositi*'), bensì con l'*actio tutelae*. Inoltre – aggiunge Ulpiano – se è stato versato del denaro al tutore per indurlo a restituire quanto ricevuto, l'opinione maggioritaria ('*plerisque placuit*') ritiene che al pupillo spettino in concorso tra loro le azioni di deposito o comodato, nonché la *condictio* discendente dal fatto che *pecunia turpiter accepta*.

Gli argomenti addotti a sostegno dell'origine spuria dei riferimenti al deposito e al comodato sono di ordine testuale e contenutistico. Non soccorre, come invece altre volte accade, l'originaria collocazione del frammento, dato che trovava posto nella parte del commentario ulpiano *ad Sabinum* dedicata alla *condictio*.

Sotto il profilo testuale, viene evidenziato come l'espressione '*sibi depositam*' (o '*alicui deponere*') non compaia negli scritti dei giuristi classici: il che potrebbe indicare un'interpolazione per '*sibi fiduciam datam*'¹³³.

Senonché questa argomentazione, come già notato dal Segrè¹³⁴, si presenta alquanto debole, considerato non solo che tale espressione compare in

Paul. Sent. 2.5.1: *Creditor si simpliciter sibi pignus depositum distrahere velit, ter ante denuntiare debitori suo debet, ut pignus luat, ne a se distrahatur.*

ma soprattutto in

Ulp. 1 disp. D. 27.3.15: *Si ex duobus tutoribus cum altero quis transegisset, quamvis ob dolum communem, transactio nihil proderit alteri, nec immerito, cum unusquisque doli sui poenam sufferat. quod si conventus alter praestitisset, proficiet id quod praestitit ei qui conventus non est: licet enim doli ambo rei sint, tamen sufficit unum satisfacere, ut in duobus, quibus res commodata est vel deposita quibusque mandatum est.*

Quanto all'argomento contenutistico, sostiene a tal proposito il Noordraven che se la fattispecie riguardasse il deposito o il comodato, il pupillo – in quanto erede del *pater* (in ipotesi deponente/comodante) – diverrebbe a sua volta proprietario dei beni consegnati al tutore: sicché, potrebbe chiederne la restituzione mediante *rei vindicatio*. In quest'ottica, stupisce che Ulpiano abbia

¹³³ O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 1174; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 61; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 179.

¹³⁴ G. SEGRÉ, *Sull'età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno*, in *Studi in onore di C. Fadda per il XXV anniversario del suo insegnamento*, VI, Napoli, 1906, 387, nt. 1 (ora anche in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 61 ss.).

sentito l'esigenza di porsi il problema trattato nella prima parte del frammento circa il rapporto tra le azioni contrattuali e l'*actio tutelae*, in specie entro una trattazione dedicata alla *condictio*¹³⁵.

Diverso il discorso se al centro della preoccupazione del giurista vi fosse stato un caso di affidamento fiduciario, in cui la titolarità dei beni era passata al tutore, con conseguente inespugnabilità da parte del pupillo della rivendica.

La prospettiva appare a mio avviso convincente e dunque è ragionevole affermare che il frammento debba essere restituito come risulta nelle precedenti trascrizioni¹³⁶.

Ciò posto, non mi convince l'ulteriore affermazione per cui Ulpiano stia necessariamente considerando l'applicazione della *fiducia* a scopo di deposito: non vi sono nel testo elementi decisivi che permettano di ricavare questo.

Per questo, pure il frammento in esame potrebbe riferirsi alla *fiducia* 'tout court', andando a segnalare le peculiarità di un regime che poteva trovare applicazione pure se il trasferimento della *res* fosse avvenuto per ragioni di garanzia: una volta sorto l'obbligo di restituzione (e dunque, nel caso di *fiducia cum creditore*, saldato il debito), infatti, non mi paiono immaginabili differenze di disciplina, nemmeno rispetto all'ipotesi contemplata da Ulpiano.

Il riferimento alla *condictio* per recuperare una somma versata al tutore '*ut reddat*', a mio avviso, non può far mutare le conclusioni qui raggiunte.

6 Fedecommesso e *'fiducia pro deposito'* in un testo di Cervidio Scevola

Secondo Anna Maria Giomaro, anche il seguente testo – tratto dai *digesta* di Cervidio Scevola¹³⁷ e concernente una complessa questione in tema di validità di un fedecommesso universale – deve riferirsi ad un rapporto di *fiducia* a scopo di deposito.

Scaev. 21 *dig. D. 36.1.80(78).1: Maevia duos filios heredes reliquerat et eodem testamento ita cavit: 'fidei autem heredem meorum committo, uti omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris apud Gaium Seium et Lucium Titium, quos etiam, si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis, ut hi restituant nepotibus meis, prout quis eorum ad annos viginti quinque pervenerit, pro portione, vel si unus, ei omnem'. quaesitum est, an fideicommissum praestari a scriptis heredibus Lucio Titio et Gaio Seio debeat.*

¹³⁵ O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 1174.

¹³⁶ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 61.

¹³⁷ Sulla vita e sulle opere di Cervidio Scevola, «principe incontrastato della giurisprudenza» del II secolo d.C. (sono parole di V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷, Napoli, 1957, 290), cfr. da ultima A. SPINA, *Ricerche sulla successione testamentaria nei 'responsa' di Cervidio Scevola*, Milano, 2012, 14 ss., con ricchissimo apparato bibliografico.

respondit secundum ea quae proponerentur Lucium Titium, item Gaium Seium fideicommissum petere non posse.

Nella fattispecie prospettata dal giurista, Mevia ha istituito eredi testamentari i due figli, onerandoli di una disposizione fedecommissaria universale¹³⁸. La testatrice, infatti, ha imposto loro di depositare l'intero patrimonio ereditario ('*omnis substantia mea*') presso Gaio Seio e Lucio Tizio, tenuti – a loro volta – a far avere il tutto ai nipoti della stessa Mevia, nel momento in cui questi ultimi avessero raggiunto i venticinque anni d'età.

Nella stessa disposizione, Mevia esclude espressamente che Gaio Seio e Lucio Tizio siano obbligati a versare interessi in relazione a quanto così ricevuto¹³⁹ e, al contempo, sottolinea come la costruzione giuridica programmata dipenda anche dall'impossibilità di nominare direttamente curatori dell'eredità i due onorati fedecommissari ('*quos etiam, si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis*').

In relazione a tale fattispecie, sorge il problema relativo alla validità del fedecommissario: ci si chiede, in particolare, se gli eredi siano tenuti a rispettare la disposizione della testatrice ('*quaesitum est, an fideicommissum praestari a scriptis heredibus Lucio Titio et Gaio Seio debeat*') e se i fedecommissari possano chiederne il rispetto in via giudiziale¹⁴⁰.

La soluzione di Scevola è che gli onorati '*fideicommissum petere non posse*'.

Non interessa in questo momento individuare le motivazioni sottese a tale conclusione, a cui si dedicherà ampio spazio nel prosieguo di questa ricerca, allorché il testo in questione verrà preso in considerazione in una differente prospettiva¹⁴¹.

Preme qui invece determinare quale sia l'operazione negoziale che, nell'architettura elaborata da Mevia, gli eredi di quest'ultima avrebbero dovuto

¹³⁸ A proposito di questa figura, cfr. F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *Il fedecommissario universale nel diritto romano classico*, Varsavia, 1997, 23 ss.; P. VOICI, voce *Fedecommissario (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, 103 ss.

¹³⁹ Cfr. A.M. GIOMARO, *Minime su D. 36.1.80 di Scevola in tema di fedecommissario e di 'fiducia': ipotesi di un trust?*, in '*Fiducia*', '*trusts*', *affidamenti*, cit., 14.

¹⁴⁰ Non *per formulam*, come noto, ma in via di *cognitio extra ordinem*, tramite la *petitio* o *persecutio fideicommissi* (Gai 2.278: *Praeterea legata per formulam petimus; fideicommissa vero Romae quidem apud consulem vel apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit, persequimur, in provinciis vero apud praesidem provinciae*). Cfr. F. BERTOLDI, *L'heres fiduciarius' in una prospettiva storico-comparatistica*, in '*Fiducia*', '*trusts*', *affidamenti*, cit., 163 ss.; P. ARCÉS, *La rilevanza*, cit., 148 ss. e nt. 41; R. LAMBERTINI, *Testi*, cit., 103 ss.; L. DESANTI, *Il fantasma del fedecommissario. Fedecommissario, fiducia testamentaria, sostituzione fedecommissaria*, in *AUFE*, XX, 2006, 103 ss.; EAD., *Fedecommissario e protezione degli incapaci*, in *AUFE*, VII, 1993, 105 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 751 s.; G. IMPALLOMINI, *Prospettive in tema di fedecommissario*, in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 154 ss. (già in *Conferenze romanistiche*, II, Milano, 1967, 275 ss.); P. VOICI, voce *Fedecommissario*, cit., 103 ss.

¹⁴¹ V. *infra*, cap. V, par. 1, nt. 27.

perfezionare con Gaio Seio e Lucio Tizio. Poco conta, dunque, che Scevola escluda la possibilità di far valere la disposizione fedecommissaria: l'assetto negoziale immaginato da Mevia, infatti, rispecchia pur sempre una possibile regolamentazione giuridica, con ogni probabilità consigliata da quello stesso giurista che l'aveva parimenti edotta circa il divieto di nominare *curatores* dell'intera eredità Gaio Seio e Lucio Tizio¹⁴².

Ciò detto, in dottrina si riscontrano posizioni contrastanti.

Alessia Spina, ad esempio, prende in considerazione il frammento in parola unitamente a Scaev. 18 *dig. D. 32.37.5* e a 16 *dig. D. 34.3.28.8* e ipotizza che tutti questi testi contemplino un rapporto di 'deposito irregolare', in cui all'obbligo di custodia del depositario si affiancherebbe quello di impiegare il capitale trasferito in maniera fruttifera, quasi si trattasse di una sorta di tutela. Da qui sorgerebbe l'esigenza di una previsione esplicita in ordine al versamento degli interessi (nel caso di specie, esclusi)¹⁴³.

Per Anna Maria Giomaro¹⁴⁴, invece, siamo di fronte ad un'ipotesi di *fiducia cum amico*: a dire della studiosa, ciò è d'immediata percezione se si confrontano le parole utilizzate da Scevola nel frammento d'interesse (*'uti omnis substantia mea sit pro deposito sine usuris apud Gaium Seium et Lucium Titium'*) con la descrizione della *fiducia cum amico* offertaci da Gaio in 2.59-60¹⁴⁵.

Ebbene, che al centro vi sia un'alienazione fiduciaria, e non un deposito, mi pare l'opzione ermeneutica maggiormente plausibile (indipendentemente, si badi, dal problema circa la validità del fedecommissario avente essa come oggetto, invero chiaramente esclusa dal giurista del II secolo d.C.): non, però, per le ragioni addotte da Anna Maria Giomaro. Il fatto che Gaio e Scevola adoperino espressioni simili, infatti, nulla dice circa la struttura negoziale da ciascuno presa in considerazione: semmai, la comune terminologia dipende dal fatto che lo scopo ultimo dell'operazione è identico e consiste nella conservazione di *omnis substantia*. Scopo che tanto la *fiducia* quanto il deposito erano astrattamente idonei ad assolvere.

A mio avviso, che non sia un'ipotesi di deposito dipende dal fatto che altrimenti l'esito finale della dinamica negoziale progettata da Mevia, ossia la trasmissione di tutte le sue sostanze ai nipoti (scavalcando i propri figli, pur nominati eredi), risulterebbe in parte frustrato: con la mera consegna dei suoi beni a Gaio Seio e Lucio Tizio, infatti, questi ultimi diverrebbero soltanto detentori degli stessi. Di conseguenza la *'restitutio'* che, sempre dal programma

¹⁴² Cfr. B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², Milano, 1955, 608 s.; A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., 11 s.

¹⁴³ Cfr. A. SPINA, *Ricerche*, cit., 245 ss. e nt. 236.

¹⁴⁴ Cfr. A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., 15 s.

¹⁴⁵ Cfr. A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., 15, nt. 17.

della testatrice, sarebbero stati tenuti a porre in essere a favore dei nipoti della stessa non avrebbe trasferito la relativa proprietà, ancora in capo agli eredi di Mevia.

Diverso il discorso qualora questi ultimi ponessero in essere un'alienazione fiduciaria, che – come noto – si perfezionava necessariamente con un atto di alienazione solenne del *dominium ex iure Quiritium*. Sicché, rispetto al caso in esame, Gaio Seio e Lucio Tizio, in quanto proprietari fiduciari, ben potrebbero allora trasferire definitivamente i beni ai nipoti di Mevia.

Contro quanto detto si potrebbe invero obiettare che nulla è riferito circa la natura dei beni che compongono l'eredità di Mevia e che, anzi, il richiamo all'assenza di *usurae* nel contenuto del rapporto tra gli eredi e gli onorati (*pro deposito sine usuris*), potrebbe indurre a credere che si tratti solo di denaro. Dal che, deriverebbe che una semplice *traditio* avrebbe concretizzato il trasferimento della proprietà: prima a favore di Gaio Seio e Lucio Tizio, poi da questi ai nipoti di Mevia.

Ed è per vero significativo che si parli proprio di *restitutio* con riguardo al trasferimento dell'eredità ai nipoti di Mevia: termine che, come noto, indica – in base alla disciplina introdotta col senatoconsulto Trebelliano – l'atto unico di adempimento delle disposizioni fedecommissarie¹⁴⁶, quasi che la permanenza dei beni *medio tempore* presso Gaio Seio e Lucio Tizio fosse una parentesi rispetto al momento finale di realizzazione del progetto versato nella disposizione fedecommissaria.

Senonché, a parte la difficoltà di credere che '*omnis substantia*' della testatrice sia composta solo di *res nec Mancipi*, va detto che sono numerose le fonti della compilazione giustiniana in cui il termine '*substantia*' è usato nel significato di '*bona*'¹⁴⁷.

Tra di esse, ne figurano alcune particolarmente significative proprio di Cervidio Scevola. Mi riferisco, in particolare, a

Scaev. 33 dig. D. 22.3.27: *Qui testamentum faciebat ei qui usque ad certum modum capere potuerat legavit licitam quantitatem, deinde ita locutus est: 'Titio centum do lego, quae mihi pertulit: quae ideo ei non cavi, quod omnem fortunam et substantiam, si quam a matre susceperat in sinu meo habui sine ulla cautione. item eidem Titio reddi et solvi volo de substantia mea centum quinquaginta, quae ego ex redivibus praediorum eius (quorum ipse fructum percepi et distraxi), item de calendario (si qua a matre receperat Titius) in rem meam converti'. quaero, an Titius ea exigere potest. respondit, si Titius supra*

¹⁴⁶ Cfr. P. VOCI, voce *Fedecompresso*, cit., 103 ss.

¹⁴⁷ G. IMPALLOMENI, *Sull'obbligo del debitore alla conservazione degli oggetti promessi alternativamente*, in *Scritti*, cit., 59 e nt. 49 (contributo già in *SDHI*, XXV, 1959, 55 ss.), con raccolta dei testi, tra cui compare anche quello qui in analisi.

scripta ex ratione sua ad testatorem pervenisse probare potuerit, exigi: videtur enim eo, quod ille plus capere non poterat, in fraudem legis haec in testamento adiecit.

Dalla lettura del frammento si scorge chiaramente la contrapposizione tra un'attribuzione a titolo particolare di una somma di denaro e la gestione di un intero patrimonio (*substantia*). Ma si considerino anche Scaev. 29 *dig. D.* 36.3.18 pr.¹⁴⁸ e 27 *dig. D.* 44.4.17.1¹⁴⁹.

Per quanto riguarda il riferimento all'assenza di *usurae*, forse deve spiegarsi per via del fatto che un patrimonio è composto anche di somme di denaro, l'uso delle quali da parte del fiduciario determina il decorrere degli interessi a favore del fiduciante¹⁵⁰.

È quanto si può ipotizzare avendo a mente ciò che riportano le fonti con riferimento al regime delle *usurae* rispetto a casi di *fiducia* a scopo di garanzia: soltanto in connessione a tale figura, infatti, disponiamo di testimonianze.

Fondamentale, in questo senso, il seguente testo di Pomponio, che menziona sì il pegno, ma che la dottrina ritiene pacificamente si riferisse in origine alla *fiducia*¹⁵¹.

Pomp. 35 *ad Sab. D.* 13.7.6.1: *Si creditor pluris fundum [pigneratum] <fiduciae datum> vendiderit, si id faeneret, usuram eius pecuniae praestare debet ei, qui dederit [pignus] <fiduciam>: sed et si ipse usus sit ea pecunia, usuram praestari oportet. quod si eam depositam habuerit, usuras non debet.*

Nel caso esaminato dal giurista vi è un creditore/fiduciario che ha venduto il fondo ricevuto in garanzia ad un prezzo maggiore rispetto all'ammontare del

¹⁴⁸ Scaev. 29 *dig. D.* 36.3.18 pr.: *Quae filium legitimum relinquebat, patrem eundemque collibertum ex asse scripsit heredem fideique eius commisit, ut, quidquid ad eum ex hereditate eius pervenisset, cum moreretur, restitueret filio testatrix nepoti suo, et haec verba adiecit: 'satis a Seio patre meo exigi veto'. quaesitum est, cum iste Seius substantiam suam dissipat et veretur pater fideicommissarii, ne inane fideicommissum constituitur, an ad satisfactionem fideicommissi nomine patrem defunctae compellere possit. respondit secundum ea quae proponerentur non compellendum cavere.*

¹⁴⁹ Scaev. 27 *dig. D.* 44.4.17.1: *Avus nepotibus ex filia legavit singulis centena et adiecit haec verba: 'ignoscite, nam potueram vobis amplius relinquere, nisi me fronto pater vester male accepisset, cui dederam mutua quindecim, quae ab eo recipere non potui: postremo hostes, qui mihi fere omnem substantiam abstulerunt'. quaesitum est, an, si avi heres ab his nepotibus patris sui heredibus petat quindecim, contra voluntatem defuncti facere videatur et doli mali exceptione summoveatur. respondit exceptionem obstaturam.*

¹⁵⁰ Cfr. G. CERVENCA, voce *Usura (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLV, 1992, 1125 ss.

¹⁵¹ Cfr. O. LENEL, *Palinnesia*, II, cit., c. 147, di cui si riportano le proposte di menda del testo; P. OERTMANN, *Die 'fiducia'*, cit., 32 e 202; H. KRELLER, *'Formula fiduciae' und Pfandedikt*, in *ZSS*, LXII, 1940, 173 ss.; A. BURDESE, *'Lex commissoria'*, cit., 78; P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 60; G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle 'usurae' cd. legali nel diritto romano*, Milano, 1969, 140 ss. Ritiene che non sia possibile determinare se, in origine, il frammento riguardasse la *fiducia* o il *pignus* B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 27 s.

credito garantito. Il problema affrontato è quello di determinare se il fiduciante, oltre ad avere il diritto di chiedere la restituzione del *superfluum*, possa altresì pretendere il versamento degli interessi su tale somma. Pomponio distingue tre possibilità: se il fiduciario ha dato a mutuo il *superfluum* con pattuizione di interessi, allora dovrà restituire al fiduciante anche quanto percepito ('*si id faeneret, usuram eius pecuniae praestare debet ei, qui dederit [pignus] <fiduciam>*'); se non ha fatto questo, ma comunque ha utilizzato per suo conto l'eccedenza, sarà tenuto alle *usurae* nella misura legale ('*sed et si ipse usus sit ea pecunia, usuram praestari oportet*'); infine, nulla dovrà il fiduciario qualora abbia depositato – anche presso di sé¹⁵² – la somma da restituire ('*quod si eam depositam habuerit, usuras non debet*')¹⁵³.

Dal che si evince come il fiduciario dovesse pagare le *usurae* indipendentemente dal ritardo nella restituzione di quanto dovuto¹⁵⁴, ma solo in relazione all'uso delle somme a sua disposizione.

Tornando al passo di Cervidio Scevola da cui si sono prese le mosse, rileva qui sottolineare come sia probabile che contenga un riferimento alla *fiducia* attuata a scopo di deposito. Inoltre, è importante porre l'attenzione sul fatto che tale operazione negoziale, posta in essere per la conservazione di un intero patrimonio, mantiene un autonomo spazio, nonostante l'ormai completo riconoscimento all'epoca in cui scrive Scevola del contratto di deposito.

Ciò, in particolare, deve essere avvenuto per la possibilità riservata alle parti di plasmare il contenuto dell'obbligo a carico del fiduciario.

Quanto alle ragioni della soluzione del giurista del II secolo d.C., si rinvia al cap. V di questa indagine, allorché l'attenzione sarà rivolta alla possibilità di costruire la *fiducia* in modo che la titolarità del bene alienato finisca, con una successiva alienazione posta in essere dal fiduciario, ad un soggetto terzo (par. 1).

¹⁵² Cfr. Paul. 2 *sent.* D. 13.7.7, sui cui si indugerà a breve.

¹⁵³ Cfr. G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 140 ss.; B. NOORDRAVEN, *Die Fiducia*, cit., 28.

¹⁵⁴ Non muta i termini del discorso Paul. 2 *sent.* D. 13.7.7: *Si autem tardius superfluum restituat creditor id quod apud eum depositum est, ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est.* Dal testo, contenente probabilmente un'originaria menzione dell'*argentarius* (cfr. A. BURDESE, *'Lex commissoria'*, cit., 78 s.; G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 142, nt. 239), si ricava che gli interessi erano dovuti sempre in caso di ritardo nella restituzione del *superfluum* e, dunque, anche nell'ipotesi in cui l'eccedenza fosse stata depositata. Il che non esclude, ma completa, quanto riferito in Pomp. 35 *ad Sab.* D. 13.7.6.1. Quanto alla peculiare disciplina raccolta in Pap. 3 *resp.* D. 13.7.42 – ove il dovere di restituire gli interessi a favore del fiduciante è collegato non alla disponibilità in capo al fiduciario della somma ricavata dalla vendita della *res fiduciae data*, ma dal perfezionamento della compravendita stessa –, cfr. A. BURDESE, *'Lex commissoria'*, cit., 79 ss.; G. CERVENCA, *Contributo*, cit., 143 ss.

7 *Altri possibili testi in tema di 'fiducia' a scopo di 'deposito'*

Occorre infine rapidamente prendere in considerazione altri testi che alcuni autori, senza invero incontrare vasto seguito in dottrina, hanno collegato alla *fiducia*. Si tratta infatti di frammenti che né da un punto di vista palinogenetico, né testuale, né contenutistico presentano elementi decisivi circa la possibile riferibilità all'istituto che si va indagando in queste pagine.

Il primo brano da prendere in considerazione è il seguente.

Gai. 9 *ad ed. prov.* D. 15.1.27 pr.: *Et ancillarum nomine et filiarum familias in peculio actio datur: [maxime si qua sarcinatrix aut texitrix erit aut aliquod artificium vulgare exerceat, datur propter eam actio.] depositi quoque et commodati actionem dandam earum nomine Iulianus ait: sed et tributariam actionem, si peculiari merce sciente patre dominove negotientur, dandam esse. [longe magis non dubitatur, et si in rem versum est, quod iussu patris dominive contractum sit.]*

Il testo è stato sicuramente rimaneggiato in maniera alquanto consistente dai commissari di Triboniano: lo si evince, tra le altre cose, dalle quattro ripetizioni di 'actio datur' in poche righe, dalla poco plausibile affermazione contenuta nel tratto 'maxime ... actio' (secondo cui presenterebbe rilevanza, ai fini della concessione dell'*actio de peculio*, l'esercizio di un mestiere da parte della schiava o della figlia), nonché dal forte «sapore bizantino» della frase finale 'longe ... sit', come non hanno mancato di notare il De Ruggiero¹⁵⁵ e lo Zannini¹⁵⁶.

Per quanto riguarda il riferimento a 'depositi quoque et commodati', invero, i dubbi circa la genuinità non mancano e appaiono tuttora irrisolti. È pur vero che tale doppia menzione desta sempre qualche sospetto, e che in effetti «nei numerosi altri passi del Digesto che trattano dell'*actio de peculio* in relazione all'ipotesi di un contratto di deposito o di comodato concluso con un *filius familias* o con un altro schiavo, mai queste due fattispecie negoziali vengono considerate assieme, ma sempre e soltanto separatamente»¹⁵⁷, ma sostenere un'interpolazione solo sulla scorta di ciò pare rispondere ad una petizione di principio¹⁵⁸.

Allo stesso modo, nulla può a mio avviso trarsi – come invece ritiene Zannini¹⁵⁹ – dal confronto tra il brano in esame e un testo di Ulpiano che si occupa della relazione tra il pegno e l'*actio de peculio et de in rem verso*, ma di cui si sospetta la connessione con la *fiducia*.

¹⁵⁵ R. DE RUGGIERO, 'Depositum vel commodatum', cit., 29, nt. 1.

¹⁵⁶ P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 56 s., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹⁵⁷ Così P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 58.

¹⁵⁸ Cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 63.

¹⁵⁹ P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 58 s.

Ulp. 2 disp. D. 15.1.36: *In bonae fidei contractibus quaestionis est, an de peculio an in solidum pater vel dominus tenerentur: ut est in actione de dote agitatum, si filio dos data sit, an pater dumtaxat de peculio conveniretur. ego autem arbitror non solum de peculio, sed et si quid praeterea dolo malo patris capta fraudataque est mulier, competere actionem: nam si habeat res nec restituere sit paratus, aequum est eum quanti ea res est condemnari. nam quod in servo, cui res pignori data est, expressum est, hoc et in ceteris bonae fidei iudiciis accipiendum esse Pomponius scripsit. namque si servo res pignori data sit, non solum de peculio et in rem verso competit actio, verum hanc quoque habet adiectionem 'et si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est'. videtur autem dolo facere dominus, qui, cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere.*

In definitiva, anche a voler ritenere che il brano di Gaio riprodotto per primo si riferisse in origine alla *fiducia*, esso non contiene indizi di sorta che permettano di dire in quale funzione fosse stato utilizzato tale negozio e nemmeno elementi che siano in grado di chiarire la disciplina concretamente applicabile.

Un altro testo di Gaio merita di venir preso in considerazione.

Gai. 9 ad ed. prov. D. 13.6.18.1: *Sive autem pignus sive commodata res sive deposita deterior ab eo qui acceperit facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae: sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur.*

Il De Ruggiero sostiene che il tratto iniziale '*sive autem pignus sive commodata res sive deposita*' sia stato inserito dai bizantini al posto di '*sive autem fiduciae causa data sive commodata*'¹⁶⁰. Oltre a ragioni di ordine formale rinvenute nell'attuale stesura del testo, il De Ruggiero motiva quest'asserzione sulla scorta di quanto riporta il paragrafo immediatamente precedente¹⁶¹, che si chiude in effetti con una frase molto sospetta, ove pare quasi sicuro che sia stato eliminato

¹⁶⁰ R. DE RUGGIERO, 'Depositum vel commodatum', cit., 33 ss.

¹⁶¹ Gai. 9 ad ed. prov. D. 13.6.18 pr.: *In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet. haec ita, si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res, at si utriusque, veluti si communem amicum ad cenam invitaverimus tuque eius rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpa fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet.*

un accenno alla *fiducia cum creditore* (istituto che sarebbe stato dunque oggetto di attenzioni anche nel passo successivo, ossia quello in esame)¹⁶².

Non è questa la sede per affrontare nuovamente la questione: il brano, infatti, è cruciale per l'individuazione del criterio di imputazione della responsabilità nel comodato e in relazione all'*utilitas contrahentium*, sicché ad esso è stata dedicata ampia attenzione in dottrina¹⁶³. Tuttavia, rispetto a 13.6.18.1 qui osservato, non si può fare a meno di notare che esso si apre con un '*autem*' avversativo che stride con quella continuità su cui fa leva il De Ruggiero. Inoltre, come notato da Noordraven, se anche si dovesse ammettere la riferibilità del brano alla *fiducia*, risulta del tutto sorprendente che venga concessa – in caso di danneggiamento della *res* ad opera del fiduciario – l'esperibilità dell'*actio legis Aquiliae* da parte del fiduciante, che del bene non è proprietario.

Sicché, poco convincente appare la ricostruzione prospettata dal De Ruggiero¹⁶⁴: ciò, senza negare che in effetti il brano gaiano deve essere stato comunque ritoccato dai compilatori al servizio di Giustiniano.

Non resta infine che occuparsi di un altro testo assai tormentato dalla critica interpolazionistica, escerpito dal XXX libro *ad edictum* di Ulpiano.

Sono numerose le lacune e le incongruenze che il brano presenta, tali da rendere pressoché indubbio che sia stato colpito da alterazioni imputabili a mani postclassiche¹⁶⁵.

Eccolo nel suo attuale tenore

Ulp. 30 *ad ed.* D. 16.3.1.47: *Quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxit ignarus depositam vel commodatam, an teneatur. et quia dolo non fecit, non tenebitur de re: an tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit? et verius est teneri eum: hoc enim ipso dolo facit, quod id quod ad se pervenit non reddit.*

¹⁶² R. DE RUGGIERO, '*Depositum vel commodatum*', cit., 33 ss.; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 227 s.; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 145 s.

¹⁶³ Cfr., senza pretesa di completezza, H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre*, cit., 129 ss.; C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, Milano, 1966, 114 ss.; ID., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996, 74 ss.; D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in *ZSS*, LXXIII, 1956, 81 s.; V. POLACEK, *Comodato e furto: spunti d'interpretazione dialettica*, in *Labeo*, XIX, 1973, 174 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità*, cit., 379 ss.; H. ANKUM, *La responsabilità del creditore pignoratizio nel diritto romano classico*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, IV, Milano, 1983, 614 s.; R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 496 ss.; P. VOCI, '*Diligentia*', cit., 81 ss.

¹⁶⁴ In quest'ordine di idee si pone anche B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 63 s.

¹⁶⁵ Cfr. P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 46 e nt. 53 per la letteratura.

Il passo è posto al termine di una lunghissima trattazione dedicata da Ulpiano, entro il XXX libro del commentario *ad edictum*, alla materia del deposito, versata dai compilatori in D. 16.3.1.47.

Nei paragrafi che precedono quello riprodotto, Ulpiano si occupa dell'esperibilità dell'*actio depositi* nei confronti dell'erede del depositario (16.3.1.45) o da parte dell'erede del deponente (16.3.1.46), qualora le parti si fossero accordate per la restituzione del bene dopo la morte dell'uno o dell'altro. Ebbene, affrontati tali problemi, il giurista di Tiro prende in considerazione il caso dell'erede che vende la cosa depositata (o data in comodato) presso il testatore, ignorandone l'alienità. Il giurista, preso atto che il criterio di imputazione della responsabilità per l'*actio depositi* è il dolo, esclude che l'erede debba rispondere con riguardo alla restituzione della cosa ('*de re*'), giacché non era conscio dell'altruità di essa ('*quia dolo non fecit, non tenebitur de re*'). Tuttavia, l'erede sarà comunque tenuto a restituire il prezzo ricevuto per la vendita, giacché '*ipso dolo facit, quod id quod ad se pervenit non reddit*'.

Il contenuto di questo tratto finale ha suscitato nel Ferrini¹⁶⁶ forti dubbi circa l'autenticità di quanto recita l'intero frammento. Lo studioso ha sottolineato come l'erede che non trasmette il prezzo ricevuto al deponente (o comodante) non versi affatto in dolo. Anzi, egli potrà persino sollevare l'*exceptio doli* nei confronti del deponente che lo abbia chiamato in giudizio *de pretio*, visto che quest'ultimo ben potrebbe esperire la *rei vindicatio* direttamente nei confronti dell'acquirente (rispetto al quale, invece, il venditore/erede è tenuto per l'evizione)¹⁶⁷. Solo ipotizzando che la fattispecie verta in tema di *fiducia*, secondo il Ferrini, assume significato questa soluzione¹⁶⁸, giacché il fiduciante non avrebbe potuto rivendicare il bene alienato del tutto validamente dall'erede del fiduciario/*de cuius* al terzo; d'altro canto, in quest'ottica, l'erede non sarebbe stato nemmeno esposto alla responsabilità per evizione. Sicché, il fiduciante avrebbe ben potuto chiedergli la restituzione del prezzo ricevuto, senza determinare con ciò a proprio vantaggio un illecito arricchimento.

Questi rilievi, tuttavia, non superano a mio avviso l'obiezione per cui il paragrafo in discussione si colloca all'interno di una trattazione ulpiana dedicata unicamente al deposito e si pone in assoluta continuità, come visto, con i due testi che lo precedono. Inoltre, non si capirebbero le ragioni per cui il giurista di Tiro abbia sentito l'esigenza di fare una digressione di tale ampiezza sulla *fiducia*.

¹⁶⁶ C. FERRINI, *Storia*, cit., 106.

¹⁶⁷ C. FERRINI, *Storia*, cit., 106.

¹⁶⁸ C. FERRINI, *Storia*, cit., 106 s.

Il Ferrini (e con lui il Rotondi¹⁶⁹), invero, sostengono che i due frammenti che seguono quello esaminato si prestano anch'essi a venir ricondotti alla materia fiduciaria.

Nel dettaglio si tratta di

Paul. 31 *ad ed.* D. 16.3.2: *Quid ergo, si pretium nondum exegit aut minoris quam debuit vendidit? Actiones suas tantummodo praestabit.*

Ulp. 31 *ad ed.* D. 16.3.3: *Plane si possit rem redimere et praestare nec velit, non caret culpa, quemadmodum si redemptam vel alia ratione suam factam noluit praestare causatus, quod semel ignarus vendiderit.*

Ma anche ammettendo il collegamento di questi testi con l'istituto in esame in questa ricerca – cosa tutt'altro che sicura – ciò non spiega affatto il motivo della digressione ulpiana in D. 16.3.1.47. Tutt'al più potrebbe giustificare l'accostamento operato dai compilatori, ma considerato il loro sistematico intervento di cosmesi per eliminare le menzioni della *fiducia* nei testi dei giuristi classici, si tratta anche questa di una mera supposizione¹⁷⁰.

Sicché, unitamente tra gli altri all'Erbe¹⁷¹, all'Arangio-Ruiz¹⁷² e allo Zannini¹⁷³, mi pare di poter concludere escludendo che il testo di Ulpiano in esame sia da riconnettere alla materia fiduciaria¹⁷⁴, trattando semplicemente di una questione in tema di deposito. Quanto al riferimento al comodato, esso appare imputabile all'intervento di un «malaccorto glossatore»¹⁷⁵, il quale nemmeno ha notato che il richiamo a tale negozio stride con l'apertura del brano, in cui il giurista di Tiro ricorda che il depositario risponde solo per dolo (a differenza del comodatario, che, come noto, è tenuto fino ai limiti della *custodia*).

Ecco l'ultimo testo accostato da qualche autore alla *fiducia* a scopo di protezione dei beni trasferiti.

Pomp. 29 *ad Sab.* D. 44.7.12: *Ex depositi et commodati et mandati et tutelae et negotiorum gestorum ob dolum malum defuncti heres in solidum tenetur.*

Il Rotondi sostiene che la menzione del deposito e del comodato sia un'interpolazione al posto di un richiamo all'*actio fiduciae*, giacché all'epoca di Sabino – a dire dello studioso – probabilmente il *depositum* non era assistito da un *bonae fidei iudicium*¹⁷⁶. A parte la discutibilità di tale affermazione, va notato

¹⁶⁹ G. ROTONDI, *Contributi*, I, cit., 21, nt. 1.

¹⁷⁰ Cfr. P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 50 ss.

¹⁷¹ W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 59.

¹⁷² V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., 37.

¹⁷³ P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 46 ss.

¹⁷⁴ Di diverso avviso, sia pur non senza dubbi, anche G. SEGRÈ, *Sull'età*, cit., 357, nt. 3.

¹⁷⁵ P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 55, nt. 71.

¹⁷⁶ G. ROTONDI, *La misura della responsabilità nell'actio depositi*, in *Scritti giuridici*, II, cit., 123, nt. 3 (già in *AG*, LXXXIII, 1909).

comunque che il brano è di Pomponio e non è affatto detto che questi, nell'occasione, riproducesse il pensiero di Sabino e non il proprio, naturalmente contestualizzato¹⁷⁷.

Ma comunque lo si legga, il testo non contiene elementi di particolare rilevanza rispetto all'indagine qui condotta.

8 *Una delle possibili ragioni per affidare fiduciariamente un bene a scopo di 'deposito': la rappresentanza processuale*

Si è potuto osservare come i testi contenuti nell'antologia giustiniana che, in origine, probabilmente trattavano di *fiducia* per finalità in senso ampio di deposito siano alquanto scarsi.

Peraltro, quelle stesse fonti trasmettono ben poche informazioni circa la disciplina specifica che in detti casi trovava applicazione, così come tacciono del tutto in ordine alle ragioni che potevano indurre taluno a rifugiarsi in tale schema negoziale per assicurare una maggior protezione o una miglior gestione dei propri beni.

Una possibile motivazione di carattere giuridico mi pare possa invero emergere dalla lettura di un testo di Ulpiano, escerpito dal XIII libro *ad edictum*, che la dottrina più recente interessatasi di *fiducia* ha invero trascurato di analizzare¹⁷⁸, nonostante l'Erbe¹⁷⁹, il Grosso¹⁸⁰ e il Burdese¹⁸¹ avessero già segnalato la sua connessione alla materia fiduciaria.

Si tratta di

Ulp. 13 *ad ed.* D. 4.7.4.3: *Si quis autem ob valetudinem aut aetatem aut occupationes necessarias litem in alium transtulerit, in ea causa non est, ut hoc edicto teneatur, cum in hoc edicto doli mali fiat mentio. ceterum erit interdictum et per procuratores litigare dominio in eos [plerumque ex iusta] <fiduciae> causa translato.*

Il testo fa parte di un frammento più ampio concernente – tanto nell'originario contesto da cui è tratto¹⁸², quanto poi nel Digesto – la portata dell'editto *de alienatione iudicii mutandi causa facta*: sicché, per intendere appieno

¹⁷⁷ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 62.

¹⁷⁸ Alludo a B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., *passim*; J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., *passim*; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., *passim* (invero, l'autrice si limita a inserirlo all'interno di una nota, a p. 14, nt. 30, che raccoglie tutti i passi che la dottrina successiva ad Otto Lenel ha ritenuto collegati alla materia fiduciaria).

¹⁷⁹ W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 126 ss.

¹⁸⁰ G. GROSSO, voce '*Fiducia*', cit., 386.

¹⁸¹ A. BURDESE, voce '*Fiducia*', cit., 294 s.

¹⁸² O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., cc. 483 s.

il valore di quanto ivi riportato, mi pare il caso di spendere alcune parole circa tale istituto.

8.1 *Il contesto di Ulp. 13 'ad ed.' D. 4.7.4.3 e l'editto 'De alienatione iudicii mutandi causa facta'*

L'editto *de alienatione iudicii mutandi causa facta*¹⁸³ – della cui esatta portata tuttora si discute¹⁸⁴ – è diretto a impedire che taluno, per rendere più difficile o impedire del tutto l'instaurazione (o la prosecuzione) nei suoi confronti di una lite concernente una *res* presso di lui, la trasferisca o altrimenti ne disponga¹⁸⁵ in maniera fraudolenta, dandola ad esempio a chi vive lontano o a qualcuno di *potentior*¹⁸⁶, ovvero – come scrive Ulpiano – a chi possa comunque vessare l'avversario.

¹⁸³ L'*incipit* della previsione edittoale (cfr. O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederstellung*³, Leipzig, 1927, 125 ss.) è ricordato da Paul. 12 *ad ed.* D. 4.7.8.1: *Ait praetor: QUAEVE ALIENATIO IUDICII MUTANDI CAUSA FACTA ERIT: id est si futuri iudicii causa, non eius quod iam sit.*

¹⁸⁴ Secondo O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 1093 ss., ad esempio, l'editto era composto di due clausole: una concernente le alienazioni fraudolente intervenute prima dell'instaurazione del giudizio (*iudicii mutandi causa*), un'altra riguardante invece quelle compiute dopo la *litis contestatio* (*iudicii evitandi causa*): ricostruzione osteggiata da J. PARTSCH *De l'édit sur l'alienatio iudicii mutandi causa*, Genève, 1909, 16 ss. Per una prima informazione sull'istituto, cfr. A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II.2.1, Halle, 1900 (rist. Aalen 1963), 76 ss.; P. KRETSCHMAR, *Zur 'alienatio iudicii mutandi causa facta'*, in *ZSS*, XL, 1919, 138 ss.; P. DE FRANCISCI, *Studii sopra le azioni penali e la loro intramissibilità passiva*, Milano, 1912, 35 ss.; D. MEDICUS, *'Id quod interest'. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, München, 1962, 258 ss.; F. DE MARINI AVONZO, *I limiti*, cit., 131 ss.; B. KUPISCH, *'In integrum restitutio' und 'vindicatio utilis' bei Eigentumsübertragungen im klassischen römische Recht*, Berlin-New York, 1974, 12 s. e 254 s.; M. MARRONE, *'Dolo desinere possidere' e 'alienatio iudicii mutandi causa'*, in *AUPA*, XXXVI, 1976, 367 ss.

¹⁸⁵ Paragonabile al trasferimento è, ad esempio, la manomissione del *servus* oggetto di futura *rei vindicatio*, come risulta da Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 4.7.3.1: *Sed et si hominem quem petebamus manumiserit, durior nostra condicio fit, quia praetores faveant libertatibus*, o l'usucapione delle *res* alienate, come emerge da Ulp. 13 *ad ed.* D. 4.7.4 pr.: *Item si res fuerint usucaptae ab eo cui alienatae sint nec peti ab hoc possint, locum habet hoc edictum.* Non rientravano nell'ambito di applicazione dell'editto i casi in cui l'*alienatio* era disposta per atto *mortis causa* (come l'istituzione di erede o la disposizione di un legato): cfr. Paul. 12 *ad ed.* D. 4.7.8.3. Si rammenti che nel 129 d.C., sotto Adriano, venne approvato il cd. *senatus consultum Iuventianum*, durante il consolato di Giuvenzio Celso. Seppur inizialmente riferito alla sola *vindicatio caducorum*, venne dai giuristi in breve tempo esteso a tutte le *hereditatis petitiones*: esso sanciva la legittimazione passiva anche di colui che *dolo desinens possidere*. In epoca postclassica, tale regime venne esteso alla *rei vindicatio* (cfr. M. MARRONE, *'Dolo desinere possidere'*, cit., 382; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 704). Naturalmente, poteva darsi di casi in cui la perdita dolosa del possesso non derivasse da un'*alienatio* o da un atto di disposizione giuridica (cfr. Ulp. 13 *ad ed.* D. 4.7.4.1): si può ricordare la *derelictio* del bene, la distruzione di una cosa mobile, l'uccisione del servo e via dicendo. Sul punto, cfr. M. MARRONE, *'Dolo desinere possidere'*, cit., 370 s., anche in ordine al rapporto tra *alienatio iudicii mutandi causa facta* e *dolo desinere possidere*: secondo lo studioso, i due fenomeni concernerebbero ipotesi ben diverse, specialmente in relazione all'elemento soggettivo.

¹⁸⁶ Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 4.7.3 pr.: *Quia etiam si cum eo, qui alterius provinciae sit, experiar, in illius provincia experiri debeo et potentiori pares esse non possumus.*

Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 4.7.1: *Omnibus modis proconsul id agit, ne cuius deterior causa fiat ex alieno facto, et cum intellegeret iudiciorum exitum interdum duriores nobis constitui opposito nobis alio adversario, in eam quoque rem prospexit, ut si quis alienando rem aliam nobis adversarium suo loco substituerit idque data opera in fraudem nostram fecerit, tanti nobis in factum actione teneatur, quanti nostra intersit alium adversarium nos non habuisse. 1. Itaque si alterius provinciae hominem aut potentiores nobis opposuerit adversarium, tenebitur:*

Ulp. 13 *ad ed.* D. 4.7.2: *aut alium, qui vexaturus sit adversarium:*

Ebbene, in simili ipotesi – frequenti in tema di *rei vindicatio*, ma prospettabili anche rispetto all'*actio aquae pluviae arcendae*, all'*interdictum quod vi aut clam*¹⁸⁷ o alla *nuntiatio novi operis*¹⁸⁸ – il pretore (o il magistrato provinciale)¹⁸⁹ era solito concedere all'attore un'*actio in factum*¹⁹⁰, con condanna al '*quantum eius intersit alium adversarium non habuisse*'. Un'azione diretta dunque al ristoro delle spese sostenute e dei pregiudizi patiti in ragione della sostituzione dell'avversario¹⁹¹.

Ciò è attestato da Gaio, che parla altresì di *in integrum restitutio*¹⁹².

Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 4.7.3.4: *Ex quibus apparet, quod proconsul in integrum restitutum se pollicetur, ut hac actione officio tantum iudicis consequatur actor, quantum eius intersit alium adversarium non habuisse: forte si quas*

¹⁸⁷ Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 4.7.3.2: *Item si locum, in quo opus feceris, cuius nomine interdicto quod vi aut clam vel actione aquae pluviae arcendae tenebaris, alienaveris, durior nostra condicio facta intellegitur, quia si tecum ageretur, tuis impensis id opus tollere deberes, nunc vero cum incipiat mihi adversus alium actio esse quam qui fecerit, compellor meis impensis id tollere, quia ab alio factum possidet, hactenus istis actionibus tenetur, ut patiatu id opus tolli.*

¹⁸⁸ Gai. 4 *ad ed. prov.* D. 4.7.3.3: *Opus quoque novum si tibi nuntiaverim tuque eum locum alienaveris et emptor opus fecerit, dicitur te hoc iudicio teneri, quasi neque tecum ex operis novi nuntiatione agere possim, quia nihil feceris, neque cum eo cui id alienaveris, quia ei nuntiatum non sit.*

¹⁸⁹ M. MARRONE, 'Dolo desinere possidere', cit., 410 e nt. 103, si chiede se non fosse stato proprio il magistrato provinciale ad aver emanato l'editto di cui si discute, visto che i segmenti più significativi del relativo titolo del Digesto sono tratti dal commentario gaiano a tale provvedimento magistratuale.

¹⁹⁰ Secondo Ulp. 13 *ad ed.* D. 4.7.4.6 ('*Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet, quare et heredi dabitur: in heredem autem*'), l'azione sarebbe reipersecutoria. Per P. KRETSCHMAR, *Zur 'alienatio iudicii mutandi causa facta'*, cit., 158, il testo è stato talmente alterato in sede di compilazione che è stato rovesciato il suo originario dettato.

¹⁹¹ Ulp. 5 *opin.* D. 4.7.4.11, attesta come l'intervento del magistrato ha luogo anche se l'alienazione è compiuta dal legittimato attivo (il passo riguarda la donazione fatta ad un soldato che poi agisce in rivendica: se la liberalità è compiuta per mutare le condizioni del giudizio, dice il giurista di Tiro, l'azione deve essere intentata dal precedente proprietario): cfr. F. DE MARINI AVONZO, *I limiti*, cit., 138 e nt. 57.

¹⁹² Cfr. M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 299, secondo cui la *restitutio in integrum* trovava applicazione, forse, «wenn über das Recht an der Sache verfügt wurde», mentre l'*actio in factum* era concessa «in den häufigeren Fällen bloßer Besitzübertragung».

impensas fecerit aut si quam aliam incommoditatem passus erit alio adversario substituto.

Ulpiano, in relazione a tale azione, chiarisce che essa non spetta se manca un interesse dell'attore, come nel caso in cui la *res* non gli appartenesse o fosse andata perduta per caso fortuito (tipico esempio è il perimento senza colpa di uno schiavo alienato).

Ulp. 13 *ad Sab.* D. 4.7.4.5: *Haec actio in id quod interest competit, proinde si res non fuit petitoris aut si is qui alienatus est sine culpa decessit, cessat iudicium, nisi si quid actoris praeterea interfuit.*

Analogamente, Paolo sottolinea come il giudizio non ha luogo se chi ha alienato la *res* poi la recuperi:

Paul. 12 *ad ed.* D. 4.7.8.4: *Si quis alienaverit, deinde receperit, non tenebitur hoc edicto.*

In ogni caso, un elemento fondamentale perché trovi applicazione l'editto in parola è che l'alienazione della *res* o il trasferimento del relativo possesso¹⁹³ siano stati posti in essere *dolo malo* – o '*in fraudem*', scrive Gaio – da parte del convenibile, cioè al preciso scopo di peggiorare la posizione dell'avversario sostituendogli un altro soggetto¹⁹⁴.

Secondo Matteo Marrone, il dolo dell'alienante *iudicii mutandi causa* è certamente un dolo preprocessuale, un dolo cioè «non solo anteriore al processo, ma anche preordinato a un futuro giudizio»¹⁹⁵.

È ciò che si evince dai seguenti testi¹⁹⁶, il secondo dei quali peraltro attesta di come l'editto in parola si applicasse anche nei casi di alienazioni fraudolente di servitù prediali¹⁹⁷.

Ulp. 13 *ad ed.* D. 4.7.4.1: *Itemque fieri potest, ut sine dolo malo quidem possidere desierit, verum iudicii mutandi causa id fiat. sunt et alia complura talia. potest autem aliquis dolo malo desinere possidere nec tamen iudicii mutandi causa fecisse nec hoc edicto teneri: neque enim alienat, qui dumtaxat omittit possessionem. non tamen eius factum improbat praetor, qui tanti habuit*

¹⁹³ Cfr. Ulp. 13 *ad ed.* D. 4.7.4.2: *Pedius libro nono non solum ad dominii translationem hoc edictum pertinere ait, verum ad possessionis quoque: alioquin cum quo in rem agebatur, inquit, si possessione cessit, non tenebitur.* Qui il giurista di Tiro ricorda il pensiero di Sesto Pedio, secondo cui l'editto *de alienatione iudicii mutandi causa facta* concerne non solo i casi di trasferimento della proprietà, ma anche del possesso (dubbi sulla genuinità del passo sono espressi da P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina*, Padova, 1924, 178).

¹⁹⁴ M. MARRONE, '*Dolo desinere possidere*', cit., 374 e 380 ss.

¹⁹⁵ M. MARRONE, '*Dolo desinere possidere*', cit., 380.

¹⁹⁶ Per un'approfondita esegesi del primo di essi, cfr. M. MARRONE, '*Dolo desinere possidere*', cit., 369 ss.

¹⁹⁷ Cfr. M. MARRONE, '*Dolo desinere possidere*', cit., 373, nt. 15.

re carere, ne propter eam saepius litigaret (haec enim verecunda cogitatio eius, qui lites exsecratur, non est vituperanda), sed eius dumtaxat, qui cum rem habere vult, litem ad alium transfert, ut molestum adversarium pro se subiciat.

Ulp. 13 ad ed. D. 4.7.4.4: *Ad iura etiam praediorum hoc edictum pertinet, modo si dolo malo fiat alienatio.*

Ebbene, è proprio tra i due brani appena riprodotti che trova posto la testimonianza che qui interessa, la quale contiene – come pensa l'Erbe¹⁹⁸ – la menzione dell'uso della *fiducia* per finalità di rappresentanza processuale.

Si può dunque passare all'analisi di tale brano.

8.2 La testimonianza della fonte e la ricostruzione del testo

In D. 4.7.4.3, Ulpiano si premura innanzitutto di rilevare che non tutte le alienazioni di una *res litigiosa* – compiute tanto a lite instaurata, quanto in vista di giudizi futuri – comportano l'applicazione dall'editto *de alienatione iudicium mutandi causa facta* e, dunque, l'esperibilità della relativa *actio in factum*. In particolare, egli dice, ciò deve escludersi per quelle ipotesi di trasferimento della *res in iudicium deducta*¹⁹⁹ dettate da una malattia, dall'età avanzata, ovvero da altri impegni di una parte, tali da rendere difficoltosa la difesa in sede processuale ('*si quis autem ob valetudinem aut aetatem aut occupationes necessarias litem in alium transtulerit, in ea causa non est, ut hoc edicto teneatur, cum in hoc edicto doli mali fiat mentio*'). Siffatta esclusione, aggiunge il giurista di Tiro, è determinata dal fatto che manca il *dolus malus* in capo all'alienante, specificamente richiesto dalla clausola edittale in commento.

Del resto – continua Ulpiano – se così non fosse, sarebbe vietato instaurare contenziosi tramite procuratori ('*per procuratores litigare*'), ai quali, per tale scopo, si suole trasferire '*ex iusta causa*' la proprietà di beni oggetto di un (possibile) futuro contenzioso ('*ceterum erit interdictum et per procuratores litigare dominio in eos plerumque ex iusta causa translato*').

La dottrina – ormai alquanto risalente – ha ampiamente discusso in ordine a possibili alterazioni del testo, e specialmente in relazione alla sua seconda parte.

Occorre fare il punto circa le posizioni emerse.

Un certo numero di commentatori reputa che l'intero periodo da '*ceterum*' a '*translato*' sia stato inserito dai commissari di Triboniano: in questo senso, sulla scia del Krüger²⁰⁰, si collocano il Partsch²⁰¹, il Beseler²⁰² e il De Francisci²⁰³.

¹⁹⁸ W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 126 s.

¹⁹⁹ Il termine *lis* indica senz'altro la controversia giudiziaria, ma è anche adoperato per designare l'oggetto corporale controverso: cfr. M. MARRONE, '*Dominus litis*', in *AUPA*, LIII, 2009, 275.

²⁰⁰ TH. MOMMSEN - P. KRÜGER, *Corpus iuris civilis*, I, cit., 96, nt. 8^a.

²⁰¹ J. PARTSCH, *De l'édit*, cit., 55 s.

²⁰² G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, 16.

²⁰³ P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento*, cit., 178.

Il Seckel riconduce l'ultimo tratto del passo alla materia fiduciaria e ipotizza due possibili restituzioni: la prima vede la sostituzione di *'fiduciarior'* a *'procuratores'* e la soppressione del tratto finale *'domino ... translato'*; la seconda, invece, mantiene la frase nella sua interezza, che però dovrebbe a suo dire venir corretta in questi termini: *'per amicos litigare dominio in eos fiduciae iusta causa translato'*²⁰⁴.

L'Erbe²⁰⁵ considera infine la frase in parola attribuibile a Ulpiano, ma ritiene interpolate le parole *'plerumque ex iusta'*, inserite per nascondere un'originaria menzione della *'fiducia'*.

Questa mi pare la lettura preferibile.

Le parole di Ulpiano, così come oggi appaiono, ci danno notizia di quella che pare essere una prassi alquanto diffusa, consistente nel trasferire al *procurator* il *dominium* di alcuni beni per i quali era immaginabile una lite futura, ovvero rispetto ai quali una controversia era già pendente. Tuttavia, non disponiamo di altre fonti che ci confermino questa abitudine. Inoltre, si legge che tale alienazione avveniva *'plerumque ex iusta causa'*. Tale specificazione desta non pochi sospetti, giacché non accompagna alcun riferimento alla *traditio*, come sarebbe lecito attendersi. Non solo: ma in questo contesto, la *'causa'* dell'alienazione di cui si discute – volta a garantire la possibilità di *litigare per procuratores* – stride con il (pur discusso e a tratti oscuro) significato di *iusta causa* che emerge da altre fonti. Come ha avuto modo di precisare la miglior dottrina, infatti, la *iusta causa* è quell'accordo tra le parti circa la realizzazione di uno scopo ritenuto dall'ordinamento idoneo a realizzare l'effetto acquisitivo²⁰⁶, in quanto tesa a creare una situazione dominicale stabile e tendenzialmente duratura. Prospettiva che certamente non si ravvisa nel caso in considerazione.

Sicché, delle due, l'una: o l'intera frase è da espungere in quanto spuria, oppure l'unica soluzione plausibile è ricondurre tutto alla *fiducia*. E gli argomenti per aderire a questa seconda opzione non mi pare manchino del tutto.

In primo luogo, la presenza di un riferimento alla *causa*, in relazione al trasferimento della proprietà, determina subito un facile accostamento alla *fiducia*. Ma è dall'analisi di altri testi riconducibili alla materia fiduciaria, e soprattutto dall'analisi della figura del *procurator* e delle regole previste in tema di rappresentanza volontaria (specie nel processo *per legis actiones*, ove ragionevolmente dev'essersi sviluppata la prassi di ricorrere alla *fiducia* per questi scopi), che mi convincono a ritenere corretta la lettura dell'Erbe.

²⁰⁴ H. HEUMANN – E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1907, 464.

²⁰⁵ W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 126 s.

²⁰⁶ Cfr. C.A. CANNATA, *'Traditio' causale e 'traditio' astratta. Una precisazione storico-comparatistica*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, I, Milano, 1994, 157; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 305 s.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 436.

Partiamo dal primo punto.

Vi sono due testi della compilazione giustiniana che alcuni autori hanno collegato alla *fiducia* e da cui emerge un uso di tale meccanismo negoziale per assolvere a finalità in senso ampio di 'rappresentanza'.

Alludo, nello specifico, a

Nerat. 7 membr. D. 17.1.39: *Et Aristoni et Celso patri placuit posse rem hac condicione [deponi mandatumque] <fiduciae (causa?)> suscipi, ut res periculo eius sit qui [depositum vel mandatum] <depositi vel mandati suscepit: quod et mihi verum esse videtur.*

qui riprodotto con le proposte di menda del Pernice²⁰⁷, condivise dall'Erbe²⁰⁸, e

Pomp. 1 ex Plaut. D. 40.1.13: *Servus furiosi ab adgnato curatore manumitti non potest, quia in administratione patrimonii manumissio non est. Si autem ex fideicommissi causa deberet libertatem furiosus, dubitationis tollendae causa ab adgnato tradendum servum, ut ab eo cui traditus esset manumittatur, Octavenus ait.*

che sarà oggetto di maggiori attenzioni nel prossimo capitolo, vertendo in tema di *fiducia manumissionis causa*.

Da ambedue i testi, qualora se ne accetti la riconduzione alla materia fiduciaria (invero un poco dubbia per il primo), emergerebbe la propensione della *fiducia* ad assolvere anche alle finalità suddette.

Ma a convincere circa la bontà di quanto riferito sono altri rilievi, legati ai vantaggi in punto di sostituzione processuale che un trasferimento fiduciario comportava, tanto nel processo formulare, quanto soprattutto in quello *per legis actionem*.

8.3 I vantaggi legati alla 'fiducia' in ordine alla tutela processuale dei beni trasferiti

Dal punto di vista processuale, risulta assai più vantaggioso servirsi della *fiducia*, anziché ricorrere a un *procurator* o a un *cognitor*, per farsi sostituire in una lite (futura o pendente) concernente una *res*.

In primo luogo, non si sarebbero posti quei problemi in cui poteva incorrere un procuratore che si fosse fatto promettere la comparizione del convenuto nel luogo del giudizio, omettendo di fissare una pena per la mancata ottemperanza di tale impegno da parte di quest'ultimo.

Si tratta di un caso osservato da Nerazio nel seguente brano.

²⁰⁷ A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 139, nt. 2.

²⁰⁸ W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 60 s. Riconducono alla materia fiduciaria il passo anche G. SEGRÈ, *Sull'età*, cit., 351, nt. 1; G. ROTONDI, 'Dolus ex delicto' e 'dolus ex contractu' nelle teorie bizantine sulla trasmissibilità delle azioni, in *Scritti giuridici*, II, cit., 390, nt. 2.

Nerat. 2 *membr.* D. 2.11.14: *Si procurator ita stipulatus est, ut sistat dumtaxat eum quem stipularetur, non etiam poenam si status non esset stipularetur: propemodum nullius momenti est ea stipulatio, quia procuratoris, quod ad ipsius utilitatem pertinet, nihil interest sisti. sed cum alienum negotium in stipulando egerit, potest defendi non procuratoris, sed eius cuius negotium gesserit utilitatem in ea re spectandam esse: ut quantum domini litis interfuit sisti, tantum ex ea stipulatione non stato reo procuratori debeatur. eadem et fortius adhuc dici possunt, si procurator ita stipulatus esset 'quanti ea res erit': ut hanc conceptionem verborum non ad ipsius, sed ad domini utilitatem relatam interpretemur.*

Il testo è stato oggetto di vaste attenzioni della dottrina²⁰⁹. Qui invero interessa soltanto rilevare che al tempo di Nerazio si discuteva in ordine alla validità di una *stipulatio* con il contenuto visto poc' anzi, la quale viene considerata dal giurista «pressoché (*propemodum*) nulla per difetto di *utilitas* dello stipulante»²¹⁰. Nerazio, tuttavia, la salva comunque, argomentando nei seguenti termini: atteso che lo stipulante ha gestito un affare altrui, ai fini della validità della *stipulatio* deve essere considerata non tanto l'utilità del sostituto, bensì quella del sostituito. Sicché tale promessa, che secondo il Marrone non è una *cautio vadimonium sisti*, ma un *vadimonium* extragiudiziale non edittale²¹¹, non è affetta da alcun vizio.

Il problema non si sarebbe posto qualora avesse agito direttamente un fiduciario, anziché il *procurator*. E poco importa che Nerazio risolva positivamente il problema circa la validità di suddetta *stipulatio*: va infatti considerato che molto probabilmente la soluzione non era pacifica in seno alla giurisprudenza a lui coeva, di talché non era sicuro che in sede giudiziale venisse accolto l'orientamento favorevole al *procurator* e al soggetto rappresentato da costui.

Ancora il *procurator*, inoltre, prima della *litis contestatio* – e dunque solo in un eventuale appello (Macer 1 *app.* D. 49.1.4.5, ma ricadute di questa concezione si scorgono anche in Nerat. 4 *membr.* D. 44.4.11 pr., con riferimento al dolo del *procurator*)²¹² – non poteva ricorrere a sua volta ad un altro rappresentante, come si evince da

²⁰⁹ Cfr. M. MARRONE, 'Dominus litis', cit., 259 s.; A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari, 2001, 299, nt. 115; C.A. CANNATA, *Le disavventure del capitano J.P. Vos*, in *Labeo*, XLI, 1995, 401 ss. (ora, anche in *Scritti scelti*, I, cit., 183 ss.); I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Köln, 1993, 143 ss.; R. KNÜTEL, 'Stipulatio poenae'. *Studien zum römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976, 35 s. e 73 s.; M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, Milano, 1958, 118 ss.

²¹⁰ Cfr. M. MARRONE, 'Dominus litis', cit., 259.

²¹¹ M. MARRONE, 'Dominus litis', cit., 259.

²¹² Cfr. M. MARRONE, 'Dominus litis', cit., 270 s.

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.8.3: *Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur (tenetur autem, quia agere potest): quamquam enim volgo dicatur procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse, tamen mandati actio est: ad agendum enim dumtaxat hoc facere non potest.*

Tale regola non era naturalmente applicabile al fiduciario, che avrebbe potuto certamente avere l'esigenza di servirsi anch'egli di un terzo per seguire un'eventuale lite concernente il bene ricevuto *fiduciae causa*.

Ma un elemento che, a mio avviso, assume rilevanza cruciale rispetto al discorso che si va conducendo è connesso alla legittimazione del procuratore in ordine alla prestazione del giuramento estimatorio (*iusiurandum in litem*).

La fonte su cui occorre soffermarsi è il seguente frammento ulpiano²¹³.

Ulp. 8 *ad ed.* D. 12.3.7: *Vulgo praesumitur alium in litem non debere iurare quam dominum litis: denique Papinianus ait alium non posse iurare quam eum, qui litem suo nomine contestatus est.*

Dalla sua lettura si apprende che era convinzione comune e radicata tra la gente ('*vulgo praesumitur*'²¹⁴) quella per cui il giuramento estimatorio – teso cioè alla determinazione del valore dell'oggetto conteso – potesse essere prestato solo dal *dominus litis* e non dal relativo rappresentante, anche se su incarico del primo costui avesse avviato la controversia.

Il giurista di Tiro ricorda inoltre di come Papiniano avesse posto un ulteriore limite a questa regola, negando cioè che in una lite avviata da un rappresentante potesse intervenire il *dominus* al solo fine di effettuare il *iusiurandum*. Secondo Papiniano, poteva giurare solo il *dominus litis* che avesse agito *suo nomine*. In assenza di ciò – non è detto nel testo, ma pare inevitabile concludere in questi termini – sarebbe stato il giudice a provvedere alla stima del bene.

Naturalmente, un fiduciario – in quanto tale proprietario della *res litigiosa* – ben avrebbe potuto procedere alla prestazione del giuramento.

Abbiamo visto diversi 'vantaggi' che potevano assistere un fiduciario/sostituto processuale rispetto ad un semplice *procurator* nell'ambito del processo formulare. Ma se orientiamo lo sguardo al processo *per legis actionem* ci accorgiamo di come le rigide regole concernenti la rappresentanza processuale che ivi valevano inducano a ritenere fondamentale il ricorso ai trasferimenti fiduciari proprio per garantire – entro tale modello processuale – una protezione giudiziale alla persona assente o impossibilitata ad agire.

È oltremodo noto che nel processo per *legis actiones* vigeva la regola per cui '*nemo alieno nomine lege agere potest*' (Ulp. 14 *ad ed.* D. 50.17.123 pr.).

²¹³ Cfr. M. MARRONE, '*Dominus litis*', cit., 261 s.

²¹⁴ Cfr. T. MAYER-MALY, '*Vulgo*' und '*vulgarism*', in *Labeo*, VI, 1960, 7 ss.

La rappresentanza processuale era ammessa in alcuni casi limitati, come ricorda Gaio²¹⁵.

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

E di queste eccezioni è fatta altresì menzione in un discusso testo delle *Institutiones* di Giustiniano – il cui inizio ricalca quello gaiano –, che pare avere una portata non tassativa e meramente esemplificativa.

I. 4.10 pr.: *Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine aut alieno. alieno veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset, alterius nomine agere non posse nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. praeterea lege Hostilia permissum est furti agere eorum nomine qui apud hostes essent aut rei publicae causa abessent quive in eorum cuius tutela essent. et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere neque excipere actionem licebat, coeperunt homines per procuratores litigare: nam et morbus et aetas et necessaria peregrinatio itemque aliae multae causae saepe impedimento sunt quo minus rem suam ipsi exsequi possint.*

I casi di deroga ivi contemplati riguardano l'*agere pro populo* (per far valere un diritto del popolo romano verso un privato), *pro libertate* (per affermare lo *status libertatis* di una persona che altri rivendicano come schiava) e *pro tutela* (si tratta delle azioni esercitate dal tutore sostituendosi all'impubere sottoposto alla sua potestà), nonché l'agire per il *furtum* a danno di un *civis* assente, perché prigioniero di guerra o impegnato in missioni per la tutela degli interessi della *res publica*.

Oltre a ciò, vi era tuttavia un meccanismo che permetteva a chi non era in grado di attendere alla propria difesa personalmente – per via dell'età o di una grave malattia (Auct. *ad Her.* 2.12.30) – di servirsi di un altro soggetto, il *cognitor*. Si trattava, in buona sostanza, di un sostituto processuale, che veniva istituito nel rispetto di un rigido formalismo e senza che tale investitura potesse essere sottoposta a condizioni o termini. Il cerimoniale prevedeva infatti la pronuncia alla presenza dell'avversario di una formula solenne (Gaio invero ne riporta due: la prima per il caso di immediato compimento della *litis contestatio*, la seconda se questa veniva posta in essere in un momento successivo).

²¹⁵ Cfr. O. PAPERI, *Considerazioni sull'origine del 'procurator ad litem'*, in *Labeo*, XLVIII, 2002, 37 ss.; R. QUADRATO, voce *Rappresentanza (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 419 s.; B. ALBANESE, *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987, 16 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo*, I, cit., 242 ss.; G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana. II. Le 'legis actiones'*, Bologna, 1948, 274 ss.

Gai 4.83: *Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur. nam actor ita cognitorem dat: QUOD EGO A TE verbi gratia FUNDUM PETO, IN EAM REM LUCIUM TITIUM TIBI COGNITOREM DO; adversarius ita: QUIA TU A ME FUNDUM PETIS, IN EAM REM TIBI PUBLIUM MEVIUM COGNITOREM DO. potest, ut actor ita dicat: QUOD EGO TECUM AGERE VOLO, IN EAM REM COGNITOREM DO; adversarius ita: QUIA TU MECUM AGERE VIS, IN EAM REM COGNITOREM DO; nec interest, praesens an absens cognitor detur. sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris.*

Vat. Fragm. 318 (Ulp. 8 ad ed.): *Non tamen sic putat certis verbis cognitorem dari debere, ut, si quid fuisset adiectum vel detractum, non valeat datio ut in legis actionibus.*

Vat. Fragm. 329 (Pap. 2 resp.): *Sub condicione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur aut acceptum vel expensum fertur; nec ad rem pertinet, an ea condicio sit inserta, quae non expressa tacite inesse videatur.*

Ebbene, da quanto pur succintamente riferito si coglie come le ipotesi di rappresentanza volontaria, nell'ambito dell'antico processo *per legis actiones*, fossero limitate a pochissimi e marginali casi²¹⁶. L'unica possibile deroga avente una certa ampiezza era rappresentata dal *cognitor*, ma per poterlo validamente nominare era necessario non solo che il *dominus* versasse in una specifica condizione personale (malattia o anzianità), ma soprattutto che fosse presente a Roma, onde procedere alla pronuncia dei *certa verba* all'uopo richiesti.

Sicché, in questo contesto storico e giuridico, non mi pare affatto avventato affermare che la *fiducia* poteva forse svolgere un ruolo di una certa importanza, giacché con il suo effetto traslativo della proprietà permetteva al fiduciario di tutelare in maniera ben più penetrante quanto ricevuto dal fiduciante.

Ecco la ragione per cui, io credo, la concezione della *fiducia* non a scopo pignoratorio rimane sempre intimamente legata ad una funzione che si può definire in senso ampio di 'deposito', soprattutto se si ha ben presente l'ampio spettro di doveri, ma prima ancora di poteri (anche di tutela giudiziale), che ricadevano sul fiduciario,

8.4 Il problema dell'uso del termine 'procurator' per indicare (in ipotesi) il fiduciario

Potrebbe essere sollevata un'obiezione rispetto alla ricostruzione appena prospettata, concernente l'uso del termine 'procurator' in Ulp. 13 ad ed. D. 4.7.4.3, nel senso di fiduciario.

²¹⁶ Il *procurator* di cui Gaio si occupa in 4.84, infatti, è un istituto legato al processo formulare: cfr. O. PAPERI, *Considerazioni*, cit., 39.

Ciò sarebbe infatti in contrasto con la notissima definizione di *procurator* scolpita dal giurista di Tiro nel *principium* della seguente testimonianza.

Ulp. 9 *ad ed.* D. 3.3.1 pr.-3: *Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat. 1. Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus vel coram vel per nuntium vel per epistulam: quamvis quidam, ut Pomponius libro vicensimo quarto scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse: sicuti ne is quidem, qui rem perferendam vel epistulam vel nuntium perferendum suscepit, proprie procurator appellatur. sed verius est eum quoque procuratorem esse qui ad unam rem datus sit. 2. Usus autem procuratoris perquam necessarius est, ut qui rebus suis ipsi superesse vel nolunt vel non possunt, per alios possint vel agere vel conveniri. 3. Dari autem procurator et absens potest.*

Ebbene, nel brano – che grande interesse ha nel tempo attirato tra i cultori della scienza romanistica²¹⁷ – si riconduce la qualifica e l'attività di *procurator* al mandato conferito da un *dominus*, titolare del rapporto giuridico sostanziale²¹⁸.

La medesima logica emerge nel seguente passaggio

Ulp. 77 *ad ed.* D. 46.7.3.2: *Procuratorem eum accipere debemus, cui mandatum est, sive huius rei tantum mandatum suscepit sive etiam universorum bonorum. Sed et si ratum fuerit habitum, procurator videtur.*

in cui il giurista di Tiro specifica come la qualità procuratoria – invero mancante al momento in cui taluno ha agito in assenza di incarico – venisse attribuita giusta la successiva *ratihabitio* da parte del *dominus*²¹⁹, in linea con il noto principio per cui '*ratihabitio mandato comparatur*'²²⁰.

Il tutto si ritrova anche in

Ulp. 30 *ad Sab.* D. 5.1.56: *Licet verum procuratorem in iudicio rem deducere verissimum est, tamen et si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in iudicium recte deducta.*

Purtuttavia, lo stesso Ulpiano, sempre in un passo tratto dal suo commentario edittale – peraltro proprio dal libro IX, da cui è tratta anche la

²¹⁷ Volendo fornire una prima informazione bibliografica, lontana da ogni aspirazione di completezza, cfr. M. MICELI, *Studi sulla rappresentanza nel diritto romano*, I, Milano, 2008, 248 ss.; EAD., '*Institor*' e '*procurator*' nelle fonti romane dell'età preclassica, in *Iura*, LIII, 2002, 95 ss. e nt. 113; F. BRIGUGLIO, *Studi*, cit., 24, nt. 53; G. COPPOLA BISAZZA, *In tema di sostituzione volontaria e 'procurator'*, in *Studi per G. Nicosia*, II, Milano, 2007, 506 ss., con disamina dei diversi orientamenti emersi in dottrina; P. ANGELINI, *Il 'procurator'*, cit., 50 s. e 193 ss.; F. SERRAO, *Il 'procurator'*, cit., 12 ss.; R. QUADRATO, *D. 3.3.1 pr. e la definizione di 'procurator'*, in *Labeo*, XX, 1974, 210 ss.

²¹⁸ Cfr. M. MARRONE, '*Dominus litis*', cit., 273 ss.

²¹⁹ Cfr. A. KACPRZAK, *La 'ratihabitio' nel diritto romano classico*, Napoli, 2002, *passim*.

²²⁰ Ulp. 69 *ad ed.* D. 43.16.1.14; 30 *ad Sab.* D. 46.3.12.4; 69 *ad ed.* D. 50.17.152.2.

definizione versata in D. 3.3.1 pr. – indica come *procurator* un soggetto che non ha ricevuto alcun incarico.

Ulp. 9 *ad ed.* D. 3.3.35 pr.: *Sed et hae personae procuratorum debebunt defendere, quibus sine mandatu agere licet: ut puta liberi, licet sint in potestate, item parentes et fratres et adfines et liberti.*

Il giurista di Tiro chiarisce come vi siano dei soggetti che sono tenuti ad assumere la difesa di altri pur non avendo da questi ricevuto specifico mandato ('*sine mandatu*'), come i discendenti, gli ascendenti, i fratelli, gli affini e i liberti, considerati tutti '*personae procuratorum*'. In letteratura, vi è stato chi si è mostrato scettico circa la genuinità della locuzione da ultimo citata: tuttavia, secondo il Quadrato, «invece che ad un inserimento ad opera di una mano diversa da quella del giurista severiano, quel genitivo retto da '*personae*' fa pensare, piuttosto, ad un suo impiego improprio, non tecnico»²²¹, come del resto sostenuto già dalla Glossa. E a supporto di quest'affermazione lo studioso si sofferma sul seguente passo, sempre ulpiano, parimenti stralciato dal commentario editale

Ulp. 77 *ad ed.* D. 46.7.3.3: *Sed et si forte ex liberis vel parentibus aliquis interveniat vel vir uxoris nomine, a quibus mandatum non exigitur, an committatur stipulatio, quaeritur: magisque erit, ne committi debeat, nisi fuerit ei mandatum vel ratum habitum: quod enim eis agere permittitur edicto praetoris, non facit eos procuratores. itaque si talis persona interveniat, ex integro erit cavendum.*

Ebbene, da quanto detto risulta dunque che lo stesso Ulpiano non manca di utilizzare il termine *procurator* in senso atecnico, per indicare semplicemente colui che si trova in giudizio rispetto ad una controversia facente capo ad un altro soggetto, con il quale – non a caso – è unito da legami di natura familiare, personale o amicale²²².

Sicché, tale concezione si può tranquillamente applicare anche a D. 4.7.4.3, ove compare l'espressione '*per procuratores litigare*', idonea pertanto a definire anche eventuali fiduciari che agiscano (o resistano) in giudizio andando a soddisfare un interesse alla lite facente capo ad un altro soggetto (nel caso, del fiduciante).

8.5 Considerazioni di sintesi rispetto a Ulp. 13 '*ad ed.*' D. 4.7.4.3

Volendo tirare le fila di quanto detto sin qui, credo che dal passo di Ulpiano ora in D. 4.7.4.3 emerga come la *fiducia* potesse venir utilizzata anche in modo da

²²¹ R. QUADRATO, *D. 3.3.1 pr.*, cit., 220.

²²² Cfr. M. MICELI, '*Institor*', cit., 118, 126.

rendere più semplice la sostituzione processuale, rispetto naturalmente a liti che vertevano su *res*.

Per vero, si trattava di una conseguenza 'naturale' di tale operazione negoziale, dipendente dall'effetto traslativo che ne connotava la struttura: tuttavia, credo che proprio questo risultato sia una delle ragioni che dovevano indurre a ricorrere ai trasferimenti fiduciari per meglio proteggere e tutelare i beni di maggior valore, soprattutto se ciò era imposto da eventi quali lunghi periodi di assenza o di malattia²²³.

E se questo comportava diversi vantaggi nel processo formulare, in quello *per legis actiones* costituiva l'unica possibilità – tranne i casi marginali visti in precedenza – per far sì che un 'terzo' tutelasse gli interessi altrui.

Ecco forse individuata una possibile, significativa ragione per ricorrere all'istituto della *fiducia* (soprattutto per l'epoca più arcaica, in cui è sorto e si è sviluppato), nonché per comprendere il senso di 'maggior sicurezza', intesa in termini squisitamente giuridici, che essa poteva così garantire ai fiducianti.

9 *Uno sguardo rivolto ai tempi più antichi della storia di Roma: il 'sacrum' deposito*

Dall'analisi di Ulp. 13 *ad ed.* D. 4.7.4.3 appena condotta si è ravvisato nella più semplice tutela giurisdizionale accessibile al fiduciario, rispetto ad ogni altro affidatario di un bene, una delle possibili ragioni che potevano indurre taluno a trasferire la proprietà di alcuni cespiti per finalità in senso ampio di deposito.

Si tratta tuttavia di un effetto alquanto limitato, che difficilmente spiega a mio avviso l'affermazione di Gaio e di Boezio per cui l'applicazione tipica della *fiducia* è quella appunto finalizzata a garantire una maggior protezione dei beni alienati.

Credo che maggior chiarezza si possa ottenere rivolgendo lo sguardo ai tempi più antichi della storia di Roma, quando il contratto di deposito ancora non era riconosciuto e nemmeno l'*actio fiduciae* – nei termini in cui ce ne serba il ricordo Cicerone, quantomeno²²⁴ – era a disposizione dei *cives* romani.

Sovente le fonti ci rivelano come nell'epoca primitiva, affidare a persone di fiducia i propri beni fosse considerato un «affare di amicizia e posto sotto la salvaguardia della *fides*»²²⁵.

²²³ È assai significativo, a tal proposito, che Ulpiano menzioni proprio queste circostanze nel brano esaminato, chiarendo che in tali ipotesi non vi è nell'alienante quel dolo richiesto per l'operare dell'editto '*de alienatione iudicii mutandi causa facta*'.

²²⁴ V. *infra*, cap. VI, par. 7.

²²⁵ G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 11.

Si tratta di una prospettiva che emerge con vivida forza in diverse pagine di Plauto²²⁶, al tempo del quale non era ancora riconosciuta difesa contrattuale al deposito, come concordemente ritiene la maggioranza degli studiosi²²⁷, nonché da quelle di scrittori di epoca più tarda, come ad esempio Cicerone e Giovenale, i quali conservano il ricordo di tale concezione, alludendo al carattere quasi religioso di tali affidamenti e considerando a tratti sacra la responsabilità che gravava su chi se ne faceva carico²²⁸.

In questo senso, vale la pena di ricordare

Cic. off. 1.10.31: Sed incidunt saepe tempora, cum ea, quae maxime videntur digna esse iusto homine, eoque quem virum bonum dicimus, commutantur fiuntque contraria, ut reddere depositum, [etiamne furioso?] facere promissum quaeque pertinent ad veritatem et ad fidem; ea migrare interdum et non servare fit iustum. Referrī enim decet ad ea, quae posui principio fundamenta iustitiae, primum ut ne cui noceatur, deinde ut communi utilitati serviatur. Ea cum tempore commutantur, commutatur officium et non semper est idem.

Cic. off. 3.25.95: ... Ergo et promissa non facienda nonnumquam neque semper deposita reddenda. Si gladium quis apud te sana mente deposuerit, repetat insaniens, reddere peccatum sit, officium non reddere. Quid? si is, qui apud te pecuniam deposuerit, bellum inferat patriae, reddasne depositum? Non credo, facies enim contra rem publicam, quae debet esse carissima. Sic multa, quae honesta natura videntur esse, temporibus fiunt non honesta. Facere promissa, stare conventis, reddere deposita commutata utilitate fiunt non honesta. Ac de iis quidem, quae videntur esse utilitates contra iustitiam simulatione prudentiae, satis arbitror dictum.

Cic. Tusc. 3.7.17: Sed quia, nec qui propter metum praesidium reliquit, quod est ignaviae, nec qui propter avaritiam clam depositum non reddidit, quod est iniustitiae, nec qui propter temeritatem male rem gessit, quod est stultitiae, frugi appellari solet, eo tris virtutes, fortitudinem iustitiam prudentiam, frugalitas complexa est (etsi hoc quidem commune est virtutum; omnes enim inter se nexae et iugatae sunt): reliqua igitur et quarta virtus [ut] sit ipsa frugalitas.

ma soprattutto

²²⁶ Si tratta, segnatamente, di Plaut. *Aul.* 584-586; *Trinumm.* 116-122; 140-144, cui già si è indugiato nel corso del cap. I, al quale dunque si rinvia. Cfr., ad ogni modo, E. COSTA, *Il diritto privato nelle commedie di Plauto*, Torino, 1890 (rist. Roma 1968), 316 s.; G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 11 ss.; G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 40 ss.; R. EVANS-JONES, *The Action of the XII Tables 'ex causa depositi'*, in *Labeo*, XXXIV, 1988, 201 ss.

²²⁷ Cfr. G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 13.

²²⁸ Intorno a tali aspetti, cfr. G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 11 ss.; G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 39 ss.

Iuv. 13.13-16: *tu quamvis leuium minimam exiguamque malorum particulam vix ferre potes spumantibus ardens uisceribus, sacrum tibi quod non reddat amicus depositum?*

in cui appunto il *depositum* è definito *sacrum* e collegato all'*amicitia*.

Ed è una prospettiva alquanto interessante, visto che sembra avvicinare i rapporti di deposito a quelli che si vedranno essere i meccanismi di cogenza 'diversificata' dei doveri fiduciari rispetto ai tempi più antichi dell'istituto in esame²²⁹.

Invero, lungo questo crinale, una testimonianza fondamentale per capire il rapporto tra questi due istituti potrebbe essere un testo tratto dalle *Pauli Sententiae*.

10 'Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur': Coll. 10.7.11 (= Paul. Sent. 2.12.11). Una prima tutela per i trasferimenti fiduciari?

Ecco il passo d'interesse.

Coll. 10.7.11 (= Paul. Sent. 2.12.11): *Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.*

Dalla sua lettura si apprende che le XII Tavole assicuravano, per gli affidamenti compiuti 'causa depositi', un'azione in cui la condanna del convenuto corrispondeva al doppio del valore della cosa ('*in duplum actio datur*'); unitamente a ciò, ci rende edotti di come anche l'editto del pretore riconoscesse una tutela per la medesima fattispecie, accordando però un'*actio* nel *simplum*.

In ordine alla natura e alla portata di tali azioni, nonché in relazione alle situazioni che andavano a tutelare, è andata formandosi nel tempo una letteratura assai nutrita²³⁰: di seguito verranno succintamente riferite le principali posizioni emerse, in un quadro di necessaria sintesi visti i limiti della presente indagine.

Ebbene, vi è stato chi – come lo Jhering²³¹, l'Arangio-Ruiz²³², il Burillo²³³ e il Gandolfi²³⁴ – ha avanzato l'idea per cui l'azione *in duplum* coincida con l'*actio furti*: in questo senso, le XII Tavole avrebbero equiparato al *furtum nec manifestum* l'ipotesi di chi distrae il bene affidatogli.

²²⁹ Cfr. *infra*, cap. VI, parr. 2-4.

²³⁰ Per una panoramica, v. R. EVANS-JONES, *The Action*, cit., 188 ss.

²³¹ R. VON JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, 1867.

²³² V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con 'demonstratio' e la loro origine*, in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, 97 (già in 'Rariora', Roma 1946, 23 ss., e in *Ann. Camerino*, IV, 1912, 1 ss.).

²³³ J. BURILLO, *Las formulas de la 'actio depositi'*, in *SDHI*, XXVIII, 1962, 239 s.

²³⁴ G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 56 ss., il quale giunge persino ad escludere che la locuzione 'lege duodecim tabularum' nella fonte paolina implichi che «la responsabilità *in duplum* sia stata espressamente prevista a carico del depositario dalla legge delle XII Tavole».

Tuttavia, è stato fatto notare che, nel passo, Paolo riferisce di un'azione 'speciale': il che mal si concilia con l'illazione per cui egli discuta della generale *actio furti*²³⁵. Inoltre, è poco credibile che, in tempi così risalenti, gli estremi del *furtum* potessero ravvisarsi in condotte nelle quali mancava la sottrazione materiale del bene, quali sono l'uso illecito o l'appropriazione indebita della *res affidata*²³⁶.

Non ha superato il vaglio della critica neppure la tesi propugnata da autori quali l'Eisele²³⁷, il Niemeyer²³⁸ e, più di recente, l'Evans-Jones²³⁹, secondo cui l'azione decemvirale sarebbe stata concessa solo per situazioni ascrivibili al cd. *depositum miserabile* o a quello *necessarium*. Secondo questi studiosi, ciò si evincerebbe da un altro testo delle *Pauli Sententiae*, ove sono considerate quali figure 'tipiche' di deposito quelle '*tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa*', e dal tenore dell'Editto del pretore in tema di *depositum* – ricordato da Ulp. 30 *ad ed. D. 16.3.1.1*²⁴⁰ – che si apre con un'eccezione particolarmente significativa per costoro. Ivi sono infatti espressamente esclusi dal campo di applicazione della tutela concessa dal pretore tramite *actio depositi* propri i casi di *depositum necessarium*²⁴¹. La ragione di questo regime andrebbe individuata, ad avviso dei sostenitori di questa tesi, nel fatto che tali ipotesi erano già (pienamente) protette dall'azione decemvirale.

Invero, questa ricostruzione non supera la critica per cui il passo paolino, recante menzione dell'*actio in duplum*, parla genericamente di *causa depositi*. Dal che si ricava come questa azione non avesse una portata limitata: del resto, «rimarrebbe altresì da spiegare come al rigore di una sanzione *in duplum* per il deposito necessario o miserabile potesse corrispondere – ancora per qualche secolo – un totale disinteresse nei confronti del deposito ordinario»²⁴².

²³⁵ G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 15.

²³⁶ Estensione che deve farsi risalire temporalmente all'epoca di Quinto Mucio: cfr. Gell. 6.15.2; Gai 3.196. Cfr. G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 15; P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 134, nt. 34, e 137.

²³⁷ F. EISELE, *Die materielle Grundlage der 'exceptio'. Eine römisch-rechtliche Untersuchung*, Berlin, 1871, 137, nt. 19.

²³⁸ TH. NIEMEYER, *Fiducia cum amico*, cit., 317 ss.

²³⁹ R. EVANS-JONES, *The Action*, cit., 207 s.

²⁴⁰ Ulp. 30 *ad ed. D. 16.3.1.1*: *Praetor ait: 'Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum, in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicitur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo'*, su cui v. R. EVANS-JONES, *The Action*, cit., 195 ss.

²⁴¹ Su questa figura, *funditus*, cfr. W. LITEWSKI, *Studien zum sogenannten 'depositum necessarium'*, in *SDHI*, XLIII, 1977, 188 ss.

²⁴² Così P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 136 s., ma v. anche G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 17; R. EVANS-JONES, *The Action*, cit., 189 e 193 ss.

Ben più solida l'opzione ermeneutica di chi, come il Rotondi²⁴³, il Longo²⁴⁴, il Kaser²⁴⁵, lo Watson²⁴⁶ e lo Zannini²⁴⁷, ritiene che nella prima parte di Coll. 10.7.11 Paolo si stia occupando di «un'azione penale» – come del resto fa intuire la condanna *in duplum* – «perpetua, intrasmissibile agli eredi, concessa dalle XII Tavole a tutelare il deposito, non solo nei suoi casi più gravemente qualificati ma in ogni caso»²⁴⁸, che si affiancava all'altra difesa generale rappresentata dalla *rei vindicatio* spettante comunque a chi aveva affidato i propri beni ad una persona di cui si fidava.

Ad ogni modo, taluno ha tuttavia accostato tale testo alla *mancipatio fiduciaria*²⁴⁹.

Mortiz Voigt²⁵⁰ ha pensato che l'*in duplum actio ex causa depositi* ricordata da Paolo fosse proprio l'*actio fiduciae*.

Sono tre gli argomenti che spande a sostegno di questa ricostruzione. Innanzitutto, egli valorizza il fatto che Gaio (in Gai 2.60) individua come applicazione 'tipica' della *fiducia* (non a scopo pignoratizio) quella volta ad assicurare una maggior sicurezza ad alcuni beni del fiduciante. In secondo luogo, l'autore rileva che l'*actio depositi* non esisteva ai tempi della legge delle XII Tavole. Infine, nota come Paolo non parli di *actio depositi*, bensì di *actio ex causa depositi*: sicché, a suo dire, potrebbe ben riferirsi all'*actio fiduciae*, qualora la relativa *mancipatio* perfezionativa fosse stata attuata '*causa depositi*'²⁵¹.

Invero, già prima del Voigt, il Sell²⁵² aveva sostenuto che la responsabilità *in duplum* nascesse direttamente da una *mancipatio* fiduciaria finalizzata alla conservazione dei beni in capo all'accipiente. A tal proposito, lo studioso aveva notato come non fosse ignoto alla disciplina di tale negozio il meccanismo della condanna al doppio del valore del bene trasferito, come accadeva nell'*actio auctoritatis*.

A queste tesi sono state mosse svariate critiche.

²⁴³ G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 17.

²⁴⁴ C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano, 1946, 3.

²⁴⁵ M. KASER, *Das altrömische 'Ius'*, cit., 143, 218 s.

²⁴⁶ A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, 157 s.

²⁴⁷ P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 135, nt. 34.

²⁴⁸ Così G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 19. Cfr. anche M. TALAMANCA, *Le dodici tavole ed i negozi obbligatori*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia 2005, 331 ss.

²⁴⁹ *Contra* G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 14 ss.; G. GANDOLFI, *Deposito*, cit., 49; P. ZANNINI, *Spunti*, cit., 133 s., nt. 34, con ulteriori indicazioni bibliografiche.

²⁵⁰ Cfr. M. VOIGT, *Die XIII Tafeln*, II, cit., 479 ss.

²⁵¹ Cfr. M. VOIGT, *Die XIII Tafeln*, II, cit., 479 ss.

²⁵² K. SELL, *Von den 'causis, ex quibus infitiatione lis crescit in duplum'*, in *Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts*, II, 1843, 32 ss.

Alcuni studiosi, come il Rotondi e il Gandolfi²⁵³, hanno ritenuto del tutto privo di valore quanto affermato dal Sell in ordine all'*actio auctoritatis*: costoro, infatti, hanno segnalato come l'*actio auctoritatis* sia un'azione riservata all'accipiente contro l'alienante, sicché nulla ha a che vedere con quella ricordata in Paul. Sent. 2.12.11.

D'altro canto, rispetto alla tesi del Voigt, risulta insuperabile l'obiezione formulata sempre dal Niemeyer²⁵⁴, ma ripresa dallo Zannini²⁵⁵, per cui l'*actio fiduciae* – all'epoca delle XII Tavole – non era ancora stata introdotta (e comunque non risulta mai essere stata caratterizzata da una condanna al *duplum*)²⁵⁶: sicché è inaccettabile l'identificazione fatta dal Voigt tra l'*actio fiduciae* e l'*actio in duplum ex causa depositi*.

Il Rotondi sostiene inoltre che non si possa parlare di *causa depositi*, così come riferisce il passo, rispetto ad un'operazione fiduciaria. Atteso che «*causa* è il *negotium*, ossia il rapporto obiettivo che la legge riconosce e tutela», non vi è spazio per affermare che la *causa depositi* possa convivere con un'altra '*causa*', quella fiduciaria²⁵⁷. Il Gandolfi, in una prospettiva per certi versi analoga, esclude il collegamento tra l'*actio in duplum* e la *mancipatio* fiduciaria perché «la locuzione in questione [*ex causa depositi*] fa riferimento non solo all'azione decemvirale ma anche a quella pretoria. Ragion per cui l'espressione *ex causa depositi* deve ritenersi – a meno di non voler forzare il dettato della testimonianza – come allusiva in entrambe le ipotesi alla medesima fattispecie oggettiva, ossia quella del *deponere*»²⁵⁸.

Quelle esposte mi sembrano argomentazioni difficilmente superabile.

Certo, a questo punto, si potrebbe evocare il seguente passaggio ciceroniano, che connette alla *nuncupatio* pronunciata in un rito mancipatorio un raddoppio della pena²⁵⁹.

Per questa via si potrebbe anche ipotizzare una tutela della *fiducia* in quanto negozio nuncupativo, sulla base di quanto riferito nel primo capitolo di questa indagine.

²⁵³ G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 14; G. GANDOLFI, *Deposito*, cit., 49.

²⁵⁴ TH. NIEMEYER, *Fiducia cum amico*, cit., 321.

²⁵⁵ P. ZANNINI, *Spunti*, 135, nt. 34.

²⁵⁶ TH. NIEMEYER, *Fiducia cum amico*, cit., 296 ss.

²⁵⁷ G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 15.

²⁵⁸ G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 57.

²⁵⁹ Su questi aspetti, cfr. J. PAOLI, *Lis infitiando crescit in duplum*, Paris, 1933, 170 ss., il quale collega il passo di Paolo alla *mancipatio* fiduciaria, ma – in maniera non condivisibile – identifica l'*actio in duplum* ivi menzionata con quella *legis actio fiduciae* che si vedrà non essere mai esistita. In relazione al passaggio ciceroniano, v. P. SCHEIBELREITER, *Zwischen 'furtum' und Litiskreszenz: Überlegungen zur 'poena dupli' der 'actio ex causa depositi'*, in *RIDA*, LVI, 2009, 143 ss.

Cic. off. 3.16.65: *Cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret ...*

Tuttavia, mi sembra che il collegamento sia alquanto sfumato, sì da rendere questa opzione ermeneutica particolarmente fragile, tenuto anche conto delle profonde incertezze che circondano quest'ultimo testo di Cicerone.

Del resto, rimarrebbe da spiegare come mai di questa azione *in duplum* non si conservano cenni. Con il che, è da escludersi che l'ordinamento avesse approntato una tutela di ordine penale rispetto alla posizione del fiduciante nella *mancipatio fidi fiduciae causa* dei tempi più antichi.

11 Conclusioni circa il rapporto tra 'fiducia', deposito e comodato

È giunto il momento di volgere lo sguardo ai risultati raggiunti nel corso di questo capitolo.

Si è iniziato prendendo in considerazione quei notissimi testi di Gaio (Gai 2.60) e di Boezio (Boeth. in Cic. top. 4.10.41) che certificano senz'ombra di dubbio l'uso della *fiducia* in funzione di deposito, ossia per assicurare a certi beni una maggiore tutela e protezione, o per rispondere con maggior efficacia a quelle difficoltà nella loro gestione che potevano colpire l'originario proprietario (ad esempio, si sono ipotizzate cause come l'esigenza di fare un lungo viaggio, l'arruolamento nell'esercito, l'essere colpiti da una malattia, la previsione di possibili razzie, tumulti o espropri).

Gettando lo sguardo ad ambiti differenti da quelli giusprivatistici, si è altresì ravvisata una continuità di vedute tra quella concezione della 'fiducia' e gli affidamenti di beni per la loro conservazione temporanea: è quanto emerso da due testi, rispettivamente di Tito Livio (Liv. 32.38.1-5) e Curzio Rufo (Curt. 5.9).

Sulla scorta di questi dati, si è deciso di compulsare l'antologia giustiniana per verificare se vi siano brani che, una volta ricondotti alla materia fiduciaria, testimonino l'impiego appena visto ed eventualmente trasmettessero indizi circa la relativa regolamentazione giuridica.

Ebbene, l'indagine ha permesso di individuare alcuni testi che effettivamente presentano tali caratteristiche e ha parimenti portato ad escluderne altri dal novero di quelli che attengono alla materia fiduciaria, nonostante l'opinione di contraria di autorevole dottrina. La ricerca, tuttavia, si è rivelata infruttuosa in ordine alla determinazione della disciplina prevista per questa fattispecie: non sono state individuate peculiarità di regime rispetto ad altre applicazioni della *fiducia* (specialmente rispetto a quella conclusa *cum creditore*).

Inoltre, è rimasto irrisolto un dubbio fondamentale: quali erano le motivazioni che spingevano a scegliere la *fiducia* per assolvere tali finalità,

specialmente nei tempi più antichi (specie prima dell'introduzione dell'*actio fiduciae*)?

Una prima risposta è stata ipotizzata anche analizzando Ulp. 13 *ad ed.* D. 4.7.4.3, da cui pare potersi evincere come la *fiducia* venisse sfruttata per facilitare la rappresentanza processuale: si è ipotizzato allora che per tale ragione taluno potesse perfezionare (anche) in ragione di ciò questa operazione negoziale. Naturalmente, rispetto a tale possibilità, la funzione che è stata definita di 'deposito' non allude ad una sicurezza meramente di fatto, «ma ad una sicurezza giuridica, ad una tutela che si esplica attraverso la proprietà, indipendentemente dalla semplice detenzione»²⁶⁰.

Una volta raggiunto questo risultato, invero, rimaneva insoddisfacente la spiegazione circa il collegamento tra *fiducia* e deposito di cui le fonti comunque serbano una memoria così evidente e che emerge in controtela dalla lettura dei testi della compilazione.

Non è infatti sostenibile la tesi del Niemeyer²⁶¹ – contestata già con forza dal Ferrini²⁶² – secondo cui tale connessione si deve solo a Triboniano e ai suoi commissari, che avrebbero a dire del primo modificato le menzioni di tale istituto inserendo riferimenti al deposito o al comodato solo perché si trattava di sostituzioni possibili, visto il tenore dei testi dei *prudentes*. Questa idea contrasta col vero carattere delle interpolazioni, come nota il Ferrini, mediante cui i compilatori hanno operato sostituzioni tra istituti affini, individuando quelli che al loro tempo facevano le veci di quelli ormai scomparsi: e, dunque, la *fiducia cum creditore* ha lasciato il posto al *pignus*, mentre quella *cum amico* al deposito e al comodato²⁶³.

Nel corso della disamina sin qui condotta è rimasto sullo sfondo un altro aspetto che tanto interesse ha suscitato nella letteratura romanistica: quello attinente al rapporto tra la *fiducia* e il comodato.

Sovente in dottrina ci si è chiesti infatti se la *fiducia* negoziale venisse utilizzata – in un'epoca in cui il comodato non riceveva ancora riconoscimento e protezione da parte del pretore – anche per realizzare il prestito d'uso.

Le fonti non trasmettono alcuna informazione decisiva a riguardo, anche se non è un aspetto di poco momento che i commissari di Triboniano abbiano spesso sostituito le menzioni della *fiducia* con un duplice riferimento al *depositum* e al *commodatum* (pur molto spesso dissimili in punto di regolamentazione giuridica, specie in ordine all'individuazione del criterio di imputazione della responsabilità).

²⁶⁰ Così G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 212.

²⁶¹ TH. NIEMEYER, *Fiducia cum amico*, cit., 316.

²⁶² C. FERRINI, *Storia*, cit., 81 ss.

²⁶³ C. FERRINI, *Storia*, cit., 81 ss.

Tuttavia, il problema mi sembra mal posto²⁶⁴.

Certamente, la *fiducia* poteva venir utilizzata per garantire ad un terzo l'uso di un bene, ma essendo un simile affare a vantaggio esclusivo di quest'ultimo, mi pare assurdo immaginare che un proprietario arrivasse al punto di spogliarsi della titolarità del bene, quando gli sarebbe comunque bastato acconsentire che il beneficiario lo utilizzasse a suo piacimento²⁶⁵. In caso di violazione delle sue aspettative e degli accordi conclusi, peraltro, il concedente poteva adire le vie giudiziali – per riavere quanto non era più nella sua sfera materiale di controllo – rivendicando la *res*.

Questo, tuttavia, non significa affatto escludere che l'affidamento in custodia di beni tramite *fiducia* potesse accompagnarsi alla facoltà – anche solo implicitamente concordata – per il fiduciario di servirsi degli stessi²⁶⁶. Anzi, viene facile immaginare che talvolta fosse preciso interesse del fiduciante che l'accipiente sfruttasse economicamente i beni trasferiti. Basti pensare al caso in cui taluno, dovendo partire per un lungo viaggio, alienava fiduciariamente i propri fondi ad un *amicus* in modo che questi li coltivasse sino al suo ritorno (e lo stesso poteva magari valere per uno schiavo: il che ci è attestato in tema di *fiducia manumissionis causa*, su cui ci si soffermerà nel prossimo capitolo).

Forse è proprio da questa prassi che si è diffuso – ed è rimasto saldo nella coscienza giuridica romana – l'accostamento (anche) tra *fiducia* e prestito d'uso²⁶⁷.

12 *Il peculiare regime del possesso 'ad usucapionem' del bene trasferito: un altro (possibile) effetto discendente dal carattere nuncupativo dell'alienazione fiduciaria?*

Oltre all'*usureceptio*, vi era ad avviso di chi scrive un altro effetto del tutto peculiare discendente da una *mancipatio* fiduciaria, intesa come negozio librato nuncupativo.

Non mi pare troppo azzardato affermare – sulla scorta dei passi che qui di seguito si esamineranno – che tale operazione determinasse un peculiare regime per il possesso *ad usucapionem* sulla *res fiduciae accepta*, che rimaneva sempre in capo al fiduciante²⁶⁸.

²⁶⁴ V. CARRO, *'Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione'*, cit., 34, nt. 25.

²⁶⁵ Invero, uno spazio alla *fiducia* rispetto ad una «finalità di comodato *ante litteram*» è individuata da V. CARRO, *'Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione'*, cit., 34, nt. 25, nell'utile «che veniva al fiduciario di integrare il suo patrimonio in vista del censimento e dell'iscrizione a una classe superiore a quella relativa al suo effettivo patrimonio».

²⁶⁶ Cfr. G. ROTONDI, *Contributi*, cit., 23; G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 215.

²⁶⁷ V. CARRO, *'Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione'*, cit., 34, nt. 25.

²⁶⁸ Che la *fiducia* si perfezionasse anche in assenza di un effetto traslativo pare potersi evincere dal seguente testo di Ulpiano, escerpito dal suo XXX libro *ad edictum* ricondotta alla materia fiduciaria da larga parte della dottrina, tra cui B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 323 s.; A.

È una conclusione che autori come Noordraven²⁶⁹, Apathy²⁷⁰, Dunand²⁷¹ e Lambrini²⁷² traggono, in primo luogo, dalla lettura del seguente testo di Giuliano.

Iul. 13 dig. D. 41.2.36: *Qui [pignoris] <fiduciae> causa fundum creditori [tradit] <mancipaverit>, intellegitur possidere. Sed et si eundem precario rogaverit, aequae [per diutinam possessionem] <usu> capiet: nam cum possessio creditoris non impediatur <usu> capionem²⁷³, longe minus precarii rogatio*

BISCARDI, *Appunti*, cit., 57 s. e 133; N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 115 s.; J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 202 s., nt. 882; P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 16 s.; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 90. Contra H. KRELLER, 'Formula fiduciae', cit., 200 s. Ecco il passaggio in questione, che riproduco con le correzioni ipotizzate da O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 618. Ulp. 30 ad ed. D. 13.7.22.2: *Si praedo rem [pignori] <fiduciae> dederit, competit ei et de fructibus [pigneraticia] <fiduciae> actio, quamvis ipse fructus suos non faciet (a praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumpti condici): proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit. Il caso prospettato è quello di un ladro (praedo) che trasferisce a scopo di garanzia la res rubata. Il giurista di Tiro afferma che in tale ipotesi il ladro potrà comunque agire nei confronti del creditore – tramite l'actio fiduciae nascente dal negozio – per ottenere i frutti che questi ha percepito. Ciò, nonostante a lui praedo tali frutti non spettassero, giacché in mala fede. Tuttavia, egli potrà giovare della circostanza per cui il creditore, a cui ha trasferito la cosa non sua, è 'bona fide possessor'. Il passo è di notevole interesse, giacché mostra come anche un'alienazione compiuta dal non dominus (quale appunto è il ladro) produca effetti obbligatori, che la giurisprudenza fa rientrare nell'ambito del negozio fiduciario (il quale non risulta dunque in tale ipotesi radicalmente nullo: cfr. A. BISCARDI, *Appunti*, cit., 57). Non mi convince, tuttavia, la spiegazione che alcuni autori hanno dato circa le ragioni di questa soluzione. Secondo A. BISCARDI, *Appunti*, cit., 57, e N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 115 s., il passo si inserisce in un processo, pur lento e graduale, che ha teso sempre più a valorizzare l'elemento dell'accordo (e il suo contenuto) rispetto a quello del trasferimento della proprietà. Percorso che ha raggiunto il suo apice proprio in epoca severiana, in cui il pensiero dei prudentes ha ricondotto la fiducia all'area contrattuale (e dunque ha ammesso l'esperibilità dell'actio fiduciae pur in assenza di qualsivoglia effetto traslativo della proprietà: cfr. A. BISCARDI, *Appunti*, cit., 57). Mi pare colga invece nel segno la lettura fornita da J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 202, nt. 882, che così si esprime: «Nous pourrions ... interpréter le fragment de la manière suivante: il suffisait, pour constituer valablement une fiducie, de procéder à une *mancipatio fidei fiduciae causa*, car c'est ce rituel spécifique qui créait la fiducie, et non pas le transfert de propriété au fiduciaire. Le devoir de retransfert – découlant de la *mancipatio* – existait indépendamment du transfert de propriété». Quanto alla chiusa del testo ('proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit'), il riferimento al creditore quale possessore di buona fede non credo scalfisca quanto si andrà dicendo oltre, giacché tale qualifica rileva soltanto per la percezione dei frutti e non ai fini dell'usucapione.*

²⁶⁹ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 182 ss.

²⁷⁰ P. APATHY, *Die Entwicklung und Gestaltung von Rechtsinstituten durch die Kautelarjurisprudenz am Beispiel der Treuhands im römischen und im österreichischen Recht*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, III, Napoli, 1997, 382.

²⁷¹ J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 242 ss.

²⁷² P. LAMBRINI, *Lineamenti*, cit., 257 ss.

²⁷³ Nella *scriptura primaria* della *Littera Florentina* compare 'cacionem', ma nella *secundaria* si rinviene già l'integrazione 'usucapionem': cfr. su questo aspetto P. ZAMORANI, 'Precario habere', Milano, 1969, 266; G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro 'omittendae possessionis causa'*, in *AUPA*, XL, 1988, 280; G. NICOSIA, *La pretesa 'possessio' del sequestratario*, in 'Cunabula iuris'. *Studi storico giuridici per G. Broggin*, Milano, 2002, 287, nt. 24; P. BIAVASCHI, *Ricerche*, cit., 144, nt. 88.

impedimento esse [non] debet, cum plus iuris in possessione habeat qui precario rogaverit quam qui omnino non possidet.

Stando alla sua attuale stesura, il frammento afferma come il debitore che ha consegnato a titolo di pegno un proprio fondo al creditore continui a 'possidere'. Questa condizione – si premura di evidenziare Giuliano – permane anche se il creditore pignoratizio ha concesso al debitore tale cespite a titolo di precario: infatti, aggiunge Giuliano, visto che la *possessio creditoris* non impedisce l'usucapione della *res* da parte del debitore, ciò dovrà a maggior ragione valere qualora la disponibilità materiale del fondo torni a quest'ultimo, sia pur in conseguenza di un rapporto di precario.

Nonostante molteplici e autorevolissime voci abbiano difeso la genuinità del passo nel suo riferirsi al *pignus*²⁷⁴, parte della letteratura ha ritenuto – con ragioni a mio avviso convincenti – che in origine il giurista adrianeo si stesse occupando di *fiducia*²⁷⁵.

Gli elementi che depongono in tal senso non mi pare manchino.

In primo luogo, la collocazione del testo è significativa, giacché il XIII dei *libri digestorum* di Giuliano è dedicato, oltre che al deposito, proprio alla *fiducia*. Il *pignus* trova invece spazio entro il libro XI²⁷⁶.

Inoltre, l'espressione '*pignoris causa*', accostata al verbo *tradere* (che peraltro compare, nel primo periodo del frammento, al presente '*tradit*', anziché – come sarebbe corretto – al perfetto '*tradidit*': altro indizio di possibile alterazione del testo²⁷⁷), desta non pochi sospetti.

²⁷⁴ Cfr., in particolare, G. SCHERILLO, *Locazione e precario*, in *RIL*, LXII, 1929, 391, nt. 3; S. TONDO, '*Pignus*', cit., 159 ss.; P. ZAMORANI, '*Precario habere*', cit., 266, nt. 58; M. KASER, *Zur Geschichte des 'precarium'*, in *ZSS*, LXXXIX, 1972, 142, nt. 157; C. RUSSO RUGGERI, '*Conductio*' e '*precarium rei pignori datae*', in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, cit., VII, 724 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro*, cit., 280 ss.; A. BURDESE, voce *Possesso (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 455.

²⁷⁵ In questo senso, cfr. già O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., cc. 344 s. e 353 s., nonché G. LONGO, *Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria*, in *SDHI*, XLV, 1979, 111; V. SILVA, *Precario con possesso e precario con detenzione*, in *SDHI*, VI, 1940, 249 e nt. 45; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 182 ss.; J.-Ph. DUNAND, *Le transfert*, cit., 242 s.; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 96 ss. Si rammenti anche l'originale proposta di restituzione di H. KRELLER, '*Formula fiduciae*', cit., 184, rimasta del tutto priva di seguito, secondo cui il testo originale sarebbe stato il seguente: *Qui [pignoris] <fiduciae> causa fundum creditori [tra]<mancipio de>dit, [intellegitur] <non desinit> possidere; sed et si eundem precario rogaverit, aequ[e] [per diutinam possessionem] <usu>capere: nam cum <in pignore dato> possessio creditoris non impedi[at] <usu>capionem, longe minus <nec in fiducia> precario rogatio impedimento esse non debet, cum pluris habeat qui precario rogaverit, quam qui omnino possidet.* Contro tale ricostruzione si sono tra gli altri schierati S. TONDO, '*Pignus*', cit., 157; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 183; P. BIAVASCHI, *Ricerche*, cit., 144, nt. 87.

²⁷⁶ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., cc. 344 s. e 353 s.; G. LONGO, *Negozi*, cit., 111; V. SILVA, *Precario*, cit., 249; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 182 ss.

²⁷⁷ Anche se forse è imputabile ad un errore dell'amanuense (forse di audizione del testo dettato): cfr. P. PESCANI, *Studi sul 'Digestum vetus'*, in *BIDR*, LXXXIII, 1981, 164 s.

Normalmente, infatti, per indicare l'ipotesi di un soggetto che consegna qualcosa a titolo di pegno, costituendolo, le fonti utilizzano costruzioni con il verbo *dare*²⁷⁸. I tre passi dei *Digesta* ove compaiono riferimenti alla 'causa' o al 'tradere' accanto al *pignus*, invece, sono ricondotti dalla critica, sin a partire dal Gradenwitz, alla *fiducia*: sia per ragioni palinogenetiche, sia per motivi collegati al loro contenuto²⁷⁹.

Si potrebbe invero ipotizzare che il giurista adrianeo, occupandosi di *fiducia*, abbia voluto confrontare la disciplina in tema di divisione degli effetti del possesso²⁸⁰ con quella (in ipotesi differente) del *pignus*, enunciata appunto dal tratto in esame²⁸¹: mancano però solidi indizi che suffraghino questa opzione. Anzi, riprendendo le parole di Vittoria Silva, «sarebbe certo strano che un passo,

²⁷⁸ Solo a titolo indicativo, v. Ulp. 5 *de omn. trib.* D. 2.15.8.15 ('*pignus ad hoc datum*'); 11 *ad ed.* D. 4.3.9.4 ('*pignori datum*'); 16 *ad ed.* D. 6.2.9.1 ('*rem ... pignori sibi datam*'); Pap. 2 *resp.* D. 6.1.65 pr. ('*pignori datum praedium*'); 3 *resp.* D. 3.5.31 pr. ('*pignore dato*'); Pomp. 9 *ep. et var. lect.* D. 4.4.50 pr. ('*pignus, quod dederat*'); Paul. 20 *ad ed.* D. 5.3.19 pr. ('*res pignori datae*'); 23 *ad ed.* D. 10.2.29 pr. ('*si pignoris res data*'); Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 10.2.28 pr. ('*rem pignori creditori datam*');

²⁷⁹ V. Afr. 8 *quaest.* D. 23.3.50.1; Iul. 13 *dig.* D. 44.7.16; Ulp. 30 *ad ed.* D. 13.7.22.1, tenendo presente, rispettivamente, O. LENEL, *Palinogenesia*, I, cit., cc. 29 e 354; II, c. 618, ma soprattutto O. GRADENWITZ, *Interpolationen*, cit., 46, e B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 218 s.

²⁸⁰ Secondo cui la *possessio ad interdicta* è riconosciuta in capo al creditore pignoratorio, che possiede *pro alieno*, mentre la *possessio ad usucapionem tantum* rimane al debitore oppignorante: cfr. Iul. 44 *dig.* 41.3.33.4; Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.1.15, ove è citato il parere di Giuliano; Iav. 4 *ex Plaut.* D. 41.3.16, su cui v. G. NICOSIA, *La pretesa*, cit., 288 ss., secondo cui «il debitore oppignorante possiede soltanto ai fini dell'usucapione», mentre «*quod ad reliquas omnes causas pertinet* chi possiede è il creditore pignoratorio»; ID., *Introduzione* a S. RICCOBONO, *Zur Terminologie der Besitzverhältnisse* ('*naturalis possessio*', '*civilis possessio*', '*possessio ad interdicta*'), in *RDR*, XII, 2012, 5; B. ALBANESE, *Le situazioni*, cit., 83 ss.; A. BURDESE, voce *Possesso*, cit., 455; G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro*, cit., 281.

²⁸¹ Sicché S. TONDO, '*Pignus*', cit., 160, nt. 3 – di cui pur non si condivide la tesi secondo la quale il testo trattava anche in origine di *pignus* – avverte come debba interpretarsi il verbo '*possidere*' «la prima volta siccome allusivo dell'effetto della *usucapio* ... e la seconda volta siccome allusivo alla *possessio* interdittale conseguente al precario»; diversa l'impostazione di G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro*, cit., 282, nt. 174, secondo cui, sempre con riguardo a *possidere*, «la prima volta ... il verbo indica una relazione possessoria che perdura a prescindere dalla disponibilità materiale del fondo ...; la seconda, al contrario, indica proprio lo stare in relazione materiale con la cosa: sicché qui *omnino non possidet* non significa 'chi non possiede affatto', ma 'chi non possiede *corporaliter*'». Quest'ultima ricostruzione mi sembra particolarmente convincente: la chiusa *omnino non possidet* ben si può tradurre come 'chi non possiede del tutto', alludendo correttamente alla mancanza di rapporto materiale con la *res*. Sicché reputo non necessario supporre, come fa P. ZAMORANI, '*Precario habere*', cit., 267, che nella frase iniziale il verbo '*possidere*' vada sostituito con '*usucapere*': del pari, non mi convince la tesi dello studioso che reputa interamente spuria la parte finale del frammento, ossia '*nam ... possidet*'. L'impostazione del problema, e la soluzione del giurista attivo ai tempi di Adriano, concernono invece il gioco tra effetti del precario rispetto alle parti (creditore e debitore) ed effetti dell'operazione negoziale, in punto di rilevanza della *possessio ad usucapionem tantum*, nei confronti dei terzi (e, in specie, del vero proprietario). Sulla versatilità semantica del verbo '*possidere*', cfr. B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, 5 ss.

che sicuramente si riferisce alla *fiducia* nel suo principio, passasse poi senza nessuna transazione a parlare del pegno»²⁸².

Ma è soprattutto²⁸³ il fatto che il nodo problematico impostato e risolto da Giuliano concernesse il *precarium* che mi spinge ad orientarmi a favore della tesi che sostiene un'originaria trattazione della *fiducia*.

Bisogna infatti tener conto che spesso la concessione di un bene a precario²⁸⁴ si accompagnava a operazioni di alienazione fiduciaria. Tale meccanismo permetteva al fiduciante/debitore di sfruttare economicamente il bene trasferito, per ripagare il debito contratto, e assicurava altresì al creditore – comunque proprietario (e come tale protetto giudizialmente) – la tranquillità di non veder controparte acquistare il bene tramite *usureceptio*. Tutto questo è ricordato da Gaio in un testo del suo manuale istituzionale già più volte evocato nel corso della presente trattazione, 2.59-60²⁸⁵.

Quello che a mio avviso intende sottolineare Giuliano – il quale svolse un ruolo cruciale nell'elaborazione della teoria della cd. divisione degli effetti del possesso²⁸⁶ – è che il *precarium* assume una rilevanza solo *inter partes* per quanto concerne il possesso della *res*²⁸⁷.

Sia pur interrompendo l'*usureceptio* a favore del fiduciante (Gai 2.60), tale concessione non ha la forza di bloccare il possesso *ad usucapionem* del debitore, i cui 'effetti' si irradiano nei confronti del terzo proprietario del bene. E questo aspetto meglio si poteva scorgere proprio con riguardo alla *fiducia*, perché sovente

²⁸² V. SILVA, *Precario*, cit., 250, nt. 45.

²⁸³ Non mi pare invece determinante, come ritiene B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 184, l'uso di *intellegitur* da parte di Giuliano, che lascerebbe trasparire un'opinione del giurista, sebbene la disciplina menzionata nella prima riga del frammento costituisse «eine festsehende Rechtsnorm»: invero, come non ha mancato di sottolineare G. ARICÒ ANSELMO, *Sequestro*, cit., 282, nt. 174, con tale parola Giuliano avrebbe indicato che il possesso non è «percepibile fisicamente, ma solo con l'intelletto».

²⁸⁴ Come osserva V. SILVA, *Precario*, cit., 248, «quello della *fiducia* era il caso in cui meglio il precario rispondeva alla sua antica struttura e al suo antico fine». Si rammentino, a tali riguardo, Int. Paul. Sent. 5.7.5: ... *precario, qui per precem postulat ut ei in possessione permissu domini vel creditoris fiducia morari liceat*; Isid. orig. 5.25.17: *Precarium est dum prece creditor rogatus debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere ...* Su questi testi, v. da ultima P. BIAVASCHI, *Un esempio*, cit., 284 ss., ad avviso della quale riguardano il *pignus* e non la *fiducia* (il che tuttavia non esclude che il medesimo fine fosse perseguito in ambito fiduciario a scopo di garanzia, dal quale deriva, secondo la dottrina più accreditata, molte elaborazioni in tema di *pignus*), nonché C. RUSSO RUGGERI, *Conductio*, cit., 736 s. e ntt. 45-46 per indicazioni della letteratura più risalente.

²⁸⁵ Gai 2.60, su cui si tornerà al cap. VI, par. 8.

²⁸⁶ Cfr. F. BOZZA, *Sull'origine del possesso*, in *Annali Macerata*, VI, 1931, 58; P. ZAMORANI, *'Precario habere'*, cit., 139, nt. 54.

²⁸⁷ Cfr. B. ALBANESE, *Le situazioni*, cit., 87 s.

essa era accompagnata dalla concessione della *res* a *precarium*, nonché per via della peculiare dialettica che veniva a crearsi tra *usucapio* e *usureceptio*²⁸⁸.

Vale la pena di ricordare le parole di Jean-Philippe Dunand, secondo cui il frammento «indique que, malgré le transfert de la propriété et de la possession du bien fiduciaire au fiduciaire, le fiduciant est toujours traité comme possesseur de ce bien, dans le cadre de la computation du délai de possession ininterrompue nécessaire à l'usucapion (aux dépens d'un tiers). Il en va de même, *a fortiori*, lorsque le fiduciant conserve la possession du bien fiduciaire en qualité de précariste, dès lors que, selon les règles générales, le précariste était possesseur des biens qui lui étaient remis par leur propriétaires»²⁸⁹.

Del resto, altri due testi di Giuliano tratti dal XIII libro dei suoi *digesta* – e che Lenel pone di seguito a quello esaminato²⁹⁰ – sembrerebbero confermare questa ricostruzione (che rimane, occorre ribadirlo, comunque condizionata da un certo grado di congetturalità).

Il primo frammento da prendere in considerazione è il seguente:

Iul. 13 *dig.* D. 43.26.18: *Unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei qui possideat.*

In esso si afferma che chiunque può dare a precario la cosa propria, sebbene non la possieda, a chi invece già la possiede.

Il brano del giurista adrianeo deve aver in origine collegato quanto affermato in D. 41.2.36, poc'anzi esaminato, e il problema affrontato in D. 44.7.16, concernente il rapporto tra acquisto della proprietà e del possesso tramite il servo facente parte di un'eredità giacente.

Più nello specifico, secondo questa chiave di lettura, in D. 43.26.18 Giuliano parrebbe per un verso riaffermare la regola per cui il fiduciante ha la *possessio ad usucapionem* (e dunque è 'qui possideat'); di poi lascerebbe intendere che colui che possiede solo *ad interdicta*, come il fiduciario, può attribuire a precario la *res*, in ragione della titolarità che ha di questa.

²⁸⁸ Cfr. V. SILVA, *Precario*, cit., 250, nt. 45, le cui parole credo valga la pena di riportare: «se si pensa che era ugualmente possibile fiduciare una *res aliena* e che, in tal caso, pur non trapassando il dominio, permanevano gli effetti obbligatori del negozio, non è assurdo ritenere che anche in tal modo l'usucapione potesse continuare in capo al debitore il quale possiede, sì, *precario*, ma di fronte al creditore soltanto e perciò rispetto a un terzo, quale sarebbe il *dominus* della cosa, può benissimo usucapire». In questa prospettiva si pone anche B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 182 ss. Di diverso avviso P. ZAMORANI, 'Precario habere', cit., 267, nt. 58, secondo cui «il fiduciante che ha compiuto la *traditio* non può certo dirsi *usucapere* (o *usurecipere*) la cosa fiduciata, se questa non è rientrata nella sua disponibilità. A ciò dovrebbe aggiungersi che, trattandosi eventualmente di *fiducia cum creditore*, la concessione precaria escluderebbe certamente l'*usureceptio*».

²⁸⁹ Così J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 242 s.

²⁹⁰ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 354.

Sicché, in pratica, è ammessa la conclusione della *fiducia* a scopo pignoratizio accompagnata dalla concessione della *res* a precario al debitore fiduciante, «sans même en avoir préalablement pris possession»²⁹¹.

Ma cosa succede, invece, quando questa dinamica si complica per via del fatto che il fiduciario è un *servus hereditarius*, ossia uno schiavo facente parte di un'eredità giacente²⁹²?

Si tratta di temi questi molti cari a Giuliano.

È lui, infatti, che elabora la teoria in base alla quale l'eredità giacente deve essere intesa come un individuo simile al defunto: una '*persona*' a cui fanno capo tutti i rapporti pendenti alla morte del *de cuius* e quelli successivamente sorti, e non un patrimonio comunque dotato di un titolare (in base al principio di retroattività dell'acquisto da parte dell'erede)²⁹³. Proprio sulla scorta di questa concezione dell'eredità come *persona*, a partire da Giuliano si ammise la possibilità per l'*hereditas* di acquistare il possesso tramite un *servus hereditarius*²⁹⁴.

Ciò detto, si può riportare la prima parte del brano cui si è fatto cenno, per fornirne un'esegesi, inevitabilmente concisa visti gli obiettivi della disamina che si sta qui conducendo.

Iul. 13 dig. D. 44.7.16: *Qui a servo hereditario mutuam pecuniam accepit et fundum vel hominem [pignoris] <fiduciae> causa ei [tradiderat] <mancipaverat> et precario rogavit, precario possidet: nam servus hereditarius sicuti [per traditionem] <mancipio> accipiendo proprietatem hereditati adquirat, ita precario dando efficit, ne res usucapi possit ...*

L'attenzione di Giuliano è rivolta alla seguente fattispecie. Un *servus hereditarius* dà a mutuo una somma di denaro e, come garanzia della restituzione, riceve dal mutuatario uno schiavo o un fondo '*pignoris causa*', che prontamente il *servus* gli concede a precario. Il debitore – si premura di precisare il giurista adrianeo – in questo caso '*precario possidet*': infatti, così come il *servus hereditarius* ben può fare acquisti a favore dell'eredità, tanto più può concedere a precario le *res* ricevute in garanzia, al fine di evitare che maturi su di esse l'usucapione del debitore.

L'*inscriptio* del frammento, il riferimento ad una *traditio* sebbene si discuta di un *servus* o di un *fundus*, nonché il richiamo all'usucapione impedito dal precario (v. Gai 2.60) hanno indotto la dottrina maggioritaria a considerare testo

²⁹¹ Così J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 244, ma in tal senso già si era espresso W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 71.

²⁹² P. VOCI, *Diritto ereditario romano. I. Introduzione. Parte generale*², Milano, 1960, 516 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 680; di recente M.T. DUPLÁ MARÍN, *El 'servus hereditarius' y la teoría de la herencia yacente*, Valencia, 2003, 29 ss.

²⁹³ Cfr. il pensiero di Cassio riportato in Gai. 3 *de verb. obl.* D. 45.3.28.4, nonché Lab. 5 *pith.* D. 22.2.9. Su tali aspetti, v. P. VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., 516 ss.

²⁹⁴ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., 527 ss.

originariamente collegato alla *fiducia*²⁹⁵. Anche il Tondo, tendenzialmente restio ad ammettere la sostituzione compilatoria del *pignus* alla *fiducia* in passi concernenti questioni di *possessio* e di *precarium*, non può fare a meno di riconoscere, questa volta, un intervento nella direzione predetta²⁹⁶.

Come scrive Federica Bertoldi, «se il testo avesse trattato del pegno, si affermerebbe che l'usucapione era impedita dal fatto che il creditore pignoratizio dava la cosa in *precarium*; ma in questo caso la possibilità di *usucapio* non sussisterebbe. Infatti il possesso del creditore pignoratizio è possesso utile ai fini della legittimazione attiva agli interdetti e non ai fini dell'usucapione»²⁹⁷.

Orbene, avendo a mente il tenore di Iul. 13 *dig.* D. 41.2.36 (visto prima), balza agli occhi come la soluzione prospettata nel brano poc'anzi riprodotto sia di segno opposto.

Si potrebbe ipotizzare che ciò dipenda dal fatto che in origine i testi trattavano l'uno del *pignus* (il primo, visto che altri brani indubbiamente concernenti la materia pignoratizia serbano memoria della medesima regola²⁹⁸) e quest'ultimo di *fiducia*.

Viene però difficile comprendere perché Giuliano, in un libro dei *digesta* in cui si occupa di *fiducia*, abbia sentito l'esigenza di dedicare così tanto spazio alla regola prevista per il *pignus*.

Vi è io credo spazio per ipotizzare che l'intervento del *servus hereditarius* comportasse differenze di regime di non poco momento, tali da imporre al giurista di spendervi qualche parola a riguardo.

Questo (presunto) mutamento di disciplina invero un poco sorprende, considerando come proprio Giuliano ammettesse la possibilità per lo schiavo dotato di peculio di far acquistare il possesso all'eredità²⁹⁹, come emerge da D. 44.7.16³⁰⁰.

La soluzione, a mio avviso, risiede nel fatto che in D. 41.2.36 e nel brano in esame la medesima dinamica è osservata sotto due differenti prospettive.

²⁹⁵ Cfr. W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 140, che così rende il passo: '*Qui a servo hereditario mutuum pecuniam accepit et fundum vel hominem [pignoris] <fiduciae> causa ei [tradiderat] <mancipaverat> et precario rogavit, precario possidet: nam servus hereditarius sicuti [per traditionem] <mancipio> accipiendo proprietatem hereditati acquirit, ita precario dando efficit, ne [res usucapi] <fiducia usurecipi> possit'*. In linea con tale restituzione, v. P. VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., 522, il quale però salva '*res usucapi*'. Riconducono il testo alla materia fiduciaria anche B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 203 s.; F. BERTOLDI, *La 'fiducia cum amico'*, cit., 68 ss. e nt. 115, ove ulteriori indicazioni della letteratura orientata in tal senso.

²⁹⁶ S. TONDO, '*Pignus*', cit., 163, anch'egli per la genuinità del '*res usucapi*'.

²⁹⁷ F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 95.

²⁹⁸ Cfr. Iul. 44 *dig.* 41.3.33.4; Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.1.15, ove è citato il parere di Giuliano; Iav. 4 *ex Plaut.* D. 41.3.16, su cui v. G. NICOSIA, *La pretesa*, cit., 288 ss.,

²⁹⁹ Sulla base di Afr. 8 *quaest.* D. 12.1.41: cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., 528 ss.

³⁰⁰ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., 522.

Mentre la prima testimonianza riguarda in generale il rapporto tra debitore (possessore *ad usucapionem*) e il vero *dominus* della *res* data in garanzia (in ipotesi, *aliena*), rispetto al creditore fiduciario, il secondo testo concerne la relazione tra il rogante a precario e il precarista, qualora quest'ultimo fosse un *servus hereditarius*.

Nell'ipotesi contemplata in D. 44.7.16, infatti, il fondo o lo schiavo trasferito a titolo di garanzia entrano a far parte dell'eredità giacente, ma ci si potrebbe chiedere se il servo possa concederli a precario, visto che tale cespite non fa parte del suo peculio. La risposta di Giuliano è positiva, perché tale concessione determina l'interruzione dell'*usureceptio* del debitore³⁰¹, il quale, rispetto al fiduciario, *precario possidet*³⁰².

Orbene, in linea con quanto si sta qui cercando di dimostrare si colloca forse anche il seguente testo di Emilio Macro³⁰³, che secondo alcuni commentatori³⁰⁴ originariamente trattava di *fiducia* e non di *pignus*, come invece risulta dalla sua attuale formulazione³⁰⁵.

Macer 1 *de app.* D. 2.8.15.2: *Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat aut sibi traditam aut precario debitori concessam.*

Questa volta, per la riconduzione del testo alla materia fiduciaria non soccorre l'iscrizione del frammento. Esso è infatti escerpito dal primo libro *De appellationibus* di Macro, ove il giurista severiano – stando alla ricostruzione del

³⁰¹ Anzi, è fatta proprio a tale scopo: sicché convince la restituzione del testo per cui all'*'usucapi'* della parte finale va sostituito *'usurecipi'*, sostenuta ad esempio da G. NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i 'potestati subiecti'*, Milano, 1960, 314 s.

³⁰² La seconda parte del frammento (*'... nam et si commodaverit vel deposuerit rem peculiarem, commodati et depositi actionem hereditati adquiret. haec ita, si peculiare negotium contractum est: nam ex hac causa etiam possessio acquisita intellegi debet'*), pesantemente alterata dai compilatori, è spiegabile solo immaginando che in origine Giuliano avesse contrapposto la disciplina prevista in tema di *usureceptio* nella *fiducia* a scopo pignoratorio con quella prevista per le applicazioni della *fiducia* con l'interesse del solo fiduciante, che non era impedita dalla concessione a precario della *res*, come si apprende dal ben noto Gai 2.60. V. a riguardo C. FERRINI, *Storia*, cit., 108 s.; R. DE RUGGIERO, *'Depositum vel commodatum'*, cit., 28, nt. 1; G. NICOSIA, *L'acquisto*, cit., 315 s.; F. BERTOLDI, *La 'fiducia cum amico'*, cit., 70 ss. Gli elementi a disposizione, tuttavia, sono talmente scarsi da rendere altamente congetturale ogni riflessione a riguardo.

³⁰³ Sulla figura e sulle opere di questo giurista, attivo sotto Caracalla e Settimio Severo, cfr. W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Graz, 1967, 256.

³⁰⁴ F. KNIEP, *'Vacua possessio'*, I, Jena, 1886, 245 s.; A. LAST, *Fragen der Besitzlehre*, in *Jherings Jahrbücher*, XXVI, Berlin, 1913, 180; G. LONGO, *Negozi*, cit., 115.

³⁰⁵ Folta è tuttavia la schiera di chi avversa questa ricostruzione: cfr. S. TONDO, *'Pignus'*, cit., 165 s. e nt. 12; V. SILVA, *Precario*, cit., 247 s.; P. ZAMORANI, *'Precario habere'*, cit., 141 ss.; M. KASER, *Zur Geschichte*, cit., 177; C. RUSSO RUGGERI, *'Conductio'*, cit., 733; M. GARCIA VAZQUEZ, *'Precarium suae rei'*, in *BIDR*, XCIV-XCV, 1991-1992, 193; P. BIAVASCHI, *Ricerche*, cit., 245 ss. Per M. ZIMMERMANN, *Der Rechtserwerb hinsichtlich eigener Sachen. 'Rei suae sive de re sua contractum consistere non potest'*, Berlin, 2001, 92 s., ciò sarebbe auto evidente in quanto Macro è qui intento ad occuparsi di fondi provinciali e, a tal proposito, cita a supporto di quanto va dicendo M. KASER, *Zur Geschichte*, cit., 177, nt. 80: senonché, molto più dubitativo è l'asserzione di quest'ultimo a riguardo.

Lenel³⁰⁶ – si occupa di *cautio iudicio sisti*, ossia di quella promessa giudiziale con cui il convenuto si impegnava mediante dei garanti (si trattava dunque di una *satisdatio*) ad essere presente in giudizio fino al termine della lite³⁰⁷.

In questo contesto, Macro chiarisce (nel *principium* del passo) che sono esentati dalla prestazione di tale promessa i '*possessores immobilium rerum*'³⁰⁸, in ragione «delle garanzie che già di per sé le loro *res immobiles* presentano»³⁰⁹. Di poi, il giurista passa a considerare alcuni esempi dei soggetti che devono considerarsi '*possessores immobilium rerum*'³¹⁰, onde quindi affermare (al termine di 2.8.15.1), che '*qui solam proprietatem habet, possessor intellegendus est*' e, chiarendo di conseguenza come l'usufruttuario non sia affatto possessore (d'altronde, si premura di aggiungere, già Ulpiano lo scrisse)³¹¹.

Ecco quindi che trova posto il brano riprodotto poc' anzi.

Ebbene, qualora si ammettesse che il testo in origine concerneva il *pignus*, viene difficile comprendere la scelta di Macro di specificare che il creditore pignoratizio, in ordine alla prestazione della *cautio*, non possedeva la *res accepta*.

³⁰⁶ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., cc. 562 s.

³⁰⁷ Su tale istituto cfr. M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 573 s., con letteratura; TH. FINKENAUER, *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Tübingen, 2010, 250 ss.; A. TRISCIUOGGIO, '*Fideiussio iudicio sistendi causa*' e idoneità del fideiussore nel diritto giustiniano e nella tradizione romanistica, Napoli, 2009, 14 ss.

³⁰⁸ Macer 1 *de app.* D. 2.8.15 pr.: *Sciendum est possessores immobilium rerum satisfacere non compelli*, su cui v. da ultimo A. TRISCIUOGGIO, '*Fideiussio iudicio sistendi causa*', cit., 58 ss., il quale legge «*ex mente Iustiniani*» il brano in parola ritenendo che «i possessori di immobili non sono costretti a *satisdare*, ma sono in ogni caso tenuti a *cavere* circa la comparsa in giudizio, per lo più con giuramento».

³⁰⁹ Così V. SILVA, *Precario*, cit., 247, ma v. anche P. BIAVASCHI, *Ricerche*, cit., 245.

³¹⁰ Riporto il tratto di interesse. Macer 1 *de app.* D. 2.8.15.1-7: *Possessor autem is accipiendus est, qui in agro vel civitate rem soli possidet aut ex asse aut pro parte. sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intellegitur. Item qui solam proprietatem habet, possessor intellegendus est. eum vero, qui tantum usum fructum habet, possessorem non esse Ulpianus scripsit. 2. Creditor, qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat aut sibi traditam aut precario debitori concessam. 3. Si fundus in dotem datus sit, tam uxor quam maritus propter possessionem eius fundi possessores intelleguntur. 4. Diversa causa est eius, qui fundi petitionem personalem habet. 5. Tutores, sive pupilli eorum sive ipsi possideant, possessorum loco habentur: sed et si unus ex tutoribus possessor fuit, idem dicendum erit. 6. Si fundum, quem possidebam, a me petieris, deinde cum secundum te esset iudicatum, appellaverim: an possessor eiusdem fundi sim? Et recte dicetur possessorem me esse, quia nihilominus possideo, nec ad rem pertinet, quod evinci mihi ea possessio possit. 7. Possessor autem quis nec ne fuerit, tempus cautionis spectandum est: nam sicuti ei, qui post cautionem possessionem vendidit, nihil obest, ita nec prodest ei, qui post cautionem possidere coepit*, su cui v. anche M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973, 754 s. e nt. 18, secondo cui «la funzione di questa analisi è presumibilmente orientare il magistrato-giudice, indicandogli una serie di fattispecie in cui è comunque esclusa l'opportunità o la necessità di una *cautio* da parte del convenuto»: v. ivi pure rispetto al rapporto tra cautiones e procedure di appello (su cui cfr. inoltre R. ORESTANO, *Appello civile in diritto romano*², Torino, 1953, 376 ss.; W. LITEWSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, in *RIDA*, XV, 1968, 218 ss.).

³¹¹ Cfr. E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Possesso e quasi possesso*, Milano, 1946, 190 ss., con fonti.

Egli infatti ha appena riferito la regola generale per cui è possessore 'qui solam proprietatem habet' – come appunto è il caso del debitore oppignorante – e ha quindi ricordato il caso, direi in qualche modo paradigmatico, di applicazione di tale disposizione, ossia quello dell'usufruttuario che pur avendo della *res* una disponibilità materiale 'piena', non è mai considerato in senso tecnico possessore. Sicché, pensare che poi Macro – secondo un incedere argomentativo che procede *a maiori ad minus* – abbia parlato del pegno non mi convince fino in fondo.

Si tenga altresì presente come questa vicenda si porrebbe in contrasto con il principio per cui 'precarium suae rei consistere non potest', della cui classicità, per vero, si dubita in dottrina³¹². Inoltre, come già sostenuto dal Kniep³¹³, seguito poi dal Last³¹⁴ e dal Carcaterra, nel diritto classico non sarebbe stato possibile costituire il *pignus* tramite *datio* senza un effettivo trasferimento del bene in capo al creditore prima della concessione a precario, come l'attuale stesura del testo lascerebbe intendere³¹⁵. La Biavaschi – sulla scia del Tondo³¹⁶ – ipotizza che «tale passaggio intermedio potrebbe essere stato taciuto dal giurista per amore di concisione», ma mi sembra una giustificazione non pienamente soddisfacente³¹⁷.

Reputo più convincente invece immaginare che nell'«Urtext» trovasse posto un richiamo alla *fiducia*³¹⁸. Così ragionando, infatti, si può cogliere come, rispetto all'usufrutto di cui alla frase precedente, il ragionamento sia speculare ma di segno opposto e dunque assai incisivo da un punto di argomentativo. Avvalorando questa congettura, si nota un forte parallelismo con quanto affermato da Giuliano in D. 41.2.36, brano su cui ci si è soffermati in precedenza. Qualora una cosa sia stata trasferita fiduciarmente a scopo di garanzia, infatti, il creditore fiduciario – pur proprietario di questa – non diviene vero e proprio *possessor*, ben potendo in verità avere con la *res* un rapporto diretto. E dunque, anche se la disponibilità materiale gli sia stata trasferita e persino se poi –

³¹² In effetti, molti di coloro che hanno confutato la classicità del passo, come ad esempio V. SILVA, 'Precario', cit., 248 s., si sono basati unicamente sulla contrarietà tra quanto ivi riportato e il principio 'precarium suae rei consistere non potest'. Ma l'argomentazione, da sola, non è particolarmente solida, giusta la scarsa uniformità di quanto riportano le fonti (cfr. ad esempio Flor. 8 *inst.* D. 13.7.35).

³¹³ Cfr. F. KNI EP, 'Vacua possessio', cit., 245 s.

³¹⁴ Cfr. A. LAST, *Fragen*, cit., 180.

³¹⁵ All'opposto, ciò non stride con la modalità di perfezionamento del negozio fiduciario, per il quale non è necessaria la *traditio* del bene.

³¹⁶ Cfr. S. TONDO, 'Pignus', cit., 166, nt. 12.

³¹⁷ P. BIAVASCHI, *Ricerche*, cit., 246.

³¹⁸ F. KNI EP, 'Vacua possessio', cit., 245 s., propone di sostituire il tratto 'qui pignus accepit' con 'qui pignoris iure fundum mancipio accepit' o, come mi pare preferibile, 'qui fiduciam accepit' (cfr. anche Boeth. in Cic. *top.* 4.10.41 ('fiduciam accepit') e Cic. *Flacc.* 21.51 ('fiducia tamen accepta')).

comportandosi appunto come un proprietario, quale in effetti egli è – l'abbia, a titolo di precario, concessa nuovamente al suo debitore³¹⁹.

Si deve qui, sia pur velocemente, notare come – accogliendo la genuinità della chiusa del frammento, come io credo vada fatto³²⁰ – il termine *possessor* e l'espressione *habere possessionem* non possano che indicare due diversi rapporti della persona con la *res*. Seguendo Paola Biavaschi (che però non è d'accordo nel ritenere il brano connesso alla *fiducia*), con il primo termine Macro allude al fatto che il creditore non è *possessor ad usucapionem*, mentre con la seconda costruzione sintattica si riferirebbe alla *possessio ad interdicta*³²¹. Il che è in linea con quanto già visto in relazione a Iul. 13 *dig.* D. 41.2.36.

In quest'ottica, dunque, il creditore/fiduciario non sarà esentato dall'obbligo di prestare la *cautio iudicio sisti*. Del resto, la situazione d'appartenenza che la *fiducia* va a creare in capo all'accipiente, come si è più volte sottolineato, è connotata dalla sua naturale temporaneità, dovendo la *res fiduciae data* – qualora il negozio seguisse la sua fisiologica strada – ritornare in capo al debitore/fiduciante.

Tale cespite non garantisce l'attore, come nel caso degli altri *possessores*, giacché il patrimonio del convenuto/fiduciario, è gravato dall'obbligo di restituzione del valore del bene trasferito.

Dunque non stride, rispetto al contesto generale della *cautio iudicio sisti*, pensare che al creditore fiduciario fosse imposto di impegnarsi in tale modo.

Sulla scorta di queste considerazioni, si potrebbe altresì avanzare la congettura per cui il *principium* di un notissimo squarcio escerpito dal quinto libro del commentario paolino *ad Plautium*³²², anziché riguardare il *pignus*, concernesse la *fiducia*.

Mi riferisco a:

³¹⁹ Mi pare inoltre significativo che, in 2.8.15.3, Macro torni ad occuparsi di un caso in cui la proprietà e il possesso rilevante per la *cautio* coincidono: quello del '*fundus in dote datus*'.

³²⁰ P. BIAVASCHI, *Ricerche*, cit., 247. *Contra* V. SILVA, *Precario*, cit., 247 s.; G. LONGO, *Negozi*, cit., 115.

³²¹ Per S. TONDO, '*Pignus*', cit., 164 s. e nt. 11, '*possessionem*' sarebbe da tradursi con 'fondo': ma la ricostruzione mostra il fianco a più di una critica, come messo in luce da P. BIAVASCHI, *Ricerche*, cit., 248 s. Peraltro, pare veramente assurdo che in un passo ove si menziona più volte la *possessio* e il *possidere*, Macro abbia scelto di usare il termine '*possessionem*' per riferirsi ad un *fundus*, del quale – prima di 2.8.15.3 – mai viene fatta menzione.

³²² Nonostante la grande fama di cui godette, e sebbene le sue opere furono commentate da più autori (tra quelli noti figurano Nerazio, Giavoleno, Pomponio e Paolo), le informazioni circa la vita e le opere di Plautio, giurista attivo nel I secolo d.C. e contemporaneo di Celio Sabino e di Celso padre, sono scarse: cfr. C. FERRINI, *I 'libri ad Plautium' di Paolo*, in *Opere di C. Ferrini*. II. *Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano, 1929, 205 ss.; S. RICCOBONO, *Studi critici sul libri XVIII di 'Paulus ad Plautium'*, in *BIDR*, VI, 1893, 119 ss.

Paul. 5 *ad Plaut.* D. 41.3.13 pr.: *Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus*³²³.

Il segmento trascritto dovrebbe essere la riproduzione di un passaggio dell'opera di Plautio, per via del carattere lemmatico del commentario paolino³²⁴. È tuttavia molto probabile che esso abbia subito delle manipolazioni. A tal proposito, la dottrina è particolarmente scettica in ordine all'espressione finale concernente il *pro alieno possidere*³²⁵.

Sicché potrebbe esserne stato 'alterato' anche l'argomento trattato. Da questo punto di vista, un qualche indizio si può trarre dalla collocazione palinogenetica del testo.

Come sembra lecito credere, infatti, i libri di Paolo *ad Plautium*, quanto a distribuzione degli argomenti trattati, rispecchiano l'ordine seguito dal giurista del I secolo d.C., a sua volta corrispondente – quanto alla prima parte dell'opera – a quello dell'editto del pretore³²⁶.

Orbene, nel quarto libro *ad Plautium* – stando a quanto giuntoci tramite l'antologia di Giustiniano –, il giurista severiano tratta di *pecunia constituta* (D. 13.5.20, *E.P.* 97³²⁷), di *actio institoria* (D. 14.3.14, *E.P.* 102) e di *actio quod iussu* (D. 15.1.47; 50.17.171; 12.1.29; 15.4.5 pr.-1, *E.P.* 104).

Nel quinto libro, invece, Paolo si occupa di *depositum* (D. 12.5.9; 16.3.4; 42.1.8; 44.7.45, *E.P.* 106), di *mandatum* (D. 17.1.45 pr.-2; 27.4.6; 10.3.15; 17.1.45.3-5; 17.1.45.6-8; 46.3.61, *E.P.* 108) e di *emptio venditio* (D. 18.1.57; 19.4.2; 20.4.13; 24.3.55; 40.8.1; 50.17.172, *E.P.* 111), nonché – stando alla redazione attuale dei testi – di *pignus* (D. 12.1.30; 13.7.37; 41.3.13).

Tuttavia, atteso che nell'editto del pretore l'*actio pigneraticia* (*E.P.* 99) trova posto dopo la parte dedicata alla *pecunia constituta* (*E.P.* 97) e prima di quella sull'*actio institoria* e *quod iussu* (*E.P.* 102 e 104), viene lecito pensare che Paolo si fosse occupato di *pignus* nel quarto libro del commentario *ad Plautium* (di cui però nulla ci è giunto) e non invece nel quinto.

³²³ Ecco la continuazione dello squarcio, ove il giurista si occupa di possibilità di usucapire in caso di acquisto *a furioso* e in adempimento a un *mandatum*. Paul. 5 *ad Plaut.* D. 41.3.13.1-2: *Eum, qui a furioso bona fide emit, usucapere posse responsum est. 2. Si mandavero tibi, ut fundum emas, ex ea causa traditum tibi diutina possessione capis, quamvis possis videri non pro tuo possidere, cum nihil intersit, quod mandati iudicio tenearis.*

³²⁴ Cfr. F. SCHULZ, *History*, cit., 215 s.; C. FERRINI, *I libri*, cit., 205 ss.

³²⁵ E. ALBERTARIO, *Il possesso romano*, in *BIDR*, XL, 1932, 35, nt. 4; G.I. LUZZATTO, 'Constitutum possessorium', in *AG*, CVIII, 1932, 258, nt. 1.

³²⁶ Cfr. O. LENEL, *Palinogenesia*, I, cit., cc. 1152 ss.; C. FERRINI, *I libri*, cit., 207 ss.

³²⁷ Per comodità di lettura – ed esclusivamente ai fini della presente digressione – indicherò accanto alla collocazione delle fonti nei *Digesta*, il relativo paragrafo dell'editto del pretore (naturalmente attingendo alla ricostruzione O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*, cit., 240 ss.) al quale si riferiscono. Sarà così più semplice seguire il percorso argomentativo scelto.

Sicché, i testi in tema di garanzia del credito poc' anzi rammentati sembrano doversi connettere alla *fiducia*, collocata nell'editto (E.P. 107) dopo il deposito (E.P. 106) e prima del *mandatum* e dell'*emptio venditio* (E.P. 108 e 111).

Sennonché, Lenel avanza una proposta di menda soltanto rispetto al primo di tali testi, e non anche con riguardo a D. 41.3.13³²⁸.

Vi sono, io credo, margini per ipotizzare che esso recasse invero conferma della tesi esposta poco sopra circa il permanere della *possessio ad usucapionem* in capo al fiduciante, col riconoscimento di quella interdittale al fiduciario³²⁹.

All'attuale stato delle fonti, però, si tratta di una mera congettura, che già sul finire dell'Ottocento il Jacquelin aveva – sia pur in termini in parte differenti – prospettato³³⁰.

Sulla scia delle osservazioni appena svolte, un altro celebre passo paolino tratto sempre dal quinto libro *ad Plautium*, che ora parla di *pignus*, potrebbe aver in origine riguardato non solo la *fiducia*, come già autorevole dottrina ha affermato³³¹, ma anche lo spinosissimo problema del rapporto tra *possessio ad usucapionem* e *ad interdicta*, specie nel caso in cui tale operazione fosse stata affiancata da un rapporto di *locatio conductio*³³².

Alludo a:

Paul. 5 *ad Plaut.* D. 13.7.37: *Si [pignus] <fiduciam> mihi [traditum] <traditam> locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor, non fuerit eius possessio, cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi.*

³²⁸ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 1153.

³²⁹ Si può avanzare questa proposta di ricostruzione del testo: *Fiduciam acceptam usu non capimus, quia [pro alieno] <non> possidemus*, interpretando quest'ultimo verbo come allusivo dell'effetto della *usucapio* (come visto per Iul. 13 *dig.* D. 41.2.36), che d'altronde costituisce oggetto di attenzione dell'intero squarcio paolino. Cfr., sia pur sotto una diversa prospettiva, W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 189 s.

³³⁰ Cfr. R. JACQUELIN, *De la fiducia*, cit., 261 s., che ricostruisce il frammento in questi termini: *[Pignori]<Fiduciae> rem <datam precario> acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus.*

³³¹ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 1153; S. RICCOBONO, *La teoria del possesso nel diritto romano*, in *AG*, L, 1893, 270 ss.; ID., *Studi*, cit., 150 ss.; B. BIONDI, '*Iudicia bonae fidei*', cit., 135, nt. f; M. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom römischem Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Uppsala, 1910, 80, nt. 101; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano. II. Obbligazioni ed azioni, diritto ereditario, donazioni*², Roma, 1928, 291, nt. 4; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 68 s.; TH. MAYER-MALY, '*Locatio conductio*'. *Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien, 1956, 63; J.C. VAN OVEN, '*Locatio conductio rei suae*', in *TR*, XXVI, 1958, 325 s.; W. KUNKEL, *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, in *ZSS*, XC, 1973, 159, nt. 15; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 202. Di avviso opposto sono invece C. ARNÒ, *Corso di diritto romano. Il possesso. Lezioni raccolte dagli studenti E. Bauchiero e F. Palieri. Anno accademico 1935-1936*, Torino, 1936, 283 s.; S. TONDO, '*Pignus*', cit., 175 s. e nt. 28; B. ALBANESE, '*Conductio suae rei*', in *BIDR*, LXII, 1959, 145; P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1998, 64 ss.; M. ZIMMERMANN, *Der Rechtserwerb*, cit., 63 s.

³³² Si rammenti che in Iul. 13 *dig.* D. 41.2.36 il problema è lo stesso, ma con al centro il *precarium*.

Il caso prospettato nel frammento – sì come oggi appare – è quello di un creditore pignoratizio che ha concesso in locazione al debitore il bene da questi ricevuto in garanzia³³³. In tale evenienza, si legge, il creditore trattiene attraverso la locazione (*'per locationem'*) il possesso del bene: ciò, perché prima di tale momento il debitore/conducente non aveva la *possessio* (*'quia antequam conduceret debitor, non fuerit eius possessio'*), e poi perché il creditore/locatore ha intenzione di conservare tale possesso, mentre controparte non ha intenzione di acquistarlo (*'cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi'*).

Sarebbe impossibile dar qui conto di tutto ciò che la letteratura romanistica ha scritto in ordine a questo tormentatissimo brano³³⁴. Mi limito in questa sede a esaminare i diversi argomenti che, a mio avviso, inducono a reputare l'attuale stesura non coincidente con l'Urtext paolino e a ravvisare nel problema già tratteggiato in materia di rapporti tra possesso e *fiducia* il tema al centro del frammento in esame.

Orbene, un primo elemento di rilievo è legato alla collocazione del testo: in base a quanto visto poc'anzi con riguardo a D. 41.3.33 pr., se Paolo si fosse veramente occupato di *pignus* nel brano in esame, allora esso dovrebbe risultare inserito nel quarto libro della sua opera, non invece nel quinto, come risulta dall'*inscriptio* del frammento³³⁵.

Il secondo aspetto trae forza dal fatto che sia qui, sia in Gai 2.60, *fiducia* e locazione compaiono l'una collegata all'altra³³⁶. La ragione è nota: non di rado il fiduciario permetteva al fiduciante di servirsi *medio tempore* del bene trasferitogli (normalmente si trattava di un fondo o di uno schiavo, dunque elementi fondamentale per produrre reddito in vista dell'adempimento). Solo attribuendo tale bene in locazione (o a titolo di *precarium*: e non è certo un caso che un problema analogo al presente sia trattato da Iul. 13 *dig.* D. 41.2.3, di cui v. *supra*),

³³³ Circa i problemi relativi alla conduzione di cosa propria, cfr. B. ALBANESE, *'Conductio suae rei'*, cit., 121 ss.; G. LONGO, *Negozi*, cit., 93 ss.; M. ZIMMERMANN, *Der Rechtserwerb*, cit., 36 ss., con letteratura.

³³⁴ S. RICCOBONO, *La teoria*, cit., 273 ss., ad esempio, ha basato proprio su questo frammento la sua costruzione per cui ad una concezione di possesso più risalente, di stampo causale, venne sovrapponendosene una di più spiccata impostazione soggettiva. Circa la rilevanza dell'elemento soggettivo nelle situazioni possessore, cfr. di recente P. LAMBRINI, *L'elemento*, cit., 1 ss., con letteratura.

³³⁵ V. *infra*, nonché O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., cc. 1151 ss. Per B. ALBANESE, *'Conductio suae rei'*, cit., 144 – convinto della genuinità del testo – ritiene che questo argomento non provi alcunché: a suo dire, infatti, questo brano (insieme agli altri escerpiti dal quinto libro di Paolo *ad Plautium*) potrebbe benissimo riferirsi al *pignus*, «tanto più in quanto, per quel che ne sappiamo, in nessun altro luogo dei libri di Paolo *ad Plautium* si aveva una trattazione del *pignus*». Ma l'obiezione non persuade, giusta quanto detto poc'anzi circa la distribuzione degli argomenti, rispetto all'ordine edittale (cfr. O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*, cit., 240 ss.)

³³⁶ W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 69.

però, il fiduciario scongiurava il rischio di *usureceptio* del proprio bene. È in questo senso, credo, che si dovrebbe leggere quel 'per locationem' che compare nel brano³³⁷.

Un terzo appiglio è di carattere linguistico: come già detto in relazione a Iul. 13 *dig.* D. 41.2.3, nelle fonti, per indicare che una *res* è stata data a pegno si utilizzano per lo più costruzioni con il verbo *dare*. Quelle invece con il verbo *tradere* – come notato già dal Gradenwitz³³⁸ – devono suscitare qualche sospetto, giacché i rispettivi testi, per ragioni palinogenetiche e contenutistiche, paiono alterati dai compilatori, che hanno sostituito i riferimenti alla *mancipatio* e all'*in iure cessio* con richiami alla *traditio*³³⁹.

³³⁷ Cfr. S. RICCOBONO, *La teoria*, cit., 270 ss., sulla scia di O. LENEL, *Palinogenesia*, I, cit., c. 1153, valorizza proprio questo aspetto, mentre per B. ALBANESE, 'Conductio suae rei', cit., 144, non vale nulla, se non si dimostra che la locazione al creditore in caso di *pignus* era vietata.

³³⁸ Cfr. O. GRADENWITZ, *Interpolationen*, cit., 46.

³³⁹ Cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 218 s. Non si è certo ignari del fatto che il brano posto in apertura del titolo del Digesto dedicato al *pignus* (Ulp. 40 *ad Sab.* D. 13.7.1 pr.) reciti 'Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est' e che non possa essere sospettato di alcuna alterazione. Sennonché, Ulpiano si sta occupando dell'ipotesi di un debitore che fraudolentemente offre in garanzia pignoratizia del bronzo facendo credere al suo creditore che si tratta di oro e il giurista si chiede se ciò realizzi un *furtum* (si rammenti che, stando a O. LENEL, *Palinogenesia*, II, cit., c. 1161, il brano è escerpito da una trattazione dedicata a tale illecito; U. ZILIETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961, 106) o un altro crimine, come il *crimen stellionatus* (sul quale, per tutti, L. GAROFALO, *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*², Padova, 1998, 5 ss., ma v. specialmente pp. 97 ss., con letteratura, per il testo di cui si discute, anche in ordine alle possibili interpolazioni subite). Ecco come continua la testimonianza. Ulp. 40 *ad Sab.* D. 13.7.1.1-2: *Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus et aes dederit, obligaverit aurum pignori: et consequens est ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint. 2. Si quis tamen, cum aes pignori daret, adfirmavit hoc aurum esse et ita pignori dederit, videndum erit, an aes pignori obligaverit et numquid, quia in corpus consensus est, pignori esse videatur: quod magis est. tenebitur tamen pigneraticia contraria actione qui dedit, praeter stellionatum quem fecit.* Il giurista di Tiro distingue tra un caso di *pignus conventum* (ove il debitore ha effettivamente mostrato dell'oro al creditore, si è accordato circa la garanzia, ma ha poi consegnato del bronzo: 13.7.1.1) e uno di *pignus datum* (in cui il debitore ha costituito il pegno consegnando direttamente al creditore del bronzo affermando trattarsi invece di oro: 13.7.1.2). Queste diverse dinamiche fanno sì che nella prima ipotesi (analoga a Ulp. 11 *ad ed.* D. 13.7.36 pr.) il *pignus* – in base alla convergenza della volontà delle parti – sia sorto sull'oro mostrato, sicché il debitore non ha commesso stellionato (e il creditore potrà agire nei suoi confronti, per ottenere i beni dati in garanzia, ricorrendo all'*actio pigneraticia*); nella seconda ipotesi, avendo il debitore falsamente dichiarato che il bene era d'oro, si concretizzerà il *crimen stellionatus*. Peraltro, al creditore – si legge ancora nel brano – spetterà l'*actio pigneraticia contraria* (cfr. L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., 97 ss., con letteratura). Orbene, avendo presente il nodo problematico affrontato da Ulpiano e il percorso argomentativo scelto per risolverlo, si comprende perché la frase di apertura (versata ora nel *principium*) – che menziona le due diverse modalità di costituzione del pegno – abbia tale tenore. I due casi su cui si sofferma Ulpiano, infatti, hanno in comune – tra l'altro – l'elemento della consegna materiale del bene: ma se nel primo questa consegna segue una *conventio* già costitutiva del diritto reale di garanzia, nel secondo è essa stessa atto creativo di tale *ius in re aliena*. Sicché, mi sembra lecito pensare che Ulpiano volesse evidenziare come un elemento dal punto di vista fenomenico identico (la consegna materiale) potesse comportare diversi effetti in ordine alla consumazione del *crimen stellionatus*, se

Questi aspetti, uniti a quanto detto poc' anzi con riferimento a Iul. 13 *dig.* D. 41.2.3, a Macer 1 *de app.* D. 2.8.15.2, nonché a Paul. 5 *ad Plaut.* D. 41.3.13 pr. mi sembrano avvalorare l'ipotesi già da altri prospettata che il testo in esame riguardasse in origine la *fiducia*³⁴⁰.

Sennonché, il Tondo e l'Albanese, sostenitori della tesi opposta, adducono un argomento testuale invero di particolare rilievo. Anche ammettendo che i compilatori abbiano modificato il riferimento alla *fiducia* con il richiamo al *pignus* – dicono costoro –, come è possibile spiegare il successivo riferimento al debitore oppignorante come *dominus*?

In effetti, chi propende per l'alterazione del testo afferma che *'domino'* abbia preso il posto di *'debitori'*³⁴¹.

A fronte di tale assunto, il Tondo e l'Albanese³⁴² si chiedono perché mai se fosse stata quella la dicitura originale, i compilatori avrebbero sentito il bisogno di sostituirla, visto che si attagliava perfettamente al caso del *pignus*. Forse che – aggiunge l'Albanese – «l'interpolazione pretesa, allora, avrebbe avuto il solo scopo di ingannare a perfezione i futuri studiosi?»³⁴³.

Nonostante ciò, mi persuade l'idea che l'originale *'debitori'* abbia fatto posto al *'domino'* che si legge ora. Ritengo invece che possa essere scorta una ragione di tale intervento³⁴⁴.

Onde dimostrare questa affermazione, occorre tener presente non solo il passo in esame, ma anche D. 41.3.13, cui si è fatto cenno poc' anzi, ambedue tratti dal medesimo libro (il quinto) dell'*ad Plautium* paolino. In entrambi i testi Paolo

preceduto o meno da una convenzione avente un certo contenuto: ecco forse la ragione per cui il giurista di Tiro ha scelto di utilizzare proprio il verbo *'tradere'* in apertura della sua disamina. Peraltro, se Ulpiano avesse optato per *'datione'* anziché per *'traditione'*, si sarebbero potuti confondere i piani del trasferimento della proprietà o del possesso. Onde ovviare a tale inconveniente, avrebbe dunque dovuto accostare a *datio* ancora il termine *pignus*, sì da ingenerare una ripetizione a brevissima distanza. Del medesimo avviso, seppur per ragioni non del tutto coincidenti, circa l'irrelevanza di D. 13.7.1 pr. rispetto a quanto detto in ordine ai rapporti tra *'tradere'*, *'pignus'* e *'fiducia'*, cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 218 s., nt. 17.

³⁴⁰ Cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 202 s.

³⁴¹ Cfr., ad esempio, O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 1153; B. BIONDI, *'Iudicia bonae fidei'*, cit., 135, nt. f.; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 68 s.

³⁴² Cfr. S. TONDO, *'Pignus'*, cit., 175; B. ALBANESE, *'Conductio suae rei'*, cit., 144 ss., seguiti poi da molti altri, tra cui ad esempio C. RUSSO RUGGERI, *'Conductio'*, cit., 729 s.

³⁴³ Così B. ALBANESE, *'Conductio suae rei'*, cit., 145.

³⁴⁴ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 202 s. e 213, reputa invece che già nei testi originali il fiduciante fosse chiamato *dominus* (e cita Paul. 18 *ad ed.* D. 9.4.22 pr., già analizzato *supra*, par. 3, ma v. gli appunti critici di S. TONDO, *'Pignus'*, cit., 176, nt. 28), in relazione all'idea per cui il fiduciario era in verità proprietario solo formalmente, ma mi pare una motivazione particolarmente debole e poco consona al tecnicismo (anche espressivo) proprio dei giuristi romani. Del resto, non credo che deponga in tal senso nemmeno il fatto che Gaio, in 2.60, alluda alle cose trasferite fiduciarmente a scopo di deposito definendole *'nostrae'*: d'altronde, è indubitabile che esse siano del fiduciante, e dunque *'nostrae'* prima della loro alienazione (cfr. W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 14 ss.; R. FERCIA, *'Fiduciam contrahere'*, cit., 11).

è impegnato ad occuparsi di questioni in tema di *possessio* e di garanzie del credito.

Orbene, D. 41.3.13 parla di problemi legati alla *possessio ad usucapionem*, mentre D. 13.7.37 si muove in una diversa prospettiva, occupandosi di *possessio ad interdicta* di un bene dato in locazione dal creditore al debitore.

Ci sono buone ragioni per ipotizzare che questi due testi contengano riflessioni originate da problemi circa le garanzie di *res alienae* e di usucapione delle stesse. Il parallelo che ne esce con il brano di Giuliano – visto prima e ricondotto, con meno difficoltà, alla *fiducia* – è particolarmente significativo. Al punto che credo valga la pena di riprodurlo qui di seguito (con indicazione delle proposte di modifica del Noordraven³⁴⁵ e del Lenel³⁴⁶, segnalate tramite parentesi quadre e uncinate), affiancato dai testi paolini in esame, scevri da proposte di restituzione³⁴⁷.

Rispetto a questi ultimi, poi, ho aggiunto anche il numero che occupano nella *Palingenesia* di Lenel: i motivi saranno chiariti tra pochissimo.

<p>Iul. 13 dig. D. 41.2.36: <i>Qui [pignoris] <fiduciae> causa fundum creditori [tradit] <mancipaverit>, intellegitur possidere</i></p> <p><i>Sed et si eundem precario rogaverit, aequè per [diutinam possessionem] <usu>capiet: nam cum possessio creditoris non impediatur</i></p>	<p>Paul. 5 ad Plaut. D. 41.3.13 pr.-2 (n. 1112): <i>Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus.</i></p> <p>1. <i>Eum, qui a furioso bona fide emit, usucapere posse responsum est.</i> 2. <i>Si mandaverit tibi, ut fundum emas, ex ea causa traditum tibi diutina possessione capis, quamvis possis videri non pro tuo possidere, cum nihil intersit, quod mandati iudicio tenearis.</i></p> <p>Paul. 5 ad Plaut. D. 13.7.37 (n. 1111): <i>Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam</i></p>
---	---

³⁴⁵ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 182, per quanto riguarda il primo periodo.

³⁴⁶ O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 354, per ciò che concerne il secondo periodo.

³⁴⁷ Non sto naturalmente ipotizzando che l'opera di Paolo sia stata influenzata da quella di Giuliano, ovvero che ambedue discendano dai lavori di Plauzio. Sto semplicemente cercando di mettere in luce come quello che ritengo il medesimo problema sia stata analizzato secondo uno sviluppo analogo da parte dei due giuristi, che in realtà altro non è se non la trattazione della questione partendo dalla 'regola' generale – secondo cui il fiduciario ha la *possessio ad usucapionem*, della *res*, ma solo quella *ad interdicta* – a una conseguenza in punto di disciplina applicabile in relazione al caso in cui la disponibilità materiale della *res* ritorni al fiduciante, a titolo di precario e di locazione (ambedue congiuntamente trattate in tema di *fiducia* in Gai 2.60).

<p><usu>capionem, longe minus precarii rogatio impedimento esse non debet, cum plus iuris in possessione habeat qui precario rogaverit quam qui omnino non possidet.</p>	<p>conduceret debitor, non fuerit eius possessio, cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi.</p>
--	---

Or dunque, il medesimo problema mi pare affrontato secondo uno sviluppo di pensiero analogo tanto da Giuliano, quanto da Plauzio/Paolo (se si esclude la digressione in tema di *emptio venditio* e *mandatum* di cui a D. 41.3.13.1-2).

Sicché sarei propenso a congetturare un'alternativa all'ordine proposto dal Lenel nella disposizione dei frammenti paolini escerpiti dal quinto libro del commentario *ad Plautium*, collocando il testo ora al n. 1112 prima di quello al n. 1111 del tomo I della sua *Palingenesia*³⁴⁸.

Tuttavia, i due brani sono stati poi collocati in due parti diversi della compilazione e utilizzati dai commissari di Triboniano per 'fini' differenti. Uno di essi (D. 41.3.13) è stato posto entro il titolo *De usurpationibus et usucapionibus*; l'altro (D. 13.7.37), invece, entro quello *De pignoratitia actione vel contra*.

Se questo è vero, ritengo lecito supporre che non fosse in origine menzionato alcun *dominus*, visto che – trattandosi di *res aliena* – questi non coincideva né con il creditore, né con il debitore, essendo un soggetto terzo. Vi è dunque spazio per credere che al posto di 'domino' comparisse proprio 'debitori'.

Ma allora, perché è stato sostituito?

La risposta, a mio avviso, si può rintracciare leggendo l'ultima parte del frammento che nei *Digesta* di Giustiniano precede quello di interesse (mi riferisco a Ulp. 11 *ad ed.* D. 13.7.36.1) e, al contempo, valorizzando un dettaglio relativo alla distribuzione dei brani – sulla scorta della cd. teoria delle masse bluhmiane³⁴⁹ – entro il titolo ove trovano posto³⁵⁰.

³⁴⁸ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 1153, i quali – così come sono posti ora – non presentano invero connessione di sorta, se non meramente tematica.

³⁴⁹ Cfr. F. BLUHME, *Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln*, in ZGR, IV, 1820, 257 ss. (ora anche in *Labeo*, VI, 1960, 50 ss.), ove dimostra – è cosa oltremodo nota – come la distribuzione dei testi nei vari titoli dei *Digesta* segua sempre lo stesso ordine, sì da potersi individuare tre grandi *massae* di libri, che egli rispettivamente designa come sabiniana, edittale e papiniana, giacché in cima a ciascuna di esse si trovano i commentari *ad Sabinum*, *ad edictum* e le opere di Papiniano. In aggiunta a queste, il Bluhme individua anche un gruppo ulteriore di opere, che denomina, *appendix*, a suo dire giunte a lavori di spoglio già iniziati. Per A. GUARINO, *La compilazione dei 'Digesta Iustiniani'*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, II, Milano, 1972, 722, è quello del Bluhme «uno dei risultati più sicuri della indagine romanistica».

³⁵⁰ Peraltro, si può sin d'ora segnalare come le considerazioni che si andranno esponendo non mutano tanto che si aderisca alla tesi per cui il lavoro dei giustinianeî sia stato svolto da tre sottocommissioni – ciascuna incaricata di leggere un gruppo di libri e di escerpirne i frammenti da riversare nella compilazione (F. BLUHME, *Die Ordnung*, cit., 257 ss., ma v. anche A. GUARINO, *La compilazione*, cit., 717 ss.; D. MANTOVANI, *Digesto e masse bluhmiane*, Milano, 1987, 5 ss.) –, quanto che si condivida la diversa idea in base alla quale i commissari di Triboniano lavorarono

Ma è meglio procedere con ordine.

Il testo che viene prima di quello esaminato è stralciato dall'undicesimo libro del commento di Ulpiano all'editto del pretore e si compone di due paragrafi.

Il secondo di essi riguarda il pegno di *res aliena* e ha il seguente tenore:

Ulp. 11 *ad ed.* D. 13.7.36.1: *Sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit sciens prudensque vel si quis alii obligatam mihi obligavit nec me de hoc certioraverit, eodem crimine plectetur. Plane si ea res ampla est et ad modicum aeris fuerit pignerata, dici debet cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pigneraticiam et de dolo actionem, quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit.*

Il frammento che, a sua volta, precede quello appena trascritto è di Fiorentino e risale all'ottavo libro delle sue *Institutiones* (Flor. 8 *inst.* D. 13.7.35).

Ebbene, stando alla composizione delle masse secondo l'ipotesi del Bluhme, è facile accorgersi di come i *libri XII institutionum* di Fiorentino rientrassero nella cd. *pars sabiniana*, mentre il libro del commentario di Ulpiano all'editto del pretore, da cui è escerpito D. 13.7.36, e i libri *ad Plautium* di Paolo, nella cd. *pars edictalis*.

Sicché – entro il titolo *De pigneraticia actione vel contra* – i membri della sottocommissione incaricata di occuparsi di quest'ultima massa hanno cominciato a inserire i frammenti da loro individuati proprio dopo Flor. 8 *inst.* D. 13.7.35.

Dunque, i primi due testi ad essere aggiunti sono stati Ulp. 11 *ad ed.* D. 13.7.36, che si conclude con un accenno al *pignus* di *res aliena*, e Paul. 5 *ad Plaut.* D. 13.7.37, che forse in origine riguardava sì la garanzia su una cosa altrui, ma che è stato trasferito in materia pignoratizia per altro scopo, ossia per far chiarezza in ordine al (solo) rapporto tra *pignus* e *locatio conductio* in relazione alla *possessio*.

Si potrebbe dunque ipotizzare che i maestri bizantini impegnati nella composizione del Digesto, consci di tale aspetto e non volendo creare confusione

su tre preesistenti raccolte di *iura*, il cui contenuto coincideva approssimativamente alle tre masse sabiniana, edittale e papiniana scoperte dal Bluhme, con integrazione poi delle opere facenti parte dell'*appendix* (in questi termini, v. A. GUARINO, *La compilazione*, cit., 717 ss., il quale fa inoltre un prezioso punto circa lo stato della dottrina). Sul tema, v. anche C. LONGO, *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, in *BIDR*, XIX, 1907, 132 ss.; G. ROTONDI, *L'indice fiorentino delle Pandette e l'ipotesi del Bluhme*, in *Scritti giuridici. I. Studii sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano*, Pavia, 1922, 298 ss.; H. KRÜGER, *Die Herstellung der Digesten Justinian and der Gang der Exzerption*, Münster, 1922, *passim*; ID., *Die Römische Juristen und ihre Werke*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930, 317 ss.; D. MANTOVANI, *Digesto*, cit., 6 ss.; D. OSLER, *Following Bluhme: a note on Dario Mantovani, 'Digesto e masse Bluhmiane'*, in *Iura*, XXXIX, 1988, 137 ss.).

alcuna, abbiano sostituito l'originale *'debitori'* con un assai meno fraintendibile (in quel contesto) *'domino'*³⁵¹.

Da qui, ritengo si possa superare l'argomentazione del Tondo e dall'Albanese: ne esce allora rafforzata l'idea per cui Paul. 3 *ad. Plaut.* D. 13.7.37 trattasse, in origine, proprio di *fiducia* (e di *possessio ad interdicta* in relazione ad essa).

È facile notare come il problema affrontato – sia pur nelle sue linee fondamentali – in queste pagine costituisca un'«aspra materia», il cui approfondimento esula dagli obiettivi, ma soprattutto dai limiti, che ci si è posti in questa sede.

Giova per ora rilevare come siano stati rintracciati diversi argomenti, testuali e sistematici, a sostegno della tesi per cui la *fiducia* non costituisse un titolo valido per l'usucapione della *res fiduciae data* da parte del fiduciario, naturalmente nell'ipotesi che questa fosse una *res aliena*³⁵².

³⁵¹ Non muta quanto detto la circostanza per cui la parte finale del passo (*plane ... accepit*) sia – come sostiene la dottrina più informata – di matrice giustiniana: cfr., in questo senso, L. GAROFALO, *La persecuzione*, cit., 88 s. con ulteriore rassegna della letteratura.

³⁵² Di segno opposto R. SCEVOLA, *'Negotium mixtum cum donatione'*, cit., 191.

Capitolo terzo

FIDUCIA E LEX UT MANUMITTATUR

SOMMARIO: 1. I problemi di inquadramento giuridico della *mancipatio ut manumittatur*. Le opinioni della dottrina. – 2. La *mancipatio* dello schiavo per la sua liberazione dopo la morte dell'alienante: Gai. [9] <10> *ad ed. prov.* D. 17.1.27.1. – 3. Giuliano e la *mancipatio* di uno schiavo a scopo di *manumissio*. – 4. La *paenitentia* dell'alienante rispetto ad un'ipotesi di *fiducia* con accordo di manomissione entro un certo tempo. Ulp. 2 *disp.* D. 12.4.5.1. – 5. Il trasferimento dello schiavo per la liberazione *post quinquennium*. L'incidenza della *donatio aliqua* nella disciplina della *fiducia manumissionis causa*. Alcune considerazioni in ordine alla rilevanza dell'interesse delle parti rispetto alla disciplina dell'istituto. – 6. La *Constitutio Divi Marci*. – 7. Le ragioni per servirsi della *fiducia manumissionis causa*. – 8 Considerazioni di sintesi sulla *fiducia* a scopo di manomissione.

1 *I problemi di inquadramento giuridico della 'mancipatio ut manumittatur'. Le opinioni della dottrina*

Non ci sono giunte fonti che attestino in maniera esplicita se il trasferimento di uno schiavo finalizzato alla sua liberazione ad opera dell'accipiente integrasse un'ipotesi di *fiducia*.

Tuttavia, a partire dal Lenel¹, diversi testi che hanno al centro tale fattispecie sono stati ricondotti alla materia fiduciaria, non senza però generare in dottrina un acceso dibattito, in seno al quale si contrappongono da lungo tempo due scuole di pensiero: quella di chi nega tale identificazione² e quella di chi invece è propenso ad ammetterla³.

Peraltro, tra questi ultimi, sussiste un ulteriore motivo di discordia circa la collocazione della *fiducia* che si suole definire *manumissionis causa* (d'ora in avanti, solo *f.m.c.*), rispetto alla bipartizione *fiducia cum amico/fiducia cum creditore* scolpita da Gaio nel suo manuale istituzionale (Gai 2.60).

Ebbene, taluni autori, come il Pernice⁴ e il Karlowa⁵ – sia pur con qualche lieve sfumatura di pensiero –, ritengono non esaustiva la distinzione gaiana e ammettono che la *fiducia* potesse essere adoperata anche per altri scopi, come appunto quello dell'affrancamento dello schiavo trasferito. Altri, come l'Oertmann⁶, sono propensi invece a includere la *f.m.c.* nella categoria della *fiducia cum amico*, reputando che le parole di Gaio – che riguardano solo lo scopo di 'deposito' – siano meramente esemplificative. Diversa ancora l'impostazione

¹ O. LENEL, *Quellenforschungen*, cit., 177 ss.

² Cfr. ad esempio N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 88 ss.; R. SCEVOLA, *'Negotium mixtum cum donatione'*, cit., 77 ss.

³ Cfr., tra gli altri, B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 66 ss.; J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 102 ss.

⁴ A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 128 ss.

⁵ O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 564 ss.

⁶ P. OERTMANN, *Die 'fiducia'*, cit., 135 ss.

del Grosso, che nel suo fondamentale studio dedicato alla *f.m.c.* si mostra convinto che pure in detta ipotesi permanga l'obbligo di restituzione del bene trasferito in capo al fiduciario: tuttavia, sarebbe stata a quest'ultimo concessa la facoltà di «liberarsi da responsabilità manomettendo lo schiavo», in ragione del «patto di limitazione ed esclusione condizionata di responsabilità, conchiuso *in continenti*»⁷.

Solo dall'esame delle fonti sarà possibile valutare quale tra le opzioni ermeneutiche prospettate in dottrina sia la più convincente o, invece, se si rivelerà necessario formulare una diversa chiave di lettura del fenomeno in parola.

2 La 'mancipatio' dello schiavo per la sua liberazione dopo la morte dell'alienante: Gai. [9] <10> 'ad ed. prov.' D. 17.1.27.1

Il primo testo su cui occorre focalizzare l'attenzione è tratto dal commentario all'editto provinciale di Gaio⁸ ed è stato collocato dai compilatori entro il titolo dedicato al mandato.

Mi riferisco a

Gai. [9] <10> *ad ed. prov. D. 17.1.27.1: Si servum ea lege tibi [tradidero] <mancipavero>, ut eum post mortem meam manumitteres, constitit obligatio:*

⁷ G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 226, seguito da A. BURDESE, *Recensione a N. BELLOCCHI, La struttura*, II, cit., 440 s.

⁸ Stando all'attuale *inscriptio*, il frammento risulta essere stato escerpito dal libro IX del commentario all'editto provinciale di Gaio. La dottrina è però concorde – in adesione alla proposta avanzata già da O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*, cit., 295, nt. 7; ID., *Palingenesia*, I, cit., c. 214, nt. 2, – nel ritenere che tale indicazione si debba imputare all'errore di un copista. Per costoro, infatti, il brano appartiene al X libro del commentario gaiano, in cui il giurista antoniniano si sofferma appunto sul *mandatum*, argomento che occupa il *principium* e i §§ 2, 3, 4 e 5 di D. 17.1.27 (sul punto v. H. KRELLER, *Formula fiduciae*, cit., 188, nt. 173; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 66 e nt. 79; R. SCEVOLA, *Negotium mixum cum donatione*, cit., 142, nt. 60). Ecco il brano nella sua interezza. Gai. [9] <10> *ad ed. prov. D. 17.1.27: Si quis alicui scripserit, ut debitorem suum liberet, seque eam pecuniam, quam is debuerit, soluturum, mandati actione tenetur. 1. Si servum ea lege tibi tradidero, ut eum post mortem meam manumitteres, constitit obligatio: potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire, veluti si paenitentia acta servum recipere velim. 2. Qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet, alioquin quanti mandatoris intersit damnabitur: si vero intellegit explere se id officium non posse, id ipsum cum primum poterit debet mandatori nuntiare, ut is si velit alterius opera utatur: quod si, cum possit nuntiare, cessaverit, quanti mandatoris intersit tenebitur: si aliqua ex causa non poterit nuntiare, securus erit. 3. Morte quoque eius cui mandatum est, si is integro adhuc mandato decesserit, solvitur mandatum et ob id heres eius, licet exsecutus fuerit mandatum, non habet mandati actionem. 4. Impendia mandati exsequendi gratia facta si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent, nec ad rem pertinet, quod is qui mandasset potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere. 5. Si mandatu meo Titio credideris et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.*

potest autem et in mea quoque persona agendi causa intervenire, veluti si paenitentia acta servum recipere velim.

Così come oggi appare, il passo tratta del caso di un soggetto che ha consegnato a taluno un proprio schiavo, affinché venga manomesso dopo la sua morte. In tale ipotesi, si legge, sorge un'*obligatio* a carico dell'accipiente. Tuttavia, recita la seconda parte del testo, permane in capo a chi ha consegnato il *servus* la facoltà di mutare idea e di chiederne la restituzione.

Quanto ai possibili interventi di mano compilatoria, pochi dubbi sussistono circa la sostituzione – segnalata nel testo riprodotto attingendo dallo studio del Noordraven⁹ – di un originale riferimento alla *mancipatio* attraverso il '*tradidero*' che si legge ora, per le ragioni note e più volte segnalate nelle precedenti pagine. È impossibile, infatti, che Gaio si riferisse alla consegna e non alla mancipazione dello schiavo, atteso che al suo tempo l'accipiente non avrebbe potuto manomettere validamente il *servus*, non essendone divenuto proprietario tramite la semplice *traditio*¹⁰.

Alcuni autori, tra cui il Lenel¹¹, l'Erbe¹² e il Grosso¹³, avanzano inoltre l'ipotesi che prima di '*obligatio*' sia stato espunto il termine '*fiduciae*': indipendentemente dal fatto che tale restituzione presuppone l'avvenuta riconduzione della *datio ut manumittas* alla materia fiduciaria, anche nel caso in cui ciò corrispondesse al vero, non mi sembra affatto necessario intervenire nel testo in tali termini.

Ampi sospetti di interpolazione ha poi suscitato l'intero passaggio finale del paragrafo, dedicato alla *paenitentia*. Tale aspetto sarà oggetto di uno specifico

⁹ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 66, a mio avviso preferibile rispetto a quella proposta dal Lenel e condivisa dalla maggioranza degli studiosi. O. LENEL, *Palinnesia*, I, cit., c. 214, e dopo di lui ad esempio C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 160, e G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 220, ritengono che al posto dell'attuale '*tradidero*' vada inserito '*mancipio dedero*'. Questa restituzione non mi convince fino in fondo: se vi fosse stato originariamente '*mancipio dedero*', infatti, sarebbe lecito aspettarsi, a mio avviso, un'eliminazione del solo '*mancipio*' e non una sostituzione dell'intera locuzione con '*tradidero*'. Traggo questa conclusione confrontando il testo di Gaio in esame con Iul. 13 *dig.* D. 17.1.30 (su cui v. *infra*): quest'ultimo frammento tratta di una fattispecie analoga (il trasferimento di uno schiavo con l'accordo circa la sua successiva liberazione), ma reca ora, nel primo periodo, la dicitura '*dedero*' e non '*tradidero*'. Atteso che in ambedue i testi è certamente caduta la menzione alla *mancipatio*, reputo che il diverso tenore che oggi presentano ('*tradidero*' nel primo, '*dedero*' nel secondo), dipenda dalla differente redazione originaria, che ha spinto i commissari di Triboniano a intervenire in maniera disomogenea (si rammenti, peraltro, che ambedue i testi fanno parte della cd. *pars Sabiniana*, quindi sono stati modificato dalle medesime 'mani'). Per completezza, va ricordato che A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 207, nt. 34, propone di sostituire '*tradidero*' con '*fiduciae causa mancipavero*'.

¹⁰ Cfr. C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 160 s.; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 66 s. e nt. 82.

¹¹ O. LENEL, *Palinnesia*, I, cit., c. 214.

¹² W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 146.

¹³ G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 220.

approfondimento nelle prossime pagine: per ora si può dunque lasciare in sospeso.

Occorre invece concentrarsi sulla prima parte del testo e, in particolare, sul problema dell'inquadramento giuridico della fattispecie ivi versata.

In alcune ricerche ormai risalenti, taluni autori hanno ipotizzato che la *datio ut manumittas* di cui si discorre anche in D. 17.1.27.1 integrasse un vero e proprio contratto di mandato, giusta anche la materia trattata nell'intero frammento dal giurista antoniniano. Ciò troverebbe conferma anche dalla collocazione impressa al frammento dai maestri di Bisanzio, che l'hanno appunto inserito entro il titolo *Mandati vel contra*¹⁴.

Senonché, è agevole replicare che l'ammissibilità di un mandato *post mortem* in età classica è tutt'altro che sicura. Senza volersi addentrare in tale disputa, che da lungo tempo divide la scienza romanistica¹⁵, si tenga presente che sempre Gaio, nel suo manuale istituzionale, chiarisce come sia 'inutile' il *mandatum post mortem*, giacché l'obbligazione non sorge in capo all'erede.

Gai 3.158: *Item si quis quid post mortem meam faciendum <mibi> mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse.*

Lo stesso giurista antoniniano, poco oltre, specifica che il mandato si estingue, se rimasto ineseguito, alla morte del mandante o del mandatario.

Gai 3.160: *Item si adhuc integro mandato mors alterutrius alicuius interueniat, id est uel eius, qui mandarit, uel eius, qui mandatum susceperit, soluitur mandatum ...*

Del resto, un indizio in questa direzione si può trarre anche dal lessico utilizzato da Gaio, che parlando di 'ea lege' lascia intendere che si tratti di una clausola acclusa alla *mancipatio*, con rilevanza *inter partes*, aspetto su cui ci si è in precedenza soffermati¹⁶.

Escluso dunque che potesse trattarsi di mandato¹⁷, è stato altresì ipotizzato, in ricerche ormai datate, che in presenza di un'alienazione di uno schiavo col patto di affrancarlo ci si trovi di fronte ad una donazione modale¹⁸.

¹⁴ Cfr. W. KOEPPEN, *Das 'negotium mixtum' nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen*, Berlin, 1901, 37 ss. Sul punto, v. anche F. MECHTOLD, *Begriff und Wesen des 'negotium mixtum cum donatione'*, Jena, 1904, 29; R. SCEVOLA, 'Negotium mixtum cum donatione', cit., 141 ss.

¹⁵ Cfr. R. SCEVOLA, 'Negotium mixtum cum donatione', cit., 142, nt. 60, anche per le indicazioni bibliografiche.

¹⁶ Cfr. C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 161, nonché quanto detto al cap. I di questa indagine.

¹⁷ Ma è interessante notare come Giustiniano, che ormai ammetteva senz'altro la validità del *mandatum post mortem*, non esiti a ricondurre il passo in questione a tale fattispecie contrattuale.

¹⁸ Cfr. F.A. SCHILLING, *Lehrbuch der Institutionen und Geschichte der römischen Privatrechts*, III, Leipzig, 789, nt. a; F. BREMER, *Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen*, in Jherings

Tuttavia, a parte l'inversione terminologica cui si assisterebbe rispetto a Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18. pr.-1 (su cui si tornerà a breve), ove si parla di *negotium mixtum cum donatione* in relazione ad una fattispecie analoga a quella versata in D. 17.1.27.1, non vi sono io credo margini per sostenere una simile ricostruzione¹⁹. Ciò per due ordini di motivi.

Innanzitutto, perché per il diritto classico la donazione non è un negozio giuridico avente struttura ed effetti propri, rappresentando solo una causa o un particolare scopo pratico che qualifica differenti atti²⁰. Secondariamente, perché rimane sconosciuta al diritto classico qualsivoglia «elaborazione terminologica e concettuale unitaria dell'onere»; del pari, non trova parimenti riscontro alcun «principio generale della sua coercibilità, la quale dipende dalle circostanze del caso concreto»²¹. Solo in età molto tarda, come ricorda Mario Talamanca, viene estesa a donazioni modali l'azione di adempimento per le convenzioni atipiche sinallagmatiche (*l'actio praescriptis verbis*) o la possibilità di pretendere la restituzione di quanto trasferito a titolo di donazione mediante *condictio (ob rem)*, allorquando ormai le operazioni negoziali con tale caratteri vengono ricondotte nell'ambito dei contratti onerosi²².

Sicché, anche la posizione di chi riconduce la fattispecie delineata nel passo in esame a una convenzione atipica, tutelata appunto da *actio praescriptis verbis* o *condictio*, non mi convince fino in fondo. Mi pare infatti che offra una lettura del passo gaiano (e degli altri dal contenuto simile, come si vedrà) non riferibile all'età classica dell'esperienza giuridica romana²³.

Detto questo, rimane ancora impregiudicata la questione circa l'inquadramento giuridico della *datio ut manumittas*.

Un indizio può solo giungere dall'analisi congiunta di altre due testimonianze: un frammento di Giuliano, appartenente al libro XIII dei suoi *digesta* e collocato dai compilatori nel titolo dedicato al *mandatum*, e un passo dei *Vaticana Fragmenta*, giuntoci purtroppo gravemente mutilo.

3 Giuliano e la 'mancipatio' di uno schiavo a scopo di 'manumissio'

Ecco il testo di Giuliano su cui conviene soffermarsi

Iul. 13 *dig.* D. 17.1.30: *Si hominem tibi <mancipio> dedero, ut eum manumitteres, et postea procurator meus prohibuerit, ne manumitteres, an*

Jahrbücher, XIII, 1874, 119; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechtes*⁸, II, Frankfurt a.M., 1900, 506, nt. 3; W. KOEPPEN, *Das 'negotium mixtum'*, cit., 36; F. MECHTOLD, *Begriff*, cit., 23 ss.

¹⁹ Più nel dettaglio, cfr. R. SCEVOLA, 'Negotium mixtum cum donatione', cit., 132 ss.

²⁰ A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 615.

²¹ Così A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 207.

²² Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 773.

²³ Cfr. R. SCEVOLA, 'Negotium mixtum cum donatione', cit., 120 ss.

[mandati] <fiduciae> agere possim, si tu eum manumiseris? respondi, si procurator iustam causam habuit interpellandi manumissionem servi, quem in hoc solum acceperam, ut manumitterem, veluti si compererit eum postea falsas rationes confecisse, insidias vitae prioris domini struxisse, tenebor, nisi denuntiationi procuratoris parvero: si vero nulla iusta causa procuratori fuit denuntiandi, ne servus manumitteretur, non poterit mecum agi, quamvis ad libertatem eum perduxerim.

Il caso prospettato è quello di una *mancipatio* di uno schiavo in vista della sua liberazione ad opera dell'*accipiens*²⁴. A fronte di ciò, Giuliano si chiede se si possa agire nei confronti di quest'ultimo (tramite *actio mandati*, si legge ora nel Digesto), qualora costui avesse liberato lo schiavo nonostante un *procurator* del *dans* gliel'avesse proibito.

Il giurista adrianeo fa dipendere la soluzione del quesito alla sussistenza o meno di una *iusta causa* – come ad esempio l'essere venuto l'*accipiens* a conoscenza che il servo ha falsificato i conti o ha tramato contro la vita del precedente proprietario – in ordine a tale *prohibitio*. In presenza di una *iusta causa*, l'azione sarebbe risultata esperibile; in caso contrario, non sarebbe stato possibile agire, nonostante l'avvenuta liberazione del *servus* ('*quamvis ad libertatem eum perduxerim*').

Come è evidente, l'argomentazione svolta in relazione a D. 17.1.27.1 per escludere la configurabilità del mandato non può essere calata in questa sede, atteso che non siamo di fronte ad un *mandatum post mortem*.

Sicché, occorre individuare argomentazioni differenti per escludere che Giuliano si stia ragionando qui in termini di *mandatum*, senza contare che peraltro potremmo essere di fronte ad un contrasto di opinioni tra *prudentes* sul punto²⁵.

Non mi pare invero un compito difficile

²⁴ Per le consuete ragioni, deve trattarsi di questa forma di alienazione, giacché per procedere alla successiva liberazione dello schiavo era necessario essere titolari del medesimo. Sicché, è molto probabile che sia stato eliminato un originario '*mancipio*' prima di '*dedero*' (segnalata nel testo riprodotto tramite le consuete parentesi quadre e uncinata), da parte dei compilatori, in coerenza con gli istituti giuridici vigenti al loro tempo. Che vi sia stato un trasferimento di proprietà emerge anche nella parte centrale del frammento, allorquando si definisce *prior dominus* colui che ha effettuato la *datio* dello schiavo (la specificazione di *prior*, peraltro, mette in crisi la tesi sostenuta da B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., *passim*, e J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., *passim*, e già criticata nel precedente capitolo, secondo cui per i giuristi romani il fiduciante – costoro infatti riconducono la *mancipatio ut manumittatur* alla *fiducia* – veniva considerato e definito dai giuristi romani ancora quale *dominus* in senso sostanziale della *res fiduciae data*).

²⁵ Sul perché si ricorresse allo schema fiduciario, anziché ad una *mancipatio* accompagnata da *mandatum*, per dar rilevanza giuridica alla *mancipatio ut manumittatur*, v. G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 230 s., nt. 1.

La prima ragione è di ordine palinogenetico: come più volte ricordato, il libro XIII dei *digesta* giulianeî è dedicato al *depositum* e alla *fiducia*, mentre il mandato trova spazio nel libro successivo, il XIV²⁶.

La seconda, invece, si può ricavare dal confronto tra il brano del Digesto in esame e quel testo mutilo dei *Vaticana Fragmenta* ricordato poc' anzi.

La testimonianza in oggetto (Vat. Fragm. 334a) oggi appare così:

Julianus et si m.....
.....
rator denuntiet, n.....
.....
..... fiduciae actionem

Da quel che si legge, emerge in apertura un riferimento a Giuliano, seguito a distanza dal richiamo all'avvenuto *denuntiatio* di un '...rator'. Il tutto si chiude con una menzione dell'*actio fiduciae*.

Questi elementi hanno da sempre indotto la dottrina, a mio avviso del tutto correttamente, non solo a collegare, quanto al contenuto, la testimonianza in esame con D. 17.1.30, ma a condividere²⁷ la ricostruzione del testo proposta dal Lenel²⁸, che presenta il seguente tenore:

Julianus et si m[ancipaverim tibi hominem
ut eum manumittas, postea ex iusta causa procu-]
rator denuntiet, n[e manumittas,
respondit, nisi pareas denuntiationi,
competere mihi] fiduciae actionem

Ciò permette fondatamente di affermare, dunque, che la *datio* di uno schiavo volta alla sua manomissione integra, quantomeno secondo Giuliano, un'ipotesi di *fiducia*²⁹, da cui sorgono in capo all'accipiente una serie di obblighi.

Tra questi doveri, vi è non solo quello di liberare il *servus*, come da accordi intercorsi e versati in un'apposita *lex* acclusa alla *mancipatio* (v. D. 17.1.27.1), ma

²⁶ O. LENEL, *Palinogenesia*, I, cit., cc. 353 ss.

²⁷ Ma v. i dubbi di B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 70 ss.

²⁸ O. LENEL, *Kritisches und Exegetisches*, in *ZSS*, VIII, 1887, 205 ss.; A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 130; F. HAYMANN, *Freilassungspflicht und Reurecht*, Berlin, 1905, 49; G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 285

²⁹ In questo senso, tra gli altri, P. OERTMANN, *Die 'fiducia'*, cit., 79; A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 129, nt. 1; G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 282 ss.; C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 161; A. WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, 1961, 70; A. BURDESE, *Recensione a N. BELLOCCI, La struttura*, II, cit., 440 s.; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 69 s.; J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 102 e 239; F. BERTOLDI, *La 'fiducia cum amico'*, cit., 86 ss.; EAD., *Il negozio*, cit., 100 ss. Sono invece di avviso opposto, P. HECK, *Die 'fiducia cum amico contracta'*, cit., 116 ss.; H. GÖPPERT, *Zur 'fiducia cum amico contracta'*, cit., 334 s.; N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 89 ss.

anche quello di attenersi alle più varie indicazioni del fiduciante, sia pur trasmesse tramite un suo *procurator*. È quanto infatti emerge dal passo riprodotto, in cui la questione circa la sussistenza di una *iusta causa*³⁰ in ordine alla *prohibitio* lascia intendere come il *mancipio dans* potesse, quantomeno in certi casi, mutare la propria volontà in ordine alla liberazione dello schiavo, sì da 'costringere' il fiduciario a rispettare le sue istruzioni, eventualmente agendo in giudizio nei suoi confronti qualora non l'avesse fatto³¹.

In base a queste considerazioni, credo sia possibile ricondurre alla materia fiduciaria anche il passo di Gaio visto in apertura di questo capitolo, collocato dai compilatori in D. 17.1.27.1, nella cui parte finale reca le tracce di questa facoltà concessa all'alienante di mutare la propria volontà nel perdurare del rapporto tra le parti.

I due testi visti sinora permettono di compiere ancora qualche riflessione.

In D. 17.1.27.1 – a differenza che in D. 17.1.30 – non è fatta menzione alcuna circa una *iusta causa* quale elemento necessario per giustificare il pentimento del fiduciante. Tuttavia, pur non potendosi escludere che Gaio e Giuliano avessero punti di vista differenti sulla questione in parola, credo più ragionevole impostare diversamente il problema. In particolare, ritengo che debba essere valorizzato il fatto che nel frammento del giurista adrianeo il mutamento di volontà dell'alienante non è da questi direttamente manifestato al fiduciario, bensì è esposto dal suo *procurator*.

Sicché, il nodo problematico deve a mio avviso osservarsi dal punto di vista di colui a cui era rivolta la *prohibitio*, perché al centro di tutto vi è la credibilità che poteva assumere ai suoi occhi un divieto non manifestato dal *mancipio dans*, bensì da un terzo (sia pur all'uopo incaricato).

Qualora tale divieto fosse sorretto da una ragione obiettiva, tale per cui il fiduciario poteva ragionevolmente credere che provenisse dal fiduciante, allora un'eventuale violazione dell'ordine (che si concretizza nell'affrancamento dello schiavo ricevuto) poteva comportare una sua eventuale condanna.

Viceversa, qualora fossero mancati tali elementi, il fiduciante non avrebbe potuto ottenere alcun provvedimento a lui favorevole ('*si vero nulla iusta causa procuratori fuit denuntiandi, ne servus manumitteretur, non poterit mecum agi, quamvis ad libertatem eum perduxerim*')³².

³⁰ F. HAYMANN, *Freilassungspflicht*, cit., 48 ss. e nt. 99; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 145 ss., ritengono interpolato l'intero tratto finale ('*si procurator ... perduxerim*').

³¹ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 71.

³² È in questo senso che ritengo debba essere interpretato quel '*non poterit mecum agi*', da intendersi a mio avviso come un 'non vale la pena di agire', più che nel senso di una preclusione ad agire. Si tratta di una convinzione maturata studiando un complesso passo di Paolo – vertente in tema di risoluzione convenzionale nell'ambito di un *iudicium bonae fidei* (Paul. 33 *ad ed.* D. 18.5.3) –, ove è riportato il pensiero di Giuliano, secondo il quale, in presenza di una compravendita risolta per mutuo dissenso, '*ex empto quidem agi non posse*', poiché '*bonae fidei*

Del resto, vi è in un altro testo della compilazione, stavolta di Ulpiano, che contempla questa facoltà di mutare volontà in capo a colui che ha alienato lo schiavo affinché venisse liberato.

Vale la pena di soffermarsi su quest'altra, fondamentale e tormentatissima testimonianza.

4 La 'paenitentia' dell'alienante rispetto ad un'ipotesi di 'fiducia' con accordo di manomissione entro un certo tempo. Ulp. 2 'disp.' D. 12.4.5.1

Il brano su cui occorre spendere qualche parola è tratto dal secondo libro delle *disputationes* di Ulpiano³³.

Ulp. 2 disp. D. 12.4.5.1: *Si servum quis [tradiderit] <mancipaverit> alicui ita, ut ab eo intra certum tempus manumitteretur, si paenituerit eum qui [tradiderit] <mancipaverit> [et super hoc eum certioraverit] et fuerit manumissus post paenitentiam, attamen actio [propter paenitentiam] <fiduciae> competit ei qui dedit. plane si non manumiserit, constitutio succedit facitque eum liberum, si nondum paenituerat eum qui in hoc dedit.*

Il caso preso in considerazione dal giurista di Tiro è quello di uno schiavo trasferito con l'accordo per la sua liberazione entro un certo periodo di tempo. In detta ipotesi, chiarisce Ulpiano, se colui che trasferì lo schiavo muta *medio tempore* opinione e ne dà avvertimento all'accipiente, la liberazione da questi compiuta lo espone al rischio di vedersi convenuto, e condannato, in un giudizio avviato con *actio propter paenitentiam*. In ogni caso, si specifica nell'ultimo periodo del brano, se la liberazione non ha luogo, lo schiavo si intende comunque affrancato, giusta la previsione di una specifica (e ben nota) costituzione imperiale.

Ebbene, sono molti i sospetti di interpolazioni che riguardano il testo in esame.

Indubbio, per le ragioni già viste nelle pagine precedenti, è che il 'tradiderit' d'apertura abbia sostituito un originario riferimento alla *mancipatio*. Il medesimo discorso vale anche per il successivo apparire di tale locuzione, sempre che si consideri ulpiana la frase in cui trova posto ('*si paenituerit ... ei qui dedit*').

iudicio exceptiones pacti insunt'. Mi permetto, a riguardo, di rinviare al mio *I poteri del giudice nei 'bonae fidei iudicia' e il patto risolutivo viziato da 'metus'*. Alcune riflessioni a margine di Paul. 11 ad ed. D. 4.2.21.4, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, III, Padova, 2015, 243 s. e nt. 79.

³³ Su tale opera, cfr. A. LOVATO, *Studi sulle 'disputationes' di Ulpiano*, Bari, 2003, *passim* (su cui v. E. STOLFI, *Recensione a A. LOVATO, Studi*, cit., in *RDR*, III, 2003, 1 ss., sotto il titolo *I 'libri disputationum' di Ulpiano e la storiografia sulle opere dei giuristi romani*).

A riguardo, la dottrina è profondamente divisa: molti autori, tra cui già il Gradenwitz³⁴, l'Haymann³⁵, il Pernice³⁶, l'Erbe³⁷ e, in tempi più recenti, la Bellocchi³⁸ e lo Scevola³⁹, reputano il tratto in parola insitico, in quanto coerente più «a costruzioni bizantine, ispirate alla massima valorizzazione della 'Parteiwille'»⁴⁰, che a concezioni classiche. Tra costoro, invero, si discute anche in ordine all'autenticità del segmento finale 'si nondum ... in hoc dedit', che appare non classico all'Haymann⁴¹, mentre risulta genuino per l'Erbe⁴².

Di tutt'altro avviso autori come il Riechelmann⁴³, che propende per l'integrale classicità del testo, e il Noordraven⁴⁴, convinto che il contenuto complessivo della frase 'si paenituerit ... ei qui dedit' – pur certamente rimaneggiata – corrisponda a quanto affermato da Ulpiano.

Quest'ultimo autore, in particolare, ritiene inoltre che l'inciso 'et super hoc eum certioraverit' sia un inserimento compilatorio⁴⁵, in quanto superfluo (sospetto anche per via di quell'et ... et', che appesantisce inutilmente la frase), e reputa naturalmente bizantina la menzione dell'actio propter paenitentiam – «da eine actio paenitentiam im klassischen römischen Recht unbekannt ist»⁴⁶ –, che ha a suo dire sostituito un riferimento all'actio fiduciae.

Mi sembra quest'ultima opzione ricostruttiva assai convincente.

A voler infatti seguire l'opposto indirizzo di pensiero⁴⁷, il passo di Ulpiano si limiterebbe a ribadire un dato ormai acquisito all'epoca di composizione dei *Disputationum libri X*, come noto avvenuta durante il regno di Caracalla⁴⁸. Il principio per cui anche rispetto alla *f.m.c.* trovava applicazione quell'intervento imperiale di Marco Aurelio e Commodo, collocabile tra il 177 e il 180 d.C., con cui si sanciva la liberazione *ipso iure* dello schiavo mancipato in vista del suo successivo affrancamento, poi non avvenuto⁴⁹.

³⁴ O. GRADENWITZ, *Interpolationen*, cit., 146 ss.; ID., *Textcritisches*, in *ZSS*, XIV, 1893, 123 s.

³⁵ F. HAYMANN, *Freilassungspflicht*, cit., 35 ss.

³⁶ A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 134 ss.

³⁷ W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 148 ss.

³⁸ N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 100.

³⁹ R. SCEVOLA, 'Negotium mixtum cum donatione', cit., 104 s.

⁴⁰ Così R. SCEVOLA, 'Negotium mixtum cum donatione', cit., 104.

⁴¹ F. HAYMANN, *Freilassungspflicht*, cit., 35 ss.

⁴² W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 148 ss.

⁴³ A. RIECHELMANN, 'Paenitentia'. *Reue und Bindung nach römischen Rechtsquellen*, Frankfurt a.M.-Berlin-Bern-Wien, 2005, 31 ss.

⁴⁴ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 80 ss.

⁴⁵ *Contra* F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 198, ma senza convincere.

⁴⁶ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 81.

⁴⁷ Che ricostruisce il testo in questi termini 'Si servum quis [tradiderit] <mancipaverit> alicui ita, ut ab eo intra certum tempus manumitteretur, si non manumiserit, constitutio succedit facitque eum liberum', cui eventualmente (cfr. W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 148) deve aggiungersi anche l'ultimo tratto 'si nondum paenituerat eum qui in hoc dedit'.

⁴⁸ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 387, nt. 1; A. LOVATO, *Studi*, cit., 52 ss.

⁴⁹ Cfr. J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 241, nonché v. *infra*, par. 6 del presente capitolo.

Il che difficilmente si accorda con la natura e le caratteristiche delle *disputationes* raccolte nell'opera del giurista di Tiro⁵⁰, ma anche in relazione all'andamento complessivo del frammento di cui il paragrafo in esame fa parte. Ivi infatti vengono trattate diverse questioni che sorgono allorquando, in operazioni negoziali ad esecuzione continuata o differita, emergano *medio tempore* circostanze che, con varia incidenza, sono d'ostacolo al raggiungimento del risultato finale perseguito dalle parti.

Vale la pena di spendere qualche parola a riguardo.

Nel *principium* del frammento⁵¹, Ulpiano si occupa del caso di chi ha ricevuto una somma di denaro per effettuare un viaggio, che poi non compie per le condizioni climatiche avverse o per un peggioramento del suo stato di salute. Rispetto a tale fattispecie, Ulpiano si chiede se chi ha versato la somma possa chiederne la ripetizione ed esclude una simile possibilità, giacché l'inadempimento non è imputabile alla volontà dell'incaricato.

Detto ciò, il giurista di Tiro si interroga sull'incidenza – rispetto alla medesima situazione appena osservata – del mutamento di volontà da parte di colui che ha conferito tale incarico, distinguendo se controparte abbia o meno sostenuto delle spese.

Ulp. 2 *disp.* D. 12.4.5 pr.: *Si pecuniam ideo acceperis, ut capuam eas, deinde parato tibi ad proficiscendum condicio temporis vel valetudinis impedimento fuerit, quo minus proficisceris, an condici possit, videndum: et cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare: sed cum liceat paenitere ei qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est, nisi forte tua intersit non accepisse te ob hanc causam pecuniam. nam si ita se res habeat, ut, licet nondum profectus sis, ita tamen rem composueris, ut necesse habeas proficisci, vel sumptus, qui necessarii fuerunt ad profectionem, iam fecisti, ut manifestum sit te plus forte quam accepisti erogasse, conditio cessabit: sed si minus erogatum sit, conditio locum habebit, ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur eius quod expendisti.*

I paragrafi successivi sono dedicati a casi variamente connessi all'incarico di acquistare uno schiavo per manometterlo. In D. 12.4.5.2 trova spazio la situazione di colui che ha ricevuto del denaro per compiere l'affrancamento, ma non dà seguito all'impegno assunto. In D. 12.4.5.3-4, invece, la fattispecie prospettata vede un soggetto che riceve del denaro per liberare un proprio schiavo, il quale però *medio tempore* fugge o muore.

⁵⁰ Cfr. A. LOVATO, *Studi*, cit., 52 ss.

⁵¹ Su cui, cfr. A. RIECHELMANN, 'Paenitentia', cit., 17 ss., a cui si rinvia anche per le discussioni circa le interpolazioni del testo; R. KNÜTEL, *Das Mandat zum Freikauf*, in 'Mandatum' und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modern Recht, a cura di D. Nörr e S. Nishimura, Berlin, 1993, 353 ss.; W. FLUME, *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht*, in *Festschrift für H. Niedermeyer zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1953, 112 ss.

Ulp. 2 disp. D. 12.4.5.2-4: *Item si quis dederit titio decem, ut servum emat et manumittat, deinde paeniteat, si quidem nondum emptus est, paenitentia dabit conditionem, si hoc ei manifestum fecerit, ne si postea emat, damno adficietur: si vero iam sit emptus, paenitentia non facit iniuriam ei qui redemit, sed pro decem quae accepit ipsum servum quem emit restituet aut, si ante decessisse proponatur, nihil praestabit, si modo per eum factum non est. quod si fugit nec culpa eius contigit qui redemit, nihil praestabit: plane repromittere eum oportet, si in potestatem suam pervenerit, restitutum iri. 3. Sed si accepit pecuniam ut servum manumittat isque fugerit prius quam manumittatur, videndum, an condici possit quod accepit. et si quidem distracturus erat hunc servum et propter hoc non distraxit, quod acceperat ut manumittat non oportet ei condici: plane cavebit, ut, si in potestatem suam pervenerit servus, restituat id quod accepit eo minus, quo vilior servus factus est propter fugam. plane si adhuc eum manumitti velit is qui dedit, ille vero manumittere nolit propter fugam offensus, totum quod accepit restituere eum oportet. sed si eligat is, qui decem dedit, ipsum servum consequi, necesse est aut ipsum ei dari aut quod dedit restitui. quod si distracturus non erat eum, oportet id quod accepit restitui, nisi forte diligentius eum habiturus esset, si non accepisset ut manumitteret: tunc enim non est aequum eum et servo et toto pretio carere. 4. Sed ubi accepit, ut manumitteret, deinde servus decessit, si quidem moram fecit manumissioni, consequens est, ut dicamus refundere eum quod accepit: quod si moram non fecit, sed cum profectus esset ad praesidem vel apud quem manumittere posset, servus in itinere decesserit, verius est, si quidem distracturus erat vel quo ipse usurus, oportere dici nihil eum refundere debere. enimvero si nihil eorum facturus, ipsi adhuc servum obisse: decederet enim et si non accepisset ut manumitteret: nisi forte profectio manumissionis gratia morti causam praebuit, ut vel a latronibus sit interfectus, vel ruina in stabulo oppressus, vel vehiculo obtritus, vel alio quo modo, quo non periret, nisi manumissionis causa proficisceretur.*

In questo contesto, è difficile pensare che il § 1, riprodotto in precedenza, si limitasse a dar conto dell'esistenza della costituzione marciaiana già ricordata e della sua applicazione alla *f.m.c.* Visto il problema trattato nel *principium*, e considerate le questioni affrontate subito dopo, pare a me assai probabile che abbia ragione il Noordraven a salvare, quantomeno dal punto di vista contenutistico, il tratto della testimonianza che qui interessa.

Sulla scorta di quanto detto, non credo vi siano ostacoli a ritenere che anche Ulpiano si approcciasse alla *mancipatio ut manumittatur* considerandola integrante un'ipotesi di *fiducia*, anche per via del peculiare meccanismo di revocazione previsto a favore del fiduciante, che sicuramente connotava tale

operazione negoziale (poi ricondotto dai maestri bizantini nell'ambito della *paenitentia*).

Credo che un indizio di un certo peso possa anche scorgersi nel fatto che il § 1 parla di *actio* (certo, pur sempre *propter paenitentiam*), mentre l'intero frammento ruota attorno al *condicere* e all'esperibilità di *condictiones*. A quanto mi consta, si tratta questo dell'unico luogo della compilazione di Giustiniano ove compare l'espressione '*actio propter paenitentiam*', a differenza dei più numerosi casi in cui la *paenitentia* si connette a *condictiones* o al *condicere*.

Sicché, mi pare non troppo azzardato ipotizzare che l'intervento dei commissari di Triboniano abbia salvato quell'*actio*' che in origine si collegava a '*fiduciae*', dando al testo l'attuale tenore.

Il contenuto del passo mi pare poi anche accordarsi con quanto riportato da Gai. [9] <10> *ad ed. prov.* D. 17.1.27.1.

In ambedue le testimonianze, infatti, è riservata al *mancipio dans* la facoltà di mutare volontà e di interrompere l'esito dell'operazione inizialmente auspicato, ossia la liberazione dello schiavo. Del pari, in entrambi i brani non si fa menzione di alcuna *iusta causa*, come invece si è riscontrato in Iul. 13 *dig.* D. 17.1.30.

Non resta a questo punto che affrontate due ulteriori questioni⁵²: la prima, riguarda il rapporto tra i dati appena raccolti e quanto risulta da un altro passo di Ulpiano, stavolta escerpito dal suo commentario edittale, ove pare invece preclusa la *paenitentia* in ipotesi di *f.m.c.* con esecuzione differita nel tempo; la seconda concerne invece quella *Constitutio Divi Marci* più volte evocata nelle precedenti pagine, sul cui contenuto e sulla cui portata occorre soffermarsi.

Ebbene, ritengo sia cosa migliore partire dalla questione esposta per prima.

5 *Il trasferimento dello schiavo per la liberazione 'post quinquennium'. L'incidenza della 'donatio aliqua' nella disciplina della 'fiducia manumissionis causa'. Alcune considerazioni in ordine alla rilevanza dell'interesse delle parti rispetto alla disciplina dell'istituto*

Il brano su cui è necessario posare lo sguardo è tratto del commentario all'editto del pretore di Ulpiano ed oggi trova posto in D. 39.5.18. pr.-1.

Ivi il giurista di Tiro – confrontandosi con le opinioni di Aristone e di Pomponio – si sofferma sulla diversa incidenza che l'elemento liberale poteva

⁵² Invero, ci sarebbe anche da chiedersi le ragioni per cui in caso di vendita dello schiavo con accordo circa la sua manomissione *intra certum tempus*, a fronte del mutamento di volontà del venditore, non possa questi agire tramite *actio ex vendito*, come risulta da Pap. 27 *quaest.* D. 18.7.7. Sul punto ci si soffermerà nel corso del prossimo paragrafo.

avere nella conformazione della disciplina applicabile ad alcune operazioni negoziali⁵³.

In questo senso, l'originaria collocazione del passo è particolarmente significativa.

I compilatori lo hanno infatti inserito entro il titolo *De donationibus* – giusta anche il continuo riferirsi del giurista severiano alla 'donatio' –, ma in origine tale testo trovava posto, a prestar fede alla ricostruzione leneliana⁵⁴, entro una trattazione dedicata alla tutela interdittale e, segnatamente, all'*interdictum de precario*⁵⁵.

Ecco il brano d'interesse:

Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18. pr.-1: *Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert. 1. Denique refert Aristonem putare, si servum tibi [tradidero] <mancipavero> ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi, quia donatio aliqua inesse videtur: aliter atque, inquit, si ob hoc tibi [tradidissem] <mancipavissem>, ut continuo manumittas: hic enim nec donationi locum esse et ideo esse obligationem. sed et superiore casu quid acti sit, inspiciendum Pomponius ait: potest enim quinquennium non ad hoc esse positum, ut aliquid donetur.*

Il passo riprodotto – della cui genuinità sostanziale non hanno dubitato neppure i rappresentanti della critica interpolazionistica più intransigente⁵⁶ – si apre con Ulpiano che ricorda il pensiero di Aristone, riferito e condiviso da Pomponio, secondo cui un'operazione negoziale che si compone anche di attribuzioni patrimoniali animate da spirito di liberalità non determina il sorgere di alcuna *obligatio*, nella parte in cui vi è donazione.

Scolpita in questi termini la regola generale, il giurista di Tiro – sempre rifacendosi ad Aristone – passa ad occuparsi dei problemi legati alla sua applicazione e rivolge l'attenzione a due casi di *mancipatio ut manumittatur*

⁵³ Sull'incidenza dell'elemento della gratuità nell'ambito della disciplina contrattuale, specie in ordine ai criteri di imputazione della responsabilità, v. L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità*, cit., 1ss.

⁵⁴ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., cc. 842 s., che pone in quest'ordine i primi testi in tema di *interdictum de precario* del libro LXXI del commentario ulpiano *ad edictum*: D. 43.26.2 pr.-2; 39.5.18; 43.26.2.3. Tale ricostruzione è stata vivacemente criticata, come già visto, da R. SCEVOLA, '*Negotium mixtum cum donatione*', cit., 14 s., nt. 10.

⁵⁵ Cfr. O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*, cit., 486 s. Per l'importanza di questo dettaglio, v. M. MARRONE, *Recensione a P. ZAMORANI, 'Precario habere'*, cit., 211.

⁵⁶ Intorno a tali aspetti, con ampio esame della precedente letteratura, v. R. SCEVOLA, '*Negotium mixtum cum donatione*', cit., 13, nt. 9, e 78 ss.

(sicuramente interpolati sono infatti i riferimenti alla *traditio*, per le ragioni note, che celano un'originaria menzione della *mancipatio*⁵⁷).

Nella prima ipotesi, le parti si sono accordate affinché l'accipiente liberasse lo schiavo dopo cinque anni dall'acquisto; nella seconda, invece, le stesse convengono che la *manumissio* intervenga immediatamente dopo l'alienazione.

Ebbene, in ragione di questo diverso programma negoziale, Aristone chiarisce – lo sappiamo sempre tramite le parole di Ulpiano – come nell'ipotesi di *mancipatio* con liberazione differita dopo cinque anni non fosse possibile agire *ante quinquennium*, perché sussisteva una '*donatio aliqua*' a favore dell'accipiente. *Donatio* che dunque impediva il sorgere di alcuna obbligazione in capo a tale soggetto.

Qualora invece le parti avessero pattuito che la *manumissio* dovesse intervenire subito, allora non vi era alcuna donazione e dunque sussisteva l'*obligatio* in parola a carico del fiduciario.

La soluzione prospettata dal giurista traiano, come apprendiamo leggendo l'ultima parte del brano, è condivisa nelle sue linee fondamentali da Pomponio. Questi, però, avverte l'esigenza di fare una piccola precisazione.

Per Pomponio, non sempre il differimento della liberazione dello schiavo costituisce di per sé una *donatio* per l'accipiente: in tali casi, opererà la consueta disciplina prevista per la *mancipatio* sottoposta all'accordo di liberazione immediata.

Quanto all'inquadramento giuridico della fattispecie di cui si occupa Ulpiano, e prima di lui Aristone e Pomponio, è sorto un intenso dibattito in dottrina, recentemente ripercorso da Roberto Scevola⁵⁸. Nel tempo, infatti, taluni studiosi hanno cautamente ipotizzato in D. 39.5.18. pr.-1 trovi spazio una convenzione atipica (nella forma della *datio ut aliquid facias*)⁵⁹; altri configurano il tutto come donazione modale⁶⁰; infine non manca chi ha ravvisato nel caso di specie un *mandatum ut manumittas*⁶¹.

Nonostante le diverse chiavi di lettura proposte, non mi pare sussistano a tutt'oggi solide ragioni per abbandonare l'orientamento maggioritario, che

⁵⁷ O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 842, il quale ritiene che tra '*quinquennium*' e '*agi*' vada inserito '*fiduciae*', ma si tratta di un inserimento non necessario (d'altronde non condiviso neppure da B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 74 s.). Sul punto cfr. anche R. SCEVOLA, '*Negotium mixtum cum donatione*', cit., 78 s. e nt. 3, che prende in considerazione, ma per escluderla, anche l'ipotesi che la vicenda scolpita nel passo fosse originata da una semplice *traditio*, non traslativa della proprietà dello schiavo. Di diverso avviso A.M. SALOMONE, '*Venditio donationis causa*', Torino, 2012, 144 ss.

⁵⁸ R. SCEVOLA, '*Negotium mixtum cum donatione*', cit.,

⁵⁹ Cfr. F.W.L. VON MEYERFELD, *Die Lehre von den Schenkungen*, Marburg, 1835, 323.

⁶⁰ Cfr. F.A. SCHILLING, *Lehrbuch*, III, cit., 789, nt. a; F. BREMER, *Zur Lehre*, cit., 119; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch*, II, cit., 506, nt. 3.

⁶¹ Cfr. W. KOEPPEN, *Das 'negotium mixtum'*, cit. 36; F. MECHTOLD, *Begriff*, cit., 23 ss.

ravvisa nella fattispecie descritta nel passo un'ipotesi di *fiducia manumissionis causa*⁶². Ciò, non solo in base a quanto è stato detto nel corso dei precedenti paragrafi di questo capitolo, ma anche sulla scorta dell'allusione – a mio avviso particolarmente significativa – dell'*actio fiduciae* in B. 47.1.17 (Heimb. III, 570).

Accedendo a questa ricostruzione, inoltre, meglio si riescono a comprendere i diversi snodi del ragionamento di Aristone, e poi di Pomponio, nei termini riportati da Ulpiano.

In tale prospettiva, Aristone avrebbe chiarito che, a differenza di quanto normalmente avveniva, il fiduciante non era legittimato a mutare la propria volontà e pretendere la restituzione dello schiavo (o forse anche la liberazione immediata del medesimo⁶³), qualora il fiduciario avesse ricavato dall'operazione che lo vedeva coinvolto un qualche vantaggio di natura patrimoniale, ossia una *donatio aliqua* (la quale, nel caso di specie, era costituita da quel quinquennio in cui l'accipiente rimaneva proprietario del *servus*).

Ciò, ovviamente, non poteva avvenire nel caso di *manumissio* da compiersi *continuo*: non sussistendo alcun interesse economico per il fiduciario in una simile operazione, sarebbe sorta immediatamente a suo carico l'*obligatio fiduciae*, coercibile con la relativa *actio*.

In cosa consistesse quel vantaggio economico (che dal lato del fiduciante assumeva le sembianze di un'attribuzione liberale) che impediva l'applicazione del normale regime in tema di *fiducia*, credo si possa ricavare riflettendo sull'osservazione finale resa da Pomponio, secondo cui non sempre il differimento *post quinquennium* costituisce *donatio*. Tale pattuizione potrebbe infatti accompagnarsi alla mancata consegna dello schiavo al fiduciario, il quale – pur proprietario del medesimo – da esso non avrebbe tratto alcun vantaggio. Sicché, in una simile ipotesi, troverebbe applicazione la disciplina ordinaria, con la facoltà del fiduciante di pretendere in ogni momento il ritrasferimento formale del cespite da parte dell'accipiente, il cui mancato rispetto l'avrebbe esposto all'*actio fiduciae*.

Ed è io credo proprio in relazione a quest'ultimo profilo che Ulpiano rammenta l'opinione di Aristone circa il caso della *manumissio* da effettuarsi

⁶² Cfr. G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 238 ss.; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 82 ss.; E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio*. I. *Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, 521 ss.

⁶³ Il testo in esame, con riguardo al venir meno della facoltà di agire in giudizio da parte del fiduciante (riconosciuta invece nel caso di manomissione da compiersi *continuo*), non specifica affatto se questi sia mosso dal desiderio di riavere la proprietà dello schiavo (come in Gai. [9] <10> *ad ed. D. 17.1.27.1*), ovvero se ambisca a vederlo liberato prima dei cinque anni pattuiti. Non si dice insomma a cosa tenda (sia pur idealmente) l'azione che, in quel caso, l'alienante non poteva esperire, ma che stando alla precisazione di Pomponio, poteva presentare se mancava la *donatio aliqua*. Non abbiamo elementi per dar soluzione al quesito. Sul punto, cfr. G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 224 ss.

continuo (che determinava subito il sorgere dell'*obligatio* in capo all'accipiente), quando ormai al tempo in cui il giurista di Tiro scriveva (v. Ulp. 2 *disp.* D. 12.4.5.1), ma non invece al tempo di Aristone, trovava applicazione generalizzata quella *Constitutio Divi Marci* che sanciva l'automatica liberazione dello schiavo mancipato *ut manumittatur*.

Dall'esame del frammento è dunque emerso come gli interessi delle parti coinvolte in un'operazione fiduciaria comportassero, secondo giuristi del calibro di Aristone, Pomponio e Ulpiano, il mutare della disciplina concretamente applicabile⁶⁴: ciò riceverà ulteriori conferme in quanto si dirà nel corso del prossimo capitolo.

Preziose sono le parole a questo riguardo formulate dal Broise, secondo cui «dall'esame della fattispecie risulta evidente che il *donare* e il *negotium* si susseguono nel tempo, nel senso che *ante quinquennium* avremo un *donare* ... trascorso il *quinquennium* avremo il *negotium gerere*. Dunque, la finalità liberale e quella negoziale, la causa gratuita e quella onerosa, rimangono ben distinte e separatamente individuabili e non esplicano i loro effetti contemporaneamente». «I due profili» – continua lo studioso – «oneroso e gratuito, possono invece concorrere nella stessa fattispecie, pur non manifestando i propri effetti contemporaneamente, e tale concorso può essere il risultato di un consapevole abbinamento per cui s'innesta sul *negotium* qualche elemento di liberalità»⁶⁵.

A suffragio di quanto affermato, mi pare interessante posare sia pur brevemente lo sguardo sul seguente frammento di Papiniano, che contempla il caso di una vendita di uno schiavo accompagnata dall'accordo tra le parti circa la sua liberazione '*intra certum tempus*'.

Pap. 27 *quaest.* D. 18.7.8: *Quaesitum est, si quis proprium servum vendidisset et ut manumitteretur intra certum tempus, praecepisset ac postea mutasset voluntatem et emptor nihilo minus manumisisset, an aliquam eo nomine actionem haberet. Dixi ex vendito actionem manumisso servo vel mutata venditoris voluntate evanuisse.*

Ci si chiede se il venditore possa agire *ex vendito* contro il compratore nel caso in cui quest'ultimo abbia liberato lo schiavo nonostante il primo avesse mutato volontà a riguardo. Papiniano esclude con nettezza questa possibilità: l'*actio venditi* viene meno con la manomissione dello schiavo anche⁶⁶ se il venditore aveva frattanto mutato la propria convinzione a riguardo.

⁶⁴ Ciò era evidentemente possibile data l'ampiezza dei poteri riservati al giudice dall'*actio fiduciae*, ascritta come noto ai *bonae fidei iudicia*, sebbene l'*intentio* non menzionasse l'*oportere ex fide bona*, ma l'adagio '*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*' (cfr. cap. VI, par. 7).

⁶⁵ S. BROISE, '*Animus donandi*', cit., 69, nt. 69.

⁶⁶ Per '*vel*' nel senso di 'anche' cfr. G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 229 e nt. 1.

La ragione può senz'altro essere legata al peculiare regime previsto circa l'efficacia dei patti nei contratti di buona fede, come sostiene il Grosso, ma io credo che un ruolo importante sia legato anche agli interessi reciproci delle parti coinvolti nell'operazione, che nel caso di specie è una compravendita.

Occorre a questo punto occuparsi della più volte ricordata costituzione che garantiva la libertà allo schiavo mancipato *ut manumittatur*.

6 La 'Constitutio Divi Marci'

Vi sono ampie tracce nei *Digesta* di una costituzione di Marco Aurelio e di Commodo, emanata probabilmente tra il 177 e il 180 d.C.⁶⁷, che assicurava la libertà allo schiavo alienato in vista della sua manomissione, qualora l'accipiente non avesse proceduto ad affrancarlo pur essendovi tenuto⁶⁸.

Nella maggioranza dei casi⁶⁹, tale costituzione è posta in relazione a ipotesi di vendita dello schiavo, come ad esempio in

Ulp. 4 *ad leg. Ael. Sent.* D. 40.9.30 pr.: *Si quis hac lege servum emerit, ut manumittat, et non manumittente eo servus ad libertatem pervenerit ex constitutione Divi Marci, an possit ut ingratum accusare, videamus. et dici potest, cum non sit manumissor, hoc ius eum non habere.*

Ulp. 38 *ad ed.* D. 38.1.13 pr.: *Si quis hac lege emptus sit, ut manumittatur, et ex constitutione Divi Marci pervenerit ad libertatem, operae ei impositae nullum effectum habebunt.*

Call. 3 *de cogn.* D. 40.8.3: *Eum, qui ita venit, ut intra tempus manumitteretur, cum dies praestandae libertatis venerit vivente venditore et perseverante in eadem voluntate, perinde haberi, ac si ab eo, a quo debuit manumitti, manumissus esset: mortuo autem venditore non esse heredum eius voluntatem explorandam Divus Marcus cum filio suo rescripsit.*

⁶⁷ Cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 79 ss.; W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1908 (rist. 2010), 69 e 629.

⁶⁸ Cfr. W.W. BUCKLAND, *The Roman Law*, cit., 629 ss.; R. SIGNORINI, 'Adsignare libertum'. La disponibilità del 'patronatus' tra normazione senatoria ed 'interpretatio' giurisprudenziale, Milano, 2009, 23 ss.

⁶⁹ Oltre ai testi citati di seguito, si segnalano Mod. 6 *reg.* D. 37.14.8.1; Ulp. 14 *ad Sab.* D. 38.16.3.3, ove si spiega chiaramente che venivano comunque a crearsi i rapporti di patronato, nonostante la mancanza di una formale manomissione; 2 *de off. consul.* D. 40.2.20.1; 60 *ad ed.* D. 40.5.2; 5 *fid.* D. 40.5.30. 13; Paul. 15 *resp.* D. 40.12.38 pr.-1; *imp. sent. in cogn. prol. ex lib. sex lib. sec.* D. 40.1.10;

Paul. 50 *ad ed. D. 18.7.3: Si quis hac lege veniit, ut intra certum tempus manumittatur: si non sit manumissus, liber fit, si tamen is qui vendidit in eadem voluntate perseveret: heredis voluntatem non esse exquirendam.*

Peraltro, da un testo di Ulpiano e da una costituzione di Alessandro Severo del 222 d.C., scopriamo che il provvedimento suddetto era rivolto ad un certo Aufidio Vittorino, genero di Frontone.

Ulp. 11 *ad ed. D. 4.4.11.1: Quid si minor viginti quinque annis, maior viginti hac lege vendiderit, ut manumittatur? ideo proposui maiorem viginti, quoniam et Scaevola scribit libro quarto decimo quaestionum et magis est, ut sententia constitutionis Divi Marci ad Aufidium Victorinum hunc, id est minorem viginti annis non complectatur. auare videndum, an maiori viginti annis subveniatur: et si quidem ante desideret, quam libertas competat, audietur: sin vero postea, non possit. Item quaeri potest, si is qui emit hac lege minor sit, an restitui possit. et si quidem nondum libertas competit, erit dicendum posse ei subveniri: sin vero posteaquam dies venit, voluntas maioris venditoris libertatem imponit.*

Imp. Alexander A. Eutychiano C. 4.57.2: *Si ea lege chreste servum, sed naturalem filium venumdedit, ut emptor eum manumitteret, quamvis non est manumissus, ex constitutione Divorum Marci et Commodi ad Aufidium Victorinum liber est.*

Quest'ultima testimonianza conferma l'emanazione del provvedimento durante la coreggenza, come visto nel passo di Callistrato e come risulta altresì da un'altra costituzione di Alessandro Severo, questa volta del 224 d.C. (C. 4.57.3.1), nonché da un testo di Papiniano riprodotto tra qualche riga. È molto probabile che la costituzione in parola trovasse inizialmente applicazione soltanto rispetto ai trasferimenti onerosi, rimanendo esclusi quelli attuati a scopo donativo⁷⁰. L'estensione anche a questi ultimi, stando a Papiniano, è stata attuata *ex sententia*.

Pap. 9 *resp. D. 40.8.8: Mancipia mater filiae donaverat, ut filia curaret ea post mortem suam esse libera: cum donationis legi non esset obtemperatum, ex sententia constitutionis Divi Marci libertates optingere matre consentiente respondi: quod si ante filiam mater vita decessit, omnimodo.*

Regola che il giurista conferma in un altro brano tratto dalla medesima opera Pap. 10 *resp. D. 40.1.20 pr.: Causam minor viginti annis, qui servum donatum manumittendi gratia accepit, ex abundanti probat post Divi Marci litteras ad Aufidium Victorinum: etenim, si non manumiserit, ad libertatem servus perveniet.*

⁷⁰ Cfr. W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery*, cit., 628 s.

Sulla base del testo di Ulpiano analizzato nel par. 4 del presente capitolo, sappiamo inoltre che la *Constitutio divi Marci* trovava applicazione anche in materia fiduciaria⁷¹.

7 Le ragioni per servirsi della 'fiducia manumissionis causa'

Un tema sovente trascurato in tema di indagini dedicate alla *f.m.c.* attiene alle motivazioni che potevano spingere taluno a ricorrere a detta operazione negoziale per liberare un proprio schiavo, anziché procedere autonomamente all'affrancamento.

Invero, alcune possibili ragioni mi pare si possono rintracciare

In primo luogo, va ricordato il passo di Gaio riportato in apertura del presente capitolo, ove si riconosce la piena validità della *f.m.c.* volta alla liberazione dello schiavo dopo la morte dell'alienante (Gai [9] <10> *ad ed. prov.* D. 17.1.27.1).

Vi è poi un testo di Pomponio, che ricorda l'opinione di Ottaviano – giurista vissuto tra il I e il II secolo d.C., in ogni caso attivo non oltre l'età traianea⁷² –, secondo il quale la *fiducia* poteva essere utilizzata per aggirare la regola secondo cui al curatore di un *furiosus* era precluso liberare uno schiavo di quest'ultimo, perché l'amministrazione del patrimonio gli impediva di compiere manomissioni.

Ed è proprio questo il caso osservato da Pomponio e Ottaviano, rispetto al quale la dottrina è solita riconoscere una rapporto fiduciario nel trasferimento del *servus* ad un terzo con l'obbligo di affrancarlo⁷³.

Pomp. 1 *ex Plaut.* D. 40.1.13: *Servus furiosi ab adgnato curatore manumitti non potest, quia in administratione patrimonii manumissio non est. si autem ex fideicommissi causa deberet libertatem furiosus, dubitationis tollendae causa ab adgnato [tradendum] <mancipandum> servum, ut ab eo cui [traditus] <mancipatus> esset manumittatur, Octavenus ait.*

Non deve essere stato raro l'utilizzo della *f.m.c.* per aggirare limitazioni al potere di manomettere gli schiavi⁷⁴.

Nel seguente passo di Giuliano, infatti, viene preso in considerazione il caso di un minore di vent'anni che, onde eludere le restrizioni impostegli dalla *lex Aelia Sentia* per la liberazione di un proprio schiavo (serviva infatti l'*adprobatio* del

⁷¹ *Contra* F. HAYMANN, *Freilassungspflicht*, cit., 37.

⁷² Cfr. C. FERRINI, *Ottaviano e le sue dottrine*, in *Opere di C. Ferrini*, II, cit., 113 ss.; W. KUNKEL, *Herkunft*, cit., 150 s.; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 73, nt. 105.

⁷³ Sul frammento, cfr. W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 128; E. NARDI, *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milano, 1983, 122; O. DILIBERTO, *Studi sulle origini della 'cura furiosi'*, Napoli, 1984, 91; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 52 ss.

⁷⁴ Cfr. R. JACQUELIN, *De la fiducia*, cit., 364.

consilium e una *iusta causa manumissionis*)⁷⁵, lo trasferisce ad un terzo, affinché sia costui a manometterlo.

Iul. 2 *ad Urs. Fer. D.* 40.9.7.1: *Minor annis viginti cum servum manumittere vellet nec iustam causam ad consilium manumittendi haberet, tibi eum ut manumitteres dedit: negavit eum Proculus liberum esse, quoniam fraus legi facta esset.*

Giuliano, rifacendosi all'opinione di Proculo, nega tuttavia che sfruttando la *f.m.c.* lo schiavo possa effettivamente acquistare la libertà, giacché ciò si porrebbe irrimediabilmente in contrasto con la poc'anzi ricordata legge augustea, costituendo '*fraus*' della stessa.

La medesima logica traspare nel seguente brano di Paolo, che riguarda la validità della *mancipatio* (nel testo compaiono '*tradat*' e '*tradiderit*', ma si tratta del consueto intervento compilatorio) di una quota di un servo comune fatta da un minore di vent'anni sempre *manumittendi causa*⁷⁶.

Paul. 3 *ad leg. Ael. Sent. D.* 40.9.16.1: *Si partem, quam in communi servo habet minor viginti annis, manumittendi causa [tradat] <mancipio det>, nihil aget: sed si, cum ipse causam probare posset, [tradiderit] <mancipio dederit>, nulla fraus intelletur.*

Questa soluzione, probabilmente oggetto di discussione tra i giuristi, deve aver incontrato esplicito riconoscimento nella seguente costituzione emessa nel 224 dalla cancelleria imperiale⁷⁷.

Imp. Alexander A. Felicissimo C. 7.11.4: *Si minor annis viginti ad libertatem praestandam homines tradidisti, senatus consulto quod gestum est irritum constituitur* (a. 224).

⁷⁵ Il provvedimento augusteo riconosceva la validità delle manomissioni compiute dal minore di vent'anni solamente se effettuate nella forma *vindicta*, dopo che un *consilium* avesse espresso l'*adprobatio* in presenza di una *iusta causa manumissionis* (Gai 1.19 e 1.37-41; I. 1.6.4-7; Marcian. 13 *inst. D.* 40.2.9). In letteratura, v. R. BONINI, *Corso di diritto romano. Il diritto delle persone nelle Istituzioni di Giustiniano*, Rimini, 1984; M. MELLUSO, *La schiavitù nell'età giustiniana. Disciplina giuridica e rilevanza sociale*, Paris, 2000, 78 ss.

⁷⁶ Sul testo, v. G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino, 1911, 88; O. BEHREND, *Frode alla legge, lotta politica e scienza giuridica*, in *Labeo*, XXXI, 1985, 74; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 85 s.; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 177 s. Una logica che si applica tanto alle alienazioni fiduciarie, quanto a quelle compiute per un corrispettivo (integranti dunque una compravendita), come si evince da Marcell. 24 *dig. D.* 18.7.4: *Si minor viginti annis servum tibi in hoc vendiderit et [tradiderit] <mancipaverit>, ut eum manumitteres, nullius momenti est [traditio] <mancipatio>, quamquam ea mente [tradiderit] <mancipaverit>, ut, cum viginti annos ipse explesset, manumitteres: non enim multum facit, quod distulit libertatis praestationem: lex quippe consilio eius quasi parum firmo restitit* (riprodotto con le proposte di correzione di O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 630), nonché da Ulp. 11 *ad ed. D.* 4.4.11.1, su cui si è indugiato nelle precedenti pagine.

⁷⁷ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 86 s.

Ciò detto, le fonti non serbano il ricordo di altre motivazioni che potevano indurre le parti a optare per operazioni di *f.m.c.*

Sulla scorta di Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18.1, si potrebbe tuttavia ipotizzare anche il caso del proprietario di uno schiavo che lo vuole libero soltanto dopo aver fatto sì che qualcuno a lui vicino potesse goderne, ancora per qualche tempo.

Altrimenti, vi è forse spazio per immaginare il caso di un *dominus* che pur volendo liberare il proprio *servus*, preferisce non essergli poi legato dai consueti rapporti di patronato e, per tale ragione, lo affida ad un terzo affinché questi proceda ad affrancarlo.

8 Considerazioni di sintesi sulla 'fiducia' a scopo di manomissione

L'analisi condotta nelle precedenti pagine ha permesso di determinare che la figura della *mancipatio* di uno schiavo finalizzata alla sua liberazione del medesimo veniva dai giuristi ricondotta alla *fiducia*. Mediante tale approdo giurisprudenziale fu possibile dare rilievo giuridico alla facoltà del fiduciante di mutare indirizzo volitivo, e pretendere la restituzione dello schiavo non ancora manomesso dall'accipiente (qualora l'affrancamento fosse stato pattuito dopo un certo periodo di tempo, altrimenti avrebbe trovato applicazione la *Constitutio Divi Marci*, con immediata liberazione dello schiavo), tramite l'*actio fiduciae*.

Inoltre, è stato possibile riscontrare come la disciplina concretamente applicabile in ipotesi di *f.m.c.* variasse sensibilmente in relazione ai diversi interessi economici delle parti coinvolte nell'operazione negoziale. Qualora, infatti, il fiduciario avesse tratto un qualche vantaggio dalla dinamica negoziale in esame (ad esempio lo sfruttamento delle *operae* dello schiavo prima della sua liberazione differita nel tempo), al *mancipio dans* sarebbe stato precluso mutare volontà e pretendere il ritrasferimento immediato del *servus*.

Vedremo nel prossimo capitolo, dedicato al rapporto tra *fiducia* e *donationes mortis causa*, come tali mutamenti di disciplina fossero tutt'altro che rari e sempre legati agli interessi patrimoniali che animavano le parti.

Capitolo quarto

FIDUCIA E DONATIO MORTIS CAUSA

SOMMARIO: 1. Il testo fondamentale in materia: Pap. 13 *resp.* D. 39.6.42 pr. – 1.1. L’atto di trasferimento posto in essere da Seia e la riserva di usufrutto a suo favore. – 1.2. Il contenuto dell’accordo tra Seia e Tizio: due donazioni *mortis causa* o un’unica donazione *inter vivos* sottoposta a condizione? – 1.3. La *rei vindicatio* dei figli di Tizio: le opinioni della dottrina. – 1.4. Un’ipotesi ricostruttiva: la rivendica esperita per ottenere la *cautio fructuaria*. – 1.5. Lo scopo della rivendica dei figli di Tizio. – 1.6. Il ‘*bonae fide ... iudicio constituto*’. – 1.7. Il significato del frammento per il diritto giustiniano. – 1.8. La *cautio* volontariamente prestata da Seia e la rilevanza della disciplina della *lex Falcidia* rispetto al caso di specie. – 1.9. Sintesi dei primi risultati raggiunti e il problema (ancora aperto) di inquadramento giuridico della fattispecie. – 2. I dubbi di Aristone e Pomponio in Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18.2. – 2.1. Cenni sui requisiti per l’acquisto tramite usucapione e sul titolo *pro donato*. – 2.2. Circa l’(in)esistenza del titolo d’usucapione *pro fiducia* e sulla divisione degli effetti del possesso nella *fiducia*. – 2.3. *Fiducia* e *causa donationis*. – 2.3.1. Prima possibilità: *usucapio* del fiduciante. – 2.3.2. Seconda possibilità: *usucapio* del fiduciario. – 2.4. L’*usucapio* nella *donatio mortis causa*. – 2.5. Sintesi dei risultati raggiunti. – 3. Una *donatio mortis causa* fiduciaria per interposta persona tra coniugi. Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.11.8. – 3.1. La prima fattispecie: terzo interposto dalla donante. – 3.2. La seconda fattispecie: terzo interposto dal donatario. – 4. Le modifiche al regime dell’*usureceptio* nella *donatio mortis causa* attuata mediante un trasferimento fiduciario: la rilevanza dell’interesse delle parti. – 5. Un’ipotesi sul regime dell’*usureceptio* in tema di alienazione fiduciaria *mortis causa* e di *fiduciae manumissionis causa*. – 6. Iul. 13 *dig.* D. 16.3.15 e altre modifiche al regime dell’*usureceptio* in ragione degli assetti negoziali adottati dalle parti? – 7. Alla ricerca di ulteriori conferme.

1 Il testo fondamentale in materia: Pap. 13 ‘*resp.*’ D. 39.6.42 pr.

Per *donatio mortis causa* (d’ora in avanti solo *d.m.c.*) si intende un’attribuzione patrimoniale animata da spirito di liberalità che assume definitiva efficacia con la commorienza del donante al donatario¹.

¹ Cfr. Marcian. 9 *inst.* D. 39.6.1 pr.; Paul. 6 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 39.6.35; Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.92.; 24.1.11; I. 2.7.1. Circa il regime della commorienza in caso di *d.m.c.*, v. Marcian. 2 *reg.* D. 39.6.26. Su questo istituto, cfr. F. SENN, *Études sur le droit de obligations. I. Étude d’un acte juridique causal. La donation a cause de mort*, Paris, 1914; S. CUGIA, *L’espressione ‘mortis causa’*. *Diritto romano classico e giustiniano*, Napoli, 1910, 43 ss.; M. AMELOTTI, *La ‘donatio mortis causa’*, cit., 3 ss. (su cui *Recensione* a M. AMELOTTI, *La ‘donatio mortis causa’*, cit., in ZSS, LXXI, 1954, 447 ss.); R. YARON, *Some remarks on ‘donatio mortis causa’*, in RIDA, III, 1956, 493 ss.; ID., *‘Donatio sola cogitatione mortalitatis’*, in RIDA, XIII, 1966, 369 ss.; P. SIMONIUS, *Die ‘donatio mortis causa’ im klassischen römischen Recht*, Basel, 1958, 1 ss. (su cui v. M. KASER, *Recensione* a P. SIMONIUS, *Die ‘donatio mortis causa’*, cit., in TR, XXVII, 1959, 212 ss., e E.H. KADEN, *Recensione* a P. SIMONIUS, *Die ‘donatio mortis causa’*, cit., in ZSS, LXXVI, 1959, 621 ss.); D. OLZEN, *Verweggenommene Erbfolge in historischer Sicht*, Berlin, 1988, 15 ss.; H. ANKUM, *Donations in Contemplation of Death between Husband and Wife in Classical Roman Law*, in *Index*, XXII, 1994, 635 ss.; E. RODRÍGUEZ DÍAZ, *Algunos aspectos de la ‘donatio mortis causa’ en el derecho romano*, Oviedo, 2000, 15 ss.; D. RÜGER, *Die ‘donatio mortis causa’*, Berlin, 2011, 15 ss. (su cui v. F. LAMBERTI, *Recensione* a D. RÜGER, *Die ‘donatio mortis causa’*, cit., in LR, IV, 2015, 423 ss.); M. GENOVESE, *‘Mortis causa capitur’*. *Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali*, Torino, 2012, 1 ss. (su tale lavoro, v. anche E. DOVERE, *Recensione* a M. GENOVESE, *‘Mortis causa*

Tranne qualche eccezione², la maggioranza della dottrina ritiene che a Roma fosse possibile realizzare una *donatio mortis causa* anche ricorrendo allo schema negoziale della *fiducia*, nella sua declinazione *cum amico*³.

A sostegno di questa ricostruzione si adduce principalmente il seguente testo di Papiniano, tratto dal tredicesimo dei suoi *libri responsorum*⁴:

Pap. 13 resp. D. 39.6.42 pr.: *Seia cum bonis suis traditionibus factis Titio cognato donationis causa cessisset, usum fructum sibi recepit et convenit, ut, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret, si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent. igitur si res singulas heredes Lucii Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio. bonae fidei autem iudicio constituto quaerebatur, an mulier promittere debeat se bona, cum moreretur, filiis Titii restitutura. incurrebat haesitatio non extorquendae donationis, quae nondum in personam filiorum initium acceperat. sed numquid interposita cautione prior donatio, quae dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? utrum ergo certae condicionis donatio fuit an quae mortis consilium ac titulum haberet? sed denegari non potest mortis causa factam videri. sequitur, ut soluta priore donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur. muliere denique postea diem functa liberi Titii si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur.*

Il passo rappresenta da sempre «un vero rompicapo» per la scienza romanistica⁵.

Le ragioni sono molteplici. Innanzitutto, la fattispecie esaminata è particolarmente complessa; poi non aiuta di certo alla comprensione del brano la

capitur', cit., in RDR, XI, 2011, 1 ss.; P. CAPONE, *Recensione* a M. GENOVESE, 'Mortis causa capitur', cit., in TSDP, VII, 2014, 1 ss.).

² Cfr. S. DI PAOLA, 'Donatio mortis causa', Catania, 1950, 1 ss. (su cui v. M. KASER, *Recensione* a S. DI PAOLA, 'Donatio mortis causa', cit., in *Iura*, II, 1951, 243 ss.); ID., *Sulla struttura della 'donatio mortis causa'*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, IV, Milano, 1956, 161 ss.; ID., *Corso di diritto romano*, Napoli, 1969, 95 ss. (su cui v. M. AMELOTTI, *Recensione* a S. DI PAOLA, 'Donatio mortis causa'. *Corso*, cit., in *Labeo*, XVII, 1971, 339 ss.); U. ROBBE, *Diritto ereditario romano. I principi generali e fondamentali. I. Introduzione. La diversa efficienza causale della morte dell'uomo*, Napoli, 1965, 98.

³ Cfr. M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 4 s., circa la pluralità di operazioni negoziali che possono venir utilizzate per compiere una *d.m.c.*, come ad esempio il trasferimento con patto di restituzione confermato da *stipulatio* (cfr. anche ID., *Recensione* a *Recensione* a C. TORT-MARTORELL LLABRÉS, *La revocación de la 'donatio mortis causa' en el Derecho Romano clásico*, Madrid, 2003, in *Iura*, LIV, 2003, 310).

⁴ In tale libro il giurista si occupa anche di *lex Falcidia*, argomento che concerne appunto il frammento qui di interesse: cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 938 s.

⁵ M. MARRONE, *Su rivendica e azione negatoria di usufrutto*, in *Studi per G. Nicosia*, V, Milano, 2007, 209.

nota «oscurità» che talvolta caratterizza le decisioni e lo stile di scrittura di Papiniano⁶; infine, il testo ha subito diversi e penetranti alterazioni, di forma e di sostanza, che rendono assai difficile ricostruirne il senso originario⁷.

Sicché, il dibattito cui ha dato vita risulta di singolare ampiezza e varietà⁸. Prima di addentrarsi nell'analisi esegetica del frammento, in occasione della quale si prospetteranno i punti di vista più significativi espressi dalla dottrina, credo valga la pena di partire da una parafrasi del suo contenuto letterale, stando all'attuale stesura.

Orbene, il caso su cui si sofferma Papiniano è il seguente. Una donna denominata Seia ha trasferito a scopo di donazione i suoi beni ad un parente, Tizio, tramite *traditio* ('*Seia cum bonis suis traditionibus factis Titio cognato donationis causa cessisset*'). La stessa Seia, però, ha trattenuto il diritto di usufrutto su quanto donato ('*usum fructum sibi recepit*') e ha convenuto che, in caso di premorienza di Tizio, la proprietà di detti beni le ritornasse ('*si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret*')⁹. Al contempo, le parti hanno pattuito che qualora alla morte di Seia fossero rimasti in vita alcuni figli di Tizio, i beni

⁶ Cfr. M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 106; U. ROBBE, *Diritto*, cit., 100. Secondo V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*, cit., 291 – che riprende invero un pensiero già di P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*⁴, I, Milano, 1958, 391 –, la fama che per secoli circondò la figura di giurista di Papiniano, considerato per antonomasia il principe della giurisprudenza romana, si deve non solo all'indipendenza di giudizio dello stesso e alla sensibilità verso istanze equitative e di giustizia (contro il rigorismo tecnico dei suoi predecessori), ma in parte anche alla complessità e difficoltà di alcune sue decisioni: «forse accadde pure» – scrive lo studioso napoletano – «che si sopravvalutassero, come segni di una profonda singolarità di pensiero, alcune decisioni che non sono certamente fra le sue migliori e che hanno dato filo da torcere per la loro oscurità». Intorno alla figura e all'opera di Papiniano, cfr. P. JÖRS, voce '*Aemilius Papinianus*', in *PWRE*, I.1, Stuttgart, 1893, cc. 572 ss.; F. SCHULZ, *Papinianstudien*. I. *Das 'Quare' und die Rationalisierung der römischen Rechtswissenschaft*, in *RIDA*, I, 1952, 557 ss.; ID., *Papinianstudien*. II, in *RIDA*, II, 1953, 381 ss.; A.M. HONORÉ, *The Severian lawyers: e preliminary survey*, in *SDHI*, XXVIII, 1962, 205 ss.; R. ORESTANO, voce *Papiniano Emilio ('Aemilius Papinianus')*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, 364 s.; H. ANKUM, *Papiniano, un jurista oscuro*, in *Sem. Compl.*, I, 1990, 33 ss.; V. GIUFFRÈ, *Papiniano: fra tradizione e innovazione*, in *ANRW*, II.15, Berlin-New York, 1976, 632 ss., con ampia indicazione bibliografica; U. BABUSIAUX, *Papinians 'quaestiones'. Zur rhetorische Methode eines spätklassischen Juristen*, München, 2011, *passim*. Con specifico riguardo al linguaggio del predetto giurista v. G. KALB, *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt*, Leipzig, 1890, 107 ss.; H. LEIPOLD, *Ueber die Sprache des Juristen Aemilius Papinianus*, Passau, 1891; E. COSTA, *Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano*. I. *La vita e le opere di Papiniano*, Bologna, 1894 (Roma, 1964), 257 ss.

⁷ Cfr., ad esempio, G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, 96, secondo cui il passo «lässt sich keine Lösung finden, die Alleingültigkeit beanspruchen könnten»; M. KASER, *Recensione a S. DI PAOLA, 'Donatio mortis causa'*, cit., 251; ID., *Recensione a M. AMELOTTI, La 'donatio mortis causa'*, cit., 452; P. SIMONIUS, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 156; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 101 ss.; M. MARRONE, *Su rivendica*, cit., 211 ss.

⁸ Per uno spaccato di questo intenso confronto, v. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 100 ss.; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 153 ss. e nt. 3.

⁹ L'espressione '*vita decedere*' nel senso di morire è una peculiarità linguistica cara a Papiniano, che ne fa largo uso nei suoi *libri responsorum*: cfr. E. COSTA, *Papiniano*, I, cit., 313 s.

donati al padre sarebbero spettati a costoro (*'si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent'*).

Un tanto premesso, si apprende dal testo che se gli eredi di Tizio avessero rivendicato alcuni dei beni donati (*'si res singulas heredes Lucii Titii vindicent'*), sarebbe stato possibile paralizzare tale domanda sollevando un'eccezione di dolo (*'doli non inutiliter opponetur exceptio'*). Tuttavia, instaurato un giudizio di buona fede (*'bonae fidei autem iudicio constituto'*), sorge il dubbio se Seia sia o meno tenuta a prestare agli eredi di Tizio una *cautio*, con la quale si impegna, per il momento in cui verrà a mancare, a restituire loro i beni trasferiti (*'an mulier promittere debeat se bona, cum moreretur, filiis Titii restitutura'*).

A questo punto, Papiniano – ma il testo da qui in poi «presenta difficoltà pure nella sua espressione letterale», come non manca di notare Matteo Marrone¹⁰ – fa sapere che, a tal riguardo, *'incurrebat haesitatio'*. In particolare, non era chiaro se, costringendo il giudice a far prestare a Seia la *cautio* in parola, si finisse in realtà con l'estorcere alla stessa quella *donatio* diretta ai figli di Tizio che non aveva ancora avuto alcun inizio di pratica attuazione (*'quae nondum in personam filiorum initium acceperat'*).

Non è infatti forse vero che – si chiede retoricamente il giurista (*'sed numquid ... promittitur?'*)¹¹ – con tale *cautio*, più che confermare e garantire la prima donazione intervenuta tra Seia e Tizio (la quale può dirsi già *perfecta*, avendo determinato il trasferimento dei beni), si finisce con il perfezionarne una seconda, invero soltanto promessa?

Le alternative, infatti, sono due: o si reputa che sia stata conclusa una donazione *inter vivos* sottoposta a una condizione solo apparente, in quanto è certo il suo verificarsi (*'utrum ergo certae conditionis donatio fuit'*), o si ritiene che sia stata posta in essere con Tizio una vera e propria *d.m.c.* (*'an quae mortis consilium ac titulum haberet?'*).

A fronte di ciò, Papiniano si dichiara convinto che l'operazione attuata da Seia costituisca una donazione per causa di morte (*'sed denegari non potest mortis causa factam videri'*). Ne consegue che, risoltasi la prima donazione in ragione della premorienza di Tizio rispetto alla donante, la *cautio* a questa imposta rappresenta in buona sostanza un'estorsione della seconda donazione (*'sequitur, ut soluta priore donatione, quoniam Seia Titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur'*).

Ad ogni buon conto, recita la chiusa del passo, se Seia dovesse spontaneamente prestare ai figli di Tizio tale *cautio*, questi saranno tenuti personalmente alla riduzione delle attribuzioni *ex lege Falcidia* (*'muliere denique*

¹⁰ M. MARRONE, *Su rivendica*, cit., 210.

¹¹ Come nota M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 122, nt. 79, la particella *numquid* non è mai utilizzata in attesa di una risposta positiva (come invece vale per *nonne*).

postea diem functa liberi Titii si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur').

Orbene, i problemi che pone il testo sono molteplici: occorre dunque procedere con ordine.

Il primo dubbio che sorge riguarda l'identificazione dell'atto attraverso cui Seia ha donato i propri beni a Tizio, trattenendo per sé l'usufrutto.

1.1 L'atto di trasferimento posto in essere da Seia e la riserva di usufrutto a suo favore

A quanto risulta, Seia avrebbe trasferito a Tizio la proprietà di alcuni suoi beni – per alcuni l'intero patrimonio¹² – mediante semplice consegna ('*bonis suis traditionibus factis*'). La dottrina è pacifica nel ritenere che questo riferimento alla *traditio* sia frutto dell'intervento dei commissari di Triboniano, che avrebbero espunto un'originaria menzione della *in iure cessio*¹³ o della *mancipatio*.

Viene in primo luogo assai difficile credere che nel testo si parlasse di *traditio*. Innanzitutto, avendo Seia trasferito la proprietà di più beni, è lecito pensare che tra di essi vi fossero non solo delle *res nec mancipi* (la cui semplice consegna, se accompagnata da una *iusta causa traditionis*, qual è in effetti la *causa donandi*¹⁴, determina l'acquisto della proprietà in capo all'accipiente), ma pure *res mancipi*, per l'alienazione delle quali è necessario, ancora al tempo di Papiniano, porre in essere un negozio formale come la *mancipatio* o l'*in iure cessio*¹⁵.

A parte questa considerazione (che poggia invero su una congettura circa la natura dei beni ceduti da Seia), è un altro l'argomento che viene comunemente addotto a sostegno della tesi che esclude la genuinità della menzione della *traditio* nel frammento in esame. Stando a quanto ivi si legge, infatti, Seia ha alienato i beni a Tizio trattenendo presso di sé l'usufrutto sugli stessi ('*usum fructum sibi recepit*')¹⁶. Il meccanismo che pare emerge da tali parole è quello che prende il

¹² E. COSTA, *L'exceptio doli*, Bologna, 1897 (rist. Roma 1970), 261; D. RÜGER, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 45; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 154. Del tutto ingiustificata mi pare la congettura di G. VON BESELER, *Beiträge*, I, cit., 96, secondo il quale all'attuale '*bonis suis*' corrispondeva in origine '*praediis suis*' (il che lo porta poi a espungere come parimenti insiticia anche la successiva menzione di '*res singulas*' rivendicate dagli eredi di Tizio).

¹³ In questo senso, M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 107 s.

¹⁴ Cfr. S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 304 ss.

¹⁵ Cfr. G. SEGRÉ, *Corso di diritto romano. Le cose, la proprietà, gli altri diritti reali ed il possesso*, III, Torino, 1930, 42.

¹⁶ Circa la (scarsa) diffusione di detta pratica nel mondo romano, v. R. YARON, *Gifts in Contemplation of Death in Jewish and Roman Law*, Oxford, 1960, 59 s.; G. VISMARA, *Storia dei patti successori*, Milano, 1986 (rist. 1941), 126 ss.

nome di *deductio*¹⁷, che si è visto essere compatibile – in età classica¹⁸ – solo con la *mancipatio* o la *in iure cessio* e mai con la semplice *traditio*¹⁹.

Certo, si potrebbe sostenere – ed autorevolmente è stato fatto, ad esempio, dall'Haymann²⁰ e dal Voci²¹, di recente seguiti dal Rüger²² – che nel caso di specie Seia non abbia posto in essere una *deductio usufructus* (con effetti rilevanti per il *ius civile*), ma, d'accordo con Tizio, abbia riservato per sé l'usufrutto dei beni tramite un patto connesso (e non incorporato) all'atto di alienazione.

Secondo il Voci, questo si ricaverebbe dalla «non coincidenza, strutturale e temporale» del periodo, ove ad un primo 'cessisset' fanno seguito un 'recepit' e un 'convenit'²³. Il che spiega perché Seia – in quest'ottica usufruttuaria solo *iure praetorio* – sia costretta a reagire alla *rei vindicatio* interposta dai figli nei suoi confronti opponendo un'*exceptio doli*, del tutto superflua qualora l'usufrutto avesse valore civile²⁴.

Tuttavia, per aderire ad una simile ricostruzione si dovrebbe accedere altresì a quella tesi, minoritaria in dottrina, per cui la costituzione dell'usufrutto tramite *pactiones et stipulationes* aveva anche per il diritto classico portata generale, utilizzabile pure per fondi siti in suolo italico e tra *cives*²⁵. Ciò, peraltro,

¹⁷ C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 155.

¹⁸ Cfr. A. BURDESE, *Diritto privato*, cit., 413. Significativo è peraltro che in una costituzione di Onorio e Teodosio del 415 d.C., conservata in C.Th. 8.12.8, si riaffermi il principio per cui non potesse essere trattenuto l'usufrutto delle cose donate con *traditio*; gli stessi imperatori, tuttavia, due anni più tardi, tornano sui propri passi e ristabiliscono il '*ius pristinum*', in base al quale '*quisquis rem aliquam donando vel in dotem dando usumfructum eius retinuerit ... eam continuo tradidisse credatur*'. Su questo aspetto, v. R. YARON, *Gifts*, cit., 59 s.

¹⁹ Cfr. Gai 2.33; Vat. Fragn. 47-47a, ma v. anche quanto già detto *supra*, cap. I, par. 6. In letteratura, cfr. G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino, 1958, 342; G. PUGLIESE, voce *Usufrutto (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1957, 324 e nt. 4; N. SCAPINI, voce *Usufrutto (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 1097.

²⁰ F. HAYMANN, *Zur lex 42 pr. D. de mortis causa donatinibus*, 39.6, in *ZSS*, XXXVIII, 1917, 212 s. Ma v. di recente anche G. PAPA, *La 'replicatio'. Profili processuali e diritto sostanziale*, Napoli, 2009, 72 s., nt. 95.

²¹ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 449 ss., il quale però reputa che il riferimento alla *traditio* sia insitico, avendo a suo avviso il testo originario parlato esclusivamente di *in iure cessio*. L'autore, tuttavia, ritiene che il patto concernente la riserva di usufrutto a favore di Seia non sia «incorporato alla formula della *in iure cessio*: solo la *deductio usufructus* potrebbe infatti esservi inserita, non il patto di donazione, per l'inapponibilità di condizioni; ma le parti preferiscono staccare tutte le convenzioni accessorie alla formula dell'atto solenne».

²² Cfr. D. RÜGER, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 56.

²³ P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 450.

²⁴ P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 449.

²⁵ Cfr. Gai 2.31; Vat. Fragn. 61, confrontato con Ulp. 17 *ad Sab. D.* 7.4.1 pr., su cui v. G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., 363 ss. Di diverso avviso, recentemente, TH. FINKENAUER, *Vererblichkeit*, cit., 335 ss., che a supporto della sua tesi adduce – oltre alla constatazione per cui in epoca classica il sistema di costituzione dell'usufrutto era fortemente lacunoso – il noto testo Gai. 2 *aur. D.* 7.1.3 pr.: *Omnium praediorum iure legati potest constitui usus fructus, ut heres iubeatur dare alicui usum fructum. Dare autem intellegitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiat uti frui. Et sine testamento autem si quis velit usum fructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest*, che invece G. GROSSO, *Usucapione*, cit., 364, reputa riferirsi ai

indipendentemente dall'ipotesi avanzata da taluno che nel frammento in esame sia parimenti caduto un accenno ad una *stipulatio* – o ad uno scambio di *stipulationes* – tra Seia e Tizio²⁶.

Si tratta di elementi che, a mio avviso, rendono assai arduo propendere per tale ricostruzione: a breve, inoltre, si indugerà sulle ragioni per cui nel passaggio esaminato si parla di *exceptio doli* rispetto alla rivendica dei beni donati, che il Voci spiega – non convincendo fino in fondo – per via appunto della rilevanza *iure praetorio* dell'usufrutto²⁷.

Orbene, escluso che alla sola *traditio* si riferisse il testo²⁸, si potrebbe ipotizzare che essa (sia pur in origine presente) fosse affiancata dalla menzione di altri negozi.

In effetti, alcuni autori hanno congetturato che il testo di Papiniano accennasse anche alla *mancipatio*, tramite la dicitura '*mancipationibus et traditionibus factis*'²⁹. In questo modo, il trasferimento avrebbe ricompreso tanto le *res Mancipi* (le uniche alienabili mediante *mancipatio*³⁰) quanto le *res nec Mancipi* (a loro volta, le uniche alienabili mediante *traditio*³¹). Questa proposta

solli fondi provinciali. Il Finkeanauer si pone in parte sulla scia di autori come C.A. MASCHI, *Contributi*, cit., 286 ss., le cui considerazioni – seppur concernenti la costituzione di servitù – trovano naturale estensione anche all'usufrutto. In epoca giustiniana, con la scomparsa della distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, con il venir meno così anche della *mancipatio* e della *in iure cessio*, nonché con l'unificazione di regime giuridico tra fondi italici e provinciali, il ricorso alle *pactiones et stipulationes* diviene la forma normale di costituzione dell'usufrutto per atto *inter vivos*, come attesta, ad esempio, I. 2.4.1 ('*sine testamento vero si quis velit alii usum fructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet*'). Alcuni testi, sicuramente alterati, confermano la costituzione mediante *traditio*: cfr., a riguardo, M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto. II. Da Diocleziano a Giustiniano*, Napoli, 1967, 103, nt. 46; G. PUGLIESE, voce *Usufrutto*, cit., 325; N. SCAPINI, voce *Usufrutto*, cit., 1097.

²⁶ Cfr. F. HAYMANN, *Zur lex 42 pr.*, cit., 212 ss.; D. RÜGER, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 67. Si tratterebbe di una cd. stipulazione d'esercizio (cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 468), volta a 'garantire', naturalmente solo sul piano obbligatorio, l'esercizio del diritto creato dalla *pactio*, la quale sarebbe sufficiente – secondo la teoria in parola – ad assicurare la protezione pretoria dell'usufrutto così creato: cfr., infatti, il silenzio di P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 449 ss., in ordine a tale supposta *stipulatio* nel brano in parola.

²⁷ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 449 s.

²⁸ Come invece ritiene F. HAYMANN, *Zur lex 42 pr.*, cit., 212. Del resto, in Vat. Fragm. 313 è attestato il caso di una donazione con riserva di usufrutto compiuta tramite *mancipatio* e *traditio*.

²⁹ Così C. APPLETON, *Histoire de la Propriété Prétorienne et de l'Action Publicienne*, I, Paris, 1889, 326, nt. 2; D. RÜGER, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 67.

³⁰ Tit. Ulp. 19.3: *Mancipatio propria species alienationis est rerum Mancipii, eaque fit certis verbis libripende et quinque testibus praesentibus*; Cic. *top.* 10.45. In tempi meno recenti è stata affacciata in dottrina la tesi dell'applicabilità della *mancipatio* alle *res nec Mancipi* (v. ad esempio A. LONGO, *La 'mancipatio'*, cit., 99 ss.), confutata – con copia di argomentazione – già da P. BONFANTE, *Forme*, cit., 139 ss. (si rammenti altresì la chiosa di A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001, 653, il quale non manca di notare come la *mancipatio* era in detti casi un'inutile formalità, che comportava l'effetto traslativo in quanto «includeva in sé una *traditio*»). In tema, v. anche S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 103 s., nt. 33.

³¹ Tit. Ulp. 19.7: *Traditio propria est alienatio rerum nec Mancipi. harum enim rerum dominium ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa traditae sunt nobis.*

non supera l'obiezione, cui si è accennato poc'anzi, concernente le modalità di costituzione dell'usufrutto tramite *deductio*, giacché tale diritto risulterebbe costituito *iure civili* solo per le prime. Motivi per certi versi analoghi inducono a non dar peso alla proposta di ricostruzione limitata a '*mancipationibus factis*', giacché rimarrebbero escluse dall'operazione le *res nec Mancipi*³².

Non resta allora che prendere posizione – come d'altronde fa la maggioranza della dottrina³³ – a favore dell'*in iure cessio*, atto di trasferimento compatibile con la *deductio usufructus* e applicabile rispetto a qualsivoglia *res (Mancipi, nec Mancipi)* e persino per *res incorporales*³⁴).

D'altra parte, un forte indizio in tal senso è rappresentato dalla parola '*cessisset*' contenuta nel passo: viene facile immaginare che in origine, accanto a tale verbo, comparisse la dicitura, poi espunta, '*in iure*'.

Ragioni di 'economia negoziale' inducono poi ad escludere duplici richiami a *traditio* e *in iure cessio* (in quanto la prima risulta del tutto superflua in presenza della seconda)³⁵ o a *mancipatio* e *in iure cessio* (giacché sarebbe necessario porle in essere entrambe)³⁶.

In definitiva, eliminando la parte '*traditionibus factis*' e integrando il testo con '*in iure*', la restituzione della prima parte del passo che pare preferibile è la seguente: '*Seia cum bonis suis [traditionibus factis] Titio cognato donationis causa <in iure> cessisset, usum fructum sibi recepit et convenit, ut ...*'.

Ciò assodato, occorre ora soffermarsi sull'ulteriore contenuto del patto intercorso tra Seia e Tizio ('*et convenit, ut ...*'), al fine di individuarne la rilevanza giuridica e la configurazione da esso assunta.

³² Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 939, nt. 1; A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 264, nt. 1.

³³ Cfr. G. VON BESELER, *Beiträge*, I, cit., 96; F. SENN, *Études*, I, cit., 42, nt. 1; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 129; P. KOSHAKER, *D. 39.6.42 pr., ein Beispiel für vorjustinianische Interpolation*, in *ZSS*, XXXVII, 1916, 325; C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 156; M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 108; P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 449; M. MARRONE, *Su rivendica*, cit., 211.

³⁴ Tit. Ulp. 19.9: *In iure cessio quoque communis alienatio est et Mancipi rerum et nec Mancipi*.

³⁵ Propende per questa soluzione, invece, P. KRETSCHMAR, *Ueber die Entwicklung der Kompensation in römischen Recht*, Leipzig, 1907, 31, nt. 63.

³⁶ Ma v. R. JACQUELIN, *De la fiducia*, cit., 359. Recentemente, D. RÜGER, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 46 (ma già prima di lui un accenno in tal senso si poteva scorgere in B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 100) ha posto l'attenzione sulla presenza del verbo *recipere*, che a suo dire mal si accorderebbe con una *retentio* o *deductio usufructus*. Si tenga però presente che una costituzione emessa da Diocleziano e Costanzo, a noi nota tramite Vat. Fragm. 313, riporta proprio una simile espressione per sottolineare la costituzione dell'usufrutto tramite *mancipatio* (e invero anche *traditio*) poste in essere a scopo donativo. Ecco il testo di tale provvedimento: *Donatio praedii quod Mancipi est inter non exceptas personastraditione atque Mancipatione perficitur, eius vero quod nec Mancipi est traditione sola. si igitur patrona tua in rebus humanis agens supra dicto iure ex causa donationis, retento sibi usu fructu, ad te eundem fundum transtulit, intellegis ius tuum satis esse munitum, si tamen cum moreretur patrona, quam praedium donasse commemoras, possessionem rei donatae non revocavit. iuxta quae aditus is cuius de ea re notio est auctoritatem suam interponet.*

1.2 Il contenuto dell'accordo tra Seia e Tizio: due donazioni 'mortis causa' o un'unica donazione 'inter vivos' sottoposta a condizione?

Tutti concordano nell'ammettere che l'operazione posta in essere da Seia abbia trasferito la proprietà sui propri *bona* a Tizio. L'intero passo – qualunque interpretazione si voglia dare dei suoi diversi snodi³⁷ – presuppone un simile effetto³⁸ (nella seconda parte del frammento, inoltre, si specifica che la donazione a favore di Tizio è '*perfecta*', ossia «esaurita, compiuta, definitiva», usando le parole del Biondi³⁹).

Del resto, la precisazione che il donatario è *cognatus* di Seia pare inserita per escludere che, rispetto al caso di specie, operassero le limitazioni discendenti dalla *lex Cincia*⁴⁰ e i divieti relativi alle donazioni tra coniugi⁴¹, che come noto le rendevano nulle *ipso iure*⁴².

Orbene, quanto all'individuazione del contenuto dell'accordo accluso alla cessione *donandi causa* – e variamente condizionante gli effetti di questa – non sembrano sorgere particolari difficoltà. Qualora Seia sopravviva a Tizio, la nuda proprietà dei beni trasferiti deve tornarle ('*proprietas ad eam rediret*'); tuttavia, pur versando in simile ipotesi, se alla morte di Seia siano ancora in vita dei figli di Tizio, i beni a suo tempo donati al padre spetteranno a costoro ('*tunc ad eos bona pertinent*'). È superfluo notare come in caso di premorienza di Seia rispetto a Tizio, la donazione attuata dalla prima non avrebbe prodotto alcuna ulteriore conseguenza, oltre all'originario effetto traslativo.

A fronte di questo – tendenzialmente lineare – programma negoziale, la configurazione in punto di diritto dell'intera operazione si presenta tutt'altro che semplice, anche agli occhi dello stesso Papiniano.

³⁷ Non avrebbe altrimenti senso l'opposizione di un'*exceptio doli* alla *rei vindicatio* intentata dai figli di Tizio nei confronti di Seia, se questa avesse ancora il *dominium ex iure Quiritium* dei beni stessi; del pari, incomprensibile sarebbe la discussione relativa alla *cautio* che Seia sarebbe forse tenuta a prestare nel giudizio di buona fede intentato da questa nei confronti dei figli del donatario (qualora si accedesse alla tesi che ravvisa in quel '*bonae fidei ... iudicio constituto*' un riferimento all'azione esperita dalla donante nei confronti degli eredi del donatario: a proposito di questa ricostruzione, v. *infra*).

³⁸ Cfr. M. MARRONE, *Su rivendica*, cit., 211.

³⁹ Sul concetto di *donatio perfecta*, cfr. B. BIONDI, *Successione*, cit., 639 ss. Si tenga presente che la donazione *mortis causa* qui prospettata è ad immediato effetto reale ed eventuale (e differito) effetto obbligatorio. Esistevano, tuttavia, anche donazioni *mortis causa* in cui il donatario acquistava *morte secuta*: in tali ipotesi, nota ancora il Biondi, si parla di *donatio perfecta* «solo con la morte del donante», come del resto si evince da Ulp. 76 ad ed. D. 39.6.32: *Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur*.

⁴⁰ Che non trovava applicazione per i parenti fino al quinto grado: cfr. L. ARU, *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova, 1938; G.G. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, 13 ss.; K. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*, Köln-Wien, 1974; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 774.

⁴¹ Cfr. G.G. ARCHI, *La donazione*, cit., 145 ss.; M. MARRONE, *Su rivendica*, cit., 211.

⁴² Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 775.

Invero, su un dato si può fare affidamento: il patto di restituzione dei beni concluso tra Seia e Tizio non ha – e non potrebbe essere altrimenti, in base ai principi fondamentali del diritto romano d'età classica⁴³ – efficacia reale (non comporta, cioè, l'automatico ritorno dei *bona* in capo alla prima al verificarsi dell'evento dedotto)⁴⁴. Tant'è che gli eredi di Tizio «possono rivendicare con fondamento – onde la necessità di ricorso all'*exceptio* – taluni beni tra quelli a suo tempo ceduti»⁴⁵.

Naturalmente, per risolvere questo punto occorre avere a disposizione tutte le tessere del complesso mosaico costituito dal passo in esame: sicché, solo al termine di questa disamina (e in particolare dopo aver riflettuto in ordine ai profili processuali emergenti dal brano) sarà possibile aver piena contezza circa la possibile qualificazione giuridica dell'operazione in parola.

Tuttavia, già lo stesso Papiniano – allorché si interroga se Seia sia o meno tenuta a prestare agli eredi di Tizio una *cautio* con cui si impegna a restituire i beni '*cum moreretur*'⁴⁶ – offre le due diverse letture che potevano darsi della donazione posta in essere dalla donna (si legge infatti che '*incurrebat haesitatio*')⁴⁷: l'una, naturalmente, allineata agli interessi di quest'ultima (evidentemente intenzionata a non dar più seguito all'originaria volizione); l'altra, all'opposto, favorevole alla posizione degli eredi di Tizio⁴⁸.

⁴³ Diverso il regime giustiniano, che ormai conosce la revoca reale: cfr. M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 94 ss. e 107 s.; D. RÜGER, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 58 ss. Questo scarto è facile da cogliere confrontando le due versioni di una costituzione di Diocleziano e Massimiano, del 290 d.C., che ci sono giunte: una è contenuta in Vat. Fragm. 283, l'altra in C. 8.54(55).2. La fattispecie è la seguente: un soggetto dona alcuni fondi provinciali a condizione che la proprietà rientri *ipso iure* nel suo patrimonio alla morte del donatario. Diocleziano e Massimiano, di fronte ad una simile ipotesi, escludono la validità della donazione, giacché non è possibile trasferire la proprietà *ad tempus* (cfr. Vat. Fragm. 283: *Si <praediorum> stipendiarium proprietatem dono dedisti ita, ut post mortemeius qui accepit ad te rediret, donatio irrita est, cum ad te <mpus> proprietatis transferri nequiverit*). Per il diritto giustiniano vale la regola opposta e dunque i commissari di Triboniano modificarono il testo della costituzione, attribuendo alla stessa un significato opposto: per loro, infatti, una donazione può essere compiuta '*ad tempus certum vel incertum*' (C. 8.54[55].2: *Si praediorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda*). Sebbene si tratti di una donazione sottoposta a termine finale e non di una *d.m.c.*, il principio espresso da questi due testi è di carattere generale.

⁴⁴ L'unico a orientarsi in diversa direzione è U. ROBBE, *Diritto*, cit., 102 s., secondo cui vi è un automatico ritorno della nuda proprietà in capo a Seia.

⁴⁵ Così M. MARRONE, *Su rivendica*, cit., 211.

⁴⁶ Quanto alla compatibilità di tale clausola con la regola per cui *ab heredis persona obligatio incipere non potest* – di cui Gai 2.232 e 3.100 –, v. P. VOICI, *Diritto ereditario*, cit., 258 ss.

⁴⁷ Gli indizi di interpolazione del passo si sprecano, ma sembra lecito supporre che gli interventi non abbiano intaccato la genuinità sostanziale del passo, come ritengono M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 120 s., e P. KOSHAKE, *D. 39.6.42 pr.*, cit., 325 s.

⁴⁸ Ha ragione D. RÜGER, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 35 ss. (su cui v. anche F. LAMBERTI, *Recensione a D. RÜGER, Die 'donatio mortis causa'*, cit., 425), a vedere anche in questo testo la manifestazione di quell'acceso dibattito nella giurisprudenza tardoantica circa la distinzione tra

Ebbene, si potrebbe in primo luogo sostenere che Seia abbia concluso con Tizio due donazioni *mortis causa*. La prima a vantaggio dell'accipiente, perfettamente valida e venuta meno con la sua premorienza; la seconda, sempre perfezionata con Tizio, a vantaggio dei figli ed eredi di costui e, in quanto compiuta a favore di terzi, invalida⁴⁹. È naturalmente quest'ultima la soluzione più vantaggiosa per Seia, perché renderebbe la *cautio* non dovuta, rappresentando in buona sostanza una donazione estorta a suo danno⁵⁰.

Di converso, si potrebbe altresì ricostruire il tutto – «non senza una certa forzatura», secondo Giovanni Finazzi⁵¹ – come un'unica donazione *inter vivos* a favore di Tizio e dei suoi figli (ed eredi) sottoposta alla condizione risolutiva della sopravvivenza di Seia rispetto a questi ultimi⁵²: quindi, un atto perfettamente valido e idoneo ad essere 'rafforzato' tramite apposita *cautio* a carico di Seia.

Papiniano mostra di non avere dubbi in proposito e propende per la prima alternativa (ossia per la *d.m.c.*)⁵³: sicché, essendosi risolta quella a favore di Tizio, e giusta l'invalidità dell'altra a favore dei soli figli (in quanto terzi)⁵⁴, la promessa di Seia di restituire i beni alla sua morte (la *cautio* di cui si discute nella seconda parte del brano) costituirebbe, in buona sostanza, l'estorsione di una (nuova) donazione.

Questa la soluzione prospettata dal giurista severiano e, forse, il ragionamento seguito per giungervi⁵⁵. Con il che, tuttavia, non si sono ancora

casi di *d.m.c.* e di *donatio inter vivos*, fattosi sempre più pressante in ragione della sottoposizione alle regole della *lex Falcidia* delle donazioni per causa di morte.

⁴⁹ Cfr. G. FINAZZI, *L'exceptio doli generalis' nel diritto ereditario romano*, Padova, 2006, 214. Sul principio per cui *alteri stipulari nemo potest*, cfr. F. LOMBARDO, *La regola e l'eccezione: il principio 'alteri stipulari nemo potest' e la 'cautio iudicatum solvi' in età tardoantica*, in *Iura*, LXI, 2013, 87 ss., con letteratura.

⁵⁰ E. ALBERTARIO, *L'uso classico e l'uso giustiniano di 'extorquere'*, in *ZSS*, XXXII, 1911, 307 ss., ha ravvisato nella presenza del verbo *extorquere* nei testi giustiniani un possibile indizio di interpolazione, qualora esso non venga adoperato per indicare un atto imposto con una qualche forma di violenza. Ciò detto, tuttavia, l'autore esclude che nel passo di Papiniano qui in esame (accanto ad un altro, sempre di mano del giurista severiano, ossia Pap. 12 *quaest.* D. 38.2.41) i riferimenti all'*extorquere* siano compilatori: ciò, in ragione proprio di quelle «peculiarità di lingua e di stile» di cui si è discusso poc'anzi. Anzi, aggiunge l'Albertario, «non sarebbe impossibile pensare ... che questo speciale e nuovo uso del verbo sia penetrato, appunto per mezzo suo, nella terminologia giuridica dei bizantini».

⁵¹ G. FINAZZI, *L'exceptio doli generalis'*, cit., 214.

⁵² Cfr. G. FINAZZI, *L'exceptio doli generalis'*, cit., 214. Per P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 450, invece, «si tratta di una *donatio inter vivos* a termine, in cui la condizione è solo apparente, perché l'evento è certo».

⁵³ Nessuno discute che la frase '*sed denegari ... videri*' non sia stata alterata dai compilatori, non foss'altro per quel ἄπαξ λεγόμενον costituito dal *denegare* adoperato nel senso di negare (cfr. S. DI PAOLA, *'Donatio mortis causa'*, cit., 165; P. SIMONIUS, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 169): tuttavia, non vi sono indizi seri che quanto ivi espresso non racchiuda il pensiero originario di Papiniano: cfr. M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 120 s.

⁵⁴ Come giustamente osserva P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 450, nt. 48, il padre «può stipulare per il figlio, come il padrone per lo schiavo: ma acquista a sé».

⁵⁵ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 450.

affrontati i nodi problematici che paiono di gran lunga i più ostici. Occorre infatti capire quale sia la veste giuridica della donazione congegnata da Seia; quale circostanza dovrebbe far valere Seia – se è lei la convenuta – opponendo l'*exceptio doli* alla *rei vindicatio* dai figli di Tizio; infine, quale giudizio si celi dietro la dicitura – indubbiamente non genuina⁵⁶ – '*bonae fidei ... iudicio constituto*'.

Quanto al primo punto, sono state avanzate diverse soluzioni in dottrina. Secondo alcuni, Seia e Tizio avrebbero fatto ricorso a una o forse due *stipulationes*⁵⁷. Altri, più numerosi, hanno ritenuto si tratti di un'applicazione della *fiducia cum amico*, visto il combinarsi di un atto solenne di alienazione, un patto di restituzione condizionato al verificarsi di un certo evento e il riferimento ad un'azione di buona fede nel frammento (ricondotta all'*actio fiduciae*, menzione che i compilatori non potevano mantenere)⁵⁸. Non sono mancate poi voci che hanno negato trattarsi di *d.m.c.* – in ragione dell'assenza di un pericolo imminente per il donante⁵⁹ – o che hanno scorto un'ipotesi di contratto atipico, sanzionato tramite *actio praescriptis verbis*⁶⁰.

Tutti gli autori che hanno espresso le opinioni qui sommariamente raccolte sono giunti a simili conclusioni dando una particolare lettura soprattutto delle indicazioni concernenti la dinamica processuale che emerge dal passo.

Occorre dunque partire da questi spunti per tentare finalmente di proporre una soluzione al rompicapo costituito dal testo in esame.

1.3 La 'rei vindicatio' dei figli di Tizio: le opinioni della dottrina

La linea di pensiero prevalente in dottrina ritiene che l'azione cui fa riferimento il periodo '*igitur ... exceptio*' sia la *rei vindicatio* esperita dai figli di Tizio nei confronti di Seia, a cui questa '*non inutiliter*' avrebbe potuto opporre un'*exceptio doli*.

Invero, è stato pure ipotizzato che l'intera frase risalga all'età postclassica⁶¹. Non mancano, in effetti, indizi d'ordine formale che depongono in tal senso, come il riferimento al donatario non più come *Titius*, ma *Lucius Titius*⁶², ovvero

⁵⁶ Cfr. M. MARRONE, *Su rivendica*, cit., 213.

⁵⁷ F. HAYMANN, *Zur lex 42 pr.*, cit., 212 ss.

⁵⁸ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 449 ss.; M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 107 ss.

⁵⁹ Cfr. S. DI PAOLA, *'Donatio mortis causa'*, cit., 160 ss.: contro tale opinione si scaglia M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 108 ss., con argomentazioni condivise da U. ROBBE, *Diritto*, cit., 101.

⁶⁰ Così P. HECK, *Die 'fiducia cum amico contracta'*, cit., 135 ss., seguito da O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 570.

⁶¹ Cfr. P. KOSHAKER, *D. 39.6.42 pr.*, cit., 327; M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 107 ss.; U. ROBBE, *Diritto*, cit., 102, secondo cui «non ha alcun senso».

⁶² M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 114.

il congiuntivo presente '*vindicent*' al quale corrisponde nella seconda parte del periodo ipotetico l'indicativo futuro '*opponetur*'⁶³.

Tuttavia, il costrutto '*non inutiliter*' che ivi compare – e che potrebbe sembrare anch'esso frutto di un intervento postclassico – rappresenta una caratteristica tipica della lingua di Papiniano, il quale faceva ampio uso della litote, come rilevato dal Leipold e dal Costa⁶⁴. In particolare, quanto all'espressione *non (nec) inutiliter*, essa si ritrova in diversi frammenti tratti dai *libri responsorum e quaestionum* del giurista severiano⁶⁵ (in un caso, invero, è riportata da Paolo⁶⁶); al di fuori dei passi di Papiniano, tale costrutto risulta attestato, quanto all'ambito giuridico, soltanto in Venuleio⁶⁷.

Sicché, il periodo siffatto, più che costituire una glossa, mi pare sia il risultato di un raccorciamento dell'originale papiniano, del quale conserva alcune espressioni idiomatiche e riproduce quanto originariamente riferito⁶⁸. In quest'ottica, si tenga altresì conto del fatto che nel brano in esame, una volta presentato il contenuto dell'accordo tra Seia e Tizio, non si accenna affatto all'evento che, logicamente, precede i problemi di cui si propone la soluzione, ossia la premorienza di Tizio, con figli in vita, rispetto a Seia⁶⁹.

Va però rilevato che Mario Amelotti è propenso a ritenere il segmento in parola ('*igitur ... exceptio*') una glossa, anche in ragione del fatto che andrebbe ad interrompere, a suo dire, il filo logico della trattazione di Papiniano. Il giurista, presentato il caso, sarebbe passato ad illustrare l'ipotesi di Seia che agisce nei confronti degli eredi di Tizio per recuperare le *res* trasferite ('*bonae fidei autem iudicio constituto*'), disinteressandosi dell'ipotesi di questi ultimi che rivendicano tali beni nei confronti della prima⁷⁰. Questa affermazione, invero, presuppone – ed in effetti lo studioso è appunto orientato in tal senso – che quel giudizio di buona fede cui si allude nel terzo periodo del brano sia l'azione intentata da Seia

⁶³ M. AMELOTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 114.

⁶⁴ Cfr. H. LEIPOLD, *Ueber die Sprache*, cit., 59 s., secondo il quale: «Als papinianische Spezialität kennzeichnet sich die Wendung *non (nec) inutiliter*, die Papinian mit besonder Vorliebe wählt, ohne, wie es scheint, nennenswerte Nachahmung zu finden»; E. COSTA, *Papiniano*, I, cit., 325.

⁶⁵ Pap. 10 *resp.* D. 17.1.57; 11 *resp.* D. 22.1.9.1; D. 45.2.11 pr.; 19 *resp.* D. 50.15.5 pr.; 28 *quaest.* D. 21.2.66.2; 11 *quaest.* D. 26.7.37.1.

⁶⁶ Paul. *l.s. ad or. Sev.* D. 27.9.13.1.

⁶⁷ Ven. 15 *stip.* D. 46.8.8.1.

⁶⁸ Reputano genuino il riferimento all'*exceptio* F. HAYMANN, *Zur lex 42 pr.*, cit., 215 ss.; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 131, nt. 3; P. SIMONIUS, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 160; S. DI PAOLA, *'Donatio mortis causa'*, cit., 163 s.; P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 450; E. RODRÍGUEZ DÍAZ, *Algunos aspectos*, cit., 132; G. FINAZZI, *L'exceptio doli generalis*, cit., 214. In base a quanto detto, viene difficile valorizzare in maniera così importante, come fa D. RÜGER, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 57, la differenza temporale tra il periodo in parola e quello successivo per ipotizzare, tra l'altro, che la rivendica delle *res singulae* sia successiva (e solo potenziale) rispetto al giudizio di buona fede, già svoltosi, nell'ambito del quale Seia ha prestato la *cautio* chiesta dai figli di Tizio.

⁶⁹ Cfr. U. ROBBE, *Diritto*, cit., 102, anche se ritiene l'intero periodo insitico.

⁷⁰ Cfr. M. AMELOTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 107.

contro gli eredi di Tizio per sanzionare il loro obbligo di restituzione dei beni a suo tempo donati. Il che, tuttavia, non è affatto sicuro, come si avrà modo di vedere nelle prossime pagine.

Ben più significativo è un altro appunto sollevato dalla dottrina.

Molti autori non hanno nascosto le loro perplessità circa l'opportunità della scelta degli eredi di Tizio di agire in rivendica nei confronti di Seia⁷¹. Non solo, infatti, si tratta di un'iniziativa giudiziale esposta al pressoché sicuro fallimento⁷², ma risulta altresì difficile scorgere quale vantaggio essi cercassero di ottenere intentando tale azione.

La convenuta, innanzitutto, nel donare i beni a Tizio, aveva trattenuto per sé l'usufrutto degli stessi: sicché avrebbe facilmente respinto la domanda avversaria facendo valere la sua posizione di usufruttuaria (non cambia poi molto, dal punto di vista del risultato finale che qui interessa, se la costituzione dell'usufrutto fosse rilevante *iure civili* o soltanto *iure praetorio*). Inoltre, è impossibile che gli eredi di Tizio – seppur nudi proprietari di detti beni – non fossero al corrente delle incertezze di qualificazione giuridica in cui versava l'operazione economica posta in essere da Seia con il loro *de cuius* e padre: incertezze che riguardavano specificamente la validità dell'attribuzione nei loro confronti o, meglio, la clausola che li individuava come destinatari dei beni donati al loro avo nel caso di premorienza di Seia. A tal riguardo, inoltre, quest'ultima ben avrebbe potuto valorizzare il fatto che, come pattuito con Tizio, se questi fosse deceduto prima di lei i figli ed eredi dell'uomo avrebbe dovuto farle riavere la proprietà (*proprietas ad eam rediret*).

Per questo Matteo Marrone ha giustamente osservato⁷³ che sarebbe convenuto loro «non 'provocare' Seia e attendere in silenzio che, con la sua morte, l'usufrutto si estinguesse»⁷⁴, in modo da determinare l'automatica (ri)espansione del diritto dominicale facente loro capo.

Lo studioso, nel dichiarato intento di «battere altra strada», ha osservato che non sempre «la rivendica del nudo proprietario era improponibile *ipso iure*»⁷⁵. In particolare, valorizzando i risultati di alcune importanti ricerche condotte già a

⁷¹ Cfr. M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 114.

⁷² Cfr. M. MARRONE, *Su rivendica*, cit., 217.

⁷³ Ma prima di lui già W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 131; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 104.

⁷⁴ Cfr. M. MARRONE, *Su rivendica*, cit., 213, nt. 8. Non vi sono infatti dubbi che alla morte di Tizio l'usufrutto di Seia non si fosse estinto (v. M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese [Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001]*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 294, nt. 804): risulta pertanto incomprensibile l'affermazione di F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 154, secondo cui «Tizio muore e i suoi eredi intentano la *rei vindicatio* dei singoli beni, in quanto Seia ha il possesso come proprietaria, essendo l'usufrutto estinto».

⁷⁵ Cfr. M. MARRONE, *Su rivendica*, cit., 217.

partire dagli anni '60 del secolo scorso⁷⁶ sul problema della legittimazione passiva nella *rei vindicatio*⁷⁷, Marrone ravvisa nella vicenda che vede coinvolti Seia e gli eredi di Tizio proprio una di quelle ipotesi in cui, secondo la sua peculiare ricostruzione, il nudo proprietario poteva validamente rivendicare i beni detenuti dall'usufruttuario. A suo avviso, infatti, «nella fattispecie, è facile supporre che Seia, una volta premorto Tizio e sapendo di avere diritto al riacquisto della proprietà dei beni a suo tempo donati, avesse cominciato ad agire da padrona, magari negando agli eredi di Tizio – che vi avevano interesse – il libero accesso a questo o a quell'immobile. Ebbene, il fatto di esserne impediti configurava gli estremi di un vero e proprio spossessamento, e la rivendica – volta a ottenere che i beni gravati da usufrutto venissero 'consegnati' agli attori – sarebbe stata allora la sola azione petitoria pertinente»⁷⁸.

Ciò, inoltre, spiegherebbe anche perché la rivendica riguardi esclusivamente *singulae res* – ossia solo quelle per le quali erano stati posti in essere atti di spossessamento⁷⁹ – e, soprattutto, perché Seia opponga l'*exceptio doli* (e non soltanto la posizione di usufruttuaria) agli avversari. In questo modo, afferma Marrone, la stessa, quand'anche la pretesa degli attori si fosse rivelata *iure civili* fondata, avrebbe fatto valere l'obbligo gravante sugli stessi di restituirle ciò di cui pretendevano il possesso⁸⁰.

⁷⁶ Cfr. M. MARRONE, *La posizione possessoria del nudo proprietario*, in *AUPA*, XXVIII, 1961, 5 ss.; ID., *La legittimazione passiva alla 'rei vindicatio'*. *Corso di diritto romano*, Palermo, 1970, 61 ss.; ID., *Contributi in tema di legittimazione passiva alla 'rei vindicatio'*, in *Scritti di diritto romano*, I, Palermo, 2003, 183 ss. (già in *Studi in onore di G. Scherillo*, I, Milano, 1972, 341 ss.), 183 ss.; ID., voce *Rivendicazione*, cit., 17 ss.

⁷⁷ Argomento che, come è facile intuire, esorbita i limiti fissati alla presente ricerca e su cui vastissimo, e particolarmente acceso, è stato il dibattito in dottrina. Anche con specifico riguardo al rapporto tra nudo proprietario e usufruttuario, cfr., oltre ai lavori di Matteo Marrone citati alla nt. che precede (che contengono una preziosa raccolta della letteratura precedente), H. SIBER, *Die Passivlegitimation bei der 'rei vindicatio' als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, Leipzig, 1907, 11 ss.; O. LENEL, *Die Passivlegitimation bei der 'hereditas petitio'*, in *Gesammelte Schriften (1915-1932)*, IV, Napoli, 1992, 471 ss. (già in *ZSS*, XLV, 1926, 1 ss.); ID., *'Rei vindicatio' und 'actio ad exhibendum'*, in *Gesammelte Schriften (1902-1914)*, III, Napoli, 1991, 379 ss. (già in *Grünhuts Zeit.*, XXXVII, 1910, 1 ss.); M. KASER, *Recensione a M. MARRONE, La posizione*, cit., in *Iura*, XIII, 1962, 233 ss.; ID., *Das römische Privatrecht*, I, cit., 432 s.; ID., *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den 'actiones in rem'*, in *ZSS*, XCVIII, 1981, 90 ss.; M. TALAMANCA, *Osservazioni sulla legittimazione passiva nelle 'actiones in rem'*, in *SUC*, XLIII, 1964, 134 ss.; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Köln-Wien, 1973, 383 ss. (su cui M. TALAMANCA, *Recensione a F. PETERS, Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., in *Iura*, XXIV, 1973, 383 ss.); M. PENNITZ, *Der 'Enteignungsfall' im römischen Recht der Republik und des Prinzipats*, Köln-Weimar, 1991, 281 ss. Quanto all'ipotesi che i *prudentes* abbiano ricavato proprio dalla formulazione della clausola restitutoria i soggetti passivamente legittimati alle *actiones in rem*, v., da ultima, S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo' nelle formule del processo privato romano*, Napoli, 2012, 96 ss., con bibliografia.

⁷⁸ Così M. MARRONE, *Su rivendica*, cit., 221 s.

⁷⁹ Cfr. M. MARRONE, *Su rivendica*, cit., 222.

⁸⁰ Cfr. M. MARRONE, *Su rivendica*, cit., 222, il quale peraltro sottolinea come la soluzione si armonizzi anche con il caso in cui l'usufrutto non avesse avuto rilevanza *iure civili*.

Questa opzione ricostruttiva, tuttavia, impone di introdurre un elemento fattuale (il presunto 'spossessamento' di Seia) che non emerge – neppure dal punto di vista indiziario – dal testo.

Credo invece che una diversa soluzione possa essere prospettata, sia pur in parte lungo il sentiero tracciato dal Marrone. Ciò, anche in ragione del fatto che non risultano parimenti soddisfacenti pure quelle proposte ricostruttive che non riconoscono in Seia la convenuta della rivendica menzionata nel tratto in commento. Alludo, in primo luogo, alla tesi del Noordraven, secondo cui la *rei vindicatio* di cui parla Papiniano nel tratto *'igitur ... exceptio'* è quella esperita contro quei terzi che da Seia avevano acquistato i beni a titolo particolare⁸¹, e poi a quella del Rürger che – valorizzando anch'egli, come già lo studioso olandese, il fatto che il frammento d'interesse riguarda le disposizioni previste dalla *lex Falcidia*⁸² – ipotizza che attori e convenuti della rivendica siano, rispettivamente, gli eredi di Tizio e quelli di Seia⁸³.

⁸¹ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 106 ss., il quale inoltre sostiene che un processo tra Seia e i figli di Tizio vi sarebbe già stato, durante il quale la prima aveva concesso loro la *cautio* di cui si discute nel frammento. Rispetto a questa tesi, M. MARRONE, *Su rivendica*, cit., 215, nt. 12, ha notato come si tratti di un'ipotesi «ingegnosa ma inaccettabile», giacché «se così fosse, l'*exceptio doli* dovrebbe ritenersi fondata sul seguente, complesso e contorto ragionamento: i convenuti erano in realtà acquirenti *a non domino* ma, se gli attori avessero prima ritrasferito in proprietà i beni a Seia (così come obbligati), i convenuti li avrebbero acquistati da Seia tornata a essere proprietaria e ne sarebbero divenuti a loro volta proprietari, con la conseguenza che gli eredi di Tizio non sarebbero ora attivamente legittimati alla rivendica».

⁸² B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 107 s.; D. RÜGER, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 47. Sulla ricostruzione palinogenetica in parola, cfr. O. LENEL, *Palinogenesia*, I, cit., c. 939.

⁸³ D. RÜGER, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 44 ss. Per quanto riguarda questo punto di vista, basti notare che si fonda sull'assunto per cui, al momento in cui viene richiesto il parere a Papiniano, Seia aveva già prestato la *cautio* e, inoltre, che non era più in vita, giusta la frase finale *'muliere denique postea diem functa'* e i tempi verbali utilizzati nel passo. Tuttavia, non mi pare che gli elementi in grado di sostenere una simile congettura siano così affidabili, tenuto peraltro conto che sembra assai più probabile che il giurista severiano abbia voluto prendere in considerazione, per amor di completezza, le diverse possibilità che si potevano concretamente presentare nel caso sottoposto alla sua attenzione. Quanto ai tempi verbali adottati, si è già visto come il testo sia stato alterato e abbreviato da più mani e in più occasioni, risultando costellato di imprecisioni sintattiche: sicché mi pare avventato trarre da questi dati conclusioni così nette come fa lo studioso tedesco. Ad ogni buon conto, l'originale ricostruzione proposta da D. RÜGER, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 44 ss., si fonda inoltre sulla diversità di soggetti che le espressioni *'heredes Lucii Titii'*, contenuta nel secondo periodo del frammento, e *'filii'* o *'liberi Titii'*, di cui al terzo e ultimo segmento del brano, andrebbero ad individuare. Tuttavia, per sostenere una simile tesi, occorre che tali due gruppi di persone non coincidano, dovendo dunque essere necessario, alternativamente, che: Tizio abbia fatto testamento e istituito quali eredi soggetti diversi (o ulteriori) rispetto ai propri figli; ovvero che, in ipotesi di successione *ab intestato*, uno dei figli di Tizio sia a lui premorto lasciando dei discendenti, sì che questi possano prendendo il posto del padre nella chiamata ereditaria di Tizio. Di questi aspetti, tuttavia, il testo non solo non fa menzione, ma nemmeno contiene indizi in grado di suffragare l'ardita concezione del Rürger. Il tutto, a tacer dei dubbi che circondano l'attribuibilità a Papiniano dell'intero segmento *'igitur ... exceptio'*, nella sua attuale redazione, e non solo del ragionamento ad esso sotteso.

Ciò detto, onde fornire una differente chiave di lettura – già adombrata dal Robbe⁸⁴ – di questa parte del frammento, che finisce in pratica con il coinvolgere anche tutto il tratto successivo, occorre partire dall'unica ipotesi di cui serbano memoria le fonti circa una *rei vindicatio* esperita dal nudo proprietario nei confronti dell'usufruttuario: quella volta a ottenere la *cautio fructuaria*.

1.4 Un'ipotesi ricostruttiva: la rivendica esperita per ottenere la 'cautio fructuaria'

Da alcune fonti si apprende che il proprietario è legittimato ad agire tramite *rei vindicatio* nei confronti dell'usufruttuario (che ha la disponibilità materiale della *res*) per ottenere – sotto la minaccia della condanna al pagamento della *litis aestimatio* del bene oggetto di lite⁸⁵ – la prestazione della *cautio fructuaria*. Come noto, è questa una promessa – avente la forma della *stipulatio* e garantita da terzi (e, dunque, si tratta più precisamente di una *satisfactio*)⁸⁶ – con cui l'usufruttuario si impegna a godere della cosa *boni viri arbitrato*⁸⁷ e a restituirla all'estinguersi del *ius in re aliena* di cui è titolare⁸⁸.

Inizialmente imposta dal pretore nel solo caso di legato di usufrutto, tale *cautio* – comunque sempre volontariamente prestabile – venne ritenuta già dalla giurisprudenza d'età classica⁸⁹ come dovuta per tutte le altre specie di usufrutto, comunque costituito⁹⁰.

⁸⁴ Cfr. U. ROBBE, *Diritto*, cit., 102 s.

⁸⁵ Cfr. G. PAPA, *La 'replicatio'*, cit., 85 s.

⁸⁶ Su struttura e scopi della *cautio fructuaria*, cfr. A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*' e '*officium iudicis*', Milano, 1982, 216 ss., nonché TH. FINKENAUER, *Vererblichkeit*, cit., 294 ss.

⁸⁷ Per la nozione di *vir bonus* nella valutazione del contegno dell'usufruttuario, v. il lavoro di G. SANTUCCI, *Il giudizio del 'vir bonus' nel diritto di usufrutto*, in '*Vir bonus*'. *Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica. Incontro di studio (Trani, 28-29 ottobre 2011)*, Bari, 2013, 139 ss., con letteratura.

⁸⁸ Cfr. Ulp. 79 *ad ed.* D. 7.9.1 pr., nonché, in letteratura, G. BORTOLUCCI, *Studi critici e giuridici sul digesto*. II. *Sulla 'cautio fructuaria'*, in *BIDR*, XXI, 1909, cit., 125 ss.; G. PUGLIESE, voce *Usufrutto*, cit., 323; N. SCAPINI, voce *Usufrutto*, cit., 1094. Per la ricostruzione del suo tenore, v. O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*, cit., 538 s. (a cui si allinea D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova, 1999, 106); una parziale modifica di essa è proposta da F. BETANCOURT, *Sobra una pretendida 'actio' arbitraria contra el usufructuario*, in *AHDE*, XLIII, 1973, 382 s.

⁸⁹ Cfr. Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.1.13 pr., riprodotto *infra*, ove il giurista di Tiro specifica che si deve a Giuliano l'estensione della regola in tema di *cautio fructuaria* ad ogni ipotesi di costituzione di usufrutto (si v. anche Ulp. 79 *ad ed.* D. 7.9.1.2; 51 *ad ed.* D. 7.9.9 pr.-1). In letteratura, v. A. PALERMO, *Il procedimento cauzionale nel diritto romano*, Milano, 1942, 103; G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., 279; M. BRETONE, *La nozione*, I, cit., 112.

⁹⁰ Cfr. Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.1.13 pr.; 79 *ad ed.* D. 7.9.1.2. Cfr., a proposito, G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., 279; N. SCAPINI, voce *Usufrutto*, cit., 1094. Una costituzione di Alessandro Severo del 225 d.C., ora collocata in C. 6.54.7, sancì peraltro l'irrinunciabilità della stessa, probabilmente – stando a G. PUGLIESE, *Recensione a G. GROSSO, Usufrutto*, cit., in *BIDR*, LXII, 1959, 320 – valevole solo per il caso di «esonero dalla *cautio* disposto dal testatore a danno dell'erede o del legatario della nuda proprietà».

Orbene, uno dei testi in cui è ammesso un simile uso della *rei vindicatio* è il seguente, escerpito dal LXXIX libro del commentario di Ulpiano all'editto del pretore⁹¹:

Ulp. 79 *ad ed.* D. 7.9.7 pr.: *Si usus fructus nomine re tradita satisdatum non fuerit, Proculus ait posse heredem rem vindicare, et si obiciatur exceptio de re usus fructus nomine tradita, replicandum erit. quae sententia habet rationem: sed et ipsa stipulatio condici poterit.*

Il passo si apre prospettando il caso di una *res* già consegnata a titolo di usufrutto senza la prestazione della *cautio fructuaria* ('*si usus fructus nomine re tradita satisdatum non fuerit*').

In tale ipotesi – fa sapere il giurista di Tiro⁹² –, Proculo ammetteva l'esperibilità della *rei vindicatio* da parte dell'erede/nudo proprietario nei confronti dell'usufruttuario perché questi prestasse tale *cautio* (*Proculus ait posse heredem rem vindicare*)⁹³. Peraltro, qualora nell'ambito di tale giudizio quest'ultimo avesse sollevato l'*exceptio de re usus fructus nomine tradita* – ossia avesse eccepito che la cosa gli era stata consegnata a titolo di usufrutto –, l'attore ben avrebbe potuto reagire tramite una *replicatio* ('*et si obiciatur exceptio de re*

⁹¹ Ove, stando a O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 872 ss., il giurista di Tiro si occupa anche di *lex Falcidia*, oltre che di *cautio fructuaria*.

⁹² Non sono state sollevate serie critiche in ordine alla classicità di questa parte del brano: a riguardo cfr. TH. FINKENAUER, *Vererblichkeit*, cit., 294, nt. 5; A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 216 ss. Fa eccezione, come di consueto, G. VON BESELER, *Beiträge*, I, cit., 24, per il quale si salverebbero come genuine solo poche parole del testo pervenutoci (in particolare, non di *rei vindicatio*, bensì di *actio negatoria*, avrebbe parlato il giurista augusteo): si tratta di una posizione del tutto isolata, contro la quale v. G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., 280; ID., *In tema di 'cautio fructuaria'*, in *Scritti storico giuridici. II. Diritto privato, cose e diritti reali*, Torino, 2001, 173 (già in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, LXXII, 1936-1937, 58 ss.).

⁹³ Cfr. A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 216 s. Forse la prassi seguita dal pretore, in simili ipotesi, era quella di concedere un'*actio in factum*, come parrebbe possibile ipotizzare sulla scorta di Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.1.13.2 (anche grazie a quanto riporta Sch. 1 ad Bas. 16.1.13 [BS. III, 931. = Zach. *Suppl.* 70 = *Suppl.* cur. Miglietta 86], che conferma trattarsi di azione *in factum* e, stando alla lettura di Zachariae von Ligenthal, pure *arbitraria*): propendono per questa lettura, seppur con massima cautela (data la scarsità di informazioni delle fonti), G. PUGLIESE, *Usufrutto*, cit., 424 s.; ID., voce *Usufrutto*, cit., 323, nt. 1; M. BRETONE, *La nozione*, I, cit., 112. Secondo altri autori, invece, l'azione di cui tale testo serba memoria era esperibile contro l'usufruttuario che non avesse tenuto rispetto alla cosa un comportamento ritenuto conveniente (al di fuori dell'ambito applicativo di altre azioni, come quella nascente dalla *lex Aquilia*): in questo senso, O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 539; R. DE RUGGIERO, *Sulla 'cautio usufructuaria'*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, I, Milano, 1905, 77 ss. G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., 274 ss. A partire da questi spunti, G. BORTOLUCCI, *Studi*, II, cit., 115 ss., ha ipotizzato (anche sulla scorta di Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.2.9.5) l'esistenza di un'*actio prohibitoria* – inserita nell'Editto del pretore – con cui il nudo proprietario, qualora l'usufruttuario non avesse rispettato i limiti del *uti frui*, affermava il proprio diritto appunto a *uti frui prohibere*, incidendo così nell'esercizio del diritto di usufrutto (e non nella sua esistenza, che d'altronde non era contestata). Questa teoria, variamente criticata (v. per tutti G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., 275, con dottrina), non ha ricevuto seguito in dottrina. Sul testo, di recente è tornato P. HELLWEGE, *Die Erhaltung der Nießbrauchssache: Römisches Recht, gemeines Recht und schottische Recht*, in *TR*, LXXIX, 2011, 89 ss.

usus fructus nomine tradita, replicandum erit'). E ciò pare ad Ulpiano una soluzione ragionevole ('*quae sententia habet rationem*'), sebbene fosse pur sempre possibile utilizzare, ivi si legge, una *condictio* per pervenire al medesimo risultato.

In buona sostanza, Proculo riconosceva la possibilità per il pretore di concedere la *rei vindicatio* anche nei confronti di un soggetto (l'usufruttuario) che non era un vero e proprio possessore (e dunque non era legittimato passivo alla rivendica, secondo la regola generale vigente in materia)⁹⁴. Soggetto, peraltro, che «lungi dal contestare la proprietà dell'attore, suo dante causa, pretendeva di essere titolare di un *ius in re aliena* che aveva in essa la sua matrice»⁹⁵.

⁹⁴ Il suddetto principio è scolpito in Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.1.9, ove è enunciata la dottrina di Pegaso (seguito, in questo, da vari altri giuristi, detti '*quidam*') per cui la legittimazione passiva alla rivendica è limitata al possessore *ad interdicta* (con esclusione dunque del depositario, comodatario, locatario ecc.: ma è discusso se la teoria di Pegaso riguardi la rivendica del terzo contro il detentore *nomine alieno* ovvero anche quella del proprietario contro il detentore *nomine proprio*); tesi che Ulpiano pare avversasse, come si evince dal '*tamen*' che la introduce (cfr. M. MARRONE, *Contributi in tema di legittimazione passiva*, cit., 197) e, forse, anche dal contenuto della parte finale del passo, che sebbene ritoccato da mano bizantina potrebbe racchiudere (in parte) il pensiero del giurista severiano (non è invero accettabile nella sua completezza, giacché recita: '*puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse*'). Sul tema, cfr. ad esempio H. SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., 10 ss., secondo cui la dottrina pegasiana corrisponde a quanto previsto dal diritto più antico, in pratica riproducendo il regime vigente in tema di *legis actio sacramenti in rem* (ove ambedue le parti dovevano effettuare la propria *vindicatio* avanti al magistrato); M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*², Köln-Graz, 1956, 287 ss., il quale ritiene che la posizione di Pegaso risenta invece del regime previsto in tema di *agere per sponsionem*, sicché la rivendica ivi prospettata doveva essere preceduta dal compimento di una procedura interdittale; M. MARRONE, *La legittimazione*, cit., 165 ss.; ID., *La 'facultas restituendi' in D. 6.1.9 (Ulp. 16 'ad Edictum'): brevi note in materia di legittimazione passiva alla rivendica*, in *Scritti di diritto romano*, I, cit., 157 ss. (già in *Studi in onore di G. Scaduto*, III, Padova, 1970 157 ss.); ID., *Contributi in tema di legittimazione passiva*, cit., 196 ss., scettico circa la tesi del Siber e del Kaser e convinto che Pegaso abbia formulato la sua teoria limitando l'angolo di osservazione all'ipotesi del terzo che agisca contro detentori *nomine alieno* (impossibilitati dunque giuridicamente, sebbene non materialmente, alla restituzione); G. PROVERA, '*Indefensio*' e legittimazione passiva alla '*rei vindicatio*', in *Scritti giuridici* (www.ledonline.it/rivistadirittoromano/crittiprovera.html), ma già in *Studi in onore di G. Grosso*, VI, Torino, 1974, 207 ss., da cui si cita.

⁹⁵ Così G. PROVERA, '*Indefensio*', cit., 221; v. pure G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., 279 ss.; R. SANTORO, *Studi sulla 'condictio'*, in *AUPA*, XXXII, 1971, 196 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 390; N. SCAPINI, voce *Usufrutto*, cit., 1094; S. LONGO, *Alle radici dell'usufrutto di 'res quae usu consumuntur'*, in *Studi per G. Nicosia*, IV, Milano, 2007, 504; G. PAPA, *La 'replicatio'*, cit., 85; P. HELLWEGE, *Die Erhaltung*, cit., 87 s. Del resto, il *dominus* che avesse voluto agire contro l'usufruttuario avrebbe semmai dovuto far ricorso all'*actio negatoria* (cfr. sul punto A. BIGNARDI, '*De suo iure agere oportet*'. *Contributo allo studio di una 'regula iuris'*, Milano, 1992, 1 ss.). Tuttavia, in ragione del fatto che il nudo proprietario non contestava propriamente il *ius in re aliena* del convenuto – dal quale anzi pretendeva la *cautio* connessa ad esso –, il pretore avrebbe conseguentemente dovuto prenderne atto di ciò e denegare la relativa azione negatoria (cfr. G. PROVERA, '*Indefensio*', cit., 222). Sarebbe stato per ragioni di opportunità che Proculo, seguito da altri giuristi tra cui Ulpiano (cfr. M. MARRONE, *La posizione*, cit., 133; P. VOCI, '*Conditiones*' e possesso, in *SDHI*, LXXI, 2005, 21, e v. Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.1.9), ammise una deroga al regime ordinario in tema di legittimazione passiva alla *rei vindicatio*, esperibile in questo solo caso (per H. SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., 89, è questo l'*unus casus* menzionato in I. 4.6.2; v. anche ID., *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*. II.

Qualora, poi, il pretore avesse inserito nella formula l'*exceptio de re usus fructus nomine tradita*⁹⁶ del convenuto (con cui, in sostanza, questi chiedeva di essere assolto per avere egli ricevuto il bene in ragione dell'usufrutto che gli compete), l'attore avrebbe avuto gioco facile a neutralizzarla tramite una *replicatio doli*⁹⁷, concernente – il testo non è esplicito a riguardo, ma ad altro non credo sia possibile pensare – proprio la mancata prestazione della *cautio fructuaria*⁹⁸.

Il giudice chiamato a pronunciarsi su una simile controversia, una volta convintosi circa la fondatezza della richiesta dell'attore⁹⁹, avrebbe ordinato¹⁰⁰ al convenuto/usufruttuario di prestare la *cautio* sulla base dei poteri che gli erano attribuiti dalla clausola restitutoria (o *arbitratus de restituendo*)¹⁰¹ presente nella formula della *rei vindicatio*¹⁰².

Römisches Privatrecht, Berlin, 1928, 97, nt. 6) anche da parte un soggetto possessore contro chi non lo è (cfr. A. PALERMO, *Il procedimento*, cit., 104; G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., 280; G. PUGLIESE, *Recensione a G. GROSSO, Usufrutto*, cit., 319).

⁹⁶ Dal che si evince che la *rei vindicatio* è stata esercitata in pendenza di usufrutto: cfr. M. MARRONE, *La posizione*, cit., 131 ss.; R. SANTORO, *Studi sulla 'condictio'*, cit., 196, contro l'opinione di H. SIBER, *Römisches Recht*, II, cit., 96 s., che collega il testo in esame a I. 4.6.2: ... *sane uno casu qui possidet nihilo minus actoris partes obtinet, sicut in latioribus digestorum libris opportunius apparebit*. La dicitura '*usus fructus nomine re tradita*' è, per G. PUGLIESE, *Recensione a G. GROSSO, Usufrutto*, cit., 319, tutt'altro che classica.

⁹⁷ Cfr. M. MARRONE, *La posizione*, cit., 141; S. LONGO, *Alle radici*, cit., 504; G. PAPA, *La 'replicatio'*, cit., 89, che senza indugio parla di *replicatio doli generalis seu praesentis*.

⁹⁸ Cfr. G. PAPA, *La 'replicatio'*, cit., 85 ss.

⁹⁹ Dopo essersi espresso circa la sussistenza del diritto dell'attore (cd. *pronuntiatio*), tenendo conto di quanto riportato nell'*intentio*, nonché degli elementi inseriti nell'*exceptio* e nella *replicatio*, il *iudex* avrebbe emanato il *iussum de restituendo*, al quale il convenuto avrebbe dovuto adeguarsi onde evitare una sentenza di condanna a suo carico (cfr. M. KASER - K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 338 e nt. 22; M. TALAMANCA, voce *Processo*, cit., 66 e nt. 469; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 193; S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 190 ss.).

¹⁰⁰ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Processo*, cit., 66. Parlano invece di «invito» E. BETTI, *Diritto romano. I. Parte generale*, Padova, 1935, 542; M. MARRONE, *Sulla cd. 'pronuntiatio' del giudice delle azioni reali nel diritto romano*, in *Scritti giuridici*, II, cit., 737 (già in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offert à W. Wolodkiewicz*, I, Varsovie, 2000).

¹⁰¹ La presenza di tale clausola ampliava notevolmente l'*arbitrium* spettante al *iudex*, sì da articolare in modo abbastanza complesso il relativo *officium*: cfr. M. TALAMANCA, voce *Processo*, cit., 66, nonché l'analisi condotta da S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 59 ss. e 140 ss. Non a caso, le azioni arbitrarie vengono sovente accostate ai *iudicia bonae fidei*: cfr. Pap. 20 *quaest.* D. 22.1.3.1.

¹⁰² Nel caso di specie, la formula avrebbe presentato il seguente tenore: *intentio, exceptio (de re usus fructus nomine tradita), replicatio (doli), arbitratus de restituendo, condemnatio*. Non mi convince la ricostruzione suggerita da S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 1, nt. 2, secondo cui la clausola restitutoria avrebbe trovato collocazione, nella formula, immediatamente dopo l'*intentio* e prima delle eventuali *exceptiones* delle parti. Dato che il giudice, prima di emettere il *iussum de restituendo*, è tenuto a deliberare in ordine alla fondatezza del diritto dell'attore (cfr. M. TALAMANCA, voce *Processo*, cit., 66), egli dovrà altresì tener conto delle repliche del convenuto e delle controdeduzioni dell'attore, versate rispettivamente nelle *exceptiones* e *replicationes* reciproche: sicché mi sembra lecito ritenere che queste trovassero posto prima della clausola arbitraria (v. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 113). Appare dunque preferibile ritenere che il convenuto, qualora avesse prestato tale *cautio*, sarebbe andato incontro ad una sentenza di assoluzione per via dell'operare della clausola restitutoria inserita nella formula della

È significativo, a mio avviso, che Ulpiano – in un testo escerpito dal XVII dei suoi *libri ad Sabinum* – chiarisca come proprio attraverso l'*officium iudicis* il proprietario potesse ottenere quella *cautio fructuaria* che gli spettava¹⁰³.

Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.1.13 pr.: *Si cuius rei usus fructus legatus erit, dominus potest in ea re satisfactionem desiderare, ut officio iudicis hoc fiat: nam sicuti debet fructuarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate. Haec autem ad omnem usum fructum pertinere Iulianus libro trigensimo octavo digestorum probat ...*

Si noti che proprio in quest'occasione il giurista di Tiro sente il bisogno di rammentare come sia opera di Giuliano l'estensione ad ogni usufrutto (comunque costituito) della regola, in origine coniata per quello nascente da legato, circa la necessità della prestazione della *satisfatio* da parte del beneficiario a favore del nudo proprietario.

Tornando a D. 7.9.7 pr., preme osservare come l'ultima frase di esso ('*sed et ... poterit*') – ove si dà conto della possibilità di ottenere la *cautio* in parola tramite un'apposita *condictio* – mal celi la sua matrice compilatoria: aspetto su cui la dottrina è concorde¹⁰⁴.

rei vindicatio e non, come pensa ad esempio M. MARRONE, *La posizione*, cit., 141 s., in ragione del fatto che si sarebbe «tolto fondamento alla *replicatio*», cosicché «l'*exceptio*, di per sé fondata, avrebbe portato all'assoluzione, senza alcun ulteriore immediato sacrificio da parte del convenuto», con l'ulteriore conseguenza per cui «anche l'attore ne sarebbe rimasto soddisfatto, perché egli, in definitiva, ad altro non tendeva che alla prestazione della *cautio*». Trovo che depongano a favore di questa proposta i risultati della ricerca condotta da S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 194 ss., la quale, per un verso, non ritiene «corretto sostenere che le azioni munite di clausola restitutiva si dirige[ssero] primariamente a ottenere una restituzione in natura, piuttosto che la pronuncia di una sentenza che, in caso di soccombenza del convenuto, avrebbe avuto un contenuto necessariamente in denaro», per un altro verso, sottolinea come debba tenersi «concettualmente distinto lo 'scopo' dell'azione, che indubbiamente era quello di tutelare il diritto reale rispetto alle ingerenze di altri soggetti, dagli esiti che il giudizio intentato dall'attore avrebbe potuto sortire». In quest'ottica, dunque, la *restitutio* «non coincideva con il primo, ma rientrava invece tra i secondi, ponendosi come un risultato auspicabile secondo l'ordinamento», e lo *iussum* del giudice costituiva «una sorta di proposta rivolta al convenuto, contenente la condizioni cui sottostava l'emissione di una sentenza di assoluzione». G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., 406, è esplicito nel riconnettere – nell'ipotesi contemplata in D. 7.9.7 pr. e in 7.9.12, su cui v. *infra* – la prestazione della *cautio* o la restituzione della *res* alla *restitutio*.

¹⁰³ Partendo da questo testo, e pur in una prospettiva opposta rispetto a quella presentata, G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., 282 s., avanza l'ipotesi secondo cui «pure attraverso esitazioni, dubbi, divergenze, già nel diritto classico si possa essere giunti a questo risultato [imposizione della *cautio* a carico dell'usufruttuario] per il tramite della *restitutio*: anche senza la formale opposizione di un'*exceptio*, il *iussum restituendi* veniva subordinato alla prestazione della *cautio*».

¹⁰⁴ Cfr. G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., 279; M. MARRONE, *La posizione*, cit., 143, nt. 27; R. SANTORO, *Studi sulla 'condictio'*, cit., 195 s. e nt. 13; A. SACCOCCIO, '*Si certum petetur*'. Dalla '*condictio*' dei '*veteres*' alle '*condictiones*' giustinianee, Milano, 2002, 186 s. Reputa invece genuino anche tale segmento del brano F. TRAMPEDACH, *Die 'condictio incerti'*, in ZSS, XVII, 1896, 145 s. Va detto che se già al tempo di Proculo (cfr. W. KUNKEL, *Herkunft*, cit., 123 ss.) o, al più a quello di Ulpiano, fosse stato possibile agire per ottenere la *cautio fructuaria* mediante un'apposita *condictio*, viene impossibile, da un lato, spiegare perché il giurista augusteo abbia ritenuto di dover

Ciò detto, si possono scorgere tracce di quest'uso della *rei vindicatio* per ottenere la prestazione della *cautio fructuaria* anche nel seguente brano di Ulpiano, tratto ancora dal XVIII libro *ad Sabinum* e collocato in D. 7.9.12¹⁰⁵.

Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.9.12: *Si vasorum ipsorum usus fructus relictus sit, non erit cautio senatus consulti necessaria, sed illa sola 'boni viri arbitrato usurum fruiturum'. si igitur tradita sunt fruendi causa, nemo dubitat non fieri eius qui accepit: non enim ideo traduntur, ut dominium recedat ab eo qui tradit, sed ut utatur fruatur legatarius. ergo cum non fiant fructuarii vasa, vindicari a proprietario possunt cautione non data. videndum est de conditione, an possit locum habere: et proditum est neminem rem suam nisi furi condicere posse.*

Dalla lettura del testo si apprende che, se è stato lasciato un legato di usufrutto concernente dei *vasa*, l'onorato non è tenuto a prestare la *cautio ex senatusconsulto*¹⁰⁶, bensì quella 'boni viri arbitrato usurum fruiturum'. Infatti, se

affermare l'esperibilità, in una simile ipotesi, della *rei vindicatio* e, dall'altro lato, è parimenti arduo giustificare le menzioni di (e l'adesione a) tale *sententia* ad opera del giureconsulto di Tiro. Ragioni tutte che inducono a sposare senz'altro la tesi di chi, come di recente A. SACCOCCIO, 'Si certum petetur', cit., 187, ritiene che la *condictio cautionis* sia un istituto creato dai compilatori «ma verosimilmente estraneo allo strumentario di un giurista classico». La dottrina è concorde sul punto: v., ad esempio, oltre a quella raccolta da Saccoccio (p. 185, nt. 34), A. PALERMO, *Il procedimento*, cit., 104; G. GROSSO, *Sul quasi usufrutto*, in *Scritti storico giuridici*, II, cit., 135 (già in *BIDR*, XLII, 1934, 237 ss.); C. SANFILIPPO, *Note esegetiche in tema di usufrutto*, in *BIDR*, VIII-IX, 1947, 69; F. SCHWARZ, *Die Grundlage der 'condictio' im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln, 1952, 271 s.; M. BRETONE, *La nozione*, I, cit., 113, nt. 75; R. SANTORO, *Studi sulla 'condictio'*, cit., 192 s.; G. PROVERA, 'Indefensio', cit., 221. Contra P. VOGLI, 'Conditiones', cit., 19 s. e nt. 22, secondo cui tale soluzione si può far risalire a Pomponio (la cui opinione è riferita in Ulp. 79 *ad ed.* D. 35.3.3.10, su cui v. *infra*), che, seppur incontrando l'avversione da parte di Giuliano, prevalse.

¹⁰⁵ Il frammento in parola faceva originariamente parte di una trattazione più ampia dedicata ai presupposti di esperibilità della *condictio*. Il discorso di Ulpiano è stato diviso dai compilatori giustinianei in sede di composizione dei *Digesta* e, a causa dei ritagli apportati, ci è giunto incompleto. Secondo la ricostruzione di O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 1075 (seguito, tra gli altri, da A. SACCOCCIO, 'Si certum petetur', cit., 100 ss.; P. VOGLI, 'Conditiones', cit., 18 ss.), tale trattazione ricomprende i seguenti passi: D. 7.5.5.1; 7.9.12; 12.5.6; 13.1.1; 13.3.2, i quali si sviluppavano in origine secondo quest'ordine. Non è invero mancato chi ha espresso una diversa posizione, come J. VON KOSCHEMBAR-LYSKOWSKI, *Die 'condictio' als Bereicherungsklage im römischen Recht*, I, Weimar, 1903, 55, nt. 2; H.H. PFLÜGER, 'Condictio ex iniusta causa', in *ZSS*, XXXII, 1911, 175; R. SANTORO, *Studi sulla 'condictio'*, cit., 198, nt. 19; F. SCHWARZ, *Die Grundlage*, cit., 276; S. HÄNCHEN, *Sab.-Ulp. D. 12.5.6 und die 'condictio ex iniusta causa'*, in *ZSS*, CXXI, 2004, 393, i quali ritengono che i primi tre testi della catena devono disporsi in questa successione D. 7.5.5.1; 12.5.6; 7.9.12.

¹⁰⁶ Quella promessa di restituire il *tantundem* ricevuto che venne imposta da un senatoconsulto della prima età imperiale (cfr. S. LONGO, *Alle radici*, cit., 478 s. e nt. 4) al legatario di usufrutto di un intero patrimonio, comprendente dunque anche *res quae in usu consumuntur*. Controcorrente rispetto all'opinione dominante in ordine alla datazione dell'intervento si colloca soltanto G. CRIFÒ, *Il suicidio di Cocceio Nerva 'pater' e i suoi riflessi sul problema del quasi usufrutto*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, I, Milano, 1972, 427 ss.; ID., *Studi sul quasi-usufrutto romano. I. Problemi di datazione*, Padova, 1997, secondo cui il *senatusconsultum* in parola sarebbe stato introdotto all'età di Cesare (suscitando le critiche di F. GALLO, *Recensione a G. CRIFÒ, Studi*, I, cit., in *Iura*,

anche detti beni sono stati consegnati al beneficiario per essere utilizzati, non si dubita affatto che un passaggio di proprietà a favore di quest'ultimo non si sia realizzato ('*si igitur tradita sunt fruendi causa, nemo dubitat non fieri eius qui accepit: non enim ideo traduntur, ut dominium recedat ab eo qui tradit, sed ut utatur fruatur legatarius*'). Dunque, visto che tali beni non diventano dell'usufruttuario, potranno essere rivendicati dal vero proprietario, qualora l'onorato manchi di prestare la *cautio fructuaria* ('*ergo cum non fiant fructuarii vasa, vindicari a proprietario possunt cautione non data*').

Il passo si chiude con l'interrogativo circa l'esperibilità, in suddetta ipotesi, anche di un'azione personale di ripetizione contro il legatario. Questa possibilità, tuttavia, viene esclusa da Ulpiano perché, secondo la regola tradizionale, nessuno può agire per la restituzione di una cosa propria, salvo che agisca nei confronti del ladro ('*neminem rem suam nisi furi condicere posse*').

Non è questa la sede per addentrarsi nel groviglio di questioni che solleva il testo, o nel rapporto che lo lega a Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.5.1, brano che nell'originale trattazione ulpiana precedeva, secondo il Lenel¹⁰⁷, proprio D. 7.9.12¹⁰⁸.

XXVIII, 1977, 236 s.). Secondo S. LONGO, *Alle radici*, cit., 484 ss. – autrice che si colloca sulla scia di G. GROSSO, *Sul quasi usufrutto*, cit., 138 ss.; ID., *Usufrutto*, cit., 411 ss. –, l'intervento del senato non si limitò a stabilire la validità dei legati di usufrutto sull'intero patrimonio del *de cuius* o su una quota di esso (v. Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.1; 7.5.3; Paul. 3 *ad Sab.* D. 33.2.1; Pomp. 5 *ad Sab.* D. 35.2.69), ma in senso più ampio anche di legati di usufrutto di *res quae usu consumuntur* (l'autrice trae questa convinzione principalmente da Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 7.5.7; Paul. 1 *ad Ner.* D. 7.5.9; Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.11; Vat. Fragm. 46; I. 2.4.2). Per M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 466, invece, sarebbero stati i *prudentes* d'età classica ad estendere la regola dettata dal senatoconsulto per l'usufrutto generale a fattispecie diverse da quest'ultima. Si rammenti, infatti, che oggetto di usufrutto possono essere solo beni inconsumabili, anche deteriorabili (onde se ne preservi la *substantia*: Paul. 3 *ad Vitell.* D. 7.1.1; v. inoltre I. 2.4.2; Tit. Ulp. 24.26): sicché, prima del senatoconsulto in parola – si apprende da Cic. *top.* 3.17 – i legati di usufrutto dell'intero patrimonio avevano un'efficacia soltanto 'parziale', limitata cioè alle cose inconsumabili. Sul contenuto della *cautio senatusconsulti* (e sui rapporti con la *cautio fructuaria*), cfr. M. SALAZAR REVUELTA, *Sobre el régimen jurídico del usufructo de cosas 'quae usu consumuntur': particular importancia de la 'cautio ex senatus consulto'*, in *SDHI*, LXV, 118 ss., e S. LONGO, *Alle radici*, cit., 514 ss., per fonti e dottrina; R. LA ROSA, *Ricerche sul quasi-usufrutto nel diritto romano*, Torino, 2012.

¹⁰⁷ O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 1075.

¹⁰⁸ Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.5.5.1: *Si pecuniae sit usus fructus legatus vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, nec cautio interveniat, videndum, finito usu fructu an pecunia quae data sit, vel ceterae res, quae in absumptione sunt, condici possint. sed si quidem adhuc constante usu fructu cautionem quis velit condicere, dici potest omissam cautionem posse condici incerti conditione: sed si finito usu fructu ipsam quantitatem, Sabinus putat posse condici: quam sententiam et Celsus libro octavo decimo digestorum probat: quae mihi non inarguta videtur.* Nel tratto riprodotto il giurista severiano è impegnato ad individuare quali rimedi spettino all'erede nei confronti del legatario di usufrutto di *pecuniae*, già consegnateli pur non avendo ancora prestato la *cautio sanatusconsulti*. In una simile evenienza, si legge nel passo, all'erede sarebbe spettata, al termine dell'usufrutto ('*finito usu fructu*'), una *condictio* per la ripetizione della somma data all'onorato, nonché – già in costanza del rapporto – una *condictio* volta a ottenere la prestazione della *satisfactio* imposta dal senatoconsulto. In D. 7.9.12, Ulpiano, onde chiarire – per contrasto – quanto aveva appena

Ciò che qui più interessa è il periodo 'ergo cum non fiant fructuarii vasa, vindicari a proprietario possunt cautione non data', da cui parrebbe emergere l'esperibilità della *rei vindicatio* da parte del proprietario, in costanza di usufrutto, proprio per costringere il beneficiario a prestare la *cautio fructuaria* tesa alla restituzione dei *vasa*¹⁰⁹.

illustrato, solleva la medesima questione (a quali strumenti poteva far ricorso l'onere nei confronti del legatario di usufrutto, che disponeva delle *res* senza aver prestato alcuna *cautio*) con riguardo all'ipotesi (invero ordinaria) di un usufrutto di beni inconsumabili, quali alcuni vasi. Il giurista di Tiro, tuttavia, non allude a generici *vasa*, bensì a *ipsa vasa* ('*vasorum ipsorum usus fructus*'), ossia – viene lecito pensare, in linea con P. VOICI, 'Conditiones', cit., 20 – a quegli 'stessi' recipienti delle monete lasciate in usufrutto al legatario e che erano stati consegnati (perché ne fruisse, giusta la volontà del testatore) a quest'ultimo unitamente al loro prezioso contenuto. Diversa l'opinione di R. SANTORO, *Studi sulla 'condictio'*, cit., 228, nt. 90, e di M. KASER, *Recensione* a M. MARRONE, *La posizione*, cit., 235, nt. 6: secondo questi studiosi, tra i due brani analizzati (D. 7.5.5.1 e D. 7.9.12) – oltre a D. 12.5.6. – avrebbe trovato posto un discorso in cui Ulpiano si occupava dell'usufrutto del contenuto (diverso dalle monete) dei vasi poi citati in D. 7.9.12. Viene facile pensare che nella prassi fosse tutt'altro che infrequente che il *de cuius*, per individuare il *quantum* delle *pecuniae* attribuite in usufrutto tramite legato, anziché specificare una somma precisa di denaro facente parte del proprio patrimonio, indicasse il recipiente e quanto in esso contenuto. Nei due testi, Ulpiano sembra dunque posare lo sguardo su un'unica vicenda per evidenziare le soluzioni differenti a cui le costruzioni dogmatiche dell'usufrutto, del quasi usufrutto e delle relative *cautiones* dovevano condurre, specialmente in ordine all'esperibilità della *condictio* da parte dell'erede. Per questo non mi convince fino in fondo la spiegazione che R. SANTORO, *Studi sulla 'condictio'*, cit., 228 ss., dà in ordine alle ragioni per cui Ulpiano, pur occupandosi di vasi (ossia di beni propriamente inconsumabili), «abbia voluto considerare, sia pure per escluderla immediatamente, l'eventualità che occorresse la *cautio senatus consulti*»: lo studioso palermitano imputa tale bisogno di far chiarezza del giurista di Tiro al fatto che i *vasa*, seppur non consumabili, sono «suscettibili di facile consumazione» (così a p. 229), ma credo che in realtà l'esigenza sentita da Ulpiano riguardi in qualche modo l'apparente assurdità del caso in cui, legato l'usufrutto di alcuni vasi e del loro contenuto in monete, l'erede avrebbe potuto, del tutto legittimamente, pretendere dal legatario – prima di consegnarli tale *res* – tanto la prestazione della *cautio ex senatusconsulto*, quanto della *cautio fructuaria*, ovvero agire nei suoi confronti (con *condictio* o *rei vindicatio*) qualora una o entrambe fossero state omesse.

¹⁰⁹ Invero, la dottrina ha letto in diversi modi questo tratto. Secondo M. MARRONE, *La posizione*, cit., 135 (seguito da S. LONGO, *Alle radici*, cit., 502) la *rei vindicatio* menzionata non è quella esperibile dal nudo proprietario in costanza di usufrutto per ottenere la *cautio* pretoria, ma quella esercitabile al termine del rapporto per riavere la *res*. Un differente punto di vista è sostenuto, tra gli altri da, H. SIBER, *Die Passivlegitimation*, cit., 89; ID., *Römisches Recht*, cit., II, 97, nt. 6); G. GROSSO, *Sul quasi usufrutto*, cit., 135 ss.; ID., *Usufrutto*, cit., 280 ss., i quali ritengono che pure nel passo in esame – al pari di D. 7.9.7 pr. – la *rei vindicatio* servisse al proprietario, in costanza di usufrutto, per costringere il beneficiario a prestare la *cautio fructuaria*. Ma se per il primo – seguito in questo da P. VOICI, 'Conditiones', cit., 21 – ciò rappresenta una deroga (invero l'unica) al principio vigente in tema di legittimazione passiva alla rivendica (esperibile contro un detentore, quale l'usufruttuario, da parte di un possessore, quale il nudo proprietario: cfr. Gai 2.93; Vat. Fragm. 90), per Grosso tale regola non ne risulta intaccata, convinto com'è che la giurisprudenza classica non trattasse come usufruttuario colui che, pur titolare di tale diritto, non avesse prestato la *cautio* imposta dal pretore. Si tenga altresì presente che – stando a Giuliano (di cui riporta il pensiero Ulp. 14 *ad ed.* D. 10.4.5.1) – l'usufruttuario poteva essere convenuto dal nudo proprietario tramite *actio ad exhibendum*: azione civile, *in personam* e arbitraria che sanzionava l'obbligo di esibire una cosa mobile. La sua origine è strettamente connessa con il più antico sistema di rivendica vigente a Roma – in cui la presenza *in iure* della *res* era indispensabile (cfr. M. TALAMANCA, voce 'Actio ad exhibendum', in *Noviss. dig. it.*, I.1, Torino, 1957, 255) –, ma per

Simili le considerazioni che si possono trarre dalla lettura di un altro testo di Ulpiano:

Ulp. 51 *ad ed.* D. 7.9.9.1: *Illud sciendum est sive iure ipso quis usum fructum habet sive etiam per tuitionem praetoris, nihilo minus cogendum esse fructuarium cavere aut actiones suscipere.*

Il passo si presenta di piana comprensione, giacché il giurista severiano specifica che tanto nel caso in cui l'usufrutto abbia pieni effetti per il *ius civile* ('*sive iure ipso quis usum fructum habet*'), quanto nell'ipotesi in cui la tutela sia accordata dal pretore ('*sive etiam per tuitionem praetoris*')¹¹⁰, l'usufruttario può essere costretto a prestare la *cautio fructuaria*, dovendo altrimenti sopportare le '*actiones*' all'uopo previste ('*nihilo minus cogendum esse fructuarium cavere aut actiones suscipere*'). Ossia, pare lecito supporre con riguardo al diritto giustiniano, la *rei vindicatio* e la *condictio cautionis*.

Il lungo discorso sin qui condotto getta nuova luce sul testo di Papiniano da cui si sono prese le mosse.

1.5 Lo scopo della rivendica dei figli di Tizio

Calando i risultati raggiunti al caso di specie, si può ipotizzare che gli eredi di Tizio abbiano agito nei confronti di Seia non tanto per ottenere la disponibilità materiale delle *res*, di cui la donna conservava l'usufrutto, ma – partendo dal presupposto che la seconda *d.m.c.* fosse valida¹¹¹ – per ricevere dalla donna la *cautio fructuaria*¹¹², a garanzia tanto del dovere di usare le cose e di percepirne i

tutto il periodo classico conserva la «funzione essenziale ... di rimedio contro chi, convenuto con *actio in rem* relativa a mobili, rifiuti di *rem defendere*, o in generale contro chi, col proprio comportamento, renda impossibile l'esercizio dell'azione reale», in quanto «all'esibizione della cosa consegue, da parte dell'attore, la possibilità di ottenere il possesso o, quanto meno, di esperire l'azione reale» (così A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 592). Il legame con le azioni reali, e in particolare con la *rei vindicatio*, si riflette sul regime di legittimazione all'*actio ad exhibendum*, che ricalca – sia pur allargandone un poco i confini – quello delle prime (cfr. M. MARRONE, '*Actio ad exhibendum*', in *AUPA*, XXVI, 1957, 285 ss., su cui v. M. TALAMANCA, *Recensione a M. MARRONE, 'Actio ad exhibendum'*, cit., in *Iura*, X.2, 1959, 268 ss.). Pertanto, credo suffraghi la fondatezza di quanto affermato il fatto che Giuliano – il cui pensiero Ulpiano pare condividere, non risultando prese di posizione in senso contrario nello squarcio del commentario all'editto del pretore da cui è tratto il passo riprodotto – ammetta appunto che il nudo proprietario potesse agire per l'esibizione contro l'usufruttuario. Cfr., sul punto, M. MARRONE, *La posizione*, cit., 37 ss., mentre in generale sull'*actio ad exhibendum*, cfr. J. BURILLO, *Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum' en derecho clasico*, in *SDHI*, XXVI, 1960, 213 ss.; ID., *Caracter arbitrario de la accion 'exhibitoria'*, in *AHDE*, XXXI, 1961, 419 ss.; M. LEMOSSE, '*Ad exhibendum*', in *Iura*, XXXIV, 1983, 71.

¹¹⁰ Cfr. TH. FINKENAUER, *Vererblichkeit*, cit., 343.

¹¹¹ Cfr. U. ROBBE, *Diritto*, cit., 103.

¹¹² Cfr. U. ROBBE, *Diritto*, cit., 103. Si consideri, peraltro, che in presenza di comproprietari la *cautio* veniva prestata *pro rata dominii*: cfr. Ulp. 18 *ad Sab.* D. 7.1.13 pr.; 51 *ad ed.* D. 7.9.9.4.

frutti secondo l'*arbitrium boni viri*, quanto (e soprattutto) di restituirle¹¹³ all'estinguersi dell'usufrutto¹¹⁴.

Vale la pena soffermarsi sui vantaggi che i figli di Tizio avrebbero tratto da una simile promessa, tali da indurli evidentemente ad agire nei confronti di Seia.

Da come si presenta la vicenda, i doveri concernenti le modalità di utilizzazione delle *res* secondo gli standard del *bonus vir* mi paiono finire nettamente in secondo piano rispetto all'obbligo restitutorio che, con la *cautio* di cui si discute, viene notevolmente rafforzato. Tramite questa promessa, infatti, i figli di Tizio avrebbero potuto agire non solo mediante *rei vindicatio* nei confronti degli eredi di Seia (che delle *res* avessero avuto la disponibilità materiale), ma, tramite *actio in personam (ex stipulatu)*, per la precisione), ancora verso gli stessi, per essere subentrati in tutti i rapporti del *de cuius* (e dunque anche in quelli discendenti dalla *cautio* prestata¹¹⁵), ma pure nei confronti degli altri garanti, giacché la *cautio fructuaria* è, per l'appunto, resa tramite *satisdatio*.

Sicché, oltre all'indubbio vantaggio di ordine processuale – rilevante particolarmente sotto il profilo probatorio –, i figli di Tizio avrebbero potuto 'aggirare' il problema concernente la possibile invalidità della clausola con cui Seia aveva riservato a costoro i beni donati al loro padre, nel caso fossero stati in vita alla morte di lei. Inoltre, come ebbe modo di scrivere Ubaldo Robbe, i figli di Tizio «con la *cautio usufructuaria* ottenevano implicitamente da parte di Seia il riconoscimento che i beni – da questa a loro donati – erano in 'nuda' proprietà di loro stessi»¹¹⁶.

Con il che, si superano i dubbi espressi in dottrina circa l'utilità di questa azione di rivendica.

¹¹³ Non si trattava di una promessa di *dare rem*, bensì di un *facere*, come non manca di notare già Ulp. 79 *ad ed.* D. 7.9.1.7: *Sed quod diximus id quod inde exstabit restitutu iri, non ipsam rem stipulatur proprietarius (inutiliter enim rem suam stipulari videretur), sed stipulatur restitutu iri quod inde exstabit. Interdum autem inerit proprietatis aestimatio, si forte fructuarius, cum possit usucapionem interpellare, neglexit: omnem enim rei curam suscipit.*

¹¹⁴ Coincidente con la morte di Seia, da qui il riferimento al '*cum moreretur*' di quest'ultima. Non credo che la non identità tra questa dicitura e l'analogo tratto della formula della *cautio fructuaria*, sì come ricostruita sulla scorta di Ulp. 79 *ad ed.* D. 7.9.1 pr. da O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*, cit., 538 s. – ove compare l'espressione '*cum usus fructus ad te pertinere desinet*' –, infici la proposta ricostruttiva qui avanzata. Innanzitutto, si tenga presente che nel frammento in esame l'unico interesse di Papiniano era di far risaltare l'identità tra la (seconda) *d.m.c.* conclusa da Seia con Tizio e la promessa resa in forma di *cautio* ai figli di quest'ultimo. In secondo luogo, credo non sia un dettaglio di poco momento quello per cui, sia pur con riferimento all'usufrutto di cose consumabili, Ulpiano specificò che la *cautio* relativa (*ex senatusconsulto*), dovesse contenere la formula '*cum morieris aut capite minueris*' (cfr. Ulp. 79 *ad ed.* D. 7.9.7.1), contenuta in quella della *cautio fructuaria*, sempre come si apprende dalle parole del giurista di Tiro (Ulp. 79 *ad ed.* D. 7.9.3 pr.). Sul punto, v. TH. FINKENAUER, *Vererblichkeit*, cit., 295.

¹¹⁵ Come rammenta TH. FINKENAUER, *Vererblichkeit*, cit., 310, «die prätorischen Stipulationen waren ... in klassischer Zeit vererblich»: il che, per la *cautio fructuaria* – ove non è fatta menzione degli eredi – dipende dalla forma passiva di '*restitui*'.

¹¹⁶ Cfr. U. ROBBE, *Diritto*, cit., 103.

Peraltro, la possibile linea difensiva di Seia prospettata da Papiniano (*exceptio doli*), se raffrontata a quanto detto circa la dialettica processuale in D. 7.9.7 pr. tra le parti, conferma io credo la bontà di quanto si va dicendo.

Non accedendo alla ricostruzione testé prospettata – e dunque ritenendo che la *rei vindicatio* esperita dai figli ed eredi di Tizio sia diretta non tanto ad ottenere la *cautio fructuaria* da Seia, ma la disponibilità delle *res* donate –, infatti, viene difficile spiegare perché sarebbe stato più vantaggioso per la convenuta sollevare un'*exceptio doli* anziché opporre la sua condizione di usufruttuaria.

Un tentativo per venire a capo di questo problema giunge da coloro che ricavano nell'*'usum fructum sibi recepit'* la conseguenza per cui l'usufrutto non è stato costituito *iure civili*, ma solo *iure honorario*. Il che farebbe sorgere la necessità di sollevare un'*exceptio doli* per farlo valere¹¹⁷. Ma si è già avuto modo di indugiare, al par. 1.1, in ordine alla non persuasività di questa ricostruzione.

Altri¹¹⁸ hanno invece giustificato tale circostanza reputando doloso il contegno dei figli del donatario, che pretendono qualcosa che invece sono obbligati a restituire – giusta la premorienza di Tizio rispetto a Seia –, secondo il ben noto adagio paolino per cui *'dolo facit, qui petit quod redditurus est'*¹¹⁹.

Ritengo tuttavia che la scelta difensiva di Seia di denunciare il dolo di controparte meglio si spieghi accettando la ricostruzione per cui gli eredi l'hanno evocata in giudizio per ottenere specificamente la prestazione di una *cautio fructuaria*¹²⁰.

Si ricordi la dialettica *exceptio-replicatio* già vista in D. 7.9.7 pr., in cui il nudo proprietario che agiva per ottenere la *cautio* contro l'usufruttuario già nella disponibilità della *res* poteva vedersi opposta l'*exceptio de re usus fructus nomine tradita*. Con tale eccezione il convenuto faceva valere il fatto che era usufruttuario e che aveva ricevuto il bene in base a tale titolo. A tale difesa l'attore avrebbe potuto reagire tramite *replicatio doli*, opponendo la mancata prestazione della *satisfactio*.

Tale dinamica processuale, tuttavia, aveva senso nell'ipotesi di un erede onerato che, per l'appunto, effettuava la *traditio* della *res* al legatario di usufrutto, ma non se l'usufruttuario trasferiva la titolarità del bene trattenendo l'usufrutto presso di sé: in tal caso, infatti, nessuna *traditio* veniva compiuta.

¹¹⁷ Cfr. P. VOICI, *Diritto ereditario*, II, cit., 449 ss.

¹¹⁸ Cfr. M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 109; P. SIMONIUS, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 160.

¹¹⁹ Paul. 6 ad Plaut. D. 44.4.8 pr. (=D. 50.17.173).

¹²⁰ Per S. DI PAOLA, *'Donatio mortis causa'*, cit., 163, gli eredi avrebbero invece agito con la *rei vindicatio* facendosi forza del principio per cui *'obligatio ab heredis persona incipere non potest'*, scolpito da Gai 2.232; 3.100 (ma v. le contro argomentazioni di M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 118 s.). Su tale regola, ad ogni modo, v. tra i molti P. VOICI, *Diritto ereditario*, I, cit., 250 ss.; TH. FINKENAUER, *Vererblichkeit*, cit., 16 ss.

Ecco, forse, perché Seia è costretta a far valere il proprio titolo con tale eccezione.

A supporto di questa proposta ricostruttiva, si può considerare una vicenda a tratti analoga a quella esaminata. Essa si incontra in un testo – peraltro sospettato di pesanti rimaneggiamenti, che però non intaccano la ricostruzione qui avanzata¹²¹ – tratto dal sedicesimo dei *libri digestorum* di Marcello.

Marcell. 16 dig. D. 31.26: *Is, cuius in servo proprietas erat, fructuario herede instituto alicui eum servum legavit. Non potest heres doli mali exceptione uti, si legatarius vindicare servum vellet non relicto heredi usu fructu.*

Il caso prospettato vede il proprietario di uno schiavo che istituisce proprio erede l'usufruttuario dello stesso, legando al contempo detto cespide ad un terzo. Il problema sorge nel momento in cui l'onorato rivendica il *servus* nei confronti dell'erede: questi, infatti, potrebbe opporsi alla richiesta dell'attore – tramite *exceptio doli*, si legge nel passo – affermando di essere ancora usufruttuario dello schiavo. Il legato *per vindicationem*¹²² disposto dal *de cuius*, infatti, concerne la nuda proprietà del *servus* e, per via dell'effetto traslativo immediato di tale atto *mortis causa*, non si è determinata l'estinzione del *ius in re aliena* a lui facente capo per consolidazione con la proprietà¹²³.

Tuttavia, anche una diversa tesi è sostenibile. Il legatario, infatti, potrebbe controbattere che una simile ricostruzione cozza con la *voluntas testatoris*, tesa non tanto ad attribuirgli la sola nuda proprietà dello schiavo – d'altronde, per far questo, avrebbe potuto servirsi di altre formulazioni¹²⁴ –, bensì quella piena¹²⁵.

Qui non importa precisamente soffermarsi sui motivi in base ai quali Marcello è giunto alla soluzione versata in D.31.26¹²⁶.

Interessa invece notare come l'erede, per far valere l'usufrutto costituito a suo favore dal *de cuius*, sollevi proprio un' *exceptio doli*, «in funzione di eccezione di usufrutto»¹²⁷, e non chieda invece l'inserimento dell' *exceptio de re usus fructus nomine tradita* ricordata in D. 7.9.7 pr. Quest'ultima, secondo Matteo Marrone, «sarebbe stata nella specie inapplicabile, perché la *res* non era stata affatto *tradita* all'usufruttuario: questi la teneva in quanto erede»¹²⁸.

¹²¹ Per G. FINAZZI, *L'exceptio doli generalis*, cit., 181, «il passo deve essere stato malamente riassunto con la soppressione di elementi della fattispecie determinanti per la soluzione».

¹²² Il riferimento al *vindicare* dell'onorato induce a pensare in questi termini: cfr. G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., 281.

¹²³ M. MARRONE, *La posizione*, cit., 146; G. FINAZZI, *L'exceptio doli generalis*, cit., 181.

¹²⁴ M. MARRONE, *La posizione*, cit., 146 e nt. 9.

¹²⁵ M. MARRONE, *La posizione*, cit., 146 s.

¹²⁶ Cfr. M. MARRONE, *La posizione*, cit., 147 ss. e nt. 10 per le altre opinioni espresse dalla dottrina; G. FINAZZI, *L'exceptio doli generalis*, cit., 181 s.

¹²⁷ M. MARRONE, *La posizione*, cit., 146.

¹²⁸ M. MARRONE, *La posizione*, cit., 146, nt. 9.

Le affinità tra la dinamica processuale attestata in D. 7.9.7 pr. e la vicenda di D. 39.6.42 pr. non mi pare finiscano qui.

Nel primo frammento, infatti, Ulpiano dà conto anche della reazione dell'attore che si vede opposta l'*exceptio de re usus fructus nomine tradita*: egli solleva una *replicatio doli* basata sul contegno dell'usufruttuario, che ha ricevuto i beni senza aver prestato la *cautio*.

In D. 39.6.42 pr., Papiniano, dopo aver specificato che Seia *non inutiliter* potrà sollevare l'*exceptio doli*, si preoccupa di verificare la fondatezza della richiesta di una *cautio* avanzata dagli eredi di Tizio e propone le due diverse letture possibili circa la convenzione tra donante e donatario conclusa al momento della cessione dei beni, onde in definitiva valutare se la difesa opposta da Seia¹²⁹ alla domanda degli attori sia o meno fondata¹³⁰.

Come è facile intuire da quanto or ora riferito, sono convinto che anche il terzo periodo (da '*bonae fidei*' in avanti) del frammento in analisi riguardi la *rei vindicatio* esperita dagli eredi di Tizio e che la *cautio* di cui ivi si discute sia proprio la *cautio fructuaria*.

¹²⁹ Si tenga altresì conto che un ulteriore profilo di dolo sotteso alla domanda interposta dai figli di Tizio potrebbe riguardare il loro tentativo di mutare *ex post* le condizioni negoziali pattuite dal *de cuius* e dalla donante. Quest'ultima, se avesse voluto, avrebbe ben potuto cedere i propri beni *donationis causa* e al contempo obbligarsi tramite *cautio fructuaria* direttamente con Tizio (l'alienazione, peraltro, è verosimilmente avvenuta avanti a un magistrato tramite *in iure cessio*). Le parti, invece, non hanno mostrato di voler porre in essere un simile programma negoziale, forse per via dei legami familiari che li univano. Sicché, l'intervento postumo dei figli, che all'operazione non avevano preso parte, assume le sembianze di una unilaterale – e palesemente iniqua – modifica di quanto pattuito, compiuta abusando di uno strumento processuale che effettivamente spettava loro, quali proprietari delle *res*. Da qui, il dolo che contraddistingue il loro contegno. Che una simile concezione fosse propria dei giuristi romani credo emerga da questo testo di Ulpiano, in tema di fedecommessi: Ulp. 2 *fid.* D. 32.11.15: *Si heres rogatus sit certam summam usuris certis faenori dare, utile est fideicommissum: sed Maecianus putat non alias cogendum credere, quam idonee ei caveatur: sed ego proclivior sum, ut putem cautionem non exigendam.*

¹³⁰ Non stupisce, invero, che Papiniano non alluda ad una *replicatio* (che in ipotesi sarebbe stata *doli*) dei figli di Tizio, tenuto conto che '*adversus doli exceptionem non dari replicationem doli*', come affermato da Marcello e come già riteneva Labeone, stando a Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.13 ('*Marcellus ait adversus doli exceptionem non dari replicationem doli. Labeo quoque in eadem opinione est: ait enim iniquum esse communem malitiam petitori quidem praemio esse, ei vero, cum quo ageretur, poenae esse, cum longe aequum sit ex eo, quod perfide gestum est, actorem nihil consequi*'). Ciò, tuttavia, non significa che non si tenesse conto dell'atteggiamento doloso del convenuto, concretizzatosi anche (ma magari non solo) nell'opposizione dell'*exceptio doli*, allorquando si valutava la fondatezza di questa difesa. In questo senso, cfr. M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 160 s., nt. 450, il quale peraltro sottolinea come a suo avviso la soluzione labeoniana riportata da Ulpiano (v. anche 70 *ad ed.* D. 50.17.154) sia stata resa in un contesto casistico e non elaborata come regola generale (a differenza invero di quella che pare essere la posizione ulpiana). Sul punto, cfr. anche M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano, 1973, 198 ss.; A. BURDESE, *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*, in *L'eccezione di dolo generale*, cit., 118 ss.; M.G. ZOZ, *Eccezione di dolo generale e 'replicatio doli'*, in *L'eccezione di dolo generale*, cit., 2006, 507 ss.; G. PAPA, *La 'replicatio'*, cit., 59 ss.

1.6 Il 'bonae fide ... iudicio constituto'

Per verificare quanto detto occorre fare il punto, sia pur brevemente, sulle diverse posizioni su cui si attesta l'odierna dottrina romanistica circa il significato del passaggio 'bonae fidei ... iudicio constituto'.

La maggioranza degli interpreti ha ipotizzato che tale periodo – certamente di mano compilatoria¹³¹ – alluda ad un giudizio senz'altro diverso dalla *rei vindicatio* menzionata nel tratto precedente.

Per alcuni studiosi, come Bert Noordraven e Federica Bertoldi, si tratterebbe dell'*actio fiduciae* intentata dai figli di Tizio contro Seia per ottenere la promessa, in forma di *cautio*, «che prima della sua morte avrebbe restituito i beni»¹³².

Per altri, invece, si tratta dell'iniziativa processuale intrapresa da Seia contro i figli del donatario, volta a sanzionare il loro obbligo di restituzione delle *res* cedute al padre¹³³. Gli autori che sostengono quest'ultima opzione sono però profondamente divisi nel momento in cui sono costretti ad individuare l'azione in concreto esperita dalla donante.

Taluni si sono orientati per l'*actio praescriptis verbis* – che in effetti in I. 4.6.28 rientra tra i *iudicia bonae fidei* –, ma diverse voci hanno rilevato come tali ipotesi sia insoddisfacente¹³⁴, giacchè non si scorge nella fattispecie in esame un accordo avente ad oggetto un'*ultra citroque obligatio* (adottando la prospettiva labeoniana circa le convenzioni innominate, di cui Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19), ovvero una *datio ut*, se si sposa invece il punto di vista di Aristone (di cui serba memoria Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2)¹³⁵.

¹³¹ Cfr. P. SIMONIUS, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 163.

¹³² Cfr. B. NOORDAREVEN, *Die Fiduzia*, cit., 106 ss., il quale prospetta cinque diverse possibili letture del testo; F. BERTOLDI, *Il negozio fiduciario*, cit., 154 s., secondo cui «questo è verosimilmente l'unico modo di interpretare il passo, in quanto la *rei vindicatio* non può essere certamente azione di buona fede» (ma v. *infra* circa il punto di vista bizantino sulla questione).

¹³³ A fronte dell'obiezione, già sollevata da F. HAYMANN, *Zur lex 42 pr.*, cit., 219, in ordine alle ragioni che dovrebbero spingere Seia a intraprendere una iniziativa giudiziale, M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 113, ribatte che «in realtà Seia poteva avere sensati motivi per agire, ad esempio quello che, essendo maldisposta contro gli eredi di Tizio e sperando ... nell'inefficacia della seconda parte dell'accordo tra lei e Tizio, volesse impedire che i suoi beni finissero, per *consolidatio* dell'usufrutto con la nuda proprietà, a quella gente». Si tenga peraltro a mente il rilievo di P. KRETSCHMAR, *Ueber die Entwicklung*, cit., 34 ss., circa l'inutilità di tale iniziativa giusta l'operare dell'*usureceptio* (su cui v. le controdeduzioni di M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 116 s.).

¹³⁴ Cfr. M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 115 s.; G. FINAZZI, *L'exceptio dolis generalis*, cit., 215, nt. 7.

¹³⁵ In tema di riconoscimento e tutela delle convenzioni atipiche nel diritto romano, e in ordine alle funzioni e alla struttura dell'*actio praescriptis verbis*, come noto, la letteratura è vastissima. Per un primo quadro di sintesi della stessa, nonché per fondamentali contributi in materia, cfr. i saggi contenuti in A. BURDESE (CUR.), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, nonché in L. GAROFALO (CUR.), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova, 2011. Su Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2, v. in particolare T. DALLA MASSARA, *Sul 'responsum' di Aristone in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 'ad ed.'): l'elaborazione del concetto di causa del*

La tesi di gran lunga prevalente ritiene che tale dicitura celi un'originaria menzione all'*actio fiduciae*¹³⁶, poi espunta dai compilatori¹³⁷.

In effetti, nella fattispecie in parola – che si compone di una in *iure cessio* accompagnata da un patto di ritrasferimento – il primo giudizio che spontaneamente si immagina potesse trovare spazio è proprio l'*actio fiduciae*, che diverse fonti annoverano tra i *bonae fidei iudicia*¹³⁸, sebbene l'*intentio* non contenesse la clausola dell'*oportere ex fide bona*¹³⁹.

Tuttavia, non sono mancati i sostenitori dell'idea per cui tanto il secondo quanto il terzo periodo trattino di *rei vindicatio*.

Si può ricordare l'Haymann, la cui tesi è stata poi sposata, non senza qualche distinguo, dal Simonius¹⁴⁰. Ma già gli antichi commentatori, tra cui il Cuiacio e il Pothier leggevano il frammento in tale prospettiva¹⁴¹. Prendendo la ricostruzione dell'Haymann come paradigmatica, è facile notare come essa si avvicini non poco al punto di vista qui espresso, sebbene non coincida con riguardo all'individuazione di quale *cautio* i figli speravano di ottenere¹⁴².

L'Amelotti solleva però un'obiezione – a suo dire «decisiva» – rispetto alla tesi dell'Haymann. Egli rileva che è impossibile per il *iudex*, in un giudizio quale la *rei vindicatio*, costringere l'attore a prestare una *cautio*.

A sostegno di tale assunto, lo studioso adduce il seguente testo di Papiniano:

Pap. 11 *quaest. D. 5.1.41: In omnibus bonae fidei iudicis, cum nondum dies praestandae pecuniae venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex iusta causa condemnatio fit.*

Qualora un creditore di una prestazione non ancora esigibile agisca tramite un giudizio di buona fede nei confronti del debitore per ottenere una *cautio* a

contratto, in *Le dottrine*, cit., 284 ss.; L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Le dottrine*, cit., 359 ss. ora anche in *Studi per G. Nicosia*, IV, Milano, 2007, 15 ss.); C. PELLOSO, 'Do ut des', cit., 89 ss.

¹³⁶ Cfr. F.L. KELLER, *Ueber l. Seia 42 pr. D. De mor. ca. don. und über den Satz, daß die Exceptio doli-bonae fidei iudicium' mache*, in ZSS, XII, 1845, 400 ss.; E. COSTA, L'«exceptio doli», cit., 261; F. SENN, *Études*, I, cit., 50 ss.; B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, in AUPA, XXII, 1929, 302, nt. 3 (solo un cenno); P. OERTMANN, *Die 'fiducia'*, cit., 145 s.; C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 153 ss.; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 130 s., per il quale anche l'*autem* che compare nella frase denota una diversa azione esperita rispetto alla rivendica; M. AMELOTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 107 ss.

¹³⁷ Cfr. F.L. KELLER, *Ueber l. Seia*, cit., 400 ss., e con lui tutti coloro che seguono questa ricostruzione.

¹³⁸ Gai 4.62; Cic. *off.* 3.15.61; 3.17.70.

¹³⁹ Cfr. cap. VI, par. 7.

¹⁴⁰ P. SIMONIUS, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 163 ss.

¹⁴¹ Cfr. H. DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischen und neuerem Recht e mit besonderer Rücksicht auf die preussische und französische Gesetzgebung*, Aalen, 1965 (rist. Heidelberg 1868), 173, nt. 1; più di recente, v. anche M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 158 ss.

¹⁴² Cfr. F. HAYMANN, *Zur lex 42 pr.*, cit., 218 ss.

garanzia dell'adempimento, la mancata prestazione di tale promessa comporta la condanna del convenuto.

Questo frammento, però, non mi pare giovi alla tesi dell'Amelotti: non tanto per le ragioni addotte dal Simonius, secondo il quale non v'è alcuna analogia tra i casi versati in D. 5.1.41 e in 39.6.42 pr.¹⁴³; bensì perché il passo di Papiniano non dice affatto che 'solo' nei giudizi di buona fede possano essere chieste e imposte *cautiones iudiciales*¹⁴⁴.

Si sa, infatti, che il potere di imporre una *cautio* spettava al *iudex*, ad esempio¹⁴⁵, anche in forza dell'*arbitrium* derivante dalla clausola restitutoria¹⁴⁶. Lo si evince da un testo di Marciano¹⁴⁷ in tema di *actio pigneraticia in rem*¹⁴⁸, azione conosciuta sulla falsariga della *rei vindicatio* e, dunque: *in rem*, arbitraria¹⁴⁹ e in cui l'ammontare della condanna del convenuto soccombente era determinata previo giuramento estimatorio dell'attore¹⁵⁰.

Marcian. *l.s. ad form. hypoth.* D. 20.1.13.5: ... *sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub condicione, et agatur ante condicionem hypothecaria, verum quidem est pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt 'si condicio exstiterit nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit'*.

¹⁴³ Giacché nel primo frammento l'attore agisce per ottenere la *cautio*, mentre ciò non sarebbe possibile per il caso di *rei vindicatio*: cfr. P. SIMONIUS, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 166.

¹⁴⁴ Cfr. U. ROBBE, *Diritto*, cit., 103.

¹⁴⁵ Cfr. A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 51 ss.

¹⁴⁶ Cfr. S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 110 ss.; si rammenti, tuttavia, il diverso punto di vista di L. CHIAZZESE, '*Jusiurandum in litem*', Milano, 1958, 48, secondo il quale la *cautio de restituendo* sarebbe rientrata nel concetto stesso di *restitutio* cui doveva mirare il giudice (v. le critiche alla tesi dello studioso sollevate da A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*', cit., 51 ss.).

¹⁴⁷ Sulla figura e sull'opera di Elio Marciano, cfr. L. DE GIOVANNI, *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli, 1989.

¹⁴⁸ Cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 441; C. PELLOSO, *Influenze greche nel regime romano della 'hypotheca'*, in *TSDP*, I, 2008, 27, nt. 61, rammentando I. 4.6.7: *Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur; quasi Serviana autem qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest: nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur.*

¹⁴⁹ In questi termini si orienta la maggioranza della dottrina. Cfr. Ulp. 73 *ad ed.* D. 20.1.21.3; Marc. *l.s. ad form hypoth.* D. 20.1.16.3; D. 20.4.12.1, nonché, in letteratura, M. KASER, *Die Interesseberchnung*, cit., 10; F.B.J. WUBBE, *Der Streitwert bei der 'actio Serviana'*, in *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag*, a cura di D. Medicus e H.H. Seiler, München, 1976, 179 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 483; M. DE SIMONE, '*Litis aestimatio*', cit., 46 ss.; S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 109 ss.

¹⁵⁰ Cfr. Marc. *l.s. ad form hypoth.* D. 20.1.16.3 e v. sul punto S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 111, nt. 9.

Orbene, nella parte del frammento riportata – che, nonostante alcune denunce di alterazione, ritengo genuina¹⁵¹ –, il giurista severiano osserva come, in presenza di un debito garantito da *hypotheca sub condicione*, sarebbe iniquo aggredire il bene dato in garanzia prima dell'avverarsi dell'evento dedotto in condizione: ciò, anche se l'obbligazione garantita non fosse stata adempiuta. Ad avviso di Marciano, in una simile evenienza il giudice, in forza del suo *arbitrium*, dovrebbe imporre delle *cautiones* all'attore affinché questi, qualora si avveri la condizione e permanga l'inadempimento di controparte, riconsegna le *res* ipotecate¹⁵².

Con il che, l'obiezione dell'Amelotti si rivela priva di fondamento¹⁵³.

Rimane da spiegare per quale ragione, tuttavia, si accenni ad un giudizio di buona fede.

La risposta si può rintracciare solo soffermandosi sul significato del frammento in esame secondo il diritto vigente al tempo di Giustiniano¹⁵⁴.

Come giustamente è stato fatto notare, non è possibile prescindere da questo profilo per la determinazione dell'originale redazione del brano papiniano¹⁵⁵.

¹⁵¹ Va detto che per F. VASSALLI, 'Dies vel condicio'. *Lineamenti della dottrina romana della condizione*, in *BIDR*, XXVII, 1914, 192 ss., il quale raccoglie e sviluppa gli spunti di M. FEHR, *Beiträge*, cit., 84, questo tratto del testo di Marciano è «dai compilatori alterato in modo irricognoscibile»; di opposto avviso S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 109, nt. 8, secondo cui tale segmento del testo «non sembra presentare alcun problema, di tipo formale o sostanziale, tale da lasciar evincere con ragionevole certezza un intervento compilatorio». Sul testo, v. anche G. PROVERA, *La 'pluris petitio' nel processo romano. I. La procedura formulare*, Torino, 1958, 99 e nt. 5; S. TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano, 1959, 216 s.; A. MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1966, 83 s.

¹⁵² Cfr. S. VIARO, *L'arbitratus de restituendo*, cit., 109: a tale lavoro si rinvia per ulteriori approfondimenti (e indicazioni bibliografiche di maggior dettaglio) rispetto al testo qui commentato, nonché per una disamina delle possibili applicazioni concrete dell'*arbitrium iudicis* in relazione a formule dotate di clausola restitutoria.

¹⁵³ In parte differente la lettura di M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 296, che proprio sulla scorta del rilievo per cui, tra i poteri del giudice nei *iudicia bonae fidei*, vi era anche quello di imporre *cautiones*, si spiega per quale ragione Papiniano «avesse potuto dire che, nel caso in cui fosse stata opposta dal convenuto un'*exceptio doli*, il giudice aveva nei confronti di quest'ultimo i medesimi poteri che avrebbe avuto in un *iudicium bonae fidei*, e quindi anche quello di imporre una *cautio*, ciò che altrimenti poteva forse risultare discutibile». Nel medesimo senso v. di recente G. FINAZZI, *L'exceptio doli generalis*, cit., 215 s.

¹⁵⁴ Mi sembra insuperabile il rilievo di P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 450, in relazione al fatto che il ragionamento seguito da Papiniano per negare validità alla donazione a favore dei figli di Tizio (in quanto terzi rispetto all'operazione da questi perfezionata con Seia) non avrebbe senso per il diritto giustiniano, «che ammette la conclusione di un patto in favore tanto del proprio figlio quanto, in generale, del proprio erede», con acquisto in capo a questi ultimi.

¹⁵⁵ M. MARRONE, *Su rivendica*, cit., 214.

1.7 Il significato del frammento per il diritto giustiniano

Da uno scolio di Doroteo¹⁵⁶ a Bas. 47.3.42 (testo corrispondente a D. 39.6.42 pr.¹⁵⁷), si apprende che la questione relativa al dovere o meno di Seia di prestare una *cautio* ai figli di Tizio emerge nell'ambito del giudizio di rivendica intentato contro di lei da questi ultimi, che 'diviene' di buona fede in ragione dell'*exceptio doli* ivi sollevata.

Del resto, che (quantomeno) al tempo di Giustiniano ci si muovesse entro una simile logica – sia pur non pacificamente accettata, basti pensare alla critica dell'Anonimo alla considerazione di Doroteo poc'anzi ricordata, in un altro scolio a Bas. 47.3.42¹⁵⁸ – emerge osservando in controluce un rescritto di Caracalla, non datato, ma collocabile tra il 211 e il 217 d.C.¹⁵⁹.

Nella sua parte finale, infatti, un inserimento di mano postuma¹⁶⁰ afferma che persino la *replicatio doli* dell'attore¹⁶¹, sollevata per reagire ad un'*exceptio pacti* avversaria, comportava la trasformazione del giudizio esperito in un'azione di buona fede¹⁶².

¹⁵⁶ Per qualche indicazione bibliografica su Doroteo, cfr. F. BRANDSMA, *Dorotheus and His Digest Translation*, Groningen, 1996, 3 ss.

¹⁵⁷ Sch. 1 ad Bas. 47.3.42 (BS. VII, 2804 = Hb. VI, 611), che nella traduzione latina dell'Heimbach, per la parte d'interesse, si presenta con il seguente tenore: ... *Igitur si res singulas heredes Titii ab ea vindicent, repellit eos mulier doli exceptione, quod scilicet convenerit, ut si ipse prior decessisset, bona ad eam redirent, utpote existente bonae fidei iudicio, quia ubique opposita doli exceptio bonae fidei iudicium facit* ... Cfr. M. MARRONE, *Su rivendica*, cit., 214.

¹⁵⁸ Sch. 3 ad Bas. 47.3.42 (BS. VII, 2805 = Hb. VI, 612), che sempre l'Heimbach così rende in latino: ... *Dorothesu quidem dicit, 'quia ubique opposita doli exceptio bonae fidei iudicium facit'. Ego vero nescio, hoc usquam positum esse, sed hoc tamen scio, omnibus in factum exceptionibus et bonae fidei actionibus inesse doli exceptionem* ...

¹⁵⁹ Cfr. M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 294.

¹⁶⁰ Cfr. M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 110 ss.; M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 295 ss.; M. MARRONE, *Su rivendica*, cit., 215. Di diverso avviso M. BRUTTI, *La problematica*, II, cit., 722, nt. 153 – sulla scia di P. KRETSCHMAR, *Ueber die Entwicklung*, cit., 30 ss. –, che propende per la genuinità della frase finale della costituzione: il che lo porta ad affermare che già in epoca severiana emerge la tendenza «a fare dell'*exceptio doli* l'asse portante di un allargamento del giudizio» (così anche R. FIORI, *L'eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, in *L'eccezione di dolo generale*, cit., 72 ss. e, da ultimo, G. PAPA, *La 'replicatio'*, cit., 300 ss.).

¹⁶¹ Il che è ancor più strano, se si pensa che con la *replicatio doli* si va in pratica a neutralizzare soltanto l'eccezione opposto *ex adverso*, senza influire sull'azione: cfr. M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 295 s.

¹⁶² È difficile stabilire quale sia l'*actio* esperita nel caso sottoposto all'attenzione dell'imperatore. Pur trattandosi di una vicenda legata ad un rapporto di tutela (il fratello maggiore, tutore legittimo dell'ex-pupillo, pare abbia estorto a quest'ultimo una transazione sfavorevole ai suoi interessi), infatti, non può trattarsi dell'*actio tutelae*, in quanto è un giudizio di buona fede e, dunque, rispetto ad esso non avrebbe alcun senso la dialettica tra *exceptio pacti* e *replicatio doli*. Cfr. F. HAYMANN, *Zur lex 42 pr.*, cit., 220 ss.; M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 111, nt. 50, che esclude l'*actio tutelae* e ipotizza si tratti di *actio rationibus distrabendis* o di un'*actio ex stipulatu* (il cui titolo è costituito da una *satisfactio rem pupilli salvam fore*); M. BRUTTI, *La problematica*, I, cit., 207, nt. 16, anch'egli convinto che venga in rilievo un'*actio ex stipulatu*; ID., *La problematica*, II, cit., 722, nt. 153; M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 294, secondo cui, comunque,

Imp. Antoninus A. Vitali C. 8.35(36).3: Adversus fratrem tuum quondam tutorem legitimum tutelae iudicio si expertus non es, proposita actione consiste. nec timueris exceptionem pacti, si in eo fraudem dolumque admissum probare potes: nam replicatio doli opposita bonae fidei iudicium facit et commentum fraudis repellit

Non è questa la sede per soffermarsi su tale, annosissima, questione¹⁶³.

Qui vale la pena di sottolineare due dati.

Il primo, è che Doroteo – membro, tra l'altro, della commissione che compilò i *Digesta* e incaricato, insieme a Triboniano e Teofilo, di comporre le *Institutiones*¹⁶⁴, e dunque affidabile testimone di quella che doveva essere la dimensione 'giustiniana' del testo di Papiniano – ravvisa nel *bonae fidei iudicium constitutum* menzionato in D. 39.6.42 pr. null'altro che la *rei vindicatio* dei figli di Tizio 'arricchita' (e così 'trasformata') dall'*exceptio doli* di Seia¹⁶⁵.

«l'affermazione che l'*exceptio* o la *replicatio doli* rendono l'azione proposta un *bonae fidei iudicium* non ha alcuna portata pratica o teorico-pratica e risulta del tutto epifenomenica: essa non toglie né aggiunge nulla all'operatività dell'*exceptio* e della *replicatio doli*, e vuol dire soltanto che, in ordine ai punti sui quali l'una e l'altra possono incidere, il giudice avrà – più o meno completamente, più o meno tendenzialmente – gli stessi poteri di chi deve giudicare in un processo instaurato su un *iudicium bonae fidei*». È ritornato di recente sul passo in questione G. PAPA, *La 'replicatio'*, cit., 295 ss. (al cui lavoro si rinvia anche per ulteriori indicazioni bibliografiche): lo studioso è convinto invece che la *proposita actio* di cui è fatta menzione nel rescritto sia proprio l'*actio tutelae*. A suo avviso, infatti, non solo una parte già della giurisprudenza classica ammise l'inserimento nelle formule dei *iudicia bonae fidei* di rimedi volti a sanzionare il *dolus*, ma vi è anche un altro rescritto di Caracalla, concesso nel 210 d.C. a un certo Valerio (C. 3.1.2), concernente un caso per alcuni tratti analogo a quello in esame. Ivi infatti si prevede che, sempre nell'ambito di un'*actio tutelae*, l'attore potesse reagire all'*exceptio rei iudicatae* del convenuto – in quanto il precedente giudizio svoltosi tra le medesime parti riguardava un altro caso di cattiva gestione imputata al tutore – sollevando una *replicatio doli*. Va però detto che l'*exceptio rei iudicatae* non rientra tra i casi di eccezioni che ineriscono ai giudizi di buona fede: sicché, la *replicatio doli* di cui si ammette l'opponibilità non mina la logica sistematica propria dei *iudicia bonae fidei*, come notato da R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der 'exceptio pacti' im 'bonae fidei iudicium'*, in *ZSS*, LXXXIV, 1967, 161 ss. Circa i rapporti tra *fides bona* e *dolus*, si v. anche l'originale posizione di A. CARCATERRA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, Napoli, 1964, 156.

¹⁶³ Si rinvia, per ogni ulteriore approfondimento, a G. PAPA, *La 'replicatio'*, cit., 72 ss. e 298 ss.

¹⁶⁴ *Const. Tanta/Δέδωκεν* 9; *const. Imperatoriam* 3, ma si rammentino altresì *const. Omnem* 2; *const. Cordi* 2. Cfr. a riguardo F. BRANDSMA, *Dorotheus*, cit., 3 s.

¹⁶⁵ Che sia un principio di provenienza giustiniana è riconosciuto, tra gli altri, da F. HAYMANN, *Zur lex 42 pr.*, cit., 219 ss.; B. BIONDI, *'Iudicia bonae fidei'*, cit., 20; S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*², Napoli, 1950, 99 s.

Il secondo è che si potrebbe pensare, tanto per C. 8.35(36).3¹⁶⁶, quanto soprattutto per D. 39.6.42 pr., ad un deliberato intervento di manipolazione¹⁶⁷ per riaffermare la 'regola' per cui l'eccezione di dolo '*bonae fidei iudicium facit*'¹⁶⁸.

In ragione di quanto detto, mi pare lecito supporre che la redazione papiniana originaria del frammento in esame, per quanto concerne la sua seconda parte, anziché recitare '*bonae fidei autem iudicio constituto*', riportasse solamente '*iudicio constituto ...*' – o proprio nessuna di tali parole, come ritiene l'Haymann¹⁶⁹ –, meglio accordandosi così con quanto riferito nel periodo precedente.

1.8 La '*cautio*' volontariamente prestata da Seia e la rilevanza della disciplina della '*lex Falcidia*' rispetto al caso di specie

Non solo per amor di completezza occorre soffermarsi anche sull'ultimo segmento del frammento di Papiniano qui in esame, giacché diversi autori hanno tratto da esso la chiave di lettura per comprendere l'intero passo¹⁷⁰. In effetti, solo in tale tratto emerge il tema che, secondo la ricostruzione del Lenel, giustifica la collocazione del testo entro il libro XIII dei *responsa* di Papiniano¹⁷¹.

Per comodità di lettura riporto di seguito il periodo d'interesse.

... muliere denique postea diem functa liberi Titii si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur.

A parte la posizione del Rüger, che ritiene l'intero segmento genuino (e trae dall'elemento consensuale ivi ricordato l'appiglio per ritenere che una *cautio* è stata prestata da Seia, ma vertendo su una *d.m.c.* rimane liberamente revocabile), anche questo periodo non è andato esente da sospetti di alterazioni postclassiche.

Da un lato, vi è la posizione dell'Amelotti, che lo considera una glossa (ma allora non si capisce più perché il testo trovasse collocazione in un libro dei

¹⁶⁶ M. AMELOTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 111 s. e nt. 50.

¹⁶⁷ In ragione dei fortissimi dubbi in ordine alla riferibilità già all'epoca severiana di tale estensione dell'incidenza dell'*exceptio doli* sui giudizi di stretto diritto, nonostante il punto di vista non coincidente di autorevoli studiosi quali M. BRUTTI, *La problematica*, II, cit., 722, nt. 153; R. FIORI, *Eccezione*, cit., 72 ss.

¹⁶⁸ M. TALAMANCA, *La 'bona fides'*, cit., 297. In linea, peraltro, con la tendenza ad allargare il novero delle azioni ascrivibili a tale categoria (cfr. M. AMELOTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 111), come emerge da *Imp. Iust. a. ad pop. urb. Const. et univ. prov. C. 5.13.1.2 (a. 530): Sed etsi non ignoramus ex stipulatu actionem stricto iure esse vallatam et non ex bona fide descendere, tamen, quia novam naturam de dote stipulatio sibi invenit, accomodetur ei a natura rei uxoriae etiam bonae fidei beneficium.*

¹⁶⁹ Cfr. F. HAYMANN, *Zur lex 42 pr.*, cit., 220 ss.

¹⁷⁰ Cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 107 s.; D. RÜFNER, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 47 ss.

¹⁷¹ Nel tredicesimo libro dei suoi *responsa*, come visto, Papiniano si occupa di *lex Falcidia*: cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 939.

responsa dedicato, oltre che alla *lex Falcidia*, alla *lex Aelia Sentia* e al *ius fisci*¹⁷²); dall'altro quella di chi, come l'Haymann, ravvisa solo nell'espressione '*ex consensu mulieris*' il risultato di un intervento di mano successiva a quella del giurista severiano¹⁷³.

In effetti, la duplice ripetizione di *mulier* nella stessa frase è alquanto sospetta, sicché l'ipotesi dell'Haymann in ordine all'espunzione dell'*ex consensu mulieris*' mi sembra quella più convincente tra le diverse prospettate.

A mio avviso, in chiusura del passo il giurista severiano ha esaminato la mera eventualità per cui il *iudex*, seguendo una strada diversa da quella da lui prospettata, avesse imposto a Seia di prestare la *cautio fructuaria* a favore dei figli di Tizio. In una simile ipotesi – parrebbe dire Papiniano – Seia, o meglio, i suoi eredi, avrebbe potuto comunque invocare la *lex Falcidia*, naturalmente nel caso in cui fosse stato leso, tramite gli atti di disposizione compiuti dall'ereditanda, il loro diritto ad un quarto del patrimonio della stessa.

La prestata *cautio*, pur essendo *fructuaria* e pur risultando imposta dal giudice, costituisce in buona sostanza una (nuova e peraltro ingiustamente estorta) *d.m.c.*, e non rafforza un'iniziale *donatio inter vivos sub condicione*. Una donazione, dunque, come tale sottoposta – in base ad una costituzione di Settimio Severo¹⁷⁴ emessa tra il 193 e il 197 d.C.¹⁷⁵ – alle disposizioni della *lex Falcidia*¹⁷⁶.

Ecco perché i figli di Tizio '*contributioni propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur*'.

¹⁷² Cfr. M. AMELOTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 121, secondo cui ivi non si «risolve una questione effettivamente verificatasi, ma [si] espone ... una mera eventualità».

¹⁷³ Ma va tenuto conto che il ragionamento dello studioso risente dell'impostazione per cui, a suo dire, Papiniano si sarebbe orientato per la concessione della *cautio* nel caso esaminato e sarebbero stati i commissari di Triboniano a togliere valore a detta soluzione, giacché confliggente con il diritto di pentimento al loro tempo ormai regola generale in tema di *donationes mortis causa*: cfr. F. HAYMANN, *Zur lex 42 pr.*, cit., 227 ss.

¹⁷⁴ Sotto il regno del quale Papiniano fu prefetto al pretorio e, forse, suo condiscipolo *sub Scaevola*, amico fraterno e persino parente tramite la seconda moglie: cfr. W. KUNKEL, *Herkunft*, cit., 224 ss.; V. GIUFFRÈ, *Papiniano*, cit., 644 s. e nt. 51.

¹⁷⁵ Il testo di tale provvedimento non ci è giunto, ma il contenuto è ricordato in C. 6.50.5, mentre la paternità si ricava da C. 8.56.2: a proposito, cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 755; D. RÜGER, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 36 s.; M. GENOVESE, '*Mortis causa capitur*', cit., 121 ss.; F. LAMBERTI, *Recensione a D. RÜGER, Die 'donatio mortis causa'*, cit., 425.

¹⁷⁶ La *lex Falcidia*, introdotta nel 40 a.C. su proposta del tribuno Falcidio, dispone che il testatore non possa esaurire in legati l'intero attivo ereditario, essendo riservato un quarto di esso all'erede o agli eredi (*quarta Falcidia*). Le disposizioni eccedenti i tre quarti (*dodrans*), dunque, sono proporzionalmente ridotte nel loro ammontare entro il limite suddetto, qualora l'oggetto risulti divisibile (Gai. 18 *ad ed. prov.* D. 35.2.73.5), mentre in caso contrario compete all'erede l'*exceptio doli* contro l'onorato che agisca nei suoi confronti per l'adempimento del legato (Scaev. 3 *quaest.* D. 35.2.16). In generale, sulla *lex Falcidia* cfr. V. MANNINO, *Il calcolo della 'quarta hereditatis' e la volontà del testatore*, Napoli, 1989, 20 ss.; D. SCHANBACHER, '*Ratio legis Falcidiae*'. *Die falzidische Rechnung bei Zusammentreffen mehrerer Erbschaften in einer Hand*, Berlin, 1995, 15 ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche. In origine la *lex* in parola riguardava soltanto i legati, ma con interventi successivi fu estesa anche ad altre attribuzioni patrimoniali.

1.9 Sintesi dei risultati raggiunti e il problema (ancora aperto) di inquadramento giuridico della *fattispecie*

L'esame di D. 39.6.42 pr. ha portato ad escludere che il tratto '*bonae fidei ... constituto*' abbia preso posto ad un'originaria menzione dell'*actio fiduciae*. Tale periodo nasconderebbe il riferimento ad una *rei vindicatio* 'trasformata' in giudizio di buona fede dall'apposizione di un'*exceptio doli*, secondo le concezioni dei maestri bizantini del VI secolo d.C. che hanno modificato così il testo di Papiniano.

Leggendo il testo in questo modo è inevitabile rilevare come sia caduto uno dei più saldi appigli testuali per affermare che lo schema fiduciario poteva venir utilizzato per realizzare una *d.m.c.*¹⁷⁷.

Al contempo, però, il brano non indica affatto la figura giuridica utilizzata da Seia per donare *mortis causa* e, dunque, non esclude che effettivamente si trattasse di *fiducia*.

Nelle prossime pagine si vedrà come vi siano effettivamente altre fonti che testimonino la connessione tra *fiducia* e *d.m.c.*

2 I dubbi di Aristone e Pomponio in Ulp. 71 'ad ed.' D. 39.5.18.2

Il primo testo che merita di venir osservato è D. 39.5.18.2.

È tratto dal LXXI libro del commentario *ad edictum* di Ulpiano e riporta anche il pensiero di Aristone e Pomponio.

Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18.2: *Idem Aristo ait, si donationis causa in hoc tradatur servus, ut post quinquennium manumittatur, sit autem alienus, posse dubitari an usucapiatur, quia aliquid donationis interveniret. Et hoc genus quaestionis in mortis causa donationibus versari Pomponius ait et magis putat ut, si ita donetur, ut post quinquennium manumittatur, posse dici usucapionem sequi.*

Di questo brano ci si è in parte già occupati studiando la figura della *f.m.c.*¹⁷⁸. Esso, infatti, è parte di uno squarcio più ampio (D. 39.5.18 pr.-3) del commentario edittale ulpiano, in cui il giurista di Tiro si sofferma sulla diversa incidenza determinata dall'elemento liberale nella disciplina di alcune operazioni negoziali.

¹⁷⁷ Cfr. F.L. KELLER, *Ueber l. Seia*, cit., 400 ss.; F. SENN, *Études*, I, cit., 19 ss. e 40 ss.; M. AMELOTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 54 ss.

¹⁷⁸ Cfr. quanto riferito al cap. III, par. 5.

In questo senso, già si è detto che la collocazione originaria del passo è particolarmente significativa, giacché parte di una trattazione più ampia dedicata alla tutela interdittale e, segnatamente, all'*interdictum de precario*¹⁷⁹.

Sulle ragioni di un simile accostamento, e di tale digressione ulpiana, si è già indugiato¹⁸⁰. Basti qui soltanto ricordare come nel *precarium* l'elemento liberale che ne contraddistingueva l'essenza comportasse la sua libera revocabilità¹⁸¹ (circostanza per Ulpiano conforme alla *naturalis aequitas*¹⁸²).

Di converso, poteva accadere che nel momento in cui un *negotium* era accompagnato ad un *aliquid donationis* potessero determinarsi effetti diversi (peraltro mutevoli nel tempo)¹⁸³.

Ad esempio, il trasferimento di uno schiavo affinché l'accipiente lo manomettesse dopo cinque anni (operazione che, per chi scrive, integrava un'ipotesi di *fiducia*) avrebbe comportato un effetto donativo a favore di quest'ultimo, consistente nella possibilità di sfruttare i servizi del servo per il quinquennio predetto. Proprio in ragione di ciò, secondo Aristone e Pomponio, seguiti in questo da Ulpiano, era preclusa la possibilità per il *mancipio dans* di mutare volontà e di pretendere, avvalendosi della facoltà normalmente riservata

¹⁷⁹ Cfr. O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*, cit., 486 s.; l'importanza di questo dettaglio è stata sottolineata da M. MARRONE, *Recensione a P. ZAMORANI, 'Precario habere'*, cit., in *Labeo*, XVII, 1971, 211.

¹⁸⁰ L'avvicinamento tra i due istituti trova riscontro anche in diverse fonti, le quali non vanno però esenti da sospetti di manipolazioni (cfr. G.G. ARCHI, *La donazione*, 6 s.; P. ZAMORANI, *'Precario habere'*, cit., 195 ss.), come ad esempio Paul. 13 *ad Sab.* D. 43.26.14; Ulp. 1 *inst.* D. 43.26.1; 17 *ad Sab.* D. 7.1.12.2; 29 *ad Sab.* D. 47.2.14.11. Cfr. a proposito C. ARNÒ, *Corso di diritto romano. Il possesso*, cit., 292 ss.; M.M. MOCHOLI, *El precario. Estudio histórico-crítico, aplicado al Derecho español con ensayo de estructuración y sistematización de fuentes*², Pamplona, 1976, 120 ss.; P. BIAVASCHI, *Ricerche*, cit., 287 ss. e 304 ss.

¹⁸¹ Cfr. P. BIAVASCHI, *Ricerche*, cit., 314, secondo cui, per Ulpiano, è conforme al 'Nurrecht' che sia riconosciuta «la possibilità del concedente di ottenere la restituzione di ciò che si aveva prestato con spirito di liberalità, ma con l'idea di riaverlo *ad libitum*, nel momento in cui cambiasse la sua volontà (*mutavero voluntatem*)». Sul punto, v. anche A. CARCATERRA, *Il 'coefficiente'*, in *SDHI*, LVI, 1990, 146 ss.

¹⁸² Ulp. 71 *ad ed.* D. 43.26.2.2: *Et naturalem habet in se aequitatem, namque precarium revocare volenti competit: est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. Itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur.* Sul testo, di recente si è soffermata P. BIAVASCHI, *Ricerche*, cit., 312 ss., la quale, con riguardo al riferimento ulpiano alla *naturalis aequitas*, nota come il punto di vista del giurista sia molto simile a quello espresso in Pomp. 29 *ad Sab.* D. 43.26.15 pr.: *Et habet summam aequitatem, ut eatenus quisque nostro utatur, quatenus ei tribuere velimus.* Al lavoro della studiosa si rinvia anche in ordine ai dubbi circa la genuinità della parte finale del primo testo riprodotto (ove è accordata al *precario dans*, in alternativa all'interdetto, l'*actio praescriptis verbis*), che mal si accorda con quanto riferito in Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47.2.14.11.

¹⁸³ Cfr. Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18 pr.: *Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert.*

al fiduciante, la restituzione dello schiavo *ante quinquennium*¹⁸⁴ o la sua immediata liberazione¹⁸⁵.

Diverso il caso in cui fosse stato in origine pattuito un affrancamento senza soluzione di continuità rispetto al trasferimento del *servus*.

Ma questo *aliquid donationis* poteva determinare conseguenze anche di altro tipo, andando persino ad influenzare l'operatività del modo di acquisto della proprietà tramite usucapione.

E qui entra in gioco il passo riprodotto in apertura¹⁸⁶.

Ivi Ulpiano rievoca il dubbio di Aristone circa l'usucapibilità di un *servus* trasferito *a non domino* in vista della sua liberazione dopo cinque anni. L'incertezza dipende dall'esistenza di un *aliquid donationis* ('*Aristo ait, si donationis causa in hoc tradatur servus, ut post quinquennium manumittatur, sit autem alienus, posse dubitari an usucapiatur, quia aliquid donationis interveniret*'). Ulpiano ci ricorda che anche Pomponio aveva affrontato la medesima questione, sia pur con riguardo alle donazioni per causa di morte, giungendo alla conclusione per cui, sussistendo in tale ipotesi una donazione, il bene trasferito *a non domino* era usucapibile dall'accipiente ('*et hoc genus quaestionis in mortis causa donationibus versari Pomponius ait et magis putat ut, si ita donetur, ut post quinquennium manumittatur, posse dici usucapionem sequi*').

Orbene, quanto alle possibili manipolazioni apportate all'originaria redazione del testo, nessun dubbio pervade la dottrina circa il carattere insitico di 'tradatur', che il Lenel sostituisce con 'mancipetur'¹⁸⁷. Quanto alle restanti parti del brano, le discussioni non mancano. Lasciando da parte il Beseler – che lo riformula *ex novo*, senza dire però su quali basi¹⁸⁸ –, alcuni autori, come il Simonius¹⁸⁹ e il Di Paola¹⁹⁰, propendono per la genuinità dell'intera testimonianza; altri, invece, guardano con sospetto diversi tratti del brano, come la menzione,

¹⁸⁴ G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 232, nt. 3.

¹⁸⁵ A. RIECHELMANN, 'Paenitentia', cit., 38 ss. Di diverso avviso R. SCEVOLA, 'Negotium mixtum cum donatione', cit., 77 ss.

¹⁸⁶ Per un'analisi retorica del brano d'interesse, rispetto all'andamento dell'intero frammento da cui è tratto, cfr. A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990, 69 s.

¹⁸⁷ Cfr. O. LENEL, *Paligenesia*, II, cit., c. 842, mentre PERNICE, *Labeo*, II.2.1, cit., 339, nt. 1; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 189, preferiscono la dicitura 'mancipio detur'.

¹⁸⁸ G. VON BESELER, 'Confestim - Continuo', in *ZSS*, LI, 1931, 201.

¹⁸⁹ P. SIMONIUS, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 152 ss.

¹⁹⁰ S. DI PAOLA, 'Donatio mortis causa'. *Corso*, cit., 76 e nt. 10.

nel primo periodo, di 'donationis causa'¹⁹¹ o l'inciso 'sit autem alienus'¹⁹², nonché l'intera chiusa del frammento, da 'et magis' in avanti¹⁹³.

Senonché, per prendere posizione in ordine a tali proposte, conviene prima di tutto individuare il problema che agitava il dubbio in Aristone, partendo da alcune delle (poche) sicurezze che si dispone in tema di *fiducia*, quantomeno sulla scorta di quanto detto sin qui.

Ebbene, un primo punto da cui muoversi è il fatto che la *mancipatio ut manumittatur* – di cui si discute nel primo periodo del brano – costituisce un'operazione negoziale ricondotta allo schema della *fiducia*¹⁹⁴.

Il secondo elemento da tenere in considerazione è il risultato del ragionamento svolto da Aristone nel frammento che precede quello in esame (D. 39.5.18.1), a mente del quale il trasferimento dello schiavo in vista dell'affrancamento *post quinquennium* realizzava un '*negotium mixtum cum donatione*' e, più precisamente, nel periodo di cinque anni prima della liberazione vi era un *aliquid donationis* a favore dell'accipiente.

Il terzo elemento concerne i requisiti per usucapire una *res* trasferita *a non domino* a scopo donativo: su questo aspetto, occorre svolgere alcune, sia pur rapide, considerazioni.

2.1 Cenni sui requisiti per l'acquisto tramite usucapione e sul titolo 'pro donato'

Come oltremodo noto, nel diritto romano d'età classica, per acquistare la proprietà di un bene tramite usucapione dovevano sussistere, accanto ai requisiti del *possessio*, *tempus* e *res habilis*, anche altri due elementi¹⁹⁵. Uno soggettivo, costituito dalla *bona fides*, ossia la convinzione di non ledere, quantomeno inizialmente, un altrui diritto; l'altro oggettivo, rappresentato della *iusta causa* o

¹⁹¹ Sovente sostituito con '*fiduciae causa*' (cfr. A. PERNICE, *Labeo*, II.2.1, cit., 339, nt. 1, sia pur dubbioso; M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 123 ss.), ma da R. SCEVOLA, '*Negotium mixtum cum donatione*', cit., 187 s. e nt. 20, semplicemente espunto.

¹⁹² Cfr. R. SCEVOLA, '*Negotium mixtum cum donatione*', cit., 187 s. e nt. 20, il quale così restituisce la prima parte del testo: *Idem Aristo ait, si [donationis causa] mancipio detur servus <alienus> in hoc, ut post quinquennium manumittatur, [sit autem alienus] posse dubitari an usucapiatur, quia donationis interveniret.*

¹⁹³ Eliminata da M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 123 ss., aspramente criticato da S. DI PAOLA, *Sulla struttura*, cit., 188.

¹⁹⁴ Cfr. quanto detto al cap. III.

¹⁹⁵ Cfr. P. BONFANTE, *La 'iusta causa' dell'usucapione e il suo rapporto colla 'bona fides'*, in *Scritti giuridici varii*, II, cit., 469 ss. (già in *RISG*, XV, 1893, 161 ss.); L. VACCA, *Osservazioni in tema di 'iusta causa' e 'bona fides' in relazione all'usucapio pro derelicto*, in *Possesso*, cit., 23 ss. (già in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, 775 ss.).

*titulus*¹⁹⁶, ossia, approssimativamente, l'idoneità in astratto dell'atto che aveva fatto ottenere il possesso del bene a giustificare l'acquisto della proprietà¹⁹⁷.

In quest'ottica di valorizzazione dell'atto negoziale posto in essere dalle parti, la riflessione giurisprudenziale giunse a configurare una serie di tipizzazioni casistiche, ove «la presenza di alcune circostanze oggettive [era] sufficiente a giustificare la buona fede di non ledere il diritto altrui e di acquistare il bene 'a buon diritto'»¹⁹⁸.

Tali ipotesi sono enumerate da Paolo in un noto passo del suo commentario editale¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 423. Sulla pluralità di significati che la nozione di *iusta causa usucapionis* pare assumere nelle fonti, cfr. M. LAURIA, 'Usus', in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, IV, Napoli, 1953, 504 s.

¹⁹⁷ In altre parole, come ebbe modo di scrivere L. VACCA, voce *Usucapione*, cit., 151, «non è più sufficiente ... che il possesso si svolga indisturbato per il periodo di tempo richiesto dalla legge su un bene usucapibile, ma è necessario che l'acquisto di tale possesso avvenga in dipendenza da una situazione riconosciuta dall'ordinamento come idonea a fondare l'acquisto del dominio, e con il convincimento soggettivo di non ledere il diritto del proprietario». Al lavoro della studiosa si rinvia anche per ogni approfondimento circa l'emersione di tali due requisiti, nonché in ordine al problema del loro rapporto. Non è certo questa la sede per dar conto del (complesso) percorso che portò i giuristi ad individuare questi due fattori quali ulteriori (ed autonomi) requisiti per l'acquisto tramite usucapione. Basti qui rilevare come le origini di un simile processo siano collocabili temporalmente all'ultima età repubblicana. Per quanto concerne la *bona fides*, si connettono al delinarsi sempre più preciso della fattispecie delittuosa del *furtum* e, segnatamente, della nozione di *res furtivae*, come tali inusucapibili (cfr. L. VACCA, voce *Usucapione*, cit., 153. Sul *furtum*, cfr., per tutti, B. ALBANESE, voce *Furto (introduzione storica)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 313 ss.; I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di 'furtum'. 'Qui sciens indebitum accipit'*, Milano, 2006; C. PELLOSO, *Studi*, cit., 135 ss.; M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di 'furtum'. Genesi, sviluppi, vicende*, Napoli, 2008.). Mentre per ciò che riguarda il concetto di *iusta causa*, la ragione è legata all'introduzione dell'Editto Publiciano (cfr. P. BONFANTE, *L'Editto Publiciano*, in *Scritti giuridici varii*, II, cit., 389 ss.; L. VACCA, *Il c.d. 'duplex dominium' e l'actio Publiciana*, in *Possesso*, cit., 97 ss. (già in *La proprietà e le proprietà. Atti del Convegno della Società Italiana di Storia del diritto [Pontignano, 30 settembre - 3 ottobre 1985]*, a cura di E. Cortese, Milano, 1988, 39 ss.), 99 ss.; A. BURDESE, *Editto Publiciano e funzioni della compravendita romana*, in *Vendita e trasferimento*, cit., 119 ss.), che permise al pretore di dar protezione *erga omnes* – tramite l'*actio Publiciana* e l'*exceptio rei venditae* – a situazioni possessorie discendenti da una *traditio ex iusta causa* o dall'acquisto in buona fede (tramite *traditio* o *mancipatio*) a non domino destinate a 'stabilizzarsi' nel tempo giusta proprio l'*usucapio*. Cfr. a tali riguardo Gai 2.44: *Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est*, su cui v. L. VACCA, 'Iusta causa' e 'bona fides' nell'*usucapio* romana a proposito del titolo 'pro suo', in *Possesso*, cit., 50 s. (già in 'Sodalitas'. *Scritti in onore di A. Guarino*, IV, Napoli, 1984, 1955 ss.), con letteratura.

¹⁹⁸ Così L. VACCA, voce *Usucapione*, cit., 159.

¹⁹⁹ In tali casi, *bona fides* e *iusta causa* si sovrappongono e si intrecciano, sino quasi a confondersi. Tuttavia, il rapporto tra tali due dimensioni muta nel tempo e in relazione alle singole *causae* (cfr. L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano, 1961, 210 ss.; TH. MAYER-MALY, *Das Putativtitelproblem bei der 'usucapio'*, Graz-Köln, 1962, *passim*; H. HAUSMANINGER, *Die 'bona fides' des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1964, *passim*; L. VACCA, *Osservazioni*, 30 ss.). Se per le attribuzioni derivanti dall'intervento magistratuale «la causa del possesso *ad usucapionem* è assorbente rispetto alla buona fede» (L. VACCA, voce *Usucapione*, cit., 160), diverso è il discorso per i casi in cui si frapponga un atto di trasferimento in esecuzione ad un più ampio programma negoziale (che funge da fondamento per l'acquisto

Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.3.21: *Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit, velut pro emptore: pro donato: pro legato: pro dote: pro herede: pro noxae dedito: pro suo, sicut in his, quae terra marique vel ex hostibus capimus vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus. Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae.*

Tra di esse spicca, per quanto qui d'interesse, la menzione della donazione (*usucapio pro donato*)²⁰⁰. Le fonti di cui disponiamo testimoniano che per il

della proprietà). In tali circostanze – statisticamente ben più frequenti – «deve sussistere, al momento dell'acquisto del possesso, l'accordo delle parti sull'assetto di interessi che sta a base del trasferimento» (così M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 426). È questo l'approdo della riflessione giurisprudenziale raggiunto in epoca severiana, ove si richiede il titolo effettivo. Tale impostazione è poi ribadita da Giustiniano, come si evince dalla lettura di I. 2.6.11: *Error autem falsae causae usucapionem non parit. veluti si quis, cum non emerit, emisse se existimans possideat: vel cum ei donatum non fuerat, quasi ex donatione possideat.* A riguardo, cfr. P. BONFANTE, *La 'iusta causa'*, cit., 525 ss.; L. VACCA, *Osservazioni*, cit., 29; EAD., *'Iusta causa'*, cit., 61 ss., la quale riduce la contrapposizione, quantomeno con riguardo all'*usucapio pro suo*, tra il punto di vista di Paolo (cfr. Paul. 54 *ad ed.* D. 41.4.2 pr.; D. 41.8.2; 2 *man.* D. 41.3.48) e quello di Pomponio (Pomp. 32 *ad Sab.* D. 41.10.4), i quali giungono a soluzioni nel merito coincidenti, seppur attraverso percorsi argomentativi distinti. In precedenza, infatti, alcuni giuristi – tra cui Proculo, Nerazio, Africano e Pomponio (Proc. 7 *epist.* D. 23.3.67; Ner. 5 *membr.* D. 41.10.5 pr.; Afr. 7 *queaest.* D. 41.4.11; Pomp. 22 *ad Sab.* D. 41.10.3; 32 *ad Sab.* D. 41.10.4.2) – si erano attestati su posizioni meno nette circa la sussistenza della *iusta causa*, ammettendo talvolta la possibilità di usucapire anche qualora il possidente ritenesse, per un errore tuttavia scusabile (*tolerabilis error*), la sussistenza di un *titulus* invero mancante, ma pur sempre considerato idoneo dall'ordinamento all'*usucapio*. Rispetto a tali ipotesi le fonti parlano di *usucapio pro suo*, realizzata cioè da chi possiede una cosa credendo gli appartenga (*cum suum esse existimaret, possederit*), si legge in Ner. 5 *membr.* D. 41.10.5.1). Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 426; L. VACCA, *'Iusta causa'*, cit., 52 ss., dalle cui indagini in materia spicca l'impostazione prettamente casistica dei giuristi romani nella materia in considerazione. Dal che, discende l'erroneità di impostazione – cui fanno seguito letture distorte delle fonti – di coloro che discutono a riguardo di titolo putativo (cfr. P. VOCI, *Modi*, cit., 203 ss., che divide i giuristi romano in chi l'ammette e chi lo nega), e non di *usucapio pro suo*. A proposito v. anche J. VENDRAND-VOYER, *'Possessio pro suo'*, in *'Sodalitas'*, III, cit., 1403 ss.; L. WINKEL, *'Usucapio pro suo' and the Classification of the 'causae usucapionis' by the Roman Jurists*, in *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for B. Nicholas*, Oxford, 1989, 223 ss. Contro la ricostruzione di Nerazio circa la rilevanza dell'errore scusabile, in carenza di titolo, pare porsi già Celso, come ricorda Ulp. 31 *ad Sab.* D.41.3.27. Su tale testo v. V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, 13 ss., e, ancora L. VACCA, *'Iusta causa'*, cit., 66 ss., la quale attribuisce caratteri assai meno netti alla contrapposizione tra i due giuristi: anzi, a suo dire, se una controversia vi era, questa divideva Celso e Giuliano e verteva in materia di *usucapio pro dote*, e non Celso e Nerazio, in ordine all'*usucapio pro emptore*.

²⁰⁰ I giuristi discutono di questo titolo quando la donazione è compiuta mediante un atto in astratto idoneo a trasferire la proprietà, che per circostanze contingenti non in è grado di produrre tale effetto (si rammenti che la *causa donandi* costituisce titolo idoneo perché la semplice *traditio* di *res nec Mancipi* determini il trasferimento della proprietà: cfr. P. VOCI, *'Iusta causa traditionis'*, cit., 147; S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 304 ss.). In buon sostanza, dunque, nei casi di *traditio* di *res Mancipi* o di *traditio* e *mancipatio* di *res alienae* (non invece quando la consegna costituisce l'adempimento di un'obbligazione precedentemente assunta). Cfr. a riguardo Marcell. 22 *dig.* D. 41.6.2; Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.2.7.3; Pomp. 24 *ad Q. Mucium* D. 41.6.3. Come noto, infatti, Roma non conosce la donazione come un negozio autonomo tipico. Per realizzare un'attribuzione patrimoniale senza corrispettivo (mossa da spirito di liberalità), si ricorre ad una pluralità di

realizzarsi dell'*usucapio pro donato* non bastava che l'accipiente fosse convinto di ricevere *donationis causa*, ma doveva sussistere anche l'*animus donandi* in capo al disponente e, soprattutto, la donazione non doveva essere nulla²⁰¹ (ad esempio per violazione delle disposizioni in tema di donazioni tra coniugi²⁰²).

operazioni negoziali, tanto ad effetti obbligatori, quanto ad effetti reali (ma non solo, anche liberatori: v. ad esempio l'*acceptilatio*). In questo contesto, dunque, può anche accadere che il donante si obblighi, tramite *stipulatio*, ad un *dare* a favore del donatario: qualora il promittente/donante, per assolvere questo dovere, consegnasse una *res Mancipi* o una *res aliena*, la dottrina discute se i giuristi romani riconoscessero l'operare del titolo *pro donato* (così P. VOCI, *Modi*, cit., 182 e 185) ovvero quello *pro soluto* (L. VACCA, voce *Usucapione*, cit., 167 s.). Tale aspetto, tuttavia, non interessa ai fini della presente indagine, sebbene la seconda tra le opzioni ricostruttive appaia più convincente.

²⁰¹ Si rammentino le parole di L. VACCA, voce *Usucapione*, cit., 168: «in questo contesto negoziale la buona fede dell'accipiente non è sufficiente a giustificare (nel caso di *res Mancipi* o di *res aliena*) l'acquisto per usucapione. Infatti, nel caso di donazione non è possibile scindere l'acquisto del possesso dalla causa negoziale della *traditio*, per cui se il tradente non aveva l'*animus donandi*, o se la donazione era nulla, l'acquisto del possesso è, di regola, oggettivamente viziato». A proposito si v. anche P. VOCI, '*Iusta causa traditionis*' e '*iusta causa usucapionis*', in *SDHI*, XV, 1949, 166 ss. Secondo una vecchia tesi – proposta da W. HAMEAUX, *Die 'usucapio' und 'longi temporis praescriptio'*. Eine historisch-dogmatisch Erläuterung der const. un. Cod. de usuc. transf. etc. (7.31), Giessen, 1835, 161 ss., e sostenuta da voci assai autorevoli (tra cui C.-A. PELLAT, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements et particulièrement sur l'usufruit*, Paris, 1836, 555; C. APPLETON, *Histoire*, cit., 321; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 402 s.) –, in caso di *usucapio pro donato* la buona fede del possidente non deve essere soltanto iniziale, come per ogni altra ipotesi di usucapione, bensì perpetua (cioè perdurante per tutto il tempo necessario per l'acquisto). Gli appigli testuali di questa ricostruzione sono esigui e si riducono, in buona sostanza, ad un accenno che a riguardo si potrebbe scorgere in una costituzione di Giustiniano del 531 d.C. (in C. 7.31.1.3), in un passaggio di I. 2.16.13, e in un inciso contenuto in un testo di Ulpiano (Ulp. 16 ad ed. D. 6.2.11.3). Di recente, sul tema si è soffermato C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, *El problema de la buena fe en la 'usucapio pro donato'*, in *Index*, XXIX, 2001, 21 ss. (al quale si rinvia anche per la bibliografia di dettaglio), che ha convincentemente dimostrato, per un verso, come i primi due testi evocati «no parece indicado deducir un trato de mayor rigor para el que está usucapiendo a partir del título *pro donato*» (p. 354); per un altro verso, come il caso affrontato da Ulpiano – concernente l'esperibilità da parte del donatario dell'*actio Publiciana* in rapporto alla prole di un'*ancilla furtiva*, in relazione alla consapevolezza o meno in ordine alla provenienza di quest'ultima – presenta peculiarità tali da escludere qualsivoglia estensione della soluzione ivi prospettata (su cui peraltro gravano anche sospetti di manipolazioni postclassiche: cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 514) ad ogni ipotesi di *usucapio pro donato*. Lo studioso iberico ha dunque concluso in questi termini la propria ricerca (p. 354): «Lo que queda fuera discusión es que la tesis que defendía Hameaux y que, a partir de Pellat, sigueiron otros, según la cual el título *pro donato* exigía la buena fe perpetua carece de base en los textos». Del resto, come non ha mancato di notare P. VOCI, *Modi*, cit., 175, «meraviglierebbe, infatti, se una eccezione a un principio tanto importante e noto non fosse mai direttamente testimoniata dalle fonti».

²⁰² Normalmente '*si inter virum et uxorem donatio facta sit cessat usucapio*': così si legge in Paul. 54 ad ed. D. 41.6.1.2, su cui v. G. NICOSIA, *Donazione fra coniugi e 'usucapio pro donato'*, in *AG*, CLI, 1956, 67 ss. (il medesimo discorso vale per la donazione fatta dal *pater* al *filius*: cfr. Iul. 44 dig. D. 41.5.2.2 e v. P. VOCI, '*Iusta causa traditionis*', cit., 166 e nt. 32). Tuttavia, quando la cosa donata è di un terzo e il donante non ha subito alcun impoverimento (v. Pomp. ad Q. *Mucium* D. 41.6.3; Ter. Clem. 5 ad leg. Iul. et. Pap. D. 24.1.25), ovvero se la *res* donata è del coniuge, ma a porre in essere la donazione è stato un terzo e tutti i protagonisti di questa vicenda ignorano che la cosa è del coniuge (Ner. 5 membr. D. 24.1.44), l'usucapione può '*procedere*'.

Il che si coglie senza troppi sforzi dalla lettura del seguente testo di Paolo:

Paul. 54 *ad ed.* D. 41.6.1 pr.: *Pro donato is usucapit, cui donationis causa res tradita est: nec sufficit opinari, sed et donatum esse oportet.*

Ma ancor più osservando il seguente squarcio del commentario ulpiano *ad Sabinum*, ove il giurista di Tiro riporta il ragionamento di Celso²⁰³.

Ulp. 31 *ad Sab.* D. 41.3.27: *Celsus libro trigensimo quarto errare eos ait, qui existimarent, cuius rei quisque bona fide adeptus sit possessionem, pro suo usucapere eum posse nihil referre, emerit nec ne, donatum sit nec ne, si modo emptum vel donatum sibi existimaverit, quia neque pro legato neque pro donato neque pro dote usucapio valeat, si nulla donatio, nulla dos, nullum legatum sit, idem et in litis aestimatione placet, ut, nisi vere quis litis aestimationem subierit, usucapere non possit.*

Distillando da questo testo ciò che più interessa, vale la pena di notare come Celso riaffermi il principio per cui non è possibile usucapire solo sulla scorta della circostanza per cui l'acquisto del possesso è avvenuto in buona fede. In caso di dote, legato o donazione – ipotesi che, evidentemente, destavano le maggiori discussioni in seno alla *iuris prudentia* romana²⁰⁴ –, se l'atto attributivo è nullo, allora non è nemmeno prospettabile un acquisto *ex usucapione*²⁰⁵.

Tirando le somme, si è appurato che la donazione costituisce una *iusta causa usucapionis* in caso di trasferimento di una *res a non domino*. Tuttavia, unitamente alla buona fede dell'accipiente (la quale non deve perdurare per l'intero periodo necessario all'acquisto), occorre che l'atto di trasferimento non sia nullo – ad esempio in quanto confliggente con norme imperative – e che l'alienante sia spinto a fare ciò da *animus donandi* (non bastando, in questo caso, la mera convinzione del possidente).

Alla luce di queste considerazioni, meglio si comprendono i termini del dubbio che agitava Aristone (e con lui Pomponio), ricordato da Ulpiano nel passo da cui si è partiti.

2.2 Circa l'(in)esistenza del titolo d'usucapione 'pro fiducia' e sulla divisione degli effetti del possesso nella 'fiducia'

Ebbene il nodo problematico su cui si appunta l'attenzione del giurista traiano in D. 39.5.18.2 concerne l'usucapibilità di quel *servus* trasferito *a non domino* in un'operazione negoziale di carattere fiduciario tesa però (anche) a realizzare una causa donativa (v. anche D. 39.5.18.1).

²⁰³ Sul testo v. V. SCARANO USSANI, *Valori*, cit., 13 ss.; L. VACCA, *Iusta causa*, cit., 66 ss.,

²⁰⁴ Cfr. L. VACCA, *Iusta causa*, cit., 71 e nt. 41.

²⁰⁵ Cfr. L. VACCA, *Iusta causa*, cit., 71.

Ed è esattamente in relazione a questo 'dettaglio' che sorge il dubbio di Aristone, come si evince dall'inciso '*quia aliquid donationis interveniret*'.

Questo, peraltro, implica che la *fiducia* non fosse ritenuta dall'ordinamento titolo idoneo per l'usucapione della *res* trasferita: in caso contrario, il giurista traiano non avrebbe avuto motivo di porsi il dubbio²⁰⁶.

Che la *fiducia* non avesse una simile portata, non stupisce poi molto.

Come più volte segnalato, infatti, ogni trasferimento fiduciario era per sua natura volto a creare una situazione di appartenenza programmata come temporanea, discendente cioè da una prima attribuzione che si fondava – e trovava giustificazione – sul prospettato suo venir meno²⁰⁷.

Sicché, mal si conciliava con questa finalità, che pervadeva tutti i fenomeni fiduciari, il 'fondamento' dell'*usucapio*: modo di acquisto della proprietà volto a «dare certezza all'appartenenza dei beni»²⁰⁸, facendo combaciare la situazione di fatto (la disponibilità materiale, protratta nel tempo e indisturbata, della *res*) con quella di diritto (la titolarità della medesima *res*).

D'altro canto, che la *fiducia* non costituisse un valido titolo per l'usucapione – come buona parte della dottrina ha sostenuto²⁰⁹ – si evince anche dal fatto che, per perfezionare tale negozio, non era possibile ricorrere alla *traditio*, per tutte le ragioni viste in occasione del primo capitolo di questa ricerca.

Da ciò risulta che la causa fiduciaria non costituiva una *iusta causa traditionis*, le cui connessioni con l'elaborazione giurisprudenziale della *iusta causa usucapionis* sono state più volte segnalate.

Oltre a queste considerazioni, si è visto nel capitolo dedicato alla *fiducia* attuata a scopo di deposito (cap. II) che il fiduciario non poteva usucapire la *res fiduciae accepta*, giacché il possesso *ad usucapionem* di quest'ultima rimaneva sempre in capo al fiduciante²¹⁰.

Si è inoltre ipotizzato che questo effetto fosse in qualche modo legato alla natura nuncupativa originaria dei trasferimenti fiduciari.

²⁰⁶ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 75 ss., offre una diversa lettura del frammento (e una diversa dimensione del dubbio di Aristone), che verrà esaminata *infra*.

²⁰⁷ C. LONGO, '*Fiducia cum creditore*', in *Per il XIV centenario*, cit., 799; R. LAMBERTINI, *Testi*, cit., 99 s.

²⁰⁸ L. VACCA, voce *Usucapione*, cit., 132.

²⁰⁹ Cfr. O. GEIB, '*Actio fiduciae*' und *Realvertrag*, in *ZSS*, XXI, 1887, 117; A. PERNICE, *Labeo*, II.1.2, cit., 339, nt. 1; ID., *Labeo*, III.1, cit., 131; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. I. Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen*, Leipzig, 1908, 163, nt. 44; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 189; M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 123 ss.

²¹⁰ Iul. 13 dig. D. 41.2.36

3 'Fiducia' e 'causa donationis'

Ci si può finalmente chiedere cosa accadeva se in un'operazione fiduciaria trovava spazio una causa donativa (la quale si concretizzava nello sfruttamento accordato all'accipiente dello schiavo per il quinquennio che precedeva la sua liberazione), sì da rendere tale negozio un *negotium mixtum cum donatione*.

Si tratta del caso prospettato in D. 39.5.18.2.

È possibile – in altre parole – immaginare che, per via di quel periodo di tempo (cinque anni) in cui sussisteva un'attribuzione liberale a favore dell'accipiente, questi potesse altresì acquistare quello schiavo di cui ignorava (quantomeno inizialmente) l'alienità tramite *usucapio pro donato* (schiavo, peraltro, che doveva poi manomettere)?

La domanda – sia pur, come visto, collocata probabilmente in un contesto ove Ulpiano rifletteva (peraltro in tema di precario) circa i mutamenti di disciplina giuridica che un intento liberale poteva determinare – non ha una rilevanza meramente accademica, giacché la risposta influisce in maniera assai consistente sulla situazione che si verrebbe a creare, non da ultimo in ordine agli eventuali obblighi restitutori gravanti sull'accipiente nei confronti del vero proprietario dello schiavo²¹¹.

A questo, punto, si presentano due possibili strade in ordine all'usucapione del *servus alienus*.

Da un lato, potrebbe venir accordata l'usucapione del fiduciante, che conservava la *possessio ad usucapionem* del bene (v. quanto si è detto in precedenza in relazione a Iul. 13 *dig.* D. 41.2.36 e Macer 1 *de app.* D. 2.8.15.2).

Dall'altro lato, anche rispetto al donatario/fiduciario si potrebbero prospettare ragioni giuridiche tali da giustificare l'acquisto della *res*, giusta il titolo *pro donato*.

Ma, accanto alla posizione del fiduciante, che vuole veder l'operazione concludersi come auspicato (ossia con la liberazione dello schiavo, preceduta dal godimento di esso da parte dell'accipiente), e a quella del fiduciario, che vuole semplicemente essere legittimato a trattenere per sé le opere del servo compiute durante il quinquennio precedente alla *manumissio*, si presenta sullo sfondo anche quella del vero proprietario.

Un soggetto evidentemente interessato semmai a riavere il *servus* unitamente ad un conguaglio economico per quanto da questi compiuto *medio tempore*.

²¹¹ Cfr. a proposito R. SCEVOLA, '*Negotium mixtum cum donatione*', cit., 189 s., sebbene non mi convinca l'idea da questi palesata secondo cui «l'elemento fondamentale che viene in rilievo nel § 2 va individuato proprio nell'imputazione delle opere rese dallo schiavo durante il quinquennio di permanenza presso l'accipiens», pur invece condividendo – ma non potrebbe essere altrimenti – l'appunto per cui nel caso esaminato «il giurista non presenta il caso del *servus alienus* per soddisfare una mera esigenza di completezza casistica».

La scelta dell'una o dell'altra strada presenta profili di primaria importanza rispetto alla soluzione degli eventuali conflitti tra questi soggetti e rispetto alla realizzazione dei rispettivi intenti negoziali.

3.1.1 Prima possibilità: 'usucapio' del fiduciante

Qualora si accedesse infatti alla ricostruzione per cui l'elemento donativo non inciderebbe sull'ordinario regime previsto in tema di *possessio ad usucapionem* del fiduciante, sarebbe proprio quest'ultimo – trascorso il tempo necessario e in presenza degli altri requisiti – a divenire proprietario dello schiavo, invero già trasferito *fiduciae causa*.

Il che, tutto sommato, presenterebbe degli aspetti positivi anche per il fiduciario, il quale, se convenuto in un giudizio di rivendica dal vero proprietario, non dovrebbe restituire il controvalore delle prestazioni svolte dal *servus* e da lui godute.

Anzi, visto che si computava anche il tempo in cui il fiduciante aveva posseduto prima all'alienazione, l'*usucapio* dello stesso sarebbe giunta ben prima di quella (*pro donato*) a favore del fiduciario, il cui decorso iniziava solo con il trasferimento del *servus alienus*.

Tuttavia, se il fiduciante non fosse stato in possesso dei requisiti per usucapire, il fiduciario (preclusa l'*usucapio pro donato*), anche dopo cinque anni sarebbe rimasto esposto alle pretese del *dominus*.

Inoltre, quand'anche la proprietà fosse stata acquistata dal fiduciante, la *manumissio* eventualmente posta in essere dal fiduciario (si rammenti che non è *dominus ex iure Quiritium*) non avrebbe avuto piena efficacia *iure civili*, conducendo così a notevoli complicazioni.

Ammettendo per un momento che l'acquisto della proprietà del *servus* in capo al fiduciante/donante 'tramuti' la posizione del fiduciario/donatario – che ha la disponibilità della *res* e che, giusta appunto la sussistenza di una *causa donationis*, potrebbe (probabilmente) esperire l'*actio Publiciana* (cfr. Marcell. 22 *dig.* D. 41.6.2; Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.2.7.3; Pomp. 24 *ad Q. Mucium* D. 41.6.3) – in una situazione di '*in bonis habere*', gli effetti dell'affrancamento sarebbero stati sì riconosciuti dal pretore, ma lo schiavo non avrebbe acquisito la cittadinanza romana, bensì sarebbe ricaduto in una posizione identica a quella dei *Latini colonarii*²¹², come testimonia:

Tit. Ulp. 1.16: *Qui tantum in bonis, non etiam ex iure Quiritium servum habet, manumittendo Latinum facit ...*

²¹² Cfr. Gai 1.17; 35 e 167; Tit. Ulp. 1.16 e 22.8, nonché, in letteratura, A. STEINWENTER, voce 'Latini Iuniani', in *PWRE*, XII, Stuttgart, 1925, 916; B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 52 s.; L. VACCA, *Il c.d. 'duplex dominium'*, cit., 129.

Onde evitare ciò, il fiduciante e proprietario dello schiavo sarebbe stato costretto ad affrancarlo a sua volta, facendolo però diventare suo liberto (evento che magari costui, proprio servendosi della *f.m.c.*, voleva evitare), come risulta dal seguente testo di Gaio.

Gai 1.35: ... *ergo si servus in bonis tuis, ex iure Quiritium meus erit, Latinus quidem a te solo fieri potest, iterari autem a me, non etiam a te potest et eo modo meus libertus fit. sed et ceteris modis ius Quiritium consecutus meus libertus fit. bonorum autem, quae [...], cum is morietur, reliquerit, tibi possessio datur, quocumque modo ius Quiritium fuerit consecutus. quod si cuius et in bonis et ex iure Quiritium sit, manumissus ab eodem scilicet et Latinus fieri potest et ius Quiritium consequi*

Ciò detto, si può vagliare la seconda ipotesi, quella per cui è ammessa l'*usucapio pro donato* del fiduciario.

3.1.2 Seconda possibilità: 'usucapio' del fiduciario

Tali 'inconvenienti' non vi sarebbero stati qualora si fosse ammessa l'*usucapio (pro donato)* del fiduciario sul bene trasferitogli.

La *mancipatio* fiduciaria, sebbene avente ad oggetto una *res aliena*, non era infatti nulla. Produceva comunque i suoi effetti obbligatori, come peraltro si evince dal seguente testo di Ulpiano, che la miglior dottrina riconduce alla materia fiduciaria²¹³:

Ulp. 30 *ad ed.* D. 13.7.22.2: *Si praedo rem [pignori] <fiduciae> dederit, competit ei et de fructibus [pigneraticia] <fiduciae> actio, quamvis ipse fructus suos non faciet (a praedone enim fructus et vindicari extantes possunt et consumpti condici): proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit.*

Qui è prospettato il caso di un ladro che trasferisce a scopo di garanzia la *res rubata* e che, secondo il giurista di Tiro, avrebbe potuto comunque agire nei confronti del creditore – tramite l'*actio fiduciae* nascente dal negozio – per ottenere i frutti da questi percepiti. Questa possibilità viene ammessa nonostante i frutti non gli spettino, in quanto possessore di mala fede. Tuttavia, egli potrà giovare della circostanza per cui il creditore, a cui ha trasferito la cosa non sua, è '*bona fide possessor*'²¹⁴.

Del resto, anche Iul. 13 *dig.* D. 41.2.36 – su cui ci si è già soffermati in precedenza²¹⁵ – presuppone un'ipotesi di *fiducia* perfezionata con un trasferimento *a non domino*.

²¹³ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 618. Sul testo si è già speso qualche parola *supra*, cap. II, par. 12, nt. 277.

²¹⁴ Cfr. A. BISCARDI, *Appunti*, cit., 57 s. e 133; N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 115 s.

²¹⁵ Cap. II, par. 12.

Ciò posto, si è poc'anzi riferito che l'*usucapio pro donato* si realizzava non solo quando l'accipiente era convinto di ricevere *donationis causa*, ma anche in presenza dell'*animus donandi* in capo al disponente.

Ed è, io credo, a questo elemento che allude quel '*donationis causa*' contenuto nella primissima parte di 39.5.18.2, sia pur variamente sospettato di essere spurio.

È vero che, a distanza di qualche frase, Ulpiano nuovamente si riferisce alla donazione ('*aliquid donationis interveniret*'), ma mi sembra che in quest'ultimo frangente lo sguardo del giurista sia puntato all'effetto dell'operazione (l'arricchimento del fiduciario), e non tanto sullo spirito di liberalità che aveva animato il fiduciante ad accordarsi circa un affrancamento *post quinquennium* dello schiavo²¹⁶.

In quest'ordine di idee, dunque, non mi convince la restituzione del testo di Walter Erbe e di Mario Amelotti²¹⁷, i quali a '*donationis causa*' sostituiscono '*fiduciae causa*', giacché si tratterebbe di un'inutile precisazione²¹⁸.

Parimenti, non sono persuaso da quella avanzata da Roberto Scevola, che espunge come insiticio '*donationis causa*'²¹⁹. Ad avviso di quest'ultimo, infatti, «dal punto di vista logico il giurista traiano non avrebbe avvertito la necessità di introdurre un richiamo all'esistenza della *causa donationis*, perché, alla stregua dell'interpretazione tipica attraverso la quale avrebbe dovuto darsi rilievo all'intento pratico delle parti così come esteriormente riconoscibile, la liberalità avrebbe afferito alla situazione giuridica dello schiavo verificatasi durante il quinquennio e con riferimento esclusivo all'imputazione delle sue *operae*; di converso, non sarebbe stata ipotizzabile un'estensione del profilo donativo all'intera fattispecie giacché, in tal caso, la struttura negoziale della medesima sarebbe stata irrimediabilmente pregiudicata»²²⁰.

Invero, credo che proprio il dubbio posto dal caso osservato (ossia se il fiduciario potesse o meno *usucapire pro donato*) imponeva di specificare che l'*animus donandi* sussistesse in capo al disponente, allorquando aveva accordato

²¹⁶ Del resto, D. 39.5.18.1 si chiude con l'affermazione di Pomponio per cui serve osservare lo scopo perseguito dalle parti per determinare se un *negotium* sia o meno *mixtum cum donatione*: il che sembra dunque imporre a Ulpiano di chiarire che, per quanto concerne il caso *sub* § 2 (centrato sull'alienità del servo), non si pongono dubbi interpretativi in merito allo scopo condiviso e perseguito dalle parti circa l'attribuzione liberale del quinquennio (diversa l'impostazione di R. SCEVOLA, '*Negotium mixtum cum donatione*', cit., 187 s.).

²¹⁷ W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 189; M. AMELOTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 123.

²¹⁸ Peraltro assente nel frammento precedente, ove è pur menzionata la medesima operazione negoziale.

²¹⁹ R. SCEVOLA, '*Negotium mixtum cum donatione*', cit., 187 s. e nt. 20. Del pari non mi convince la proposta di eliminare l'inciso '*sit autem alienus*', a cui fa da contraltare la proposta di aggiunta di '*alienus*', nella primissima parte del § 2, prima di '*servus*': trattandosi di una modifica inutile e non suffragata da argomentazioni rilevanti.

²²⁰ Così R. SCEVOLA, '*Negotium mixtum cum donatione*', cit., 187, nt. 20.

l'uso dello schiavo per un quinquennio. Se così non fosse stato, mancherebbe un requisito per l'acquisto *pro donato*.

Mi pare proficuo, a questo riguardo, ricordare le parole di Gian Gualberto Archi, il quale – rispetto proprio al testo in analisi – ha affermato come «il *donare* e il *negotium gerere* si susseguono nel decorso del tempo entro la stessa fattispecie», sebbene «mai avrebbero potuto coesistere per la contraddizione che separa i due termini». In quest'ottica, lo studioso sottolinea come «più che mai, in questo frammento di Ulpiano, ciò che ispira le soluzioni dei giuristi è la sottile analisi degli intenti perseguiti dalle parti»²²¹.

Accordare dunque l'*usucapio pro donato* avrebbe sì, forse, 'ritardato' la definitiva uscita del *servus* dal patrimonio del proprietario – in tal modo esponendo il fiduciario al rischio di un'azione giudiziale di quest'ultimo, dall'esito per lui negativo –, ma in qualche modo sarebbe stato rispettato l'intento concretamente perseguito dalle parti e l'esito naturalmente auspicato del progetto negoziale, ossia la liberazione dello schiavo dopo il godimento quinquennale delle sue *operae* da parte dell'accipiente.

Tuttavia, il problema che Aristone probabilmente più percepiva era che nel programma negoziale il servo non rimaneva al donatario, dovendo da questi essere liberato (obbligo sanzionato da *actio fiduciae*). Questa temporaneità, evidentemente, strideva con la concessione dell'*usucapio (pro donato)*. Del pari anche la regola 'standard' in tema di *possessio ad usucapionem* del fiduciante era parimenti insoddisfacente, visto che tale soggetto non ambiva affatto a trattenere per sé lo schiavo (come invece accadeva nella *fiducia* a scopo di 'deposito').

Anche qui, la costruzione dommatica e i relativi schemi normativi si pongono in un certo qual modo in conflitto con la vita concreta e la volontà dei contraenti. Di questo Aristone ne tiene conto, accordando – a quanto si desume dalla parte finale del brano²²² – l'*usucapio pro donato* al fiduciario.

Ma lo stesso genere di questioni, ci dice ancora Ulpiano, si presentava anche in materia di donazioni *mortis causa*, come rilevato da Pomponio (*'hoc genus quaestionis in mortis causa donationibus versari Pomponius ait'*), che mostra di aderire alla tesi di Aristone, accordando l'*usucapio* al donatario, come si evince dalla chiusa del passo.

²²¹ Così G.G. ARCHI, 'Donare' e 'negotium gerere', in *Studi in onore di E. Volterra*, I, Milano, 1971, 688; negli stessi termini già ID., 'Animus donandi', in *Atti di Congresso Internazionale di Diritto romano e di Storia del diritto (Verona, 27-29 settembre 1948)*, III, Milano, 122 ss.; ID., *La donazione*, cit., 38 ss. e 104 ss.

²²² Forse alterata o aggiunta da mani successive, ma che mi sembra comunque riportare il pensiero del giurista traiano, allineato stavolta a quello di Pomponio (*'et magis putat ut, si ita donetur, ut post quinquennium manumittatur, posse dici usucapionem sequi'*). Cfr. M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 123 s.; G. VON BESELER, 'Confestim - Continuo', cit., 201.

Occorre tuttavia soffermarsi su tale profilo, onde capire se dall'accostamento tra *f.m.c.* e *d.m.c.* si possa ricavare qualcosa di più rispetto all'esistenza di un comune nodo problematico in tema di *usucapio pro donato*.

3.2 L'usucapio nella 'donatio mortis causa'

L'accenno di Ulpiano al fatto che pure Pomponio, al pari di Aristone, aveva affrontato la questione dell'*usucapio* del donatario in tema di *d.m.c.* potrebbe invero dipendere dalla circostanza per cui tale operazione negoziale assumeva, per concorde volontà delle parti, 'definitiva efficacia' con la premorienza del donante rispetto al donatario.

In questa prospettiva, l'accostamento tra *d.m.c.* e *f.m.c.* in D. 39.5.18.2 non chiarirebbe alcunché circa la possibilità che la prima potesse esser realizzata (anche) ricorrendo allo schema giuridico della *fiducia*²²³.

Tuttavia, un testo di Terenzio Clemente – giurista attivo durante l'età degli Antonini, forse allievo di Giuliano²²⁴ – escerpito dal quinto dei suoi *libri ad legem Iuliam et Papiam*²²⁵ si presenta di particolare interesse.

Ter. Clem. 5 *ad l. Iul. et. Pap.* D. 24.1.25: *Sed et si constante matrimonio res aliena uxori a marito donata fuerit, dicendum est confestim ad usucapionem eius uxorem admitti, quia et si non mortis causa donaverat ei, non impediretur usucapio. Nam ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier et pauperior maritus in suis rebus fit: itaque licet mortis causa donatio interveniat, quasi inter extraneas personas fieri intellegenda est in ea re, quae quia aliena est usucapi potest.*

²²³ Come ritengono, tra gli altri, S. DI PAOLA, 'Donatio mortis causa', cit., 149 ss.; ID., *Sulla struttura*, cit., 188 ss.; U. ROBBE, *Diritto*, cit., 98 ss.

²²⁴ Di lui abbiamo poche notizie e il suo pensiero non viene mai ricordato, stando alle fonti giunteci, dai giureconsulti successivi. Gli elementi a disposizione per collocarlo temporalmente sono – come rileva C. FERRINI, *I commentarii di Terenzio Clemente e di Gaio 'ad legem Iuliam et Papiam'*, in *Opere di C. Ferrini*, II, cit., 251 – i frequenti riferimenti che egli fa a Giuliano (in D. 28.6.6, lo nomina come 'Iulianus noster', sicché è stato ipotizzato che egli ne fosse allievo), il fatto che si servì dei *digesta* di quest'ultimo giurista in tema di leggi caducarie e il suo inserimento, nell'indice fiorentino, tra Mauriciano e Africano (cfr. anche P. KRÜGER, *Geschichte*, cit., 198; W. KUNKEL, *Herkunft*, cit., 177 ss.). Sono pochi i suoi frammenti raccolti nel Digesto di Giustiniano (cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., cc. 335 ss.), in particolare tenendo conto dell'ampiezza del suo commentario alle fondamentali leggi Giulia e Papia Poppea: ad ogni modo, egli nomina una volta sola Labeone, Ottaviano e Proculo, del quale riferisce un'opinione circa il punto di vista di Servilio. Sullo stile di scrittura e sulla lingua di Terenzio Clemente, v. G. KALB, *Roms Juristen*, cit., 61 s.

²²⁵ Cfr. C. FERRINI, *I commentarii*, cit., 255 s., secondo il quale nel libro IV Terenzio Clemente si occupa di chi *ex lege nihil capere potest*, mentre nel V di chi *non totum capere potest*: «ossia, per il diritto della legge Giulia, del coniuge». Sul corpo legislativo scolpito dalla *lex Iulia de maritandis ordinibus* e dalla *lex Papia Poppea nuptialis*, cfr. R. ASTOLFI, *La 'lex Iulia et Papia'*², Padova, 1986, 1 ss.

Nel frammento viene esaminato il caso del marito che dona alla moglie, in costanza di matrimonio, una cosa altrui. Terenzio Clemente precisa come in una simile ipotesi, pur non trattandosi di *d.m.c.* ('*quia et si non mortis causa donaverat ei*'), la donataria cominci ad usucapire tale bene. Infatti lo '*ius constitutum*' che rende nulle le donazioni tra coniugi concerne solo quelle che arricchiscono la moglie e depauperano il patrimonio del marito. Sicché, persino nel caso in cui vi sia una *d.m.c.* di *res aliena*, questa deve essere intesa come una donazione tra persone estranee, e dunque può permettere l'acquisto tramite usucapione.

Il testo – in linea con quanto riportato da un altro frammento su cui già si è appuntata l'attenzione (Pomp. 24 *ad Q. Mucium* D. 41.6.3) – riporta una delle ipotesi in cui un coniuge poteva usucapire (*pro donato*) la *res* trasmessagli per spirito di liberalità dall'altro coniuge²²⁶.

Ciò che in questo momento dell'indagine si vuole porre in evidenza è il riferimento alla *d.m.c.* Nel brano or ora riprodotto si precisa che la moglie usucapiva la *res aliena* donatale anche se non era stata posta in essere nei suoi confronti una simile operazione negoziale ('*quia et si non mortis causa donaverat ei*')²²⁷: peraltro, nella chiusa del frammento, si ribadisce come '*usucapi potest*' la *res* trasferita con *d.m.c.*

Balza immediatamente agli occhi come Terenzio Clemente, a differenza di Pomponio, non si ponga alcun dubbio in ordine al riconoscimento dell'operatività – in termini generali – del meccanismo di acquisto in parola in tema di *d.m.c.* Si consideri peraltro che i due autori sono vissuti entrambi nello stesso periodo, quando al potere c'erano gli Antonini²²⁸ e si tenga del pari presente che Terenzio Clemente non mancava mai di ricordare le eventuali dispute che impegnavano (o che avevano impegnato) i *prudentes*²²⁹.

Sicché, credo si possa ragionevolmente escludere che la giurisprudenza del II secolo d.C. fosse attraversata da un dubbio generale circa l'idoneità della *d.m.c.* – in ragione della sua non definitività – di costituire valido titolo d'acquisto tramite *usucapio*.

²²⁶ Cfr. G. NICOSIA, *Donazione*, cit., 70; S. DI PAOLA, '*Donatio mortis causa*', cit., 111 s.

²²⁷ Cfr. S. DI PAOLA, '*Donatio mortis causa*', cit., 112. La validità della *d.m.c.* tra i coniugi e il rapporto con il divieto di donazioni sussistente tra gli stessi diede adito ad un ricco percorso di riflessione giurisprudenziale, come si evince da Ner. 1 *resp.* D. 39.6.43 (ove è ricordato anche il pensiero di Fulcinio Prisco), Ulp. 32 *ad. Sab.* 24.1.9.2; 24.1.11; 24.1.22: a tal riguardo, v. L. ARU, *Le donazioni*, cit., 160 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 438 ss.; ma soprattutto H. ANKUM, *Donations*, cit., 637 s.

²²⁸ Cfr. W. KUNKEL, *Herkunft*, cit., 170 ss. e 177 ss. Sulla figura e sulle opere di Pomponio, cfr. D. NÖRR, *Pomponius oder 'Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen'*, in *ANRW*, II.15, Berlin-New York, 1976, 498 ss., con letteratura.

²²⁹ Si v. in particolare D. 37.14.10, ove vengono rievocate le opinioni di Labeone e di Proculo (quest'ultimo in adesione a Servilio), nonché i vari frammenti ove è ricordato il pensiero di Giuliano D. 7.7.5; 28.5.73(72); 31.53 pr.; 35.1.62.1-2; 35.1.64 pr.; 40.9.24; 34.3.21.1; 28.6.6.

Ma allora, perché Pomponio, in D. 39.5.18.1, afferma che '*hoc genus quaestionis in mortis causa donationibus versari?*'?

La risposta credo vada ricercata rammentando che per realizzare un assetto di interessi ascrivibile alla categoria della *d.m.c.* era possibile, a Roma, ricorrere a più schemi giuridici²³⁰. Ad esempio, uno di questi era la *traditio* accompagnata da una *stipulatio* restitutoria sospensivamente condizionata (alla premorienza del donatario), che non poneva problemi circa l'usucapibilità della *res* consegnata, se *aliena* o se *res Mancipi*²³¹.

Tuttavia, se si ipotizza che la *d.m.c.* potesse essere perfezionata anche ricorrendo allo schema fiduciario – di cui si sono viste le specifiche regole in tema di *usucapio* –, viene più facile comprendere da dove e perché sorga il dubbio di Pomponio ricordato da Ulpiano (D. 39.5.18), che è del tutto identico a quello affrontato da Aristone in materia di *mancipatio ut manumittatur*.

Il nodo problematico attiene dunque al rapporto tra il regime in tema di *possessio* collegato al perfezionamento della *fiducia* e quel carattere donativo in grado di fare assumere rilevanza in seno alla medesima al titolo *pro donato*. Titolo sempre presente in una *d.m.c.*, ma che poteva anche sussistere anche in un'operazione di *f.m.c.*, qualora l'affrancamento dello schiavo venisse posticipato rispetto.

Stando così le cose, l'accostamento operato da Ulpiano tra le opinioni di Aristone e Pomponio nel passo al centro dell'attenzione è più significativo di quanto alcuni hanno pensato²³². Mi pare che da esso si possa ricavare come la *fiducia* fosse uno degli schemi negoziali che le parti potevano utilizzare per realizzare una *d.m.c.*

Parzialmente differente, rispetto a quella qui proposta, è la lettura del testo offerta da Bert Noordraven²³³, seguito sul punto da Federica Bertoldi²³⁴.

Vale la pena di spendere qualche parola.

Anche il Noordraven è convinto che nella *fiducia* permanesse in capo al fiduciante della *possessio ad usucapionem* del bene trasferito (sulla scorta di Iul. 13 *dig.* D. 41.2.36). Del pari, lo studioso olandese è convinto che questo schema negoziale poteva essere utilizzato per compiere una *d.m.c.*,

Sulla scorta di ciò, lo studioso conclude affermando che per Pomponio (e con lui Aristone) permaneva in capo al fiduciante il possesso *ad usucapionem* della *res*, quando questa era trasferita per causa di morte.

²³⁰ Cfr. H. ANKUM, *Donations*, cit., 636 s.

²³¹ H. ANKUM, *Donations*, cit., 636.

²³² Mi riferisco, ad esempio, a S. DI PAOLA, *Sulla struttura*, cit., 186 ss.

²³³ Cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 77 e 185.

²³⁴ F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 91 s.

Questo, perché, egli scrive, «die laufende Ersitzung zusammen mit der Sache übergeht»²³⁵.

Una simile lettura di D. 39.5.18.2 confligge con quella poc'anzi prospettata. Si basa, in buona sostanza, sulla convinzione per cui il verbo 'sequi' sia utilizzato con il significato di 'folgen' o 'mit übergehen'²³⁶.

Senonché, si tratterebbe di un *unicum* nelle fonti giunte sino a noi, ove l'espressione 'usucapionem sequi' indica che il titolo di cui si discute è idoneo per l'acquisto tramite usucapione. Del resto, lo stesso Noordraven è consapevole di ciò, ma è comunque convinto che «das Wort sequi in diesem Text anders verstanden werden muß»²³⁷.

Sono diversi i testi che si possono citare a suffragio di quanto detto. Riporto di seguito i più significativi:

Tryph. 9 disp. D. 47.2.87(86): *Si ad dominum ignorantem perveniret res furtiva vel vi possessa, non videatur in potestatem domini reversa, ideo nec si post talem domini possessionem bona fide ementi venierit, usucapio sequitur.*

Iul. 44 dig. D. 41.3.33 pr.: *Non solum bonae fidei emptores, sed et omnes, qui possident ex ea causa, quam usucapio sequi solet, partum ancillae furtivae usu suum faciunt, idque ratione iuris introductum arbitror: nam ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi lex duodecim tabularum vel Atinia obstaret, ex ea causa necesse est partum usucapi, si apud eum conceptus et editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem eius ignorabat.*

Paul. 54 ad ed. D. 41.3.4.3: *Furiosus quod ante furorem possidere coepit, usucapit. Sed haec persona ita demum usucapere potest, si ex ea causa possideat, ex qua usucapio sequitur.*

Paul. 54 ad ed. D. 41.4.2.15: *Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re quam in existimatione: quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia iuris error nulli prodest.*

Paul. 2 man. D. 41.3.48: *Si existimans debere tibi tradam, ita demum usucapio sequitur, si et tu putes debitum esse ...*

Con il che, mi sembra fuori di dubbio che non possa aver seguito l'opzione ermeneutica del Noordraven.

²³⁵ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 77.

²³⁶ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 77 e 185, il quale cita a supporto H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexicon*, cit., 536.

²³⁷ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 185.

3.3 Sintesi dei risultati raggiunti

È giunto il momento di tirare le fila del discorso fatto sinora.

Si è cercato di dimostrare come il problema di cui dà conto Ulpiano nel testo esaminato concernesse la possibilità che un *aliquid donationis*, presente in un'operazione fiduciaria, modificasse il regime normalmente previsto in tema di *usucapio*.

Se è vero, come pare esserlo, che il fiduciante conservava la *possessio ad usucapionem* della *res aliena* trasferitagli²³⁸, per tutto il tempo in cui perdurava il rapporto fiduciario, è lecito chiedersi se l'astratta sussistenza di un titolo *pro donato* potesse mutare la regola in concreto applicabile.

Il che avveniva anche in quelle ipotesi di *f.m.c.* in cui le parti avevano pattuito che l'affrancamento dello schiavo non dovesse avvenire immediatamente, ma dopo cinque anni, durante i quali il fiduciario poteva servirsi delle sue *operae*.

In quel periodo, sussistendo tutti i requisiti per l'acquisto *pro donato* – la donazione non era nulla, c'era l'*animus donandi* dell'alienante e la buona fede dell'accipiente –, era ammesso che il fiduciario/donatario usucapisse, anche perché gli effetti erano più in linea con il programma negoziale complessivo voluto inizialmente dalle parti.

Ulpiano ci fa parimenti sapere (riportando l'opinione di Pomponio) che il medesimo dubbio si ponea in caso di *d.m.c.*

Non tanto perché simili operazioni (in quanto per loro natura 'non definitive' sino alla premorienza di uno dei soggetti contemplati) confliggevano col titolo d'acquisto per usucapione *pro donato*, bensì per via del fatto che anch'esse potevano essere poste in essere ricorrendo alla *fiducia* (e dunque potevano sollevare i medesimi dubbi).

L'accostamento fatto in D. 39.5.18.2 tra *mancipatio ut manumittatur* e *d.m.c.* è stato quindi valorizzato per confermare che quest'ultima operazione poteva venir realizzata (anche) ricorrendo ad un trasferimento fiduciario.

A ciò si aggiunga pure un'ultima considerazione, che meglio verrà precisata sul finire del presente capitolo.

Se tutto quanto detto è corretto, si può notare come la riflessione giurisprudenziale in materia fiduciaria non si muovesse lungo il crinale tracciato dalla (presunta) dicotomia gaiana *fiducia cum creditore/fiducia cum amico*, bensì soppesasse di volta in volta gli interessi delle parti coinvolte e gli scopi concretamente perseguiti.

Ciò, sino al punto di adattare la disciplina concretamente applicabile, anche in materia di usucapione.

²³⁸ Cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 182 ss.; J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 242 ss.

Con il che, emerge chiaramente la difficoltà di ascrivere anche la *fiducia* che realizzava una donazione a causa di morte all'interno di quella figura di *fiducia cum amico* ricordato da Gaio.

Ad avviso di chi scrive, il giurista antoniniano – in un discorso relativo al funzionamento dell'*usureceptio* – stava semplicemente contrapponendo due dei possibili 'usi' della *fiducia*, i quali erano agli antipodi tra di loro: quella a scopo di deposito (con interesse del solo fiduciante) e quella a scopo di garanzia (con interesse del solo fiduciario).

Occorre però tentare di rafforzare la tesi appena esposta sostenuta, valutando in particolar modo se vi siano altri testi da cui emerga che la *fiducia* era utilizzabile per realizzare *d.m.c.* e tali da far capire come gli interessi delle parti incidessero sulla relativa disciplina.

4 Una 'donatio mortis causa' fiduciaria per interposta persona tra coniugi. Ulp. 32 'ad Sab.' D. 24.1.11.8

Il primo passo che vale la pena di analizzare è escerpito dal XXXII libro di Ulpiano *ad Sabinum*. In esso il giurista di Tiro è impegnato ad affrontare alcuni nodi problematici in tema di *d.m.c.* tra coniugi²³⁹.

Prima di soffermarsi specificamente su tale testo, è importante spendere qualche parola in ordine alla trattazione che Ulpiano dedica all'argomento²⁴⁰.

Dopo aver dato atto che sono ammesse tra marito e moglie le *donationes mortis causa* (D. 24.1.9.2²⁴¹), il giurista severiano ricorda il pensiero di Giuliano, secondo il quale queste operazioni si distinguono in *tres species* (D. 39.6.2²⁴²). Vi sono innanzitutto le *d.m.c.* realizzate da un soggetto che non è in pericolo di vita ('*sola cogitatione mortalitatis*'); poi quelle di chi dona in previsione di un pericolo imminente, le quali hanno effetto traslativo immediato; infine quelle pur sempre determinate da un pericolo imminente, ma costruite in modo che il donatario diventi titolare del bene donato al momento della morte del donante.

L'incongruenza logica di questa tripartizione denuncia in maniera evidente l'alterazione subita dal testo.

²³⁹ Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.1: *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate.*

²⁴⁰ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., cc. 1141 ss.

²⁴¹ Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.9.2: *Inter virum et uxorem mortis causa donationes receptae sunt.*

²⁴² Ulp. 32 *ad Sab.* D. 39.6.2: *Iulianus libro septimo decimo digestorum tres esse species mortis causa donationum ait, unam, cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. Aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis. Tertium genus esse donationis ait, si quis periculo motus non sic det, ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta.*

Essa è tracciata in base a due criteri non omogenei tra di loro: uno fattuale, concernente il motivo che ha spinto a concludere il negozio, l'altro giuridico, riguardante il momento di produzione degli effetti traslativi. La terza figura, peraltro, è una sottospecie della seconda

In origine, come visto, il brano riguardava la materia delle donazioni tra coniugi²⁴³, ma venne adattato dai commissari di Giustiniano per renderlo adatto ad aprire il titolo 'De mortis causa donationibus et capionibus' del Digesto²⁴⁴.

Con ogni probabilità, Giuliano aveva distinto soltanto tra donazioni ad effetto traslativo immediato e donazioni ad effetto traslativo differito alla morte del donante (dunque sottoposte a condizione sospensiva), reputando solo queste ultime come non confliggenti con il divieto di donazioni tra marito e moglie²⁴⁵.

Ebbene, di questa bipartizione serba traccia proprio D. 24.1.11.1²⁴⁶, ove Ulpiano espone la propria tesi, secondo cui sono valide tutte le donazioni *mortis causa* tra coniugi (*omnis mortis causa donatio*) e non solo quelle sospensivamente condizionate. «Vale a dire» – riprendendo le parole del Voci – che «la *donatio mortis causa* voluta con effetto traslativo si converte in *donatio mortis causa* con effetto ritardato»²⁴⁷.

Nei successivi §§ 2-7, il giurista di Tiro passa ad occuparsi – rievocando il pensiero di Marcello – di alcuni problemi pratici legati alle donazioni sottoposte a condizione sospensiva. Ecco allora che si impegna ad analizzare il caso della donazione per interposta persona fatta al *filius familias* poi diventato *sui iuris* (§ 2²⁴⁸); quello del marito che dona alla moglie ancora *filia familias*, ma *sui iuris* alla morte del primo (§ 3²⁴⁹, analoga, ma con le parti invertite, è la vicenda versata nel

²⁴³ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 366; II, cc. 1141 s.

²⁴⁴ Cfr. P. VOICI, *Diritto ereditario*, II, cit., 438 ss.

²⁴⁵ In questo il giurista adrianeo avrebbe superato la precedente impostazione dommatica, che distingueva in base ad una mera differenza fattuale, fondandosi sul motivo per cui l'atto liberale era stato posto in essere (*imminente periculo/cogitatione mortalitatis*), come si apprende da Ner. 1 resp. D. 39.6.43.

²⁴⁶ Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.11.1: *Sed quod dicitur mortis causa donationem inter virum et uxorem valere, ita verum est, ut non solum ea donatio valeat secundum Iulianum, quae hoc animo fit, ut tunc res fiat uxoris vel mariti, cum mors insequetur, sed omnis mortis causa donatio.* Il *principium* è stato ritoccato dai compilatori per rendere fluida l'esposizione, vista l'eliminazione del tratto collocato in D. 39.6.2: ed infatti ne riprende l'*incipit*. Cfr. P. VOICI, *Diritto ereditario*, II, cit., 460. Su questo passo, di recente v. D. RÜGER, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 95 s.

²⁴⁷ P. VOICI, *Diritto ereditario*, II, cit., 460

²⁴⁸ Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.11.2: *Quando itaque non retro agatur donatio, emergunt vitia, ut Marcellus animadvertit in specie huiusmodi. Maritus uxori mortis causa donatum voluit: interposuit mulier filium familias, qui a marito acciperet eique traderet: deinde, cum moritur maritus, pater familias invenitur: an valeat traditio? Et ait consequens esse dici traditionem valere, quia sui iuris effectus est eo tempore, ad quod traditio redigitur, id est cum maritus moriebatur.* Cfr. a proposito di questo testo H. ANKUM, *Donations*, cit., 639 ss.

²⁴⁹ Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.11.3: *Idem ait: placuisse scio Sabinianis, si filiae familias uxori maritus tradet, donationem eius cum omni suo emolumento fieri, si vivo adhuc marito sui iuris fuerit effecta. quod et Iulianus libro septimo decimo digestorum probat.*

§ 4²⁵⁰). E ancora: il caso del marito che diventa *alieni iuris* prima della morte della moglie, con conseguente acquisto da parte del padre di lui (§ 5²⁵¹).

Nei §§ 6 e 7 (prima parte) le cose si complicano, in quanto si parla nuovamente di donazioni attuate servendosi di intermediari (ritornano i richiami a Marcello, impreziositi dal riferimento ad un'annotazione di Scevola). Nel § 6²⁵² la vicenda vede il marito che dona alla moglie un bene tramite uno schiavo dalla stessa interposto, ma quest'ultimo – prima della morte del donante – consegna la *res* alla donataria e subito appresso acquista la libertà, divenendo dunque capace giuridicamente. Scevola ammette l'acquisto a favore della moglie.

Opposta invece la soluzione nel § 7²⁵³, ove il medesimo caso viene sviluppato lungo un'altra direttrice. Ivi è contemplata l'ipotesi di morte dell'intermediario (che ha già consegnato la *res* al donatario) prima del donante: Marcello nega l'effetto traslativo e afferma che *'donationem evanescere, quia debeat aliquo momento interposito fieri et sic ad mulierem transire'*.

Nella seconda parte del § 7²⁵⁴ Ulpiano comincia ad occuparsi dell'ipotesi di una donazione che le parti vorrebbero avesse effetti traslativi immediati e prospetta il caso del marito che trasferisce la cosa ad un terzo da lui interposto affinché, alla sua morte, consegni quanto donato alla moglie. Tuttavia, l'intermediario non aspetta tale momento ed effettua subito la *traditio*. Giacché le donazioni tra coniugi sono nulle anche se compiute per interposta persona²⁵⁵, il giurista di Tiro – in ossequio alla regola di conversione automatica scolpita al § 1 – dichiara che l'effetto del trasferimento si realizzerà solo alla morte del marito, non prima²⁵⁶.

²⁵⁰ Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.11.4: *Proinde et si uxor marito filio familias mortis causa tradat et is sui iuris effectus sit, sine dubio dicemus ipsius fieri [fierit].*

²⁵¹ Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.11.5: *Per contrarium quoque si uxor donaverit mortis causa patri familias marito et mortis eius tempore filius familias inveniatur, patri erit nunc emolumentum quaesitum.*

²⁵² Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.11.6: *Consequenter Scaevola apud Marcellum notat, si servum interposuit mulier, ut ei tradatur mortis causa, isque adhuc servus dederit mulieri, deinde mortis tempore liber inveniatur, tantundem esse dicendum.*

²⁵³ Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.11.7: *Idem Marcellus tractat, si is qui interpositus est, posteaquam dederit mulieri, decesserit vivo adhuc donatore, donationem evanescere, quia debeat aliquo momento interposito fieri et sic ad mulierem transire: quod ita procedit, si ea cui donabatur eum interposuit, non is qui donabat ...*

²⁵⁴ Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.11.7: *... porro si a marito interpositus est, et res ipsius statim facta est et, si ante mortem mariti tradiderit et decesserit, traditio eius egit aliquid, ut tamen haec traditio pendeat, donec mors sequatur.*

²⁵⁵ Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.3.9: *Non tantum autem per se maritus et uxor ceteraeque personae dare non possunt sed nec per interpositam personam.*

²⁵⁶ Con riferimento a questo testo, v. E. BETTI, *La retroattività della 'condictio' ('facti' o 'iuris') in diritto giustiniano*, in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini*, Milano, 1946, 482 ss.; A. MASI, *Studi*, cit., 133 s.; Á. D'ORS, *'Donatio mortis causa inter virum et uxorem persona sui iuris interposita'*. *Una exégesis de D. 24.1.11.7-8 (Ulp. 32 'ad Sab.')*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, II, Milano, 472 ss.; H. ANKUM, *Donations*, cit., 645 s., con ulteriori indicazioni di letteratura.

Ebbene, a questo punto trova spazio il testo che interessa rispetto alla presente indagine.

Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.11.8: *Si uxor rem Titio dederit, ut is marito mortis causa traderet eaque defuncta invitis heredibus eius Titius marito dederit, interest, utrum a muliere sit interpositus Titius an vero a marito cui donabatur: si a muliere interpositus est, obligabit se condictione, si marito tradiderit, si autem a marito sit interpositus, mortua muliere confestim fundus efficietur eius quem maritus interposuit et actionem ipse maritus cum eo habebit.*

A quanto mi consta, il brano non ha incontrato in tempi recenti l'attenzione di molti studiosi, nonostante il fiorire di ricerche dedicate alla *fiducia* e alla *d.m.c.*²⁵⁷. Ivi è prospettato il caso di una moglie che ha trasferito la proprietà di una *res* a Tizio, affinché questi, fungendo da intermediario, la consegna al marito della donna dopo il decesso della stessa ('*si uxor rem Titio dederit, ut is marito mortis causa traderet*'). Spirata la *mulier*, e contro il volere dei suoi eredi, Tizio trasferisce la cosa al marito ('*eaque defuncta invitis heredibus eius Titius marito dederit*').

Quid iuris?

Ulpiano rileva che è importante determinare se Tizio sia stato scelto come intermediario dalla donna o dall'uomo.

Nel primo caso, se Tizio ha consegnato la *res* al marito contro la volontà degli eredi, allora sarà responsabile nei loro confronti ed esposto ad un'eventuale *condictio* ('*si a muliere interpositus est, obligabit se condictione, si marito tradiderit*').

Nel secondo caso, invece, morta la donna, Tizio diventerà '*confestim*' proprietario del fondo e, dunque, qualora non lo dovesse trasferire al donatario si esporrà ad un'azione da parte di quest'ultimo nei suoi confronti ('*si autem a marito sit interpositus, mortua muliere confestim fundus efficietur eius quem maritus interposuit et actionem ipse maritus cum eo habebit*').

Si sospetta che il testo sia stato vittima di diverse alterazioni.

Innanzitutto, la dottrina è pressoché concorde nel ritenere che il riferimento alla *traditio* celi un'originaria menzione della *mancipatio*, giacché la *res* donata di cui si discute è un *fundus*, come si dice espressamente nella parte finale del frammento.

²⁵⁷ Basti citare, paradigmaticamente, i casi di D. RÜGER, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 31, nt. 49, e di F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 14, nt. 30, che riservano al brano un fugace cenno in nota, senza commentarne il contenuto. Ad ogni modo, nel passato illustri studiosi si sono cimentati nel suo esame: alludo, in particolare, a F. DUMONT, *Les donations entre époux en droit romain*, Paris, 1928, 227 ss.; L. ARU, *Le donazioni*, cit., 173 ss.; S. DI PAOLA, '*Donatio mortis causa*', cit., 132, nt. 55; M. KASER, *Recensione a S. DI PAOLA, 'Donatio mortis causa'*, cit., 250; P. SIMONIUS, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 289 s.; P. VOICI, *Diritto ereditario*, II, cit., 462; Á. D'ORS, '*Donatio mortis causa*', cit., 472 ss.; H. ANKUM, *Donations*, cit., 646 s.

Atteso che nel brano si discute proprio intorno al momento in cui vengono a concretizzarsi in capo alle parti coinvolte nella vicenda negoziale gli effetti traslativi della proprietà, è ragionevole credere che Ulpiano non si riferisse ad una *traditio*, bensì ad una *mancipatio*²⁵⁸.

Ma anche nella parte centrale del brano si sono appuntati alcuni dubbi di genuinità. In particolare, a seguire l'andamento del discorso che ivi trova spazio – forse malamente riaccolto²⁵⁹ – risulta, in un primo momento, che Tizio aveva trasferito i beni al marito della donante, nonostante l'opinione contraria degli eredi di quest'ultima. Poi, però, si passa ad analizzare la questione dell'esperibilità di un'azione da parte del marito per sanzionare l'obbligo di ritrasferimento rimasto inadempito. Probabilmente qualche passaggio è saltato, ma questo non tocca invero il (duplice) problema giuridico affrontato da Ulpiano.

Ben più importante, soprattutto per i fini della presente indagine, è infatti il richiamo ad una *condictio* esperibile dagli eredi della donante, che autori come l'Erbe hanno reputato essere una sostituzione triboniana di un originario richiamo all'*actio fiduciae*²⁶⁰.

Merita inoltre di venir segnalata la posizione del Kaser, che giudica il tratto '*confestim fundus efficietur eius quem maritus interposuit et*' un inserimento postclassico²⁶¹: va detto sin d'ora che pure accogliendo la tesi del maestro tedesco, i risultati che si andranno esponendo non mutano nella loro sostanza.

Nel testo in esame Ulpiano prospetta due casi, a seconda del fatto che l'intermediario sia stato interposto dalla donante o dal donatario: conviene analizzarli partitamente.

4.1 *La prima fattispecie: terzo interposto dalla donante*

Rispetto alla prima vicenda, si potrebbe innanzitutto ipotizzare che la moglie abbia concluso con Tizio un contratto di mandato²⁶².

²⁵⁸ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, II, cit., c. 1142, nt. 2, che rimane cauto; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 135; P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 462 s.; H. ANKUM, *Donations*, cit., 646 s. *Contra* L. ARU, *Le donazioni*, cit., 174 s.; S. DI PAOLA, '*Donatio mortis causa*', cit., 132, nt. 55, per il quale risulta incomprensibile, trattandosi a suo avviso di *traditio mortis causa*, che talvolta essa comporti il trasferimento immediato della proprietà e altre no: se avesse tenuto presente quanto dice lo stesso Ulpiano nella parte iniziale del frammento e anziché pensare alla *traditio* avesse optato per la *mancipatio*, tale dubbio si sarebbe sicuramente dissolto; Á. D'ORS, '*Donatio mortis causa*', cit., 478.

²⁵⁹ P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 463.

²⁶⁰ W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 135.

²⁶¹ M. KASER, *Recensione* a S. DI PAOLA, '*Donatio mortis causa*', cit., 250.

²⁶² Cfr. F. SENN, *Études*, I, cit., 135 s.; S. DI PAOLA, '*Donatio mortis causa*', cit., 132, nt. 55, per il quale ben poco del testo in esame è genuino; P. SIMONIUS, *Die 'donatio mortis causa'*, cit., 289 s., nt. 22.

Questo rapporto si sarebbe poi estinto con la morte della mandante – giusta la nota regola per cui *mandatum morte solvitur*²⁶³ –, sicché, qualora Tizio avesse comunque svolto l'incarico, gli eredi avrebbero potuto agire nei suoi confronti tramite *condictio*.

Sennonché, come giustamente non manca di notare Hans Ankum, «it doesn't seem very plausible ... that the donor contracted with the intermediary a contract, of which they knew that it would be extinguished by the death of the donor»: inoltre, lo studioso suppone che «if the heirs did agree with the delivery to the widower after the donor's death, this was still in conformity with the donor's wish. There was however no legal basis for this delivery, because the mandate did no longer exist»²⁶⁴.

Interprete di una differente linea di pensiero è Álvaro d'Ors, che ravvisa nel rapporto tra l'*uxor* e Tizio una *datio ob rem*. La donna avrebbe cioè compiuto la *traditio* di un *fundus* a Tizio²⁶⁵ affinché questi, a sua volta, facesse una *traditio mortis causa* a favore del marito. Secondo l'autore spagnolo, gli eredi della donna avrebbero dunque agito contro Tizio per aver questi effettuato una semplice *traditio* dopo la morte dell'ereditanda e non quella *traditio mortis causa* che era, invece, tenuto a compiere.

Questa ricostruzione non mi convince fino in fondo.

Innanzitutto, mi pare che essa poggi su un assunto non corretto, quello per cui la *res* di cui si discute nel passo non sia una *res Mancipi*: e, dunque, che per trasferirla sia sufficiente una *traditio*. D'Ors infatti scrive: «se trata de una *res*, que no ha de ser necesariamente una *res Mancipi*, y no debemos pensar en una *Mancipatio*, sino en una simple *traditio*».

Nella parte finale del testo, però, si parla esplicitamente di un *fundus*: il d'Ors, ovviamente, ne tiene conto e imputa la sua menzione ad un errore del copista, o forse dello stesso autore²⁶⁶. Peraltro, aggiungo io, anche a voler seguire il Kaser, che ritiene la frase ove si menziona il fondo spuria, resta ad ogni modo curioso che si specifichi questo dettaglio, quando sarebbe bastato comunque parlare soltanto di *res*.

La tesi propugnata dal d'Ors non mi sembra dunque del tutto persuasiva.

Sgomberato il campo da queste opzioni, non resta che verificare se il rapporto tra l'*uxor* e Tizio abbia natura fiduciaria.

Orbene, si è visto che l'*uxor* di cui parla Ulpiano ha posto in essere una *Mancipatio* di un *fundus* a favore di Tizio, accordandosi affinché questi, a sua volta, esegua un ulteriore trasferimento della proprietà della *res* al marito, nel

²⁶³ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, 139 ss.

²⁶⁴ H. ANKUM, *Donations*, cit., 647.

²⁶⁵ Á. D'ORS, '*Donatio mortis causa*', cit., 478.

²⁶⁶ Á. D'ORS, '*Donatio mortis causa*', cit., 479

momento in cui ella fosse spirata. Si tratta di una *mancipatio* accompagnata da un patto: elementi che già da soli fanno venire in mente la *fiducia*.

Ma non è tutto. Sempre Ulpiano parla poi di come Tizio, una volta morta la donna, abbia mantenuto l'impegno con questa preso, eseguendo l'alienazione a favore del marito: e ciò, nonostante l'opposizione degli eredi della stessa.

Il giurista di Tiro conferma implicitamente che era questa una facoltà loro spettante, giacché ammette che costoro agiscano avanti ad un giudice (tramite *condictio*, si legge ora).

Escluso che si possa pensare ad una revoca della *d.m.c.* (pur attuata per interposta persona) in ragione del venir meno dei motivi per cui era stata posta in essere²⁶⁷ – del resto, la donante è effettivamente morta prima del donatario –, è facile accostare la mutata volontà degli eredi al cd. *ius poenitendi*: ossia alla facoltà di revocare *mutata voluntate* la *d.m.c.*

Facoltà che al tempo di Giustiniano era protetta tramite una *condictio* detta *ex poenitentia*²⁶⁸.

Senonché, in via generale, «l'origine spuria di tale revoca e del connesso *ius poenitendi* dovrebbe apparire risultato acquisito»²⁶⁹, come sostiene l'Amelotti, che ha convincentemente dimostrato come tutti i testi che menzionano tale possibilità abbiano subito delle manipolazioni, facilmente spiegabili per l'epoca della compilazione, avendo l'imperatore equiparato le *d.m.c.* ai legati (come tali sempre revocabili)²⁷⁰.

Come giustificare allora questa possibilità riservata agli eredi?

Ipotizzare che l'intero brano sia stato alterato non mi pare una strada percorribile²⁷¹. Non solo mancano importanti indizi decisivi in questo senso, ma non si potrebbe poi nemmeno spiegare la contrapposizione tra i due casi prospettati da Ulpiano e le rispettive, confliggenti, soluzioni proposte.

Tuttavia, nelle battute iniziali della presente ricerca si è visto come alcune operazioni fiduciarie, tra cui quelle attuate a scopo di deposito o volte alla liberazione (immediata) di uno schiavo trasferito, potessero venir liberamente 'revocate' dal fiduciante.

O, meglio, era riconosciuta a quest'ultimo la facoltà di interrompere il rapporto in essere e di pretendere la restituzione della *res* trasferita.

Una dinamica che combacia perfettamente con il caso di specie.

Gli eredi dell'*uxor*, succedendo a questa in tutti i rapporti pendenti, divengono parte dell'operazione fiduciaria da essa perfezionata con Tizio. A

²⁶⁷ Cfr. M. AMELOTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 40 s.

²⁶⁸ Cfr. M. AMELOTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 207 ss.

²⁶⁹ M. AMELOTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 207.

²⁷⁰ M. AMELOTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 208.

²⁷¹ Ma v. S. DI PAOLA, *Donatio mortis causa'*, cit., 132, nt. 55, il quale però non motiva affatto circa le ragioni di una simile posizione.

costoro spetta anche il diritto di revocarla (finché non sia stata portata a termine): ecco perché l'intermediario, che ha trasferito il fondo al marito *invitis heredibus*, è tenuto a rispondere nei loro confronti.

Ma non tramite *condictio*, come si legge nel testo, bensì attraverso l'*actio fiduciae*. La sostituzione dell'una all'altra non mi pare impossibile da spiegare. I compilatori, trovatisi di fronte ad un riferimento alla *fiducia* che dovevano eliminare e ad un caso di revoca di una *d.m.c.*, hanno assimilato tale possibilità, connaturata al negozio fiduciario, all'esercizio dello *ius paenitendi*.

Da qui è venuto naturale menzionare la *condictio (ex paenitentia)*.

Alla luce di questa considerazione, mi sembra superata l'obiezione a riguardo formulata dal d'Ors, secondo il quale non potrebbe trattarsi di *actio fiduciae*, giacché i commissari di Triboniano – allorquando furono costretti ad eliminarne i richiami a tale azione contenuti nei testi dei giuristi classici – inserirono riferimenti all'*actio pignoratitia*, all'*actio depositi* o *commodati* o all'*actio mandati*, ma mai alla *condictio*²⁷². Si tratta di un rilievo non decisivo. Mi pare invece naturale pensare che i compilatori adattassero i testi al regime vigente al loro tempo non in maniera meccanica, ma valutando di volta in volta quale istituto era più simile a quello caduto in desuetudine. Sicché, in quel contesto, tramutare il cenno all'*actio fiduciae* in un richiamo alla *condictio* mi sembra un esito del tutto normale dell'attività di adattamento compiuta da quei maestri del diritto²⁷³.

Sennonché, un testo tratto dalle *Pauli sententiae* – giuntoci attraverso la *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*²⁷⁴ – pare invero sancire l'intrasmissibilità del rapporto fiduciario dal lato passivo, per la pretesa al *supeluum* ricavato dalla vendita della *fiducia*.

Paul. Sent. 2.17.15 (= Cons. 6.8): *Heredibus debitoris adversus creditorem, qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, nisi a testatore inchoata ad eos transmissa sit.*

Ivi si legge come gli eredi del debitore non possano agire contro il creditore che abbia venduto la cosa datagli a garanzia, sia a titolo di pegno, sia tramite *fiducia*, a meno che l'azione non sia stata 'a testatore inchoata'.

Il passo, per il Voci, è da intendersi «generico e impreciso», nonché «falso», in quanto probabilmente riporta l'eco di una diversa regola, pur concernente la materia fiduciaria, ma attinente agli effetti di un patto personale *de vendunda*

²⁷² Cfr. Á. D'ORS, 'Donatio mortis causa', cit., 478 s., già criticato da H. ANKUM, *Donations*, cit., 646, che gli imputa di non considerare come non si può pensare ad un'*actio mandati* perché il mandante è già morto.

²⁷³ Cfr. W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 135; M. KASER, *Recensione* a S. DI PAOLA, 'Donatio mortis causa', cit., 250, nt. 18; P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 462 e nt. 87; H. ANKUM, *Donations*, cit., 646 s.

²⁷⁴ A proposito, v. G. ZANON, *Indicazioni di metodo giuridico dalla 'Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti'*, Napoli, 2009, 1 ss., con letteratura.

*fiducia*²⁷⁵. Più articolata la posizione del Frezza, il quale giustifica la soluzione paolina versata in Paul. Sent. 2.17.15 – eccezionale rispetto alla regola della generale trasmissibilità passiva dell'*actio fiduciae* e legata alle pretese nascenti dal *pactum de vendenda fiducia*²⁷⁶ – «sulla base del rilievo che la vendita della *fiducia*, i cui risultati non fossero stati contestati dal debitore, doveva considerarsi *volutantate debitoris*, e perciò non contestabile dagli eredi di lui»²⁷⁷.

La lettura dello studioso, peraltro, mi pare suffragare quanto detto poc'anzi circa il mutamento di volontà degli eredi in Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.11.8, avvenuto prima della trasmissione del fondo al marito della defunta.

Del resto, non solo le stesse *Pauli sententiae* attestano come il rapporto in parola si trasferisse agli eredi del creditore – sì da rendere poco plausibile che lo stesso non avvenisse per il caso del debitore²⁷⁸ –, ma da un testo di Gaio si evince proprio la trasmissibilità attiva dei rapporti discendenti da un'operazione fiduciaria²⁷⁹.

Gai 2.220: *Unde intellegimus nihil aliud secundum nostrorum praeceptorum opinionem per praeceptionem legari posse, nisi quod testatoris sit. nulla enim alia res quam hereditaria deducitur in hoc iudicium. itaque si non suam rem eo modo testator legaverit, iure quidem civili inutile erit legatum, sed ex senatus consulto confirmabitur. aliquo tamen casu etiam alienam rem per praeceptionem legari posse fatentur: veluti si quis eam rem legaverit, quam creditori fiduciae causa mancipio dederit; nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere is, cui ita legatum sit.*

Ed infatti, la dottrina romanistica riconosce la trasmissibilità, tanto attiva quanto passiva, dell'*actio fiduciae*²⁸⁰: ne esce a mio avviso confortata la ricostruzione di D. 24.1.11.8 fatta nelle precedenti pagine.

²⁷⁵ P. VOCI, *Diritto ereditario*, I, cit., 249 s.

²⁷⁶ Si rammenti come nella *Mancipatio Pompeiana* (FIRA III, n. 92) venga pattuita la trasmissibilità all'erede del debitore della pretesa al *supeluum*. Sulla rilevanza della menzione dell'erede nella *fiducia cum creditore* v. A. BURDESE, *La menzione*, cit., 324 ss.

²⁷⁷ Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 69.

²⁷⁸ Paul. Sent. 2.13.6: *Si creditor rem fiduciae datam uni ex heredibus vel extraneo legaverit, adversus omnes heredes actio fiduciae competit*, su cui v. A. BURDESE, *La menzione*, cit., 328 s.

²⁷⁹ Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 66.

²⁸⁰ Cfr. W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 86 ss.; A. BURDESE, *La menzione*, cit., 324 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 66 s.

Del resto, numerosi autori non esitano a ravvisare un rapporto fiduciario instaurato tra l'*uxor* e Tizio in questo primo caso prospettato da Ulpiano: tra di essi, vale la pena di ricordare l'Erbe²⁸¹, il Kaser²⁸², il Voci²⁸³, e l'Ankum²⁸⁴.

Il Noordraven, invece, non ritiene che questo testo possa con certezza riconnettersi alla *fiducia*, ma non si sofferma sul perché²⁸⁵.

4.2 La seconda fattispecie: terzo interposto dal donatario

La seconda fattispecie prospettata da Ulpiano – la quale ha invero sollevato in dottrina meno discussioni di quella appena esaminata – prevede che l'intermediario non sia interposto dal coniuge donante, bensì dal donatario.

In questo caso, l'effetto traslativo a favore del soggetto interposto non è immediato, giacché – riprendendo il Voci – questo «priverebbe definitivamente il donante della sua cosa, e ciò sarebbe contro il regime del divieto di donazione tra coniugi»²⁸⁶. Trova dunque applicazione, in una simile ipotesi, la regola di conversione automatica delle donazioni *mortis causa* tra coniugi ad effetto immediato in donazioni ad effetto differito, scolpita in D. 24.1.11.1²⁸⁷.

Morta la donante, Tizio diviene dunque proprietario del fondo e a quel punto dovrà senza indugio trasferirlo al marito, ormai vedovo, per via del rapporto di mandato che a questi lo lega (e che lo espone, dunque, a quell'*actio* menzionata sul finire del passo che altro non è se non l'*actio mandat*²⁸⁸).

Ciò – nel brano questo non è detto in maniera esplicita, ma lo si ricava dalla parte in cui è illustrato il fatto – anche se gli eredi della moglie si dovessero opporre.

Secondo il Voci, a questi ultimi tale strada è preclusa perché «nessun rapporto contrattuale legava il donante a Tizio»²⁸⁹, mentre Ankum non si sofferma su questo aspetto. Il d'Ors – in linea con quanto sostenuto rispetto al primo caso versato nella prima parte del paragrafo – ritiene che tra l'*uxor* e Tizio (interposto dal donatario) sia stata posta in essere una *d.m.c.*, a cui fa seguito una

²⁸¹ Cfr. W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 135 s.

²⁸² Cfr. M. KASER, *Recensione a S. DI PAOLA, 'Donatio mortis causa'*, cit., 250.

²⁸³ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 462.

²⁸⁴ Cfr. H. ANKUM, *Donations*, cit., 646 s.

²⁸⁵ Cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 108, nt. 211.

²⁸⁶ P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 462; v. anche H. ANKUM, *Donations*, cit., 647, secondo cui Tizio «was treated by the lawyers in the same way as the donee for whom the gift was destined». Di segno opposto la lettura di M. KASER, *Recensione a S. DI PAOLA, 'Donatio mortis causa'*, cit., 250, secondo cui la proprietà si trasferisce direttamente al marito (e dunque, come visto, espunge il tratto '*confestim ... et'*), ma v. la critica di Á. D'ORS, *'Donatio mortis causa'*, cit., 475.

²⁸⁷ V. le applicazioni, in ipotesi di donazioni per interposta persona, ricordate in D. 24.1.11.2 e 6; cfr. H. ANKUM, *Donations*, cit., 647.

²⁸⁸ P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 462; H. ANKUM, *Donations*, cit., 647. Ha ragione Á. D'ORS, *'Donatio mortis causa'*, cit., 480, nel sostenere che non si può immaginare che i compilatori abbiano soppresso un'ipotetica menzione del termine '*mandati*'.

²⁸⁹ P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 462.

datio solutionis causa. Così argomentando, però, evita di occuparsi del problema circa la relazione giuridica sussistente tra donante e intermediario..

Io credo però che anche con riferimento a questa seconda ipotesi la donante abbia perfezionato con l'intermediario Tizio un trasferimento fiduciario²⁹⁰.

Gli indizi non mi pare manchino.

Innanzitutto, Ulpiano presenta in maniera unitaria la vicenda negoziale che fa sorgere il problema da questi affrontato: è solo per scovare la soluzione del dubbio che distingue i due casi visti sopra²⁹¹.

Se la donante avesse fatto ricorso a due diverse operazioni negoziali, il problema posto dal giurista di Tiro (che è legato all'opposizione degli eredi di lei al trasferimento) non sarebbe nemmeno venuto ad esistenza: non, quantomeno, nei termini in cui ci viene presentato.

Inoltre, mi sembra difficile credere che la donante, dovendo in ambedue le ipotesi ricorrere ad un atto solenne di alienazione (la *mancipatio*)²⁹², non si sia comunque premurata di attribuirvi una natura fiduciaria, sì da avere comunque una forma di protezione giuridica nel caso in cui Tizio non avesse dato seguito all'operazione per cui era stato scelto.

Del resto, si rammenti che l'intento della donante (ma in verità di ambedue le parti sostanziali dell'affare) è quello di produrre un immediato trasferimento della proprietà del fondo a Tizio²⁹³, in modo che poi questi faccia lo stesso se la donna dovesse morire prima del marito.

In una simile ipotesi mi sembra difficile immaginare che la donante si sia limitata a confidare sul solo vincolo contrattuale (di mandato) sussistente tra Tizio e il marito.

A questa ricostruzione si può muovere la seguente obiezione.

Come mai, se si tratta di *fiducia* (non a scopo pignoratorio), gli eredi della donante non possono revocare la sua disposizione patrimoniale, così come invece era loro consentito nel primo caso? In quale modo, insomma, incide il fatto che Tizio abbia o meno un rapporto di mandato con il marito?

²⁹⁰ Non mi pare sia un ostacolo insormontabile, rispetto a questa ricostruzione della vicenda in termini fiduciari, il fatto che non vi è immediato trasferimento della proprietà della *res* dalla moglie a Tizio: si rammenti infatti che l'effetto traslativo non è indispensabile per il perfezionamento di un'operazione fiduciaria, come già rilevato in relazione a Ulp. 30 *ad ed.* 13.7.22.2, ove è contemplato il caso del ladro che aliena *fiduciae causa* una cosa non sua (cfr. *supra*, par. 2).

²⁹¹ Rifiuta di spiegare la distinzione – e dunque considera interpolato l'intero brano – L. ARU, *Le donazioni*, cit., 174 s., seguito da S. DI PAOLA, '*Donatio mortis causa*', cit., 133, nt. 55.

²⁹² Del resto, lo stesso P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 463, ammette che «i presupposti del § 8, seconda parte, [sono] eguali a quelli del § 8, prima parte, e che pertanto tutto il § 8 parli di acquisto immediato».

²⁹³ Cfr. P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 463.

Io credo che il problema, in verità, sia mal posto. È vero che la *fiducia* è un negozio che si presta ad una 'libera revocabilità', ma è sbagliato ritenere che questa caratteristica sia connaturata a tutti i trasferimenti fiduciari.

La tesi, adombrata dal Cugia²⁹⁴ e dal Pernice²⁹⁵, e poi sviluppata dal Senn²⁹⁶, per cui la revocabilità *ad nutum* delle donazioni *mortis causa* deriva dal carattere fiduciario dei trasferimenti utilizzati per concretizzarle è ormai del tutto superata²⁹⁷. Ma un fondo di verità in tale ricostruzione si può scorgere. Il fatto è che la *fiducia* è revocabile solo quando l'interesse negoziale sta tutto in capo al fiduciante, come in quella adoperata a scopo di deposito o in quella *manumissionis causa* (prima almeno della costituzione di Marco Aurelio e Commodo²⁹⁸).

Se però si considera la *fiducia* a scopo pignoratorio o la *f.m.c.* con obbligo di liberazione differito – e dunque caratterizzata da un *aliquid donationis* – si scorge come questa revocabilità sia tutt'altro che libera, giacché sussiste un interesse del fiduciario alla conservazione del negozio.

Del resto, si rammenti come si esprime Ulpiano, in un passo già a suo tempo analizzato.

Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18.1: ... *si servum tibi tradidero ad hoc, ut eum post quinquennium manumittas, non posse ante quinquennium agi ...*

E lo stesso vale pure per la *d.m.c.* fiduciaria (senza interposizioni di terzi), ove – secondo l'Amelotti – «si ha un interesse del fiduciario, diretto a conservare la liberalità ricevuta»²⁹⁹.

Di talché, continua lo studioso, «sembra poco plausibile che questo interesse, sia pure correlativo ad un acquisto a titolo gratuito, possa essere totalmente pregiudicato da una mera *mutatio voluntatis* del donante»³⁰⁰.

Il fatto che vi sia un intermediario, tuttavia, cambia un po' la situazione ed è io credo per questo che Ulpiano distingue le fattispecie, offrendo soluzioni differenti. Nel caso della donante che interpone Tizio, quest'ultimo (fiduciario) non ha alcun interesse nell'operazione e dunque la revoca (dell'*uxor* e degli eredi) rimane sempre possibile. Ma se Tizio è interposto dal donatario, non è solo un fiduciario di Seia, ma anche mandatario del marito e, dunque, l'esecuzione

²⁹⁴ Cfr. S. CUGIA, *L'espressione*, cit., 95 ss.

²⁹⁵ Cfr. A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 263 ss.

²⁹⁶ Cfr. F. SENN, *Études*, I, cit., 19 ss.

²⁹⁷ Cfr., per tutti, S. DI PAOLA, *'Donatio mortis causa'*, cit., 67 ss., nonché M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 208.

²⁹⁸ B. BIONDI, *Appunti intorno alla 'donatio mortis causa'*, in *Scritti giuridici*. III. *Diritto romano, diritto privato*, Milano, 1965, 762 s.

²⁹⁹ M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 208, nt. 16.

³⁰⁰ M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 208, nt. 16.

dell'incarico attribuitogli potrebbe costituire un interesse valido a rendere il trasferimento attuato *fiduciae causa* non revocabile.

Se quanto detto è corretto, ci si trova di fronte ad un ulteriore elemento che corrobora quanto si sta cercando di dimostrare, ossia che l'interesse dei soggetti coinvolti nelle dinamiche fiduciarie mutava in maniera molto profonda la disciplina concretamente applicabile.

Con il corollario per cui il raggruppare tutte le ipotesi di *fiducia* diverse da quella attuata per finalità di garanzia entro la figura della *fiducia cum amico* di gaiana memoria pare essere scorretto e foriero di incomprensioni in punto di individuazione del relativo regime giuridico³⁰¹.

5 *Le modifiche al regime dell'usureceptio nella donatio mortis causa attuata mediante un trasferimento fiduciario: la rilevanza dell'interesse delle parti*

Si è dunque appurato che una *d.m.c.* poteva essere realizzata ricorrendo ad una *mancipatio* o ad una *in iure cessio* fiduciarie³⁰².

Con questa nuova consapevolezza si può tornare ad osservare quel passo che ha aperto l'analisi condotta in questo capitolo (Pap. 13 *resp.* D. 39.6.42 pr.), onde capire se l'alienazione compiuta da Seia presentasse tale natura.

A tal riguardo, il Kretschmar³⁰³ – seguito in questo dal Di Paola³⁰⁴ – ha sollevato un'obiezione di non poco momento rispetto a questa ricostruzione, che prende spunto dal frammento papiniano in parola, ma che irradia i suoi effetti con riguardo al rapporto più ampio tra *fiducia* e *d.m.c.*

Il Kretschmar, in particolare, rileva come la *fiducia*, nella declinazione *cum amico*, è un'operazione giuridicamente inadeguata per perseguire la finalità donativa *mortis causa*. Ciò per via del regime di (ri)acquisto della proprietà della

³⁰¹ Cfr. anche quanto scrive P. LAMBRINI, *Il negozio*, cit., 48, secondo la quale «la dicotomia tra *fiducia cum creditore* e *fiducia cum amico* rappresenta soltanto una divisione a scopo esemplificativo, tale da ammettere usi diversi dello strumento stesso rispetto a quelli di garanzia e di custodia evocati».

³⁰² Diversi sono gli autori, come visto, contrari a questa tesi: oltre a quelli già segnalati in precedenza, vale la pena di ricordare ora anche P. HECK, *Die 'fiducia cum amico contracta'*, cit., 135 ss., il quale giunge a questa convinzione in relazione alla sua nota tesi (rimasta invero senza seguito) per cui la *fiducia cum amico* è una variante di quella *cum creditore* (contro questa ricostruzione si possono citare gli studi di R. JACQUELIN, *De la fiducie*, cit., 386 ss.; A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 135, nt. 2; TH. NIEMEYER, *'Fiducia cum amico'*, cit., 298 ss.; C. FERRINI, *Storia*, cit., 99 ss.), e O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 570, il quale si muove nella prospettiva per cui i negozi fiduciarî attribuivano al fiduciario una proprietà meramente formale e di contenuto ridotto (per una critica di questo punto di vista, v. le pagine di C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 72 ss.; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 31).

³⁰³ P. KRETSCHMAR, *Ueber die Entwicklung*, cit., 34 ss.

³⁰⁴ S. DI PAOLA, *Sulla struttura*, cit., 182 s.

res fiduciae data tramite *usureceptio* da parte del fiduciante, che a seguir Gaio gli competeva *'omni modo'*, qualora avesse la disponibilità materiale della *res*³⁰⁵.

Come si vedrà meglio più avanti³⁰⁶, nell'illustrare il regime dell'*usureceptio* in tema di *fiducia*, il giurista antoniniano segnala una distinzione di funzionamento tra *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*. Con riguardo alla prima di tali figure, Gaio afferma che il (ri)acquisto del bene avviene indipendentemente dal titolo o dalle modalità in base al quale il fiduciante ha ottenuto la disponibilità della *res* e parimenti senza che rilevino le vicende relative al rapporto fiduciario con l'accipiente.

Per quanto riguarda invece la *fiducia cum creditore*, occorre distinguere: qualora il debito sia stato pagato, nessun ostacolo si frappone all'*usureceptio*; nel caso in cui il debito sia ancora inadempito, il debitore/fiduciante potrà sì riacquistare la titolarità del bene (e l'*usureceptio* sarà detta *lucrativa*), a condizione però che non ne abbia la disponibilità materiale dello stesso a titolo di precario o in ragione di un contratto di locazione.

Sulla scorta di questi dati, il Kretschmar afferma come l'idea per cui, in origine, la *d.m.c.* si potesse realizzare tramite trasferimento fiduciario sia del tutto inaccettabile. Se il fiduciante avesse trattenuto il possesso dei beni alienati per un anno, allora avrebbe riacquisito la proprietà, vanificando così l'operazione posta in essere. Più nel dettaglio, questa argomentazione è volta ad evidenziare come nel frammento di Pomponio versato in D. 39.6.42 pr., l'inciso *'bonae fidei ... iudicio constituto'* non possa alludere all'*actio fiduciae* intentata dalla donna verso i figli di Tizio, come molti autori ritengono.

Ciò, perché Seia – che dei beni trasferiti conserva la disponibilità, essendosene riservata l'usufrutto (e in ragione del fatto che si accenna alla *rei vindicatio* dei figli di Tizio) – avrebbe ben potuto attendere la maturazione del termine per l'*usureceptio* prevista a suo favore e ottenere, in questo modo, un risultato ben più soddisfacente rispetto ad un'eventuale condanna dei convenuti al risarcimento del danno³⁰⁷.

Sennonché, questo ragionamento non mi pare intacchi quanto è stato detto in questa sede.

In primo luogo, sono convinto che l'inciso *'bonae fidei ... iudicio constituto'* non alluda ad altro se non (ancora) alla *rei vindicatio* – arricchita da un'*exceptio doli*, secondo il modo di pensare dei giustiniani – esperita dai figli di Tizio nei confronti di Seia per ottenere la prestazione della *cautio fructuaria*, già menzionata al periodo precedente a quello che contiene il tratto in parola.

³⁰⁵ Gai 2.60.

³⁰⁶ Cap. VI, par. 8.

³⁰⁷ P. KRETSCHMAR, *Ueber die Entwicklung*, cit., 34 ss.; S. DI PAOLA, *Sulla struttura*, cit., 182 s.

In secondo luogo, la dimostrazione che si è tentato sin qui di condurre circa l'uso della *fiducia* per realizzare *d.m.c.* non poggia affatto – come invece risulta a leggere le ricostruzioni di altri autori³⁰⁸ – nell'identificazione del giudizio di buona fede menzionato in D. 39.6.42 pr. con l'*actio fiduciae*, ma deriva da diversi altri testi (e principalmente da Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18.2) dei *Digesta*.

Peraltro, pur dovendosi ammettere che l'argomentazione del Kretschmar ha un indubbio pregio nei termini poc'anzi visti (e con riguardo al solo profilo relativo a D. 39.6.42 pr. segnalato), essa, ove si accolgano – come credeva debba esser fatto – le precisazioni a riguardo esplicitate dall'Amelotti, si rivela invero contrastante con quanto vorrebbe in linea generale dimostrare lo studioso.

L'Amelotti, infatti, osserva che «se l'*usureceptio* era sempre ammessa nell'unica figura di *fiducia cum amico*, della quale dà notizia il passo di Gaio (*quo tutius nostrae res apud eum sint*) e nella *fiducia cum creditore soluta pecunia*, mentre era ammessa limitatamente nella *fiducia cum creditore nondum soluta pecunia*, la causa di ciò va ricercata nella diversa posizione d'interesse che il fiduciante ed il fiduciario presentano. Nei primi due casi, infatti, interessato è il solo fiduciante; nel terzo caso, di fronte all'interesse del fiduciante di riavere la cosa, vi è quello prevalente del fiduciario di conservarla a garanzia del proprio credito»³⁰⁹.

Sicché, continua lo studioso, è «naturale pensare che anche in quelle figure di *fiducia cum amico*, non descritte da Gaio, nelle quali apparisse un interesse prevalente del fiduciario, si provvedesse ad una sua opportuna tutela, limitando gli eccessivi effetti dell'*usureceptio*»³¹⁰.

Non tutto ciò che dice Amelotti coincide con quanto penso – in particolare in ordine a ciò che rientra nella figura di *fiducia cum amico* –, ma in buona sostanza mi sembra corretto il ragionamento circa la differente incidenza dell'*usureceptio* rispetto ai vari usi della *fiducia* e, in particolare, in relazione al diverso assetto di interessi perseguito dalle parti.

Aspetti tenuti in altissima considerazione dai giuristi romani allorché si trovavano a individuare la disciplina applicabile all'istituto che si va esaminando.

³⁰⁸ Cfr. ad esempio M. AMELOTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 106 ss., il quale tuttavia non omette di valorizzare anche Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18.2.

³⁰⁹ M. AMELOTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 116. Circa l'importanza dell'interesse perseguito dalle parti, si rammentino altresì le parole di P. LAMBRINI, *Il negozio*, cit., 47, secondo cui «il *pactum fiduciae* serviva proprio a precisare lo scopo concreto di quella proprietà fiduciaria: dal momento che la stessa operazione fiduciaria poteva servire per gli scopi pratici più disparati, tali da comportare a volte un vantaggio per il fiduciante (ad esempio nella *fiducia cum amico*), altre per il fiduciario (come nel caso della *fiducia cum creditore*), si doveva indagare in ordine alla precisa natura degli interessi perseguiti dalle parti, onde poterne desumere la disciplina applicabile alla fattispecie concreta».

³¹⁰ M. AMELOTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 115 s.

A suffragio di quanto l'Amelotti afferma, si possono addurre altre due spunti di riflessione.

Accordando l'acquisto tramite usurecezione al fiduciante quale possessore di mala fede³¹¹, l'ordinamento mostra di aver primario interesse a 'garantire' l'esito naturale divisato dalle parti in quelle operazioni fiduciarie caratterizzate dall'obbligo pieno in capo al fiduciario di restituire la *res fiduciae data* all'alienante³¹². E questo, si badi bene, indipendentemente dalle modalità con cui il fiduciante si fosse procurato la disponibilità materiale della cosa stessa, giacché, a quanto riferisce ancora Gaio, non avrebbe mai commesso furto³¹³.

Gai 3.201: ... *debitor rem, quam fiduciae causa creditori mancipaverit aut in iure cesserit, secundum ea quae in superiore commentario rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest*

Sicché, visto che l'*usureceptio* costituisce un meccanismo diretto a tutelare la posizione del fiduciante, in assenza di un'azione diretta a fargli riavere la proprietà del cespite trasferito³¹⁴, è veramente difficile credere che questo scopo finisse con l'essere un ostacolo all'uso della *fiducia* in ipotesi ove le parti non intendevano far ritornare il bene in capo a costui.

Il secondo appiglio che si vuole offrire si ricava da quanto detto in precedenza circa il rapporto tra *fiducia* e la *iusta causa* di usucapione *pro donato*.

L'elemento donativo aggiunto ad un negozio fiduciario fa venir meno la *possessio ad usucapionem* che aveva il fiduciante (la quale perdurava durante tutto il rapporto) e faceva scattare la possibilità di acquisto tramite *usucapio pro donato* a favore del fiduciario, come affermato da Pomponio (cfr. Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18.2).

Ciò, quale risultato della dialettica tra la disciplina in tema di *usucapio* e le finalità volute dalle parti che avevano optato per tale operazione negoziale.

³¹¹ Cfr., per tutti, F. WUBBE, 'Usureceptio', cit., 15 s.; N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 237 ss.; L. VACCA, voce *Usucapione*, cit., 149 s.

³¹² Cfr. F. GENY, *Étude*, cit., 98; F. WUBBE, 'Usureceptio', cit., 36 ss.; M. KASER, *Studien*, cit., 258; J.P. DUNAND, *Le transfert*, cit., 237 s.; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 117 ss.

³¹³ Così G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 200 ss., ma si v. anche M. KASER, *Besitzpfand*, cit., 44, nt. 155, per il quale «nimmt der Fiduziant dem Gläubiger die fiduziierten Sachen eigenmächtig weg, sind diese (ebenso wie die einer ruhenden Erbschaft, Gai 2.52 ff.) keine *res furtivae* und darum ersatzbar»; H. ANKUM, 'Furtum pignoris', cit., 131 s. Per P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 28 ss., che ha qui ripreso un'opinione di P. BONFANTE, *La 'iusta causa'*, cit., 486, questa esclusione non vi sarebbe qualora si versasse in un'ipotesi di *fiducia* conclusa a scopo di garanzia e l'obbligazione non fosse ancora stata adempiuta: si v. la convincente critica mossa a questa ricostruzione da B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 189 ss.

³¹⁴ Di recente V. CARRO, 'Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione', cit., 33, nt. 21, ha ricordato come «la *usureceptio* è la chiave di comprensione del carattere di provvisorietà che il *dominium fiduciarium* ebbe sin dai tempi anteriori a quello dell'introduzione dell'*actio fiduciae*».

In quest'ottica, sarebbe veramente contraddittorio che, da un lato, il fiduciario/donatario potesse usucapire la *res aliena* trasferitagli dal donante/fiduciante e che poi quest'ultimo, a sua volta, potesse 'riottenerla' tramite *usureceptio*, pur non essendo in precedenza sua e pur non potendola nemmeno usucapire.

Se, poi, si guarda in cosa consista quell'*aliquid donationis* di cui parlano Aristone, Pomponio e Ulpiano, è facile ravvisarvi null'altro che l'interesse che il fiduciario aveva nell'operazione in parola: interesse che certamente aveva influito nella determinazione della sua volontà e che, in qualche modo, costituiva un elemento importante nell'equilibrio negoziale voluto dalle parti.

Avendo visto come questo elemento, unitamente all'esito dell'intero affare, venisse opportunamente valorizzato dai *prudentes*, specialmente di epoca severiana, tanto in tema di *f.m.c.* quanto in materia di *fiducia* per *d.m.c.*, non credo impossibile concludere nel senso che avesse potuto influenzare anche sulla concreta operatività dell'*usureceptio*.

In che modo, lo si vedrà qui di seguito.

6 Un'ipotesi sul regime dell'*'usureceptio'* in tema di alienazione fiduciaria 'mortis causa' e di 'fiducia manumissionis causa'

Tenendo in mente quanto detto sin qui, credo colga nel segno l'Amelotti allorquando segnala come, rispetto alla fattispecie considerata in D. 39.6.42 pr., «non esiste molta differenza fra il caso di Seia, che dona *mortis causa* riservandosi l'usufrutto, e quello del debitore, che trasferisce la proprietà della cosa al creditore conservandone la detenzione come conduttore od il possesso come precarista: attualmente sono più degni di protezione il donatario ed il creditore, e perciò l'*usureceptio* non deve funzionare; ma se poi la situazione si sposterà a favore della donatrice e del debitore, in quanto si verificano rispettivamente la premorienza del donatario o il pagamento del debito, allora l'*usureceptio* comincerà giustamente a decorrere»³¹⁵.

Tracciando questo parallelismo tra *fiducia cum creditore* e alienazione fiduciaria *mortis causa* in tema di regime dell'*usureceptio*, l'Amelotti si avvicina alla tesi che, tra le altre cose, queste pagine vorrebbero dimostrare, ossia che la distinzione gaiana tra *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore* non ha portata esaustiva, andando soltanto fotografare gli 'estremi' di un quadro ampio di possibili applicazioni della *fiducia*, la cui disciplina specifica per ciascuna di esse risentiva dell'assetto di interessi concretamente voluto dalle parti.

³¹⁵ Cfr. M. AMELOTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 97 e 117: ricostruzione vivacemente avversata da S. DI PAOLA, *Sulla struttura*, cit., 183.

Sicché, in quest'ottica, identificare l'alienazione fiduciaria *mortis causa* con la *fiducia cum amico* fa perdere di vista tutte queste le sfumature di regime effettivamente esistenti.

Si consideri, in particolar modo, che ammettendo un funzionamento dell'*usureceptio* nella *d.m.c.* fiduciaria così come ipotizza l'Amelotti, si finisce in pratica con l'attribuire al fiduciante – dopo la premorienza del fiduciario – un importante meccanismo teso a far ritornare la proprietà dei beni trasferiti nel suo patrimonio (giusta anche la possibilità di prenderli con la forza, senza commettere furto, come si sa dal già ricordato Gai 3.201), assai più incisivo (considerato l'effetto 'reale' che determina) dell'*actio fiduciae*, la cui condanna, come sempre nel sistema processuale romano, era soltanto pecuniaria³¹⁶.

Vero è che così dicendo l'Amelotti, in pratica, contraddice sé stesso, perché nel caso di specie – mi riferisco, ancora, a quello che divide Seia e i figli di Tizio – avrebbe ben ragione di Kretschmar a denunziare come inutile l'azione della donante verso la prole ancora in vita del donatario premorto.

Obiezione qui superata negando appunto che nel frammento si parli di una simile iniziativa giudiziale, vertendo tutto sul dovere di Seia o meno di fornire una *cautio* (ad avviso di chi scrive quella *fructuaria*) agli eredi di Tizio.

7 *Iul. 13 'dig.' D. 16.3.15 e le modifiche al regime dell'usureceptio in ragione degli scopi pratici perseguiti dalle parti*

Importanti conferme in ordine a quanto detto si possono trarre esaminando un testo di Giuliano, che in una recente ricerca Paolo Marra³¹⁷ ha per primo ricondotto, convincentemente, alla materia fiduciaria. Ciò, anche a dispetto della ricostruzione palinogenetica del Lenel, che lo posiziona nella parte del XIII libro dei *digesta* di Giuliano dedicata al *depositum*³¹⁸.

Iul. 13 dig. D. 16.3.15: Qui rem suam deponi apud se patitur vel utendam rogat, nec depositi nec commodati actione tenetur: sicuti qui rem suam conducit aut precario rogat, nec precario tenetur nec ex locato.

³¹⁶ Così argomentando, poi, si supera anche l'obiezione sempre di S. DI PAOLA, 'Donatio mortis causa', cit., 150, secondo cui «il negozio fiduciario non sarebbe bastato ad assicurare al donante la restituzione di ciò che aveva dato».

³¹⁷ F. MARRA, *D. 16.3.15: un testo in materia di 'fiducia'?*, in *Iura*, LVIII, 2010, 278 ss. *Contra*, R. BIAVASCHI, *Ricerche*, cit., 225 ss.

³¹⁸ O. LENEL, *Palinogenesia*, I, cit., c. 352. Sul testo, v. anche B. ALBANESE, 'Conductio rei suae', cit., 130 ss., secondo cui i compilatori avrebbero invertito l'originario senso del brano, ove invece era concessa l'*actio commodati* e quella *depositi*, seguito da P. ZAMORANI, 'Precario habere', cit., 259 ss.; J.A.C. THOMAS, 'Conductio rei suae', cit., 287; G. GANDOLFI, *Il deposito*, cit., 137; G. LONGO, *Negozi*, cit., 97 ss.; M. KASER, *Zur Geschichte*, cit., 139 ss.; P. BIAVASCHI, *Ricerche*, cit., 226

Nella sua attuale stesura, il brano afferma che il soggetto che ha presso di sé una cosa propria a titolo di deposito o di comodato non può essere convenuto con le relative azioni, al pari di quanto accade a chi è conduttore o precarista sempre della *res sua*.

Il Marra – valorizzando l'*inscriptio* del frammento, ma soprattutto il parallelismo tra l'ipotesi contemplata nella prima parte di esso e il riferimento alla *locatio conductio* e al precario nella seconda – ritiene che Giuliano stia qui indugiando proprio su un caso di *fiducia cum amico*, ove il fiduciante aveva chiesto al fiduciario di riavere la disponibilità della *res* in modo da poterla conservare presso di sé o per poterla utilizzare.

In tale situazione, avrebbe precisato il giurista adrianeo, il fiduciario non poteva agire nei confronti del fiduciante tramite *actio depositi* o *commodati*, al pari di quanto accadeva in un rapporto di *fiducia cum creditore* affiancato da un contratto di locazione o da una concessione a precario. L'unica azione utilizzabile dal fiduciario, semmai, era l'*actio fiduciae contraria*³¹⁹.

Sicché, il Marra propone la seguente restituzione del frammento³²⁰:

Qui rem [suam] <fiduciae causa amico datam> deponi apud se patitur vel utendam rogat, nec depositi nec commodati actione tenetur: sicuti qui rem [suam] <fiduciae causa creditori datam> conducit aut precario rogat, nec precario tenetur nec ex locato.

Lo studioso non ha difficoltà a individuare quali ragioni potevano spingere le parti a concretizzare un simile assetto negoziale. Egli, infatti, nota come «sia assolutamente verosimile ritenere che il bene dato in *fiducia* ad un amico potesse da questi essere ridato al fiduciante in comodato, per consentirgli di usare per proprio comodo la cosa. Si sarebbe fatto ricorso a tale strumento, cioè, per assicurare al fiduciante il godimento del bene, trasferendone la titolarità giuridica all'*amicus* che si sarebbe fatto carico della gestione del bene stesso»³²¹.

Per quanto concerne il deposito, invece, lo studioso non nasconde le perplessità nello spiegare il perché di tale scelta, ma cautamente si chiede se non rientrasse nella «volontà dell'*amicus* di trasferire al fiduciante i rischi di un'eventuale perdita materiale dell'oggetto del rapporto»: e ciò, continua il Marra, tenendo conto del fatto che «il verbo *patitur* esprime bene la tolleranza – *obtorto collo* – del fiduciante verso il desiderio del fiduciario di non esser gravato dell'obbligazione di custodire»³²².

³¹⁹ Cfr. P. MARRA, *D. 16.3.15*, cit., 289 ss.

³²⁰ Cfr. P. MARRA, *D. 16.3.15*, cit., 290.

³²¹ Cfr. P. MARRA, *D. 16.3.15*, cit., 291.

³²² Cfr. P. MARRA, *D. 16.3.15*, cit., 292, nt. 60.

In relazione alle ragioni che fondano invece la soluzione di Giuliano, il Marra ritiene che nella *fiducia cum amico*, in cui «il bene si trova, a titolo di comodato o deposito, presso il fiduciante, è interesse di quest'ultimo mantenere il bene presso di sé, per poterne riacquistare la proprietà mediante l'*usureceptio*. Per contro, il fiduciario non ha un interesse a possedere la cosa: accordargli l'*actio depositi* o l'*actio commodati* per ottenere la restituzione del bene significherebbe metterlo in condizione di impedire al fiduciante di *usurecipere*, pur in assenza di un interesse meritevole»³²³.

Sempre secondo l'autore, lo stesso meccanismo si ravvisa nella *fiducia cum creditore*, come si evince dal periodo finale del testo. Pure in tal caso, «accordare al fiduciario la tutela apprestata dall'*actio locati* o dall'*interdictum de precario* al fine di riavere la cosa significherebbe limitare il fiduciante nella possibilità di godere del bene», con grave danno proprio qualora la concessione fosse stata effettuata per permettere al debitore di servirsi ancora della *res*, onde ottenere quanto necessario per saldare il debito³²⁴.

La proposta ricostruttiva del Marra è stata di recente ritenuta «in larga misura convincente» dal Fercia³²⁵, ed anche chi scrive è propenso ad accettarne la bontà: solo a condizione però che si accolga la correzione avanzata dallo studioso cagliaritano.

³²³ P. MARRA, *D. 16.3.15*, cit., 292.

³²⁴ P. MARRA, *D. 16.3.15*, cit., 292.

³²⁵ Cfr. R. FERCIA, '*Fiduciam contrahere*', cit., 198, che connette il dettato del frammento agli altri passi giulianeî in tema di *fiducia* tratti nel XIII libro dei suoi *digesta* e, in particolare, lo ritiene venire subito prima di *Iul. 13 dig. D. 41.1.36* ('*Cum in corpus quidem quod [traditur] <mancipio datur> consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit [traditio] <mancipatio>, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum [tradam] <mancipio dem>, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, <donatio non est, sed> constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus*'). Si tratta di un testo molto interessante, perché a mio avviso pone in evidenza come l'alienazione qualificata fiduciariamente (per via della pronuncia dell'apposita *nuncupatio*?) generava comunque i suoi effetti anche qualora le parti non fossero state completamente d'accordo circa l'assetto di interessi sostanziale sotteso all'operazione. Vale la pena di evidenziare come tale frammento sia stato oggetto di vastissime attenzioni in dottrina: cfr., senza pretesa di completezza, R. FERCIA, '*Quia vendidit, dare promisit*', Cagliari, 2009, 19 s. e 45, nt. 90; R. LAMBERINI, *Testi*, cit., 30 s.; S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 346 ss.; C.A. CANNATA, *Iul. D. 41.1.36: una 'interpolazione occasionale'*, in *Incontro con G. Pugliese*, Milano, 1992, 67 ss.; O. BEHREND, '*Iusta causa traditionis*', cit., 155; J.D. HARKE, '*Si error aliquis intervenit* - Irrtum im klassischen römischen Vetragsrecht', Berlin, 2005, 112 s.; W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990, 53 ss.; L. VACCA, *Osservazioni in tema di 'condictio' e arricchimento senza causa nel diritto romano classico*, in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianeî*, Padova, 2006, 589 s. (già in *L'arricchimento senza causa. Atti del Convegno dell'Università degli Studi di Roma Tre (Roma, 24-25 ottobre 2003)*, a cura di V. Mannino, Torino, 2005, 7 ss.). In maniera un poco sorprendente, non se ne occupano B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit.; J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit.; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit.

Secondo il Fercia, infatti, «l'esclusione delle *actiones depositi, commodati, ex locato*, oltre che del '*precario tenetur*', non significa che per Giuliano non si integrassero le relative figure negoziali, che anzi devono ritenersi sussistenti nella prospettiva dell'esclusione della *usu(s)receptio* ogni qual volta questo esito non corrispondesse allo scopo pratico *in concreto* perseguito dalle parti». Del resto, continua lo studioso, «costituita una *fiducia cum amico* nel *tempus dubium*, ad esempio, è evidente l'interesse del fiduciante a disporre comunque del bene, senza contestualmente provocare i presupposti dell'*usu(s)receptio*; costituita una *fiducia cum creditore*, la *conductio* od il precario escludono l'*usu(s)receptio* prima dell'adempimento dell'obbligazione garantita»³²⁶.

Questa lettura, pienamente condivisibile, finisce così con il confermare quanto sin qui sostenuto circa l'importanza degli scopi pratici perseguiti dalle parti mediante le singole operazioni fiduciarie (valutate nel loro complesso) e dei rispettivi interessi economici nella determinazione della disciplina applicabile, anche in tema di *usureceptio*. E ciò, già a far tempo da Giuliano.

8 *Alla ricerca di ulteriori conferme*

Raggiunti questi risultati³²⁷, è possibile passare a verificare se ciò trova corrispondenza negli altri usi che le fonti sembrano attestarci di *fiducia* perfezionata non a scopo di garanzia.

³²⁶ R. FERCIA, '*Fiduciam contrahere*', cit., 200, nt. 112.

³²⁷ Sono quelli visti sin qui i testi della compilazione giustiniana che, a mio avviso, si riferiscono con buona probabilità a donazioni *mortis causa* compiute tramite un trasferimento fiduciario. Vi sono invero altri frammenti che secondo alcuni studiosi celano un originario riferimento alla *fiducia*. Tuttavia, gli elementi per sostenere simili ricostruzioni – v. F. SENN, *Études*, I, cit., 46 ss. – si presentano invero alquanto deboli (anche alla luce dei risultati raggiunti in questa sede). Cosa che non hanno mancato di notare già M. AMELOTTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 125 ss., ma ancor più S. DI PAOLA, '*Donatio mortis causa*', cit., 149 ss. Ritengo comunque opportuno passare tali testi velocemente in rassegna. In Iul. 60 *dig.* D. 39.6.18 pr. ('*Mortis causa capimus non tunc solum, cum quis suae mortis causa nobis donat, sed et si propter alterius mortem id faciat: veluti si quis filio vel fratre suo moriente donet Maevio ea condicione, ut, si convaluerit alteruter eorum, reddatur sibi res, si decesserit, maneat apud Maevium*'), è contemplata una *donatio* fatta in vista della morte di un terzo: effettivamente una simile condizione potrebbe rientrare in astratto nel contenuto di un *pactum fiduciae*, ma non vi sono elementi – nemmeno in altri passi dei *Digesta* – per dire che fosse quella la strada seguita nel caso di specie (v. S. DI PAOLA, '*Donatio mortis causa*', cit., 154 ss.). Alcuni frammenti menzionano una *condictio pretii* (Iul. 80 *dig.* D. 39.6.19; Ulp. 15 *ad leg. Iul. et. Pap.* D. 39.6.37.1; Paul. 17 *ad Plaut.* D. 39.6.39) o una *condictio ex paenitentia* (Ulp. 21 *ad ed.* D. 39.6.30), formule che potrebbero – anche alla luce di quanto visto con riguardo a Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.11.8 – essere state inserite dai compilatori al posto di un richiamo all'*actio fiduciae*. Anche qui, però, non vi sono argomenti solidi che permettano di ricondurre tutto alla materia fiduciaria. Infine, vi è Iul. 60 *dig.* D. 39.6.19 ('*Si filio familias res mortis causa data fuerit et convaluisse, donator actionem de peculio cum patre habet: at si pater familias, cum mortis causa donationem accepisset, in adoptionem se dederit, res ipsa a donatore repetitur. Nec huic similis est is, qui rem, quam mortis causa acceperat, alii porro dederit: nam donator huic non rem, sed pretium eius condiceret*'), testo sicuramente rimaneggiato che presente tre casi. Nel primo trova posto una

Per queste ipotesi, invero, il dibattito in seno alla scienza romanistica è particolarmente acceso, giacché è molto meno sicura la riferibilità all'ambito dei trasferimenti fiduciari

Si procederà dunque a verificare se si possa veramente parlare di *fiducia*; quindi si osserverà la relativa disciplina, onde individuare le eventuali peculiarità, al fine di tracciare finalmente un quadro di sintesi rispetto a questo istituto.

donazione *mortis causa* a favore di un *filius familias*, cui fa seguito la guarigione del donante. Si dice che spetterà a quest'ultimo un'azione *de peculio* verso il *pater* del donatario. La vicenda del secondo è identica, ma a ricevere il bene è un *pater familias*, che poi viene arrogato (*capitis deminutio minima*): in simile ipotesi il donante può agire per la ripetizione della '*res ipsa*' (dunque non nei limiti del peculio). L'ultima fattispecie vede un donatario *sui iuris* che trasferisce la cosa ad un terzo: l'azione che spetta al donante non avrà ad oggetto la '*res*', bensì il '*pretium eius*'. È facile notare come pure qui siano del tutto mancanti elementi che permettano di ipotizzare l'originaria presenza di menzioni all'*actio fiduciae* poi eliminate dai compilatori: cfr., sul punto, M. AMELOTI, *La 'donatio mortis causa'*, cit., 128 ss. e 151 ss.

Capitolo quinto

ALTRE APPLICAZIONI DELLA FIDUCIA

SOMMARIO: 1. *Fiducia* e donazione per interposta persona in Marcell. 7 *dig.* D. 24.1.49 – 2. La *noxae deditio* fiduciaria. – 3. Sulla *fiducia* nell'ambito dei rapporti familiari. – 4. Un caso di *fiducia* in Plinio il Giovane? – 5. Considerazioni di sintesi.

1 'Fiducia' e donazione per interposta persona in Marcell. 7 'dig.' D. 24.1.49

Buona parte della dottrina interessatasi alla *fiducia* scorge in un passo di Marcello¹, escerpito dal settimo dei suoi *libri digestorum*², un caso di donazione per interposta persona realizzata facendo ricorso ad un trasferimento fiduciario³.

Marcell. 7 *dig.* D. 24.1.49: *Sulpicius Marcello. Mulier, quae ad communem filium volebat, qui in potestate patris erat, post mortem patris fundum pervenire, eum patri [tradidit] <mancipio dedit>, uti post mortem restituatur filio. Quaero, an donatio tibi videatur, ut nihil agatur, an valeat quidem, sed mulieri potestas datur, si noluerit, eum repetere respondit: si color vel titulus, ut sic dixerim, donationi quaesitus est, nihil valebit [traditio] <mancipatio>, [idem] <id est> si hoc exigit uxor, ut aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus: alioquin si solo eius ministerio usa est et id egit, ut vel revocare sibi liceret vel ut res cum omni emolumento per patrem postea ad filium transiret, cur non idem perinde sit ratum ac si cum extraneo tale negotium contraxisset[, hoc est extraneo in hanc causam tradidisset]?*

La vicenda sottoposta all'attenzione del giurista⁴ vede quali protagonisti una coppia di sposi e il loro comune figlio, ancora sottoposto alla potestà paterna. La donna, proprietaria di un fondo, vuole fare in modo che tale cespite entri a far parte del patrimonio del figlio alla morte del marito (nonché padre del ragazzo). Onde realizzare un simile risultato, l'*uxor* opta per la trasmissione del *fundus*

¹ Attivo al tempo di Antonino Pio e di Marco Aurelio, membro del *consilium* di entrambi. Cfr. Marcell. 29 *dig.* D. 28.4.3 e v. in dottrina W. KUNKEL, *Herkunft*, cit., 213; C.A. CANNATA, *Saturninus*, in *Scritti scelti*, I, cit., 381, nt. 35 (già in *'Iuris vincula'. Scritti in onore di M. Talamanca*, Napoli, 2011, 357 ss.); S. QUERZOLI, *Scienza giuridica e cultura retorica in Ulpio Marcello*, Napoli, 2013, 11 ss. e nt. 1, per un ampio ragguaglio bibliografico.

² La redazione dei *digesta* risale al tempo di Marco Aurelio: cfr. C.A. CANNATA, *Saturninus*, cit., 381, nt. 35.

³ Cfr. A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 136 s.; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 136 ss.; C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 157 s.; G.G. ARCHI, *'Donare'*, cit., 686; ID., *La donazione*, cit., 39; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 108 s.; J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 117, seppur cauto. *Contra* N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 106.

⁴ Cfr. P. FREZZA, *'Responsa' e 'quaestiones'*. *Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI*, XLIII, 1977, 208, che specifica come il brano, visto l'iniziale *'Sulpicius Marcello'*, ben avrebbe potuto figurare entro una raccolta intitolata *libri epistolarum*.

direttamente al marito, con l'accordo che questi lo faccia a sua volta avere al figlio 'post mortem'⁵.

La donna infatti non può alienare il bene direttamente al ragazzo, perché in tale evenienza il fondo entrerebbe immediatamente nel patrimonio del *pater* – per via del rapporto potestativo con il figlio⁶ –, con conseguente nullità del trasferimento per violazione del divieto di donazioni tra coniugi (*ex lege Cincia*).

Tuttavia, anche rispetto all'operazione prospettata dalla *mulier* nel passo si pone un problema di compatibilità con la disciplina scolpita dalla *lex Cincia*.

⁵ In ordine ai possibili rimaneggiamenti subiti dal testo, la dottrina è concorde nel ritenere che il riferimento alla *traditio* sia stato inserito al posto di un'originaria menzione della *mancipatio* (si consideri che il bene oggetto del negozio è un fondo: cfr. A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 136 s. e nt. 2; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 137; B. BIONDI, *Appunti*, cit., 766 s.; S. BROISE, 'Animus donandi'. Concetto romano e i suoi riflessi sulla dogmatica odierna, Pisa, 1975, 62 ss. e nt. 66; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 109 e nt. 213). Del pari, vi sono assai pochi dubbi circa l'origine glossematica dell'ultimo tratto del frammento ('*hoc ... tradidisset*'), inutilmente ripetitivo del concetto espresso poco prima. Non mancano peraltro i sospetti in ordine alla natura spuria di altri segmenti del brano, come '*an valeat ... repetere*', '*idem si hoc ... maritus*', nonché '*ut vel revocare sibi liceret vel*' (cfr. A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 137, nt. 2; B. BIONDI, *Appunti*, cit., 766 s.; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 137). Isolata la posizione di G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, 101, che riscrive il brano di Marcello, senza addurre però alcuna argomentazione a sostegno del proprio punto di vista. Vale la pena di segnalare che C. FERRINI, *Storia*, cit., 104, propone di sostituire l'attuale '*restituere*' con '*remancipare*'. Ad ogni modo, secondo B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 109, il senso complessivo del passo si pone perfettamente in linea con il pensiero di Marcello in tema di donazioni tra coniugi (v. Ulp. 32 *ad Sab. D.* 24.1.11.2-7): sicché è ragionevole pensare che dal punto di vista contenutistico il passo non sia stato stravolto dai commissari di Triboniano.

⁶ Cfr. Gai 2.87 e v. in dottrina A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 210. Si rammenti peraltro il seguente testo di Ulpiano, che tocca problemi analoghi a quelli che emergono nel brano in esame. Il giurista di Tiro, nel darvi soluzione, rievoca il pensiero proprio di Marcello. Ulp. 32 *ad Sab. D.* 24.1.19: *Si uxor filio donaverit servum, qui in patris mariti sit potestate, deinde is servus ancillam acceperit, dominium mulieri quaeretur: nec interesse Iulianus ait, ex cuius pecunia haec ancilla empti sit, quia nec ex re sua quicquam adquiri potest per eum qui donatur ei cui donatur: hoc enim bonae fidei possessoribus concessum est, virum autem scientem alienum possidere. 1. Idem quaerit, si ex re mariti ea ancilla comparata fuerit, an adversus agentem mulierem de dote maritus pretium possit per exceptionem retinere. et dicendum est posse maritum et exceptionem habere, si dos ab eo petetur, secundum Marcelli sententiam et, si solverit, secundum Iulianum condicere posse.* La fattispecie è la seguente. Una moglie dona al proprio figlio, ancora sottoposto alla potestà del padre (nonché marito della prima), un *servus*, il quale a sua volta acquista una giovane schiava. L'alienazione compiuta dalla donna è nulla e non produce alcun effetto, perché si pone in contrasto con il divieto di donazioni tra coniugi, in quanto lo schiavo entra nel patrimonio del marito (essendo il *filius alieni iuris*). Sorge a questo punto il dubbio se l'*ancilla* acquistata dal *servus* spetti al donante o al donatario (v. *principium*). Ulpiano, rifacendosi all'opinione di Giuliano, ritiene che il marito non possa acquistare la serva, giacché è consapevole che lo schiavo è rimasto di proprietà della moglie e, dunque, sa di possedere una cosa altrui. La vicenda si complica al § 1, dove si ipotizza che l'acquisto della *serva* da parte dello schiavo (donato dalla moglie al figlio, ma ancora di sua proprietà) sia avvenuto con del denaro messo a disposizione dal donatario. Non muta la soluzione in ordine all'acquisto della stessa da parte dell'*uxor*: tuttavia, se quest'ultima agisse per la restituzione della dote contro il marito, costui potrà ad avviso di Marcello sollevare un'eccezione; qualora pagasse, gli spetterà, secondo Giuliano, l'azione per la ripetizione delle somme versate (*condictio*). Su questo passaggio v. anche L. ARU, *Le donazioni*, cit., 202 s., che lo accosta a Paul. 7 *ad Plaut. D.* 41.1.57.

Come non manca di notare Marcello, occorre capire se l'operazione negoziale perfezionata dalle parti costituisca effettivamente una *donatio* a favore dell'uomo – e dunque sia radicalmente nulla ('*an donatio tibi videatur, ut nihil agatur*') –, ovvero se la moglie conservi la facoltà di mutare idea in ogni momento circa detta attribuzione e di chiedere la restituzione del fondo trasferito, con conseguente validità del trasferimento ('*an valeat quidem, sed mulieri potestas datur, si noluerit, eum repetere respondit*').

Ad avviso del giurista antoniniano, la soluzione del quesito dipende dall'intento perseguito dalla donna.

Se l'*uxor* ha fatto in modo che il marito potesse trarre dal bene una qualche utilità, dando all'operazione la parvenza o il titolo di una *donatio*, allora l'operazione deve ritenersi nulla e il trasferimento privo di effetti ('*si color vel titulus, ut sic dixerim, donationi quaesitus est, nihil valebit [traditio] <mancipatio>, idem si hoc exigit uxor, ut aliquid ex ea re interim commodi sentiret maritus*').

Al contrario, qualora la *mulier* si fosse servita del *ministerium* dell'uomo (soltanto) per fare avere il fondo (e i frutti maturati *medio tempore*) al figlio⁷, conservando così la possibilità di revocare l'attribuzione in ogni momento, allora il divieto di donazioni tra coniugi non risulterebbe violato e così il trasferimento sarebbe perfettamente valido.

Quanto alla qualificazione giuridica dell'operazione posta in essere dalla *mulier*, l'assoluta maggioranza degli studiosi ha pochi dubbi nel ritenere che si tratti di *fiducia*⁸.

Sarebbe però un'ipotesi del tutto peculiare di *fiducia*, in quanto da essa non discende l'obbligo per l'accipiente di restituire la *res* ricevuta al fiduciante, bensì quello di trasferirlo ad un soggetto terzo rispetto a tale operazione⁹.

⁷ Rimane poco chiaro il modo attraverso cui il marito doveva far pervenire il *fundus* al figlio: cfr. S. DI SALVO, *Acquisti*, cit., 301; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 149.

⁸ Cfr. A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 136 s.; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 136 ss.; C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 157 s.; G.G. ARCHI, 'Donare', cit., 686; ID., *La donazione*, cit., 39; K. MISERA, *Gebrauchsüberlassung*, cit., 407 e 417 s.; S. BROISE, 'Animus donandi', cit., 62 s.; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 108 s.; S. DI SALVO, *Acquisto per altri e trasmissione della proprietà*, in *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica. Convegno (Roma, 15-17 novembre 2007)*, a cura di A. Padova Schioppa, Napoli, 2010, 300 s.; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 148 ss.

⁹ Nel cap. II ci si è soffermati su un altro testo in cui è stata scorta un'ipotesi di *fiducia* con l'obbligo per l'accipiente (intermediario) di alienare il bene ad un terzo: alludo a Ulp. 32 *ad Sab. D.* 24.1.11.8. Vale la pena di evidenziare, poi, come vi sia anche un'altra fonte che potrebbe riferirsi ad un uso analogo dello schema fiduciario. È un testo escerpito dai *digesta* di Cervidio Scevola, su cui già qualche parola è stata spesa durante la trattazione della *fiducia* a scopo di deposito (cfr. cap. II, par. 6). Si tratta di Scaev. 21 *dig. D.* 36.1.80(78).1. Mevia ha istituito eredi testamentari i due figli e al contempo ha imposto loro – mediante una disposizione fedecommissaria – di trasferire l'intero patrimonio a Gaio Seio e Lucio Tizio, *pro deposito* e senza pattuizione di interessi a carico, affinché questi ritrasmettano tali beni ai nipoti di Mevia, una volta raggiunti i venticinque anni. Ebbene, già si è fatto cenno alle ragioni che convincono chi scrive a ritenere che l'operazione che per Mevia doveva aver luogo tra i suoi figli (ed eredi) e gli onorati di

fedecompresso fosse un trasferimento fiduciario: tuttavia, si era allora taciuto circa le motivazioni in base alle quali Scevola ritiene che Gaio Seio e Lucio Tizio non abbiano diritto a chiedere l'esecuzione del fedecompresso. Una prima risposta è stata prospettata da A.M. GIOMARO, *Minime*, cit., 15 ss., che ricollega la soluzione scevoliana alla scelta di Mevia di far uso, per due volte in sequenza, di un meccanismo fiduciario. La studiosa, dopo aver precisato come in ordine alla «prima disposizione fiduciaria, il fedecompresso, non ... ci siano da registrare difficoltà di rilievo», aggiunge che «un basilare ostacolo si erge contro la seconda e, dal momento che questa rappresenta il vero contenuto del *fidei heredum committo*, travolge con sé il fedecompresso stesso. Il rapporto di *fiducia*, come ci dice Gaio – continua l'autrice – «doveva coinvolgere direttamente il 'committente', fiduciante, e l'amico fiduciario: era, doveva essere, un rapporto personale, personalissimo, che mai sarebbe potuto sorgere, per così dire, per interposta persona. Nel caso la testatrice può ben impegnare i figli eredi nei confronti del proprio patrimonio, ma deve trattarsi, come in ogni caso di fedecompresso, di un mero impegno comportamentale (consegnare un bene, trasferire l'intero patrimonio, liberare uno schiavo, ecc.); non può invece, come Mevia pretenderebbe, esigere da loro un impegno che direi psicologico di adesione: Lucio Tizio e Gaio Seio saranno amici e persone di fiducia per Mevia, ma Mevia non può imporre anche ai figli la stessa sicurezza che sorregge lei circa la loro amicizia e lealtà. Di qui la nullità del rapporto di deposito fiduciario, e, di conseguenza, la nullità del fedecompresso». Non mi sembra, tuttavia, che questo ragionamento colga nel segno. Nessuna fonte, da quanto visto, collega la nullità a quello che l'autrice definisce l'«impegno psicologico di adesione», nel caso di specie imposto da Mevia ai propri figli rispetto all'amicizia e lealtà che la legavano a Gaio Seio e Lucio Tizio. Ma a parte ciò, se anche fosse vero quanto affermato, il vizio suddetto dovrebbe colpire semmai la disposizione fedecommissaria, di cui l'«impegno psicologico di adesione» costituirebbe parte del contenuto, e non il rapporto di «deposito» fiduciario imposto dalla medesima a carico degli eredi. A questo si aggiunga un altro dettaglio: da nessun luogo risulta che l'assenza di un legame di natura amicale (o di altro tipo) tra le parti di un'operazione di *fiducia* – come in ipotesi accadrebbe tra gli eredi di Mevia e gli onorati dalla disposizione fedecommissaria – comporti la nullità del relativo rapporto. Con ciò stride non solo il fatto che per perfezionare tale operazione occorre porre in essere un negozio formale solenne, come la *mancipatio* o l'*in iure cessio*, ma la presenza stessa di una tutela giuridica accordata alle parti mediante un'azione all'uopo concessa dal pretore, l'*actio fidei iudiciae*. Diversa la ricostruzione di M. AMELOTTI, *Le forme classiche di testamento*, I, Torino, 1966, 190. Secondo l'autore, la conclusione negativa di Scevola dipende dalla circostanza per cui, ove dovessero venir rispettate le volontà di Mevia, si giungerebbe di fatto alla sottrazione dell'intero patrimonio ai figli, pur nominati eredi (si rammenti che la regola dello *ius civile* è quella per cui *'sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi'*: il testamento, in altre parole, deve sempre menzionare i *sui*, o perché vengono istituiti eredi dal *de cuius*, o per essere diseredati. Cfr. Gai 2.123-143; Tit. Ulp. 22.14; I. 2.13 pr.; Ulp. 1 *ad Sab.* D. 28.2.3; in dottrina P. VOCI, *Diritto ereditario*, II, cit., 634). Si tratterebbe, insomma, di un'operazione in frode a quella stessa regola per cui Mevia riconosce di non poter nominare curatori dell'eredità i due onorati di fedecompresso (*'si licuisset, curatores substantiae meae dedissem remotis aliis'*). In effetti, con il senatoconsulto Pegasiano venne estesa ad ogni fedecompresso la regola scolpita dalla *lex Falcidia*, secondo cui doveva essere riservata all'erede una quota pari ad un quarto dell'asse. Per il caso di mancato rispetto di tale previsione, non trovava applicazione la fondamentale disciplina in tema di fedecompresso dettata dal senatoconsulto Trebelliano, risalente all'epoca neroniana, sulla scorta del quale – tra le altre cose – il pretore concedeva al fedecommissario universale (considerato tramite una *fictio* quale erede) una *hereditatis petitio fideicommissaria* (Ulp. 16 *ad ed.* D. 5.6.1). E ciò, tanto nell'ipotesi in cui l'erede avesse fatto valere il proprio diritto alla *quarta*, trattenendola presso di sé, quanto nel caso in cui vi avesse spontaneamente rinunciato (Gai 2.254-257). Sicché, calando queste considerazioni al caso di specie, si coglie su quali ragioni poggia la soluzione di Scevola, secondo cui Gaio Seio e Lucio Tizio non possono *'fideicommissum petere'*, atteso che Mevia ha violato quanto prescritto dal senatoconsulto Pegasiano, determinando l'inapplicabilità del regime trebelliano e, dunque, precludendo l'esperibilità della *hereditatis petitio fideicommissaria*. Alla luce di quanto detto, dal testo esaminato non è possibile trarre alcuna informazione circa il regime previsto per eventuali operazioni di *fiducia* con la pattuizione che il

Invero, l'obbligo di *remancipatio* del bene alla moglie, posto a carico del marito, aleggia sull'intera vicenda sottoposta all'attenzione di Marcello, specie in relazione all'unica ipotesi di trasferimento ritenuta da questi valida ed efficace, quella in cui l'uomo non ottiene alcun vantaggio dall'operazione, fungendo da *nudus minister* della consorte¹⁰. In tal caso, infatti, l'*uxor* poteva mutare volontà in ogni momento, onde riottenere la *res* trasferita.

Questo peculiare assetto di interessi si rendeva necessario, nel caso di specie, solo in ragione del noto divieto di donazioni tra coniugi, ma una prassi che all'epoca probabilmente godeva di una certa diffusione – si veda il tratto finale del frammento – prevedeva che simili operazioni, se concluse con soggetti estranei, potessero assumere anche configurazioni diverse (dunque con la possibilità per l'accipiente di avvantaggiarsi *medio tempore* del bene ricevuto fiduciariamente, facendone ad esempio propri i frutti).

Stando così le cose, si può ancora una volta notare come la distribuzione degli interessi in capo alle parti coinvolte in un rapporto fiduciario incidesse in maniera determinante circa la disciplina concretamente applicabile, specie in ordine alla possibilità per il fiduciante di mutare volontà e di chiedere, conseguentemente, la restituzione del cespite.

Il che si pone perfettamente in linea con quanto si è detto nei capitoli precedenti, ad esempio rispetto a Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18 pr.-1 (cap. III, par. 5) e a Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.11.8 (cap. IV, par. 3).

2 La 'noxae deditio' fiduciaria

Un passo estraneo alla compilazione giustiniana, giuntoci tramite la *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio*, presenta un interessante collegamento tra *actio fiduciae* e *noxae deditio*¹¹.

È un testo tratto dal secondo libro delle *definitiones* di Papiniano.

Esso presenta il seguente tenore¹²:

Coll. 2.3.1 (Pap. 2 *def.*): *Per hominem liberum noxae deditum si tantum adquisitum sit, quantum damni dedit, manumittere cogendus est a praetore qui noxae deditum accepit: sed fiduciae iudicio non tenetur.*

bene trasferito finisse ad un soggetto terzo rispetto alle parti che hanno perfezionato l'operazione stessa.

¹⁰ Cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 109; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 150.

¹¹ Su tale istituto, e più in generale sulla responsabilità nossale, cfr. il recente contributo di E. FRANCESCON, *Il corpo nella responsabilità nossale*, in *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, a cura di L. Garofalo, I, Pisa, 2015, 169 ss., con indicazioni ed esame della dottrina precedente.

¹² In ordine alle discussioni circa la sua genuinità (condotte soprattutto da chi è interessato a individuare la datazione della *Collatio*), cfr. L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale. I. Debiti e debitori nei primi due secoli della repubblica romana*, Milano, 1981, 151 ss., con letteratura.

Il caso prospettato dal giurista vede un *pater familias* che ha consegnato a noxa il proprio figlio, accordandosi con la persona offesa affinché tale situazione si protragga per un tempo limitato, coincidente con quello necessario perché il *filius* – divenuto con l'alienazione *persona in causa mancipii* – ripari tramite il proprio lavoro¹³ il danno provocato¹⁴.

Qualora al termine di tale periodo l'offeso non restituisca come pattuito il *filius*¹⁵, il *pater* – ci fa sapere Papiniano – potrà rivolgersi al pretore per costringerlo¹⁶: tuttavia, il magistrato non potrà concedergli l'*actio fiduciae*¹⁷.

I tratti di analogia tra questa fattispecie e la *f.m.c.* (con l'obbligo di liberazione differito, di cui serba memoria Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18) sono notevoli.

Al punto che, evidentemente, erano sorti dubbi circa la sussumibilità entro lo schema fiduciario del caso del figlio dato a *noxa* dal padre per un tempo limitato e, così, della facoltà di esperire in detta ipotesi l'*actio fiduciae* a sanzione dell'obbligo gravante sulla persona offesa di restituirlo nel momento concordato.

Giusta l'identità di struttura, la negazione di una simile tutela deve rintracciarsi nel noto principio per cui '*liberum corpus non recipit aestimationem*'¹⁸.

È questo che sembra potersi ricavare da un altro brano, parimenti non proveniente dall'antologia di Giustiniano, che esclude proprio per tale ragione la

¹³ Cfr. L. PEPPE, *Studi*, cit., 152.

¹⁴ Dovrebbe trattarsi di un'ipotesi di *damnum iniura datum*, per L. PEPPE, *Studi*, cit., 154.

¹⁵ La *noxae deditio* temporanea è «denkbar» per M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 71, nt. 26, come del resto si evince da Gai 1.140: *Quin etiam invito quoque eo, cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt, excepto eo, quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur; nam quodam modo tunc pater potestatem propriam reservare sibi videtur eo ipso, quod mancipio recipit. ac ne is quidem dicitur invito eo, cuius in mancipio est, censu libertatem consequi, quem pater ex noxali causa mancipio dedit, veluti quod furti eius nomine damnatus est et eum mancipio actori dedit: nam hunc actor pro pecunia habet.* Secondo B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 304 e nt. 439, la prassi di una *noxae deditio* a termine era tutelata dalla *coërcitio* del pretore. Così anche L. PEPPE, *Studi*, cit., 160.

¹⁶ Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 293. Invero, L. PEPPE, *Studi*, cit., 152 ss., rileva il contrasto tra il dettato di Coll. 2.3.1 e Gai 1.140, ove si ammette la possibilità per colui che è *in mancipio* di ottenere la *manumissio censu*, purché non sia prevista la *remancipatio* al *pater* e quella del *noxae deditus*. Ma ciò potrebbe dipendere dal fatto che in Gaio è presa in considerazione l'ipotesi per cui la riparazione del danno non è ancora avvenuta, a differenza di Coll. 2.3.1 (per L. PEPPE, *Studi*, cit., 153). Del resto, come lo stesso studioso osserva, la distanza temporale tra il giurista antoniniano e Papiniano induce anche a credere che, forse, un'evoluzione della disciplina possa esservi stata.

¹⁷ Del testo si sono occupati, tra gli altri, A. BECHMANN, *Der Kauf*, I, cit., 284 ss.; F. GENY, *Étude*, cit., 47; R. JACQUELIN, *De la fiducia*, cit., 237; W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 172; L. PEPPE, *Studi*, cit., 152 ss.; N. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 112 ss.; R. FERCIÀ, '*Fiduciam contrahere*', cit., 166 s., nt. 24; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 158 ss., con letteratura; E. FRANCESCON, *Il corpo*, cit., 211, nt. 176.

¹⁸ Il principio è attestato da diverse fonti, come Gai. 7 *ad ed. prov.* D. 9.1.3; Gai. 6 *ad ed. prov.* D. 9.3.7; Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2.2; Ulp. 23 *ad ed.* D. 9.3.1.5. Su di esso, v. di recente P. ZILLOTTO, *Stima del corpo e del danno al corpo dell'uomo libero*, in *Il corpo in Roma antica*, I, cit., 59 ss.

possibilità per il *pater* di agire tramite *actio fiduciae* e *actio pigneraticia*¹⁹, onde riottenere il *filius* mancipato per estreme necessità di sostentamento.

Alludo a:

Paul. Sent. 5.1.1: *Qui contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratia filios suos vendiderint, statui ingenuitatis eorum non praeiudicant: homo enim liber nullo pretio aestimatur. Idem nec pignori ab his aut fiduciae dari possunt: ex quo facto sciens creditor deportatur. Operae tamen eorum locari possunt*

Il Noordraven²⁰ – raccogliendo invero uno spunto già del Bechmann²¹ – ha tratto da questi testi la conclusione per cui lo schema fiduciario venisse utilizzato per dare a *noxae* uno schiavo macchiatosi di un delitto, affinché questi riparasse con le proprie *operae* il pregiudizio arrecato alla parte offesa e poi venisse restituito al *dominus* originario.

Senza ammettere ciò, sarebbero invero incomprensibili i riferimenti all'*actio fiduciae* nei brani appena visti, così come sarebbe diversa la giustificazione in base alla quale essa era preclusa, se oggetto della *mancipatio* non era uno schiavo, ma un *homo liber*, come il *filius familias*.

La ricostruzione del Noordraven ha raccolto, giustamente, l'adesione pressoché unanime della dottrina successiva²².

Peraltro, da ciò si possono ricavare alcuni spunti che suffragano le idee esposte nel corso della presente indagine.

È evidente infatti come la *noxae deditio* fiduciaria di uno schiavo presenti alcuni tratti in comune, pur non potendosi certo identificare, con la *fiducia* perfezionata a scopo di garanzia più che con quella *cum amico* di gaiana memoria (*in primis*, per l'esistenza di una pretesa giuridicamente rilevante in capo al danneggiato/accipiente, rispetto alla quale il trasferito ne assicurava la soddisfazione). Sicché mi pare lecito supporre che la disciplina applicabile in tale ipotesi – ad esempio in ordine all'operatività dell'*usureceptio* o alla possibilità per il fiduciante di mutare volontà – coincidesse con quella relativa alla *fiducia cum creditore* o, meglio, con quella che si è visto sussistere quando l'interesse dell'operazione nel suo complesso è prevalentemente del fiduciario.

In ragione di queste considerazioni, mi pare esca ulteriormente indebolita la tesi per cui la dicotomia gaiana conservata in Gai 2.60 sia esaustiva, e non

¹⁹ Cfr. anche Paul. 5 sent. D. 20.3.5: *Creditor, qui sciens filium familias a parente pignori accepit, relegatur.*

²⁰ B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 114 s.

²¹ A. BECHMANN, *Der Kauf*, I, cit., 284.

²² Cfr., tra gli altri, R. FERCIA, *'Fiduciam contrahere'*, cit., 166 s., nt. 24; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 178. Si rammentino le parole di L. PEPPE, *Studi*, cit., 160, secondo cui «è probabile che ... all'inizio dell'instaurarsi di questa prassi il pretore vagliasse attentamente nel merito i rapporti intercorsi tra le parti e caso per caso».

meramente esemplificativa, in ordine ai possibili usi della *fiducia* e all'uniformità delle regole rilevanti in relazione a ciascuno di essi.

3 Sulla 'fiducia' nell'ambito dei rapporti familiari

Ciò detto, è appena il caso di accennare all'ipotesi – pur prospettata da alcuni studiosi²³ – secondo cui da un testo di Paolo, che riporta l'opinione di Labeone, si potrebbe ricavare come per quest'ultimo giurista fosse possibile esperire l'*actio fiduciae* anche nell'ambito dei rapporti familiari.

Il testo di interesse è il seguente:

Paul. 11 *quaest.* D. 1.7.34: *Quaesitum est, si tibi filius in adoptionem hac lege sit datus, ut post triennium puta eundem mihi in adoptionem des, an actio ulla sit. Et Labeo putat nullam esse actionem: nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere.*

La questione riguarda l'adozione di un figlio accompagnata da un patto in base al quale, dopo tre anni di 'permanenza' del ragazzo presso la famiglia del padre adottivo, quest'ultimo avrebbe dovuto restituirlo al padre naturale²⁴. Secondo Paolo, in una simile ipotesi, ci si potrebbe chiedere se il padre adottivo che non rispetta l'impegno preso possa essere convenuto in giudizio con una qualche azione: per risolvere il nodo problematico, il giurista severiano ricorda il pensiero di Labeone, secondo il quale non sussiste alcuna azione, perché l'averne dei figli a tempo va contro i *mores romani*²⁵.

Orbene, il fatto che l'adozione fosse attuata tramite *mancipatio* arricchita da una convenzione tra il *pater familias* originario e quello adottivo ha indotto parte della dottrina a ravvisare la possibilità che il dubbio riguardasse l'esperibilità proprio dell'*actio fiduciae*²⁶.

Ipotesi che Labeone nega con forza: ma non in via generale, bensì per il contrasto tra i *mores* e la possibilità di un'adozione a tempo²⁷. Il che implicherebbe, secondo alcuni, che l'*actio fiduciae* poteva in altre ipotesi essere esperita anche nell'ambito dei rapporti di famiglia²⁸.

²³ Cfr. W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 173; A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 126 ss.; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 118; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 52.

²⁴ Cfr. F. LONGCHAMPS DE BÉRIÉ, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013, 82, che evidenzia come solo il padre naturale «poteva accogliere sotto la patria potestà colui che già una volta aveva dato in adozione».

²⁵ F. LONGCHAMPS DE BÉRIÉ, *L'abuso*, cit., 83.

²⁶ W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 173; A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 126 ss.; M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht*, in ZSS, LX, 1940, 127; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 118; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 52;

²⁷ Cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 118; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 52.

²⁸ Cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 118. Secondo F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 52, rimangono oscure le ipotesi in cui ciò poteva avvenire.

Come è stato fatto notare ad esempio da Riccardo Fercia, però, gli elementi contenuti nel passo non giustificano una simile conclusione, in ragione anche della probabile classicità delle locuzioni che segnano il rapporto tra 'actio ulla' e 'nullam esse actionem', le quali – secondo i sostenitori del differente punto di vista – celerebbero un originario riferimento proprio all'*actio fiduciae*²⁹.

Secondo lo studioso cagliaritano, il nodo problematico su cui ruota il *quaesitum* riguarderebbe più probabilmente l'integrazione o meno dell'*adoptio*, in quanto programmata *ad tempus*³⁰. Sicché la soluzione di Labeone non coinvolgerebbe l'*actio fiduciae*, limitandosi il giurista a escludere qualsivoglia azione in un caso simile, indipendentemente dalla qualificazione giuridica che si volesse leggere nell'operazione compiuta.

Ad ogni modo, le fonti non forniscono ulteriori riscontri, né in relazione alla soluzione labeoniana poc'anzi tratteggiata, né con riguardo all'esperibilità dell'*actio fiduciae* nell'ambito dei rapporti familiari.

Questo silenzio, unito a quanto detto nel precedente paragrafo rispetto alla dazione a nosa del *filius familiae*, inducono comunque ad escludere che nelle relazioni familiari potessero configurarsi fenomeni fiduciari in senso tecnico, cioè rapporti che potevano portare alla concessione dell'*actio fiduciae*.

4 Un caso di 'fiducia' in Plinio il Giovane?

Per completare questa disamina circa le possibili applicazioni dello schema fiduciario in Roma antica, occorre prendere in considerazione l'ipotesi di Jan Willem Tellegen secondo cui una lettera di Plinio il Giovane³¹, diretta all'imperatore Traiano, accenna ad una *fiducia* conclusa (non a scopo di garanzia) tra una madre e il proprio figlio³².

Lo studioso parla a tal proposito di *fiducia cum filio contracta*.

Ecco il testo dell'epistola pliniana.

Plin. ep. 10.4: C. Plinius Traiano Imperatori. 1. *Indulgentia tua, imperator optime, quam plenissimam experior, hortatur me, ut audeam tibi etiam pro amicis obligari; inter quos sibi vel praecipuum locum vindicat Voconius Romanus, ab ineunte aetate condiscipulus et contubernalis.* 2. *Quibus ex causis et a divo patre tuo petieram, ut illum in amplissimum ordinem promoveret. Sed hoc votum meum bonitati tuae reservatum est, quia mater Romani liberalitatem sestertii quadragies, quod conferre se filio codicillis ad patrem*

²⁹ Cfr. R. FERCIÀ, 'Fiduciam contrahere', cit., 167, nt. 24.

³⁰ R. FERCIÀ, 'Fiduciam contrahere', cit., 167, nt. 24.

³¹ Sulla vita, le opere e la carriera di Plinio il Giovane, cfr. R. SYME, *Tacitus*, Oxford, 1958, 75 ss.; A.N. SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny*, cit., 69.

³² J.W. TELLEGEN, 'Fiducia cum filio contracta' dans Pline le Jeune 10.4, in *Labeo*, XLIII, 1997, 224 ss.

tuum scriptis professa fuerat, nondum satis legitime peregerat; quod postea fecit admonita a nobis. 3. Nam fundos emancipavit, et cetera, quae in emancipatione implenda solent exigi, consummavit. 4. Cum sit ergo finitum, quod spes nostras morabatur, non sine magna fiducia sub signo apud te fidem pro moribus Romani mei, quos et liberalia studia exornant et eximia pietas, quae hanc ipsam matris liberalitatem et statim patris hereditatem et adoptionem a vitrico meruit. 5. Auget haec et natalium et paternarum facultatum splendor; quibus singulis multum commendationis accessurum etiam ex meis precibus indulgentiae tuae credo. 6. Rogo ergo, domine, ut me exoptatissimae mihi gratulationis compositum facias et honestis, ut spero, affectibus meis praestes, ut non in me tantum verum et in amico gloriari iudiciis tuis possim.

All'inizio del principato di Traiano (dunque intorno al 98 d.C.)³³, Plinio il Giovane si rivolge all'imperatore per raccomandare la nomina a senatore di un suo caro amico, nonché compagno di studi (*ep.* 2.13), un certo Voconio Romano, di origine iberica (la famiglia proviene da Sagunto)³⁴. Lo stesso Plinio ricorda in tale missiva di aver già inoltrato un'identica richiesta al padre del suo interlocutore, l'imperatore Nerva, che però aveva rifiutato l'accesso al rango senatorio di Voconio Romano, non avendo questi un patrimonio di sufficiente consistenza³⁵. La madre, infatti, che pur aveva comunicato a Nerva di voler donare al figlio quattro milioni di sesterzi, non aveva proceduto in tal senso quando l'imperatore era ancora in vita.

Tuttavia, Plinio annuncia a Traiano che la donna ha finalmente trasferito al figlio la proprietà di alcuni fondi, con tutte le formalità necessarie. Sicché, 'non sine magna fiducia', Plinio impegna la propria *fides* per assicurare l'integrità morale dell'amico, di cui enumera i vari pregi, per poi concludere pregando il *princeps* di concedergli l'onore del rango senatorio³⁶.

Questo è, per sommi capi, il contenuto dell'epistola di Plinio il Giovane.

³³ A.N. SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny. A Historical and Social Commentary*, Oxford, 1966, 563

³⁴ È fitta la corrispondenza intrattenuta da Plinio con Voconio Romano, come testimoniano *ep.* 1.5; 2.1; 3.13; 6.15 (ove Plinio narra all'amico un aneddoto che vede coinvolto Giavoleno Prisco, il giurista, durante la lettura pubblica di un'elegia composta da Passenno Paolo. Quando questi, ad imitazione di Properzio, iniziò un verso con 'Prisce, iubes ...', Giavoleno reagì indispettito affermando 'ego vero non iubeo' e generando così l'ilarità collettiva: secondo Plinio, 'est omnino Priscus dubiae sanitatis, interest tamen officiis, adhibetur consiliis atque etiam ius civile publice respondet: quo magis, quod tunc fecit, et ridiculum et notabile fuit'. Sull'episodio, v. E. LAUGHTON, 'Prisce iubes', in *ClR*, LXXXV, 1971, 171 s.); 6.33; 8.8.; 9.7; 9.28. Per qualche informazione biografica su Voconio Romano, v. M. SCHUSTER, voce *Voconius Romanus*, in *RE*, Zw.R., XVII, Stuttgart, 1961, cc. 698 ss.; R. SYME, *Pliny's less Successful Friends*, in *Historia*, IX, 1960, 365.

³⁵ In ordine ai requisiti patrimoniali per accedere al senato, cfr. J.W. TELLEGEN, 'Fiducia cum filio contracta', cit., 229 s.; R.J.A. TALBERT, *The Senate of Imperial Rome*, Princeton, 1984, 9 ss.

³⁶ A quanto pare, Traiano non assecondò i desideri di Plinio: cfr. R. SYME, *Pliny's less Successful*, cit., 365.

Ebbene, il Tellegen scorge nei §§ 3 e 4 alcuni indizi da cui, a suo dire, si evincerebbe come la madre di Voconio Romano gli avesse alienato fiduciarmente alcuni fondi.

In particolare, l'argomentazione dello studioso poggia su due elementi.

In primo luogo, egli crede che il cenno all'assolvimento 'di ogni altra formalità' necessaria per il trasferimento della proprietà di tali cespiti celi un riferimento al *pactum fiduciae* che affianca la *mancipatio* degli stessi (v. § 3, ove si legge '*et cetera, quae in emancipatione implenda solent exigi, consummavit*')³⁷.

In secondo luogo, Tellegen è convinto che il periodo immediatamente successivo a quello appena commentato meglio si comprenda se il termine latino 'fiducia' lo si legge nel senso di *res fiduciaria*³⁸ e non nel significato francese di di 'confiance' o italiano di 'fiducia': «a mona vis» – scrive l'autore – «le terme *fiducia* est employé dans ep. 10.4.3 dans le sens de *res fiduciaria*»³⁹.

Circa il contenuto del *pactum fiduciae*, Tellegen ipotizza che la madre – peraltro assecondando un'indicazione del *princeps* stesso⁴⁰ – avesse dovuto in un certo qual modo garantire a Voconio Romano di poter ricavare i frutti dai beni trasferiti, impedendo al contempo che il figlio, tramite alienazioni o costituzioni di diritti reali limitati, dilapidasse tale fortuna.

Si tratta di una ricostruzione che mostra il fianco a più di una critica.

Innanzitutto, non mi pare possibile scorgere nel riferimento di Plinio a '*cetera, quae in emancipatione implenda solent exigi, consummavit*' un richiamo al *pactum fiduciae* (o anche ad una *mancipatio* nuncupativa) perfezionato tra le parti. Lo scrittore romano, a mio avviso, sta semplicemente sottolineando che la proprietà dei fondi è stata effettivamente trasferita a Voconio Romano, con il rispetto appunto di tutte le formalità richieste⁴¹.

Peraltro, c'è stato chi si è chiesto per quale ragione si parli di *mancipatio* con riguardo a dei fondi che, vista l'origine iberica della famiglia di Voconio Romano, non erano *in solo Italico*, bensì in territorio provinciale. Fondi, dunque, per l'alienazione dei quali non era richiesto alcun atto solenne.

Sherwin-White ipotizza che i predi trasferiti dalla madre non si trovassero a Sagunto, bensì nella vicina Valencia, cui era riconosciuto il privilegio dello *ius Italicum* (Paul. 2 *cens.* D. 50.15.8 pr.)⁴², mentre Tellegen – sulla scorta di Plin. *ep.*

³⁷ J.W. TELLEGEN, '*Fiducia cum filio contracta*', cit., 232 s.

³⁸ J.W. TELLEGEN, '*Fiducia cum filio contracta*', cit., 232.

³⁹ J.W. TELLEGEN, '*Fiducia cum filio contracta*', cit., 232.

⁴⁰ J.W. TELLEGEN, '*Fiducia cum filio contracta*', cit., 232.

⁴¹ Plinio, anziché parlare di *mancipatio*, utilizza (come già in *ep.* 7.18.2) il termine *emancipatio*: cfr. J.W. TELLEGEN, '*Fiducia cum filio contracta*', cit., 231.

⁴² A.N. SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny*, cit., 564. Riprendendo le parole di S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 170 s., «il *ius Italicum* consiste ... nel conferimento al suolo della stessa condizione del fondo in suolo italico, e dunque la capacità di essere oggetto di *dominium ex iure Quiritium*, nonché dei negozi civilistici tipici di trasferimento, quali la *mancipatio* e la *in iure cessio*,

6.19, ove si menziona un provvedimento del senato che imponeva a chiunque avesse voluto ricoprire cariche pubbliche a Roma di possedere terreni in suolo italico – ritiene che i fondi trasferiti a Voconio Romano fossero situati proprio in Italia⁴³.

Ma a parte questo, anche ammettendo che nel § 4 *'fiducia'* debba leggersi nel senso di *res fiduciaria* – il che, per vero, non è affatto necessario per la comprensione del periodo, chiarissimo anche se a tale termine gli si attribuisce il significato generico di *'fiducia'* –, non si capisce per quale motivo compaia al singolare anziché al plurale, atteso che i fondi che la madre ha trasferito al figlio erano certamente più d'uno (*'nam fundos emancipavit'*).

Infine, non trova giustificazione alcuna la scelta di ricorrere, nel caso di specie, ad un trasferimento fiduciario.

Tellegen sostiene che tale operazione negoziale avrebbe meglio assicurato, soprattutto agli occhi dell'imperatore (che l'avrebbe persino caldeggiata), la conservazione del patrimonio di Voconio Romano, cui sarebbe stato in questo modo impedito di compiere alienazioni o di costituire ipoteche sui beni ricevuti; inoltre, l'accipiente avrebbe in tal modo potuto trarre dai fondi i frutti prodotti senza alcun ostacolo o interferenza esterna⁴⁴.

Si tratta di affermazioni che non convincono fino in fondo.

A parte il fatto che non si capisce perché il fiduciario avrebbe meno ostacoli (o più garanzie) rispetto ad un *'normale'* proprietario in ordine allo sfruttamento di un bene (sarà semmai il contrario), non corrisponde affatto al vero che la *fiducia* era un negozio volto ad evitare la dispersione di un patrimonio. Gli atti di alienazione (o di costituzione di garanzia) delle *res fiduciarie* compiuti da un fiduciario non erano invalidi e avevano piena efficacia verso i terzi: semmai, tali contegni potevano costituire inadempimento dei doveri nascenti dalla *mancipatio* o *in iure cessio* fiduciaria e condurre alla condanna dell'accipiente – citato in giudizio mediante *actio fiduciae* – al pagamento di una somma di denaro, ma mai al ritorno del bene presso il suo patrimonio.

In base a queste considerazioni, dunque, credo che la tesi del Tellegen debba essere respinta.

Del resto, il periodo di cui al § 4, ove compaiono accostati i termini *'fiducia'* e *'fides'* mi pare di piana comprensione, checché ne dica lo studioso, se si associa a ciascuno di essi il significato generico e atecnico, rispettivamente, di *'attesa nei confronti di un'altrui attività'* (*fiducia*) e di *'affidamento all'altrui potere'* (*fides*), come già nel cap. 1 della presente ricerca si è avuto modo di spiegare.

come pure di *usucapio*». In materia, cfr. anche G.I. LUZZATTO, *Appunti sul 'ius Italicum'*, in RIDA, V, 1950, 79 ss.

⁴³ J.W. TELLEGEN, *'Fiducia cum filio contracta'*, cit., 234.

⁴⁴ Cfr. J.W. TELLEGEN, *'Fiducia cum filio contracta'*, cit., 236 s.

5 *Considerazioni di sintesi*

L'indagine condotta in questo breve capitolo ha permesso di constatare come la *fiducia* venisse probabilmente utilizzata anche per realizzare donazioni per interposta persona (par. 1), nonché per compiere *noxae deditioes* di schiavi con l'accordo circa la loro restituzione, dopo un certo tempo, al *dominus* originario (par. 2).

Gli approfondimenti svolti nei primi due paragrafi hanno altresì confermato la tesi di fondo qui sostenuta, secondo cui gli interessi delle parti coinvolte in simili operazioni modulavano sensibilmente la relativa disciplina giuridica, specie, si è ipotizzato, in punto di rilevanza del mutamento di volontà del fiduciante o in ordine all'operatività dell'*usureceptio*.

Infine, l'analisi condotta ai parr. 3 e 4 ha portato ad escludere, con buon grado di verosimiglianza, che la *fiducia* (intesa come schema negoziale che consentiva l'esperibilità dell'*actio fiduciae*) trovasse spazio nell'ambito dei rapporti familiari.

Capitolo sesto

LE FORME DI TUTELA DEI TRASFERIMENTI FIDUCIARI

SOMMARIO: 1. Una breve premessa. – 2. L'*amicitia* in Roma antica. – 2.1. La concezione causale e istituzionale di *amicitia* in Bernardo Albanese. – 3. L'*amicitia* nei rapporti fiduciari e il valore dell'espressione '*fiducia cum amico contracta*' in Gai 2. 60 – 4. *Fides* in Roma antica. – 4.1. La forza propulsiva di *fides* nel riconoscimento giuridico di nuove fattispecie negoziali. – 5. Una prima forma di protezione del fiduciante tramite l'azione penale *in duplum* di cui Coll. 10.7.11 (= Paul. Sent. 2.12.11)? – 6. *Fiducia* e processo *per legis actionem*. – 7. *Fiducia* e processo formulare. – 8. Altri meccanismi 'extragiudiziali' di tutela della posizione del fiduciante: *usureceptio* e l'assenza di furto.

1 *Una breve premessa*

Lo studio della protezione giuridica accordata in Roma antica alla *fiducia*, nelle diverse fasi del suo sviluppo, potrebbe costituire senz'altro l'argomento di una trattazione monografica¹. Una simile indagine pone infatti problemi di particolare complessità, andando a toccare valori chiave del mondo romano, quali *amicitia* e *fides*, e questioni giuridiche di non secondaria importanza, come i requisiti di esperibilità della *legis actio sacramento in personam* e della *condictio*, nonché il numero e le caratteristiche dei giudizi di buona fede.

Senza considerare tutte le difficoltà di ricostruzione circa il tenore e la portata dell'*actio fiduciae* nell'ambito del processo formulare, per la ben nota scarsità di fonti di cognizione a riguardo.

In ragione degli obiettivi della presente ricerca, mi limiterò in questa sede a fornire una panoramica dei diversi momenti in cui, a mio avviso, si è articolata questa evoluzione, soffermandomi in particolare sul ruolo svolto dall'*amicitia* e dalla *fides* nel garantire la soddisfazione delle pretese del fiduciante, allorquando l'ordinamento non riconosceva a suo favore alcun rimedio processuale per sanzionare i doveri di controparte, e sull'influenza esercitata da tale coppia di valori rispetto all'elaborazione delle tutele giuridiche successivamente accordate.

2 *L'amicitia in Roma antica*

L'*amicitia* è senz'altro uno dei valori forti a partire dai quali il popolo romano ha saputo creare la propria unità religiosa, civile, militare e politica. Di ciò gli stessi romani, soprattutto quelli appartenenti alle 'elites' culturali, erano consapevoli e orgogliosi².

¹ Come in effetti è stato, peraltro rispetto ad un periodo di tempo circoscritto (dalle origini all'epoca repubblicana): mi riferisco al lavoro di N. BELLOCCI, *La tutela*, cit., 9 ss.

² Tra le diverse ricerche che toccano o approfondiscono il tema dell'*amicitia* a Roma, cfr. F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. it., Firenze, 2005 (rist. 1946), 202 ss.; F. SENN, *La notion d'amitié et ses applications dans le domaine du droit (à partir de discours de Cicéron)*, in

Cicerone, ad esempio, in un passaggio del *Laelius*, giunge ad accostare la sfera divina e umana proprio con riguardo all'*amicitia*, descritta come '*omnium divinarum humanarumque rerum cum benevolentia et caritate consensus*', e, quindi, riconosciuta quale uno dei doni più preziosi fatti dagli dèi agli uomini³.

Invero, a parte l'immagine idealizzata tracciata dalle classi dominanti, è inevitabile notare come l'intero tessuto sociale di quel mondo antico fosse innervato dall'*amicitia*: essa, infatti, riprendendo le parole di Giovanni Finazzi, «era diffusa ad ogni livello sociale, pur potendo avere, a seconda del contesto, implicazioni diverse, innestandosi talora su rapporti di parentela, di patronato, di associazione, di semplice conoscenza, di vicinanza e potendo anche concernere rapporti fra singoli individui e città, province e Stati»⁴.

La molteplicità di articolazioni che l'*amicitia* assumeva, unitamente al fatto che – come oggi d'altronde – i rapporti ad essa ascrivibili coinvolgevano, anche trasversalmente, persone di differenti condizioni economiche, sociali, giuridiche e di varia provenienza geografica, rendono assai arduo racchiudere tale nozione entro una cornice unitaria⁵.

Annales Universitatis Saraviensis, IV, 1955, 299 ss.; B. ALBANESE, *La struttura della 'manumissio inter amicos'*. Contributo alla storia dell'*amicitia* romana, in *AUPA*, XXIX, 1962, 51 ss.; ID., *L'amicitia nel diritto privato romano*, in *Jus*, XIV, 1963, 130 ss. (entrambi ora anche in *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, rispettivamente alle pp. 217 ss. e 313 ss.); L. LOMBARDI VALLAURI, *Amicizia, carità, diritto. L'esperienza giuridica nelle tipologie delle esperienze di rapporto*, Milano, 1969, 63 ss.; J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la République*, Paris, 1963, 41 ss.; D. NÖRR, 'Mandatum, fides, amicitia', in 'Mandatum' und Verwandtes, cit., 20 ss.; L. PIZZOLATO, *L'idea di amicizia nel mondo antico classico e cristiano*, Torino, 1993, 89 ss.; R. RACCANELLI, *L'amicitia nelle commedie di Plauto. Un'indagine antropologica*, Bari, 1998; C. WILLIAMS, *Friends of the Roman People. Some Remarks on the Language of 'amicitia'*, in *Freundschaft und Gefolgschaft in den auswärtigen Beziehungen der Römer*, a cura di A. Coskun, Frankfurt am Main, 2008, 29 ss.; G. FINAZZI, 'Amicitia', cit., 633 ss.; M.T. NICOTRI, 'Amicitia' e 'dignitas' familiare tra politica e diritto (Cic. 'ad fam.' 5.1-2), in *Scritti di comparazione e storia giuridica. Ricordando G. Criscioli*, a cura di P. Cerami e M. Serio, II, Torino, 2013, 193 ss.; M. DE SIMONE, *Una congettura*, cit., 334 ss. e nt. 45; C. ROLLINGER, 'Amicitia sanctissime colenda'. *Freundschaft und soziale Netzwerke in der späten Republik*, Heidelberg, 2014, ove ricchissimo apparato bibliografico.

³ Cic. *Lael.* 20: ... *Est enim amicitia nihil aliud nisi omnium divinarum humanarumque rerum cum benevolentia et caritate consensus; qua quidem haud scio an excepta sapientia nihil melius homini sit a dis immortalibus datum ...*

⁴ G. FINAZZI, 'Amicitia', cit., 635

⁵ G. FINAZZI, 'Amicitia', 633 ss. A Roma, infatti, si parla di *amicitia* non solo con riguardo ai rapporti tra privati, ma – almeno a partire dal III sec. a.C. – anche nell'ambito delle relazioni intrattenute con *reges* o con comunità straniere (cfr., da ultima, M.F. CURSI, 'Amicitia' e 'societas' nei rapporti tra Roma e gli altri popoli del Mediterraneo, in *Index*, XLI, 2013, 197 ss., anche per la bibliografia più risalente. Circa le sorprendenti analogie tra istituti pubblicistici e privatistici nel periodo più antico di Roma, v. U. COLI, *Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma*, in *SDHI*, IV, 1938, 68 ss.). La dottrina si è molto impegnata nel tentativo di individuare i caratteri e il contenuto dell'*amicitia* internazionale: le divisioni, tuttavia, non mancano. Pur potendosi ormai dire superata la nota teoria mommseniana – che ampio seguito ha raccolto in passato –, secondo cui l'*amicitia*, rimuovendo lo stato di 'naturale ostilità' tra Roma e i popoli circostanti, doveva discendere da uno specifico trattato, permangono a oggi non poche

Del resto, non è poi nemmeno sicuro che ciò presenti una grande utilità, atteso che qui interessa verificare se, e secondo quali modalità, l'*amicitia* fosse un meccanismo di cogenza, in specie rispetto alle alienazioni 'fiduciarie' dei tempi più antichi.

Dalle parole di autori come Seneca e Plinio il Giovane emerge la concezione per cui l'*amicitia* fosse un bisogno naturale dell'uomo⁶: fondata sulla virtù e non sull'utilità⁷, che si manifestava nei rapporti quotidiani in tutta una serie di attenzioni, premure e cure verso l'amico, specialmente nei momenti di maggior necessità⁸.

Purtuttavia, permane altresì saldissima nella coscienza romana l'idea per cui dall'*amicitia* discendessero le pratiche dei *beneficia*, elargizioni spontanee dalle quali nasceva la riconoscenza (*gratia*) del ricevente, e degli *officia*, veri e propri

incertezze intorno alla fisionomia e alla natura del fenomeno in questione (cfr. TH. MOMMSEN, *Römische Staatsrecht*, III.1, Leipzig, 1887, 590 ss., la cui ricostruzione dei rapporti di *amicitia* sulla scorta della 'natürliche Feindschaft' tra genti è stata ripresa ed esasperata da E. TÄUBLER, *Imperium Romanum. Studien zur Entwicklungsgeschichte des römischen Reichs*. I. *Die Staatsverträge und Vertragsverhältnisse* Leipzig-Berlin, 1913, 1913, 1 ss.). Grazie agli studi di A. HEUSS, *Die völkerrechtlichen Grundlagen der römischen Außenpolitik in republikanischer Zeit*, Leipzig, 1933 (rist. Aalen 1963), 25 ss.; P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino, 1965, 8 ss. e 51 ss.; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², II, Napoli, 1973, 13 ss.; M.R. CIMMA, *Reges socii et amici populi Romani*, Milano, 1976, 11 ss.; F. SINI, *Bellum nefandum. Virgilio e il problema del 'diritto internazionale antico'*, Sassari, 1991, 28 ss.; M.F. CURSI, *Amicitia*, cit., 195 ss. e nt. 2, la tesi della naturale ostilità può dirsi ormai appartenere al passato. Ad ogni modo, le fonti di cui disponiamo in tema di *amicitia* internazionale sono quasi esclusivamente letterarie e dunque molto più sensibili al dato politico, anziché a quello giuridico: sicché, il fenomeno in questione è presentato nelle sue linee generali in maniera molto disomogenea. Come ben rilevato da M.R. CIMMA, *Reges socii et amici populi Romani*, cit., 84 ss., l'espressione *amicitia* viene in alcuni luoghi utilizzata in senso 'generico', per alludere semplicemente al clima di buone relazioni tra Roma e altri popoli, indipendentemente dall'assunzione di qualsivoglia impegno formale; in altre situazioni, invece, acquista un significato diverso, più tecnico, e indica il rapporto «giuridicamente definito da obblighi reciproci» instaurato mediante un trattato. Su questi aspetti, v. anche CH. BALDUS, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft. Zur Rezeptionsfähigkeit römischen Rechtsdenkens*, I, Frankfurt a.M., 1998, 260, nt. 27; ID., *Vestigia pacis. The Roman Peace Treaty: Structure or Event*, in *Peace Treaties and International Law in European History. From the Late Middle Ages to World War One*, a cura di R. Lesaffer, Cambridge, 2004, 114 ss.; F. LAMBERTI, *Alle origini della Colonia Agrippina. Notazioni sul rapporto fra gli 'Ubi' e il 'populus Romanus'*, in MEFRA, CXVIII, 2006, 109 ss., anche per le connessioni tra *amicitia* e *deditio in fidem*; EAD., *Percorsi della cittadinanza romana dalle origini alla tarda Repubblica*, in *Derecho, persona y ciudadanía. Una experiencia jurídica comparada*, a cura di B. Periñán Gómez, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, 38 e nt. 113; M.F. CURSI, *Amicitia*, cit., 199 ss.; V. ILARI, voce *Trattato internazionale (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1335 ss.

⁶ Sen. ep. 109.

⁷ Sen. ep. 9.8-9; 48.2-4; Plin. ep. 9.30.1.

⁸ Sen. ben. 6.33.1-2; ep. 25.1; 78.4; 85.29; 112.1-2; Plin. ep. 1.12.7-8; 1.17.2; 2.10.5; 3.5.3; 3.11.1; 3.11.9; 7.28.

doveri di svolgere una determinata attività, sebbene rilevanti soltanto da un punto di vista sociale e morale, non invece giuridico⁹.

La distinzione è tracciata dallo stesso Seneca:

Sen. *benef.* 3.18.1: ... *beneficium esse, quod alienus det (alienus est, qui potuit sine reprehensione cessare); officium esse filii, uxoris, earum personarum, quas necessitudo suscitatur et ferre operam iubet ...*

Il *beneficium* è dunque l'elargizione spontanea compiuta da un 'estraneo' (*alienus*), che non ha relazioni particolari con chi la riceve, mentre l'*officium* «è un atto dovuto, imposto dalla presenza di legami di *necessitudo* col partner»¹⁰. Dalle parole di Seneca si evince poi come questa *necessitudo* si concretizzasse nell'impossibilità, per l'una e l'altra delle parti del rapporto, di sottrarsi, di abbandonare i doveri da esso nascenti, come altre fonti antiche confermano¹¹.

E tra i 'doveri' che potevano nascere da queste relazioni 'necessarie'¹², vi erano «lo scrivere lettere all'amico lontano, le *commendationes* presso personaggi influenti, l'assunzione della difesa dell'amico in giudizio, l'aiuto finanziario dell'amico più povero, ma anche la partecipazione a momenti importanti della vita sociale dell'amico, quali gli *sponsalia* e le *nuptiae*, la testimonianza ad atti giuridicamente rilevanti e il fornire consigli, anche di natura giuridica, formulandoli personalmente, ove se ne avessero le capacità, o interpellando degli esperti»¹³.

Questa multiforme serie di doveri ha indotto diversi studiosi a rilevare come, attraverso le relazioni amicali, gli individui mirassero alla soddisfazione di bisogni fondamentali altrimenti non ottenibili.

Un altro elemento da non sottovalutare, in quest'ottica, attiene al regime previsto in tema di lavoro intellettuale, che doveva svolgersi sempre all'insegna di un'assoluta gratuità (il versamento di un *honorarium* o un *salarium* veniva

⁹ Cfr. G. FINAZZI, *'Amicitia'*, cit., 636.

¹⁰ R. RACCANELLI, *L'amicitia*, cit., 27.

¹¹ Cic. *Lig.* 21; *Planc.* 43; 72; *Quint. Inst.* 1.2.20.

¹² Ma circa il progressivo mescolarsi e sovrapporsi di *beneficia* e *officia*, cfr. R. RACCANELLI, *L'amicitia*, cit., 40, con letteratura.

¹³ Così, ancora, G. FINAZZI, *'Amicitia'*, cit., 636, ma v. anche R. BORGOGNONI, *L'amicitia in Plinio il Giovane. Rapporti sociali nella prima età del principato attraverso l'Epistolario e il Panegirico*, in *Epigrafia e territorio. Politica e società. Temi di antichità romane*, a cura di M. Pani, VI, 2001, 180 ss. Anche la vita politica era dominata dai rapporti di *amicitia*, fondamentale fattore aggregativo e di formazione del consenso: si soffermano su questo aspetto M. GELZER, *Die Nobilität der römischen Republik*, Leipzig-Berlin, 1912, 54 ss.; R. SYME, *The Roman Revolution*, Oxford, 1939, 12 ss.; R.P. SALLER, *Personal Patronage under the Early Empire*, Cambridge, 1982, 7 ss.; E. NARDUCCI, *Le ambiguità della 'amicitia'*, in *Modelli etici e società: un'idea di Cicerone*, Pisa, 1989, 79 ss.; D. KONSTAN, *Friendship in the Classical World*, Cambridge, 1997, 122 ss.

considerato come attuato per spirito di riconoscenza e mai come il corrispettivo per la prestazione resa)¹⁴.

Ma se anche la violazione dei doveri nascenti dall'*amicitia* non comportava sanzioni dal punto di vista giuridico, generando semmai riprovazione sociale, non significa che una contaminazione o un'osmosi tra i due diversi piani della regolamentazione delle relazioni interpersonali non vi sia stata. È facile affermarlo, considerando che sicuramente l'*amicitia* è stata al centro della riflessione dei giuristi, quando non anche elemento di ispirazione per l'elaborazione di soluzioni concrete, come un recente studio di Finazzi, già più volte ricordato, ha ampiamente dimostrato¹⁵.

Paolo, ad esempio, in piena epoca severiana ancora si interroga su cosa debba intendersi per *amicus*.

Lo fa in questo testo tratto dalle sue *sententiae*.

Paul. 2 *sent.* D. 50.16.223.1 (= Paul. Sent. 2.26.3): *Amicos appellare debemus non levi notitia coniunctos, sed quibus fuerint in iura cum patre familias honestis familiaritatis quaesita rationibus.*

Come la dottrina più avveduta ha ipotizzato, pare che il passo – inserito dai compilatori entro il titolo *De verborum significatione* – riguardasse in origine la *potioris nominatio*¹⁶. In particolare, Paolo era impegnato a chiarire chi fossero quegli *amici* che, chiamati a fare da tutori ad un impubere, potevano – giusta una '*oratio Severi*' a noi nota tramite Vat. Fragm. 158¹⁷ – indicare come *potiores* solamente alcuni soggetti facenti parte di categorie determinate: ciò, per via dei rapporti particolarmente intensi intrattenuti con il *pater* dell'impubere, che li rendeva (solo per tale motivo) i più adatti a ricoprire l'ufficio tutelare¹⁸.

Ebbene, anche gli *amici* rientravano in tale gruppo: ma tale nozione, priva di un significato tecnico preciso, necessitava di una limitazione ad opera di un giurista, onde evitare che assumesse una portata troppo ampia. Così, Paolo chiarisce che gli amici non sono coloro che occasionalmente frequentano il *pater* – e questa parte non solleva problemi particolari –, bensì anche chi è titolare di '*iura familiaritatis*' sorti per motivi onesti e rispettabili.

¹⁴ Cfr. G. COPPOLA BISAZZA, *Cultura e potere. Il lavoro intellettuale nel mondo romano*, Milano, 1994.

¹⁵ Si tratta del già più volte ricordato G. FINAZZI, '*Amicitia*', cit., 702 ss.

¹⁶ G. FINAZZI, '*Amicitia*', cit., 651 s.

¹⁷ Vat. Fragm. 158: *Pars orationis imperatoris Severi. Promiscua facultas potioris nominandi nisi intra certos fines cobibeatur, ipso tractu temporis pupillos fortunis suis privabit. cui rei obviam ibitur, patres conscripti, si censueritis, ut collegae patris vel pupilli in decuria vel corpore, item cognati vel affines utriusque necessitudinis, qui lege Iulia et Papia excepti sunt, potiozem non nominent, ceteri cognati vel adfines amicue atque municipes eos tantummodo nominent, quos supra complexus sum, vicinitatis autem iure nemo potior existimetur.*

¹⁸ Cfr. G. FINAZZI, '*Amicitia*', cit., 651 e 719; A. PALMA, '*Iura vicinitatis*'. *Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988, 49 s.

Su cosa intendesse Paolo con *'iura familiaritatis quaesita'* molto si è discusso. Secondo alcuni, il testo andrebbe emendato, come già suggerito dal Mommsen¹⁹, inserendo *'vincula'* al posto di *'iura'*, sia perché i diritti non si acquistano *'cum'* qualcuno, bensì nei confronti di qualcuno, sia per l'inspiegabile *'in'* che precede *'iura'* – presente nella *littera Florentina*, ma assente in quella *Bononiensis*²⁰ –, il quale porta a credere che vi sia stata «la scomposizione di una parola più lunga nell'attuale *in iura*»²¹.

Sicché, reso il secondo periodo del frammento *'sed quibus fuerint in iura cum patre familias honestis familiaritatis quaesita rationibus'*, si ricava che per Paolo erano amici coloro che risultavano legati al *pater familias* da oneste ragioni di familiarità²².

Tuttavia, una differente lettura del passo è stata fornita da Bernardo Albanese, che in questo frammento ravvisa gli echi di un concetto istituzionalizzato e tecnico di *amicitia*, dalla quale sarebbero sorti veri e propri diritti e doveri per le parti coinvolte, con fondamentali effetti in ordine ai rapporti di natura giuridica che vi si andavano poi ad innestare, come si evince della stessa terminologia utilizzata per indicarli.

In molti rapporti giuridici, anzi, questa connotazione dell'*amicitia* sarebbe stata presupposta e l'esistenza di un legame simile tra le parti veniva, in vario modo, preso in considerazione, come nel caso della *manumissio inter amicos* o, il che interessa particolarmente in questa sede, della *fiducia cum amico*²³.

Conviene dunque concentrare l'attenzione sulla suggestiva ipotesi avanzata dallo studioso palermitano, onde capire il rapporto tra *amicitia* e l'istituto che si sta indagando in questa sede.

2.1 La concezione causale e istituzionale di *'amicitia'* in Bernardo Albanese

Secondo Bernardo Albanese²⁴, le fonti in materia di rapporti amicali trasmettono sì un affresco ricco di sfumature, talvolta non privo di contraddizioni, ma dal quale traspare come l'*amicitia* presentasse un significato tecnico ben preciso e fosse tipizzata in senso sia formale (tanto nel suo sorgere, quanto nel suo venir meno)²⁵, sia causale (in quanto legata a elementi oggettivi rilevabili, quali i

¹⁹ TH. MOMMSEN - P. KRÜGER, *Corpus iuris civilis*, I, cit., 918, nt. 19.

²⁰ G. FINAZZI, *'Amicitia'*, cit., 652 s.

²¹ G. FINAZZI, *'Amicitia'*, cit., 653.

²² G. FINAZZI, *'Amicitia'*, cit., 653.

²³ B. ALBANESE, *La struttura*, cit., 52.

²⁴ B. ALBANESE, *La struttura*, cit., 55 ss.; ID., *L'amicitia'*, cit., 130 ss. Aderisce a questa tesi S. RANDAZZO, *'Mandare'. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, 22 ss.

²⁵ B. ALBANESE, *La struttura*, cit., 57.

vincoli di *cognatio*, di *adfinitas*, di *vicinitas*, di *necessitudo*, di *mutua officia* o analoghe situazioni)²⁶.

Ebbene, secondo l'Albanese «questa insistenza dà luogo a credere, già da sola, all'esistenza, in Roma, d'un concetto d'*amicitia* privata con un valore assai più formale e obiettivo di quanto non avvenga in altre società antiche e moderne»²⁷: idea che esce a suo avviso rafforzata da quelle testimonianze che rivelano un certo formalismo costitutivo dei rapporti in parola.

Egli evoca in particolare due vicende, in cui le parti – superando una precedente rivalità – stringono *amicitia* tramite una *dextrarum iunctio*²⁸.

Il primo episodio si colloca intorno al 187-184 a.C.²⁹ ed ha per protagonisti P. Cornelio Scipione Africano e Tiberio Sempronio Gracco, il futuro padre dei celebri Gracchi³⁰. Un'inimicizia antica divideva questi due illustri personaggi, i quali, come ci ricorda Aulo Gellio, '*dissenserunt saepenumero de republica, et ea sive qua alia re non amici fuerunt*'³¹. In occasione di un banchetto in onore di Giove – organizzato dai senatori presso il monte Campidoglio, proprio nel giorno del processo degli Scipioni e dell'intercessione tribunizia da parte di Tiberio Gracco contro l'arresto del fratello dell'Africano, Lucio Scipione³² –, i due si vengono a trovare seduti l'uno accanto all'altro. Leggendo quasi un segno della volontà divina, Cornelio Scipione Africano e Tiberio Sempronio Gracco si

²⁶ B. ALBANESE, *La struttura*, cit., 56, anche per le fonti; ID., *L'amicitia*, cit., 130 ss.

²⁷ B. ALBANESE, *La struttura*, cit., 57.

²⁸ A Roma, stringersi le destre era un segno dotato di una forte carica simbolica e comunicativa, sovente legato ai valori incarnati da *fides* (su cui v. *infra*) e riservato a momenti importanti della vita di relazione (cfr. J. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, 170 s.; P. BOYANCÉ, *La main de 'Fides'*, in *Hommages à J. Bayet*, Bruxelles, 1964, 101 ss. [ora in *Études sur la religion romaine*, Roma, 1972, 121 ss.]). Le fonti da cui emerge una simile concezione sono molteplici: basti qui ricordare Liv. 23.9.3: *dextrae dextrarum iungentes fidem obstrinximus*; Ov. *epist.* 2.31: *Iura, fides ubi nunc commissaque dextera dextrae; met.* 14.297: *inde fides dextraeque datae*, nonché Cic. *Verr.* 2.5.58.153; *Deiot.* 3.8; Liv. 1.58.7, su cui per tutti cfr. G. FREYBURGER, '*Fides*'. *Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, 1986, 136 ss. Su tale segno simbolico, che ha suscitato molto interesse in letteratura, v. C. SITTL, *Die Gebärden der Griechen und Römer*, Leipzig, 1890, 137 ss.; A. CARCATERA, *Dea Fides e 'fides'*, cit., 199 ss.; A. DI PIETRO, *La 'fides' pubblica romana*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, I, cit., 508, ove si legge che «la unión mutua de las manos derechas entre dos personas no era un mero intercambio de saludo, sino que la *dextrarum iunctio* servía para demostrar que mediante ella las dos personas se ligaban por el *vinculum Fidei*»; S. KNIPPSCHILD, «*Drum bietet zum Bunde die Hände*». *Rechtssymbolische Akte in zwischenstaatlichen Beziehungen im orientalischen und griechisch-römischen Altertum*, Stuttgart, 2002, 39 ss., che dedica alla stretta delle destre un'indagine di vasto respiro.

²⁹ Cfr. C. FAYER, *La familia romana*, II, cit., 46, nt. 96.

³⁰ La notizia è tratta da Liv. 38.53-57; Gell. 12.8.1-4; Val. Max. 4.2.3.

³¹ Gell. 12.8.1.

³² Liv. 38.57.3-5, su cui v. C. FAYER, *La familia romana*, II, cit., 45 s.

stringono reciprocamente le destre e, stando ancora al racconto gelliano, *'repente amicissimi facti'*³³.

La seconda vicenda attiene anch'essa a una riconciliazione tra personaggi illustri, M. Fulvio Nobiliore e M. Emilio Lepido³⁴. Nell'anno 179 a.C. i due uomini politici – di nobile stirpe e con alle spalle un *cursus honorum* già di un certo prestigio – si trovano a esercitare congiuntamente la censura. Li divideva, tuttavia, un odio profondo e un'antica rivalità (*'odio inter sese gravi et simultate diutina conflictati sunt'*, si legge in Gell. 12.8.5), che sarebbero stati d'ostacolo all'assolvimento dei doveri inerenti alla loro carica. Entrambi, quindi, guidati dal profondo rispetto per le istituzioni repubblicane, decidono di abbandonare le incomprensioni e il feroce astio di un tempo: al cospetto del comizio centuriato che li aveva appena eletti, effettuano quindi una *depositio inimicitiae in campo*³⁵. Ecco allora che, scambiandosi una stretta di mano e una reciproca promessa di fedeltà (*'dexteras fidemque dedere'*, scrive Tito Livio³⁶), suggellano la nascita di un nuovo legame di amicizia, cui forse fa pure seguito – stando ancora al Patavino – la celebrazione di un rito in Campidoglio (*'deinde conlaudantibus cunctis deducti sunt in Capitolium'*).

I punti di contatto tra gli episodi narrati, com'è agevole constatare, sono molteplici: in ambedue i racconti, infatti, i soggetti sono divisi da una precedente e conclamata inimicizia; del pari, sono ragioni attinenti alla buona gestione della cosa pubblica che li portano a superare tali attriti³⁷. Il che avviene di fronte a un vasto gruppo di persone – ossia i senatori riuniti in convivio per P. Cornelio Scipione Africano e Tiberio Sempronio Gracco e il comizio centuriato per M. Fulvio Nobiliore e M. Emilio Lepido –, in occasione di un giorno speciale e mediante un gesto altamente simbolico quale la stretta delle destre.

Sono tuttavia gli unici due casi in cui – nell'ambito dei rapporti tra privati³⁸ – è attestata questa gestualità e questo formalismo, che a mio avviso si potrebbe

³³ Gell. 12.8.3. Invero, su esortazione dei senatori, Publio Cornelio Scipione l'Africano, nell'occasione, promette in sposa a Tiberio Gracco la giovane figlia secondogenita di nome Cornelia, generando qualche attrito con la moglie Emilia, che a tal proposito non era stata consultata: è quello che si legge in Liv. 38.57.5. Sulla figura di Cornelia, assunta a simbolo della perfetta matrona romana, v. C. PETROCELLI, *Cornelia, la matrona*, in *Roma al femminile*, a cura di A. Frascetti, Roma-Bari, 1994, 21 ss.; S. DIXON, *Cornelia, Mother of the Gracchi*, London-New York, 2007.

³⁴ Trasmessaci da Liv. 40.45-46; Cic. *prov.* 9.21; Gell. 12.8.5-6, che erroneamente riporta il nome di Fulvio Flacco, al pari di Val. Max. 4.2.1, dal quale forse ha attinto (invero è possibile anche che i due abbiano ricavato le informazioni riprodotte da una medesima fonte).

³⁵ Cfr. A. BURDESE, *Manuale di diritto pubblico romano*³, Torino, 1987, 70.

³⁶ Liv. 40.46.15.

³⁷ Tra gli studi sull'*amicitia* attenti alla prospettiva politica, v. E. LEPORE, *Il 'princeps' ciceroniano e gli ideali della tarda repubblica*, Napoli, 1954, 306 ss.; J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin*, cit., 48 ss.; D. KONSTAN, *Friendship*, cit., 129 s.

³⁸ Nelle relazioni di *amicitia* internazionale la situazione è un poco differente e diverse fonti ricordano di strette delle destre volte a dar vita a relazioni di tale natura: si tenga però presente

invero spiegare alla luce delle peculiarità delle situazioni descritte, ove era necessario fugare ogni dubbio circa l'intervenuta riappacificazione tra i soggetti protagonisti, così da rendere socialmente riconoscibile la natura e le caratteristiche del rapporto venutosi a costituire³⁹.

L'Albanese adduce altri elementi a sostegno della propria tesi, come ad esempio quelle testimonianze ove compare l'espressione *recipere in amicitiam* o in cui si allude ad un *foedus* perfezionato tra gli *amici*⁴⁰. Non non vi sono tuttavia indizi specifici che inducano a credere che si tratti di un uso tecnico di tali termini.

Lo studioso palermitano, poi, sottolinea «l'impressione di particolare solennità e formalismo che danno le moltissime *commendationes* in nome dell'*amicitia*, fatte al fine che il destinatario contragga, a sua volta, l'*amicitia* con il raccomandato», soprattutto se confrontate con altre *commendationes* non concernenti rapporti amicali: ma, d'altronde, ciò mi sembra lo specchio di quella idealizzazione dell'*amicitia* fatta dalle 'elites' culturali di Roma antica, specialmente a partire dal II secolo a.C.⁴¹.

Io credo peraltro che provi il contrario di quanto l'autore afferma quella testimonianza di Seneca, ricavata dal *De beneficiis*, ove si parla di liste contenenti i nomi di *amici*: pur affermando che si tratta di un uso di «personaggi politicamente impegnati o addirittura di titolari di poteri», l'Albanese ritiene comunque che non si possa «escludere affatto che qualcosa di simile avvenisse anche a livelli sociali diversi»⁴².

Quand'anche si ammettesse ciò, non si può fare a meno di notare come il filosofo riconoscesse in coloro che ivi erano indicati persone tutt'altro che amiche, ma solo soggetti che approfittavano di uomini di potere, cercando di raccogliere qualche briciola del loro successo e delle loro ricchezze.

Sen. *ben.* 6.33.3-4: *Nescis, quantum sit pretium amicitiae, si non intellegis multum te ei daturum, cui dederis amicum, rem non domibus tantum singulis, sed saeculis raram, quae non aliubi magis deest, quam ubi creditur abundare.*
4. *Quid? istos tu libros, quos vix nomenclatorum complectitur aut memoria aut manus, amicorum existimas esse? Non sunt isti amici, qui agmine magno ianuam pulsant, qui in primas et secundas admissiones digeruntur.*

Sen. *ben.* 6.34: *Consuetudo ista vetus est regibus regesque simulantibus populum amicorum describere, et proprium superbiae magno aestimare introitum ac tactum sui liminis et pro honore dare, ut ostio suo propius*

che le parti coinvolte in siffatte dinamiche appartengono a contesti, sociali, economici e giuridici differenti. Cfr. Liv. 1.1.8; 28.35.1; 45.11-13; 45.12.6; Tac. *ann.* 2.58; Verg. *Aen.* 7.266; 11.292.

³⁹ Cfr., nel medesimo senso, G. FINAZZI, '*Amicitia*', cit., 659 s.

⁴⁰ Cfr. B. ALBANESE, *La struttura*, cit., 58.

⁴¹ Cfr. G. FINAZZI, '*Amicitia*', cit., 659 s.

⁴² B. ALBANESE, *La struttura*, cit., 60.

adsideas, ut gradum prior intra domum ponas, in qua deinceps multa sunt ostia, quae receptos quoque excludant. 2. Apud nos primi omnium G. Gracchus et mox Livius Drusus instituerunt segregare turbam suam et alios in secretum recipere, alios cum pluribus, alios universos. Habuerunt itaque isti amicos primos, habuerunt secundos, numquam veros. 3. Amicum vocas, cuius disponitur salutatio? Aut potest huius tibi fides patere, qui per fores maligne apertas non intrat, sed illabatur? huic pervenire usque ad libertatem destringendam licet, cuius vulgare et publicum verbum et promiscuum ignotis 'have!' non nisi suo ordine emittitur? 4. Ad quemcumque itaque istorum veneris, quorum salutatio urbem concutit, scito, etiam si animadverteris obsessos ingenti frequentia vicos et commeantium in utramque partem catervis itinera compressa, tamen venire te in locum hominibus plenum, amicis vacuum. 5. In pectore amicus, non in atrio quaeritur; illo recipiendus, illic retinendus est et in sensus recondendus. Hoc doce: gratus es.

Non convince, poi, nemmeno il tentativo dell'autore di ravvisare formalità in punto di dissoluzione delle relazioni amicali in quelle fonti che parlano di *renuntiatio amicitiae*, troppo poche e sempre vibranti di *pathos* per provare quella dimensione tecnica e causale dell'*amicitia* che egli ritiene esistente a Roma⁴³.

In effetti, studi più o meno recenti, come quelli condotti da Jacques Michel⁴⁴, Renata Raccanelli⁴⁵ e Giovanni Finazzi⁴⁶, hanno convincentemente dimostrato che occorre seguire un'altra strada per capire e spiegare l'*amicitia* a Roma. Una strada che tenga conto di come i rapporti da essa governati non si esaurissero in relazione fondate sulla condivisione di interessi o sul reciproco affetto (o, quantomeno non assumesse sempre e soltanto questa fisionomia), ma fossero fortemente connotati dal punto di vista dei doveri (*officia*) che da essa sorgevano, la cui rilevanza solamente sociale o morale non li faceva affatto percepire come meno cogenti rispetto a quelli sanzionati da meccanismi giuridici.

Non muta le conclusioni appena espresse nemmeno la circostanza per cui, oltre al dubbioso frammento paolino conservato in D. 50.16.223.1 (su cui ci si è soffermati qualche pagina fa), sono giunte sino a noi testimonianze che alludono a presunti *ius* o *iura amicitiae*⁴⁷, atteso che «tali espressioni non descrivono mai diritti soggettivi spettanti sulla base dell'amicizia ma alludono, invece, a rapporti caratterizzati dal punto di vista della morale ed implicanti, come tali, una serie di doveri reciproci situati al di fuori dell'ambito giuridico»⁴⁸.

⁴³ Svet. *Cal.* 3; Tac. *Ann.* 2.70;

⁴⁴ J. MICHEL, *Gratuité*, cit., 502 ss.

⁴⁵ R. RACCANELLI, *L'amicizia*, cit., *passim*.

⁴⁶ G. FINAZZI, *'Amicitia'*, cit., 648 ss.

⁴⁷ Cfr. B. ALBANESE, *La struttura*, cit., 138 s.; ID., *L'amicizia*, cit., 138, anche per le fonti.

⁴⁸ Così G. FINAZZI, *'Amicitia'*, cit., 652.

Peraltro, quale terminologia risulta migliore di quella tratta dal lessico giuridico per sottolineare l'importanza di simili doveri?

E mi pare che ciò si evinca anche dal seguente testo, dal quale l'Albanese trae invece la soluzione opposta⁴⁹

Marc. 1 *inst.* D. 1.1.12: *Nonnumquam ius etiam pro necessitudine dicimus veluti 'est mihi ius cognationis vel adfinitatis'.*

e lo stesso vale per

Paul. 1 *inst.* D. 41.2.41: *Qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit.*

Il senso di quest'ultimo frammento si presenta lineare⁵⁰. Colui che entra nel fondo dell'amico '*iure familiaritatis*' non ne acquista il possesso. Pur acquisendone la disponibilità materiale (*corpus*), infatti, manca in lui, scrive Paolo, l'*animus possidendi*⁵¹.

È evidente che la soluzione del giurista severiano poggia su una presunzione⁵², legata al fatto che l'ingresso del terzo avviene '*iure familiaritatis*': a quanto mi consta, il significato di tale espressione non è mai stato oggetto di particolari attenzioni da parte di chi, in tempi recenti, si è occupato del brano in parola⁵³.

Eppure, è su di essa che poggia la risposta di Paolo.

Due sono le possibili interpretazioni: o si riconosce a tale espressione un «netto rilievo giuridico», come fa l'Albanese; o, al contrario, le si attribuisce un significato generico – sia pur non irrilevante in punto di diritto – quale autorizzazione o tolleranza protratta nel tempo e divenuta stabile. Ed è quest'ultima l'unica strada che mi sembra percorribile: se il *dominus* avesse riconosciuto un diritto in senso pieno all'amico, infatti, che senso avrebbe avuto la specificazione '*familiaritatis*' che si legge in Paolo? Ciò che meritava di essere chiarito, anche in un manuale istituzionale, era appunto la circostanza per cui dovevano essere valutati tutti i possibili fattori oggettivi per determinare se vi fosse stato l'acquisto del possesso: in specie per risolvere il dubbio circa la

⁴⁹ B. ALBANESE, *L'amicitia*, cit., 138 s.

⁵⁰ Cfr. P. LAMBRINI, *L'elemento*, cit., 70.

⁵¹ Sul testo, v. P. LAMBRINI, *L'elemento*, cit., 69 s.; I. PIRO, *Damnum corpore suo dare rem corpore possidere*. *L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della 'possessio' nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani*, Napoli, 2004, 278 ss., che dedica particolare attenzione al periodo finale, connettendolo a Paul. 54 *ad ed.* D. 41.2.3.1; 41.2.1.21.

⁵² Per F. EUGENIO, '*Corpus possessoris*', '*corpus possessionis*', '*possessio*'. *A proposito de D. 41.2.6.1 (Ulp. 60 ad ed.)*, in *Estudios en homenaje al profesor F. Hernandez-Tejero*, II, Madrid, 1992, 140, persino insuperabile. *Contra* P. LAMBRINI, *L'elemento*, cit., 70, nt. 34.

⁵³ P. LAMBRINI, *L'elemento*, cit., 69 s.; I. PIRO, *Damnum*, cit., 278 ss.,

presenza dell'elemento che più sfugge, per sua intrinseca natura, ad ogni tentativo di individuazione, l'*animus possidendi*.

Aggiungo a questo punto un'altra, piccola annotazione, che a mio avviso rende l'idea dell'Albanese non accettabile: se l'espressione *ius familiaritatis* avesse nel passo un significato pienamente giuridico, per quale motivo è stato necessario specificarlo? Non bastava forse alludere al fatto che, tra *dominus* e terzo, sussisteva un rapporto di *amicitia*?

Nel brano paolino, invece, compaiono entrambi i riferimenti: a sostegno, io credo, della fondatezza della critica sin qui articolata.

Messa da parte la pur suggestiva ipotesi dell'Albanese, non resta che capire quale rilevanza abbia rivestito l'*amicitia* in relazione ai trasferimenti fiduciari.

3 L'*amicitia* nei rapporti fiduciari e il valore dell'espressione 'fiducia cum amico contracta' in Gai 2.60

Orbene, da quanto detto, si deve escludere «che la *fiducia cum amico* fosse integrata solo quando il fiduciario fosse amico del fiduciante in senso formale»⁵⁴,

Del resto, non si può non considerare come soltanto Gaio parli esplicitamente di *fiducia cum amico*, in un contesto poi ove il punto focale è la differenza di scopo che tale operazione negoziale poteva perseguire, talvolta tesa a costituire una garanzia di un debito (*pignoris iure*), talaltra per assolvere finalità in senso ampio di deposito (Gai 2.60). Un impegno, quest'ultimo, che è facile immaginarsi venisse tendenzialmente svolto da persone legate all'alienante da legami forti di natura personale, come appunto quelli di *amicitia*, considerato peraltro che non faceva parte dello schema negoziale fiduciario la previsione di un corrispettivo.

Il medesimo discorso si può fare con riferimento a quel testo di Boezio già diverse volte preso in considerazione nelle precedenti pagine (Boeth. in *Cic. top.* 4.10.41), ove la qualifica di *amicus potentior* è volta soltanto a individuare le caratteristiche che doveva avere il fiduciario per meglio rispondere alle aspettative del fiduciante (ossia proteggerne il patrimonio in una situazione d'emergenza)⁵⁵.

Le altre fonti ove *amicitia* e *fiducia* sono accostate – o, quantomeno, inserite nel medesimo contesto – mi pare confermino quanto si va dicendo, atteso che in esse il termine '*fiducia*' non è usato in senso tecnico-giuridico, bensì, in maniera

⁵⁴ Cfr. G. FINAZZI, '*Amicitia*', cit., 747.

⁵⁵ Sui rapporti di *amicitia* 'verticale', ossia tra soggetti di diversa estrazione sociale o di differenti condizioni economiche, rispetto a quelli cd. 'orizzontali', tra pari, cfr. R. RACCANELLI, L'*amicitia*', cit., 122 ss.; G. FINAZZI, '*Amicitia*', cit., 642 ss.

assai più generica, nel significato di ‘affidamento’, ‘confidenza’ o appunto ‘fiducia’⁵⁶.

Ma allora, per quale ragione il giurista antoniniano parla ancora di *fiducia cum amico contracta*?

A mio avviso ciò dipende da due fattori, seppur strettamente intrecciati tra loro.

Il primo fattore è legato all’origine dell’istituto, quando il trasferimento cd. fiduciario – inteso come un’alienazione fatta con lo scopo di creare una situazione di appartenenza temporanea – non aveva ancora ricevuto protezione giuridica dall’ordinamento (nel senso che la giurisprudenza pontificale non aveva ancora introdotto quella *nuncupatio* fiduciaria pronunciabile nel rituale mancipatorio). In questo contesto, solo i legami di natura personale – e dunque in primo luogo l’*amicitia* –, con la particolare forza cogente che era loro propria, potevano convincere e rassicurare chi era in pericolo a effettuare tale trasferimento⁵⁷. L’incidenza di tali relazioni era in un certo senso duplice: l’*amicus* doveva eseguire correttamente il compito affidatogli – e dunque conservare le *res* e ritrasferirle una volta superati i tempi difficili, o comunque a fronte della richiesta in tal senso dell’alienante –, ma prima ancora il legame amicale lo ‘costringeva’, nella logica degli *officia* ad esso inerenti, ad accettare un incarico che, come detto, non prevedeva alcun corrispettivo a suo favore⁵⁸.

Ed è, io credo, proprio quest’ultima prospettiva che si conserva più salda anche con il passare dei secoli (ecco il secondo fattore cui si è fatto cenno poc’anzi), sino al Gaio istituzionale, il quale, di fronte ad un’operazione non remunerata come quella di chi trasferisce alcuni suoi beni ad un terzo, affinché

⁵⁶ Cic. *Lael.* 52; *fam.* 6.16; Sen. *ep.* 6.1; Gell. 2.19.17; Tac. *ann.* 3.11.1; Liv. 35.46.7, quest’ultima peraltro riferita ai rapporti internazionali.

⁵⁷ Cfr. G. FINAZZI, ‘*Amicitia*’, cit., 747, secondo cui «la qualifica di *amicus* era verisimilmente connessa al fatto che il fiduciante, al momento del negozio, si affidava ad un altro soggetto, evidentemente stimando che egli si sarebbe comportato da amico, mentre in concreto l’amicizia poteva preesistere o meno alla *datio fiduciae causa*, pur dovendosi riconoscere che l’uomo prudente avrebbe trasferito fiduciarmente la propria cosa solo a chi fosse persona affidabile e, dunque, di solito, ad un amico di lunga data vincolato alla prestazione dei reciproci *beneficia* e *officia*».

⁵⁸ Cfr. G. FINAZZI, ‘*Amicitia*’, cit., 636; G. DIURNI, voce ‘*Fiducia*’ e *negozio fiduciario (storia)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, 291. Non mi trova pienamente d’accordo l’affermazione di quest’ultimo autore, fatta sulla scorta di Boeth. *in top. Cic.* 4.10.41, secondo cui «le origini della *fiducia cum amico* erano individuate in un’amicizia verticale dal punto di vista sociale, in quanto il fiduciante era l’*amicus potentior* al quale in tempi difficili si trasferiva la cosa con l’accordo che essa fosse restituita quando la congiuntura sfavorevole era passata». Certo, era questo forse un caso abbastanza frequente, ma nulla impone di pensare che si realizzassero operazioni fiduciarie anche tra pari: peraltro, come già segnalato da V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., 308, nt. 1, «l’espressione *potentior* ... farebbe pensare ai rapporti di *patrocinium* soliti a costituirsi durante la crisi economica del Basso Impero». A riguardo v. anche il diverso punto di vista di F. DE MARINI AVONZO, *I limiti*, cit., 141 ss.

questi li costudisca sino al venir meno dei tempi difficili, non può che indicarla evocando l'*amicitia* che lega alienante e accipiente.

Ha dunque pienamente ragione il Ferrini, allorquando specifica che il riferimento all'*amicitia* in Gai 2.60 esprime puramente la nota dominante della categoria, cioè il rapporto di benevolenza su cui poggia tale istituto⁵⁹, e che si concretizza, secondo chi scrive, nella predominanza dell'interesse del fiduciante rispetto a quello del fiduciario.

Sicché, in quest'ottica – e in ragione di quanto detto nel corso dei capitoli precedenti – la dicotomia gaiana tra *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore* segna gli estremi di una contrapposizione tra un'operazione in cui l'interesse è tutto in capo al fiduciante, da un lato, e una in cui è tutto in capo al fiduciario, dall'altro, con conseguente profonda disparità di trattamento e disciplina giuridica (non solo in tema di *usureceptio*, di cui si occupa specificamente Gaio nel passo delle sue *Institutiones*, ma come visto pure in relazione alle conseguenze causate dal mutamento di volontà di una delle parti, in connessione con l'esigibilità dell'obbligazione in capo al fiduciario, e persino in ordine al regime dell'acquisto tramite usucapione del bene trasferito da parte del fiduciario).

Tuttavia, come si vedrà meglio nella seconda parte di questo capitolo (nel momento in cui l'attenzione si focalizzerà sui rimedi approntati dall'ordinamento a tutela delle pretese derivanti dalla *fiducia*), l'influenza determinata dell'*amicitia*, e dal complesso di valutazioni morali ed etiche che sono ad essa legate, su questi trasferimenti non si esaurisce nella sfera del pregiuridico⁶⁰.

Invero, in questa dinamica, un ruolo cruciale è stato svolto anche da *fides*, il cui legame con l'*amicitia* rappresenta una nota costante nel sentire romano, già dai tempi di Plauto⁶¹.

Difatti, come visto, essa compare in una posizione di primazia nel sintagma '*fidi fiduciae causa*' che si è ipotizzato costituire la *nuncupatio* indispensabile per trasformare, nei tempi più antichi, un'alienazione solenne di proprietà in un trasferimento fiduciario.

Significativo a questo riguardo è che ancora Boezio, descrivendo la fisionomia della *fiducia*, abbia specificato '*mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur*'⁶².

Ebbene, su tale concetto conviene ora concentrarsi.

⁵⁹ Cfr. C. FERRINI, *Storia*, cit., 491.

⁶⁰ G. FINAZZI, *'Amicitia'*, cit., 663.

⁶¹ Cfr. R. RACCANELLI, *L'amicizia*, cit., *passim*; G. FREYBURGER, *'Fides'*, cit., 177 ss.; C. ROLLINGER, *'Amicitia sanctissime colenda'*, cit., 107 ss.

⁶² Boeth. *in top. Cic.* 4.10.41, sui cui v. *supra*, cap. I, par. 6.2.

4 *'Fides' in Roma antica*

Se potessimo chiedere a un cittadino romano di individuare quali virtù hanno a suo avviso contribuito in maniera determinante a fare la fortuna del suo popolo, questi avrebbe scelto la *pietas*, per le relazioni tra uomini e dèi, e *fides*⁶³ «dans les rapports avec les hommes»⁶⁴, scriveva Pierre Boyancé⁶⁵.

Di questa centralità i romani erano ben consci: Cicerone, ad esempio, considera *fides* '*dictorum conventorumque constantia et veritas*' e, in quanto tale, '*fundamentum iustitiae*'⁶⁶, nonché '*commune praesidium ominum*'⁶⁷; Quintiliano, d'altro canto, ne parla come '*supremum rerum humanorum vinculum*'⁶⁸, e, due secoli più tardi, anche Ulpiano riconosce che '*grave est fidem fallere*'⁶⁹.

Ma a trasmettere con maggior profondità la misura di tale radicata convinzione sono le parole di un altro giurista, Sesto Cecilio Africano⁷⁰, così come ci vengono trasmesse da Aulo Gellio nel ventesimo libro delle sue *Notti Attiche*⁷¹.

⁶³ F. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C.: il senso del passato*, in *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, 21 (già in ANRW, II.15, cit., 135 ss.), parafrasando Gell. 20.1.39-40, rileva quanto diffusa fosse la convinzione per cui «il popolo romano deve la sua grandezza all'aver coltivato tutte le virtù ... e più di ogni altra la *fides*, santa nei comportamenti pubblici e privati», come risulta peraltro anche da Gell. 5.13.1-6. Sulla centralità di tale elemento per l'ordinamento romano, v. di recente A. CORBINO, '*Fides bona contraria est fraudi et dolo*', in RIDA, LX, 2013, 114 ss., nonché G. GROSSO, voce *Buona fede (premesse romanistiche)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 661; B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto romano*, Palermo, 1978, 115 s.; F. SINI, «*Fetiales, quod fidei publicae inter populos praeerant*»: riflessioni su '*fides*' e '*diritto internazionale romano (a proposito di 'bellum, hostis, pax')*', in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, II, cit., 493 s. L'importanza di detto valore nel mondo romano è confermata da quei testi che, ironizzando sulla '*fides Punica*', dipingono i cartaginesi come il popolo infido e ingannevole per eccellenza: v. Liv. 21.4.9; 22.6.12; 30.30.27, su cui D. NÖRR, '*Fides Punica - Fides Romana*'. *Bemerkungen zur 'demosia pistis' im ersten karthagisch-römischen Vertrag und zur Rechtsstellung des fremden in der Antike*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, II, cit., 497 ss.

⁶⁴ P. BOYANCÉ, *Les Romains*, cit., 419.

⁶⁵ Cfr. P. BOYANCÉ, *Les Romains, peuple de la 'fides'*, in *Bulletin de l'Association G. Budé*, XXIII, 1964, 419 ss., ultima di quattro ricerche dedicate alla *fides* arcaica: si tratta di '*Fides*' et le serment, in *Hommages à A. Grenier*, I, Bruxelles, 1962, 329 ss.; '*Fides Romana*' et la vie internationale, in *Institut de France. Séance publique des cinq Académies. Extrait avec notes*, Paris, 1962; *La main de 'Fides'*, cit., 101 ss., che ora sono raccolte in *Études sur la religion romaine*, Roma, 1972, 91 ss. (da cui tutte le successive citazioni).

⁶⁶ Così in Cic. *off.* 1.7.23, testo oggetto delle attenzioni di molti, tra cui G. FREYBURGER, '*Fides*', cit., 134 ss.; R. FIORI, '*Fides*' e '*bona fides*'. *Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli, 2008, 245; M. DE WILDE, '*Fides publica*' in *Ancient Rome and Its Reception by Grotius and Locke*, in TR, LXXIX, 2011, 463. Sempre dell'Arpinate, si rammentino *off.* 2.24.84: *nec enim ulla res vehementius rem publicam continet quam fide*, come pure Balb. 34: *magis fide quam aliquo publico vinculo religionis tenetur*.

⁶⁷ Cic. *S. Rosc.* 38.111.

⁶⁸ Quint. *decl.* 343.

⁶⁹ Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.5.1 pr., su cui v. T.J. CHIUSI, '*Grave est fidem fallere*': *Vetrauensschutz im römischen Recht*, in *Fundamina*, XX.1, 2014, 150 ss.

⁷⁰ Su cui v. W. KUNKEL, *Herkunft*, cit., 13 s.; P. CERAMI, *Considerazioni sulla cultura e sulla logica di Cecilio Africano*, in *Iura*, XXII, 1971, 172 ss.

⁷¹ Gell. 20.1.1-55. Su tale confronto dialettico, cfr. F. CASAVOLA, *Cultura*, cit., 7 ss.; M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in BIDR, LXXX, 1977, 278 ss.; R. FIORI,

Ivi è descritta la celebre disputa consumatasi tra il *iusperitus* allievo di Salvio Giuliano e il filosofo Favorino di Arelate⁷², rappresentanti di «due concezioni antitetiche di come intendere il rapporto tra 'diritto' e 'antichità', tra 'ragione' e 'violenza'»⁷³. Il tema del contendere è rappresentato dalle norme delle XII Tavole e dal valore che queste potevano ancora rivestire in epoca adrianea, a più di seicento anni dalla loro redazione⁷⁴.

Orbene, in risposta alle critiche del filosofo sull'atrocità di alcuni dettami decemvirali – e, in particolare, del precetto sulla dissezione del cadavere del debitore insolvente verso più creditori⁷⁵ –, ritenuti un inutile e barbaro portato del passato⁷⁶, Africano non manca di riflettere sul corso della storia, esaltando le virtù degli uomini romani, in grado di condurre '*populus Romanus e parva origine ad tantae amplitudinis instar*'.

E tra queste virtù campeggia proprio *fides*, tenuta per '*sanctam*' e inviolabile tanto nella sfera privata, quanto in quella pubblica⁷⁷.

Gell. 20.1.39: ... *Omnibus quidem virtutum generibus exercendis colendisque populus Romanus e parva origine ad tantae amplitudinis instar emicuit, sed omnium maxime atque praecipue fidem coluit sanctamque habuit tam privatim quam publice.*

Una virtù intimamente romana⁷⁸, dunque, presidio della convivenza tra *cives* ed elemento caratterizzante della relazionalità arcaica, che – sempre stando ad Aulo Gellio – si manifestava in molte occasioni, come nella scelta di consegnare al nemico i consoli (ossia i cittadini più eminenti); nella protezione assoluta

'Homo sacer'. *Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 245 ss.; C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 9.

⁷² Cfr. F. GRELLI, *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano*, Napoli, 1972, 108 ss.

⁷³ C. PELLOSO, *Studi sul furto*, cit., 9.

⁷⁴ Cfr. F. CASAVOLA, *Cultura*, cit., 7 ss.

⁷⁵ Sull'argomento, cfr., da ultimo, M. FALCON, *Il corpo del debitore*, in *Il corpo in Roma antica*, I, cit., 106 ss., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, ma v. pure R. FIORI, 'Homo sacer', cit., 246 ss. e nt. 303.

⁷⁶ Gell. 20.1.19: *Nam de inmanitate illa secandi partiendique humani corporis si unus ob pecuniam debitam iudicatus addictusque sit pluribus, non libet mamnisse et piget dicere. Quid enim videri potest efferatius, quid ab hominis ingenio diversius quam quod membra et artus inopis debitoris saevissimo laniatu distrahebantur sicuti nunc bona venum distrabuntur?*

⁷⁷ J. ZABLOCKI, *Procedura esecutiva nella legge delle XII Tavole*, in *Studi in onore di A. Metro*, a cura di C. Russo Ruggeri, VI, Milano, 2010, 516 s.

⁷⁸ Al punto che P. BOYANCÉ, *Les Romains*, cit., 135, non esita a definire i Romani, nel suggestivo titolo della propria conferenza, quale «le peuple de la *fides*». Una centralità rilevata anche da A. MOMIGLIANO, *La religione ad Atene, Roma e Gerusalemme nel primo secolo a.C.*, in *Saggi di storia della religione romana. Studi e lezioni 1983-1986*, a cura di R. Di Donato, Brescia, 1988, 28, e A. VALVO, 'Fides', 'foedus', 'per Iovem lapidem iurare', in *Autocoscienza e rappresentazione dei popoli nell'antichità*, Milano, 1992, 115 ss.

riservata al cliente⁷⁹; nei rapporti di natura commerciale⁸⁰; e finanche in quella disposizione scolpita dalle XII Tavole che attribuiva al debitore condannato in giudizio un termine di trenta giorni (denominati ‘*dies iusti*’) per adempiere all’*obligatio iudicati*⁸¹.

Di talché, era grande il fascino che la forza di *fides* suscitava nelle genti straniere. Polibio, in un noto passaggio delle sue *Storie*, non nasconde l’ammirazione per la lealtà e religiosità di un popolo i cui funzionari amministravano con onestà la cosa pubblica, senza che fossero necessari – come in terra greca – antiscrivi, sigilli o testimoni. Bastava soltanto il giuramento da loro prestato al momento dell’insediamento⁸².

Questo, però, è solo uno dei profili di *fides* che le fonti tramandano: come ben noto, tale concetto mal si presta a essere ridotto a nozione unitaria, data la sua spiccata ricchezza semantica e la sua complessa fisionomia, mutevole nel corso del tempo⁸³.

⁷⁹ Gell. 20.1.40.

⁸⁰ Gell. 20.1.41.

⁸¹ Gell. 20.1.42, ricondotti dall’antiquario romano alla sospensione determinata dallo *iustitium*: v. a proposito M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 136, nt. 36; L. GAROFALO, *In tema di ‘iustitium’*, in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova, 2008, 65 ss., critico rispetto a chi scorge nel brano in parola appigli per sostenere che lo *iustitium* comportasse uno stato di totale anomia (in questa prospettiva si pongono, ad esempio, A. NISSEN, *Das Iustitium. Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*, Lipsia, 1877).

⁸² Cfr. Pol. 6.56.6-15, su cui F. SCHULZ, *I principii*, cit., 198 e nt. 36; F.W. WALBANK, *A Historical Commentary on Polybius. I. Commentary on Book I-VI*, Oxford, 1957, 741 s.; P. BOYANCÉ, ‘*Fides Romana*’, cit., 109 s.; ID., *Les Romains*, cit., 136; H. DÖRRIE, *Polybius über ‘pietas’*, cit., 251 ss. Interessante è ricordare quanto scrive Cic. *off.* 1.34.124 (... *est igitur proprium munus magistratus intellegere se gerere personam civitatis debereque eius dignitatem et decus sustinere, servare leges, iura describere, ea fidei suae commissa meminisse* ...), su cui v. M. DE WILDE, ‘*Fides publica*’, cit., 458 e nt. 9. Sulla ‘*fides iudicis*’, cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità del ‘iudex privatus’*, Milano, 2004, 102 ss., che si sofferma su Cic. *off.* 3.10.43-44, ove l’Arpinate accosta la *fraus* al giuramento alla *res publica*, mostrando di considerarli talmente importanti che il «*iudex*, agendo come *bonus vir*, non avrebbe dovuto posporli neppure all’*amicitia*».

⁸³ Sulle diverse ricostruzioni prospettate dalla dottrina, v. L. FASCIONE, *Cenni bibliografici sulla ‘bona fides’*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 51 ss.; G. FREYBURGER, ‘*Fides*’, cit., 16 ss.; A. DI PIETRO, *La ‘fides’ pubblica romana*, cit., 505 ss.; R. FIORI, ‘*Fides*’ e ‘*bona fides*’, cit., 237 ss.; L. MANNA, *Buona fede e doveri di protezione: tutele processuali*, in ‘*Actio in rem*’ e ‘*actio in personam*’. *In ricordo di M. Talamanca*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2011, 327 s., la quale, dopo aver rilevato come in letteratura siano state individuate «una *fides*-virtù (nel senso, anche, di fedeltà e verità), una *fides*-buona reputazione, una *fides* vista come attendibilità di una persona o di una dichiarazione, una *fides*-garanzia, una *fides*-protezione del più forte verso il più debole», sottolinea la difficoltà di ridurre tale concetto a nozione unitaria: anche chi scrive rimane convinto che ogni tentativo di individuare un significato originario del concetto in parola – o, ancor più, fornirne una definizione che tenga conto del suo intrinseco dinamismo – è destinato a naufragare o, quantomeno, a ridursi a mero esercizio di stile. Ecco perché, nel prosieguo, si descriveranno soltanto alcuni ‘profili’ di *fides*.

E così, intorno alla natura e alle funzioni di *fides*, molto si è discusso⁸⁴.

Per alcuni autori, essa coincide con il 'potere' di un soggetto nei confronti di un altro – e con la conseguente subordinazione personale di quest'ultimo –, derivante da atti volontari di sottomissione e affidamento, che potevano anche avere ad oggetto beni. Si trattava, cioè, di un elemento in grado di dare dinamicità a un ordinamento altrimenti statico, mediante la creazione di un sistema di rapporti tendenzialmente asimmetrici: soltanto al termine di una lunga evoluzione, la sottomissione da 'reale' si tramutò in 'virtuale' e la nozione di *fides* finì con l'abbracciare anche le ipotesi di assunzione di un impegno mediante promessa⁸⁵.

Una differente impostazione scorge invece nella *fides*, sin dalle sue prime manifestazioni, il principio di vincolatività della parola data. Ciò, in ragione del fatto che questa compare nelle fonti spesso accostata al giuramento⁸⁶, versatile strumento a disposizione dei privati per rafforzare⁸⁷, mediante la partecipazione

⁸⁴ Per una panoramica ragionata delle ricerche dedicate alla *fides*, si rinvia a I. RAMELLI *Studi su 'Fides'. Premessa alle traduzioni di E. Fraenkel, R. Heinze, P. Boyancé*, Madrid, 2002, 13 ss., 13 ss., nonché al prezioso lavoro di L. FASCIONE, *Cenni*, cit., 51 ss.

⁸⁵ Cfr., ad esempio, la lettura fornita da G. VON BESELER, *'Fides'*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano (Bologna - Roma, 22-23 aprile 1933)*, I, Pavia, 1934, 135 ss., il quale attribuisce a *fides* il significato di 'Bindung', sia in ragione della derivazione etimologica da **bheidh* (legame), sia con riferimento a un ipotetico contesto precivico in cui il vinto si sottometteva fisicamente facendosi legare le mani; M. LEMOSSE, *L'aspect primitif de la 'fides'*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, II, Milano, 1956, 41 ss.; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte, Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, München, 1988, 506; ma soprattutto L. LOMBARDI, *Dalla 'fides'*, cit., 133 ss., autore che ben scolpisce la nozione potestativa di *fides*, ripercorrendo anche l'evoluzione storica al termine della quale la stessa finì con l'assumere il significato di garanzia, senza potere, legata alla forza vincolante della parola data; J. IMBERT, *'Fides et nexum'*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1953, 345 ss.; V. BELLINI, *'Deditio in fidem'*, cit., 448 ss.; J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin*, cit., 27 nt. 9; É. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee. I. Economia, parentela, società*, trad. it., Torino, 1976, 85 ss.; L. PEPPE, *Studi*, cit., 210 ss. Non sono poi mancate, in passato, letture 'magicistiche' della nozione in discorso, spesso influenzate dal fiorire di studi etnologici, come quelli dedicati al *mana* polinesiano o ad altre nozioni assimilabili: lungo questa linea di pensiero, *fides* è stata considerata il potere magico del capo o la forza magica delle parole. A tal riguardo v. A. MAGDELAIN, *Essai sur les origines de la 'sponsio'*, Paris, 1943, 129 ss.; A. PIGANIOL, *'Venire in fidem'*, in *RIDA*, V, 1950, 345 ss.; C. GIOFFREDI, *Religione e diritto nella più antica esperienza romana (per la definizione del concetto di 'ius')*, in *SDHI*, XX, 1954, 278; P. DE FRANCISCI, *'Primordia civitatis'*, Roma, 1959, 374 ss.

⁸⁶ Nesso chiaramente individuato da Cic. *off.* 3.31.111 ('... *nullum enim vinculum ad adstringendam fidem iure iurando maiores artius esse voluerunt. Id indicant leges in duodecim tabulis, indicant sacratae, indicant foedera*), brano da leggersi tenendo però a mente che per l'Arpinate la forza vincolante di tale atto non risiedeva più, al suo tempo, nel timore della punizione divina (il fulmine di Giove), quanto nei valori della *iustitia* e di *fides*, che esigevano appunto il rispetto della parola data: confermano questa prospettiva pure Cic. *off.* 3.29.104 e Gell. 6.18.1-11.

⁸⁷ R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 107, nt. 71, ben sottolinea come «l'inquadramento della *fides* all'interno di una relazione e la rilevanza del giuramento non ... comportano la creazione di un nuovo rapporto che innova necessariamente l'ordinamento, creandone uno 'minore'; al

del divino, la forza precettiva degli impegni assunti⁸⁸. A partire da questo nucleo originario, *fides* avrebbe poi indicato genericamente l'affidabilità di un soggetto agli occhi della collettività: il tutto, in un'affascinante dinamica ove l'aver fiducia in qualcuno, e il riceverla da altri, si intrecciavano sino a divenire un efficace meccanismo di salvaguardia di un ordine che si potrebbe definire a 'cogenza diversificata', in quanto non legata a un sostegno coercitivo 'pubblico' o 'statale'⁸⁹.

contempo, si tratta di garanzia volta a rafforzare quello esistente e ad assicurarne l'effettività sul presupposto della *fides* stessa».

⁸⁸ Per un primo ragguaglio bibliografico: A. MAGDELAIN, *Essai*, cit., 149 ss., ove si sottolinea l'importanza del giuramento nell'attività negoziale privata; L. ZURLI, *Ius iurandum patrare, id est sancire foedus* (Liv. 1.24.6), in *RbM*, CXXIII, 1980, 337 ss.; A. VALVO, *Fides*, 'foedus', 'per Iovem lapidem iurare', cit., 115 ss.; R. FIORI, *Homo sacer*, cit., 148 ss. e 209 ss.; B. ALBANESE, *Foedus* e 'ius iurandum'; 'pax per sponsionem', in *AUPA*, XLVI, 2000, 54 ss., per il quale *ius* è appunto quella «situazione stabile e approvata (e perciò cogente), ritualmente stabilita e proclamata»; A. CALORE, *Per Iovem lapidem. Alle origini del giuramento. Sulla presenza del 'sacro' nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2000, 7 ss., con ampia rassegna bibliografica, specialmente in nt. 32; F. ZUCCOTTI, *Il giuramento in Grecia e nella Roma pagana: aspetti essenziali e linee di sviluppo*, in *Seminari di storia e di diritto. II. Studi sul giuramento nel mondo antico*, Milano, 1998, 1 ss.; ID., *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico. Elementi per uno studio comparatistico*, Milano, 2000, 115 ss.; O. SACCHI, *Il tri-vaso del Quirinale. Implicazioni giuridico-culturali legate alla destinazione/fruizione dell'oggetto*, in *RIDA*, XLVIII, 2001, 277 ss.; ID., *I 'maiores' e la teoria della 'fides' ciceroniana. Indagine sulla dimensione storico-giuridica del giuramento in età repubblicana*, in *Filia. Scritti per G. Franciosi*, IV, Napoli, 2007, 2383 ss., che rivolge particolare attenzione al giuramento utilizzato nella prassi negoziale per conferire «effettività giuridica»; S. ROSSARO, *Genealogia del giuramento*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2012, 431 ss.; J.D. HARKE, *Der Eid im klassischen römischen Privat- und Zivilprozessrecht*, Berlin, 2013, 17 ss.

⁸⁹ Cfr., per tutti, M. VOIGT, *Die Begriffe von 'fides'*, in *Das 'ius naturale, aequum et bonum' und 'jus gentium' der Römer*, IV, Leipzig, 1875, 377 ss.; E. FRAENKEL, voce *Fides*, in *ThLL*, IV.1, Leipzig, 1913, 661 ss., e ancora più, ID., *Zur Geschichte des Wortes 'fides'*, in *RbM*, LXXI, 1916, 187 ss., secondo il quale il senso primario di *fides* è da ricercare nel concetto, ampio, di 'garanzia'; R. HEINZE, *Fides*, in *Hermes*, LXIV, 1929, 140 ss. (anche in ID., *Vom Geist des Römertums*, Berlin, 1960, 25 ss., da cui si cita), che in parte critica la prospettiva fatta propria da Eduard Fraenkel e individua in *fides* un significato attivo e uno passivo, comunque all'interno di un ambito semantico afferente più alla sfera morale e religiosa che a quella giuridica; J. HELLEGOUARC'H, *Le vocabulaire latin*, cit., 33; G. FREYBURGER, *Fides*, cit., 37 ss. e 319 ss.; R. FIORI, *Fides* e 'bona fides', cit., 240 ss.; A. CORBINO, *Fides bona contraria est fraudi et dolo*, cit., 114. Tali teorie si basano anche su quelle ricerche che hanno confermato la connessione sussistente tra il sostantivo *fides* e il verbo *credo*, ossia, A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873 (rist. Aalen 1963), 409 ss. e nt. 9 per una raccolta di fonti ove emerge tale collegamento; A. MEILLET, *Latin 'credo' et 'fides'*, in *Mémoires de la Société Linguistique*, XXII, 1920, 215 ss.; É. BENVENISTE, *Il vocabolario*, cit., 85 ss. e 130 ss.; A. ERNOUT - A. MEILLET, voce *'Credo'*, cit., 148; ID., voce *'Fides'*, cit., 232 s. Per vero, già un testo di Ulpiano, in materia di editto *de rebus creditis*, individuava una fortissima connessione tra tali due concetti. Si tratta di Ulp. 26 ad ed. D. 12.1.1.1: *Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. rei quoque verbum ut generale praetor elegit*, su cui v., tra gli interventi più recenti, E. CHEVREAU, *L'étonnant destin du 'credere' edictal. Quelques remarques sur Ulpianus (26 'ad edictum') D. 12.1.1.1*, in *BIDR*, CVII, 2013, 115 ss.; A. SACCOCCIO, *'Si certum petetur'*, cit., 123

4.1 La forza propulsiva di 'fides' nel riconoscimento giuridico di nuove fattispecie negoziali

Le testimonianze utilizzate dalla dottrina per elaborare le ricostruzioni di cui poc' anzi si è dato conto trasmettono uno spettro di sfumature troppo ampio per poter avanzare proposte di sintesi. Ecco perché mi pare più fecondo considerare l'elemento 'minimo' che accomuna tali prospettive, ossia la dimensione relazionale⁹⁰ e l'intrinseca portata normativa di *fides*, la sua naturale propensione a creare regole⁹¹.

E si può certo sin d'ora rilevare che tale prerogativa discende, per un verso, dall'intima connessione tra *fides* e quel «saldo nucleo di valori 'forti' condivisi» dalla *civitas Romana*, tali per cui «il tradire la fiducia era una mancanza che andava ben oltre la generica disonestà, per diventare oggetto di gravissima riprovazione sul piano etico-sociale»⁹²; per un altro verso, dell'origine sacerdotale della dottrina che su di essa è andata formandosi, ancorata a un mondo in cui gli elementi 'giuridici' si confondevano con quelli rituali e religiosi, in una forma di esperienza totale⁹³ che molto ha influenzato anche il successivo riflettere della giurisprudenza laica⁹⁴.

Muovendosi in quest'ordine di idee, mi sembra che ad uscirne rafforzata sia la tesi per cui la *fiducia* ha avuto origine attraverso la predisposizione da parte della giurisprudenza pontificale di una *nuncupatio* (espressa dal sintagma '*fidei*

ss. e 417 ss.; B. ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, in *AUPA*, XXXII, 1971, 22 ss.; ID., *Ancora su D. 12.1.1.1: Celso e il 'credere'*, in *AUPA*, XXXIV, 1973, 148 ss. È in base a questi apporti che è sorta la convinzione per cui il termine *fides* indicasse la propensione di un soggetto a ricevere un riconoscimento di affidabilità: «(*fides mihi est apud aliquem* significa, letteralmente, 'ho credito presso qualcuno'), che a volte – in determinate connessioni: per esempio *fidem facere, fidem habere alicui*, propriamente 'riconoscere a qualcuno la *fides* che gli spetta' – può indicare secondariamente l'atto di 'fidarsi'», sottolinea R. FIORI, '*Fides*' e '*bona fides*', cit., 240 ss. Su tale duplice valenza si vedano anche le riflessioni di E. RESTA, *Le regole della fiducia*, Roma-Bari, 2009, 23 ss., per il quale «la *fides* ... consiste nel credito goduto presso il partner: legame che vincola su base volontaria e fideistica», cioè crea una di quelle «obbligatorietà paradossali» che nascono da vincoli gratuiti e legittimati fideisticamente».

⁹⁰ Cfr. R. SCEVOLA, *La responsabilità*, cit., 103, nt. 65.

⁹¹ Cfr. D. NÖRR, *Aspekte des römischen Völkerrechts. Die Bronzetafel von Alcántara*, München, 1989, 115 ss.; R. FIORI, '*Homo sacer*', cit., 152 ss., che puntualizza come *fides* fosse naturalmente diretta a creare relazioni gerarchiche, invero «non solo fra le parti, ma anche fra i rapporti venuti ad esistenza» (ce lo confermerebbe anche Gell. 5.13.2-6, il quale illustra un ordine di *officia* che si snoda dai doveri verso i *pupilli*, a quelli nei confronti dei *clientes, hospites, cognati e adfines*).

⁹² R. LAMBERTINI, *Testi*, cit., 101 s.

⁹³ Riprendendo le parole di A. CARANDINI, *La nascita di Roma. Dèi, Lari, eroi e uomini all'alba di una civiltà*, I, Torino, 2003, 36. Similmente, R. FIORI, '*Homo sacer*' cit. 168 ss., parla di «ordine cosmico, inteso come ordine a un tempo giuridico, religioso, sociale, naturale». V. anche C. GIOFFREDI, *Religione*, cit., 260 ss.; A. CALORE, '*Per Iovem lapidem*', cit., 4; G. DE SANCTIS, *La religione a Roma*, cit., 24 ss.

⁹⁴ Cfr. R. FIORI, '*Homo sacer*', cit., 157 ss.; A. CARCATERRA, *Dea Fides e 'fides'*, cit., 200 ss.; L. MANNA, *La facoltà del giudice di 'iurare rem sibi non liquere'*, in *Il giudice privato nel processo civile romano*, I, cit., 574 ss., ntt. 146 ss.

fiduciae causa') che, orientando gli effetti della *mancipatio* nell'ambito della quale era recitata, portò al riconoscimento giuridico dell'operazione negoziale in parola, e al sorgere di obblighi in capo al fiduciario.

E se in un primo momento l'effetto deterrente dalla violazione di tali doveri era legato alla considerazione sociale del singolo, con il tempo si innestarono forme di tutela in senso propriamente giuridico, su cui appare dunque imprescindibile posare lo sguardo

5 *Una prima forma di protezione del fiduciante tramite l'azione penale 'in duplum' di cui Coll. 10.7.11 (= Paul. Sent. 2.12.11)?*

Come ebbe modo di notare Alberto Burdese, «gravemente controversa è ... l'individuazione dei mezzi con cui il fiduciante può far valere il suo diritto verso il fiduciario»⁹⁵; e ciò vale in particolar modo per l'epoca più antica della storia di questo istituto.

Sono state invero avanzate diverse ipotesi a riguardo: per alcuni, infatti, la *fiducia* avrebbe incontrato, in un primo momento, una tutela soltanto di natura sacrale, e successivamente censoria⁹⁶; altri, come si vedrà nel prossimo paragrafo, hanno ipotizzato l'esistenza di un'apposita *legis actio fiduciae*, volta a tutelare esclusivamente l'ambito dei trasferimenti fiduciari; infine vi è stato chi ha affermato che il fiduciante potesse usufruire della *legis actio sacramento in rem*, della *legis actio per conditionem* o anche della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*⁹⁷.

Indipendentemente da ciò, non mi pare poi sostenibile, come da taluno ipotizzato, che la prima forma di sanzione giuridica per le violazioni degli obblighi gravanti sul fiduciario sia stata introdotta dalle XII Tavole e consistesse in un'azione diretta alla condanna del fiduciario al doppio del valore della *res* trasferitagli.

Mi riferisco a quell'*'actio in duplum ex causa depositi'* ricordata in un noto, quanto discusso, passaggio delle *Pauli sententiae*, giuntoci tramite la *Mosaicorum et Romanorum legum Collatio*.

Coll. 10.7.11 (= Paul. Sent. 2.12.11): *Ex causa depositi lege duodecum tabularum in duplum actio datur, edicto praetoris in simplum.*

Un'ampia analisi di questo testo è stata già svolta allorquando l'attenzione era focalizzata sulla *fiducia* conclusa a scopo di deposito: ivi sono stati indicati e commentati i diversi punti di vista espressi dalla dottrina, nonché le ragioni che

⁹⁵ A. BURDESE, voce '*Fiducia*', cit., 296.

⁹⁶ Una sintesi è contenuta in F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 136 ss.

⁹⁷ Per una panoramica dei diversi punti di vista, con relative indicazioni bibliografiche, v. A. BURDESE, voce '*Fiducia*', cit., 296.

fanno propendere chi scrive ad accogliere la tesi di coloro che negano un collegamento tra questo passaggio e le operazioni di trasferimento fiduciario.

Per questo, si rinvia al cap. II, par. 10.

Ben più pressante è invero l'esigenza di interrogarsi circa le forme di protezione accordate alla *fiducia* nell'ambito del processo *per legis actionem*.

6 'Fiducia' e processo 'per legis actionem'

Dalle fonti di cui disponiamo, è pressoché impossibile dire se, ed in che forma, la *fiducia* ricevesse tutela nel periodo in cui esisteva il processo *per legis actiones*.

Sono state tuttavia formulate ben quattro proposte ricostruttive.

Parte della dottrina più risalente, tra cui spiccano il Lenel e il Pernice⁹⁸, ipotizzava – valorizzando anche Gai 4.11 e 33⁹⁹ – l'esistenza di una specifica *legis actio fiduciae*, forse *in factum* (ossia concessa dal pretore sulla base del semplice fatto dell'avvenuta convenzione *inter partes*), riservata alla tutela esclusiva dei trasferimenti fiduciari.

Contro tale ricostruzione reagì, tra gli altri, il Longo¹⁰⁰. L'autore fece notare come la lettura di Gai 4.11 – testo che il Lenel, a suo dire, «violenta ... con argomenti stilisticamente insostenibili per cercare di togliergli il suo naturale significato» – porti a credere, senz'ombra di dubbio, che al tempo delle *legis actiones* non vi erano azioni meramente pretorie, quali le azioni *in factum*.

Oltre a ciò, poco solidi sono anche gli altri due indizi che i sostenitori dell'esistenza di una *legis actio fiduciae* ritengono deporre a loro favore: si tratta di alcuni spunti ricavati da dei passi di Cicerone – riprodotti nei paragrafi seguenti – ove l'Arpinate attesta che nella formula dell'*actio fiduciae* era inserita la clausola

⁹⁸ O. LENEL, *Der Prätor in der 'legis actio'*, in ZSS, XXX, 1909, 346 ss.; A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 122 ss.

⁹⁹ Gai 4.11: *Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur vel ideo, quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges obseruabantur. unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum est rem perdidisse, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur; 4.33: Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur. sive enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam DARI NOBIS OPORTERE intendimus nec ullam adiungimus conditionis fictionem; itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.* Sul testo, v. R. FERCIA, 'Fiduciam contrahere', cit., 236 s., nt. 196; G. FINAZZI, *Ricerche*, I, cit., 15, nt. 55; J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 150 ss.; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 293 ss.; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo formulare*, Torino, 1982, 59 ss.; ID., *Introduzione*, cit., 1869 ss.

¹⁰⁰ C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 26 ss.

‘*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*’ (Cic. *off.* 3.15.61; 3.17.70; *fam.* 7.12; *top.* 17.66, sui quali, v. *infra*) o quella ‘*uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem*’ (ancora Cic. *off.* 3.17.70). Queste clausole deriverebbero, a loro dire, da un formulario di *legis actio*, in ragione dell’arcaismo che le contraddistingue: si tratta però di una mera congettura, non suffragata da alcun dato ulteriore (e anzi smentita, secondo il Longo, da quanto riporta Ulp. 2 *disp.* D. 15.1.36, brano che, , attesta l’uso della clausola per l’*actio fiduciae de peculio et in rem verso*)¹⁰¹.

Ben più nutrita la schiera di chi, come l’Ambrosino¹⁰², il Burdese¹⁰³ e il Fercia¹⁰⁴, ritiene esperibile da parte del fiduciante la *legis actio sacramento in rem*, per via della sua sfera di applicazione a carattere generale e soprattutto per la sua «indubbia connessione, nelle fonti a nostra disposizione, con fattispecie configurate come illeciti integranti violazioni delle regole ‘minimali’ d’appartenenza sulle quali si fonda la *civitas*»¹⁰⁵.

Altri, come il Kreller¹⁰⁶ e il Frezza¹⁰⁷, ritengono invece che il fiduciante potesse far valere le proprie pretese mediante *legis actio per conductionem*¹⁰⁸, per lo meno a partire dall’introduzione della *lex Calpurnia*, collocabile nel III secolo a.C., con cui si ammise in generale la possibilità di perseguire qualunque *certa res*.

Non sono mancati anche studiosi che hanno individuato nella *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* il rimedio riservato al fiduciante dall’ordinamento¹⁰⁹.

Infine taluno ha poi escluso in maniera netta che esistesse una qualsiasi protezione di un diritto di credito nascente dalla *mancipatio* fiduciaria accordata tramite *legis actio*, come ad esempio Nicla Belloci¹¹⁰.

Allo stato delle fonti, è impossibile prendere posizione sul punto, senza voler tuffarsi nel campo delle mere congetture.

Possediamo invero qualche informazione in più rispetto alla tutela della *fiducia* nel processo formulare.

¹⁰¹ Cfr. C. LONGO, *Corso di diritto romano. La ‘fiducia’*, cit., 28.

¹⁰² R. AMBROSINO, *La ‘legis actio sacramento in personam’*, cit., 260.

¹⁰³ A. BURDESE, voce ‘*Fiducia*’, cit., 296; ID., *Recensione a N. BELLOCCI, La struttura*, II, cit., 432 ss.

¹⁰⁴ R. FERCIA, ‘*Fiduciam contrahere*’, cit., 236 ss.

¹⁰⁵ Così R. FERCIA, ‘*Fiduciam contrahere*’, cit., 237.

¹⁰⁶ H. KRELLER, ‘*Formula fiduciae*’, cit., 194 ss.

¹⁰⁷ Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 64.

¹⁰⁸ In questi termini la pensano anche R. JACQUELIN, *De la fiducie*, cit., 158 ss.; J. BELDA MERCADO, *Perspectiva histórica de la ‘fiducia’ romana*, Granada, 2002, 132.

¹⁰⁹ Cfr. O. KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin, 1872, 143; M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess. I. ‘Legis actiones’*, Bonn, 1864, 64.

¹¹⁰ N. BELLOCCI, *La tutela*, cit., 41 ss.

7 'Fiducia' e processo formulare

Praticamente ogni aspetto dell'*actio fiduciae* è stato oggetto di discussione tra i cultori della scienza romanistica, sia per la scarsità di informazioni che ci sono pervenute, sia in ragione del fatto che sovente i testi che le contengono non presentano carattere tecnico.

Nelle prossime pagine i diversi nodi problematici che riguardano il rimedio processuale in parola verranno succintamente affrontati, onde ricavare i dati più rilevanti rispetto agli scopi dell'indagine svolta in queste pagine.

Ebbene, prima di tutto occorre chiedersi quando è stata introdotta nell'*ordo* edittale classico l'*actio fiduciae*.

Vi sono due scuole di pensiero. Secondo autori come Talamanca¹¹¹, Noordraven¹¹² e Falcone¹¹³, la creazione dell'*actio fiduciae* deve collocarsi temporalmente tra le fine del III e gli inizi del II secolo a.C. Vi è poi chi come il Frezza – muovendosi lungo un percorso tracciato già dal Kaser¹¹⁴ e dallo Watson¹¹⁵ – individua tale ingresso nel corso del III secolo avanti Cristo¹¹⁶.

Invero, la questione è strettamente intrecciata a uno dei nodi problematici su cui più a lungo hanno dibattuto i romanisti interessatisi di *fiducia*: la pretesa duplicità di *formulae* dell'*actio* in esame¹¹⁷.

Sulla scorta di uno spunto del Lenel, infatti, vasto seguito ha avuto in dottrina l'idea per cui esistessero due *formulae* fiduciarie: una *in ius concepta*, l'altra *in factum concepta*¹¹⁸. La tesi non ha resistito agli attacchi dell'Arangio-Ruiz¹¹⁹, del Betti¹²⁰ e del Rotondi¹²¹ – i quali propendono per un'unica formula *in ius*¹²² –, al

¹¹¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 553.

¹¹² B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 8.

¹¹³ G. FALCONE, *La formula 'ut inter bonos bene agier et sine fraudatione' e la nozione di 'vir bonus'*, in *Fundamina*, XX, 2014, 258. Nello stesso senso, anche R. FERCIA, *'Fiduciam contrahere'*, cit., 235; N. BELLOCCI, *La tutela*, cit., 41 ss.; J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 158.

¹¹⁴ M. KASER, *Die Anfänge der 'manumissio' und das fiduziarisch gebundene Eigentum*, in *ZSS*, LXI, 1941, 182.

¹¹⁵ A. WATSON, *The Origins*, cit., 329 ss.

¹¹⁶ P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 66, il quale si sofferma anche in ordine all'anteriorità o posteriorità dell'*actio fiduciae* rispetto alla *lex Aebutia* (pp. 69 ss.), questione strettamente connessa con il problema del carattere *in ius* o *in factum* dell'azione in esame (su cui v. *infra*).

¹¹⁷ Un quadro di sintesi circa le diverse opinioni emerse in dottrina si può trovare in P. LAMBRINI, *Lineamenti*, cit., 270 e ntt. 66, 67 e 68, nonché in R. FERCIA, *'Fiduciam contrahere'*, cit., 232 ss., con bibliografia, e F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 30 ss.

¹¹⁸ O. LENEL, *Quellenforschungen*, cit., 112.

¹¹⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *La formule*, cit., 321 ss.

¹²⁰ E. BETTI, *L'antitesi storica tra 'iudicare' ('pronuntiatio') e 'damnare' ('condemnatio') nello svolgimento del processo romano (con un tentativo di ricostruzione delle 'formulae' delle 'actiones ex delicto')*, in *RISG*, LVI, 53, nt. 1

¹²¹ G. ROTONDI, *Le due formole*, cit., 5 s.

¹²² Così anche A. PERNICE, *Labeo*, III.1, cit., 124; G. GROSSO, *Appunti sulla formula dell'actio fiduciae*, in *Scritti storico giuridici*, III, cit., 311 ss. (già in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino*, III, 1929, 81 ss.); G. DIURNI, *'Fiducia'. Tecniche e principi negoziali*

punto che lo stesso maestro di Friburgo ha in parte modificato il proprio pensiero: nella terza edizione del suo *Das 'Edictum Perpetuum'*, infatti, Lenel si mostra convinto dell'esistenza di una sola *formula*, tuttavia *in factum concepta*¹²³.

Di recente la questione è stata oggetto delle attenzioni anche di Riccardo Fercia¹²⁴, che in maniera convincente ha affermato come «i pretori abbiano lavorato attorno ad una particolare *conceptio verborum* formulare in cui fosse dedotto ... come oggetto di accertamento (nell'alternativa SI PARET/SI NON PARET) il ricorso al rito quiritario, rilevante alla luce del suo indirizzo funzionale e valutato ... *sub specie facti*. In quest'ordine di idee» – continua lo studioso¹²⁵ –, «la *conceptio verborum* formulare, come normalmente ricostruita, sembra 'fotografare il problema' dell'emersione dell'elemento sostanziale di consensualità negli atti formali di alienazione; e, da questo punto di vista, la *formula* potrebbe dirsi *in factum*»¹²⁶.

Sulla scia di questi rilievi, quanto al tenore della *formula* ci si può affidare alla ricostruzione fattane dal Mantovani¹²⁷, secondo cui l'*actio fiduciae cum creditore (directa)* si presentava nell'editto del pretore in questi termini¹²⁸:

C. Aquilius iudex esto. Si paret A. Agerium N. Negidio fundum quo de agitur ob pecuniam debitam fiduciae causa mancipio dedisse eamque pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse aut per N. Negidium stetisse quo minus solveretur eumque fundum redditum non esse negotiumve ita actum non esse ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quanti ea res erit tantam pecuniam C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.

nell'alto Medioevo, I, Torino, 1992, 59; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 297 ss.; J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 159.

¹²³ O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'*, cit., 283.

¹²⁴ R. FERCIÀ, *'Fiduciam contrahere'*, cit., 234.

¹²⁵ Il quale, sulla scia di M. KASER, *Recensione a A. WATSON, The Law*, cit., in *TJ*, XXXIV, 1966, 418 ss., si oppone a coloro che vorrebbero esasperare la distinzione tra *formula in ius* e *in factum*, peraltro non avvertita (o quantomeno non in termini così netti) dai giuristi romani: cfr. R. FERCIÀ, *'Fiduciam contrahere'*, cit., 234.

¹²⁶ R. FERCIÀ, *'Fiduciam contrahere'*, cit., 234.

¹²⁷ D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 66 s.

¹²⁸ Per B. NOORDRAVEN, *Die 'fiducia' im römischen Recht*, in *Index*, XVIII, 1990, 249 s., la *formula* era unica e *in ius*, presentandosi nel modo seguente: *'I.e. Quod A.As. N.No. fidi fiduciae causa q.d.a. mancipio dedit, quam ob rem ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, quidquid ob eam rem N.Nm. A.Ao. dare facere praestare oportet, eius iudex N.Nm. A.Ao. c.; s.n.p.a.'*. Diverse sono le contraddizioni di questa opzione ricostruttiva individuate da D. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 67, nt. 233. Parimenti debole mi pare altresì la tesi di chi – come P. FUENTESCA, *Líneas*, cit., 396 ss. – ritiene che l'*actio fiduciae* presentasse un'*intentio in ius concepta ex fide bona*: ove ciò fosse vero, francamente non si comprenderebbe perché Cicerone insista nel rilevare la peculiare clausola dell'*'ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione'* nei testi che tra breve verranno trascritti.

Differente era però la versione della *formula fiduciae* volta a sanzionare gli obblighi del fiduciario, in ipotesi di *fiducia* non conclusa a scopo pignoratorio. Tale *conceptio* era, verosimilmente, depurata dalle indicazioni particolareggiate circa le condizioni della condanna nell'ottica della funzione di garanzia, potendovi forse trovare spazio le diverse precisazioni concernenti le singole operazioni attuate mediante il negozio fiduciario.

Balza immediatamente agli occhi la peculiare clausola attorno a cui ruota l'intera *formula*, e che costituisce il cuore della relativa *intentio*, ossia quell'*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*', che ha sempre attirato le attenzioni della dottrina¹²⁹.

Il tenore di questa clausola ci è noto solo grazie alle seguenti testimonianze di Cicerone.

Cic. *off.* 3.15.61: ... *Reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt: in arbitrio rei uxoriae MELIUS AEQUIUS, in fiducia UT INTER BONOS BENE AGIER. Quid ergo? aut in eo, QUOD MELIUS AEQUIUS, potest ulla pars inesse fraudis? aut cum dicitur INTER BONOS BENE AGIER, quicquam agi dolose aut malitiose potest? ...*

Cic. *fam.* 7.12: ... *Ubi porro illa erit formula fiduciae: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET? ...*

Cic. *top.* 17.66: ... *In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus EX FIDE BONA est additum, ubi vero etiam UT INTER BONOS BENE AGIER oportet.*

Cic. *off.* 3.17.70: *Nam quanti verba illa: UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! quam illa aurea: UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE! Sed, qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*

In quest'ultimo testo, l'Arpinate – chiedendosi in generale '*qui sint boni et quid sit bene agi*' – ricorda l'importanza che per il pontefice massimo Quinto Mucio Scevola rivestiva, dal punto di vista processuale, il concetto (di vastissima portata) di *bona fides*, e di tutte le espressioni legali ad esso equiparabili, come appunto l'*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*' dell'*actio fiduciae*.

¹²⁹ Cfr. in particolare A. CARCATERA, *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, cit., 5 ss., e G. FALCONE, *La formula*, cit., 258 ss.

Tale azione, nel passo poc'anzi brevemente commentato, è peraltro annoverata a pieno titolo da Cicerone tra i *bonae fidei iudicia*, quantomeno in ordine all'estensione dei poteri che attribuiva al *iudex*: e ciò, sebbene nella relativa *intentio* non comparisse, come visto, la tipica clausola del '*dare facere oportet ex fide bona*'.

L'inclusione dell'*actio fiduciae* tra i giudizi di buona fede è ribadita in

Cic. *nat. deor.* 3.30.74: ... *inde tot iudicia de fide mala, tutelae mandati, pro socio, fiduciae, reliqua, quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt*

Anche Gaio conferma questa caratteristica, esprimendosi nel suo manuale istituzionale in questi termini.

Gai 4.62: *Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae.*

Sulla scorta di quanto visto, si può affermare che l'*actio fiduciae* presentasse tutte le caratteristiche processuali tipiche dei giudizi di buona fede (su cui siamo meglio informati, per via dell'enorme numero di fonte giunteci), essendo l'*oportere* del convenuto fondato e delimitato dal criterio dell'*inter bonos bene agier ... et sine fraudatione*.

Sicché, tale azione conferiva al giudice poteri assai estesi – si osservi lo slancio retorico che pervade Cic. *off.* 3.17.70 e *top.* 17.66 in ordine a tale aspetto –, che gli permettevano di prendere in considerazione il rapporto nel suo complesso: e così, probabilmente, poteva verificare la sussistenza di prestazioni accessorie spettanti all'attore – come quelle relative al versamento degli interessi – o poteva tener conto dei patti modificativi dell'obbligo originario, nonché di ogni altro profilo che incidesse sulla disciplina di un rapporto improntato al rispetto della correttezza e della bontà reciproche¹³⁰.

Fu con ogni probabilità attraverso questi poteri, il cui progressivo allargamento si deve io credo alla riflessione della giurisprudenza laica (che sempre più estese le maglie di ciò che si considerava rispondente alla correttezza e onestà dell'*inter bonos bene agier ... et sine fraudatione*'), che la *fiducia* poté probabilmente assolvere a finalità differenti rispetto a quella originaria (ossia il trasferimento della titolarità di un bene in vista del suo ritrasferimento, a semplice richiesta dell'alienante).

¹³⁰ A ciò si aggiunga la possibilità di far valere dinanzi al *iudex* tutte le difese che nelle azioni di stretto diritto dovevano venir opposte attraverso *exceptiones*: cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 314.

Le parti ebbero dunque la possibilità di modellare gli obblighi gravanti sul fiduciario, di stabilirne condizioni e modalità di esecuzione, nonché di plasmare il negozio in parola in forme e modi sempre più rispondenti alle loro specifiche esigenze, aggiungendo *leges mancipii* o perfezionando *pacta*, i quali ricevevano dunque una tutela giudiziale adeguata nell'ambito del processo formulare¹³¹.

Sotto un altro punto di vista, va rilevato come tuttora si discuta in seno alla dottrina romanistica circa la possibilità per il fiduciario di esperire contro il fiduciante un'azione diretta a far valere le pretese eventualmente nascenti dallo svolgimento del rapporto (cd. *actio fiduciae contraria*)¹³². Al quesito pare lecito dare una risposta di segno positivo¹³³, atteso che nell'antologia di Giustiniano troviamo testi che, una volta ricondotti alla materia fiduciaria, alludono al ristoro delle spese sostenute (Pomp. 35 *ad Sab.* D. 13.7.8 pr.; Ulp. 31 *ad ed.* D. 13.7.25; Paul. Sent. 2.13.7), al risarcimento dei danni patiti (Afr. 8 *quaest.* D. 13.7.31 e 47.2.62[61].1), alla consegna della cosa che si trova presso il debitore (Ulp. 30 *ad ed.* D. 13.7.22.3) e all'evizione della *res* venduta dal fiduciario (Pomp. 35 *ad Sab.* D. 13.7.8.1)¹³⁴.

Passando ad un'altra questione, le fonti in nostro possesso ci testimoniano di come l'*actio fiduciae* fosse trasmissibile tanto dal lato passivo, quanto da quello attivo¹³⁵.

In proposito, soccorrono, rispettivamente, un passaggio delle *Pauli sententiae* e un testo di Gaio, tratto dal suo manuale istituzionale.

Vale la pena di partire dal primo.

Paul. Sent. 2.13.6: *Si creditor rem fiduciae datam uni ex heredibus vel extraneo legaverit, adversus omnes heredes actio fiduciae competit.*

Da esso apprendiamo che nel caso in cui il creditore fiduciario avesse legato ad uno degli eredi o ad un estraneo la *rem fiduciae datam*, l'*actio fiduciae* poteva essere esperita dal fiduciante contro tutti gli eredi del primo¹³⁶.

Il secondo brano presenta il seguente tenore.

Gai 2.220: *Unde intellegimus nihil aliud secundum nostrorum praeceptorum opinionem per praeceptionem legari posse, nisi quod testatoris sit. nulla enim alia res quam hereditaria deducitur in hoc iudicium. itaque si non suam rem eo*

¹³¹ In questo senso anche G. GROSSO, voce 'Fiducia', cit., 387; V. CARRO, 'Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione', cit., 39.

¹³² A. BURDESE, voce 'Fiducia', cit., 296; G. GROSSO, voce 'Fiducia', cit., 387.

¹³³ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 553; A. BURDESE, voce 'Fiducia', cit., 296.

¹³⁴ P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 77 s.

¹³⁵ P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 66, a cui si rinvia anche in ordine alla questione della trasmissione delle pretese nascenti dal patto commissorio e dal *pactum vendendi*.

¹³⁶ Cfr., su questo testo, C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 83; P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 19; J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 206 e 215; J. BELDA MERCADO, *Perspectiva*, cit., 94 s.; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 164.

modo testator legauerit, iure quidem ciuili inutile erit legatum, sed ex senatus consulto confirmabitur. aliquo tamen casu etiam alienam rem per praeceptionem legari posse fatentur: veluti si quis eam rem legauerit, quam creditori fiduciae causa mancipio dederit; nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere is, cui ita legatum sit.

Questo testo è particolarmente interessante, anche perché permette di svolgere qualche riflessione in ordine agli effetti più antichi del trasferimento fiduciario, conservatisi poi nel corso del tempo.

Il brano si apre con l'enunciazione della regola generale in base alla quale il testatore può legare *per praeceptionem* solo beni che gli appartengono. Qualora attribuisca una *res aliena*, il legato deve intendersi '*inutile*' – cioè irrilevante, inesistente¹³⁷ – per il *ius civile*, con conseguente conversione del medesimo in legato *per damnationem*, giusta la disciplina scolpita dal senatoconsulto Neroniano. Il giurista antoniniano ricorda poi di come i Sabiniani (evocati, quali '*nostrae praeceptores*', anche in relazione al principio esposto in apertura) ammettessero alcune eccezioni a detto regime. Una di queste, riguarda proprio i beni trasferiti fiduciariamente ('*quam creditori fiduciae causa mancipio dederit*'). In tale ipotesi, i coeredi onerati del legato sarebbero stati tenuti ad attivarsi per riottenere tali *res* dal creditore, pagando il debito nei suoi confronti garantito dal *de cuius*¹³⁸. A fronte di ciò, ha ragione Federica Bertoldi a rilevare come sia «quindi chiaro che gli eredi erano titolari del credito nascente dal *pactum fiduciae* e quindi avevano la possibilità di riavere la cosa pagando il creditore», e che potevano perciò agire nei suoi confronti, tramite *actio fiduciae*, qualora controparte non avesse adempiuto a tale obbligo¹³⁹.

Ciò detto, non si può fare a meno di notare la particolarità che emerge da questa testimonianza, in cui il fiduciante, pur non proprietario del bene trasferito *fiduciae causa*, mantiene una sorta di 'disponibilità' giuridica del medesimo, in quanto destinato a far ritorno presso il suo patrimonio. Mi pare lecito scorgere, anche qui, uno dei riflessi della concezione più risalente di *mancipatio* (o *in iure*

¹³⁷ Cfr. A. LOVATO - S. PULIATTI - L. SOLIDORO MARUOTTI, *Diritto privato romano*, cit., 235 s.

¹³⁸ Analoga la situazione ricordata in Gai. 7 *ad ed. prov. D. 10.2.28* ('*Rem [pignori] <fiduciae> creditori datam si per praeceptionem legauerit testator, officio iudicis continetur, ut ex communi pecunia luatur eamque ferat is cui eo modo fuerat legata*'), che proprio in ragione del fatto che ricalca Gai 2.220 è ragionevole ricondurre alla materia fiduciaria. Cfr., su questo testo, C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 146; P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 24; M. KASER, *Studien*, II, cit., 258; B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 244; J.-PH. DUNAND, *Le transfert*, cit., 214; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 147 s.; R. FERCIA, '*Fiduciam contrahere*', cit., 155 e 257 ss.

¹³⁹ F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 148. Cfr. nel medesimo senso anche A. BURDESE, voce '*Fiducia*', cit., 296; P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 66.

cessio) fiduciaria, in quanto arricchita da una *nuncupatio*, in grado di imprimere al bene una sorta di vincolo al suo ritorno presso il patrimonio dell'alienante.

Un altro tema oggetto di vivaci discussioni attiene all'individuazione del criterio di imputazione della responsabilità per gli obblighi nascenti dalla *fiducia*¹⁴⁰.

Secondo alcuni autori, come Alberto Burdese, esso è limitato al dolo¹⁴¹.

Altri invece ritengono che si estenda sino alla colpa, sulla scorta di un notissimo e tormentatissimo testo di Modestino, ove il giurista – che ha appena indugiato sul problema dell'*utilitas contrahentium* nel contratto di comodato (Coll. 10.2.1)¹⁴² – specifica come tanto nella *fiducia*, quanto nei rapporti dotali, vi sia utilità in capo ad ambedue i contraenti.

Sicché questi saranno tenuti a rispondere per dolo e per colpa.

Coll. 10.2.2 (Mod. 2 *diff.*): *Sed in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur; sic enim et in fiduciae iudicium et in actionem rei uxoriae dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit.*

Altri brani, secondo parte della dottrina¹⁴³, confermerebbero l'affermazione enunciata da Modestino in questo passaggio. Si tratta in particolare di Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.2 e 76 *ad ed.* D.44.4.4.8, nonché di Gai. 9 *ad ed. prov.* D. 13.6.18 pr., ove per vero la *fiducia* – qualora si accetti l'interpolazione del riferimento al pegno attualmente leggibile – è accostata in punto di imputazione della responsabilità al rispetto delle cose dotali: un collegamento che compare appunto anche in Coll. 10.2.2.

Non è tuttavia mancato chi ha avanzato notevoli perplessità a proposito di questa bilateralità di interessi, tanto con riguardo alla materia dotale, quanto con riferimento ai trasferimenti fiduciari, in specie quelli attuati non a scopo di garanzia¹⁴⁴. Per le ipotesi di *fiducia cum creditore*, invero, non sarebbe «un'assurdità nelle logiche di Modestino» scorgere «l'interesse del debitore a procurarsi liquidità e l'interesse del creditore ad avere in garanzia il *dominium* ... che porta il debitore a '*rem suam fiduciae dare ob pecuniam mutuum*'»¹⁴⁵.

Un modo di ragionare che in effetti parrebbe emergere anche in

¹⁴⁰ A. BURDESE, voce 'Fiducia', cit., 296; G. GROSSO, voce 'Fiducia', cit., 388.

¹⁴¹ Cfr. A. BURDESE, voce 'Fiducia', cit., 296

¹⁴² Cfr., per tutti, C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 154 ss.

¹⁴³ Cfr. F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 199 ss., con ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹⁴⁴ Cfr. R. FERCIA, 'Fiduciam contrahere', cit., 29 ss. Per V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità*, cit., 54 s., il passo di Modestino è estraneo alla tradizione classica: opinione condivisa da E. VALIÑO, *Las relaciones básicas de las acciones adyecticias*, in *AHDE*, XXXVIII, 1968, 411, nt. 61, e da C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., 156.

¹⁴⁵ Così R. FERCIA, 'Fiduciam contrahere', cit., 30, che così si orienta anche sulla scorta di E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, 93, seguito da M.L. NAVARRA, *Note in tema di 'utilitas': Modestino e Coll. 10.2*, in *Labeo*, L, 2004, 93 ss.

Mod. 4 resp. D. 13.7.39: *Gaius Seius ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio Titio pignori dedit: postea pactum inter eos factum est, ut creditor pignus suum in compensationem pecuniae suae certo tempore possideret: verum ante expletum tempus creditor cum suprema sua ordinaret, testamento cavit, ut alter ex filiis suis haberet eum fundum et addidit 'quem de Lucio Titio emi', cum non emisset: hoc testamentum inter ceteros signavit et Gaius Seius, qui fuit debitor. Quaero, an ex hoc quod signavit praeiudicium aliquod sibi fecerit, cum nullum instrumentum venditionis proferatur, sed solum pactum, ut creditor certi temporis fructus caperet. Herennius Modestinus respondit contractui pignoris non obesse, quod debitor testamentum creditoris, in quo se emisse pignus expressit, signasse proponitur.*

Ma tuttavia rimane aperto il problema della determinazione della bilateralità degli interessi (che giustifica il criteri del dolo e della *culpa*) rispetto, ad esempio, alle ipotesi di *fiducia* a scopo di deposito.

Peraltro, vi è stato anche chi – come il Santucci – ha ipotizzato che anche nella *fiducia*, così come in materia dotale, si rispondeva secondo la '*diligentia quam in suis*'¹⁴⁶.

L'affermazione poggia sul seguente testo di Paolo

Paul. 7 *ad Sab.* D. 23.3.17 pr.: *In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit: sed etiam diligentiam praestabit, quam in suis rebus exhibet'*

Prendendo atto di questa profonda incertezza, mi pare ragionevole pensare che la *fiducia* non si prestasse ad un'individuazione rigida del criterio di imputazione della responsabilità: potendo infatti assolvere diverse funzioni, e assumere contenuti assai variabili, la *fiducia* evidentemente necessitava di valutazioni caso per caso perché si scovasse la distribuzione degli interessi in gioco (*utilitas contrahentium*) e così fosse possibile determinare in base a quale criterio il fiduciario fosse tenuto a rispondere per l'inadempimento delle prestazioni che gravavano su di lui.

Il che mi pare perfettamente in linea con quel criterio di valutazione della onestà e correttezza delle parti che discende dalla clausola '*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*' contenuta nell'*intentio* della *actio fiduciae* (non a caso accostato all'*oportere ex fide bona*), nonché con tutto ciò che è stato detto nel corso dei precedenti capitoli in ordine all'incidenza degli interessi delle parti rispetto alla conformazione della disciplina complessiva della *fiducia* non a scopo pignoratorio.

¹⁴⁶ G. SANTUCCI, *La 'diligentia quam in suis'*, Trento, 2008, 261.

Un'ultima caratteristica dell'azione in esame merita di essere ricordata, per via dello stretto legame che presenta con quei valori forti su cui, in origine, poggiava tale istituto. L'*actio fiduciae* era infatti un'azione infamante¹⁴⁷.

Ce ne rende edotti Gaio.

Gai 4.182: *Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, velut furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati, depositi.*

Mi pare essere questa una delle tracce più evidenti del collegamento tra *fiducia* e il binomio *amicitia-fides*, tale per cui la violazione dei doveri nascenti da questa coppia di valori determinava una profonda riprovazione sociale, poi 'trasformatasi' nella 'sanzione' della pubblica *infamia*.

Del resto, già Cicerone non manca di sottolineare la gravità rappresentata dall'inadempimento dei doveri connessi alle operazioni fiduciarie, tale da generare un *vulnus* per l'intera società civile¹⁴⁸.

Cic. Caec. 3.7-8: *Si quis quod spondit, qua in re verbo se uno obligavit, id non facit, maturo iudicio sine ulla religione iudicis condemnatur; qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciae rationem fraudavit quempiam, in eo quo delictum maius est, eo poena est tardior? 'Est enim turpe iudicium'. Ex facto quidem turpi. Videte igitur quam inique accidat, quia res indigna sit, ideo turpem existimationem sequi; quia turpis existimatio sequatur, ideo rem indignam non vindicari ...*

Cic. Rosc. com. 6.17: *Si qua enim sunt privata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis. Aequae enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere quae continet vitam, et pupillum fraudare qui in tutelam pervenit, et socium fallere qui se in negotio coniunxit. Quae cum ita sint, quis sit qui socium fraudarit et fefellerit consideremus; dabit enim nobis iam tacite vita acta in alterutram partem firmum et grave testimonium ...*

In quest'ultimo testo Cicerone specifica inoltre come vi fossero delle azioni private in cui era in qualche modo in gioco la stessa sopravvivenza della società civile: tra queste, accanto all'*actio tutelae* e all'*actio pro socio*, egli inserisce anche l'*actio fiduciae*, perché '*perfidiosum et nefarium est fidem frangere*'.

¹⁴⁷ A. BURDESE, voce 'Fiducia', cit., 296; G. GROSSO, voce 'Fiducia', cit., 388.

¹⁴⁸ Cfr. G. FALCONE, *La formula*, cit., 266 ss.

8 *Altri meccanismi di tutela della posizione del fiduciante: l'usureceptio e l'assenza di furto*

La tutela dell'obbligo di restituzione derivante dalla *fiducia* era garantita al fiduciante, sin dai tempi molto antichi, da un peculiare meccanismo di (ri)acquisto della proprietà della *res* trasferita, che si realizzava semplicemente mantenendo la disponibilità materiale della stessa per un anno: l'*usureceptio*.

Di questo istituto, già più volte ricordato nelle precedenti pagine, ci informa Gaio, nel manuale istituzionale.

Gai. 2.59-60: *Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. Nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, etiam soli si sit. Quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem. 60. Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint; et si quidem cum amico contracta sit fiducia, sane omni modo competit ususreceptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret; quo casu lucrativa ususcapio competit.*

Mentre si occupa di usucapione (Gai 2.44 ss.), il giurista antoniniano spende qualche parola in ordine ad alcune forme anomale di tale modalità d'acquisto, che presentavano ancora ai suoi tempi tracce della struttura e della funzione dell'*ususcapio* più antica¹⁴⁹. Una di queste è appunto l'*usureceptio*, che operava a prescindere da una *iusta causa* e pure nella consapevolezza da parte del possessore dell'altruità del bene¹⁵⁰. Perché si realizzasse tale acquisto, bastava soltanto mantenere la disponibilità materiale della *res* per un certo tempo, pari ad un anno per le cose trasferite fiduciariamente (anche se queste erano beni immobili)¹⁵¹.

Il che si discostava in maniera netta rispetto alla regola generale vigente in materia, che sappiamo risalire almeno alle XII Tavole (v. Cic. *top.* 4.23, Tab. 6.3).

¹⁴⁹ Cfr. L. VACCA, voce *Usucapione*, cit., 146 ss.

¹⁵⁰ Così G. FRANCIOSI, voce '*Usureceptio*', cit., 388, che non considera l'individuazione di detti requisiti anteriore alla tarda repubblica e reputa il loro affermarsi conseguenza della concentrazione della proprietà fondiaria. Si v. a tal proposito anche P. BONFANTE, *La 'iusta causa'*, cit., 482 ss., che parla di «reliquie dell'antico sistema»; P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 24; N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 238 ss.; L. VACCA, voce *Usucapione*, cit., 146 ss.; P. LAMBRINI, *Lineamenti*, cit., 268 ss.; G.M. OLIVIERO, *Questioni*, cit., 3891 ss.

¹⁵¹ Cfr., per tutti, F. WUBBE, '*Usureceptio*', cit., 15 s.; N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 237 ss.; L. VACCA, voce *Usucapione*, cit., 148.

In base ad essa, come noto, l'acquisto dei fondi (e degli edifici) si realizzava con l'*usus* protratto per due anni, mentre bastava un anno per tutti gli altri beni¹⁵².

Proseguendo con l'esegesi del passo, si può notare come l'*usureceptio* operasse in maniera differente in ipotesi di *fiducia* contratta a scopo pignoratorio (*cum creditore pignoris iure*) rispetto a casi di *fiducia* perfezionata per affidare ad un amico i propri beni (*cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint*).

In quest'ultimo caso, infatti, l'*usureceptio* era sempre possibile ('*omni modo*') e non poteva nemmeno dirsi lucrativa: il fiduciante, attraverso l'operare di tale meccanismo di (ri)acquisto, non otteneva infatti un vero e proprio arricchimento¹⁵³, ma soltanto perveniva all'esito fisiologico dell'operazione negoziale a suo tempo posta in essere: il ritorno della *res* nel suo patrimonio¹⁵⁴.

Per la *fiducia cum creditore* la situazione era più complessa.

Innanzitutto, se il debito garantito era stato pagato ('*soluta pecunia*'), allora era sempre possibile l'*usureceptio* del fiduciante, che non poteva parimenti dirsi *lucrativa*: anche in quest'evenienza, infatti, il fiduciante otteneva la restituzione di ciò che gli spettava.

Nell'ipotesi in cui l'obbligazione non fosse ancora stata adempiuta ('*nondum pecunia soluta*'), occorreva distinguere: se il fiduciante era in possesso della cosa in virtù di un rapporto di locazione o di precario¹⁵⁵, allora non operava il meccanismo d'acquisto in esame¹⁵⁶. Al contrario, se il fiduciante aveva la disponibilità del bene senza versare in tali ipotesi, gli competeva l'*usureceptio*, che

¹⁵² Cfr. P. BONFANTE, *La 'iusta causa'*, cit., 485; C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 80; TH. MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der 'Usucapio'*. I, in ZSS, LXXVII, 1960, 35 s.; P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 25; A. BISCARDI, *Appunti*, cit., 26; L. VACCA, voce *Usucapione*, cit., 998; R. LAMBERTINI, '*Lucrativa usucapio*', cit., 373; P. LAMBRINI, *Lineamenti*, cit., 269; G.M. OLIVIERO, *Questioni*, cit., 3892 s. Isolata la posizione di G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, 1 ss., secondo cui, al paragrafo 59, tra [*anno scilicet*] e '*soli si sit*' andrebbe inserito '*si mobilis sit, biennio*', e al paragrafo 60, dopo '*sed*' un [*et*]: tale integrazione, che muterebbe l'intero regime dell'istituto in considerazione, è considerata, a ragione, da G. FRANCIOSI, voce '*Usureceptio*', cit., 389 «priva di qualsiasi giustificazione».

¹⁵³ Cfr. J. MICHEL, *Gratuité*, cit., 397 ss.

¹⁵⁴ Cfr. W. ERBE, *Die Fiduzia*, cit., 140; C. LONGO, '*Fiducia cum creditore*', cit., 799 s.; P. ZAMORANI, '*Precario habere*', cit., 247, nt. 9; G. FRANCIOSI, voce '*Usureceptio*', cit., 389; R. LAMBERTINI, '*Lucrativa usucapio*', cit., 374, che pone l'accento sul fatto che il fiduciante «si limita a ottenere in altro autonomo modo, magari affrettandola, la restituzione dovutagli»; P. LAMBRINI, *Lineamenti*, cit., 269; G.M. OLIVIERO, *Questioni*, cit., 3896; F. BERTOLDI, *La 'fiducia cum amico'*, cit., 57.

¹⁵⁵ Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 25 s.; C. LONGO, *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, cit., 80 ss.; G. FRANCIOSI, voce '*Usureceptio*', cit., 388 s.; P. BIAVASCHI, *Ricerche*, cit., 176 ss.; G.M. OLIVIERO, *Questioni*, cit., 3896 s. Si tenga inoltre presente che con l'estinzione del debito garantito si estingue il precario: cfr. Cels. 7 dig. D. 43.26.11.

¹⁵⁶ Ma, per il caso di *locatio conductio*, di mera detenzione, e per, l'ipotesi di *precarium*, di *possessio* «inidonea per caratteristica intrinseca della stessa»: così R. LAMBERTINI, '*Lucrativa usucapio*', cit., 375. Sul punto v. anche C. LONGO, '*Fiducia cum creditore*', cit., 803.

sarebbe stata per lui *lucrativa*, in quanto gli faceva ottenere un vantaggio economico che non gli spettava¹⁵⁷.

Ebbene, l'*usureceptio* testimonia come l'ordinamento romano considerasse esito naturale delle operazioni fiduciarie il ritorno del bene trasferito nel patrimonio dell'alienante¹⁵⁸: esito che veniva favorito accordando al fiduciante la possibilità di riacquistare il bene senza *iusta causa* e senza *bona fides*, peraltro dopo un *usus* di durata assai breve (appena un anno)¹⁵⁹.

Riechieggiano in queste caratteristiche gli usi e le consuetudini di un tempo antico, forse predecemvirale, allorquando, a parere di alcuni studiosi, il termine per acquistare la proprietà dei beni tramite l'*usus* era unitario e corrispondente, appunto, sempre ad un anno¹⁶⁰. Questo regime, tuttavia, mutò, e già con le XII Tavole il tempo per usucapire gli immobili era pari a due anni (Cic. *top.* 4.23)¹⁶¹. Sicché, è naturale pensare che l'istituto dell'*usureceptio* venne ammesso rispetto ai trasferimenti fiduciari attraverso un intervento creativo della giurisprudenza pontificale, che potrebbe aver sancito il perdurare delle regole precedentemente vigenti in materia¹⁶² o persino creato *ex novo* questa figura¹⁶³.

Qualsiasi tesi si scelga di seguire, ciò che rileva è il collegamento tra il fiduciante, il trasferimento attuato *fidi fiduciae causa* e il bene alienato, destinato a far ritorno nel patrimonio di chi se n'era privato. Ecco perché viene facile ravvisare nel funzionamento dell'*usureceptio* una possibile conseguenza del carattere nuncupativo della *mancipatio* o *in iure cessio* fiduciarie, produttive di effetti che travalicavano i rapporti di natura obbligatoria che legavano le parti, come si è cercato di tratteggiare nel corso della precedente ricerca e, in particolare, nel cap. I.

Ed è parimenti interessante sottolineare come questa regola funzionasse del tutto indipendentemente dalle modalità con cui il fiduciante si procurava la disponibilità materiale della cosa trasferita¹⁶⁴, giacché non avrebbe mai commesso

¹⁵⁷ Cfr. R. LAMBERTINI, *'Lucrativa usucapio'*, 374 s.; G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 196.

¹⁵⁸ Cfr. F. GENY, *Étude*, cit., 98; F. WUBBE, *'Usureceptio'*, cit., 36 ss.; M. KASER, *Studien*, II, cit., 258; J.P. DUNAND, *Le transfert*, cit., 237 s.; F. BERTOLDI, *Il negozio*, cit., 117 ss.

¹⁵⁹ Di recente V. CARRO, *'Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione'*, cit., 33, nt. 21, ha ricordato come «la *usureceptio* è la chiave di comprensione del carattere di provvisorietà che il *dominium fiduciarium* ebbe sin dai tempi anteriori a quello dell'introduzione dell'*actio fiduciae*».

¹⁶⁰ TH. MAYER-MALY, *Studien*, cit., 490; G. FRANCIOSI, *'Usucapio pro herede'*. *Contributo allo studio dell'antica 'hereditas'*, Napoli, 1965, 25.

¹⁶¹ Cfr. B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 188.

¹⁶² Non mi sembra accettabile la tesi di chi, come N. BELLOCCI, *La struttura*, II, cit., 243, sulla scorta dell'assunto per cui l'*usureceptio* risalirebbe ad un periodo precedente alle XII Tavole, riconduce a tale epoca anche la stessa *fiducia*, quale operazione in un qualche modo giuridicamente riconosciuta e distinta rispetto ad una semplice alienazione solenne della proprietà, con accordo tra alienante e accipiente rilevante solo dal punto di vista sociale.

¹⁶³ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 554.

¹⁶⁴ Sulla scorta di ciò, autori come A. BECHMANN, *Der Kauf*, I, cit., 288 ss., e P.F. GIRARD, *Manuel*, cit., 548 ss., hanno ritenuto che fosse proprio l'*usureceptio*, in combinazione con l'assenza

furto, come ci riferisce ancora Gaio. Ciò, secondo Giuseppe Grosso, in ragione proprio del «carattere originario dell'obbligo di restituzione, assoluto ed immediato», che sorgeva direttamente con l'atto di alienazione fiduciaria¹⁶⁵.

Gai 3.201: ... *debitor rem, quam fiduciae causa creditori mancipaverit aut in iure cesserit, secundum ea quae in superiore commentario rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest*

Forse proprio da queste concezioni, e dagli effetti della *mancipatio nuncupativa*, è discesa anche la regola per cui si riteneva che il fiduciante – come visto nel corso del cap. II – continuasse a possedere *ad usucapionem* il bene trasferito, persino in assenza della materiale disponibilità dello stesso¹⁶⁶.

Ritengo sia il caso di fare ancora un ultimo breve appunto con riguardo all'*usureceptio*. L'intero discorso condotto da Gaio in 2.59-60 circa il diverso funzionamento di tale istituto nelle ipotesi di *fiducia cum amico* e di *fiducia cum creditore*, nonché in ordine al carattere lucrativo o meno dell'acquisito da parte del fiduciante, ruota tutto intorno alla sussistenza e alla rilevanza degli interessi economici facenti capo ai protagonisti dell'operazione in parola e all'assetto negoziale da questi predisposto rispetto all'affare nella sua interezza.

Il che finisce con il confermare quanto si è detto nel corso di questa indagine circa la variabilità della disciplina concretamente applicabile alle diverse applicazioni della *fiducia* non a scopo pignoratorio, che risentiva in maniera rilevante degli interessi economici delle parti coinvolte.

di furto, a costituire la tutela originaria dell'obbligo di restituzione derivante dalla *fiducia*. Invero, P. BONFANTE, *La 'iusta causa'*, cit., 485 ss., e R. VON STINTZING, *Das Wesen von 'bona fides' und 'titulus' in der römischen Usucapionslehre. Historisch-dogmatischer Versuch*, Heidelberg, 1852, 14 ss., hanno sottolineato come tali aspetti rientrino nei principi generali che anticamente governavano il funzionamento dell'*usucapio*.

¹⁶⁵ Così G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 200 ss., secondo il quale, inoltre, «il ragionamento di Gaio ci rivela che il giureconsulto trova nell'obbligo della restituzione la giustificazione dell'assenza di furto e anche della conseguente *usureceptio*». V. anche M. KASER, *Besitzpfand*, cit., 44, nt. 155, per il quale «nimmt der Fiduziant dem Gläubiger die fiduziierten Sachen eigenmächtig weg, sind diese (ebenso wie die einer ruhenden Erbschaft, Gai 2.52 ff.) keine *res furtivae* und darum ersitzbar»; H. ANKUM, *Furtum pignoris*, cit., 131 s. Per P. FREZZA, *Le garanzie*, II, cit., 28 ss., che ha qui ripreso un'opinione di P. BONFANTE, *La 'iusta causa'*, cit., 486, questa esclusione non vi sarebbe qualora si versasse in un'ipotesi di *fiducia* conclusa a scopo di garanzia e l'obbligazione non fosse ancora stata adempiuta: si v. la convincente critica mossa a questa ricostruzione da B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia*, cit., 189 ss. Invero, circa la configurabilità del *furtum fiduciae*, molto si è discusso in dottrina: alcuni studiosi (ad esempio O. GEIB, *Actio fiduciae*, cit., 116, nt. 7) hanno infatti ammesso, sulla scorta di Ulp. 30 *ad ed.* D. 13.7.22 – testo che ora riguarda il *pignus*, ma che a partire da O. LENEL, *Quellenforschungen*, cit., 108 ss.; ID., *Palingenesia*, II, cit., c. 618, si è soliti riferire alla materia fiduciaria, essendo escerpito dal libro del commentario ad essa dedicato dal giurista di Tiro –, la possibilità di furto del debitore. Invero, proprio secondo il Lenel, il frammento non si pone in contrasto con Gai 3.201, giacché quest'ultimo chiarisce come non vi è furto quando al fiduciante compete l'*usureceptio*. Sul punto, cfr. G. GROSSO, *Sulla 'fiducia'*, cit., 200 ss. (in particolare, 200, nt. 2).

¹⁶⁶ Cfr. E. HUSCHKE, *Ueber die 'usureceptio fiduciae'*, in *ZSS*, XIV, 1848, 256 ss.

RIFLESSIONI DI SINTESI

La ricerca ha permesso di affermare che nei tempi più antichi della storia di Roma l'esigenza dei *cives* di garantire per un periodo limitato una maggior protezione o una miglior gestione dei propri beni – dettata da ragioni contingenti, quali ad esempio un lungo viaggio o una grave malattia – veniva assicurata facendo ricorso ad alienazioni programmate come temporanee, ma in cui il dovere dell'accipiente di restituire quanto ricevuto si fondava esclusivamente su preesistenti vincoli di natura personale, derivanti ad esempio dall'*amicitia* che legava le parti o da quel valore cardine del vivere collettivo rappresentato da *fides* (Boeth. *in Cic. top.* 4.10.41).

Soltanto attraverso la riflessione della giurisprudenza pontificale, in epoca successiva alla legislazione decenvirale, i trasferimenti così pianificati incontrarono un primo riconoscimento giuridico. Sfruttando il noto precetto delle XII Tavole secondo cui '*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto*' (Tab. 6.1), venne verosimilmente introdotta la possibilità di accludere al rito mancipatorio una specifica *nuncupatio* che si è definita 'fiduciaria', costituita con ogni probabilità da quel sintagma '*fidi fiduciae causa*' che si ritrova in alcuni documenti epigrafici concernenti alienazioni con tali caratteristiche e che riecheggia in alcuni passaggi dell'opera plautina.

Il significato di tale espressione, secondo alcuni recenti studi, parrebbe infatti essere in grado di individuare la duplice propensione dei soggetti coinvolti in tali dinamiche, e così gli estremi dell'operazione stessa, quantomeno nella prima fase del suo sviluppo. Da un lato, vi è la '*fides*' dell'accipiente, che si esplica nel rispetto dell'impegno assunto con il *mancipio dans* e nel potere acquistato sulla *res* (in linea con le due dimensioni di *fides*, promissoria e potestativa, che le fonti ci tramandano). Dall'altro lato, vi è la '*fiducia*' – quale confidenza nell'altrui *fides* – dell'alienante, il quale affida se stesso e i propri beni a controparte, nella convinzione che questa rispetterà l'incarico ricevuto (e soprattutto restituirà il cespite trasferitole).

La recita di tale formula durante il cerimoniale mancipatorio era in grado di imprimere all'alienazione così compiuta una specifica torsione funzionale, che si esprimeva nella tensione del bene trasferito a far ritorno nel patrimonio di partenza.

Questa tensione, infatti, si esprimeva in alcuni meccanismi del tutto peculiari che trovavano applicazione rispetto all'istituto analizzato.

Alludo in primo luogo all'*usureceptio*, ossia a quell'istituto che permetteva al fiduciante di riacquistare la proprietà del bene trasferito conservandone la disponibilità materiale per un solo anno: ciò, anche se si trattava di un immobile,

e persino in assenza di *iusta causa* e di *bona fides* (d'altronde, egli era conscio dell'altruità del cespite).

Fu questa, quasi sicuramente, la prima tutela prevista dall'ordinamento rispetto al dovere di restituzione che gravava sul fiduciario: non sono stati individuati solidi appigli testuali per sostenere l'esistenza di azioni penali esperibili dal fiduciante (magari sulla scorta di Coll. 10.7.11 [= Paul. Sent. 2.12.11]) o per affermare, senza cadere nel campo delle congetture, che le pretese derivanti dalla *fiducia* potevano essere fatte valere nel processo *per legis actiones*.

Sono stati invece individuati altri fenomeni che condividevano una logica analoga a quella sottesa all'*usureceptio* e che sono stati ricollegati, non senza forse un intervento interpretativo giurisprudenziale, al carattere nuncupativo dell'originario trasferimento fiduciario. Si pensi al fatto che il fiduciante non commetteva furto qualora avesse sottratto il bene al fiduciario (Gai 3.201); alla possibilità, sempre riservata al fiduciante, di disporre validamente della *res fiduciae data* tramite legato *per praeceptionem* (Gai 2.220); nonché al peculiare regime previsto in tema di possesso *ad usucapionem*, che sembrerebbe permanere in capo all'alienante *fiduciae causa* persino nel caso in cui questi non conservasse la materiale disponibilità del bene (Iul. 13 *dig.* D. 41.2.36; D. 43.26.18; D. 44.7.16; Macer 2 *de app.* D. 2.8.15.2; Paul. 5 *ad Plaut.* D. 13.7.37; 41.3.13 *pr.*).

Del resto, il ragionare in questi termini – e sulla base di un confronto con quanto si ricava da Vat. Fragm. 50 in tema di *deductio usufructus* (fenomeno ricondotto anch'esso all'ambito nuncupativo, in linea con un recente filone dottrinario) – ha permesso altresì di spiegare come venne ammesso il perfezionamento di un'alienazione fiduciaria mediante *in iure cessio* (Gai 2.59-60; 3.201; Isid. *orig.* 5.25.23). Circostanza, questa, che pur attestata dalle fonti aveva in effetti sollevato non poche perplessità in seno alla letteratura romanistica, giusta la natura di negozio processuale di questo istituto, come tale (apparentemente) insensibile agli eventuali accordi fiduciari sottostanti.

Non si è poi potuto fare a meno di notare come molte altre testimonianze – una volta ricondotte alla materia fiduciaria – accostino alla *fiducia* tanto *leges* (come la *lex ut manumittatur*: Gai. [9] <10> *ad ed. prov.* D. 17.1.27.1), quanto *pacta* conclusi tra le parti (FIRA III, n. 92), il cui contenuto incideva in varia misura sugli obblighi da essa discendenti.

Fu possibile attribuire loro rilevanza giuridica grazie all'opera interpretativa della giurisprudenziale laica, che ha probabilmente sfruttato il tenore dell'*intentio* dell'*actio fiduciae*, introdotta verso la fine del III e gli inizi del II secolo a.C., secondo la ricostruzione più convincente.

Con il suo riferirsi all'*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione* quale criterio che fondava e delimitava l'obbligo del convenuto (Cic. *off.* 3.15.61; 3.17.70; *fam.* 7.12; *top.* 17.66), infatti, l'*actio fiduciae* permise di valorizzare anche

gli accordi perfezionati tra i soggetti coinvolti in dinamiche fiduciarie, nonché di tener conto dei loro interessi economici complessivi e degli scopi pratici concretamente perseguiti. Al punto che l'ampiezza dei poteri attribuiti al *iudex privatus*, chiamato a decidere in base a tale azione, comportò l'inclusione della stessa tra i *iudicia bonae fidei*, pur non recando menzione dell'*oportere ex fide bona*' (Cic. *nat. deor.* 3.30.74; Gai 4.62).

Riconosciuta dunque la possibilità di modellare gli obblighi gravanti sul fiduciario, di stabilirne condizioni e modalità di esecuzione, nonché di plasmare in una certa misura il negozio in parola in forme e modi sempre più rispondenti alle specifiche esigenze dei soggetti coinvolti, la *fiducia* trovò applicazione in una molteplicità di situazioni.

Il loro esame ha occupato i capitoli centrali di questa ricerca e ha permesso di constatare – in linea invero con la dottrina maggioritaria – come accanto a finalità in senso ampio di 'deposito', la *fiducia* venisse utilizzata per assolvere a varie altre funzioni. Lasciata da parte la *fiducia* a scopo pignoratorio, che non è stata oggetto di indagine in questa sede, si è ravvisato l'uso di schemi fiduciarî per alienare uno schiavo in vista del suo successivo affrancamento (Iul. 13 *dig.* D. 17.1.30; Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18 pr.-1), nonché per compiere la *noxae deditio* di un *servus* con l'obbligo per l'accipiente di restituirlo una volta che avesse ristorato, con le sue *operae*, il danno provocato (*arg. ex* Coll. 2.3.1 e Paul. Sent. 5.1.1).

Inoltre, è stato possibile appurare che si ricorreva alla *fiducia* per compiere donazioni *mortis causa* (Pap. 13 *resp.* 39.6.42 pr.; Ulp. 71 *ad ed.* D. 39.5.18.2; 32 *ad Sab.* D. 24.1.11.8) o per interposta persona (Marcell. 7 *dig.* D. 24.1.49), ed è stato escluso che si potesse parlare di *fiducia* nell'ambito dei rapporti familiari (Paul. 11 *quaest.* D. 1.7.34; Plin. *ep.* 10.4), come pur da taluno sostenuto.

Quanto alla finalità di 'deposito', si è riscontrata la carenza di testimonianze nell'antologia di Giustiniano in grado di far luce circa il suo effettivo regime, pur conservandosi sempre ben saldo nel tempo il collegamento tra la *fiducia* e la necessità di assicurare a certi beni una maggiore tutela e protezione, o per rispondere con maggior efficacia a quelle difficoltà nella loro gestione che potevano colpire il proprietario (Gai 2.60; Boeth. *in Cic. top.* 4.10.41, nonché Plaut. *Trin.* 116-118; 140-144; *Aul.* 580-586; Liv. 32.38.1-5; Curt. 5.9).

Invero, soffermandosi su un testo di Ulpiano (Ulp. 13 *ad ed.* D. 4.7.4.3) si è avanzata l'ipotesi per cui la *fiducia* venisse utilizzata anche in modo da rendere più semplice la rappresentanza processuale. Si è d'altro canto notato come fosse questa una conseguenza 'naturale' di tale operazione negoziale, dipendente dall'effetto traslativo che ne connotava la struttura.

Anche sulla scorta di ciò si è potuto precisare come la funzione definita di 'deposito' non alluda ad una sicurezza del bene meramente di fatto, bensì ad una

tutela di ordine giuridico, ad una protezione che si manifestava soprattutto attraverso la proprietà e in maniera indipendente rispetto alla semplice detenzione.

Quanto ai rapporti con il prestito d'uso, si è criticata la tesi, pur autorevolmente sostenuta, secondo cui ci si serviva della *fiducia* per assolvere a tale funzione, in un momento in cui l'ordinamento romano non riconosceva il contratto di comodato. In verità, si è sottolineato come il problema fosse mal posto. È parso infatti assurdo immaginare che un proprietario arrivasse al punto di spogliarsi della titolarità di un cespite, quando gli sarebbe comunque bastato acconsentire che il beneficiario lo utilizzasse a suo piacimento.

Questo, tuttavia, non ha però portato ad escludere che il trasferimento di beni attraverso un'alienazione fiduciaria potesse accompagnarsi alla facoltà concessa al fiduciario di servirsene (come emerge, per esempio, in Pap. 7 *resp.* D. 33.10.9.2). Talvolta poteva essere preciso desiderio del fiduciante che l'accipiente sfruttasse economicamente i beni trasferiti: basti pensare al caso in cui taluno, dovendo partire per un lungo viaggio, alienava i propri fondi ad un *amicus* in modo che questi li gestisse al meglio, anche coltivandoli, sino al suo ritorno.

Peraltro, in quest'uso del bene alienato è stato individuato uno dei possibili elementi in base ai quali veniva valorizzato l'interesse del fiduciario rispetto alla dinamica negoziale (v. Afr. 8 *quaest.* D. 13.7.31), con possibile mutamento della disciplina concretamente applicabile al caso di specie.

Analizzando alcuni testi in materia di *fiducia manumissionis causa* – e in specie un noto brano di Ulpiano collocato in D. 39.5.18 pr.-1 – si è visto infatti che se il fiduciario avesse tratto un qualche vantaggio dalla dinamica negoziale in parola (ad esempio lo sfruttamento delle *operae* dello schiavo prima della sua liberazione, prevista dopo un certo intervallo di tempo), il fiduciante non avrebbe potuto mutare volontà e pretendere il ritrasferimento del *servus* o la sua liberazione immediata. Inoltre, sempre in ragione di tale assetto di interessi, il regime dell'*usucapio* del bene trasferito poteva variare in maniera sensibile rispetto alla regola generalmente applicabile.

Per certi versi analoghi sono gli approdi cui si è giunti riflettendo su alcuni testi in tema donazioni *mortis causa* o per interposta persona, realizzate facendo ricorso alla *fiducia*. Dall'analisi di Marcell. 7 *dig.* D. 24.1.49 e di Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.11.8 si è infatti notato come in taluni casi fosse precluso al fiduciante riottenere il bene trasferito, una volta mutata la volontà a riguardo, per la sussistenza di un interesse dell'accipiente circa la conservazione del negozio (cosa invece sempre possibile nella *fiducia* a scopo di 'deposito', o con interesse tutto in capo all'alienante).

Riflettendo invece sul tormentatissimo Pap. 13 *resp.* D. 39.6.42 pr. si è inoltre giunti alla conclusione per cui persino il regime dell'*usureceptio* risentisse degli

scopi pratici concretamente perseguiti dalle parti, operando soltanto nel caso in cui il fiduciante, che pur manteneva la disponibilità del bene, aspirasse al ritorno della proprietà del medesimo presso il suo patrimonio. Una prospettiva che si è scorta anche in Iul. 13 *dig.* D. 16.3.15, ove trova posto un'ipotesi di *mancipio dans* che si fa restituire dal fiduciario la cosa trasferita a titolo di deposito o di comodato.

In quest'ottica è stata inoltre spiegata la disarmonia, segnalata da alcuni autori sulla base di fonti molto discusse (Coll. 10.2.2), circa il criterio di imputazione della responsabilità in capo al fiduciario, che evidentemente risentiva di una valutazione in ordine all'*utilitas* derivante alle parti dall'affare complessivamente considerato.

Tutto ciò ha indotto a rileggere quel fondamentale testo di Gaio in cui il giurista antoniniano contrappone, in ordine all'operatività proprio dell'*usureceptio* in materia fiduciaria, la *fiducia* contratta '*cum creditore pignoris iure*' a quella perfezionata '*cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent*' (Gai 2.60).

Condividendo sul punto un'opinione già di Contardo Ferrini, si è giunti alla conclusione per cui il riferimento all'*amicitia* in Gai 2.60 esprima puramente la nota dominante della categoria, cioè il rapporto di benevolenza su cui poggiava tale istituto, che si concretizzava nella predominanza dell'interesse del fiduciante rispetto a quello del fiduciario.

Sicché, in quest'ottica, la dicotomia tra *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore* non aveva affatto una portata esaustiva, segnando invece gli estremi di una contrapposizione tra operazioni in cui l'interesse era tutto in capo all'una o all'altra delle parti coinvolte.

Ma nel mezzo, come si è visto, vi erano molte altre possibili varianti, ciascuna di esse sottoposta ad una disciplina giuridica peculiare, che la giurisprudenza romana, specialmente quella di epoca severiana, nel suo incedere casistico si è notevolmente impegnata a individuare, come questa ricerca ha cercato di porre in risalto.

BIBLIOGRAFIA

A

- ALBANESE B., 'Conductio suae rei', in *BIDR*, LXII, 1959, 121 ss. (ora anche in *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, 125 ss.)
- ALBANESE B., 'Cum nexum faciet mancipiumque', in *AUPA*, XLII, 1992, 50 ss. (ora anche in *Scritti giuridici*, III, Torino, 2006, 86 ss.)
- ALBANESE B., 'Foedus' e 'ius iurandum': 'pax per sponsionem', in *AUPA*, XLVI, 2000, 49 ss.
- ALBANESE B., *Ancora su D. 12.1.1.1: Celso e il 'credere'*, in *AUPA*, XXXIV, 1973, 148 ss. (ora anche in *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, 1217 ss.)
- ALBANESE B., *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982
- ALBANESE B., *Il processo privato romano delle 'legis actiones'*, Palermo, 1987
- ALBANESE B., *L'amicitia' nel diritto privato romano*, in *Jus*, XIV, 1963, 130 ss. (ora anche in *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, 313 ss.)
- ALBANESE B., *La struttura della 'manumissio inter amicos'. Contributo alla storia dell'amicitia' romana*, in *AUPA*, XXIX, 1962, 51 ss. (ora anche in *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, 217 ss.)
- ALBANESE B., *La successione ereditaria in diritto romano antico*, in *AUPA*, XX, 1949, 127 ss.
- ALBANESE B., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979
- ALBANESE B., *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985
- ALBANESE B., *Per la storia del 'creditum'*, in *AUPA*, XXXII, 1971, 5 ss.
- ALBANESE B., *Premesse allo studio del diritto romano*, Palermo, 1978
- ALBANESE B., *Prospettive negoziali romane arcaiche*, in *Poteri 'negotia' 'actiones' nella esperienza romana arcaica. Atti del convegno di diritto romano di Copanello (12-15 maggio 1982)*, Napoli, 1984, 109 ss. (ora anche in *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, 1619 ss.)
- ALBANESE B., *Sulle formule che 'ad legis actiones exprimuntur' (Gai 4.10 e 32-33)*, in *A l'Europe du troisième millénaire. Mélanges offerts à G. Gandolfi*, II, Milano, 2004, 1021 ss.
- ALBANESE B., voce *Furto (introduzione storica)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 313 ss. (ora anche in *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, 573 ss.)
- ALBERTARIO E., *Corso di diritto romano. Possesso e quasi possesso*, Milano, 1946
- ALBERTARIO E., *Distinzioni e qualificazioni in materia di possesso*, in *Studi di diritto romano*, II, Milano, 1941, 183 ss.
- ALBERTARIO E., *Il possesso romano*, in *BIDR*, XL, 1932, 5 ss.
- ALBERTARIO E., *L'uso classico e l'uso giustiniano di 'extorquere'*, in *ZSS*, XXXII, 1911, 307 ss.
- ALBERTARIO E., *La qualità della specie nelle obbligazioni generiche*, in *Riv. dir. comm.*, XXIII, 1923, 177 ss. (ora anche in *Studi di diritto romano. III. Obbligazioni*, Milano, 1936, 373 ss.)
- AMBROSINO R., *La 'legis actio sacramento in personam' e la protezione giuridica dei rapporti fiduciari*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1953, 251 ss.
- AMELOTTI M., *La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, Milano, 1953
- AMELOTTI M., *Le forme classiche di testamento*, I, Torino, 1966

- AMELOTTI M., *Recensione a C. TORT-MARTEORELL LLABRÉS, La revocación de la 'donatio mortis causa' en el Derecho Romano clásico*, Madrid, 2003, in *Iura*, LIV, 2003, 309 ss.
- AMELOTTI M., *Recensione a S. DI PAOLA, 'Donatio mortis causa'. Corso di diritto romano*, Napoli, 1969, in *Labeo*, XVII, 1971, 339 ss.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ C.F., *Problems concerning 'mancipatio'*, in *TJ*, LXXX, 2012, 329 ss.
- ANDÉS SANTOS F.J., *Recensione a O. BIANCO - S. TAFARO (CURR.), Il linguaggio dei giuristi romani. Atti del Convegno internazionale (Lecce, 5-6 dicembre 1994)*, Lecce, 2000, in *REHJ*, XXIII, 2001, 658 ss.
- ANGELINI P., *Il 'procurator'*, Milano, 1971
- ANKUM H., *'Furtum pignoris' dans le texte d'Ulpien D. 47.2.12.2*, in *BIDR*, XC, 1987, 169 ss.
- ANKUM H., *'Furtum pignoris' und 'furtum fiduciae' (I)*, in *RIDA*, XXVI, 1979, 127 ss.
- ANKUM H., *'Furtum pignoris' und 'furtum fiduciae' (II)*, in *RIDA*, XXVII, 1980, 95 ss.
- ANKUM H., *Donations in Contemplation of Death between Husband and Wife in Classical Roman Law*, in *Index*, XXII, 1994, 635 ss.
- ANKUM H., *L'application de la loi Atinia aux cas de 'furtum pignoris' et de 'furtum fiduciae'*, in *Mélanges offerts à O. Guillot*, Paris, 2006, 17 ss.
- ANKUM H., *La responsabilità del creditore pignoratorio nel diritto romano classico*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, IV, Milano, 1983, 587 ss.
- ANKUM H., *Papiniano, un jurista oscuro*, in *Sem. Compl.*, I, 1990, 33 ss.
- APATHY P., *Die Entwicklung und Gestaltung von Rechtsinstituten durch die Kautelarjurisprudenz am Beispiel der Treuband im römischen und im österreichischen Recht*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, III, Napoli, 1997, 369 ss.
- APPLETON C., *Histoire de la Propriété Prétorienne et de l'Action Publicienne*, I, Paris, 1889
- ARANGIO-RUIZ V., *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949
- ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1994
- ARANGIO-RUIZ V., *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli, 1961 (rist. 1954)
- ARANGIO-RUIZ V., *Le formule con 'demonstratio' e la loro origine*, in *Ann. Camerino*, IV, 1912, 1 ss. (ma anche in *Raviana*, Roma 1946, 23 ss., e ora in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, 75 ss.)
- ARANGIO-RUIZ V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1958
- ARANGIO-RUIZ V., *Storia del diritto romano*⁷, Napoli, 1957
- ARCES P., *Appunti per una storia dei tentativi di palingenesi della legge delle XII Tavole*, in *RDR*, VIII, 2008, 1 ss.
- ARCES P., *La matrice genetica comune nell'introduzione del testamento librato e del fedecommesso*, in *RDR*, XII, 2012, 1 ss.
- ARCES P., *La rilevanza della componente fiduciaria nelle disposizioni 'mortis causa' nel diritto romano arcaico e classico*, in *'Fiducia', 'trusts', affidamenti. Un percorso storico-comparatistico*, a cura di M.L. Biccari, Urbino, 2015, 133 ss.
- ARCES P., *Sulla 'natura fedecommissaria' del 'gestum per aes et libram' utilizzato per disporre 'mortis causa'*, in *RDR*, XI, 2011, 1 ss.

- ARCHI G.G., 'Animus donandi', in *Atti di Congresso Internazionale di Diritto romano e di Storia del diritto* (Verona, 27-29 settembre 1948), III, Milano, 111 ss.
- ARCHI G.G., 'Donare' e 'negotium gerere', in *Studi in onore di E. Volterra*, I, Milano, 1971, 669 ss.
- ARCHI G.G., *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960
- ARCHI G.G., *Oralità e scrittura nel 'testamentum per aes et libram'*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, IV, Milano, 1956, 287 ss.
- ARICÒ ANSELMO G., *Sequestro 'omittendae possessionis causa'*, in *AUPA*, XL, 1988, 217 ss.
- ARNÒ C., *Corso di diritto romano. Il possesso. Lezioni raccolte dagli studenti E. Bauchiero e F. Palieri. Anno accademico 1935-1936*, Torino, 1936
- ARU L., *Le donazioni fra coniugi in diritto romano*, Padova, 1938
- ASTOLFI R., *La 'lex Iulia et Papia'*², Padova, 1986
- ASTOLFI R., *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, Padova, 1969
- B
- BABUSIAUX, *Papinians 'quaestiones'. Zur rhetorische Methode eines spätklassischen Juristen*, München, 2011
- BADIAN E., *The Treaty between Rome and the Achaean League*, in *JRS*, XLII, 1952, 76 ss.
- BALDUS CH., *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft. Zur Rezeptionsfähigkeit römischen Rechtsdenkens*, I, Frankfurt a.M., 1998
- BALDUS CH., 'Vestigia pacis'. *The Roman Peace Treaty: Structure or Event?*, in *Peace Treaties and International Law in European History. From the Late Middle Ages to World War One*, a cura di R. Lesaffer, Cambridge, 2004, 103 ss.
- BARRIÈRE F., *La réception du trust au travers de la fiducia*, Cahors, 2004
- BECHMANN A., *Der Kauf nach gemeinem Recht. I. Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Leipzig, 1876 (rist. Aalen 1965)
- BEGGIO T., *Epigraphy*, in *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, a cura di P.J. du Plessis, C. Ando e K. Tuori, Oxford, 2016, 43 ss.
- BEHRENDTS O., 'Iusta causa traditionis'. *La trasmissione della proprietà secondo il 'ius gentium' del diritto classico*, in *Sem. Compl.*, IX-X, 1998-1999, 133 ss.
- BEHRENDTS O., *Frode alla legge, lotta politica e scienza giuridica*, in *Labeo*, XXXI, 1985, 62 ss.
- BEHRENDTS O., *La 'mancipatio' nelle XII Tavole*, in *Iura*, XXXIII, 1982, 46 ss.
- BELDA MERCADO J., *Perspectiva histórica de la 'fiducia' romana*, Granada, 2002 (*non vidi*)
- BELLOCCI N., *La struttura del negozio della 'fiducia' nell'epoca repubblicana. I. Le 'nuncupationes'*, Napoli, 1979
- BELLOCCI N., *La struttura della 'fiducia'. II. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli, 1983
- BELLOCCI N., *La tutela della 'fiducia' nell'epoca repubblicana*, Milano, 1974
- BENVENISTE É., *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee. I. Economia, parentela, società*, trad. it., Torino, 1976

- BERTOLDI F., *Alcune osservazioni sulla 'fiducia' nella letteratura romanistica*, in *Le situazioni affidanti*, a cura di M. Lupoi, Torino, 2006, 101 ss.
- BERTOLDI F., *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, 2012
- BERTOLDI F., *L'heres fiduciarius' in una prospettiva storico-comparatistica*, in *'Fiducia', 'trusts', affidamenti. Un percorso storico-comparatistico*, a cura di M.L. Biccari, Urbino, 2015, 157 ss.
- BERTOLDI F., *La 'fiducia cum amico'*, in *'Fides, fiducia, fidelitas'. Studi di storia del diritto e semantica giuridica*, a cura di L. Peppe, Padova, 2008, 47 ss.
- BETANCOURT F., *Sobra una pretendida 'actio' arbitraria contra el usufructuario*, in *AHDE*, XLIII, 1973, 23 ss.
- BETTI E., *Diritto romano. I. Parte generale*, Padova, 1935
- BETTI E., *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958
- BETTI E., *L'antitesi storica tra 'iudicare' ('pronuntiatio') e 'damnare' ('condemnatio') nello svolgimento del processo romano (con un tentativo di ricostruzione delle 'formulae' delle 'actiones ex delicto')*, in *RISG*, LVI, 3 ss.
- BETTI E., *La retroattività della 'condictio' ('facti' o 'iuris') in diritto giustiniano*, in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini*, Milano, 1946, 479 ss.
- BIANCHI E., *Le 'actiones, quae ad legis actionem exprimuntur' in Gaio. Una nuova ipotesi sulla 'catégorie d'actions négligée par les romanistes'*, in *Atti del Convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico' (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001). In memoria di A. Biscardi*, Milano, 2011, 9 ss.
- BIAVASCHI P., *Ricerche sul 'precarium'*, Milano, 2006
- BICCARI M.L. (CUR.), *'Fiducia', 'trusts', affidamenti. Un percorso storico-comparatistico (Atti del Convegno)*, Urbino, 2015
- BIGNARDI A., *'De suo iure agere oportet'. Contributo allo studio di una 'regula iuris'*, Milano, 1992
- BIONDI B., *'Iudicia bonae fidei'*, in *AUPA*, VII, 1918, 3 ss.
- BIONDI B., *Appunti intorno alla 'donatio mortis causa'*, in *Scritti giuridici. III. Diritto romano, diritto privato*, Milano, 1965, 735 ss.
- BIONDI B., *La compensazione nel diritto romano*, in *AUPA*, XXII, 1929, 173 ss.
- BIONDI B., *Successione testamentaria e donazioni²*, Milano, 1955
- BISCARDI A., *Appunti sulle garanzie reali in diritto romano*, Milano, 1976
- BLUHME F., *Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln*, in *ZGR*, IV, 1820, 257 ss. (ora anche in *Labeo*, VI, 1960, 50 ss.)
- BONA F., *Contributo allo studio della composizione del 'de verborum significatu' di Verrio Flacco*, Milano, 1964
- BONFANTE P., *Corso di diritto romano. II. La proprietà*, Roma, 1928 (rist. Milano 1968)
- BONFANTE P., *Corso di diritto romano. IV. Le successioni. Parte generale*, Roma, 1930 (rist. Milano 1974)
- BONFANTE P., *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana ('Res Mancipi' e 'res nec Mancipi')*, in *Scritti giuridici varii*, II, Torino, 1926, 1 ss.
- BONFANTE P., *L'Editto Publiciano*, in *Scritti giuridici varii. II. Proprietà e servitù*, Torino, 1926, 389 ss.

- BONFANTE P., *La 'iusta causa' dell'usucapione e il suo rapporto colla 'bona fides'*, in *RISG*, XV, 1893, 161 ss. (ora anche in *Scritti giuridici varii. II. Proprietà e servitù*, Torino, 1926, 469 ss.)
- BONFANTE P., *Storia del diritto romano*⁴, I, Milano, 1958
- BONIFACIO F., *Richerche sulla 'lex Falcidia de legatis'*, Napoli, 1948
- BORGOGNONI R., *L'amicitia in Plinio il Giovane. Rapporti sociali nella prima età del principato attraverso l'Epistolario e il Panegirico*, in *Epigrafia e territorio. Politica e società. Temi di antichità romane*, a cura di M. Pani, VI, 2001, 159 ss.
- BORTOLUCCI G., *Studi critici e giuridici sul digesto. II. Sulla 'cautio fructuaria'*, in *BIDR*, XXI, 1909, 110 ss.
- BOYANCÉ P., *'Fides Romana' et la vie internationale*, in *Institut de France. Séance publique des cinq Académies. Extrait avec notes*, Paris, 1962 (ora in *Études sur la religion romaine*, Roma, 1972, 105 ss.)
- BOYANCÉ P., *'Fides' et le serment*, in *Hommages à A. Grenier*, I, Bruxelles, 1962, 329 ss. (ora in *Études sur la religion romaine*, Roma, 1972, 91 ss.)
- BOYANCÉ P., *La main de 'Fides'*, in *Hommages à J. Bayet*, Bruxelles, 1964, 101 ss. (ora in *Études sur la religion romaine*, Roma, 1972, 121 ss.)
- BOYANCÉ P., *Les Romains, peuple de la 'fides'*, in *Bulletin de l'Association G. Budé*, XXIII, 1964, 419 ss. (ora in *Études sur la religion romaine*, Roma, 1972, 135 ss.)
- BOZZA F., *Sull'origine del possesso*, in *Annali Macerata*, VI, 1931, 189 ss.
- BRANDSMA F., *Dorotheus and His Digest Translation*, Groningen, 1996
- BREMER F., *Iurisprudentiae antebadrianae quae supersunt*, I, Lipsiae, 1896 (rist. Roma 1964)
- BREMER F., *Zur Lehre von der Insinuation der Schenkungen*, in *Jherings Jahrbücher*, XIII, 1874, 89 ss.
- BRETONE M., *'Consortium' e 'communio'*, in *Labeo*, VI, 1960, 163 ss.
- BRETONE M., *'Servus communis'. Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica*, Napoli, 1958
- BRETONE M., *La nozione romana di usufrutto. II. Da Diocleziano a Giustiniano*, Napoli, 1967
- BRETONE M., *Storia del diritto romano*, Bari, 1992
- BRIGUGLIO F., *Studi sul 'procurator'*, Milano, 2007
- BROISE S., *'Animus donandi'. Concetto romano e i suoi riflessi sulla dogmatica odierna*, Pisa, 1975
- BRUTTI M., *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano, 1973
- BRUTTI M., *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano, 1973
- BUCKLAND W.W., *L'intérêt dans l'actio furti en droit classique*, in *RHDFE*, XLI, 1917, 5 ss.
- BUCKLAND W.W., *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1908 (rist. 2010)
- BUENO DELGADO J.A., *El Bronce de Bonanza*, in *AFDUA*, 2004, 154 ss.
- BURDESE A., *'Lex commissoria' e 'ius vendendi' nella 'fiducia' e nel 'pignus'*, Torino, 1949
- BURDESE A., *Editto Publiciano e funzioni della compravendita romana*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Convegno (Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990)*, a cura di L. Vacca, Milano, 1991, 119 ss.

- BURDESE A., *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, 91 ss.
- BURDESE A., *La menzione degli eredi nella 'fiducia cum creditore'*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1949, 324 ss.
- BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 2000
- BURDESE A., *Manuale di diritto pubblico romano*³, Torino, 1987
- BURDESE A., *Recensione a N. BELLOCCI, La struttura della 'fiducia'. II. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano*, Napoli, 1983, in *Iura*, XXXIV, 1983, 178 ss. (ora anche in *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, I, Padova, 2009, 432 ss.)
- BURDESE A., *Recensione a P. ANGELINI, Il 'procurator'*, Milano, 1971, in *SDHI*, XXXVII, 1971, 307 ss. (ora anche in *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, I, Padova, 2009, 262 ss.)
- BURDESE A., *Recensione a R. SCEVOLA, 'Negotium mixtum cum donatione'*, Padova, 2008, in *SDHI*, LXXVI, 2010, 739 ss.
- BURDESE A., voce *'Fiducia' (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, 294 ss.
- BURDESE A., voce *Possesso (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 452 ss.
- BURILLO J., *Character arbitrario de la accion 'exhibitoria'*, in *AHDE*, XXXI, 1961, 419 ss.
- BURILLO J., *Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum' en derecho clasico*, in *SDHI*, XXVI, 1960, 233 ss.
- BURILLO J., *Las formulas de la 'actio depositi'*, in *SDHI*, XXVIII, 1962, 233 ss.

C

- CALORE A., *'Per Iovem lapidem'. Alle origini del giuramento. Sulla presenza del 'sacro' nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2000
- CAMODECA G., *'Tabulae Pompeianae Sulpiciorum' (TPSulp.). Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, I e II, Roma, 1999
- CANNATA C.A., *'Exceptio doli generalis' e diritti reali*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, 233 ss. (ora anche in *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino, 2012, 571 ss.)
- CANNATA C.A., *'Qui prior vindicaverat': la posizione delle parti nella 'legis actio sacramento in rem'*, in *Mélanges F. Wubbe*, Fribourg, 1993, 83 ss. (ora anche in *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino, 2012, 79 ss.)
- CANNATA C.A., *'Traditio' causale e 'traditio' astratta. Una precisazione storico-comparatistica*, in *Scritti in onore di R. Sacco*, I, Milano, 1994, 153 ss. (ora anche in *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino, 2012, 141 ss.)
- CANNATA C.A., *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca (17-21 aprile 1990)*, a cura di L. Vacca, II, 413 ss.
- CANNATA C.A., *Le disavventure del capitano J.P. Vos*, in *Labeo*, XLI, 1995, 387 ss. (ora anche in *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino, 2012, 183 ss.)
- CANNATA C.A., *Profilo istituzionale del processo privato romano. I. Le 'legis actiones'*, Torino, 1980

- CANNATA C.A., *Profilo istituzionale del processo privato romano. II. Il processo formulare*, Torino, 1982
- CANNATA C.A., *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, I, Milano, 1966
- CANNATA C.A., *Saturninus*, in *'Iuris vincula'. Scritti in onore di M. Talamanca*, Napoli, 2011, 357 ss. (ora anche in *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino, 2012, 373 ss.)
- CANNATA C.A., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996
- CANNATA C.A., *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano e classico*, in *Iura*, XXI, 1971, 52 ss.
- CAPOGROSSI COLOGNESI L., *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969
- CAPONE P., *Recensione a M. GENOVESE, 'Mortis causa capitur'. Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali*, Torino, 2012, in *TSDP*, VII, 2014, 1 ss.
- CARANDINI A., *La nascita di Roma. Dèi, Lari, eroi e uomini all'alba di una civiltà*, I, Torino, 2003
- CARCATERRA A., *Dea 'Fides' e 'fides': storia di una laicizzazione*, in *SDHI*, L, 1984, 199 ss.
- CARCATERRA A., *Il 'coefficiente'*, in *SDHI*, LVI, 1990, 144 ss.
- CARCATERRA A., *Intorno ai 'bonae fidei iudicia'*, Napoli, 1964
- CARDILLI R., *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995
- CARENA C. (CUR.), *Plauto. Le commedie*, Torino, 1975
- CARRO V., *'Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione'. Una riflessione sul fenomeno fiduciario nel mondo romano e moderno*, in *Riflessioni sulla negozialità. Profili storico-comparativi*, a cura di A. Palma, Napoli, 2013, 27 ss.
- CASAVOLA F., *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C.: il senso del passato*, in *ANRW*, II.15, Berlin-New York, 1976, 135 ss. (ora anche in *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, 1 ss.)
- CATALANO P., *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino, 1965
- CECCARELLI L., *La 'devotio' a Roma e un verso di Accio ('Praet.' 15 R²)*, in *Studi e materiali di storia delle religioni*, LXI, 1995, 219 ss.
- CENDERELLI A., *In tema di origini e sviluppo delle 'actiones negotiorum gestorum'*, in *Scritti romanistici*, Milano, 2011, 463 ss. (già in *Studi in memoria di G. Impallomeni*, Milano, 1999, 85 ss.)
- CERAMI P., *Considerazioni sulla cultura e sulla logica di Cecilio Africano*, in *Iura*, XXII, 1971, 127 ss.
- CERVENCA G., *Contributo allo studio delle 'usurae' cd. legali nel diritto romano*, Milano, 1969
- CERVENCA G., voce *Usura (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLV, 1992, 1125 ss.
- CESANO L., voce *'Devotio'*, in *DE*, II.2, 1910, 1712 ss.
- CHEVREAU E., *L'etonnant destin du 'credere' edictal. Quelques remarques sur Ulpianus (26 'ad edictum') D. 12.1.1.1*, in *BIDR*, CVII, 2013, 115 ss.
- CHIAZZESE L., *'Jusiurandum in litem'*, Milano, 1958
- CHIUSI T.J., *'Grave est fidem fallere': Vertrauensschutz im römischen Recht*, in *Fundamina*, XX.1, 2014, 150 ss.

- CIMMA M.R., *'Reges socii et amici populi Romani'*, Milano, 1976
- COLI U., *Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma*, in *SDHI*, IV, 1938, 68 ss.
- COPPOLA BISAZZA G., *Dallo 'iussum domini' alla 'contemplatio domini'. Contributo allo studio della storia della rappresentanza. Corso di diritto romano*, Milano, 2008
- COPPOLA BISAZZA G., *In tema di sostituzione volontaria e 'procurator'*, in *Studi per G. Nicosia*, II, Milano, 2007, 491 ss.
- CORBINO A., *'Fides bona contraria est fraudi et dolo'*, in *RIDA*, LX, 2013, 114 ss.
- CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana²*, Torino, 2006
- CORBINO A., *Il rituale della 'mancipatio' nella descrizione di Gaio ('Rem tenens' in Inst. 1.119 e 2.24)*, in *SDHI*, XLII, 1976, 149 ss.
- CORBINO A., *La struttura della dichiarazione di acquisto nella 'mancipatio' e nella 'in iure cessio'*, in *'Collatio Iuris Romani'. Études dédiées à H. Ankum à l'occasion de son 65^e anniversaire*, I, Amsterdam, 1995, 81 ss.
- CORBINO A., *Osservazioni in tema di 'res mancipi' e di stabilizzazione del regime della 'mancipatio'*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988, 529 ss.
- COSTA E., *Il diritto privato nelle commedie di Plauto*, Torino, 1890 (rist. Roma 1968)
- COSTA E., *L'exceptio doli'*, Bologna, 1897 (rist. Roma 1970)
- COSTA E., *Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano. I. La vita e le opere di Papiniano*, Bologna, 1894 (rist. Roma 1964)
- COSTABILE F., *L'auctio' della 'fiducia' e del 'pignus' nelle tabelle dell'agro Murecine*, Messina, 1992
- CRIFÒ G., *Il suicidio di Cocceio Nerva 'pater' e i suoi riflessi sul problema del quasi usufrutto*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, I, Milano, 1972, 427 ss.
- CRIFÒ G., *Studi sul quasi-usufrutto romano. I. Problemi di datazione*, Padova, 1997
- CRISTALDI S., *Diritto e pratica della compravendita nel tempo di Plauto*, in *Index*, XXXIX, 2011, 491 ss.
- CUGIA S., *L'espressione 'mortis causa'. Diritto romano classico e giustiniano*, Napoli, 1910
- CURSI M.F., *'Amicitia' e 'societas' nei rapporti tra Roma e gli altri popoli del Mediterraneo*, in *Index*, XLI, 2013, 195 ss.
- CURSI M.F., *La formazione delle obbligazioni 'ex delicto'*, in *RIDA*, LVIII, 2011, 143 ss.

D

- D'ORS Á., *'Donatio mortis causa inter virum et uxorem persona sui iuris interposita'. Una exégesis de D. 24.1.11.7-8 (Ulp. 32 'ad Sab.')'*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, II, Milano, 471 ss.
- D'ORS Á., *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid, 1953
- DALLA MASSARA T., *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004
- DALLA MASSARA T., *Sul 'responsum' di Aristone in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 'ad ed.'): l'elaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006, 279 ss.
- DALLA MASSARA T., *Sulle origini del dolo incidente*, in *TSDP*, III, 2010, 1 ss.

- DAVID M. - NELSON L.W., *'In causa mancipii esse'*, in *TJ*, XIX, 1951, 439 ss.
- DE FRANCISCI P., *'Primordia civitatis'*, Roma, 1959
- DE FRANCISCI P., *Il trasferimento della proprietà. Storia e critica di una dottrina*, Padova, 1924
- DE FRANCISCI P., *Studii sopra le azioni penali e la loro intrasmissibilità passiva*, Milano, 1912
- DE FRANCISCI P., *Συνάλλαγμα. Storia e dottrina dei contratti innominati*, II, Pavia, 1916
- DE GIOVANNI L., *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli, 1989
- DE MARINI AVONZO F., *I limiti alla disponibilità della 'res litigiosa' nel diritto romano*, Milano, 1967
- DE MARTINO F., *Storia della costituzione romana*², II, Napoli, 1973
- DE MARTINO F., *Storia economica di Roma antica*, Firenze, 1979
- DE ROBERTIS F.M., *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, Bari, 1982
- DE RUGGIERO R., *'Depositum vel commodatum'*, in *BIDR*, XIX, 1907, 5 ss.
- DE RUGGIERO R., *Sulla 'cautio usufructuaria'*, in *Studi in onore di V. Scialoja*, I, Milano, 1905, 71 ss.
- DE SANCTIS G., *La religione a Roma. Luoghi, culti, sacerdoti, dèi*, Roma, 2012
- DE SIMONE M., *'Litis aestimatio' e 'actio pigneraticia in rem'. A proposito di D. 20.1.21.3*, Torino, 2007
- DE SIMONE M., *Una congettura sull'arcaico 'filiam abducere'*, in *AUPA*, LV, 2012, 321 ss.
- DE VISSCHER F., *'Mancipium et res mancipi'*, in *SDHI*, II, 1936, 263 ss. (ora in *Nouvelles études de droit romain public et privé*, Milano, 1949, 195 ss.)
- DE WILDE M., *'Fides publica' in Ancient Rome and Its Reception by Grotius and Locke*, in *TR*, LXXIX, 2011, 455 ss.
- DEGENKOLB H., *Ein 'pactum fiduciae'*, in *ZSS*, IX, 1870, 117 ss.
- DERNBURG H., *Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischen und neuerem Recht e mit besonderer Rücksicht auf die preussische und französische Gesetzgebung*, Aalen, 1965 (rist. Heidelberg 1868)
- DESANTI L., *Fedecommesso e protezione degli incapaci*, in *AUFE*, VII, 1993, 105 ss.
- DESANTI L., *Il fantasma del fedecommesso. Fedecommesso, fiducia testamentaria, sostituzione fedecommissaria*, in *AUFE*, XX, 2006, 97 ss.
- DI PAOLA S., *'Donatio mortis causa'*, Catania, 1950
- DI PAOLA S., *'Donatio mortis causa'. Corso di diritto romano*, Napoli, 1969
- DI PAOLA S., *Sulla struttura della 'donatio mortis causa'*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, IV, Milano, 1956, 161 ss.
- DI PIETRO A., *La 'fides' pubblica romana*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2003, 505 ss.
- DI PORTO A., *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica. II sec. a.C. - II sec. d.C.*, Milano, 1984
- DI SALVO S., *'Nuncupare'*, in *Index*, XII, 1983, 570 ss.

DI SALVO S., *Acquisto per altri e trasmissione della proprietà*, in *Agire per altri. La rappresentanza negoziale processuale amministrativa nella prospettiva storica. Convegno (Roma, 15-17 novembre 2007)*, a cura di A. Padova Schioppa, Napoli, 2010, 287 ss.

DIURNI G., 'Fiducia'. *Tecniche e principi negoziali nell'alto Medioevo*, I, Torino 1992

DIURNI G., voce 'Fiducia' e negozio fiduciario (storia), in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VIII, 288 ss.

DIXON S., *Cornelia, Mother of the Gracchi*, London-New York, 2007

DMITRIEV S., *The Greek Slogan of Freedom and Early Roman Politics in Greece*, Oxford, 2011

DOVERE E., *Recensione a M. GENOVESE, 'Mortis causa capitur'. Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali*, Torino, 2012, in *RDR*, XI, 2011, 1 ss.

DUBOURDIEU A., *Nommer les dieux. Pouvoir des noms, pouvoir des mots dans les rituels du 'uotum', de l'evocatio', et de la 'devotio' dans le Rome antique*, in *Archiv für Religionsgeschichte*, VII, Leipzig, 2005, 183 ss.

DUMONT F., *Les donations entre époux en droit romain*, Paris, 1928

DUNAND J.-PH., *Le transfert fiduciaire: 'doner pour reprendre'. 'Mancipio dare ut remancipetur'. Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Bâle-Genève-Munich, 2000

DUPLÁ MARÍN M.T., *El 'servus hereditarius' y la teoría de la herencia yacente*, Valencia, 2003

E

ECKSTEIN A.M., *Nabis and Flaminius on the Argive Revolutions of 198 and 197 B.C.*, in *GRBS*, XXVIII, 1988, 213 ss.

EISELE F., *Die materielle Grundlage der 'exceptio'. Eine römisch-rechtliche Untersuchung*, Berlin, 1871

ENGELS L.J., voce 'Fiducia', in *RAC*, VII, 1969, cc. 839 ss.

ERBE W., *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940

ERNOUT A. - MEILLET A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris, 1959

EUGENIO F., 'Corpus possessoris', 'corpus possessionis', 'possessio'. *A proposito de D. 41.2.6.1 (Ulp. 60 ad ed.)*, in *Estudios en homenaje al profesor F. Hernandez-Tejero*, II, Madrid, 1992, 135 ss.

EVANS-JONES R., *The Action of the XII Tables 'ex causa depositi'*, in *Labeo*, XXXIV, 1988, 188 ss.

F

FALCON M., 'Praetor impius': 'ius dicere' nei 'dies nefasti', in *Religione e diritto romano. La coerenza del rito*, a cura di S. Randazzo, Lecce, 2014, 187 ss.

FALCON M., *Il corpo del debitore*, in *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, a cura di L. Garofalo, I, Pisa, 2015, 81 ss.

FALCONE G., *La formula 'ut inter bonos bene agier et sine fraudatione' e la nozione di 'vir bonus'*, in *Fundamina*, XX, 2014, 258 ss.

FARGNOLI I., *Ricerche in tema di 'furtum'. 'Qui sciens indebitum accipit'*, Milano, 2006

FASCIONE L., *Cenni bibliografici sulla 'bona fides'*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 51 ss.

FAYER C., *La 'familia romana'. II. 'Sponsalia', matrimonio, dote*, Roma, 2005

- FEHR M., *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Uppsala, 1910
- FENOCCHIO M.A., *Sulle tracce del delitto di 'furtum'. Genesi, sviluppi, vicende*, Napoli, 2008
- FERCIA R., *Appunti in tema di obbligazioni generiche tra 'bona fides' ed 'aequitas'*, in *Diritto @ Storia - Tradizione Romana*, V, 2006
- FERCIA R., *'Fiduciam contrahere' e 'contractus fiduciae'. Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli, 2012
- FERCIA R., *'Quia vendidit, dare promisit'*, Cagliari, 2009
- FERRINI C., *I 'libri ad Plautium' di Paolo*, in *Opere di C. Ferrini. II. Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano, 1929, 205 ss.
- FERRINI C., *I commentarii di Terenzio Clemente e di Gaio 'ad legem Iuliam et Papiam'*, in *Opere di C. Ferrini. II. Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano, 1929, 251 ss.
- FERRINI C., *Le presunzioni in diritto romano*, in *Opere di C. Ferrini. III. Studi vari di diritto romano e moderno (sulle obbligazioni, sul negozio giuridico, sulle presunzioni)*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929
- FERRINI C., *Ottaviano e le sue dottrine*, in *Opere di C. Ferrini. II. Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano, 1929, 113 ss.
- FERRINI C., *Storia e teoria del contratto di comodato nel diritto romano*, in *Opere di C. Ferrini. III. Studi vari di diritto romano e moderno (sulle obbligazioni, sul negozio giuridico, sulle presunzioni)*, Milano, 1929, 81 ss.
- FINAZZI G., *'Amicitia' e doveri giuridici*, in *'Homo, caput, persona'. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, a cura di A. Corbino, M. Humbert e G. Negri, Pavia, 2010, 633 ss.
- FINAZZI G., *L' 'exceptio doli generalis' nel diritto ereditario romano*, Padova, 2006
- FINAZZI G., *Ricerche in tema di 'negotiorum gestio'. I. Azione pretoria ed azione civile*, Napoli, 1999
- FINKENAUER TH., *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Tübingen, 2010
- FIORI R., *'Fides' e 'bona fides'. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli, 2008, 237 ss.
- FIORI R., *'Homo sacer'. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996
- FIORI R., *L'eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, 49 ss.
- FLUME W., *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht*, in *Festschrift für H. Niedermeyer zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1953, 103 ss.
- FLUME W., *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1990
- FORZIERI VANNUCCHI O., *Studi sull'interpretazione giurisprudenziale romana*, Milano, 1973
- FRAENKEL E., voce *'Fides'*, in *TbLL*, IV.1, Leipzig, 1913, 661 ss.
- FRAENKEL E., *Zur Geschichte des Wortes 'fides'*, in *RbM*, LXXI, 1916, 187 ss.

- FRANCESCON E., *Il corpo nella responsabilità nossale*, in *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, a cura di L. Garofalo, I, Pisa, 2015, 169 ss.
- FRANCHINI L., *Alle origini di negozio e processo: l'autotutela rituale*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2012, 163 ss.
- FRANCHINI L., *Il giudicato in rapporto alle formalità di rito (a proposito della struttura dell' 'obligatio iudicati')*, in *'Res iudicata'*, a cura di L. Garofalo, I, Napoli, 2015, 135 ss.
- FRANCIOSI G., *Recensione a F. GALLO, Studi sulla distinzione fra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, Torino, 1958, in *Labeo*, V, 1959, 370 ss.
- FRANCIOSI G., voce *'Usureceptio'*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, 388 ss.
- FREYBURGER G., *'Fides'. Étude sémantique et religieuse depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, 1986
- FREZZA P., *'Responsa' e 'quaestiones'. Studio e politica del diritto dagli Antonini ai Severi*, in *SDHI*, XLIII, 1977, 203 ss.
- FREZZA P., *Giurisprudenza e prassi notarile nelle carte italiane dell'Alto Medioevo e negli scritti dei giuristi romani*, in *BIDR*, XLII, 1976, 197 ss.
- FREZZA P., *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. II. Garanzie reali*, Milano, 1963
- FUENTESCA M., *El negocio fiduciario en Roma*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2016 (*non vidi*)
- FUENTESCA P., *Líneas generales de la 'fiducia cum creditore'*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje I. L. Murga Gener*, Madrid, 1994, 387 ss.

G

- GALLO F., *Recensione a G. CRIFÒ, Studi sul quasi-usufrutto romano. I. Problemi di datazione*, Padova, 1997, in *Iura*, XXVIII, 1977, 236 ss.
- GALLO F., *Studi sulla distinzione fra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, Torino, 1958, 150 ss. (ora anche in *RDR*, IV, 2004, con *Nota di lettura* di F. ZUCCOTTI)
- GANDOLFI G., *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976
- GARCIA VAZQUEZ M., *'Precarium suae rei'*, in *BIDR*, XCIV-XCV, 1991-1992, 181 ss.
- GAROFALO L., *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, 339 ss. (ora anche in *Studi per G. Nicosia*, IV, Milano, 2007, 15 ss.)
- GAROFALO L., *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 1 ss.
- GAROFALO L., *In tema di 'iustitium'*, in *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Padova, 2008, 61 ss.
- GAROFALO L., *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*², Padova, 1998
- GAROFALO L., *Rubens e la 'devotio' di Decio Mure*, Napoli, 2011
- GEIB O., *'Actio fiduciae' und Realvertrag*, in *ZSS*, XXI, 1887, 112 ss.
- GELZER M., *Die Nobilität der römischen Republik*, Leipzig-Berlin, 1912

- GENOVESE M., *'Mortis causa capitur'. Di una speciale categoria di acquisti patrimoniali*, Torino, 2012
- GENY F., *Étude sur la fiducie*, Nancy, 1885
- GEORGESCO V.A., *Essai d'une théorie générale des 'leges privatae'*, Paris, 1932
- GIOFFREDI C., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955
- GIOFFREDI C., *Religione e diritto nella più antica esperienza romana (per la definizione del concetto di 'ius')*, in *SDHI*, XX, 1954, 259 ss.
- GIOMARO A.M., *'Cautiones iudiciales' e 'officium iudicis'*, Milano, 1982
- GIOMARO A.M., *Minime su D. 36.1.80 di Scevola in tema di fedecommesso e di 'fiducia': ipotesi di un 'trust'?*, in *'Fiducia', 'trusts', affidamenti. Un percorso storico-comparatistico*, a cura di M.L. Biccari, Urbino, 2015, 7 ss.
- GIRARD P.F., *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris, 1929
- GIUFFRÉ V., *Papiniano: fra tradizione e innovazione*, in *ANRW*, II.15, Berlin-New York, 1976, 632 ss.
- GIUFFRÉ V., *Recensione a R. SCEVOLA, 'Negotium mixtum cum donatione'*, Padova, 2008, in *Iura*, LVII, 2008-2009, 461 ss.
- GÖPPER H., *Zur 'fiducia cum amico contracta'*, in *ZSS*, XIII, 1892, 317 ss.
- GRADENWITZ O., *Interpolationen in den Pandekten*, in *ZSS*, VII, 1886, 45 ss.
- GRADENWITZ O., *Textritisches*, in *ZSS*, XIV, 1893, 115 ss.
- GRELLE F., *L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano*, Napoli, 1972
- GRÖSCHLER P., *Die tabellae-Urkunden aus den pompejanischen und herkulanensischen Urkundenfunden*, Berlin, 1997
- GROSSO G., *Appunti sulla formula dell' 'actio fiduciae'*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino*, III, 1929, 81 ss. (ora anche in *Scritti storico giuridici. III. Diritto privato, persone, obbligazioni, successioni*, Torino, 2001, 275 ss.)
- GROSSO G., *Corso di diritto romano. Le cose (con una 'nota di lettura' di F. Gallo)*, in *RDR*, I, 2001, 1 ss.
- GROSSO G., *Il sistema romano dei contratti*³, Torino, 1963
- GROSSO G., *In tema di 'cautio fructuaria'*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, LXXII, 1936-1937, 58 ss. (in *Scritti storico giuridici. II. Diritto privato, cose e diritti reali*, Torino, 2001, 171 ss.)
- GROSSO G., *Recensione a W. ERBE, Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar, 1940, in *SDHI*, VII, 1941, 425 ss.
- GROSSO G., *Sul quasi usufrutto*, in *BIDR*, XLII, 1934, 237 ss. (in *Scritti storico giuridici. II. Diritto privato, cose e diritti reali*, Torino, 2001, 87 ss)
- GROSSO G., *Sulla 'fiducia' a scopo di 'manumissio'*, in *RISG*, IV, 1929, 251 ss. (ora anche in *Scritti storico giuridici. III. Diritto privato, persone, obbligazioni, successioni*, Torino, 2001, 189 ss.)
- GROSSO G., *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino, 1958
- GROSSO G., voce *'Fiducia' (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 384 ss.
- GROSSO G., voce *Buona fede (premesse romanistiche)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 661 s.
- GUARINO A., *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001

- GUARINO A., *Elefanti che imbarazzano*, in *Pagine di diritto romano*, II, Napoli, 1993, 313 ss.
- GUARINO A., *La compilazione dei 'Digesta Iustiniani'*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, II, Milano, 1972, 717 ss.
- GUITTARD C., *Aspects épiques de la première décade de Tite-Live: le rituel de la 'devotio'*, in *L'épopée gréco-latine et ses prolongements européens. Colloque*, Paris, 1981, 41 ss.
- H
- HACKL K., *Der Sakramentsprozeß über Herrschaftsrechte und die 'in iure cessio'*, in *ZSS*, CVI, 1989, 152 ss.
- HÄGERSTRÖM A., *Der römische Obligationsbegriff im im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, II. *Über die Verbalobligation*, Uppsala, 1941
- HAMEAUX W., *Die 'usucapio' und 'longi temporis praescriptio'. Eine historisch-dogmatisch Erläuterung der const. un. Cod. de usuc. transf. etc. (7.31)*, Giessen, 1835
- HAMMOND N.G.L., *The Campaign and Battle of Cynoscephalae in 197 B.C.*, in *JHS*, CVIII, 1988, 60 ss.
- HÄNCHEN S., *Sab.-Ulp. D. 12.5.6 und die 'condictio ex iniusta causa'*, in *ZSS*, CXXI, 2004, 385 ss.
- HARKE J.D., *Der Eid im klassischen römischen Privat- und Zivilprozessrecht*, Berlin, 2013
- HARKE J.D., *'Si error aliquis intervenit' - Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht*, Berlin, 2005
- HARRIS W.V., *A Revisionist View of Roman Money*, in *JRS*, XCVI, 2006, 1 ss.
- HAUSMANINGER H., *Die 'bona fides' des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1964
- HAYMAN F., *Studien zum römischen Obligationenrecht*, in *ZSS*, XL, 1919, 167 ss.
- HAYMANN F., *Freilassungspflicht und Reurecht*, Berlin, 1905
- HAYMANN F., *Zur lex 42 pr. D. de mortis causa donatinibus, 39.6*, in *ZSS*, XXXVIII, 1917, 209 ss.
- HECK P., *Die 'fiducia cum amico contracta', ein Pfandgeschäft mit Salmann*, in *ZSS*, X, 1889, 82 ss.
- HEINZE R., *'Fides'*, in *Hermes*, LXIV, 1929, 140 ss.
- HEINZE R., *Vom Geist des Römertums*, Berlin, 1960
- HELDRICH K., *Das Verschulden beim Vertragsabschluss im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, in *Leipziger rechtswissenschaftliche Studien*, VII, 1924, 1 ss.
- HELLEGOUARC'H J., *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la République*, Paris, 1963
- HELLWEGE P., *Die Erhaltung der Nießbrauchssache: Römisches Recht, gemeines Recht und schottische Recht*, in *TR*, LXXIX, 2011, 81 ss.
- HEUMANN H. - SECKEL E., *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1907
- HEUSS A., *Die völkerrechtlichen Grundlagen der römischen Außenpolitik in republikanischer Zeit*, Leipzig, 1933 (rist. Aalen 1963)
- HONORÉ A.M., *The Severian lawyers: e preliminary survey*, in *SDHI*, XXVIII, 1962, 162 ss.
- HUSCHKE E., *Ueber die 'usureceptio fiducia'*, in *ZSS*, XIV, 1848, 229 ss.

I

- ILARI V., voce *Trattato internazionale (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 1335 ss.
- IMBERT J., *'Fides et nexum'*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1953, 339 ss.
- IMPALLOMENI G., *Prospettive in tema di fedecommesso*, in *Conferenze romanistiche*, II, Milano, 1967, 275 ss. (ora anche in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 153 ss.)
- IMPALLOMENI G., *Sull'obbligo del debitore alla conservazione degli oggetti promessi alternativamente*, in *SDHI*, XXV, 1959, 55 ss. (ora anche in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 39 ss)

J

- JACQUELIN R., *De la fiducia*, Paris, 1891
- JANSSEN L.F., *Some Unexplored Aspects of 'Devotio Deciana'*, in *Mnemosyne*, XXXIV, 1981, 357 ss.
- JÖRS P., voce *'Aemilius Papinianus'*, in *PWRE*, I.1, Stuttgart, 1893, cc. 572 ss.

K

- KACPRZAK A., *La 'ratihabitio' nel diritto romano classico*, Napoli, 2002
- KADEN E.H., *Recensione a P. SIMONIUS, Die 'donatio mortis causa' im klassischen römischen Recht*, Basel, 1958, in *ZSS*, LXXVI, 1959, 621 ss.
- KALB G., *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt*, Leipzig, 1890
- KARLOWA O., *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin, 1872
- KARLOWA O., *Römische Rechtsgeschichte. II. Privatrecht und Civilprozess. Strafrecht und Strafprozess. 1. Privatrecht*, Leipzig, 1901
- KASER M. - HACKL K., *Das römische Zivilprozessrecht²*, München, 1996
- KASER M., *'Furtum pignoris' und 'furtum fiduciae'*, in *ZSS*, XCIX, 1982, 249 ss.
- KASER M., *Besitzpfand und 'besitzloses' Pfand (Studien zum römischen Pfandrecht III)*, in *SDHI*, XLV, 1979, 1 ss. (ora anche in *Studien zum römischen Pfandrecht. Neudrucke mit Nachträgen des Verfassers*, Napoli, 1982)
- KASER M., *Das altrömische 'Ius'. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949
- KASER M., *Das römische Privatrecht. I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht²*, München, 1971
- KASER M., *Die Anfänge der 'manumissio' und das fiduziarisch gebundene Eigentum*, in *ZSS*, LXI, 1941, 153 ss.
- KASER M., *Die Beziehung von 'lex' und 'ius' und die XII Tafeln*, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, II, Milano, 1973, 523 ss.
- KASER M., *Eigentum und Besitz im ältesten römischen Recht²*, Köln-Graz, 1956
- KASER M., *La famiglia romana arcaica*, in *Conferenze romanistiche*, Milano, 1960, 57 ss.
- KASER M., *Nochmals über Besitz und Verschulden bei den 'actiones in rem'*, in *ZSS*, XCVIII, 1981, 77 ss.

- KASER M., *Recensione a A. WATSON, The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, in *TJ*, XXXIV, 1966, 410 ss.
- KASER M., *Recensione a M. AMELOTTI, La 'donatio mortis causa' in diritto romano*, Milano, 1953, in *ZSS*, LXXI, 1954, 447 ss.
- KASER M., *Recensione a M. MARRONE, La posizione possessoria del nudo proprietario*, in *AUPA*, XXVIII, 1961, in *Iura*, XIII, 1962, 233 ss.
- KASER M., *Recensione a P. SIMONIUS, Die 'donatio mortis causa' im klassischen römischen Recht*, Basel, 1958, in *TR*, XXVII, 1959, 212 ss.
- KASER M., *Recensione a S. DI PAOLA, 'Donatio mortis causa'*, Catania, 1950, in *Iura*, II, 1951, 243 ss.
- KASER M., *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen im römischen Recht*, in *Festgabe für J. Sontis*, München, 1977, 11 ss.
- KASER M., *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, LX, 1940, 95 ss.
- KASER M., *Studien zur römischen Pfandrecht. II. 'Actio pignoratitia' und 'actio fiduciae'*, in *TR*, XLVII, 1979, 319 ss.
- KASER M., *Zur 'legis actio sacramento in rem'*, in *ZSS*, CIV, 1987, 53 ss.
- KASER M., *Zur Geschichte des 'precarium'*, in *ZSS*, LXXXIX, 1972, 94 ss.
- KELLER F.L., *Ueber l. Seia 42 pr. D. De mor. ca. don. und über den Satz, daß die Exceptio doli-bonae fidei iudicium' mache*, in *ZSS*, XII, 1845, 400 ss.
- KNIEP F., *'Vacua possessio'*, I, Jena, 1886
- KNIPPSCHILD S., *«Drum bietet zum Bunde die Hände». Rechtssymbolische Akte in zwischenstaatlichen Beziehungen im orientalischen und griechisch-römischen Altertum*, Stuttgart, 2002
- KNÜTEL R., *'Stipulatio poenae'. Studien zum römischen Vertragsstrafe*, Köln-Wien, 1976
- KNÜTEL R., *Das Mandat zum Freikauf*, in *'Mandatum' und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modern Recht*, a cura di D. Nörr e S. Nishimura, Berlin-Heidelberg, 1993, 353 ss.
- KNÜTEL R., *Die Inhärenz der 'exceptio pacti' im 'bonae fidei iudicium'*, in *ZSS*, LXXXIV, 1967, 133 ss.
- KOEPPE W., *Das 'negotium mixtum' nach Pandektenrecht und Reichsgesetzen*, Berlin, 1901
- KONSTAN D., *Friendship in the Classical World*, Cambridge, 1997
- KOPTEV A., *Principles of the 'nexum' and Debt Law in the Twelve Tables*, in *Principios generals del derecho. Antecedents históricos y horizonte actual*, a cura di F. Reinoso Barbero, Madrid, 2014, 227 ss.
- KOSHAKE P., *D. 39.6.42 pr., ein Beispiel für vorjustinianische Interpolation*, in *ZSS*, XXXVII, 1916, 325 ss.
- KRÄMER G., *Das besitzlose Pfandrecht. Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat*, Köln, 2007
- KRELLER H., *'Formula fiduciae' und Pfandedikt*, in *ZSS*, LXII, 1940, 143 ss.
- KRETSCHMAR P., *Ueber die Entwicklung der Kompensation in römischen Recht*, Leipzig, 1907
- KRETSCHMAR P., *Zur 'alienatio iudicii mutandi causa facta'*, in *ZSS*, XL, 1919, 136 ss.

- KRÜGER H., *Die Herstellung der Digesten Justinian and der Gang der Exzerption*, Münster, 1922
- KRÜGER P., *Kritische Versuche im gebiete des römischen Rechts*, Berlin, 1870
- KRÜGER. H., *Die Römische Juristen und ihre Werke*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930, 301 ss.
- KÜBLER B., *Ἐργῶ καὶ δυνάμει, 'vi ac potestate'*, in *ZSS*, LXXII, 1939, 562 ss.
- KUNKEL W., *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen²*, Graz, 1967
- KUNKEL W., *Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts*, in *ZSS*, XC, 1973, 150 ss.
- KUPISCH B., *'In integrum restitutio' und 'vindictio utilis' bei Eigentumsübertragungen im klassischen römische Recht*, Berlin-New York, 1974
- L
- LA ROSA F., *Alla ricerca dell'usureceptio*, in *LR*, I, 2012, 121 ss.
- LA ROSA R., *'Deducere' o 'detrabere usum fructum' ed 'excipere' o 'recipere servitutem'*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano, 1987, 319 ss.
- LA ROSA R., *La repressione del 'furtum' in età arcaica. 'Manus iniectio' e 'duplione damnum decidere'*, Napoli, 1990
- LA ROSA R., *Ricerche sul quasi-usufrutto nel diritto romano*, Torino, 2012
- LAMBERTI F., *Alle origini della Colonia Agrippina. Notazioni sul rapporto fra gli 'Ubi' e il 'populus Romanus'*, in *MEFRA*, CXVIII, 2006, 107 ss.
- LAMBERTI F., *Percorsi della cittadinanza romana dalle origini alla tarda Repubblica*, in *Derecho, persona y ciudadanía. Una experiencia jurídica comparada*, a cura di B. Perrián Gómez, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010, 17 ss.
- LAMBERTI F., *Recensione a D. RÜGER, Die 'donatio mortis causa'*, Berlin, 2011, in *LR*, IV, 2015, 423 ss.
- LAMBERTINI R., *'Lucrativa usucapio'*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2003, 365 ss.
- LAMBERTINI R., *In tema di 'iusta causa traditionis'*, in *'Fides, humanitas, ius'. Studii in onore di L. Labruna*, VI, Napoli, 2007, 2745 ss.
- LAMBERTINI R., *Testi e percorsi di diritto romano e tradizione romanistica*, Torino, 2010
- LAMBRINI P., *Il negozio fiduciario e la sua causa*, in *'Fiducia', 'trusts', affidamenti. Un percorso storico-comparatistico*, a cura di M.L. Biccari, Urbino, 2015, 35 ss.
- LAMBRINI P., *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1998
- LAMBRINI P., *Lineamenti storico-dogmatici della 'fiducia cum creditore'*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. V Congresso internazionale Aristec (Salisburgo 13-15 settembre 2001)*, a cura di L. Vacca, Torino, 2003, 257 ss.
- LAST A., *Fragen der Besitzlehre*, in *Jherings Jahrbücher*, XXVI, Berlin, 1913, 1 ss.
- LAUGHTON E., *'Prisce iubes'*, in *ClR*, LXXXV, 1971,
- LAURIA M., *'Usus'*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, IV, Napoli, 1953, 493 ss.

- LEIPOLD H., *Ueber die Sprache des Juristen Aemilius Papinianus*, Passau, 1891
- LEMOSSE M., 'Ad exhibendum', in *Iura*, XXXIV, 1983, 67 ss.
- LEMOSSE M., *L'aspect primitif de la 'fides'*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, II, Milano, 1956, 39 ss.
- LENEL O., *Das 'Edictum Perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederstellung*³, Leipzig, 1927
- LENEL O., 'Rei vindicatio' und 'actio ad exhibendum', in *Grünbuts Zeit.*, XXXVII, 1910, 1 ss. (ora anche in *Gesammelte Schriften [1902-1914]*, III, Napoli, 1991, 379 ss.)
- LENEL O., *Der Prätor in der 'legis actio'*, in *ZSS*, XXX, 1909, 329 ss.
- LENEL O., *Die Passivlegitimation bei der 'hereditas petitio'*, in *ZSS*, XLV, 1926, 1 ss. (ora anche in *Gesammelte Schriften [1915-1932]*, IV, Napoli, 1992, 471 ss.)
- LENEL O., *Kritisches und Exegetisches*, in *ZSS*, VIII, 1887, 195 ss.
- LENEL O., *Palingenesia Iuris Civilis*, I-II, Leipzig, 1889 (rist. Aalen 2000)
- LENEL O., *Quellenforschungen in den Edictcommentaren*, in *ZSS*, III, 1882, 104 ss.
- LEPORE E., *Il 'princeps' ciceroniano e gli ideali della tarda repubblica*, Napoli, 1954
- LÉVY-BRUHL H., 'Praedia absentia solent mancipari', in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze, 1956, 477 ss.
- LÉVY-BRUHL H., *Nature de la 'mancipatio familiae'*, in *Festschrift F. Schulz*, I, Weimar, 1951, 253 ss.
- LIEBS D., *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht*, Göttingen, 1972
- LITEWSKI W., *Die römische Appellation in Zivilsachen*, in *RIDA*, XV, 1968, 143 ss.
- LITEWSKI W., *Studien zum sogenannten 'depositum necessarium'*, in *SDHI*, XLIII, 1977, 188 ss.
- LOMBARDI L., *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano, 1961
- LOMBARDI VALLAURI L., *Amicizia, carità, diritto. L'esperienza giuridica nelle tipologie delle esperienze di rapporto*, Milano, 1969
- LOMBARDO F., *La regola e l'eccezione: il principio 'alteri stipulari nemo potest' e la 'cautio iudicatum solvi' in età tardoantica*, in *Iura*, LXI, 2013, 87 ss.
- LONGCHAMPS DE BÉRIER F., *Il fedecommesso universale nel diritto romano classico*, Varsavia, 1997
- LONGCHAMPS DE BÉRIER F., *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino, 2013
- LONGO A., *La 'mancipatio'*, Firenze, 1887
- LONGO C., 'Fiducia cum creditore', in *Per il XIV centenario delle Pandette e del Codice di Giustiniano*, Pavia, 1933, 793 ss.
- LONGO C., *Contributo alla storia della formazione delle Pandette*, in *BIDR*, XIX, 1907, 132 ss.
- LONGO C., *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano, 1946
- LONGO C., *Corso di diritto romano. La 'fiducia'*, Milano, 1933
- LONGO G., *Corso di diritto romano. I diritti reali*, Padova, 1962
- LONGO G., *Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria*, in *SDHI*, XLV, 1979, 93 ss.
- LONGO S., *Alle radici dell'usufrutto di 'res quae usu consumuntur'*, in *Studi per G. Nicosia*, IV, Milano, 2007, 477 ss.
- LOVATO A., *Studi sulle 'disputationes' di Ulpiano*, Bari, 2003

- LOVATO A. - PULIATTI S. - SOLIDORO MARUOTTI L., *Diritto privato romano*, Torino, 2014
- LUZZATTO G.I., '*Constitutum possessorium*', in *AG*, CVIII, 1932, 244 ss.
- LUZZATTO G.I., *Appunti sul 'ius Italicum'*, in *RIDA*, V, 1950, 79 ss.
- LUZZATTO G.I., *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I. La responsabilità per custodia*, Milano, 1938
- LUZZATTO G.I., *Procedura civile roman. II. Le 'legis actiones'*, Bologna, 1948
- M
- MAGDELAIN A., *Essai sur les origines de la 'sponsio'*, Paris, 1943
- MAGDELAIN A., *Le consensualisme dans l'édit du preteur*, Paris, 1958
- MANNA L., *Buona fede e doveri di protezione: tutele processuali*, in '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di M. Talamanca, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2011, 279 ss.
- MANNA L., *La facoltà del giudice di 'iurare rem sibi non liquere'*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2012, 493 ss.
- MANNINO V., *Il calcolo della 'quarta hereditatis' e la volontà del testatore*, Napoli, 1989
- MANTELLA A., *I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990
- MANTOVANI D., *Digesto e masse bluhmiane*, Milano, 1987
- MANTOVANI D., *Le formule del processo privato romano*², Padova, 1999
- MARRA P., *D. 16.3.15: un testo in materia di 'fiducia'?*, in *Iura*, LVIII, 2010, 278 ss.
- MARRONE M., '*Actio ad exhibendum*', in *AUPA*, XXVI, 1957, 177 ss.
- MARRONE M., '*Dolo desinere possidere*' e '*alienatio iudicii mutandi causa*', in *AUPA*, XXXVI, 1976, 367 ss.
- MARRONE M., '*Dominus litis*', in *AUPA*, LIII, 2009, 255 ss.
- MARRONE M., *Contributi in tema di legittimazione passiva alla 'rei vindicatio'*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, I, Milano, 1972, 341 ss. (ora anche in *Scritti di diritto romano*, I, Palermo, 2003, 183 ss.)
- MARRONE M., *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2007
- MARRONE M., *La 'facultas restituendi' in D. 6.1.9 (Ulp. 16 'ad Edictum')*: brevi note in materia di legittimazione passiva alla rivendica, in *Studi in onore di G. Scaduto*, III, Padova, 1970, 533 ss. (ora anche in *Scritti di diritto romano*, I, Palermo, 2003, 157 ss.)
- MARRONE M., *La legittimazione passiva alla 'rei vindicatio'*. Corso di diritto romano, Palermo, 1970
- MARRONE M., *La posizione possessoria del nudo proprietario*, in *AUPA*, XXVIII, 1961, 1 ss.
- MARRONE M., *Recensione a P. ZAMORANI, 'Precario habere'*, Milano, 1969, in *Labeo*, XVII, 1971, 204 ss.
- MARRONE M., *Su rivendica e azione negatoria di usufrutto*, in *Studi per G. Nicosia*, V, Milano, 2007, 209 ss.
- MARRONE M., *Sulla cd. 'pronuntiatio' del giudice delle azioni reali nel diritto romano*, in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offert à W. Wolodkiewicz*, I, Varsovie, 2000 (ora anche in *Scritti di diritto romano*, I, Palermo, 2003, 737 ss.)
- MARRONE M., voce *Rivendicazione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 1 ss.

- MASCHI C.A., *La categoria dei contratti reali. Corso di diritto romano*, Milano, 1973
- MASI A., *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1966
- MASSELLI G.M., *La leggenda dei 'Decii': un percorso fra storia, religione e magia*, in *Aufidus*, XXXIX, 1999, 7 ss. (ora anche in *Riflessi di magia. Virtù e virtuosismi della parola in Roma antica*, Napoli, 2012, 9 ss.)
- MAYER-MALY TH., *'Locatio-conductio'. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien, 1956
- MAYER-MALY TH., *'Vulgo' und 'vulgarism'*, in *Labeo*, VI, 1960, 7 ss.
- MAYER-MALY TH., *Das Putativtitelproblem bei der 'usucapio'*, Graz-Köln, 1962
- MAYER-MALY TH., *Studien zur Frühgeschichte der 'Usucapio'. I*, in *ZSS*, LXXVII, 1960, 16 ss.
- MCGINN TH., *'Ne serva prostituatur'. Restrictive Conventions in the Sale of Slaves*, in *ZSS*, CVII, 1990, 315 ss.
- MECHTOLD F., *Begriff und Wesen des 'negotium mixtum cum donatione'*, Jena, 1904
- MEDICUS D., *'Id quod interest'. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, München, 1962
- MEILLET A., *Latin 'credo' et 'fides'*, in *Mémoires de la Société Linguistique*, XXII, 1920, 215 ss.
- MELLUSO M., *La schiavitù nell'età giustiniana. Disciplina giuridica e rilevanza sociale*, Paris, 2000
- METZGER E., *Recensione a G. CAMODECA, 'Tabulae Pompeianae Sulpiciorum' (TPSulp.). Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii, I e II*, Roma, 1999, in *JRS*, LXXXIX, 2001, 234 ss.
- MEYLAN PH., *Gaius, Inst. 1.119: 'rem tenens' ou 'aes tenens'?*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, 1953, 215 ss.
- MICELI M., *'Institor' e 'procurator' nelle fonti romane dell'età preclassica*, in *Iura*, LIII, 2002, 57 ss.
- MICELI M., *Studi sulla rappresentanza nel diritto romano*, I, Milano, 2008
- MICHEL J., *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962
- MIGLIARDI ZINGALE L., *In tema di 'fiducia cum creditore': i documenti della prassi*, in *Labeo*, XLVI, 2000, 451 ss.
- MIGLIETTA M., *'Servius respondit'. Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. Prolegomena I*, Trento, 2010
- MILANI M., *I poteri del giudice nei 'bonae fidei iudicia' e il patto risolutivo viziato da 'metus'. Alcune riflessioni a margine di Paul. 11 ad ed. D. 4.2.21.4*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, III, Padova, 2015, 215 ss.
- MISERA K., *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*, Köln-Wien, 1974
- MITTEIS L., *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians. I. Grundbegriffe und Lehre von den Juristischen Personen*, Leipzig, 1908
- MOCHOLI M.M., *El precario. Estudio histórico-crítico, aplicado al Derecho español con ensayo de estructuración y sistematización de fuentes²*, Pamplona, 1976
- MOMIGLIANO A., *La religione ad Atene, Roma e Gerusalemme nel primo secolo a.C.*, in *Saggi di storia della religione romana. Studi e lezioni 1983-1986*, a cura di R. Di Donato, Brescia, 1988, 27 ss.
- MOMMSEN TH. - KRÜGER P., *Corpus Iuris Civilis. I. Institutiones. Digesta*, Berolini, 1922
- MOMMSEN TH., *Römische Staatsrecht*, III.1, Leipzig, 1887

N

- NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, Milano, 1983
- NARDUCCI E., *Le ambiguità della 'amicitia'*, in *Modelli etici e società: un'idea di Cicerone*, Pisa, 1989, 79 ss.
- NAVARRA M.L., *Note in tema di 'utilitas': Modestino e Coll. 10.2*, in *Labeo*, L, 2004, 84 ss.
- NICOSIA G., *'Animalia quae collo dorsove domantur'*, in *Iura*, XVIII, 1967, 45 ss.
- NICOSIA G., *Donazione fra coniugi e 'usucapio pro donato'*, in *AG*, CLI, 1956, 67 ss.
- NICOSIA G., *Il processo privato romano. I. Le origini*, Catania, 1980
- NICOSIA G., *Il processo privato romano. III. Nascita ed evoluzione della 'iurisdictio'*, Catania, 2012
- NICOSIA G., *Il testo di Gai 2.15 e la sua integrazione*, in *Labeo*, XIV, 1968, 227 ss.
- NICOSIA G., *Introduzione a S. RICCOBONO, Zur Terminologie der Besitzverhältnisse ('naturalis possessio', 'civilis possessio', 'possessio ad interdicta')*, in *RDR*, XII, 2012
- NICOSIA G., *L'acquisto del possesso mediante i 'potestati subiecti'*, Milano, 1960
- NICOSIA G., *La pretesa 'possessio' del sequestratario*, in *'Cunabula iuris'. Studi storico giuridici per G. Broggin*, Milano, 2002, 277 ss.
- NICOTRI M.T., *'Amicitia' e 'dignitas' familiare tra politica e diritto (Cic. 'ad fam.' 5.1-2)*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica. Ricordando G. Criscioli*, a cura di P. Cerami e M. Serio, II, Torino, 2013, 193 ss.
- NIEMEYER TH., *'Fiducia cum amico' und 'depositum'*, in *ZSS*, XII, 1892, 297 ss.
- NISSEN A., *Das Justitium. Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*, Lipsia, 1877
- NOORDRAVEN B., *Die 'fiducia' im römischen Recht*, in *Index*, XVIII, 1990, 229 ss.
- NOORDRAVEN B., *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999
- NORDEN E., *La prosa d'arte antica: dal VI secolo a.C. all'età della Rinascenza*, I, Salerno, 1986
- NORDEN E., *Logos und Rhythmus*, Berlin, 1928
- NÖRR D., *'Fides Punica - Fides Romana'. Bemerkungen zur 'demosia pistis' im ersten karthagisch-römischen Vertrag und zur Rechtsstellung des fremden in der Antike*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2003, 497 ss.
- NÖRR D., *'Mandatum, fides, amicitia'*, in *'Mandatum' und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, a cura di D. Nörr e S. Nishimura, Berlin-Heidelberg, 20 ss.
- NÖRR D., *Aspekte des römischen Völkerrechts. Die Bronzetafel von Alcántara*, München, 1989
- NÖRR D., *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in *ZSS*, LXXIII, 1956, 68 ss.
- NÖRR D., *Pomponius oder 'Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen'*, in *ANRW*, II.15, Berlin-New York, 1976, 497 ss.
- NOWAK M., *'Mancipatio' and its Life in Late-roman Law*, in *JJP*, XLI, 2011, 103 ss.

O

- OERTMANN P., *Die 'fiducia' im römischen Privatrecht*, Berlin, 1890

OLIVIERO G.M., *Questioni testuali e terminologiche in tema di 'usureceptio'*, in *Fides, humanitas, ius*. *Studii in onore di L. Labruna*, VI, Napoli, 2007, 3891 ss.

OLZEN D., *Verweggenommene Erbfolge in historischer Sicht*, Berlin, 1988

ORESTANO R., *Appello civile in diritto romano*², Torino, 1953

ORESTANO R., voce *Papiniano Emilio ('Aemilius Papinianus')*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1965, 364 ss.

OSLER D., *Following Blubme: a note on Dario Mantovani, 'Digesto e masse Blubmiane'*, in *Iura*, XXXIX, 1988, 137 ss.

P

PALERMO A., *Il procedimento cauzionale nel diritto romano*, Milano, 1942

PALMA A., *'Iura vicinitatis'. Solidarietà e limitazioni nel rapporto di vicinato in diritto romano dell'età classica*, Torino, 1988

PANVINI ROSATI F., *Monetazione preromana in Italia. Gli inizi della monetazione romana in Italia e la monetazione romano-campana*, in *La moneta greca e romana*, Roma, 2000, 95 ss.

PAOLI J., *'Lis infitiando crescit in duplum'*, Paris, 1933

PAPA G., *La 'replicatio'. Profili processuali e diritto sostanziale*, Napoli, 2009

PAPERI O., *Considerazioni sull'origine del 'procurator ad litem'*, in *Labeo*, XLVIII, 2002, 37 ss.

PARENTI L., *Notazioni sulla legittimazione attiva all'actio furti per i frutti del fondo dato in locazione al colono*, in *Sem. Compl.*, XXVIII, 2015, 783 ss.

PARTSCH J., *De l'édit sur l'alienatio iudicii mutandi causa'*, Genève, 1909

PELLAT C.-A., *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements et particulièrement sur l'usufruit*, Paris, 1836

PELLOSO C., *'Do ut des' e 'do ut facias'. Archetipi labeoniani e tutele acontrattuali nella giurisprudenza romana tra primo e secondo secolo d.C.*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, 89 ss.

PELLOSO C., *'Giudicare' e 'decidere' in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di Tab. 1.8*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2012, 61 ss.

PELLOSO C., *Influenze greche nel regime romano della 'hypotheca'*, in *TSDP*, I, 2008, 1 ss.

PELLOSO C., *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008

PENNITZ M., *'Obligatio domini' und 'obligatio servi'*, in *Drittbeteiligung am Schuldverhältnis*, Heidelberg, 2010, 71 ss.

PENNITZ M., *Der 'Enteignungsfall' im römischen Recht der Republik und des Prinzipats*, Köln-Weimar, 1991

PEPPE L., *Alcune considerazioni circa la 'fiducia' romana nei documenti della prassi*, in *Fides, fiducia, fidelitas*. *Studi di storia del diritto e di semantica giuridica*, a cura di L. Peppe, Padova, 2008, 173 ss.

PEPPE L., *Intervento sulla formula 'fidi fiduciae' in particolare in Plauto*, in *Fiducia, trusts, affidamenti. Un percorso storico-comparatistico*, a cura di M.L. Biccari, Urbino, 2015, 335 ss.

- PEPPE L., *La nozione di 'populus' e le sue valenze. Con un'indagine sulla terminologia pubblicistica nelle formule della 'evocatio' e della 'devotio'*, in *Staat und Staatlichkeit in der frühen römischen Republik. Akten eines Symposiums (12.-15. Juli 1988, Freie Universität Berlin)*, a cura di W. Eder, Stuttgart, 1990, 329 ss.
- PEPPE L., *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano*, in *Le situazioni affidanti*, a cura di M. Lupoi, Torino, 2006, 15 ss.
- PEPPE L., *Studi sull'esecuzione personale. I. Debiti e debitori nei primi due secoli della repubblica romana*, Milano, 1981
- PERNICE A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873 (rist. Aalen 1963)
- PERNICE A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II.2.1, Halle, 1900 (rist. Aalen 1963)
- PERNICE A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, III.1², Halle, 1892 (rist. Aalen 1963)
- PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano. II. Obbligazioni ed azioni, diritto ereditario, donazioni²*, Roma, 1928
- PESCANI P., *Studi sul 'Digestum vetus'*, in *BIDR*, LXXXIII, 1981, 159 ss.
- PETERS F., *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Köln-Wien, 1973
- PETRINI S., *'Deducto usu fructu'. Una nuova ipotesi sull'origine dell'usufrutto*, Milano, 2008
- PETROCELLI C., *Cornelia, la matrona*, in *Roma al femminile*, a cura di A. Fraschetti, Roma-Bari, 1994
- PFLÜGER H.H., *'Condictio ex iniusta causa'*, in *ZSS*, XXXII, 1911, 168 ss.
- PFLÜGER H.H., *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römisches Recht*, in *ZSS*, LXV, 1947, 121 ss.
- PIGANIOL A., *'Venire in fidem'*, in *RIDA*, V, 1950, 339 ss.
- PIRO I., *'Damnum corpore suo dare rem corpore possidere'. L'oggettiva riferibilità del comportamento lesivo e della 'possessio' nella riflessione e nel linguaggio dei giuristi romani*, Napoli, 2004
- PIZZOLATO L., *L'idea di amicizia nel mondo antico classico e cristiano*, Torino, 1993
- POLACEK V., *Comodato e furto: spunti d'interpretazione dialettica*, in *Labeo*, XIX, 1973, 161 ss.
- PONTORIERO I., *La nozione di 'commercium' in Tit. Ulp. 19.4-5*, in *AUPA-Revisione ed integrazione dei 'Fontes Iuris Romani Anteiustiniani' (FIRA). Studi preparatori. II. 'Auctores' - 'Negotia'*, a cura di G. Purpura, Torino, 2012, 131 ss.
- PROVERA G., *'Indefensio' e legittimazione passiva alla 'rei vindicatio'*, in *Studi in onore di G. Grosso*, VI, Torino, 1974, 207 ss. (ora anche in *Scritti giuridici - www.ledonline.it/rivistadirittoromano/scrittiprovera.html*)
- PROVERA G., *La 'pluris petitio' nel processo romano. I. La procedura formulare*, Torino, 1958
- PROVERA G., *Una riforma giustiniana in tema di 'iudicia contraria'*, in *Studi in onore di S. Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948)*, Napoli, 1948, 345 ss. (ora anche in *Scritti giuridici www.ledonline.it/rivistadirittoromano/scrittiprovera.html*)

PUGLIESE G., *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca (17-21 aprile 1990)*, a cura di L. Vacca, I, Milano, 1991, 25 ss.

PUGLIESE G., *Il processo civile romano. I. Le 'legis actiones'*, Roma, 1962

PUGLIESE G., *Recensione a G. GROSSO, Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino, 1958, in *BIDR*, LXII, 1959, 317 ss.

PUGLIESE G., voce *Usufrutto (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1957, 316 ss.

Q

QUADRATO R., *D. 3.3.1 pr. e la definizione di 'procurator'*, in *Labeo*, XX, 1974, 210 ss.

QUADRATO R., voce *Rappresentanza (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 417 ss.

QUERZOLI S., *Scienza giuridica e cultura retorica in Ulpio Marcello*, Napoli, 2013

R

RACCANELLI R., *L'amicitia' nelle commedie di Plauto. Un'indagine antropologica*, Bari, 1998

RAMELLI I., *Studi su 'Fides'. Premessa alle traduzioni di E. Fraenkel, R. Heinze, P. Boyancé*, Madrid, 2002, 13 ss.

RAMPAZZO N., *La 'falsa demonstratio' e l'oggetto dei legati*, in *Index*, XXIX, 2001, 259 ss.

RANDAZZO S., *'Leges mancipii'. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998

RANDAZZO S., *'Mandare'. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005

REICHARD I., *Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht*, Köln, 1993

RESTA E., *Le regole della fiducia*, Roma-Bari, 2009

RICCOBONO S., *La teoria del possesso nel diritto romano*, in *AG*, L, 1893, 227 ss.

RICCOBONO S., *Origine e sviluppo del domma della volontà nel diritto*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano (Bologna - Roma, 22-23 aprile 1933)*, I, Pavia, 1934, 177 ss.

RICCOBONO S., *Studi critici sul libri XVIII di 'Paulus ad Plautium'*, in *BIDR*, VI, 1893, 119 ss.

RIEHELMMANN A., *'Paenitentia'. Reue und Bindung nach römischen Rechtsquellen*, Frankfurt a.M.-Berlin-Bern-Wien, 2005

ROBBE U., *Diritto ereditario romano. I principi generali e fondamentali. I. Introduzione. La diversa efficienza causale della morte dell'uomo*, Napoli, 1965

RODRÍGUEZ DÍAZ E., *Algunos aspectos de la 'donatio mortis causa' en el derecho romano*, Oviedo, 2000

RODRÍGUEZ-ROSADO B., *'Fiducia' y pacto de retro en garantia*, Madrid, 1998

ROLLINGER C., *'Amicitia sanctissime colenda'. Freundschaft und soziale Netzwerke in der späten Republik*, Heidelberg, 2014

ROMANO A., *Economia naturale ed economia monetaria nella storia della condanna arcaica*, Milano, 1986

- ROMANO S., *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana*, Padova, 1937
- ROMEO S., 'Fiducia auctionibus vendunda' nelle *Tabelle Pompeiane*. Procedure e modalità di redazione delle 'testationes' nelle 'auctiones' puteolane (51-61 d.C.), in *Polis. Studi interdisciplinari sul mondo antico*, II, 2006, 207 ss.
- ROMEO S., *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010
- ROMEO S., Recensione a L. PEPPE (cur.), 'Fides, fiducia, fidelitas'. Studi di storia del diritto e di semantica giuridica, Padova, 2008, in *Polis*, III, 2010, 249 ss.
- ROSSARO S., *Genealogia del giuramento*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2012, 431 ss.
- ROTONDI G., 'Dolus ex delicto' e 'dolus ex contractu' nelle teorie bizantine sulla trasmissibilità delle azioni, in *Scritti giuridici. II. Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Pavia, 1922, 371 ss.
- ROTONDI G., *Contributi alla storia del contratto di deposito nel diritto romano. I. Le due formole classiche dell'actio depositi*, in *RISG*, XLV, 1908, 3 ss. (ora anche in *Scritti giuridici. II. Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Pavia, 1922, 1 ss.)
- ROTONDI G., *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino, 1911
- ROTONDI G., *L'indice fiorentino delle Pandette e l'ipotesi del Bluhme*, in *Scritti giuridici. I. Studi sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano*, Pavia, 1922, 298 ss.
- ROTONDI G., *La misura della responsabilità nell'actio depositi*, in *AG*, LXXXIII, 1909, 269 ss. (ora anche in *Scritti giuridici. II. Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Pavia, 1922, 91 ss.)
- RUDORFF A.A.F., *Ueber die baetische Fiduciartafel. Eine revision*, in *ZSS*, XI, 1873, 52 ss.
- RÜGER D., *Die 'donatio mortis causa'*, Berlin, 2011
- RUSSO RUGGERI C., 'Conductio' e 'precarium rei pignori datae', in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano, 1987, 715 ss.
- S
- SACCHI O., *I 'maiores' e la teoria della 'fides' ciceroniana. Indagine sulla dimensione storico-giuridica del giuramento in età repubblicana*, in *Filia. Scritti per G. Franciosi*, IV, Napoli, 2007, 2383 ss.
- SACCHI O., *Il tri-vaso del Quirinale. Implicazioni giuridico-culturali legate alla destinazione/fruizione dell'oggetto*, in *RIDA*, XLVIII, 2001, 277 ss.
- SACCO L., 'Devotio', in *Studi Romani*, LII, 2004, 318 ss.
- SACCO L., *'Devotio'. Aspetti storico-religiosi di un rito militare romano*, Roma, 2011
- SACCOCCIO A., 'Si certum petetur'. Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' giustinianee, Milano, 2002
- SALAZAR REVUELTA M., *Sobre el régimen jurídico del usufructo de cosas 'quae usu consumuntur': particular importancia de la 'cautio ex senatus consulto'*, in *SDHI*, LXV, 117 ss.
- SALKOWSKI C., *Zur Lehre vom Sklavenerwerb. Ein Beitrag zur Dogmatik des römischen Privatrechts*, Leipzig, 1891

- SALLER R.P., *Personal Patronage under the Early Empire*, Cambridge, 1982
- SALOMONE A.M., 'Venditio donationis causa', Torino, 2012
- SÁNCHEZ-MORENO ELLART C., *El problema de la buena fe en la 'usucapio pro donato'*, in *Index*, XXIX, 2001, 21 ss.
- SANFILIPPO C., *Note esegetiche in tema di usufrutto*, in *BIDR*, VIII-IX, 1947, 58 ss.
- SANTORO R., *Studi sulla 'condictio'*, in *AUPA*, XXXII, 1971, 181 ss.
- SANTUCCI G., *Il giudizio del 'vir bonus' nel diritto di usufrutto*, in 'Vir bonus'. *Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica. Incontro di studio (Trani, 28-29 ottobre 2011)*, Bari, 2013, 139 s
- SANTUCCI G., *La 'diligentia quam in suis'*, Trento, 2008
- SARGENTI M., *Contributo allo studio della responsabilità nossale in diritto romano*, Pavia, 1949
- SCAPINI N., voce *Usufrutto (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 1088 ss.
- SCARANO USSANI V., *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979
- SCEVOLA R., 'Negotium mixtum cum donatione'. *Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2008
- SCEVOLA R., 'Venditio nummo uno', in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2007, 413 ss.
- SCEVOLA R., *Il negozio misto con donazione: elaborazioni romane e ricostruzioni moderne*, in *Scambio e gratuità. Contenuti e confini dell'area contrattuale*, Padova, 2011, 247 ss.
- SCEVOLA R., *La responsabilità del 'iudex privatus'*, Milano, 2004
- SCHANBACHER D., 'Ratio legis Falcidiae'. *Die falzidische Rechnung bei Zusammentreffen mehrerer Erbschaften in einer Hand*, Berlin, 1995
- SCHANBACHER D., *Zum Einfluß der stoischen Sprachtheorie auf die römische Jurisprudenz: D. 33. 10.7.2 (Cels. 19 dig.)*, in *Festschrift für R. Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2009, 1025 ss.
- SCHIEBELREITER P., *Zwischen 'furtum' und Litiskreszenz: Überlegungen zur 'poena dupli' der 'actio ex causa depositi'*, in *RIDA*, LVI, 2009, 131 ss.
- SCHIED J., *La religione a Roma*, Bari, 1983
- SCHIED J., *Quando fare è credere. I riti sacrificali dei romani*, Roma-Bari, 2011
- SCHERILLO G., 'Res mancipi' e 'nec mancipi'. *Cose immobili e mobili*, in *Syntelesia V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1964, 83 ss. (ora anche in *Scritti giuridici. II.2. Studi di diritto romano*, Bologna 1995, 245 ss.)
- SCHERILLO G., *Locazione e precario*, in *RIL*, LXII, 1929, 382 ss.
- SCHILLING F.A., *Lehrbuch der Institutionen und Geschichte der römischen Privatrechts*, III, Leipzig, 789
- SCHÖNBERG O., *Motivierung und Quellenbenützung in der Decius episode des Livius (10.24-30)*, in *Hermes*, LXXXVIII, 1960, 217 ss.
- SCHULZ F., *Die Aktivlegitimation zur 'actio furti' im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, XXXII, 1911, 23 ss.
- SCHULZ F., *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946

- SCHULZ F., *I principii del diritto romano*, trad. it., Firenze, 2005 (rist. 1946)
- SCHULZ F., *Papinianstudien. I. Das 'Quare' und die Rationalisierung der römischen Rechtswissenschaft*, in *RIDA*, I, 1952, 557 ss.
- SCHULZ F., *Papinianstudien. II*, in *RIDA*, II, 1953, 381 ss.
- SCHUSTER M., voce *Voconius Romanus*, in *RE*, Zw.R., XVII, Stuttgart, 1961, cc. 698 ss.
- SCHWARZ F., *Die Grundlage der 'condictio' im klassischen römischen Recht*, Münster-Köln, 1952
- SCIASCIA G., '*Elegantiae iuris*', in *BIDR*, LI-LII, 1948, 372 ss.
- SEGRÉ A., *Ricerche di diritto ereditario romano*, Roma, 1930
- SEGRÉ G., *Corso di diritto romano. Le cose, la proprietà, gli altri diritti reali ed il possesso*, III, Torino, 1930
- SEGRÉ G., *Corso di diritto romano. Le garanzie personali e reali delle obbligazioni. II. Le garanzie reali*, Torino, 1935
- SEGRÉ G., *Sull'età dei giudizi di buona fede di comodato e di pegno*, in *Studi in onore di C. Fadda per il XXV anniversario del suo insegnamento*, VI, Napoli, 1906, 333 ss. (ora anche in *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, 61 ss.)
- SELL K., *Von den 'causis, ex quibus infitiatione lis crescit in duplum'*, in *Jahrbücher für historische und dogmatische Bearbeitung des römischen Rechts*, II, 1843, 1 ss.
- SENN F., *Études sur le droit de obligations. I. Étude d'un acte juridique causal. La donation a cause de mort*, Paris, 1914
- SENN F., *La notion d'amitié et ses applications dans le domaine du droit (à partir de discours de Cicéron)*, in *Annales Universitatis Saraviensis*, IV, 1955, 299 ss.
- SERRAO F., *Il 'procurator'*, Milano, 1947
- SHERWIN-WHITE A.N., *The Letters of Pliny. A Historical and Social Commentary*, Oxford, 1966
- SIBER H., *Die Passivlegitimation bei der 'rei vindicatio' als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, Leipzig, 1907
- SIBER H., *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung. II. Römisches Privatrecht*, Berlin, 1928
- SICARI A., '*Leges venditionis*'. *Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano*, Bari, 1996
- SICARI A., *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari, 2001
- SICARI A., *Prostituzione e tutela giuridica della schiava. Un problema di politica legislativa nell'impero romano*, Bari, 1991
- SIGNORINI R., '*Adsignare libertum*'. *La disponibilità del 'patronatus' tra normazione senatoria ed 'interpretatio' giurisprudenziale*, Milano, 2009
- SILVA V., *Precario con possesso e precario con detenzione*, in *SDHI*, VI, 1940, 233 ss.
- SIMONIUS P., *Die 'donatio mortis causa' im klassischen römischen Recht*, Basel, 1958
- SINI F., '*Bellum nefandum*'. *Virgilio e il problema del 'diritto internazionale antico'*, Sassari, 1991
- SINI F., «*Fetiales, quod fidei publicae inter populos praeerant*»: *riflessioni su 'fides' e 'diritto internazionale' romano (a proposito di 'bellum, hostis, pax')*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2003, 493 s.

- SITTL C., *Die Gebärden der Griechen und Römer*, Leipzig, 1890
- SOLAZZI S., *Glosse a Gaio I*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, I, Palermo, 1936, 73 ss. (ora anche in *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli, 1972, 153 ss.)
- SOLAZZI S., *Glosse a Gaio II*, in *Per il XIV centenario delle Pandette e del Codice di Giustiniano*, Pavia, 1933, 293 ss. (ora anche in *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli, 1972, 269 ss.)
- SOLAZZI S., *La compensazione nel diritto romano*², Napoli, 1950
- SPINA A., *Ricerche sulla successione testamentaria nei 'responsa' di Cervidio Scevola*, Milano, 2012
- STEINWENTER A., voce 'Latini Iuniani', in *PWRE*, XII, Stuttgart, 1925, cc. 910 ss.
- STIEVANO G., *La supposta 'devotio' di P. Decio Mure nel 279 a.C.*, in *Epigraphica*, XIII, 1951, 3 ss.
- STOLFI E., *Recensione a A. LOVATO, Studi sulle 'disputationes' di Ulpiano*, Bari, 2003, in *RDR*, III, 2003, 1 ss.
- STOLFI E., *Studi sui 'libri ad edictum' di Pomponio. I. Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002
- STOLL H., *Recensione a V.A. GEORGESCO, Essai d'une théorie générale des 'leges privatae'*, Paris, 1932, in *ZSS*, LIII, 1933, 582 ss.
- STUMP E., *Boethius's. In Ciceronis 'Topica'. Translated, with Notes and an Introduction*, Ithaca - London, 1988
- SYME R., *Pliny's less Successful Friends*, in *Historia*, IX, 1960, 363 ss.
- SYME R., *Tacitus*, Oxford, 1958
- SYME R., *The Roman Revolution*, Oxford, 1939

T

- TAFARO S., *La 'interpretatio' ai 'verba' 'quanti ea res est' nella giurisprudenza romana. L'analisi di Ulpiano*, Napoli, 1980
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990
- TALAMANCA M., *La 'bona fides' nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 1 ss.
- TALAMANCA M., *Le dodici tavole ed i negozi obbligatori*, in *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia 2005, 331 ss.
- TALAMANCA M., *Osservazioni sulla legittimazione passiva nelle 'actiones in rem'*, in *SUC*, XLIII, 1964, 133 ss.
- TALAMANCA M., *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR*, LXXX, 1977, 195 ss.
- TALAMANCA M., *Recensione a F. PETERS, Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, Köln-Wien, 1973, in *Iura*, XXIV, 1973, 364 ss.
- TALAMANCA M., *Recensione a M. MARRONE, 'Actio ad exhibendum'*, in *AUPA*, XXVI, 1957, in *Iura*, X.2, 1959, 268 ss.
- TALAMANCA M., *Recensione a P. FREZZA, Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. II. Garanzie reali*, Milano, 1963, in *Iura*, XV, 1964, 375 ss.
- TALAMANCA M., *Ricerche in tema di 'compromissum'*, Milano, 1958
- TALAMANCA M., voce 'Actio ad exhibendum', in *Noviss. dig. it.*, I.1, Torino, 1957, 255 ss.

- TALAMANCA M., voce *Processo civile (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 1 ss.
- TALAMANCA M., voce *Vendita in generale (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 303 s.
- TALBERT R.J.A., *The Senate of Imperial Rome*, Princeton, 1984
- TÄUBLER E., *Imperium Romanum'. Studien zur Entwicklungsgeschichte des römischen Reichs. I. Die Staatsverträge und Vertragsverhältnisse* Leipzig-Berlin, 1913
- TELLEGEN J.W., *'Fiducia cum filio contracta' dans Pline le Jeune 10.4*, in *Labeo*, XLIII, 1997, 225 ss.
- TERRANOVA F., *Il ruolo del 'familiae emptor' nel 'testamentum per aes et libram'*, in *'Fiducia', 'trusts', affidamenti. Un percorso storico-comparatistico*, a cura di M.L. Biccari, Urbino, 2015, 237 ss.
- TERRANOVA F., *Ricerche sul 'testamentum per aes et libram'. I. Il ruolo del 'familiae emptor' (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino, 2011
- TERRANOVA F., *Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta 'mancipatio familiae'*, in *AUPA*, LIII, 2009, 301 ss.
- THOMAS J.A.C., *'Furtum pignoris'*, in *TJ*, XXXVIII, 1970, 135 ss.
- THOMAS J.A.C., *'Furtum pignoris': a Commentary on the Commentaries*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, I, Milano, 1982, 585 ss.
- TOMULESCU C.ST., *'Nexum' bei Cicero*, in *Iura*, XVII, 1966, 39 ss.
- TOMULESCU C.ST., *Les rapports de la 'mancipatio' et de la monnaie dans l'ancien droit romain*, in *RIDA*, XVI, 1969, 345 ss.
- TONDO S., *'Pignus' e 'precarium'*, in *Labeo*, V, 1959, 157 ss.
- TONDO S., *Aspetti simbolici e magici nella struttura giuridica della 'manumissio vindicta'*, Milano, 1967
- TONDO S., *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano, 1959
- TRAMPEDACH F., *Die 'condictio incerti'*, in *ZSS*, XVII, 1896, 97 ss.
- TRIFONE R., voce *Fedecommesso (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1957, 188 ss.
- TRISCIUOGGIO A., *'Fideiussio iudicio sistendi causa' e idoneità del fideiussore nel diritto giustiniano e nella tradizione romanistica*, Napoli, 2009
- TUORI K., *The Magic of 'Mancipatio'*, in *RIDA*, LV, 2008, 499 ss.

V

- VACCA L., *'Iusta causa' e 'bona fides' nell'usucapio' romana a proposito del titolo 'pro suo'*, in *'Sodalitas'. Scritti in onore di A. Guarino*, IV, Napoli, 1984, 1955 ss. (ora anche in *Possesso e tempo nell'acquisto della proprietà. Saggi romanistici*, Padova, 2012, 47 ss.)
- VACCA L., *Il c.d. 'duplex dominium' e l'actio Publiciana'*, in *La proprietà e le proprietà. Atti del Convegno della Società Italiana di Storia del diritto (Pontignano, 30 settembre - 3 ottobre 1985)*, a cura di E. Cortese, Milano, 1988, 39 ss. (ora anche in *Possesso e tempo nell'acquisto della proprietà. Saggi romanistici*, Padova, 2012, 47 ss.)
- VACCA L., *Osservazioni in tema di 'condictio' e arricchimento senza causa nel diritto romano classico*, in *L'arricchimento senza causa. Atti del Convegno dell'Università degli Studi di Roma*

- Tre (Roma, 24-25 ottobre 2003), a cura di V. Mannino, Torino, 2005, 7 ss. (ora anche in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, Padova, 2006, 573 ss.)
- VACCA L., Osservazioni in tema di 'iusta causa' e 'bona fides' in relazione all'usucapio pro derelicto', in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, 775 ss. (ora anche in *Possesso e tempo nell'acquisto della proprietà. Saggi romanistici*, Padova, 2012, 47 ss.)
- VACCA L., voce *Usucapione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 989 ss. (ora anche in *Possesso e tempo nell'acquisto della proprietà. Saggi romanistici*, Padova, 2012, 47 ss.)
- VALIÑO A., 'Servus communis uni ex dominis furtum fecerit'. Exegese zu Afr. 8 'quaest.' D. 47.2.62 pr., in 'Liber amicorum' D. Pugsley, Salzburg, 2013, 11 ss.
- VALIÑO E., *Las relaciones básicas de las acciones adyecticias*, in *AHDE*, XXXVIII, 1968, 377 ss.
- VALVO A., 'Fides', 'foedus', 'per Iovem lapidem iurare', in *Autocoscienza e rappresentazione dei popoli nell'antichità*, Milano, 1992, 115 ss.
- VAN OVEN J.C., 'Locatio conductio rei suae', in *TR*, XXVI, 1958, 322 ss.
- VARVARO M., *La compravendita di animali appartenenti alle 'res mancipi' in Varrone e in Gaio alla luce della corrispondenza fra Baviera, Pernice e Mommsen*, in *AUPA*, LVI, 2013, 301 ss.
- VASSALLI F., 'Dies vel condicio'. Lineamenti della dottrina romana della condizione, in *BIDR*, XXVII, 1914, 192 ss.
- VASSALLI F., *Delle obbligazioni di genere in diritto romano*, in *Studi Senesi*, XXVI, 1909, 51 ss.
- VENDRAND-VOYER J., 'Possessio pro suo', in 'Sodalitas'. *Scritti in onore di A. Guarino*, III, Napoli, 1984, 1403 ss.
- VERSNEL H.S., *Self-sacrifice, Compensation and the Anonymous Gods*, in *Le sacrifice dans l'antiquité*, in *Entretiens sur l'antiquité classique*, XXVII, Genève, 1981, 143 ss.
- VERSNEL H.S., *Two Types of Roman 'Devotio'*, in *Mnemosyne*, XXIX, 1976, 365 ss.
- VIARO S., *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova, 2011
- VIARO S., *L'arbitratus de restituendo' nelle formule del processo privato romano*, Napoli, 2012
- VISMARA G., *Storia dei patti successori*, Milano, 1986 (rist. 1941)
- VOCI P., 'Conditiones' e possesso, in *SDHI*, LXXI, 2005, 17 ss.
- VOCI P., 'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. I dati fondamentali, in *SDHI*, LVI, 1990, 29 ss.
- VOCI P., 'Iusta causa traditionis' e 'iusta causa usucapionis', in *SDHI*, XV, 1949, 141 ss.
- VOCI P., *Diritto ereditario romano. I. Introduzione. Parte generale²*, Milano, 1960
- VOCI P., *Diritto ereditario romano. II. Parte speciale. Successione 'ab intestato', successione testamentaria²*, Milano, 1963
- VOCI P., *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952
- VOCI P., voce *Fedecommesso (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, 103 ss.
- VOIGT M., *Die Begriffe von 'fides'*, in *Das 'ius naturale, aequum et bonum' und 'jus gentium' der Römer*, IV, Leipzig, 1875, 377 ss.
- VOIGT M., *Die XII Tafeln. II. Das Zivil- und Kriminalrecht der 12 Tafeln*, Leipzig, 1883 (rist. Aalen 1966)
- VON BESELER G., 'Confestim - Continuo', in *ZSS*, LI, 1931, 188 ss.
- VON BESELER G., 'Fides', in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano (Bologna e Roma, 22-23 aprile 1933)*, I, Pavia, 1934, 135 ss.

- VON BESELER G., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910; II, Tübingen, 1911; III, Tübingen, 1913; IV, Tübingen, 1920
- VON BESELER G., *Einzelne Stellen*, in ZSS, LXVI, 1948, 535 ss.
- VON JHERING R., *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, Giessen, 1867
- VON KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI J., *Die 'condictio' als Bereicherungsklage im römischen Recht*, I, Weimar, 1903
- VON MEYERFELD F.W.L., *Die Lehre von den Schenkungen*, Marburg, 1835
- VON STINTZING R., *Das Wesen von 'bona fides' und 'titulus' in der römischen Usucapionslehre. Historisch-dogmatischer Versuch*, Heidelberg, 1852
- W
- WACKE A., *Die Rechtswirkungen der 'lex Falcidia'*, in *Studien im römischen Recht. M. Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern*, Berlin, 1973, 209 ss.
- WALBANK F.W., *A Historical Commentary on Polybius. I. Commentary on Book I-VI*, Oxford, 1957
- WALDE A. - HOFMANN J.B., *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*³, I, Heidelberg, 1938
- WALDE A. - HOFMANN J.B., *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*³, II, Heidelberg, 1954
- WATSON A., *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, 1961
- WATSON A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965
- WATSON A., *The Origins of 'fiducia'*, in ZSS, LXXIX, 1962, 329 ss.
- WIEACKER F., *Römische Rechtsgeschichte, Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur*, München, 1988
- WILLIAMS C., *Friends of the Roman People. Some Remarks on the Language of 'amicitia'*, in *Freundschaft und Gefolgschaft in den auswärtigen Beziehungen der Römer*, a cura di A. Coskun, Frankfurt am Main, 2008, 29 ss.
- WINKEL L., *'Usucapio pro suo' and the Classification of the 'causae usucapionis' by the Roman Jurists*, in *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for B. Nicholas*, Oxford, 1989, 215 ss.
- WINKLER K. - STUIBER A., voce *'Devotio'*, in RLAC, III, Stuttgart, 1957, 849 ss.
- WISSOWA G., voce *'Devotio'*, in PWRE, V, Stuttgart, 1905, cc. 277 ss.
- WOLF J.G., *Der neue pompejanische Urkundenfund. Zu Camodecas 'Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii'*, in ZSS, CXVIII, 2001, 102 ss.
- WOLF J.G., *Die 'manumissio vindicta' und der Freiheitsprozeß. Ein Rekonstruktionsversuch*, in *'Libertas'. Grundrechtliche und rechtsstaatliche Gewährungen in Antike und Gegenwart*, a cura di O Behrends e M. Diesselhorst, Ebelsbach, 1991, 61 ss.
- WOLF J.G., *La 'in iure cessio'. Considerazioni su un negozio giuridico arcaico*, in Iura, LXI, 2013, 1 ss.
- WOLFF H.J., *The 'Constitutive' Effect of 'in iure cessio'*, in Tulane Law Review, XXXIII, 1959, 525 ss.

WOLFF J., 'Trust', 'fiducia' und fiduziarische Treuhand. Historisch-rechtsvergleichende Untersuchung mit einer Darstellung des 'Trust' in Schottland sowie des römischen und österreichischen Fideikommiss, Frankfurt a.M.-Berlin-Bern-Wien, 2005

WUBBE F., 'Usureceptio' und relatives Eigentum, in *TJ*, XXVIII, 1960, 13 ss.

WUBBE F., *Der Streitwert bei der 'actio Serviana'*, in *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag*, a cura di D. Medicus e H.H. Seiler, München, 1976, 179 ss.

Y

YARON R., 'Donatio sola cogitatione mortalitatis', in *RIDA*, XIII, 1966, 369 ss.

YARON R., *Gifts in Contemplation of Death in Jewish and Roman Law*, Oxford, 1960

YARON R., *Some remarks on 'donatio mortis causa'*, in *RIDA*, III, 1956, 493 ss.

Z

ZABLOCKI J., *Procedura esecutiva nella legge delle XII Tavole*, in *Studi in onore di A. Metro*, a cura di C. Russo Ruggeri, VI, Milano, 2010, 513 ss.

ZAMORANI P., 'Precario habere', Milano, 1969

ZANNINI P., *Spunti critici per una storia del 'commodatum'*, Milano, 1983

ZANON G., *Indicazioni di metodo giuridico dalla 'Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti'*, Napoli, 2009

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

ZILIIOTTO P., *Stima del corpo e del danno al corpo dell'uomo libero*, in *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, a cura di L. Garofalo, I, Pisa, 2015, 59 ss.

ZIMMERMANN M., *Der Rechtserwerb hinsichtlich eigener Sachen. 'Rei suae sive de re sua contractum consistere non potest'*, Berlin, 2001

ZOZ M.G., *Eccezione di dolo generale e 'replicatio doli'*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, 489 ss.

ZUCCOTTI F., *Il giuramento in Grecia e nella Roma pagana: aspetti essenziali e linee di sviluppo*, in *Seminari di storia e di diritto. II. Studi sul giuramento nel mondo antico*, Milano, 1998, 1 ss.

ZUCCOTTI F., *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico. Elementi per uno studio comparatistico*, Milano, 2000, 115 ss.

ZUCCOTTI F., *Vivagni. VIII*, in *RDR*, VIII, 2008, 15 ss.

ZURLI L., 'Ius iurandum patrare, id est sancire foedus' (Liv. 1.24.6), in *RbM*, CXXIII, 1980, 337 ss.

ZURLI L., *Sulla formula del negozio fiduciario*, in *Il linguaggio dei giuristi romani. Atti del Convegno internazionale (Lecce, 5-6 dicembre 1994)*, Lecce, 2000, 185 ss.

INDICE DELLE FONTI

I. FONTI GIURIDICHE PREGIUSTINIANEE

Codex Theodosianus

8.12.8: 176, nt. 18

15.14.9: 8, nt. 30

Collatio legum Mosaicorum et Romanorum

2.3.1: 257; 254, nt. 16; 301

10.2.1: 292

10.2.2: 292; 303

10.7.11 (= Paul Sent. 2.12.11): 122; 124; 130;
283; 300

Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti

6.8: 234

Gai Institutiones

1.17: 228 nt. 212

1.19: 169, nt. 75

1.35: 218, nt. 212; 219

1.37-41: 169, nt. 75

1.113-114: 37

1.113: 18, nt. 28; 27

1.114-115: 7, nt. 29; 27

1.115a: 38

1.119: 18, nt. 28; 19; 20, nt. 33; 54

1.120: 20

1.121: 20, nt. 32

1.122: 20, nt. 33

1.123: 27 e nt. 58

1.140: 7, nt. 29; 28; 254, ntt. 15 e 16

1.167: 218, nt. 212

1.172: 7, nt. 29; 28

1.192: 57, nt. 178

2.14a-23: 57, nt. 178

2.14a-16: 57, nt. 179

2.15-16: 57, nt. 179

2.20: 58

2.24: 20, nt. 32; 53 s. e nt. 169; 54

2.25: 18, nt. 24; 47, nt. 149

2.31: 180, nt. 25

2.33: 27; 176, nt. 19

2.44 ss.: 13; 295

2.44: 212, nt. 197

2.59-60: 47; 98; 132; 295; 298; 299

2.59: 14; 36; 47, nt. 149

2.60: 2; 7; 64; 90; 124; 126; 132, nt. 285;

134; 136, nt. 302; 142; 144, nt. 344; 145,

nt. 347; 149; 239, nt. 305; 255; 274;

276; 301; 302

2.61: 13

2.87: 250, nt. 6

2.93: 194, nt. 109

2.101: 41; 43, nt. 131

2.102-108: 41, nt. 124

2.102: 27; 41 s.; 43; 49

2.103: 42

2.104: 23, nt. 46; 24, nt. 48; 27; 43; 44

2.105-108: 43

2.123-143: 252, nt. 9

2.220: 7; 36; 91; 235; 290 s. e nt. 138; 300

2.232: 184, nt. 46; 197, nt. 120

2.254-257: 252, nt. 9

2.278: 97, nt. 140

3.100: 184, nt. 46; 187, nt. 120

3.158: 152

3.160: 152

3.167a: 92, nt. 112

3.196: 123, nt. 236

3.201: 7; 36; 47, nt. 153; 60, nt. 188; 242;
243; 298 e nt. 165; 300

4.11: 284 e nt. 99

4.16: 20, nt. 32; 55

4.33: 7; 284 e nt. 99

4.62: 7; 201, nt. 138; 289; 301

4.78: 69, nt. 24

4.82: 116

4.83: 117

4.84: 117, nt. 216

4.182: 7; 294

Pauli Sententiae

2.5.1: 95

2.12.11 (= Coll. 10.7.11): 122; 125; 283

2.13.6: 88, nt. 99; 90; 233, nt. 278; 290

2.13.7: 290

2.17.15: 234; 235

2.26.3: 267

5.1.1: 259; 301

5.7.5: 132, nt. 284

Lex XII Tabularum (FIRA)

6.1: 21; 39; 51; 53; 299

6.3: 295

Tituli ex corpore Ulpiani

1.16: 218 e nt. 212

19.3: 176, nt. 30

19.4-5: 19, nt. 31

19.6: 20, nt. 32

19.7: 181, nt. 31

19.9: 53, nt. 172; 182, nt. 34

20.2-9: 41, nt. 125

20.2: 41, nt. 126; 42, nt. 130
 20.3-8: 43
 20.3: 41, nt. 124; 44, nt. 137
 20.9: 41, nt. 124; 42, nt. 134; 44, nt. 137
 22.8: 218, nt. 212
 22.14: 252, nt. 9
 24.26: 193, nt. 106
 28.6: 41, nt. 124; 44, nt. 137

Vaticana Fragmenta

18: 8, nt. 30
 37: 8, nt. 30
 46: 197, nt. 106
 47-47a: 176, nt. 19
 50: 20, nt. 33; 27; 53; 55
 61: 176, nt. 25
 62: 56, nt. 176
 75.4: 92
 90: 194, nt. 109
 158: 267 e nt. 17
 283: 180, nt. 43
 313: 177, nt. 28; 178, nt. 36
 318: 117
 329: 117
 334a: 155

II. FONTI GIURIDICHE GIUSTINIANEE

Codex Iustiniani

const. *Cordi* 2: 209, nt. 164
 3.1.2: 209, nt. 162
 4.57.2: 171
 4.57.3.1: 171
 5.13.1.2: 210, nt. 168
 6.54.7: 191, nt. 90
 6.50.5: 211, nt. 175
 7.11.4: 174
 7.25.1: 61
 7.31.1: 8, nt. 31
 7.31.1.3: 218, nt. 201
 7.31.1.5: 61
 8.35(36).3: 209; 210
 8.54(55).2: 184, nt. 43
 8.56.2: 211, nt. 175

Digesta Iustiniani

const. *Tanta/Δέδωκεν*: 209, nt. 164
 const. *Omnem* 2: 209, nt. 164
 1.1.12: 277
 1.7.34: 256; 301
 2.8.15 pr.: 137, nt. 308

2.8.15.1-7: 137, nt. 310
 2.8.15.1: 137
 2.8.15.2: 137; 144; 227; 300
 2.8.15.3: 139, ntt. 319 e 321
 2.9.2.1: 79, nt. 70
 2.11.14: 114
 2.14.7.2: 200 e nt. 135
 2.14.48: 29, nt. 69
 2.15.8.15: 131, nt. 278
 3.3.1 pr.-3: 118
 3.3.1 pr.: 119
 3.3.35: 117
 3.5.31 pr.: 131, nt. 278
 4.3.9.4: 131, nt. 278
 4.4.11.1: 167; 169, nt. 76
 4.4.50 pr.: 131, nt. 278
 4.7.1: 109
 4.7.2: 109
 4.7.3 pr.: 108, nt. 186
 4.7.3.1: 108, nt. 185
 4.7.3.2: 109, nt. 187
 4.7.3.3: 109, nt. 188
 4.7.3.4: 108; 109 s.
 4.7.4 pr.: 108, nt. 185
 4.7.4.1: 108, nt. 185; 109; 110 s.
 4.7.4.2: 110, nt. 193
 4.7.4.3: 107; 111; 117; 119; 120; 127; 303
 4.7.4.4: 111
 4.7.4.5: 110
 4.7.4.6: 109, nt. 190
 4.7.4.11: 109, nt. 191
 4.7.8: 106, nt. 182
 4.7.8.1: 108, nt. 183
 4.7.8.3: 108, nt. 185
 4.7.8.4: 110
 4.7.9: 106, nt. 182
 5.1.41: 201; 202
 5.1.56: 118
 5.3.19 pr.: 131, nt. 278
 5.6.1: 252, nt. 9
 6.1.9: 189, ntt. 94 e 95
 6.1.65 pr.: 131, nt. 278
 6.2.7.3: 213, nt. 200; 218
 6.2.9.1: 131, nt. 278
 6.2.11.3: 214, nt. 201
 7.1.1: 193, nt. 106
 7.1.3 pr.: 176, nt. 25
 7.1.12.2: 209, nt. 180
 7.1.13 pr.: 191; 195, nt. 112
 7.1.13.2: 188, nt. 93
 7.3.1.3: 56, nt. 176
 7.4.1 pr.: 176, nt. 25
 7.4.1.1: 56, nt. 176
 7.5.1: 193, nt. 106
 7.5.3: 193, nt. 106

INDICE DELLE FONTI

- 7.5.5.1: 192, nt. 105; 193 e nt. 108; 194, nt. 108
 7.5.7: 193, nt. 106
 7.5.9: 193, nt. 106
 7.5.11: 193, nt. 106
 7.7.5: 223, nt. 229
 7.9.1 pr.: 187, nt. 88; 196, nt. 114
 7.9.1.2: 187, ntt. 89 e 90
 7.9.1.7: 196, nt. 113
 7.9.3 pr.: 196, nt. 114
 7.9.7 pr.: 188; 191 e nt. 102; 194, nt. 109; 197; 198; 199
 7.9.7.1: 196, nt. 114
 7.9.9 pr.-1: 187, nt. 89
 7.9.9.1: 195
 7.9.9.4: 195, nt. 112
 7.9.12: 190, nt. 102; 192 e nt. 105; 193 e nt. 108; 194, nt. 108
 8.2.17.3: 28
 8.2.35: 28, nt. 65
 9.1.1.15: 79, nt. 67
 9.1.3: 254, nt. 18
 9.3.1.5: 254, nt. 18
 9.3.7: 254, nt. 18
 9.4.21 pr.: 79, nt. 68
 9.4.22 pr.-2: 75; 77; 78; 81; 82
 9.4.22 pr.: 77; 80; 81; 82; 144, nt. 344
 9.4.22.1: 80
 9.4.22.2: 81, nt. 74
 9.4.22.3-4: 80
 9.4.22.3: 81 e nt. 74
 9.4.28: 79, nt. 70
 10.2.28: 91, nt. 110
 10.2.28 pr.: 131, nt. 278; 291, nt. 138
 10.2.29 pr.: 131, nt. 278
 10.3.15: 140
 10.4.3.7: 79, nt. 69
 10.4.5.1: 198, nt. 109
 12.1.1.1: 281, nt. 89
 12.1.29: 140
 12.1.30: 140
 12.1.41: 135, nt. 299
 12.3.7: 115
 12.4.5 pr.: 159
 12.4.5.1: 31, nt. 76; 157; 162
 12.4.5.2-4: 161
 12.4.5.2: 157; 159
 12.4.5.3-4: 157; 159
 12.5.6: 192, nt. 105; 193, nt. 108
 12.5.9: 140
 13.1.1: 192, nt. 105
 13.3.2: 192, nt. 105
 13.5.1 pr.: 277, nt. 69
 13.5.20: 140
 13.6.5.2: 292
 13.6.18 pr.: 103, nt. 161; 292
 13.6.18.1: 103; 104
 13.6.22: 68; 72, nt. 33; 74
 13.7.1 pr.: 143, nt. 339
 13.7.1.1-2: 143, nt. 339
 13.7.1.1: 143, nt. 339
 13.7.1.2: 143, nt. 339
 13.7.6.1: 100; 101, nt. 154
 13.7.7: 100, ntt. 152 e 154
 13.7.8 pr.: 290
 13.7.8.1: 290
 13.7.22: 298, nt. 165
 13.7.22.1: 36, nt. 103; 131, nt. 279
 13.7.22.2: 129, nt. 268; 219; 237, nt. 290
 13.7.22.3: 290
 13.7.25: 290
 13.7.31: 67; 70; 72; 73 e nt. 40; 74; 85; 290; 302
 13.7.35: 140, nt. 324; 149; 151
 13.7.36: 151
 13.7.36 pr.: 147, nt. 352
 13.7.36.1: 150; 151
 13.7.37: 82; 140; 141; 145; 146; 147; 148; 300
 13.7.39: 293
 13.7.42: 100, nt. 154
 14.2.2.2: 254, nt. 18
 14.3.14: 140
 15.1.27 pr.: 102
 15.1.36: 103; 285
 15.1.47: 140
 15.4.5 pr.-1: 140
 16.3.1.1: 123 e nt. 240
 16.3.1.45: 105
 16.3.1.46: 105
 16.3.1.47: 104; 105; 106
 16.3.2: 106
 16.3.3: 106
 16.3.4: 144
 16.3.15: 246; 303
 17.1.8.3: 115
 17.1.27: 154, nt. 8
 17.1.27.1: 28; 150; 152; 153; 154; 155; 156; 161; 164; 168; 300
 17.1.30: 151, nt. 9; 153 s.; 155; 156; 161
 17.1.39: 112
 17.1.45 pr.-2: 140
 17.1.45.3-5: 140
 17.1.45.6-8: 140
 17.1.57: 183, nt. 65
 18.1.33: 29
 18.1.57: 140
 18.5.3: 156, nt. 32
 18.7.3: 167
 18.7.4: 168, nt. 76
 18.7.7: 161, nt. 52

- 18.7.8: 164
 19.4.2: 1440
 20.1.13.5: 202
 20.1.16.3: 202, ntt. 149 e 150
 20.1.21.3: 202, nt. 149
 20.3.5: 255, nt. 19
 20.4.12.1: 202, nt. 149
 20.4.13: 140
 21.2.66.2: 183, nt. 65
 21.2.75: 28
 22.1.3.1: 190, nt. 101
 22.1.91: 183, nt. 65
 22.2.9: 134, nt. 293
 23.3.17 pr.: 293
 22.3.27: 99 s.
 23.3.50.1: 36, nt. 103; 131, nt. 279
 23.3.67: 213, nt. 199
 24.1.1: 227, nt. 239
 24.1.3.9: 229, nt. 255
 24.1.9.2: 223, nt. 227; 227 e nt. 241
 24.1.11: 171, nt. 1; 223, nt. 227
 24.1.11.1: 228 e nt. 246; 229; 236
 24.1.11.2-7: 228; 250, nt. 5
 24.1.11.2: 228 e nt. 248; 236, nt. 287
 24.1.11.3: 228 e nt. 249
 24.1.11.4: 228 e nt. 250
 24.1.11.5: 229 e nt. 251
 24.1.11.6: 229 e nt. 252; 236, nt. 287
 24.1.11.7: 229 e ntt. 253 e 254
 24.1.11.8: 235; 239; 236; 237, nt. 327; 251, nt. 9; 253; 301; 302
 24.1.19: 250, nt. 6
 24.1.22: 223, nt. 227
 24.1.25: 214, nt. 202; 222
 24.1.44: 215, nt. 202
 24.1.49: 249; 301; 302
 24.1.92: 171, nt. 1
 24.3.55: 140
 26.7.37.1: 183, nt. 65
 27.3.5: 94
 27.3.15: 95
 27.4.6: 140
 27.9.13.1: 183, nt. 66
 28.1.21 pr.: 22, nt. 46; 24, nt. 48
 28.2.3: 252, nt. 9
 28.4.3: 249, nt. 1
 28.5.73(72): 223, nt. 229
 28.6.6: 222, nt. 224; 223, nt. 229
 30.110: 69; 72
 31.26: 198
 31.53 pr.: 223, nt. 229
 32.11.15: 199, nt. 129
 32.37.5: 98
 32.78.4: 89, nt. 103
 32.85: 87, nt. 99
 33.2.1: 193, nt. 106
 33.7.16 pr.: 89, nt. 103
 33.9.3 pr.: 89, nt. 103
 33.9.3.9: 89, nt. 103
 33.10.3.3: 89, nt. 103
 33.10.3.5: 89, nt. 103
 33.10.7 pr.: 87, nt. 103
 33.10.7.1: 89, nt. 103
 33.10.8: 89, nt. 103
 33.10.9.1: 89, nt. 103
 33.10.9.2: 47, nt. 149; 86; 87, nt. 99; 90, nt. 109; 302
 34.2.19.8: 89, nt. 103
 34.2.19.11: 89, nt. 103
 34.2.25.10: 89, nt. 103
 34.2.27.6: 89, nt. 103
 34.3.21.1: 223, nt. 229
 34.3.28.8: 98
 35.1.62.1-2: 223, nt. 229
 35.1.64 pr.: 223, nt. 229
 35.2.16: 207, nt. 176
 35.2.69: 193, nt. 106
 35.2.73.5: 207, nt. 176
 35.3.3.10: 192, nt. 104
 36.1.80(78).1: 96 s.; 251, nt. 9
 36.2.2: 56, nt. 176
 36.3.18 pr.: 100 e nt. 148
 37.14.7 pr.: 31, nt. 76
 37.14.8.1: 166, nt. 69
 37.14.10: 223, nt. 229
 38.1.13 pr.: 166
 38.16.3.3: 166, nt. 69
 38.2.41: 181, nt. 50
 39.2.9.5: 188, nt. 93
 39.5.18: 162, nt. 54; 224; 254
 39.5.18 pr.-3: 208
 39.5.18 pr.-1: 3, nt. 11; 153; 161; 162; 163; 253; 301; 302
 39.5.18 pr.: 209, nt. 183
 39.5.18.1: 170; 211; 215; 220, nt. 216; 224; 241
 39.5.18.2: 208; 215; 217; 220; 222; 225; 226; 241 e nt. 308; 242; 301
 39.6.1 pr.: 171, nt. 1
 39.6.2: 227 e nt. 242; 228, nt. 246
 39.6.18 pr.: 247, nt. 327
 39.6.19: 248, nt. 327
 39.6.26: 171, nt. 1
 39.6.30: 247, nt. 327
 39.6.32: 179, nt. 39
 39.6.35: 171, nt. 1
 39.6.37.1: 247, nt. 327
 39.6.39: 247, nt. 327

INDICE DELLE FONTI

- 39.6.42 pr.: 47, nt. 149; 88, nt. 99; 172; 199;
202; 204; 205; 206; 208; 239; 240; 241;
243; 301; 302
- 39.6.43: 223, nt. 227; 228, nt. 245
- 40.1.10: 166, nt. 69
- 40.1.13: 113; 168
- 40.1.20 pr.: 167
- 40.2.9: 168, nt. 75
- 40.2.20.1: 166, nt. 69
- 40.5.2: 166, nt. 69
- 40.5.30: 166, nt. 69
- 40.8.1: 140
- 40.8.3: 166
- 40.8.8: 167
- 40.9.7.1: 169
- 40.9.16.1: 169
- 40.9.24: 223, nt. 229
- 40.9.30 pr.: 166
- 40.12.38 pr.-1: 166, nt. 69
- 41.1.31 pr.: 58
- 41.1.36: 246, nt. 325
- 41.1.57: 250, nt. 6
- 41.2.1.21: 273, nt. 51
- 41.2.3.1: 273, nt. 51
- 41.2.3.5: 80 e nt. 73
- 41.2.3.21: 213
- 41.2.36: 36, nt. 103; 129; 133; 135; 138; 139;
141, ntt. 329 e 332; 145; 216; 217; 219;
224; 300
- 41.2.41: 273
- 41.3.4.3: 225
- 41.3.13 pr.-2: 145 s.
- 41.3.13: 141; 144; 145; 146;
- 41.3.13 pr.: 140; 144; 300
- 41.3.13.1-2: 140, nt. 323; 146
- 41.3.16: 131, nt. 280; 135, nt. 298
- 41.3.27: 213, nt. 199; 215
- 41.3.33 pr.: 142; 225
- 41.3.33.4: 131, nt. 280
- 41.3.48: 213, nt. 199; 225
- 41.4.2 pr.: 213, nt. 199
- 41.4.2.15: 225
- 41.4.11: 213, nt. 199
- 41.5.2.2: 214, nt. 202
- 41.6.1 pr.: 215
- 41.6.1.2: 214, nt. 202
- 41.6.2: 213, nt. 200; 222
- 41.6.3: 213, nt. 200; 214, nt. 202; 218; 223
- 41.8.2: 213, nt. 199
- 41.10.3: 213, nt. 199
- 41.10.4: 213, nt. 199
- 41.10.4.2: 213, nt. 199
- 41.10.5 pr.: 213, nt. 199
- 41.10.5.1: 213, nt. 199
- 42.1.8: 140
- 43.16.1.14: 118, nt. 220
- 43.26.1: 209, nt. 180
- 43.26.2 pr.-2: 166, nt. 54
- 43.26.2.2: 209, nt. 182
- 43.26.2.3: 162, nt. 54
- 43.26.11: 296, nt. 155
- 43.26.14: 209, nt. 180
- 43.26.15 pr.: 209, nt. 182
- 43.26.18: 133; 300
- 44.4.4.8: 88, nt. 99; 126 e nt. 258; 292
- 44.4.4.13: 199, nt. 130
- 44.4.8 pr.: 197, nt. 119
- 44.4.11 pr.: 114
- 44.4.17.1: 100 e nt. 149
- 44.7.12: 106
- 44.7.16: 36, nt. 103; 131, nt. 278; 133; 134;
135; 136; 300
- 44.7.45: 140
- 45.2.11 pr.: 183, nt. 65
- 45.3.5: 91 s.; 93
- 45.3.6: 91; 92; 94
- 45.3.17: 92
- 45.3.28.4: 134, nt. 293
- 46.3.12.4: 118, nt. 220
- 46.3.61: 140
- 46.7.3.2: 118
- 46.7.3.3: 119
- 46.8.8.1: 183, nt. 67
- 47.2.12.2: 84
- 47.2.14.6: 83; 84
- 47.2.14.11: 209, ntt. 180 e 182
- 47.2.15 pr.: 84, nt. 87
- 47.2.46.4: 84
- 47.2.62(61): 72, nt. 35
- 47.2.62(61) pr.: 71, nt. 35
- 47.2.62(61).1: 72; 73 e nt. 40; 290
- 47.2.62(61).2: 70
- 47.2.62(61).5: 68; 74
- 47.2.87(86): 225
- 49.1.4.5: 114
- 50.15.5 pr.: 183, nt. 65
- 50.15.8 pr.: 259
- 50.16.19: 200
- 50.16.90: 28
- 50.16.126: 28
- 50.16.181: 85 s.
- 50.16.223.1: 267; 272
- 50.17.73.4: 29
- 50.17.123 pr.: 115
- 50.17.152.2: 118, nt. 220
- 50.17.154: 199, nt. 130
- 50.17.171: 140
- 50.17.172: 140
- 50.17.173: 197, nt. 119

Institutiones Iustiniani

const. *Imperatoriam maiestatem* 3: 209, nt. 164
1.6.4-7: 169, nt. 75
2.4.1: 177, nt. 25
2.4.2: 193, nt. 106
2.7.1: 171, nt. 1
2.10.1-11: 41, nt. 125
2.13 pr.: 252, nt. 9
2.16.13: 213, nt. 201
4.6.2: 189, nt. 95; 190, nt. 96
4.6.7: 202, nt. 148
4.10 pr.: 116

III. FONTI GIURIDICHE BIZANTINE

Basilicorum Libri LX

47.1.17 (Heimb. III, 570): 164

Scholia ad Basilicorum Libros LX

1 *ad Bas.* 16.1.13 (BS. III, 931. = *Zach. Suppl.* 70 = *Suppl. cur.* Miglietta 86): 188, nt. 93
1 *ad Bas.* 47.3.42 (BS. VII, 2804 = Hb. VI, 611): 204 e nt. 157
3 *ad Bas.* 47.3.42 (BS. VII, 2805 = Hb. VI, 612): 204 e nt. 158

IV. FONTI LETTERARIE LATINE

[Auctor]

Rhetorica ad Herennium

2.12.30: 116

Boethius

In Ciceronis Topica

4.10.41: 10, nt. 44; 14; 45; 46 s.; 64 s.; 126; 138, nt. 318; 274; 275, nt. 58; 276, nt. 62; 299; 301

Cicero

De finibus bonorum et malorum

2.19.55: 44, nt. 139
2.19.58: 44, nt. 139
2.19.61: 26, nt. 55

De natura deorum

3.30.74: 289; 301

De officiis

1.7.23: 277, nt. 66
1.10.31: 121
1.34.124: 279, nt. 82
2.24.84: 277, nt. 66
3.10.43-44: 279, nt. 82
3.15.61: 10, nt. 42; 201, nt. 138; 285; 288; 300
3.16.65: 27; 126
3.16.67: 22, nt. 40
3.17.70: 10, nt. 42; 50; 205, nt. 138; 285; 288; 289; 300
3.25.95: 121
3.29.104: 280, nt. 86
3.31.111: 280, nt. 86

De oratore

1.39.178: 22, nt. 40; 28
1.39.179: 22, nt. 40
1.57.245: 24, nt. 49

De provinciis consularibus

9.21: 270, nt. 34

De re publica

2.14: 36, nt. 100
6.6: 36, nt. 100

Epistulae ad familiares

6.16: 275, nt. 56
7.12: 285; 288; 300

In Verrem

2.5.58.153: 269, nt. 28

Laelius de amicitia

20: 264, nt. 3
52: 275, nt. 56

Pro Balbo

34: 277, nt. 66

Pro Caecina

3.7-8: 294
3.7: 10, nt. 43

- Pro Deiotaro*
3.8: 269, nt. 28
- Pro Flacco*
21.51: 47, nt. 148; 59, nt. 186; 142, nt. 331
- Pro Ligario*
21: 266, nt. 11
- Pro Plancio*
43: 266, nt. 11
72: 2766, nt. 11
- Pro Q. Roscio comoedo*
6.17: 294
- Pro S. Roscio Amerino*
38.111: 281, nt. 67
- Topica*
3.17: 193, nt. 106
4.23: 295; 297
10.41: 46
10.42: 10, nt. 41
10.45: 177, nt. 30
17.66: 47, nt. 149; 284; 288; 289; 300
- Tusculanae disputationes*
3.7.17: 121
- Curtius Rufus
Historiae Alexandri Magni
5.9: 66; 126; 301
- Festus
De verborum significatu (Lindsay)
voce 'Nuncupata pecunia' (176): 21 e nt. 36;
23, nt. 46; 24 e nt. 51
voce 'Rodus' (320-2): 20, nt. 33
- Paulus-Festus
Excerpta (Lindsay)
voce 'Addicere' (12): 54, nt. 174
- Gellius
Noctes Atticae
2.19.17: 275, nt. 56
- 4.1.17: 89, nt. 103
4.3.3: 27, nt. 58
5.13.1-6: 277, nt. 63
5.13.2-6: 282, nt. 91
6.15.2: 123, nt. 236
6.18.1-11: 280, nt. 86
12.8.1-4: 269, nt. 30
12.8.1: 269, nt. 31
12.8.3: 270, nt. 33
12.8.5-6: 270, nt. 34
12.8.5: 270
15.27.3: 41, ntt. 125 e 126; 44, nt. 136
18.6.9: 27, nt. 58
20.1.1-55: 277, nt. 71
20.1.19: 278, nt. 76
20.1.39-40: 277, nt. 63
20.1.39: 278
20.1.40: 279, nt. 79
20.1.41: 279, nt. 80
20.1.42: 279, nt. 81
- Isidorus Hispalensis
Origines seu etymologiarum libri
5.24.12: 23, nt. 46; 24, nt. 48; 41, nt. 125
5.25.17: 132, nt. 284
5.25.23: 10, nt. 44; 14; 47, nt. 149; 300
- Iuvenalis
Saturae
13.13-16: 122
- Livius
Ab Urbe condita libri
1.1.8: 271, nt. 38
1.10.7: 25, nt. 53
1.58.7: 269, nt. 28
7.40.4-6: 25, nt. 53
8.9.4-8: 23, nt. 46; 26
10.28.29: 26, nt. 55
11.9.3-5: 25, nt. 53
20.1.6: 25, nt. 53
21.4.9: 281, nt. 63
22.6.12: 277, nt. 63
22.10.8: 25, nt. 53
23.9.3: 269, nt. 28
28.35.1: 271, nt. 38
30.30.27: 277, nt. 63
32.38.1-5: 65; 129; 301
35.46.7: 275, nt. 56
36.2.2-3: 25, nt. 53
38.48.15-16: 25, nt. 53
38.53-57: 269, nt. 30
38.57.3-5: 269, nt. 32
38.57.5: 270, nt. 33

- 40.45-46: 270, nt. 34
40.46.15: 270, nt. 36
45.11-13: 271, nt. 38
45.12.6: 271, nt. 38
45.39.11: 25, nt. 53
- Ovidius
Epistulae
2.31: 269, nt. 28
- Metamorphoses*
14.297: 269, nt. 28
- Pacuvius
Dulorestes (Goold)
142.3: 36, nt. 100
- Medus* (Goold)
257: 36, nt. 100
- Plautus
Aulularia
580-586: 35; 301
584-586: 121, nt. 226
- Trinummus*
116-118: 34; 301
116-122: 121, nt. 226
140-144: 35; 121, nt. 226; 301
- Plinius maior
Naturalis historia
9.35.58: 22
22.9: 26, nt. 55
33.13.43: 18, nt. 25
- Plinius minor
Epistulae
1.5: 262, nt. 34
1.12.7-8: 265, nt. 8
1.17.2: 265, nt. 8
2.1: 258, nt. 34
2.10.5: 265, nt. 8
2.13: 258
3.5.3: 265, nt. 8
3.11.1: 265, nt. 8
3.11.9: 265, nt. 8
3.13: 258, nt. 34
6.15: 258, nt. 34
6.19: 260
6.33: 258, nt. 34
- 7.18.2: 259, nt. 41
7.28: 265, nt. 8
8.8: 258, nt. 34
9.7: 258, nt. 34
9.28: 258, nt. 34
9.30.1: 265, nt. 7
10.4: 257 s.; 301
10.4.3: 259
10.4.4: 259; 260; 261
- Probus
De litteris singularibus
5.13 (Keil IV.274; FIRA II, p. 457): 36; 63,
nt. 2
- Quintilianus
Declamationes
343: 281, nt. 68
- Institutio oratoria*
1.2.20: 266, nt. 11
- Seneca
De beneficiis
3.18.1: 266
6.33.1-2: 265, nt. 8
6.33.3-4: 271
6.34: 271 s.
- Epistulae morales ad Lucilium*
6.1: 275, nt. 56
9.8-9: 265, nt. 7
25.1: 265, nt. 8
48.2-4: 265, nt. 7
78.4: 265, nt. 8
85.29: 265, nt. 8
109: 265, nt. 6
112.1-2: 265, nt. 8
- Servius Grammaticus
In Vergilii Aeneida
3.89: 21, nt. 36
11.476: 27, nt. 58
- Svetonius
Caligula
3: 272, nt. 43
- Tacitus
Annales
2.58: 271, nt. 38

INDICE DELLE FONTI

2.70: 272, nt. 43
3.11.1: 273, nt. 56

Valerius Maximus
Facta et dicta memorabilia

1.7.3: 26, nt. 55
4.2.1: 270, nt. 34
4.2.3: 269, nt. 30
5.6.5: 26, nt. 55

Varro
De lingua latina

5.163: 20, nt. 33; 22, nt. 40
6.60: 21, nt. 36; 24, nt. 51
6.74: 22, nt. 40
7.8: 22, nt. 46; 25

Vergilius
Aeneids libros

7.266: 271, nt. 38
11.292: 271, nt. 38

n. 92 (*Formula Baetica*): 10 e nt. 46; 11, nt. 47; 14; 15, nt. 3; 23, nt. 45; 28; 31 s.; 32, nt. 78; 33; 36, nt. 101; 301

Pap. Lips.

Inv. n. 136: 11, nt. 51

Tabulae Herculenses

65: 11; 36; 37
74: 11; 37 e nt. 104

Tabulae Pompeiane Sulpiciorum
(Camodeca)

85: 11; 15; 32; 40
86: 11; 15
87: 11; 15; 32
88: 11
90: 11; 15; 32; 40
91: 11; 15; 32; 40
92: 11; 15; 33; 40
93: 11

V. FONTI LETTERARIE GRECHE

Polybius
Historiae

6.56.6-15: 279, nt. 82

VI. FONTI EPIGRAFICHE E PAPIROLOGICHE

CIL

II.5042: 11, nt. 47; 33, nt. 80

FIRA I

n. 43: 21, nt. 37

FIRA III

n. 90 (*Emptio domus*): 28, nt. 66
n. 91 (*Mancipatio Pompeiana*): 11 e nt. 48;
14; 15 e nt. 3; 16; 36; 37; 235, nt. 276