

Estratto

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "Lumsa" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Prof. Em. Università
di Roma "Tor Vergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOLZI
Prof. Em. Università
di Bologna

CARLOS PETIT CALVO
Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

MASSIMO STIPO
Ord. Università
di Roma "La Sapienza"



STEM Mucchi Editore

ARCHIVIO GIURIDICO

Filippo Serafini

dal 1868

Direttori

GIUSEPPE DALLA TORRE
Prof. Em. "La Sapienza" di Roma

GERALDINA BONI
Ord. Università di Bologna

Comitato Direttivo

MARIO CARAVALE
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA
Pres. Em.
Corte Costituzionale

FRANCESCO D'AGOSTINO
Prof. Em. Università
di Roma "Tor Vergata"

GIUSEPPE DE VERGOTTINI
Prof. Em. Università
di Bologna

JAVIER FRANCISCO
FERRER ORTIZ
Cat. Universidad de Zaragoza

VITTORIO GASPARINI CASARI
Ord. Università di
Modena e Reggio Emilia

LUIGI LABRUNA
Prof. Em. Università
di Napoli "Federico II"

PASQUALE LILLO
Ord. Università della
"Tuscia" di Viterbo

GIOVANNI LUCHETTI
Ord. Università
di Bologna

FERRANDO MANTOVANI
Prof. Em. Università
di Firenze

PAOLO MENGOLZI
Prof. Em. Università
di Bologna

CARLOS PETIT CALVO
Cat. Universidad
de Huelva

ALBERTO ROMANO
Prof. Em. Università
di Roma "La Sapienza"

Anno CLII - Fascicolo 2 2020



STEM Mucchi Editore

Amministrazione: STEM Mucchi Editore S.r.l.

Direzione, Redazione: Via della Traspontina, 21 - 00193 Roma

Autorizzazione: del Tribunale di Modena, n. 328 dell'11-05-1957

Direttore responsabile: Marco Mucchi

Periodico trimestrale, prezzi abbonamento

Formato cartaceo Italia.....	€ 114,00
Formato cartaceo estero	164,00
Formato digitale (con login).....	98,00
Formato digitale (con ip)	107,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con login).....	136,00
Formato cartaceo estero + digitale (con login)	185,00
Formato cartaceo Italia + digitale (con ip)	145,00
Formato cartaceo estero + digitale (con ip).....	194,00
Fascicolo singolo cartaceo'	30,00
Fascicolo singolo digitale	25,00

Tutti i prezzi si intendono iva e costi di spedizione inclusi. *Escluse spese di spedizione.

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio di ogni anno e dà diritto a tutti i numeri dell'annata, compresi quelli già pubblicati. Al fine di assicurare la continuità nell'invio dei fascicoli gli abbonamenti si intendono rinnovati per l'annata successiva se non annullati (tramite comunicazione scritta a info@mucchieditore.it) entro il 31 dicembre del corrente anno. I fascicoli non pervenuti all'abbonato devono essere reclamati entro 10 giorni dal ricevimento del fascicolo successivo. Decorso tale termine si spediscono, se disponibili, contro rimessa dell'importo (più spese di spedizione). Per ogni effetto l'abbonato elegge domicilio presso l'amministrazione della Rivista. Le annate arretrate sono in vendita al prezzo della quota di abbonamento dell'anno in corso. Si accordano speciali agevolazioni per l'acquisto di più annate arretrate, anche non consecutive, della Rivista.

Il cliente ha la facoltà di revocare gli ordini unicamente mediante l'invio di una lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla sede della Casa editrice, o scrivendo a info@pec.mucchieditore.it entro le successive 48 ore (identificazione del cliente e dell'ordine revocato). Nel caso in cui la merce sia già stata spedita il reso è a carico del cliente e il rimborso avverrà solo a merce ricevuta. Per gli abbonamenti eventuale revoca deve essere comunicata entro e non oltre il 7° giorno successivo alla data di sottoscrizione.

© Stem Mucchi Editore - Società Tipografica Editrice Modenese S.r.l.

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie, per uso personale del lettore, possono essere effettuate, nel limite del 15% di ciascun fascicolo del periodico, dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Stem Mucchi Editore - Via Emilia est, 1741 - 41122 Modena - Tel. 059.37.40.94

info@mucchieditore.it info@pec.mucchieditore.it

www.mucchieditore.it

facebook.com/mucchieditore

twitter.com/mucchieditore

instagram.com/mucchi_editore

Tipografia e impaginazione Mucchi Editore (MO), stampa Geca (MI).

Finito di stampare nel mese di giugno del 2020.

Gianpiero Mancinetti

UNA CONTESTATA POSIZIONE DI MELA IN TEMA DI CONCESSIONE DELL'*ACTIO DE IN REM VERSO* CONTRO IL *DOMINUS* PER L'OBBLIGAZIONE ASSUNTA DAL SERVO*

SOMMARIO: 1. *L'actio de in rem verso* nella letteratura recente. – 2. Il testo di Mela e le spiegazioni della dottrina. – 3. L'inesistenza del *peculium*: la concettualizzazione di Tuberone e Labeone. – 4. L'insufficienza del richiamo alla possibilità muciana dell'Austausch dell'*aurum faciundum* e le conseguenze regolative dell'accordo in Alfeno. – 5. L'impossibilità di una spiegazione incentrata sul dovere di prestazione in senso sabiniano e l'affermazione del principio del *periculum conductoris* da parte del contemporaneo Labeone: la regola *vectura tibi non debetur*. – 6. Conclusioni: la *versio* e la perdita della prestazione ottenuta dal conduttore a seguito dell'esperimento dell'*actio de in rem verso*.

1. *L'actio de in rem verso nella letteratura recente*

La dottrina ha evidenziato che l'*actio de peculio de in rem verso* sarebbe stata presente nell'unica formula *de peculio*. A questa il giudice avrebbe potuto accedere nel caso in cui un *servus* avesse assunto un'obbligazione trasferendone il profitto ricavato nel patrimonio del *dominus*¹.

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ In relazione al *peculium* (per i c.d. «peculii speciali», F. LA ROSA, *I peculii speciali in diritto romano*, Milano, 1953) ovvero alla storia delle *actiones adiecticiae qualitatis*, per cui P. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain (histoire externe – droit maritime)*, Paris, 1929, p. 160 ss., principalmente A. PERNICE, *Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873, p. 111 ss.; G. MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht mit Ausschluss des ehelichen Güterrechtes*, I-II, Tübingen, 1871-1876, p. 87 ss.; L. HERVIEUX, *Des pécules du fils de famille dans la législation romaine*, Paris, 1890; E. SECKEL, *Die Haftung 'de peculio' und 'de in rem verso' aus der Litiskontestation und dem Urteil nach klassischen römischen Recht*, in *Aus Römischem und Bürgerlichem Recht. Festschrift E.I. Bekker*, Weimar,

E ciò anzitutto in ragione del silenzio delle fonti sulla separabilità della clausola *de in rem verso* dall'azione *de peculio* e della mancanza di qualsiasi accenno, ove rilevi l'esperibilità della clausola stessa in confronto alla pretesa *de peculio*, all'ipotesi che non esista un *peculio*². Inoltre sarebbe sta-

1907, p. 323 ss.; W.W. BUCKLAND, *The roman law of slavery*, Cambridge, 1908, p. 201 ss.; G. LONGO, *Il concetto classico e il concetto giustiniano di 'administratio peculii'*, in *AG*, 16, 1928, p. 184 ss.; ID., *Libera administratio peculii*, in *BIDR*, 38, 1930, p. 29 ss.; G. MICOLIER, *Pécule et capacité patrimoniale. Étude sur le pécule, dit profectice, depuis l'édit 'de peculio' jusqu'à la fin de l'époque classique*, Lyon, 1932; G. LONGO, *Appunti critici in tema di peculio*, in *SDHI*, 1, 1935, p. 392 ss.; S. SOLAZZI, *Studi sull'«Actio de peculio»*, [= *BIDR*, 17, 1905, p. 208 ss.], in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1955, pp. 161 ss., 206 ss., 231 ss.; ID., *Peculio e «in rem verso» nel diritto classico*, [= *Studi B. Brugi*, Palermo, 1910, p. 203 ss.], *ivi*, p. 247 ss.; F. LA ROSA, *Peculium*, in *NNDI*, XII, Torino, 1957, p. 755 ss.; A. GUARINO, *Actiones adiecticiae qualitatis*, in *NNDI*, I.1, Torino, 1957, p. 272; A. WATSON, *The Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford, 1967, p. 179 ss.; A. CLAUDIUS, *Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht*, Berlin, 1973, p. 306 ss.; M. KASER, *Stellvertretung und "notwendige Entgeltlichkeit"*, in *ZSS*, 91, 1974, p. 198; I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei «servi»*, Napoli, 1976, pp. 13 ss., 62 ss.; J.J. BRINKHOF, *Ein studie over het 'peculium' in het klassieke Romeinse recht*, Meppel, 1978, sop. p. 48 ss.; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, p. 152 ss.; A. MANTELLO, *«Beneficium servile» – «Debitum naturale»*, *Sen., de ben.* 3.18.1 ss. – *D.35.1.40.3 (Iav. 2 post. Lab.)*, Milano, 1979, pp. 296 ss., 308 ss.; G. BOLULVERT, M. MORABITO, *Le droit de l'esclavage*, in *ANRW*, XIV.2, Berlin-New York, 1982, p. 128 ss.; A. BURDESE, *Considerazioni in tema di peculio c.d. profectizio*, in *Studi C. Sanfilippo*, I, Milano, 1982, p. 95 ss.; ID. *Controversie giurisprudenziali in tema di capacità degli schiavi*, in *Studi A. Biscardi*, Milano, 1982, p. 147 ss.; L. AMIRANTE, *Lavoro dei giuristi sul peculio. Le definizioni da Q. Mucio a Ulpiano*, in *Studi C. Sanfilippo*, III, Milano, 1983, p. 1 ss.; A. HANKUM, *'Mancipatio' by slaves in classical roman law*, in *Huldigungsbandel P. van Warmelo*, Pretoria, 1984, p. 6 ss.; F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, I, Napoli, 1984, § 68; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano, 1984, p. 42 ss.; A. KIRSCHENBAUM, *Sons, slaves and freedmen in roman commerce*, Jerusalem, 1987, p. 27 ss.; P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Lezioni di diritto commerciale romano*, Torino, 2002, p. 43 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *Lo 'iussum domini' e la sostituzione negoziale nell'esperienza romana*, Milano, 2003, p. 83 ss.; P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2004², p. 40 ss.; R. PESARESI, *Ricerche sul 'peculium' imprenditoriale*, Bari, 2008, p. 9 ss.; P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2010³, p. 42 ss.

² Per la letteratura più recente, maggiormente attinente alla clausola *de in rem verso* e su cui vd., anche in seguito, L. DE LIGT, *Legal history and econo-*

ta ammessa la possibilità di agire *in solidum* se i frutti fossero stati riversati nel patrimonio del *dominus*³. Viceversa si sarebbe sviluppata storicamente la funzione della clausola *de in rem verso* di garantire i terzi creditori *ex causa peculiari* da eventi o atti che avrebbero potuto portare fino all'estinzione del peculio o alla distrazione di parte del peculio a vantaggio di creditori non *ex causa peculiari*. Ma soltanto nell'epoca giustiniana si sarebbe potuta appurare l'autonomia dell'*actio de in rem verso* rispetto al peculio «e, forse anche, allo stesso rapporto potestativo»⁴.

Siffatta ultima prospettiva al contrario sembra potersi ravvisare per un periodo molto più risalente. Essa perdipiù consente di inquadrare nel suo alveo la risoluzione di un problema interpretativo rispetto ad una soluzione giurisprudenziale elaborata all'inizio del principato, la quale invece fin qui ha

mic history: The case of the 'actiones adiecticiae qualitatis', in TIJR, 67, 1999, p. 205 ss.; F. GIGLIO, La 'actio de in rem verso' nel sistema del codice civile, in Riv. dir. civile, 46, 2000, p. 249 ss.; T.J. CHIUSI, Die 'actio de in rem verso' im römischen Recht, München, 2001; L.F. CORREA, La survivance des 'actiones adiecticiae qualitatis', in RIDA, 48, 2001, p. 31 ss.; A.R. MARTÍN MINGUJÓN, Acciones ficticias y acciones adiecticias. Fórmulas, Madrid, 2001; M. MICELI, Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis', Torino, 2001; A. METEO SANZ, in Rev. de Estudios Historico-Jurídicos, 24, 2002, p. 370 ss.; H. JONES, in L'Antiquité classique, 72, 2003, p. 592 ss.; A. BURDESE, in SDHI, 69, 2003, p. 654 ss.; H. WIELING, in ZSS, 121, 2004, p. 657 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, 'Condictio' e azioni edilizie, in 'Φιλία'. Scritti G. Franciosi, I, a cura di F.M. D'IPPOLITO, Napoli, 2007, p. 587 ss.

³ Si era ritenuto «che per l'*actio de peculio et de in rem verso* fosse proposta nell'editto pretorio un'unica formula è lucidamente dimostrato dal Lenel nella sua classica ricostruzione dell'editto» (S. SOLAZZI, *Peculio*, cit., p. 247). Di recente invece, «posto che un *filiusfamilias* o un *servus*, avendo contratto una obbligazione, avesse riversato in tutto o in parte i frutti dell'affare (ad es. la somma mutuata) nel patrimonio del suo *pater* o *dominus* (o mediante versamento reale, o mediante pagamento di debiti del *paterfamilias* o in altro modo), si ammetteva il creditore ad agire *in solidum* contro il *paterfamilias* in ordine all'arricchimento da lui goduto e nei limiti dello stesso», A. GUARINO, "Actione adiecticiae qualitatis", cit., p. 272.

⁴ Mentre inizialmente vi sarebbe stato un legame inscindibile fra fenomeno del peculio e *in rem verso*, in un momento successivo esso sarebbe stato viceversa individuato «dall'essere la pretesa *de in rem verso* strumentale alla completa realizzazione della pretesa *de peculio*», A. DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., p. 48 ss.

indotto la dottrina alle più disparate illazioni. E tuttavia le configurazioni richiamate suppongono che il servo quale parte dei negozi che coinvolgono il *peculium* sia ancora vivente. Viceversa la fattispecie descritta dal giurista del primo secolo assume la circostanza per la quale il servo all'improvviso muoia. Pertanto il *dominus* potrebbe essere chiamato a rispondere soltanto relativamente ai cespiti ereditati che nel caso non contemplano il peculio.

2. *Il testo di Mela e le spiegazioni della dottrina*

In essa Mela autorizza il pretore ad un'*edictio actionis* del tutto autonoma né fa alcun riferimento al patrimonio peculiare. E tale concessione infatti è assolutamente censurata da parte di Ulpiano⁵:

⁵ I motivi della censura di Ulpiano non risultano dal passo, ed essi sarebbero altresì da ascrivere ad un'epoca recenziore – per cui come evidenziato in precedenza e valutati in letteratura gli stessi rapporti tra *actio de in rem verso* e *de peculio* si sarebbero venuti a modificare –, pertanto non sembrerebbero pertenerne strettamente alla spiegazione del nostro contesto. Pur tuttavia essi *ratione materiae* è opportuno che siano brevemente ricostruiti al fine di chiarire ancor più la peculiare posizione di Mela, anche agli occhi del giurista recensore. Ed è possibile addivenire a ciò proprio considerando quali fossero stati i presupposti necessari per i quali il giurista severiano avrebbe consentito che si potesse pervenire alla concessione dell'*actio de in rem verso*. In questo senso, occorre leggere la prima catena significativa di frammenti relativi a Ulp. 29 ad ed. D.15.3.1pr.: *si hi qui in potestate aliena sunt nihil in peculio habent, vel habeant, non in solidum tamen, tenentur qui eos habent in potestate, si in rem eorum quod acceptum est conversum sit, quasi cum ipsis potius contractum videatur* 1. *nec videtur frustra de in rem verso actio promissa, quasi sufficeret de peculio: rectissime enim Labeo dicit fieri posse, ut et in rem versum sit et cesset de peculio actio. quid enim si dominus peculium ademit sine dolo malo? quid si morte servi extinctum est peculium et annus utilis praeteriit? de in rem verso namque actio perpetua est et locum habet, sive ademit sine dolo malo sive actio de peculio anno finita est* 2. *item si plures agant de peculio, proficere hoc ei, cuius pecunia in rem versa est, debet, ut ipse uberiorem actionem habeat. certe si praeventum sit ab aliquo et actum de peculio, de in rem verso actio an cesset, videndum. et refert Pomponius Iulianum existimare de peculio actione peremi de in rem verso actionem (quia in peculium conversum est quod in domini rem erat versum et pro servo solutum est, que-*

madmodum si ipsi servo a domino fuisset solutum), sed ita demum, si praestiterit ex actione de peculio dominus quod servus in rem eius verterat: ceterum si non praestiterit, manet actio de in rem verso. In questa, la versio presuppone il rapporto potestativo e sussiste sia che il peculio cessi senza dolo sia per morte del servo e se non permanga più l'actio de peculio: quia in peculium conversum est quod in domini rem erat versum et pro servo solutum est, quemadmodum si ipsi servo a domino fuisset solutum. Nella seconda catena rilevante Ulpiano afferma, 29 ad ed. D.15.3.3pr.: quod si servus domino quantitatem dederit, ut manumittatur, quam a me mutuam accepit, in peculium quidem hanc quantitatem non computari, in rem autem videri versum, si quid plus sit in eo quod servus dedit quam est in servi pretio 1. in rem autem versum videtur, sive id ipsum quod servus accepit in rem domini convertit (veluti si triticum acceperit et id ipsum in familiam domini cibarium nomine consumpserit) aut si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit (sed et si erravit in solvendo et putavit creditorem eum qui non erat, aequè in rem versum esse Pomponius libro sexagesimo primo ait, quatenus indebiti repetitionem dominus haberet) sive cum servus domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit (veluti si mutuatus sit pecuniam, ut frumentum compararet ad familiam alendam vel si ad vestiendam) sive peculiariter mutuatus postea in rem domini vertit: hoc enim iure utimur, ut, etiamsi prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini esse de in rem verso actio possit 2. et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriorem 3. proinde si servus sumpsit pecuniam, ut se aleret et vestiret secundum consuetudinem domini, id est usque ad eum modum, quem dominus ei praestare consueverat, in rem videri domini vertisse Labeo scribit. ergo idem erit et in filio 4. sed si mutua pecunia accepta domum dominicam exornavit tectoriis et quibusdam aliis, quae magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem, non videtur versum, quia nec procurator haec imparet, nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit: nec debere ex eo onerari dominum, quod ipse facturus non esset. quid ergo est? pati debet dominus creditorem haec auferre, sine domus videlicet iniuria, ne cogendus sit dominus vendere domum, ut quanti pretiosior facta est, id praestet 5. idem Labeo ait, si servus mutuatus nummos a me alii eos crediderit, de in rem verso dominum teneri, quod nomen ei acquisitum est: quam sententiam Pomponius ita probat, si non peculiare nomen fecit, sed quasi dominicae rationis. ex qua causa hactenus erit dominus obligatus, ut, si non putat sibi expedire nomen debitoris habere, cedat creditori actionibus procuratoremque eum faciat 6. nec non illud quoque in rem domini versum Labeo ait, quod mutuatus servus domino emit volenti ad luxuriae materiam unguenta forte, vel si quid ad delicias vel si quid ad turpes sumptus ministravit: neque enim spectamus, an bono domini cesserit quod consumptum est, sed an in negotium domini 7. unde recte dicitur et si frumentum comparavit servus ad alendam domini familiam et in horreo dominico reposuit et hoc periit vel corruptum est vel arsit, videri versum 8. sed et si servum domino necessarium emisset isque decessisset vel insulam fulsisset eaque ruisset, dicerem esse actionem de in rem verso 9. sed si sic

Mela *inc. fr.* 10 Lenel = Ulp. 29 *ad ed.* D.15.3.7.2: *illud verum non est, quod Mela scribit, si servo meo argentum dederis, ut pocula tibi faceret ex quolibet argento, mox factis poculis servus decesserit, esse tibi adversus me de in rem verso actionem, quoniam possum pocula vindicare.*

accepit quasi in rem domini verteret nec vertit et decepit creditorem, non videtur versum nec tenetur dominus, ne credulitas creditoris domino obesse vel calliditas servi noceret. quid tamen, si is fuit servus, qui solitus erat accipiens vertere? adhuc non puto nocere domino, si alia mente servus accepit aut si, cum hac mente accepisset, postea alio vertit: curiosus igitur debet esse creditor, quo versatur 10. si mutuatus sit pecuniam servus ad vestem comparandam et nummi perierint, quis de in rem verso agere possit, utrum creditor an venditor? puto autem, si quidem pretium numeratum sit, creditorem de in rem verso acturum et si vestis perierit: si autem non fuit pretium solutum, ad hoc tamen data pecunia, ut vestis emeretur et pecunia perierit, vestis tamen familiae divisa est, utique creditorem de in rem verso habere actionem. an et venditor habeat, quia res eius pervenerunt in rem domini? ratio hoc facit, ut teneatur: unde incipit dominus teneri ex una causa duobus. proinde et si tam pecunia quam vestis periit, dicendum erit utrique dominum teneri, quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt. In tale discussione, per la costituzione di una versio, nel pensiero di Ulpiano occorre una dazione materiale quantitativamente consistente (si quid plus sit in eo quod servus dedit quam est in servi pretio, pr.), anche se non computata nel peculio, ma che sia consegnata da parte del servus al dominus; che il servo converta nel patrimonio del dominus in un secondo momento rispetto alla causa peculiare; e che non renda deteriorare il suo patrimonio (§ 2): ut, etiamsi prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini esse de in rem verso actio possit, § 1. Inoltre, rilevano anche l'impiego di risorse corrispondenti alla prestazione che il dominus era solito fornire al servo (ut se aleret et vestiret secundum consuetudinem domini, id est usque ad eum modum, quem dominus ei praestare consueverat, § 3) e tuttavia non quelle che fossero risultate inutili (quae magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem, § 4). Ancora, assumerebbero significato gli acquisti fatti sebbene non a titolo del peculio bensì quasi dominicae rationis, benché non per scopi illeciti e salvo le ipotesi di forza maggiore (§§ 5, 6, 7). Infine, non rientrerebbero nella versio quegli acquisti non realmente versati e fatti solo allo scopo di ingannare il creditore (sed si sic accepit quasi in rem domini verteret nec vertit et decepit creditorem, non videtur versum nec tenetur dominus, § 9); viceversa sarebbero da ascrivere alla versio quegli acquisti che, pur essendo venuti meno, purtuttavia erano stati fatti con lo scopo di essere versati in rem domini (unde incipit dominus teneri ex una causa duobus. proinde et si tam pecunia quam vestis periit, dicendum erit utrique dominum teneri, quoniam ambo in rem domini vertere voluerunt, § 10). In sostanza, dai casi descritti da parte di Ulpiano anzitutto emerge la necessità dell'atto della versio posto in essere dal servo, nonché lo scopo dell'atto di volontà esplicitato dal servo medesimo.

Il giurista invero ammette la concessione nei confronti di Tu dell'*actio de in rem verso* contro il *dominus* per un'obbligazione assunta dal servo di Ego rispetto al primo. La fattispecie obbligatoria considerata da Mela prevede che Tu dia *argentum* al servo di Ego, affinché quest'ultimo facesse coppe – *pocula* – per Tu «*ex quolibet argento*» – con altro argento. Il giurista poi aggiunge la descrizione delle circostanze che danno luogo al provvedimento ritenuto idoneo al caso e contestato dal giurista recensore⁶. Improvvisamente, dopo che erano sta-

⁶ Nell'*ad edictum*, infatti, Ulpiano trascrive, ma introducendo il discorso con un drastico *illud verum non est*, il responso di Mela. Fermo quanto in precedenza accennato, un ulteriore riscontro della posizione assunta dal giurista severiano è costituito dalla catena di Ulp. 29 *ad ed. D.15.3.10 pr.*: *si pro patre filius fideiusserit et creditori solverit, in rem patris videtur versum, quia patrem liberavit 1. cui simile est, quod Papinianus libro nono quaestionum scribit, si filius quasi defensor patris iudicium susceperit et sit condemnatus, de in rem verso teneri patrem: namque filius eum iudicio suscepto liberavit 2. idem tractat Papinianus et si, quod patrem dare oporteret, a filio sim stipulatus et ita convenerim filium, nam et hic de in rem verso fore actionem: nisi si donare patri filius voluit, dum se obligat 3. quare potest dici et si de peculio actionem quasi defensor patris susceperit, teneri patrem de in rem verso usque ad peculii quantitatem: cuius sententiae id erit emolumentum, ut, si finita sit actio de peculio, de in rem verso conveniatur. ego et ante condemnationem post iudicium patris nomine acceptum de in rem verso patrem teneri 4. in rem autem versum videtur, prout aliquid versum est: proinde si pars versa est, de parte erit actio 5. sed utrum in sortem dumtaxat tenebitur dominus an et in usuras? et si quidem promisit usuras, Marcellus libro quinto digestorum scribit dominum praestaturum: sed si non sint promissae, utique non debebuntur, quia in stipulatum deductae non sunt. plane si contemplatione domini pecuniam dedi non gerenti servo negotia domini, sed ipse gerens, negotiorum gestorum actione potero etiam de usuris experiri 6. versum autem sic accipimus, ut duret versum: et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum vel filio. si tamen in necem creditoris, id est perdituro servo vel filio solutum sit, quamvis solutum sit, desinit quidem versum, aequissimum autem est de dolo malo adversus patrem vel dominum competere actionem: nam et peculiaris debitor, si fraudulentè servo solverit quod ei debebat, non liberatur 7. si domini debitor sit servus et ab alio mutuatus ei solverit, hactenus non vertit, quatenus domino debet: quod excedit, vertit. proinde si, cum domino deberet triginta, mutuatus quadraginta creditori eius solverit vel familiam exhibuerit, dicendum erit de in rem verso in decem competere actionem: aut si tantundem debeat, nihil videtur versum. nam, ut Pomponius scribit, adversus lucrum domini videtur subventum: et ideo, sive debitor fuit domino, cum in rem verteret, nihil videri versum, sive postea debitor esse domino coeperit, desinere versum: idemque et si solverit ei. plus dicit et si tantundem ei*

te realizzate le copie ad opera del servo di Ego, il servo parte

donavit dominus, quantum creditori solvit pro se, si quidem remunerandi animo, non videri versum, si vero alias donavit, durare versum 8. *idem quaerit, si decem in rem domini vertit et postea tantandem summam a domino mutuatus sit, habeat praeterea et peculium decem, videndum aut, utrum desiit esse versum? an vero, quoniam est peculium, unde trahatur [detrahatur] debitum, de in rem verso non tollimus actionem? an potius ex utroque pro rata detrahimus? ego autem puto sublatam de in rem verso actionem, cum debitor domini sit constitutus* 9. *idem quaerit, si in rem tuam verterit et debitor tuus factus sit, mox creditor eiusdem summae quam tibi debuit, an renascatur de in rem verso actio an vero ex postfacto non convalescat? quod verum est* 10. *idem tractat, an ex eventu possit in rem patris filius vertere, veluti si duo rei pater et filius fuerint et filius mutuatus suo nomine solvat, vel si filio iussu patris credidisti et filius creditum tibi solvisset. mihi videtur, si quidem pecunia ad patrem pervenerat, videri in rem versum: quod si non fuit et suum negotium gerens filius solvit, non esse de in rem verso actionem; Ulp. 29 ad ed. D.15.3.13: si in rem alterius ex dominis versum sit, utrum is solus in cuius rem versum est, an et socius possit conveniri, quaeritur. et Iulianus scribit eum solum conveniri in cuius rem versum est, sicuti cum solus iussit: quam sententiam puto veram; Ulp. 2 disp. D. 15.3.15: si filius familias constituerit quod pater debuit, videndum est, an de in rem verso actio dari debeat. atquin non liberavit patrem: nam qui constituit, se quidem obligat, patrem vero non liberat. plane si solvat post constitutum, licet pro se videatur solvisse, hoc est ob id quod constituit, in rem tamen vertisse patris merito dicitur.* La *versio* rileva anche in ordine alla responsabilità del *pater* nell'ambito del rapporto potestativo (§§ pr., 1, 2, 3) ovvero se fosse versata soltanto una parte dell'incremento (§ 4). E al di là della prestazione concernente le *usurae* (§ 5), la *versio* perdura se vi fosse stata insolvenza da parte del *dominus* verso il servo o il figlio (*et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum vel filio*, § 6), ma per la morte del creditore cesserebbe la *versio* (*si tamen in necem creditoris, id est perdituro servo vel filio solutum sit, quamvis solutum sit, desinit quidem versum, aequissimum autem est de dolo malo adversus patrem vel dominum competere actionem*, § 6); così come essa sarebbe impedita fintanto che persistesse l'insolvenza del servo nei confronti del *dominus* e nei limiti dell'ammontare di questa (§ 7); e, allo stesso modo, il debito nei confronti del *dominus* estingue la *versio* che per il medesimo ammontare fosse stata costituita in precedenza (*ego autem puto sublatam de in rem verso actionem, cum debitor domini sit constitutus*, § 8). Ma lo stesso principio vale negli ulteriori casi descritti (§§ 9, 10). Infine, negli ultimi due frammenti citati si ribadisce la responsabilità personale del *dominus in cuius rem versum est*, ma senza liberare il *pater* di colui che ha costituito la *versio* il quale risultasse debitore. Il rapporto potestativo dunque sembra assumere significato rispetto al servo che costituisce la *versio*, la quale secondo Ulpiano dovrebbe ammettere soltanto un attivo patrimoniale, al netto quindi dei debiti dovuti nei confronti del *dominus* stesso, rispetto all'incremento effettuato a favore di un determinato complesso di beni.

del contratto stipulato con Tu muore. Mela emette il responso per cui a Tu spetta l'*actio de in rem verso*, allorquando – *quoniam* – Ego ha la possibilità di esperire la *rei vindicatio* rispetto alle coppe⁷.

La dottrina, che ha considerato genuino il testo⁸, ha discusso il profilo della capacità patrimoniale dello schiavo e l'aspetto della concessione dell'*actio de in rem verso*, contesto in cui è inserita una fattispecie negoziale altrettanto controversa. Questi profili⁹, nella misura in cui coinvolgono problemi di evoluzione nell'ambito della stessa nozione dell'*in rem ver-*

⁷ Sul passo riportato nel ventinovesimo libro *ad edictum* di Ulpiano, lo stesso di quello in cui compare la più ampia discussione ulpiana *ratione materiae* sull'*actio de in rem verso*, del cui affidamento testuale la dottrina non ha mai dubitato ma di cui risulta incerta la provenienza tardolinguetica dell'opera originaria che sarebbe stata composta in epoca tardorepubblicana rispetto al responso emesso da parte di Mela – ci è stato tramandato invero una sola volta *Mela libro X* ma senza ulteriore indicazione –, e riprodotto in epoca severiana da parte del giurista recensore, in generale si deve tener conto di A. TUHR, *Actio de in rem verso*, Freiburg-Leipzig, 1895, p. 262 s.; Id., *De in rem verso*, in *Jhering's Jahrbücher*, 35, 1896, p. 440 ss.; S. SCHLOSSMANN, *De in rem verso*, in *Jhering's Jahrbücher*, 35, 1896, p. 87 ss.; G. MICOLIER, *Pécule*, cit., p. 63, nt. 43 e p. 258 s.; H. NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung im klassischen römischen Recht*, Weimar, 1953, p. 46 ss.; J.L. GAY, *L'in rem versum' à l'époque classique*, in *'Varia'. Etudes de droit romain*, II, Paris, 1956, p. 267 ss.; G. MACCORMACK, *The early history of the 'actio the in rem verso' (Alfenus to Labeo)*, in *Studi A. Biscardi*, II, Milano, 1982, p. 328 ss.; N. BENKE, *Zum Eigentumserwerb des Unternehmers der 'locatio conductio irregularis'*, in *ZSS*, 104, 1987, p. 223 ss.; M. TALAMANCA, in *BIDR*, 91, 1988, p. 917; T. GIARRO, *«De ponte» oder «de monte»? Banalitäten in der römischen Jurisprudenz*, in *Labeo*, 36, 1990, p. 204, nt. 90; A. METRO, *Locazione e acquisto della proprietà: la c.d. locatio-conductio 'irregularis'*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, VII, Madrid, 1995, p. 202 ss.; A. CORBINO, *La commissione di anelli all'orefice su materiali da lui forniti*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Studi F. Gallo*, I, Napoli, 1997, p. 146 ss.

⁸ Tranne S. SCHLOSSMANN, *De in rem verso*, cit., p. 88, che appunta «*possum*».

⁹ Su di essi A. TUHR, *Actio*, cit., p. 262 ss.; Id., *De in rem verso*, cit., p. 440 ss.; S. SCHLOSSMANN, *De in rem verso*, cit., p. 87 ss.; G. MICOLIER, *Pécule*, cit., p. 148 ss.; H. NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung*, cit., p. 46 ss.; J.L. GAY, *L'in rem versum'*, cit., p. 267 s.; G. MACCORMACK, *The early history*, cit., p. 328 ss.; N. BENKE, *Zum Eigentumserwerb*, cit., p. 224 ss.

sio¹⁰, non interessano direttamente la nostra ricerca in questo contesto, in quanto la critica di Ulpiano nulla toglie alla circostanza per cui quello descritto comunque costituisce il rimedio offerto da Mela¹¹.

¹⁰ Esso nel nostro caso è determinato dalla contrapposizione tra Ulpiano e Mela circa la concessione dei rimedi contro la *vindicatio* delle coppe da parte del *dominus*: S. SCHLOSSMANN, *De in rem verso*, cit., p. 87 ss., secondo il quale l'evoluzione dell'*actio de in rem verso* prenderebbe le mosse da un più risalente incremento patrimoniale, quale riscontrabile anche in Mela; J.L. GAY, *L'in rem versum*, cit., p. 268, per cui la critica di Ulpiano mostrerebbe invece «l'hostilité de la doctrine à accorder l'a. de i. r. v. lorsque celui qui veut l'exercer ne peut faire valoir que la disparition du contrat originaire»; G. MACCOR-MACK, *The early history*, cit., p. 330.

¹¹ Oltre quanto già emerso fin qui tuttavia rispetto alla posizione del giurista severiano, un rilievo senz'altro dirimente assumevano comunque le circostanze deducibili dalla catena dei frammenti ulpiane riportati di seguito e ove è riprodotto un significativo parere di Labeone: Ulp. 29 ad ed. D.15.3.5pr.: *si res domino non necessarias emerit servus quasi domino necessarias, veluti servos, hactenus videri in rem eius versum Pomponius scribit, quatenus servorum verum pretium facit, cum, si necessarias emisset, in solidum quanto venissent teneretur* 1. *idem ait, sive ratum habeat servi contractum dominus sive non, de in rem verso esse actionem* 2. *quod servus domino emit, si quidem voluntate eius emit, potest quod iussu agi: sin vero non ex voluntate, si quidem dominus ratum habuerit vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emit, de in rem verso actio erit: si vero nihil eorum est, de peculio erit actio* 3. *placet non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio. hoc autem totiens verum est, quotiens servus rem domini gerens locupletiozem eum facit nummis peculiaribus. alioquin si servo peculium dominus adimat vel si vendat eum cum peculio vel rem eius peculiarem et pretium exigat, non videtur in rem versum*; Ulp. 29 ad ed. D.15.3.7pr.: *et ideo et si donaverit servus domino rem peculiarem, actio de in rem verso cessabit, et sunt ista vera* 1. *plane si mutuum servus accepit [acceperit] et donandi animo solvit, dum non vult eum debitorem facere peculiarem, de in rem verso actio est* 3. *illud plane verum est, quod Labeo scribit, si odores et unguenta servus emerit et ad funus erogaverit quod ad dominum suum pertinebat, videri in rem domini versum* 4. *idem ait et si hereditatem a servo tuo emero quae ad te pertinebat et creditoribus pecuniam solvero, deinde hanc hereditatem abstuleris mihi, ex empto actione me id ipsum consecuturum: videri enim in rem tuam versum: nam et si hereditatem a servo emero, ut quod mihi ab ipso servo debebatur compensarem, licet nihil solvi, tamen consequi me ex empto quod ad dominum pervenit. ego autem non puto de in rem verso esse actionem emptori, nisi hoc animo gesserit servus, ut in rem domini verteret* 5. *si filius familias pecuniam mutuatus pro filia sua dotem dederit, in rem versum patris videtur, quatenus avus pro nepte daturus fuit. quae sententia ita demum mihi vera videtur, si hoc animo dedit ut*

patris negotium gerens. Infatti, se il servo avesse fatto degli acquisti che non fossero necessari al *dominus*, come se invece lo fossero, sarà tenuto *in solidum* nei limiti del prezzo che fosse stato versato e sarà concessa l'*actio de in rem verso*, sia che il negozio fosse stato ratificato da parte del *dominus* sia invece che non lo fosse stato (§§ pr., 1). Altrimenti – ad eccezione evidentemente del *iussum* ordinato ad opera del *dominus* stesso –, se il negozio fosse stato ratificato da parte del medesimo *dominus* ovvero fosse stato compiuto in quanto gli acquisti sarebbero risultati necessari o utili al *dominus*, sarebbe stata concessa ugualmente l'*actio de in rem verso* oppure in assenza di siffatti presupposti sarebbe stata conferita l'*actio de peculio*. E quest'ultima azione, infatti, non esclude la *versio* diretta nel patrimonio del *dominus* (*placet non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio. hoc autem totiens verum est, quotiens servus rem domini gerens locupletiore eum facit nummis pecularibus. alioquin si servo peculium dominus adimat vel si vendat eum cum peculio vel rem eius peculiatem et pretium exigat, non videtur in rem verso*, § 3). In tale ultimo contesto non si ammette la *versio* nel caso di una donazione della *res peculiaris*, a meno che il servo non avesse accettato un mutuo e fatto una donazione all'atto della restituzione (Ulp. 29 *ad ed.* D.15.3.7pr., 1). Poi, riportando quanto affermato da parte di Labeone, Ulpiano sostiene che se il servo avesse comprato unguenti e odori che erano pertinenti al proprio *dominus* e li avesse erogati per il funerale, sembrerà *in rem domini versum* (§ 3). Infine – venendo al caso più interessante nonché più simile a quello appena sopra letto in Mela, ove lo stesso Ulpiano critica la posizione espressa da parte di Labeone – se Ego avesse comprato una determinata eredità da parte del servo di Tu e che pertenesse a quest'ultimo ed Ego avesse pagato la pecunia relativa ai creditori dell'eredità medesima, e perciò ad Ego Tu avesse portato via tale eredità, Ego otterrà contro lo stesso l'azione *ex empto*: infatti, *in rem* di Tu sembrerà costituita una *versio*. E, invero, anche se Ego avesse acquistato l'eredità dal servo, affinché ciò che Ego avesse ricevuto dallo stesso servo lo dovesse compensare, sebbene non avesse pagato nulla, tuttavia Ego conseguirebbe *ex empto* ciò che al *dominus* pervenne. Ulpiano tuttavia non ritiene competere l'*actio de in rem verso* a favore dell'*emptor*, *nisi hoc animo gesserit servus, ut in rem domini verteret*, afferma il giurista. Ovvero a meno che il *servus* non abbia compiuto tale negozio con l'intenzione di costituire una *versio in rem domini*. Inoltre, l'intenzione del servo, ai fini della costituzione della *versio*, emerge anche nell'ultimo caso rilevato (*si hoc animo dedit ut patris negotium gerens*, § 5). La circostanza determinante nelle fattispecie descritte, pertanto, alla considerazione di Ulpiano risulta essere l'esplicita intenzione del servo in ogni situazione il quale costituisca la *versio in rem domini*. Infatti, solo analogamente a quanto letto nel testo di Mela il negozio di compravendita interviene tra Ego compratore che paga anche i creditori ereditari e il servo di Tu. In base a siffatta circostanza egli pertanto ottiene l'*actio ex empto*: l'eredità sembrerà costituita nel patrimonio di Tu allorché questi la porta via. Per Labeone in tal modo nel caso descritto dovrebbe essere concessa proprio l'azione contrattuale appunto in ragione del negozio concluso tra il servo di Tu ed Ego. E, infatti, il venditore servo di Tu dovrà

rispondere, come normalmente accade in tale contratto, comunque per evizione anche in base alla verifica del fatto di terzi (nel caso indicato in ragione della sottrazione operata dal proprio *dominus* Tu, però legittimato dall'assunzione dell'obbligo di pagamento del prezzo, sebbene nella situazione delineata il compratore Ego potesse non aver ancora pagato nulla al venditore, ma avesse viceversa pagato soltanto i creditori dell'eredità stessa). La rilevanza oggettiva del pagamento dei creditori dell'eredità dunque per Labeone risulta sufficiente a legittimare la responsabilità contrattuale del servo di Tu venditore in ragione di una *versio* intervenuta nei confronti proprio del patrimonio di quest'ultimo, a seguito della sottrazione dell'eredità da parte di Tu medesimo. E ciò parrebbe accadere unicamente allorché fossero stati pagati i creditori ereditari e soltanto costoro da parte del compratore. Tuttavia Ulpiano nega l'*actio de in rem verso* a favore dell'*emptor*, a meno che non vi fosse stata una esplicita intenzione in tal senso manifestata dallo stesso servo, il quale oltretutto in questa circostanza è tuttora vivente ovvero, come afferma in modo del tutto significativo nella motivazione lo stesso giurista severiano, un *animus* espresso nella conclusione del contratto di compravendita volto a costituire la *versio* nel patrimonio del *dominus* del venditore Tu. Quindi Ulpiano, rispetto alla fattispecie descritta da parte di Mela, si trovava di fronte a due ulteriori rilevanti aspetti ancora diversi da quelli evidenziati ad opera di Labeone: anzitutto un negozio compiuto dal servo non più in vita e che non avrebbe comportato alcuna garanzia del trasferente per fatto dei terzi (in tal caso, infatti, il giudizio aperto dall'azione contrattuale si sarebbe trasmesso in testa al *dominus* Ego del servo venditore, il quale pone in essere la rivendica, come evidenziato fin da D.15.3.1pr., 1, per cui cfr. *supra*, nt. 5, ma anche in D.15.3.10 pr., 1, 2, 3 e in relazione a codesto frammento vd. *supra*, nt. 6); inoltre la circostanza dell'improvvisa morte del servo, la quale impedisce una responsabilità contrattuale che la controparte possa far valere nei suoi confronti. Ma ad accomunare i casi descritti da Mela e da Labeone, nella prospettiva di Ulpiano, tuttavia anzitutto appare emergere l'identico rilievo in base al quale comunque il servo avrebbe dovuto compiere un negozio con l'esplicita intenzione di costituire una *versio* nel patrimonio del *dominus*. E la sussistenza di detto elemento, al di là di ogni ulteriore possibile valutazione, sembra sufficiente a muovere il suo giudizio circa il riconoscimento della costituzione di una *versio* nel patrimonio del *dominus* e a vantaggio del quale il *servus* porrebbe in essere il negozio con la controparte. Al contrario, siffatta evenienza per il giurista severiano non risulta sussistere nella fattispecie della vendita dell'eredità di Labeone e nemmeno nella fattispecie relativa alla commissione dei *pecula* di Mela. Ma in tutti i casi ricordati nella riflessione di Ulpiano – e fin qui considerati (oltre al presente contesto, infatti, cfr. anche le fattispecie riportate *supra*, ntt. 5 e 6) – è apparso centrale l'atto di costituzione posto in essere dal servo ovvero il suo scopo specifico nonché l'effetto prodotto nel patrimonio così integrato, e infine l'intenzione medesima nella predisposizione del negozio da lui stesso posto in essere. Sulle definizioni di *peculium* che danno luogo all'azione, e ricordato nelle prime fattispecie ora prese in considerazione, vd. L. AMIRANTE, *Lavoro dei giuristi*, cit., p. 1 ss.

Con riguardo al problema relativo all'individuazione della configurazione negoziale, la letteratura risalente aveva visto nel rapporto descritto da Mela la concessione di un'*actio locati de in rem verso* in vista della consegna delle coppe commissionate¹². Più di recente invece il riferimento al contratto di locazione sarebbe fondato sulla possibilità prevista fin da Quinto Mucio, per cui nei rapporti di committenza le parti avrebbero potuto liberamente procedere allo scambio della materia prima consegnata: nella realizzazione del manufatto si sarebbe proceduto all'«Austausch» dell'*aurum faciundum* secondo D.34.2.34pr.¹³. Ma da un lato si è dubitato che la fattispecie potesse rientrare nella *locatio conductio*, sottolineando che nulla nel testo accennerebbe alla *locatio*¹⁴. Dall'altro, poiché si prevede che le coppe vengano realizzate con «altro argento» rispetto a quello fornito dal locatore, è stato evidenziato come quest'ultimo rappresenti la controprestazione rispetto al *facere* del *conductor*. E una simile configurazione avrebbe contrastato con il pensiero sabiniano per cui la fattispecie descrit-

¹² A. TUHR, *Actio*, cit., p. 262 ss.; ID., *De in rem verso*, cit., p. 440 ss. Vd. pure di recente gli Autori che hanno ritenuto trattarsi di una fattispecie locativa: G. MACCORMACK, *The early history*, cit., p. 328 ss.; N. BENKE, *Zum Eigentumserwerb*, cit., p. 224 ss., che la connette all'Austausch dell'*aurum faciundum* di Pomp. 9 ad Q. Muc. D.34.2.34pr.; A. CORBINO, *La commissione di anelli*, cit., p. 146 ss.

¹³ N. BENKE, *Zum Eigentumserwerb*, cit., p. 223 ss., il quale appunto ritiene che il giurista repubblicano – analogamente alla circostanza descritta da parte di Mela nel testo sopra preso in considerazione – avrebbe previsto la possibilità dello scambio tra la materia prima fornita da parte del committente e quella effettivamente impiegata da parte dell'artigiano nella realizzazione del manufatto. E ciò sarebbe avvenuto in base alle differenti caratteristiche fisiche rivestite dall'oro scambiato, sebbene individuato solo nella sua quantità. In un caso l'*aurifex* – qualora avesse ricevuto '*Goldgegenstände*' – avrebbe potuto cambiare, per la lavorazione, tale oro con altro oro; nell'altro – qualora avesse ricevuto '*Goldkörner*' –, avrebbe dovuto usare direttamente l'oro ricevuto. Dunque – sulla base della previsione delle parti circa la possibilità dell'«Austausch» – solo nell'ipotesi di *aurum faciundum datum* si farebbe riferimento a '*Goldgegenstände*', potendo l'*aurifex* utilizzare anche altro oro dello stesso valore; in quella di *aurum datum* si alluderebbe a '*Goldkörner*', dovendo essere usato direttamente dall'artigiano per realizzare il manufatto.

¹⁴ M. TALAMANCA, in *BIDR*, 91, 1988, cit., p. 917.

ta da Mela sarebbe stata «verosimilmente» qualificata come compravendita secondo quanto risulta da Gai.3.141¹⁵.

In relazione invece alla concessione dell'*actio de in rem verso* ha suscitato perplessità il mancato riferimento all'*actio de peculio*.

Si è infatti ritenuto che la concessione dell'*actio de in rem verso* per Mela discendesse dall'incorporazione patrimoniale dell'argento fornito dal locatore, a seguito della morte dello schiavo, nel *peculium* di questo¹⁶. Quindi l'evento della morte dello schiavo sarebbe stato il discrimine *a quo*. Ma è stato viceversa notato che la morte dello schiavo avrebbe comunque lasciato sussistere l'*actio de peculio annalis*¹⁷. Pertanto l'autorizzazione all'*actio de in rem verso* è stata spiegata, da un lato, attraverso la permanenza nel patrimonio del *dominus* dei *popula*¹⁸, dall'altro invece attraverso il trasferimento della proprietà dell'argento al *dominus* e, a seguito della morte dello schiavo, computato a titolo di *peculio*¹⁹.

D'altro canto viceversa è stato notato come nel testo non vi sia alcuna allusione all'esistenza di un *peculio*, e che pertanto la soluzione di Mela potrebbe essere spiegata attraverso l'impossibilità di esercitare una *controvindictio*, data la difficoltà di identificare l'argento lavorato per il carattere fungibile

¹⁵ A. METRO, *Locazione*, cit., p. 202 ss., in ragione della teoria sabiniana appunto che considerava una cosa diversa dal denaro quale possibile prezzo del contratto.

¹⁶ Cfr. S. SCHLOSSMANN, *De in rem verso*, cit., p. 87 ss.

¹⁷ Cfr. A. TUHR, *Actio*, cit., p. 262 ss.; Id., *De in rem verso*, cit., p. 440 ss.; G. MACCORMACK, *The early history*, cit., p. 329.

¹⁸ A. TUHR, *Actio*, cit., p. 262 ss.; Id., *De in rem verso*, cit., p. 440 ss.

¹⁹ S. SCHLOSSMANN, *De in rem verso*, cit., p. 87 ss., e G. MICOLIER, *Pécule*, cit., p. 258 ss. e nt. 64, il quale evidenzia che Mela avrebbe stimato equo concedere l'*actio de in rem verso* (considerando delle *versiones in peculium*) piuttosto che l'*actio annalis de peculio*, in quanto «si Mela [...] et Labéon [...] accordent l'action de *in rem verso* [...], ce n'est pas nécessairement parce que les *res* en question sont allées au patrimoine direct du maître». Secondo H. NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung*, cit., p. 47, sarebbe invece la stessa natura fungibile dell'argento che costituirebbe una *versio*, dal momento in cui esso entra nel *peculium*. Cfr. anche N. BENKE, *Zum Eigentumserwerb*, cit., p. 225.

dello stesso²⁰, ma senza escludere che lo schiavo avesse a disposizione un peculio. E la letteratura più recente è giunta a ritenere²¹ che, da un lato, Ulpiano avesse riassunto il pensiero del giurista criticato, omettendo quindi il riferimento originario all'*actio de peculio*; oppure, dall'altro, che Mela avesse già escluso la possibilità della concessione dell'*actio de peculio*, valutando il peculio non esistente o non più capiente.

Tutte queste soluzioni non appaiono affatto persuasive e le rispettive ragioni di ciò saranno valutate di seguito.

3. *L'inesistenza del peculium: la concettualizzazione di Tubero e Labeone*

Anzitutto la configurazione di un'*actio locati de in rem verso* – secondo il risalente rilievo di Tuhr²² – non appare potersi congetturare. Tale azione, infatti, non si può intentare contro Ego in quanto egli non è parte del contratto.

Contro Ego ragionevolmente, secondo Mela, si può esclusivamente concedere un'azione che trovi soltanto la sua ragione mediata nel contratto, senza fare però alcun riferimento diretto all'azione contrattuale.

In tale prospettiva, oltretutto, l'autorizzazione all'*actio de in rem verso* è stata argomentata attraverso la permanenza nel patrimonio del *dominus* dei *pocula* a seguito dell'esperimento della *rei vindicatio* da parte del primo²³. Oppure mediante il trasferimento della proprietà dell'argento al *dominus* e, solo a seguito della morte dello schiavo, computato a titolo di peculio. Ovvero in base al rilievo della natura fungibile dell'argento che integrerebbe una *versio* dal momento in cui esso entra nel *peculium*²⁴. In tutte queste circostanze si tratterebbe di *res* che accedono al patrimonio diretto del *dominus*.

²⁰ J.L. GAY, *L'in rem versum*, cit., p. 267 ss.

²¹ G. MACCORMACK, *The early history*, cit., p. 328 ss.

²² A. TUHR, *Actio*, cit., p. 262 ss.; Id., *De in rem verso*, cit., p. 440 ss.

²³ A. TUHR, *Actio*, cit., p. 262 ss.; Id., *De in rem verso*, cit., p. 440 ss.

²⁴ Cfr. *supra*, nt. 19.

La fattispecie obbligatoria considerata da Mela, la costruzione della fattispecie e la sequenza temporale delle circostanze²⁵ appaiono dirimenti nell'escludere che i *pocula* potessero integrare un patrimonio proveniente dal peculio del servo.

Anzitutto l'accordo negoziale che il servo aveva stipulato con Tu prevedeva che egli non avrebbe dovuto impiegare l'argento fornito dallo stesso Tu nella realizzazione delle coppe: solo quest'ultimo argento avrebbe integrato un patrimonio peculiare di pertinenza del servo.

La legittimazione di Ego alla *rei vindicatio*, alla morte del servo, non appare trovare alcun fondamento nel contratto stipulato dallo schiavo medesimo, e che pertanto non aveva assunto nessun vincolo diretto nell'ambito del negozio, bensì soltanto nella titolarità del diritto di proprietà dell'argento impiegato effettivamente nella realizzazione delle coppe da parte del servo, evidentemente spettante allo stesso Ego. Quindi il servo di Ego per espletare la sua attività negoziale con Tu non usa affatto risorse tratte dal proprio patrimonio peculiare, bensì quelle che lui stesso poteva attingere dal patrimonio diretto del proprio *dominus*.

Qualora la rivendicazione delle coppe fosse rientrata nei limiti del *peculium* del proprio servo, infatti, il *dominus* ne avrebbe dovuto rispondere nei confronti del terzo Tu, in quanto le coppe in ragione del contratto stipulato con il proprio servo sarebbero senz'altro dovute spettare a Tu. In codesto caso la sua pretesa avrebbe potuto essere validamente bloccata da Tu mediante l'esperimento di una *exceptio*, fondata proprio sulla responsabilità peculiare del *dominus* Ego, in sede di *causae cognitio* della *rei vindicatio*. Pertanto, dopo l'esperimento della *rei vindicatio* e anche a prescindere dall'esito della stessa, l'unica protezione possibile per Mela nei confronti di Tu sarebbe stata soltanto quella fondata sulla circostanza per cui si

²⁵ Essa prevede che Tu dia *argentum* al servo di Ego, affinché quest'ultimo facesse coppe per Tu con altro argento. Improvvisamente, dopo che erano state realizzate le coppe da parte del servo di Ego, il servo parte del contratto stipulato con Tu muore. Mela emette il responso per cui a Tu spetta l' *actio de in rem verso*, allorchando – *quoniam* – Ego ha la possibilità di esperire la *rei vindicatio* rispetto alle coppe.

potesse dimostrare che Ego avesse tratto un profitto dall'attività negoziale svolta dal proprio schiavo.

Come pure è stato ritenuto²⁶, si potrebbe considerare una *versio* che verrebbe ad integrare il *peculium* dello schiavo la quantità di argento consegnato da parte di Tu allo schiavo di Ego ai fini dello svolgimento del rapporto negoziale. Anche in questo caso tuttavia il tenore del testo appare costituire un ostacolo a tale congettura.

Infatti, anzitutto rimarrebbe aperta la questione relativa al momento in cui effettivamente l'argento consegnato da parte di Tu possa costituire un reale incremento del patrimonio dello schiavo. Non quello della morte dello schiavo, in quanto verrebbe a mancare la possibilità della valutazione della quantità concretamente ricevuta dallo schiavo di Ego, il quale avrebbe proceduto a ciò proprio al momento della conclusione del contratto con Tu. Viceversa a tale possibilità di giudizio sarebbe rimasto comunque estraneo il proprio *dominus* dopo la sua morte e dopo che i *pecula* erano stati realizzati e consegnati a Tu da parte del servo e attualmente rivendicati da Ego. Ma nemmeno parrebbe poter assumere rilievo il momento della *traditio* dell'argento in quanto, come detto, il tenore dei rimedi processuali discussi da Mela non sembra che lasci sussistere la possibilità di alcun *peculium* già esistente e cui la *versio* dell'argento consegnato da parte di Tu potrebbe automaticamente e validamente aggiungersi. Una prova circa la plausibilità di tale lettura, infatti, si ha nella concettualizzazione che del peculio aveva maturato la giurisprudenza precedente e contemporanea a Mela:

²⁶ G. MICOLIER, *Pécule*, cit., p. 258 ss. e nt. 64, il quale appunto evidenzia che Mela avrebbe stimato equo concedere l'*actio de in rem verso* (prendendo in considerazione delle *versiones in peculium*) piuttosto che l'*actio annalis de peculio*. Secondo H. NIEDERLÄNDER, *Die Bereicherungshaftung*, cit., p. 47, sarebbe viceversa la stessa natura fungibile dell'argento a permettere la costituzione di una *versio*, dal momento in cui esso entra nel *peculium*. Vd. anche N. BENKE, *Zum Eigentumserwerb*, cit., p. 225, per la possibilità di usare oro diverso da quello fornito al fine della lavorazione.

Tub. inc. fr. 2 Lenel = Ulp. 29 ad ed. D.15.1.5.3, 4 e 7: *peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum* 4. *peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus libro sexto mini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur* 7. *quam Tuberonis sententiam et ipse Celsus probat.*

E Lab. ad ed. fr. 86 Lenel = Cels. 6 dig. D.15.1.6: *definitio peculii quam Tubero exposuit, ut Labeo ait, ad vicariorum peculia non pertinet, quod falsum est: nam eo ipso, quod dominus servo peculium constituit, etiam vicario constituisse extimandus est.*

Nel primo frammento²⁷ si afferma che è detto «peculio», come se si trattasse di una piccola quantità di *pecunia* o di un

²⁷ Sul passo, in cui è riprodotta la definizione di peculio che paradigmaticamente Tuberone aveva formulato nella tarda repubblica, soprattutto A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873, p. 126; H. ERMAN, 'Servus vicarius': *l'esclave de l'esclave romain*, Lausanne, 1896, p. 477; C. FERRINI, *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti*, in *Opere*, II, Milano, 1929, p. 29 ss.; G. MICOLIER, *Pécule*, cit., p. 59 ss.; A. CARCATERA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Napoli, 1966, p. 36, nt. 53; R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, p. 123; Id., «Regulae iuris», in *Labeo*, 14, 1968, p. 307; F. WIEACKER, *Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie*, in *Iura*, 20, 1969, p. 467, nt. 69; F. WIEACKER, *Le definizioni dei giuristi romani*, in *Labeo*, 15, 1969, p. 99, nt. 27; M. BRETONE, *La tecnica del responso serviano*, in *Labeo*, 16, 1970, p. 12, nt. 11; B. ALBANESE, 'Definitio periculosa': un singolare caso di 'duplex interpretatio', in *Studi G. Scaduto*, III, Padova, 1970, p. 318; G. DIÓSDI, E. MARÓTI, in *Index*, III, 1972, p. 123; A. CARCATERA, *Dialettica e giurisprudenza (a proposito di un'opera di G. Otte)*, in *SDHI*, 38, 1972, p. 309 ss.; N. SCAPINI, «Usus domus» e «habitatio» nel diritto romano, in *Studi G. Grosso*, V, Torino, 1972, p. 38, nt. 34; I. BUTI, *Studi*, cit., p. 18 ss.; A. BURDESE, in *Iura*, 27, 1976, p. 203; P. NÈVE, in *Iura*, 29, 1978, p. 228, nt. 5; F. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città*, Napoli, 1978, p. 73 ss.; J.J. BRINKHOF, *Ein studie over het 'peculium'*, cit., pp. 58, 70, 82 e 191; A. MANTELLO, «Beneficium servile», cit., p. 319; A. BURDESE, in *Iura*, 30, 1979, pp. 168 e 171; P. APATHY, in *ZSS*, 96, 1979, p. 399, nt. 10; R.M. THILO, *Der 'Codex accepti et expensi' im Römischen Recht. Ein Beitrag zur Lehre von der Litteralobligation*, Göttingen, 1980, p. 137; 140; P. VAN WARMELO, in *TIJR*, 48, 1980, pp. 63 e 66; C. ZACCAGNINI, *Miscellanea. Studi sul 'Digestum Vetus'*, in *BIDR*, 23, 1981, pp. 241 e 276; A. BURDESE, in *SDHI*, 47, 1981, p. 395; M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli, 1982², p. 97 ss.; L. AMIRANTE,

piccolo patrimonio. Tuberone, poi, secondo quanto riferisce Celso, nel libro sesto dei Digesti, definisce quale peculio ciò che ha il servo, con il permesso del padrone, separatamente dalla contabilità del padrone stesso e dedotto quanto è dovuto a quest'ultimo. Anche Celso approva questo parere di Tuberone.

Nel testo successivo si sostiene che la definizione del peculio, esposta da Tuberone, stando a quello che afferma Labeone, non riguarda i peculi dei servi vicari, sarebbe un'affermazione falsa: infatti, bisogna ritenere come, per il fatto stesso

Lavoro dei giuristi, cit., p. 7 ss.; A. DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., p. 280 ss.; A. FERNANDEZ DE BUJÁN, *El 'filius familias' independiente en Roma y en el Derecho español*, Madrid, 1984, p. 26 ss.; E.J.H. SCHRAGE, in *TIJR*, 52, 1984, p. 170; F. HORAK, in *ZSS*, 101, 1984, p. 378, nt. 59; ID., in *TIJR*, 53, 1985, p. 166; F. REINOSO BARBERO, 'Definitio periculosa': ¿Javoleno o Labeón?, in *BIDR*, 29, 1987, p. 301; A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Roma-Bari, 1987, p. 109 ss.; A. GUARINO, in *Labeo*, 35, 1989, p. 338; T. GIARO, «De ponte», cit., p. 200, nt. 78; F. REDUZZI MEROLA, «Servo parere». *Studi sulla condizione giuridica degli schiavi vicari e dei sottoposti a schiavi nelle esperienze greca e romana*, Napoli, 1990, p. 68 ss.; A. WACKE, 'Peculium non ademptum videtur tacite donatum'. *Zum Schicksal des Sonderguts nach der Gewaltentlassung*, in *Iura*, 42, 1991, pp. 53, 57 e 68; A. BURDESE, «Servo parere», in *Index*, 19, 1991, p. 484; M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana*, Madrid, 1994, p. 48; A. WACKE, *Die adjektivischen Klagen im Überblick. Erster Teil: Von der Reeder – und der Betriebsleiterklage zur direkten Stellvertretung*, in *ZSS*, 111, 1994, p. 331, nt. 191; ID., *Das Verbot der Darlehensgewährung an Hauskinder und die Gebote wirtschaftlicher Vernunft. Der Macedonianische Senatsbeschluß in Theorie und Praxis*, in *ZSS*, 112, 1995, p. 265, nt. 69; A. BOTTIGLIERI, *Su alcuni aspetti dell'«interpretatio» di Q. Elio Tuberone il giovane*, in *Labeo*, 42, 1996, p. 36 nt. 7, p. 370, nt. 11 e p. 380 s.; S. TAFARO, *Il giurista e l'ambiguità. 'Ambigere'. 'Ambiguitas', 'Ambiguus'*, Bari, 1996, p. 77 ss.; D. MONTEVERDI, *Tab. Pomp. 7 e la funzione dello «iussus domini»*, in *Labeo*, 42, 1996, p. 358, nt. 47; G. DE BONFILS, «Honores» e «munera» per gli ebrei di età severiana, in *Labeo*, 44, 1998, p. 214, nt. 53; S. DESIDERATO, *Feminae argentariae?*, in *SDHI*, 64, 1998, p. 497, ntt. 20 e 21; F. THEISEN, in *Iura*, 55, 2004-2005, p. 405; F. GALLO, *La 'verità': valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, in *Valori e principi del diritto romano. Atti S. Romano*, a cura di A. TRISCIUOGGIO, Napoli, 2009, p. 83 ss.; A. PETITO, in *Iura*, 58, 2010, p. 454; A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Reformas legislativas de Augusto*, in *Revista general de derecho romano. Iustel*, 23, 2014 (ed. online).

che il padrone costituì un peculio al servo, creò anche il peculio al vicario²⁸.

Rilevati i dubbi in ordine all'attribuzione a Tuberone della definizione riportata da Ulpiano tramite Celso²⁹, la letteratura ha altresì giustamente evidenziato come i due frammenti debbano essere letti unitamente, ed ha indicato «gli elementi costitutivi del nucleo definitorio [...] nel consenso del *dominus* e nella *separatio rationum*»³⁰. Esso pertanto sarebbe anzitutto patrimonio³¹, ma il *permissum domini* non varrebbe per

²⁸ Sul passo soprattutto A. PERNICE, *Labeo*, I, cit., p. 126; H. ERMAN, *Servus vicarius*, cit., p. 477; C. FERRINI, *Saggi*, cit., p. 29 ss.; G. MICOLIER, *Pécule*, cit., p. 244 ss.; A. CARCATERRA, *Le definizioni*, cit., p. 36, nt. 53; R. MARTINI, *Le definizioni*, cit., p. 123; M. BRETONE, *La tecnica*, cit., p. 12, nt. 11; H.-P. BENÖHR, *Arglist und Kenntnis der Hilfspersonen beim Abschluß schuldrechtlicher Geschäfte*, in *ZSS*, 87, 1970, p. 180, nt. 297; B. ALBANESE, *Definitio periculosa*, cit., p. 318; A.M. HONORÉ, *The Editing of the Digest Titles*, in *ZSS*, 90, 1973, pp. 273 e 289; A. CARCATERRA, *Dialettica e giurisprudenza*, cit., p. 309 ss.; I. BUTI, *Studi*, cit., pp. 21 ss. e 24, nt. 24; A. BURDESE, in *Iura*, 27, 1976, p. 203; A. MANTELO, *«Beneficium servile»*, cit., pp. 259 ss., 269 e 278, nt. 134; V. GIODICE-SABBATELLI, *«Constituere»: dato semantico e valore giuridico*, in *Labeo*, 27, 1981, p. 346, nt. 46; A. BURDESE, *Considerazioni in tema di peculio*, cit., p. 76 s.; L. AMIRANTE, *Lavoro dei giuristi*, cit., p. 11 ss.; A. DI PORTO, *Impresa agricola ed attività collegate nell'economia della «villa»: alcune tendenze organizzative*, in *'Sodalitas'. Scritti A. Guarino*, VII, Napoli, 1984, p. 3276, nt. 102; Id., *Impresa collettiva*, cit., p. 277 ss.; E.J.H. SCHRAGE, in *TIJR*, 52, 1984, p. 170; L. LABRUNA, *'Servus vicarius': l'arricchimento dello schiavo*, in *Index*, 13, 1985, p. 471 ss.; A. BURDESE, *Impresa collettiva e schiavo «manager»*, in *Labeo*, 32, 1986, p. 212; F. REINOSO BARBERO, *Definitio periculosa*, cit., p. 344; F. GALLO, *Sulla definizione celsiana del diritto*, in *SDHI*, 53, 1987, p. 11; T. GIARO, *«De ponte»*, cit., p. 200, nt. 78; F. REDUZZI MEROLA, *«Servo parere»*, cit., p. 68 ss.; R. MARTINI, in *Iura*, 61, 1990, p. 197; A. WACKE, *Peculium non ademptum*, cit., p. 54, nt. 22; M. TALAMANCA, in *BIDR*, 94-95, 1991-1992, pp. 705 e 731; A. BOTTIGLIERI, *Su alcuni aspetti dell'«interpretatio»*, cit., p. 371, nt. 13 e p. 380 ss.; A. FÖLDI, *Remarks on the legal structure of enterprises in Roman law*, in *RIDA*, 63, 1996, p. 204, nt. 54; L. WAELKENS, *Gaius IV,73: 'debet' ou 'debetur'?*, in *TIJR*, 68, 2000, p. 354.

²⁹ Non sono stati rilevati di massima dubbi di autenticità, seppure sopravvenissero perplessità in ordine all'attribuzione a Tuberone della definizione riportata da Ulpiano tramite Celso: A. SCHIAVONE, *Giuristi*, cit., p. 109 ss.

³⁰ A. BOTTIGLIERI, *Su alcuni aspetti dell'«interpretatio»*, cit., p. 380.

³¹ Ma per averlo dovrebbero ricorrere due condizioni essenziali, vale a dire il consenso espresso del *dominus* e la *separatio rationum*: A. BOTTIGLIERI, *Su alcuni aspetti dell'«interpretatio»*, cit., p. 381.

il servo vicario stando a Labeone³². E Celso, criticando Labeone³³, estenderebbe la definizione di Tuberone³⁴, facendola propria³⁵. Oltretutto è stato osservato come «probabilmente Labeone ancora esigeva un espresso consenso del *dominus* per la costituzione del peculio, mentre Celso ritiene sufficiente un assenso tacito»³⁶.

Secondo la definizione di peculio di Tuberone infatti, stando al resoconto celsino – e accolta anche da Labeone –, sarebbe proprio il servo, oltre alla titolarità del patrimonio del servo ottenuto col permesso del *dominus*, ad ottenere l'intestazione della contabilità tanto del patrimonio peculiare quanto di quello del *dominus*. Ciò appare risultare dalla congiunta necessità della separazione rispetto alla *ratio* riservata esclusivamente al padrone e previa la deduzione di questa da quella riconducibile alla sfera dei servi, che per Labeone non dovrebbero essere comunque i servi vicari. Ma tale attività contabile è riservata esclusivamente al servo che sia stato preposto. Così, fermo l'assunto di tale nozione all'epoca di Mela, possiamo confrontare tale aspetto con il contenuto del frammento

³² Il che stando ad una considerazione più risalente non varrebbe per Labeone, il quale prescinderebbe dal *permissus domini* nella formazione del *peculium vicariorum* da parte del servo ordinario: H. ERMAN, *Servus vicarius*, cit., p. 477; C. FERRINI, *Saggi*, cit., p. 29 ss.; G. MICOLIER, *Pécule*, cit., p. 244 ss.; A. DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., p. 280 ss.; F. REDUZZI MEROLA, «*Servo parere*», cit., p. 69; diversamente viceversa L. AMIRANTE, *Lavoro dei giuristi*, cit., p. 11 ss.

³³ Sul punto A. DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., p. 278 ss., per cui nel secondo frammento Celso estenderebbe la definizione di Tuberone, in critica a Labeone.

³⁴ A. BURDESE, *Considerazioni in tema di peculio*, cit., p. 76, per il quale egli estenderebbe la definizione di Tuberone anche al peculio del servo vicario.

³⁵ A. BOTTIGLIERI, *Su alcuni aspetti dell'«interpretatio»*, cit., p. 380: in sostanza Celso, nel respingere duramente la posizione di Labeone, conserverebbe la tesi di Tuberone, facendola propria.

³⁶ L. AMIRANTE, *Lavoro dei giuristi*, cit., p. 11; ma già G. MICOLIER, *Pécule*, cit., p. 243 ss. Per diverse posizioni sulla lettura della controversia, ma che non possono essere approfondite in questa sede, vd. particolarmente H. ERMAN, *Servus vicarius*, cit., p. 477; I. BUTI, *Studi*, cit., p. 21 ss.; A. BURDESE, *Considerazioni in tema di peculio*, cit., p. 75 ss.; A. DI PORTO, *Impresa collettiva*, cit., p. 280 ss.; F. REDUZZI MEROLA, «*Servo parere*», cit., p. 74 ss.

proveniente da quest'ultimo giurista e tramandatoci da parte di Ulpiano.

In conclusione infatti, anche in questo contesto, tanto nell'evenienza di ipotetica valutazione dell'incremento patrimoniale effettuata al momento della morte dello schiavo, quanto in quella di una possibile considerazione di esso nella circostanza della *traditio* dell'argento da parte di Tu, tale attività di contabilizzazione connessa al peculio in ogni caso sarebbe dovuta spettare al servo preposto e giammai al *dominus* ovvero per Labeone ai servi vicari. Quindi, in ragione della morte dello schiavo e dell'esercizio dell'*actio de in rem verso*, al posto della richiesta avanzata in base all'esperimento dell'azione da peculio al cospetto della legittimazione alla rivendica dei *pecula* da parte di Ego, per ciascuna situazione sembra esclusa dalla fattispecie la possibilità che lo schiavo fosse divenuto a tale contabilizzazione. Ma è soltanto la prova di quest'ultima attività a dimostrare validamente l'esistenza di un patrimonio, previa autorizzazione del *dominus*, di cui possa avere la titolarità il servo³⁷.

³⁷ Quanto evidenziato infatti da un lato coincide con la definizione di peculio che dà Tuberone e mantenuta anche da Labeone, stando a quanto espresso in D.15.1.5.3, 4 e 7 e in D.15.1.6, secondo la quale le *rationes* del patrimonio peculiare e di quelle dominiche dovrebbero essere tenute proprio dallo schiavo. Ma inoltre, d'altro lato, tutto ciò presupporrebbe sempre un'attività di contabilizzazione del patrimonio esercitata da parte dello schiavo, in ragione di quanto ugualmente è dato evincere da D.15.1.5.3, 4 e 7 nonché da D.15.1.6. Pertanto, se torniamo al caso descritto da Mela, sia considerando i *pecula* già realizzati e consegnati, sia valutando l'argento fornito da Tu, sembra che il responso emesso da parte di Mela relativamente alla fattispecie a lui sottoposta avesse una fondata ragione nella circostanza per cui al servo deceduto non era imputabile alcun patrimonio peculiare. Pertanto, egli giustamente concede l'*actio de in rem verso* senza fare alcuna menzione dell'*actio de peculio*. In questa prospettiva, allora, la concessione dell'*actio de in rem verso* non sembra nemmeno giustificata, come di recente è stato ritenuto, dal fatto per cui Tu aveva fornito l'argento al servo presumibilmente impiegato nella realizzazione delle coppe, le quali non fossero passate in proprietà di Tu per la mancata autorizzazione da parte del *dominus* al trasferimento (così G. MACCORMACK, *The early history*, cit., p. 329). Anche in quest'ultima soluzione, se è vero che nel caso proposto al giurista il *peculium* non esisteva, pertanto non sarebbe stata necessaria alcuna autorizzazione da parte del *dominus* al trasferimento delle coppe a Tu. Le coppe sarebbero entrate nella piena ap-

4. *L'insufficienza del richiamo alla possibilità muciana dell'Austausch dell'aurum faciundum e le conseguenze regolative dell'accordo in Alfeno*

Come visto, la dottrina più recente ha insistito proprio sul ruolo svolto dall'accordo delle parti nello scambio dell'argento per configurare il rapporto negoziale intercorso tra le parti quale contratto di locazione³⁸.

Per ciò si è fatto ricorso ad un'analogia fattispecie già descritta da Q. Mucio³⁹. Nel testo, per il caso in cui un *paterfamilias* avesse disposto un legato di *aurum suum omne* a favo-

partenza di Tu solo in ragione dell'accordo contrattuale concluso con il servo di Ego e per ciò la *traditio* dei *pocula* da parte del servo di Ego, a prescindere dall'autorizzazione del *dominus*, semplicemente non aveva ancora fatto maturare il tempo necessario all'acquisizione del *dominium* da parte di Tu. Ed è anche ovvio che le coppe, essendo state rivendicate dal *dominus*, non avrebbero potuto essere ottenute indietro neppure con una *controindicatio*, in quanto esse non erano entrate ancora in proprietà di Tu. Non rimaneva dunque che far valere la responsabilità del *dominus* nei limiti in cui egli avesse ottenuto un profitto dall'attività negoziale posta in essere dal suo schiavo. Oltretutto, non sembra affatto possibile l'affermazione che Tu avesse fornito l'argento al servo presumibilmente impiegato nella realizzazione delle coppe, poiché l'accordo delle parti prevedeva invece proprio che esso non sarebbe stato utilizzato dal servo di Ego nella fabbricazione dei *pocula*. Così, per ciò riveste un ruolo decisivo, oltretché l'insieme dei rimedi processuali coerentemente concessi dal giurista, la *rei vindicatio* ad Ego padrone del servo deceduto e conseguentemente l'*actio de in rem verso* a Tu, proprio la costruzione della fattispecie negoziale a lui sottoposta da cui appunto detti rimedi congruamente appaiono discendere. La fattispecie obbligatoria considerata prevede che Tu dia *argentum* al servo di Ego, affinché egli facesse coppe per Tu con altro argento: mediante quest'ultimo sono realizzate le coppe da parte del servo di Ego, che vengono consegnate a Tu prima della morte del servo medesimo.

³⁸ N. BENKE, *Zum Eigentumswerb*, cit., p. 223 ss.

³⁹ Q. Muc. Scaev. 2 *iur. civ.* fr. 6 Lenel = fr. 38 SiR (A. SCHIAVONE, dir.) = Pomp. 9 ad Q. Muc. D.34.2.34pr.: *scribit Quintus Mucius: si aurum suum omne pater familias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifici faciundum dedisset aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur*. Q. Mucio analizza il caso in cui un *paterfamilias* avesse disposto un legato di *aurum suum omne* a favore della propria moglie. Egli individua due fattispecie obbligatorie che avevano ad oggetto parte dell'oro: da un lato, l'*id aurum quod aurifici faciundum dedisset*; dall'altro, l'*aurum quod ei deberetur*. Qualora questo oro non fosse stato ripesato dall'orefice, esso non sarebbe dovuto alla moglie.

re della propria moglie⁴⁰, il giurista individua due fattispecie obbligatorie: l'*id aurum quod aurifici faciundum dedisset*⁴¹; e

⁴⁰ Sul frammento commentato da Pomponio, qui non rilevante e non considerato autentico dalla letteratura più risalente ma non seguita in ciò al contrario da quella più recente, soprattutto S. DI MARZO, *Saggi critici sui Libri di Pomponio 'ad Quintum Mucium'*, I, Palermo, 1899, p. 73 ss., il quale appunto sottolinea come il commento di Pomponio sarebbe stato integrato in molti punti dai compilatori; G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS, 50, 1930, p. 35; F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, in BIDR, 49-50, 1947-1948, p. 102 ss.; inoltre U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in RISG, 2, 1927, p. 568 ss.; ID., *Problemi di diritto romano esegeticamente valutati*, I, Bologna, 1954, p. 40 ss.; altresì F.M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946, p. 156 ss.; TH. MAYER-MALY, *'Locatio conductio'. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956, p. 38 ss.; L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in BIDR, 42, 1959, p. 65 ss.; J.A.C. THOMAS, *Non solet locatio dominium mutare*, in *Mélanges Ph. Meylan*, I, Lausanne, 1963, p. 346 ss.; ID., *'Locatio conductio', 'emptio venditio' und 'specificatio'*, in ZSS, 81, 1964, p. 117 ss.; A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 106 ss.; L. AMIRANTE, in *Iura*, 16, 1965, p. 333; M. KASER, in *TIJR*, 34, 1966, p. 415; D. MEDICUS, in ZSS, 34, 1966, p. 429; M. HUBERT, F. DUMONT, in *RHD*, 45, 1967, p. 292; J.A.C. THOMAS, *Reflections on Building Contracts*, in *RIDA*, 18, 1971, p. 673; I. MOLNÁR, *Rechte und Pflichten der Subjekte der 'locatio conductio'*, in *Index*, 12, 1983-1984, p. 181; A. CARCATERRA, in *SDHI*, 51, 1985, p. 568; T. GIARO, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz*, in *BIDR*, 90, 1987, p. 75; N. BENKE, *Zum Eigentumserwerb*, cit., p. 158 ss.; A. SCHIAVONE, *Giuristi*, cit., p. 125 ss.; M. TALAMANCA, in *BIDR*, 91, 1988, p. 903; ID., in *BIDR*, 91, 1988, cit., pp. 914 e 917; F. HORAK, *La giurisprudenza repubblicana*, in *Labeo*, 37, 1991, p. 109; A. METRO, *Locazione*, cit., p. 195 ss.; A. CORBINO, *La commissione di anelli*, cit., p. 146 ss.; B.C. STOOP, *'Non solet locatio dominium mutare'. Some remarks on 'specificatio' in classical Roman law*, in *TIJR*, 66, 1998, p. 7; R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, p. 50 ss.; A. TORRENT, *El binomio capital-trabajo en el pensamiento jurisprudencial clásico: la 'conventio cum aurifice' (Gayo 3.147) y el fundamento económico para su calificación contractual*, in *Iuris Antiqui Historia*, 6, 2014, p. 37 ss.

⁴¹ Vi sarebbe un mutuo ed una di permuta, secondo W. SELL, *Beiträge zur Lehre vom Mieth – und Pachvertrag. Über die s. g. 'locatio irregularis'*, in *Arch. f. civ. Prax.*, 19, 1836, p. 328 s.; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, Torino, 1925 (trad. it. C. FADDA, P.E. BENSÀ), p. 554, nt. 12; un mutuo ed una di *locatio operis* per C. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, in *BIDR*, 18, 1906, p. 146; al mutuo si aggiungerebbe una *locatio operarum* dell'orefice in L. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 72, nt. 17; solo una *locatio operis*, secondo P. ROSSI, *Locatio-conductio operis 'irregularis'*, in *Studi Senesi*, 7, 1890, p. 181 ss.; U. BRASIELLO, *L'unitarietà*, cit., p. 568 ss.; F. BONIFACIO, *Ricerche*, cit.,

l'*aurum quod ei deberetur*⁴². E in relazione ad entrambe afferma che qualora questo oro non fosse stato ripesato dall'orefi-ce⁴³, esso non sarebbe dovuto alla moglie. Pertanto la necessità della *repensio*, inerente ad ambedue le fattispecie e richiesta alla loro fine, dimostra che la volontà delle parti non svolgesse alcun ruolo in relazione al trasferimento della proprietà dell'oro⁴⁴. Viceversa l'accordo delle parti e la stessa *repensio*

p. 103 ss.; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 38 ss.; M. TALAMANCA, in *BIDR*, 91, 1988, cit., p. 914 s.; ID., *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *'Contractus' e 'pactum'. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti Copanello 1988*, a cura di F. MILAZZO, Napoli, 1990, p. 77; R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 56 ss. Infine una *permutatio* per E. DE SANCTIS, *Interpretazione del fr. 31 D.19.2 (Alfenus libro V Digestorum a Paulo epitomatum)*, in *SDHI*, 12, 1946, p. 106 ss. e A. METRO, *Locazione*, cit., p. 204.

⁴² Dubitano della locazione soprattutto L. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., pp. 66 e 72 ss. e C. LONGO, *Appunti*, cit., p. 137 ss., che ravvedono una locazione di opere e un mutuo dell'*aurum*, e A. METRO, *Locazione*, cit., p. 198 ss. Secondo N. BENKE, *Zum Eigentumsvererb*, cit., p. 171 ss., anche qui vi sarebbe una locazione in base ad una supposta differenza tra i materiali forniti dal committente, prevedendo solo qui la possibilità che l'oro potesse essere ripesato. Ma vd., in senso contrario, R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 56 ss. E mi pare più verosimile intravedere una fattispecie obbligatoria del tutto diversa da quella locativa: Pomponio, oltretutto, fa riferimento ad una *stipulatio*.

⁴³ Anche a me sembra da respingere la supposta distinzione tra i materiali e da accogliere, inoltre, il riferimento della *repensio* ad entrambe le fattispecie: R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 53 ss.; M. TALAMANCA, in *BIDR*, 91, 1988, cit., p. 914. Poiché l'*aurum debitum* è oggetto di un rapporto di credito e della *repensio*, dovrebbe supporre una precedente *datio* e, poiché non è aggiunta altra qualificazione né la sua trasformazione in manufatti, la possibilità di un mutuo.

⁴⁴ Per ambedue ritengono giustamente vi fosse un legato *per damnationem*, P. VOCI, in *SDHI*, 23, 1957, p. 373; N. BENKE, *Zum Eigentumsvererb*, cit., p. 161 ss.; A. METRO, *Locazione*, cit., p. 195 e nt. 19; diversamente U. BRASIELLO, *Problemi*, I, cit., p. 41; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 38, i quali pensano ad un legato *per vindicationem*. Infatti, anche nell'ipotesi in cui le parti si fossero accordate nel senso della realizzazione dei manufatti con l'oro consegnato, per Q. Mucio avrebbe prevalso il carattere di fungibilità dell'oro. Ciò appare dimostrato soprattutto dalla previsione in generale, e senza eccezioni, della *repensio*. Tale circostanza, appunto, parrebbe indicare che per Q. Mucio le parti non potessero escludere il passaggio della proprietà dell'oro anche nell'ipotesi in cui queste si fossero accordate per la realizzazione dei manufatti con l'oro consegnato. Altrimenti, in tale evenienza, la *repensio* non sarebbe stata necessaria. In ogni caso, si può affermare che la ne-

erano particolarmente connesse al rapporto tra il valore della materia prima e quello dell'intera retribuzione dovuta da parte del locatore in ragione del lavoro di realizzazione del manufatto. Ma ciò verrebbe a mancare nell'*aurum debitum*, per cui poteva essere data una diversa disciplina in ordine alla fornitura della materia nelle differenti qualificazioni negoziali.

cessità della *repensio* sembra connessa in particolar modo, da un lato, al fatto che l'oro passava comunque nel *dominium* dell'*aurifex*; e, dall'altro, alla necessità che l'oro o gli oggetti rientrassero nel patrimonio del *paterfamilias* per costituire oggetto del legato disposto a favore dell'*uxor*. Pertanto, nella visione di Q. Mucio, la proprietà dell'oro si sarebbe trasferita al *conductor* in virtù della semplice *traditio*. Così, essendo stato trasferito l'oro in sua proprietà, in ogni caso il conduttore, autonomamente e al di fuori di qualsiasi accordo negoziale con il locatore, avrebbe potuto scambiarlo e utilizzare oro diverso da quello ricevuto. In tale situazione, poiché le quantità di oro scambiate potevano non essere equivalenti e poiché la *repensio* in Q. Mucio interveniva dopo l'accordo negoziale, l'eventuale differenza tra la quantità di oro data e quella effettivamente impiegata da parte dell'artigiano avrebbe dovuto essere pagata dal locatore: qualora la *repensio* avesse fatto risultare un valore inferiore rispetto all'oro dato, esso sarebbe stato decurtato dalla *merces*; qualora invece la medesima *repensio* avesse fatto emergere un valore superiore in confronto all'oro dato, questo avrebbe dovuto essere computato nella *merces* stessa, facendone aumentare l'ammontare rispetto alla sola retribuzione del lavoro svolto dall'artigiano. Tale possibilità pertanto lascia intravedere l'ulteriore eventualità per cui il *conductor* avesse direttamente fornito tutto l'oro necessario alla realizzazione dei manufatti concordati. In conclusione, il pensiero muciano, al fine della lettura della fattispecie descritta da Mela, non rileva in virtù del richiamo alla possibilità muciana dell'Austausch dell'*aurum faciundum*. Infatti, in Q. Mucio l'accordo delle parti e la *repensio* erano particolarmente connesse al rapporto tra il valore della materia prima e quello dell'intera retribuzione dovuta da parte del locatore in ragione del lavoro di realizzazione del manufatto. Queste due entità potevano non risultare coincidenti e, pertanto, il locatore avrebbe dovuto supplire mediante la fornitura della retribuzione del lavoro che doveva essere effettuato. Ma una diversa caratterizzazione anche in senso negoziale risulta in relazione all'*aurum debitum* e appare altresì emergere dalla stessa critica pomponiana alla configurazione muciana. Il che depone senz'altro per una diversa caratterizzazione che i giuristi potevano dare in ordine alla disciplina della fornitura della materia prima nei rapporti di committenza ovvero di mero prestito e della medesima conseguente e differente qualificazione negoziale. Ciò, pertanto, non consente di assumere il pensiero muciano quale paradigma assolutamente sufficiente entro cui poter ascrivere la fattispecie descritta da Mela, al punto tale da dedurre conseguenze sicure per la ricostruzione della disciplina valutata nonché dello stesso schema negoziale tenuto presente da Mela nel frammento riportato in principio.

Un significato invece diverso e relativo alle difformi conseguenze regolative derivanti dal differente oggetto dell'accordo delle parti, rispetto a quello emerso in Q. Mucio, in relazione alla fornitura e allo scambio della materia prima fungibile, appare emergere ulteriormente ancora prima di Mela ed esattamente in Alfeno:

Alf. dig. a Paul. epit. fr. 71 Lenel = Alf. 5 dig. a Paul. epit. D.19.2.31: [...] secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quod cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset triticum quod nauta solvisset vindicare [...] quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent, et mercator in creditum iret ... sive eadem res quae tradita esset, reddi deberet ... sed si ita datum esset, ut in simili re solvi possit [...]

È riportata la parte del frammento, connessa alla soluzione della *quaestio*, che interessa il nostro discorso. La prima frase si riferisce a quanto il giurista aveva precisato, nello stesso frammento, in tema di deposito, per cui se il denaro fosse stato consegnato senza possibilità di essere individuato attraverso sigillatura, esso avrebbe dovuto essere riconsegnato nel *tantundem*⁴⁵.

⁴⁵ Per considerare il contesto dell'intero frammento tuttavia è opportuno tener presente quanto in esso argomentato complessivamente dal giurista, Alf. 5 dig. a Paul. epit. D.19.2.31: *in navem Saufeii cum complures frumentum confuderant, Saufeius uni ex his frumentum reddiderat de communi et navis perierat: quaesitum est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nauta agere possunt oneris aversi actione. respondit rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur (sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur) aut eiusdem generis redderetur (veluti cum argentum pusulatum fabro daretur ut vasa fierent, aut aurum ut anuli): ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. idem iuris esse in deposito: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeratam, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solveret. secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum. quod si separatim tabulis aut heronibus aut in alia cupa clusum uniuscuiusque triticum fuisset, ita ut internosci posset quid cuiusque esset, non potuisse nos permutationem facere, sed tum posse eum cuius fuisset*

triticum quod nauta solvisset vindicare. et ideo se improbare actiones oneris aversi: quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret, non videtur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset; sive eadem res, quae tradita esset, reddi deberet, furti esse actionem locatori et ideo supervacuum esse iudicium oneris aversi. sed si ita datum esset, ut in simile re solvi possit, conductorem culpam dumtaxat dabere nam in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam debere neque omnimodo culpam esse, quod uni reddidisset ex frumento, quoniam alicui primum reddere eum necesse fuisset, tametsi meliorem eius condicionem faceret quam ceterorum. Dubbi sulla genuinità del testo erano stati avanzati da G. VON BESELER, *Miszellen*, in *ZSS*, 45, 1925, p. 467, il quale, all'inizio del frammento, appunta il «cum», sostituisce «possunt» con 'possent' e aggiunge 'nam aut ita locari' e 'ita ut tantundem' rispettivamente dopo il sintagma «genera esse» e «locarentur aut»; S. SOLAZZI, *Appunti di diritto romano marittimo: l'actio oneris aversi*, in *RDN*, 2, 1936, p. 268 ss.; H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, in *ZSS*, 65, 1946, p. 198; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 34 ss., secondo il quale i *duo genera rerum locatarum* sarebbero frutto di una elaborazione di glossatori postclassici, e prima ancora da E. DE SANCTIS, *Interpretazione*, cit., p. 86 ss., che ritiene non genuino tutto il corpo centrale del passo ed esattamente da «*rerum locatarum duo genera esse [...]*» a «*[...] et recte datum. quod [...]*» e da «*non potuisse nos [...]*» a «*esset reddi debere*». Ma la recente dottrina ha affermato l'autenticità del testo: F.M. DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva nell'actio furti*, in *AUBA*, 10, 1949, p. 104, nt. 2, il quale, da un lato, sottolinea l'inaccettabilità della tesi di Pflüger, in quanto fondata sul presupposto indimostrato che il diritto giustiniano abbia ammesso largamente la *mutatio dominii* a seguito della locazione (ma ciò contrasterebbe con Pomp. 17 *ad Q. Muc.* D.19.2.39) e, dall'altro, quella di De Sanctis, il quale, senza tener conto delle differenze storiche, corregge il pensiero di Q. Mucio (D.34.2.34pr.) con le costruzioni di Pomponio e quello di Alfeno con quelle di Gaio o Paolo; ID., *'Receptum nautarum'*. *Studio sulla responsabilità dell'armatore in diritto romano, con riferimento alla disciplina particolare concernente il 'caupo' e lo 'stabularius'*, in *AUBA*, 12, 1952, p. 101 ss.; L. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 66 ss.; J.A.C. THOMAS, *Trasporto marittimo, locazione ed 'actio oneris aversi'*, in *Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, I, Milano, 1968, p. 234, anche se soprattutto in relazione alla prima parte; B. ALBANESE, *Per la storia del 'creditum'*, in *AUPA*, 32, 1971, p. 88; M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 75, nt. 154; ID., in *BIDR*, 91, 1988, cit., p. 914; R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 67. Ancora, sull'articolato contenuto del testo, vd. F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, trad. it. U. GREGO, XIX, Milano, 1891, p. 300; F.L. KELLER, *Pandekten*, cit., p. 647 ss.; A. DERNBURG, *Diritto delle obbligazioni*, I, Torino, 1903, p. 490, nt. 8; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, cit., p. 554, nt. 12. Inoltre, O. CLERICI, *La formazione delle locazioni irregolari in diritto romano*, in *AG*, 79, 1907, p. 284 ss.; P. HUVELIN, *Études sur le 'furtum' dans le très ancien droit romain*, I, Lyon-Paris, 1915, p. 511 ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Roma, 1928², p. 298, nt. 7; S. SOLAZZI, *Appunti*, cit., p. 268 ss.; L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano, 1940, p. 107 ss. Nel secondo novecento, poi, E. BETTI, *Istituzioni*

A tale caso è assimilato il *frumentum* consegnato a Saufeio: questo, pertanto, sarebbe passato in proprietà del *conductor*. Nella *quaestio*, infatti, i *complures* avevano caricato sulla nave il *frumentum* alla rinfusa.

Ma – secondo la nota dicotomia illustrata all’inizio del responso relativa ai *duo genera rerum locatarum* – a tale fattispecie Alfeno ne fa seguire un’altra: il frumento di ciascuno dei caricatori poteva essere consegnato chiuso in stipe o sacchi, in modo che si potesse distinguere la parte di ciascuno. In tale circostanza *non potuisse nos permutationem facere*: al *conductor* cioè non era riconosciuta la possibilità di scambiare il frumento consegnato con altro frumento; mentre il proprietario avrebbe potuto esercitare la *rei vindicatio* per riottenerlo indietro. Le altre parti del frammento riportate, come può vedersi, riproducono la stessa dicotomia ora descritta.

In letteratura, giustamente, anche di recente⁴⁶, è stato sottolineato il nesso che lega la distinzione dei *genera* alla solu-

di diritto romano, II, Padova, 1947², p. 223 ss.; ID., *Imputabilità dell’inadempimento dell’obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, p. 110 ss.; TH. MAYER-MALY, *Tipicità e unità della ‘locatio conductio’*, in *Labeo*, 5, 1959, p. 390 ss.; J.A.C. THOMAS, *Carriage by Sea*, in *RIDA*, 7, 1960, p. 489 ss.; J.H. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles, 1962, p. 75 ss.; J.A.C. THOMAS, *Non solet*, cit., p. 9 ss.; G. CERVENCA, *In tema di locatio-conductio (a proposito di un recente studio)*, Trieste, 1964 [estr.], p. 7 ss.; L. AMIRANTE, in *Iura*, 16, 1965, p. 333; J.A.C. THOMAS, *Trasporto marittimo*, cit., p. 223 ss.; B. ALBANESE, *Per la storia*, cit., p. 88 ss.; G. MACCORMACK, *‘Custodia’ and ‘culpa’*, in *ZSS*, 89, 1972, p. 199 ss.; ID., *Culpa*, in *SDHI*, 38, 1972, p. 146; W. LITEWSKY, *Le dépôt irrégulier*, in *RIDA*, 21, 1974, p. 229 ss.; J.A.C. THOMAS, *Juridical aspects of carriage*, in *Recueils soc. T. Bodin 32*, Bruxelles, 1974, p. 117 ss.; G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano, 1976, p. 157. Sul tema dell’*onus aversum*, si può vd. soprattutto S. SOLAZZI, *Appunti*, cit., p. 268 ss.; M. BRETONNE, *Intervento*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana. Atti Copanello 1990*, a cura di F. MILAZZO, Napoli, 1992, p. 303 ss.

⁴⁶ Per la letteratura recente più importante, anzitutto N. BENKE, *Zum Eigentumsverwerb*, cit., p. 191 ss.; A. SCHIAVONE, *Giuristi*, cit., p. 126 ss.; G. CRIFÒ, *Intorno alla categoria della irregolarità*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale*, I, Milano, 1988, p. 219 ss.; M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 75 ss.; altresì ID., in *BIDR*, 91, 1988, p. 901; ID., in *BIDR*, 91, 1988, cit., p. 914 ss.; P. VOGLI, *‘Diligentia’, ‘custodia’, ‘culpa’. I dati fondamentali*, in *SDHI*, 56, 1990, p. 140; M.J. SCHERMAIER, *Teilvindikation oder Teilungsklage?*, in *ZSS*, 110, 1993, p. 176 ss.; R. CARDILLI, *L’obbligazione di ‘praestare’ e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.c. – II sec. d.c.)*, Mi-

zione della *quaestio*, respingendo i dubbi di autenticità sollevati in ordine a tale parte del testo (*secundum quae videri triticum factum Saufeii et recte datum*⁴⁷).

lano, 1995, p. 269 ss.; A. METRO, *Locazione*, cit., p. 204 ss., il quale ripropone un certo scetticismo circa l'attendibilità del testo; A. CORBINO, *La commissione di anelli*, cit., p. 141 ss.; B.C. STOOP, *Non solet*, cit., p. 7 ss.; R. FIORI, *La definizione*, p. 65 ss.; C.H. MÜLLER, *Gefahrtragung bei der 'locatio conductio'. Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag im Kommentar römischer Juristen*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 2002, p. 84 ss.; N. DE MARCO, *L'actio oneris aversi*. *Appunti su un equivoco ricostruttivo*, in *Labeo*, 49, 2003, p. 140 ss. Ma ancora valutazioni più specifiche fin da P. ROSSI, *Locatio-conductio operis 'irregularis'*, cit., p. 181 ss.; F.E. VASSALLI, *Delle obbligazioni di genere in diritto romano*, in *Studi Senesi*, 26, 1909, p. 68; C. LONGO, *Appunti*, cit., p. 138 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, [Napoli, 1921], Napoli, 1994¹⁴, p. 346; U. BRASIELLO, *L'unitarietà*, cit., p. 549 ss.; P. BONIFACIO, *Ricerche*, cit., p. 108; U. BRASIELLO, *Problemi*, I, cit., p. 48; L. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 66 ss.; A. METRO, *Locazione*, cit., p. 191 ss.; R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 67 ss.; A. BESSENYŐ, *Das Rätsel der 'actio oneris aversi'. Eine Exegese von D.19.2.31, in 'Iura Antiqua' – 'Iura Moderna'. Festschrift F. Benedek*, Hrsg. G. HAMZA, I. KAJTAR, A. PÓKECZ KOVÁCS, J. ZLINSZKY, Pécs, 2001, p. 23 ss.; S. BELLO RODRIGUEZ, *La responsabilidad del naviero en el transporte de mercancías según D.19.2.31*, in *RIDA*, 49, 2002, p. 45 ss.; R. BACKHAUS, *Die Gefahrtragung bei gemeinsamen Unternehmungen und ihre Modifikation durch Parteiabsprachen in klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, 121, 2004, p. 233 ss.; F. THEISEN, in *Iura*, 55, 2004-2005, p. 402; É. JAKAB, *Vertragsformulare im Imperium Romanum*, in *ZSS*, 123, 2006, p. 71 ss.; M.J. SCHERMAIER, in *Iura*, 57, 2008-2009, p. 524; M.D. FLORÍA HIDALGO, *Controversias jurisprudenciales sobre préstamos y depósitos*, in *Index*, 37, 2009, p. 340; F. REINOSO-BARBERO, *Entropía en las obras jurisprudenciales de Digesto*, in *Iura*, 58, 2010, p. 106, nt. 26; S. LONGO, *La «conventio cum aurifice» di Gai 3.147*, in *Index*, 38, 2010, p. 315 ss. (= *Id.*, *La «conventio cum aurifice» di Gai. 3.147: il problema dell'inquadramento contrattuale negli orientamenti della 'iurisprudencia'*, in *Studi L. Arcidiacono*, IV, Torino, 2010, p. 1955 ss.); B. FORSCHNER, *Das Schiff des Saufeius – Anmerkungen zu D. 19.2.31*, in *Forum Historiae Iuris*, 2011 (ed.online); T. PERALTA ESCUER, *El naufragio y el 'periculum' en las diversas relaciones contractuales*, in *Scritti A. Corbino*, V, a cura di I. PIRO, Lecce-Tricase, 2016, p. 494 ss.

⁴⁷ R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 72 ss.; e altresì C. LONGO, *Appunti*, cit., p. 146 ss.; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, cit., p. 554 e nt. 12; F. BONIFACIO, *Ricerche*, cit., pp. 107 e 108, nt. 54; F.M. DE ROBERTIS, *D.19.2.31 e il regime dei trasporti marittimi nell'ultima età repubblicana*, in *SDHI*, 31, 1965, p. 104 ss.; M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 75 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 274 ss.; A. CORBINO, *La commissione di anelli*, cit., p. 142 ss. Altresì S. LONGO, *La «conventio cum aurifice»*, cit., p. 316 ss., la quale da ultimo decisamente afferma «in via generale anzitutto, guardando all'andamento complessivo di D. 19.2.31, non appaiono fondati i sospetti di interpolazione, a volte ra-

Rispetto a siffatta espressione, la quale attesterebbe un passaggio di proprietà del frumento a Saufeio, i sintagmi *complures frumentum confunderant* e *reddiderat de communi* indicherebbero una situazione per la quale il frumento caricato sulla nave integrerebbe una comunione tra i locatori. Ciò accade argomentando dall'interpolazione⁴⁸ delle porzioni di testo in cui è detto espressamente che il frumento è diventato di Saufeio⁴⁹, oppure dalla rilevazione di un regime di proprietà tra i locatori⁵⁰.

In primo luogo il tenore del passo non attesta esplicitamente una comproprietà⁵¹ ed occorrerebbe altresì configurare interventi compilatori sullo stesso principio del trasferimento della proprietà al conduttore⁵². Nondimeno tale possibilità contrasta con alcuni ulteriori dati rilevanti: il grano consegnato al *nauta* è trasferito *ipso facto (continuo)* in proprietà⁵³, e

dicali, avanzati anche di recente sul brano, della cui genuinità non mi sembra potersi dubitare quantomeno dal punto di vista sostanziale».

⁴⁸ I dubbi su questi aspetti e sui lemmi «*wideriv*» e «*recte*», possono essere superati tenendo presente la ricerca di C. FERRINI, *Intorno ai Digesta di Alfeno Varo*, in *BIDR*, 4, 1891, p. 1 ss. (= *Opere*, II, Milano, 1929, p. 178), che dimostra la ricorrenza di essi nell'opera di Alfeno. Sul punto anche R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 73.

⁴⁹ E. DE SANCTIS, *Interpretazione*, cit., p. 88 ss.

⁵⁰ N. BENKE, *Zum Eigentumsvererb*, cit., p. 203 ss., fa ulteriori distinzioni per cui i locatori, rimasti proprietari del frumento, diventato però *commune*, si vedrebbero restituire un *idem genus* (al posto dell'*idem*): l'Autore ritiene però che tale ipotesi sarebbe stata accantonata a favore della distinzione dei *duo genera*, e così supera l'apparente contrasto. Inoltre A. METRO, *Locazione*, cit., p. 210 ss., che fa leva sul carico alla rinfusa.

⁵¹ M. TALAMANCA, in *BIDR*, 91, 1988, cit., p. 916, il quale, in relazione alla tesi avanzata da Benke, giustamente rileva come il tenore del passo escluda che il giurista conoscesse l'alternativa indicata dall'Autore.

⁵² A voler seguire le altre tesi considerate, inoltre, si dovrebbe in effetti ammettere che l'insieme della riflessione elaborata da Alfeno sia frutto di interventi successivi. Pensa ad interventi di Paolo e di autori postclassici TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 35, ma non sembra che vi siano dati espliciti che possano sostanziare la constatazione di una così ampia stratificazione di interventi.

⁵³ C. LONGO, *Appunti*, cit., p. 141, nt. 1, infatti, rilevando l'ultima parte del passo (*quia sive eius generis essent merces, quae nautae traderentur, ut continuo eius fierent et mercator in creditum iret*), aveva evidenziato come Alfeno non potesse pensare ad una comunione, poiché riteneva che ciascuno dei pro-

anche in altro luogo nel testo si fa riferimento al trasferimento del *dominium* al *nauta*⁵⁴.

Si potrebbe ritenere che nel carico alla rinfusa e nella restituzione del frumento ad uno dei *complures* il giurista si fosse riferito a quanto avvenuto sul piano di fatto⁵⁵, ovvero a quanto dichiarato dalle parti nella proposizione della *quaestio*⁵⁶. Accogliendo l'una o l'altra eventualità, dunque, sembra possa ritenersi fondato che, nel caso del carico di *frumentum* alla rinfusa sulla nave di Saufeio, senza che esso fosse cioè chiuso in sacchi o stipe, il *frumentum* stesso passasse in proprietà di Saufeio. Questa dunque rappresenta la prima configurazione cui Alfeno fa riferimento.

L'altra è costituita invece dal carico del *frumentum* chiuso in sacchi o stipe: in questo secondo caso rimaneva individuata la parte di grano spettante a ciascuno dei caricatori e al *conductor* non era consentita la possibilità di farne *permutatio*⁵⁷.

prietari, consegnando il grano al nauta, gliene trasferisce *ipso facto* (continuo) la proprietà. Così, la frase «*secundum quae videri triticum factum Saufei recte datum*» non potrebbe essere sospettata.

⁵⁴ Di recente R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 76, richiamando l'ulteriore porzione di testo (*non videretur onus esse aversum, quippe quod nautae fuisset*), rileva che anche in tale ambito si afferma come le merci siano divenute di proprietà di Saufeio. Inoltre, alla luce di una prospettiva più generale, F.M. DE ROBERTIS, *D.19.2.31*, cit., p. 103; R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 74.

⁵⁵ C. LONGO, *Appunti*, cit., p. 141, nt. 1; L. DE SARLO, *Alfeno Varo*, cit., p. 57.

⁵⁶ Così A. WILINSKI, *D.19.2.31 und die Haftung des Schiffers im altrömischen Seetransport*, in *Annales Un. Marie Curie Sklodowska*, 7, 1960, p. 362, nt. 38; F.M. DE ROBERTIS, *D.19.2.31*, cit., p. 100, nt. 33; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 271, nt. 102; R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 76, per cui le espressioni utilizzate da parte dei *ceteri vectores*, nella proposizione al giurista della *quaestio*, sarebbero giustificate, ritenendosi essi comproprietari del frumento caricato. Ma quest'ultima prospettiva non sarebbe poi accolta da parte di Alfeno, il quale invece riteneva che il trasporto alla rinfusa del frumento potesse dar luogo soltanto ad un *in creditum ire*, implicando così l'acquisto della proprietà da parte del *conductor*.

⁵⁷ Ciò conferma la facoltà del *conductor*, dipendente dalla sua nuova posizione giuridica di proprietario, di restituire cose diverse purché appartenenti al medesimo *genus* di quelle consegnate, stessa facoltà riscontrata già in Q. Mucio e nella fattispecie dell'argento consegnato all'artigiano per farne vasi o dell'oro consegnato per farne anelli. Inoltre, lascia evidenziare come il termine *permutatio* non possa essere inteso in senso negoziale, in quanto tale atti-

Oltre all'autonomo dovere di protezione a carico del conduttore che si concretizza in uno specifico dovere di non *face-re*, puntualizzato nel divieto di fare *permutatio* del *frumentum* chiuso in sacchi o stipe, il dato che emerge chiaramente dalla fattispecie del carico di *frumentum* alla rinfusa è che la diversa modalità del carico fosse stabilita dalle parti. L'accordo negoziale quindi doveva contemplare la scelta tra un carico di *frumentum* in sacchi o stipe oppure alla rinfusa da cui conseguiva la facoltà della *permutatio* per il *conductor*⁵⁸.

A questa differenza conseguivano poi diversi rimedi per far valere l'eventuale responsabilità del *conductor*. Sulla base della distinzione tra le *res locatae* all'inizio del frammento, Alfeno, infatti, giunge alla soluzione della *quaestio* a lui sottoposta: il *frumentum* caricato alla rinfusa sulla nave, rientrando nel secondo dei *genera* classificati, passa nella proprietà di Saufeio, e avendone costui consegnato una parte al primo dei *complures*, questi ultimi non possono agire contro il *nauta* mediante l'*actio oneris aversi*. Da tale punto di osservazio-

vità dal giurista è descritta quale eventualità conseguente e successiva al caricamento sulla nave di Saufeio del frumento chiuso in stipe o sacchi, per cui solo Saufeio vi sarebbe stato abilitato viceversa nel caso di una consegna del frumento alla rinfusa. Diversamente A. METRO, *Locazione*, cit., p. 213, ma cfr. U. BRASIELLO, *Problemi*, I, cit., p. 48, e di recente N. DE MARCO, *L'actio oneris aversi*, cit., p. 146 s. Infine, consente di rilevare in ordine al *frumentum* che non passa in proprietà di Saufeio l'individuazione nel pensiero del giurista di un autonomo dovere di protezione a carico del conduttore, che non soltanto si presenta del tutto distinto ed autonomo dal dovere di prestazione, bensì viene determinato nel suo esatto contenuto: uno specifico dovere di non *face-re*, puntualizzato nel divieto di fare *permutatio* del *frumentum* chiuso in sacchi o stipe.

⁵⁸ In sostanza, a prescindere dal carattere di fungibilità del *frumentum*, le parti potevano accordarsi su una modalità di carico che prevedesse la consegna del frumento in sacchi o stipe, per il quale non si poteva avere nessun trasferimento di proprietà al conduttore e da questo non poteva essere scambiato con altro frumento. Oppure, viceversa, potevano accordarsi relativamente ad un carico effettuato alla rinfusa, del quale il conduttore diveniva proprietario ed era consentito che questo scambiasse il *frumentum* e lo restituisse nel medesimo *genus*, cambiando in tal modo il contenuto dell'obbligo restitutorio accessorio.

ne, dunque, Alfeno esclude l'esperibilità, sul piano penale⁵⁹, dell'*actio oneris aversi*.

Nella parte finale del testo, infatti, il giurista articola una casistica volta ad evidenziare ulteriori angoli prospettici dai quali poteva ugualmente addursi tale esclusione, tranne che per l'ultimo caso, in cui si ipotizza una responsabilità di tipo contrattuale.

Ed è proprio il criterio del passaggio di proprietà in testa al conduttore che determina l'articolazione degli strumenti con cui far valere l'eventuale responsabilità del *nauta*, sia sul piano penale, sia su quello reipersecutorio. Il fatto che va rilevato, nell'ipotesi di restituzione dell'*idem* e in ordine alla prospettiva reipersecutoria, è che si fa luogo ad una *rei vindictio* contro il terzo, escludendo in questo modo, per tale aspetto, la possibilità di un giudizio di locazione contro il *nauta*. Mentre, sotto il profilo penale, i locatori avrebbero potuto avvalersi dell'*actio furti* contro il *nauta*⁶⁰.

Anche nel caso di restituzione dell'*idem genus*, da un lato, si esclude l'*onus aversum*, non essendo più i locatori proprietari delle merci; dall'altro, invece, si respinge il giudizio di locazione per difetto di imputabilità del *conductor*. Così dalla di-

⁵⁹ La letteratura ha espresso valutazioni diverse in ordine alle caratteristiche dell'azione richiamata nel testo. Per la natura penale, infatti, dell'*actio oneris aversi*, la cui testimonianza ci è tramandata solo da D.19.2.31, S. SOLAZZI, *Appunti*, cit., p. 265 ss.; E. DE SANCTIS, *Interpretazione*, cit., p. 94 ss.; A. BISCARDI, *Actio oneris aversi*, in *NNDI*, I, Torino, 1957, p. 267 e, più di recente, M. BRETONE, *Intervento*, cit., p. 303 ss.; M. TALAMANCA, *Intervento*, in *Illecito e pena privata*, cit., p. 307 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 273, nt. 108; R. FIORI, *La definizione*, p. 75, nt. 36. Per la configurazione di una natura di tipo reipersecutorio P. HUVELIN, *Études d'histoire*, cit., p. 118 ss.; A. WILINSKI, *D.19.2.31*, cit., p. 353 ss.; nonché J.A.C. THOMAS, *Trasporto marittimo*, cit., p. 231. Ora sostiene che la locuzione sia stata usata in modo 'atecnico' N. DE MARCO, *L'actio oneris aversi*, cit., p. 157.

⁶⁰ La proposizione attestante l'esclusione dell'*actio locati* è stata spesso sospettata: soprattutto P. HUVELIN, *Études sur le 'furtum'*, I, cit., p. 516 ss.; F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, I, *Über Haftung für 'custodia'*, in *ZSS*, 40, 1919, p. 223, nt. 1; L. DE SARLO, *Alfeno Varo*, cit., p. 110; H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre*, cit., p. 197; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 35; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 273 ss.; A. METRO, *Locazione*, cit., p. 211. Diversamente M. TALAMANCA, in *BIDR*, 91, 1988, cit., p. 914; R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 78.

sciplina ora descritta si può constatare anzitutto la diversità dei rimedi accordati ai locatori in conseguenza dell'eventuale trasferimento della proprietà del *frumentum*⁶¹.

In conclusione in Alfeno la volontà delle parti appare determinante soltanto nello stabilire la modalità del carico e quindi dei differenti rimedi attivabili a protezione delle parti stesse. Le diverse conseguenze regolative dell'accordo delle parti sembrano avere una determinata corrispondenza proprio rispetto ai differenti mezzi di tutela concessi da parte di Mela. E anzitutto rilevano in relazione alla possibilità riconosciuta al *dominus* Ego che non è parte del contratto stipulato dal conduttore servo deceduto di rivendicare comunque le coppe consegnate presso il locatore. In sostanza, infatti, ciò appare in modo omogeneo, almeno per un primo tratto, l'esito di una consegna che prevede il passaggio del *dominium* e in modo specifico, nel caso descritto da Mela, l'ulteriore conseguenza dell'accordo circa l'impiego di materia prima appartenente ad Ego nella realizzazione dei *pocula*.

5. *L'impossibilità di una spiegazione incentrata sul dovere di prestazione in senso sabiniano e l'affermazione del principio del periculum conductoris da parte del contemporaneo Labeone: la regola vectura tibi non debetur*

Come si è evidenziato all'inizio, la letteratura ha anche rilevato che l'*argentum* dato dal committente, poiché si prevede che le coppe vengano realizzate con 'altro argento', rappresenti la controprestazione rispetto a quella di *facere* dell'artigiano⁶². Ma tale configurazione non appare prospettabile.

⁶¹ La volontà delle parti che appare determinante nello stabilire la modalità del carico, implicando un passaggio di proprietà della *res* al conduttore, oppure escludendolo, invece non sembra incidere sulla modalità di restituzione. Sul punto B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, cit., p. 554, nt., 12; C. LONGO, *Appunti*, cit., p. 140 ss. Diversamente però A.A. BUCHHOLTZ, *Das Entstehen für den Zufall bei dem Verdingungs Verträge*, in *Zeitschrift f. Civilrecht und Prozess*, n.f., 8, 1851, p. 8 ss.

⁶² A. METRO, *Locazione*, cit., p. 202 ss.

Infatti, sia nel resoconto sabiniano sia in quello gaiano sulla natura del prezzo emerge del tutto chiaramente che le cose le quali in tale contesto vengono scambiate risultino quelle che hanno già una loro determinazione come tali e così individuate nel mondo fenomenico⁶³. Esse pertanto non sarebbero affatto

⁶³ Qui basti solo il riferimento a Sab. inc. fr. 81 Lenel = Paul. 33 ad ed. D.18.1.1.1. Sul testo, soprattutto, G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, p. 105; E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria «contrahere» in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in *BIDR*, 28, 1915, p. 24 ss.; P. KRÜCKMANN, *Periculum emptoris*, in *ZSS*, 60, 1940, p. 67; C.A. MASCHI, *Impostazione storica della compravendita e della permuta nel libro 33 'ad edictum' di Paolo*, in *Studi P. De Francisci*, II, Milano, 1956, p. 362 ss.; A. METRO, *Indice delle fonti citate in Chiazzese*, «Confronti testuali», in *Iura*, 17, 1966, p. 213; C.A. MASCHI, *Il diritto romano*, I, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*, Milano, 1966², p. 572 ss.; G. NICOSIA, *Animalia quae collo dorsove domantur*, in *Iura*, 18, 1967, p. 51, nt. 16; F. BONA, *Società universale e società questuaria generale in diritto romano (a proposito di Bianchini, Studi sulla 'societas')*, in *SDHI*, 33, 1967, p. 375; J.A.C. THOMAS, 'Marginalia' on 'certum pretium', in *TIJR*, 35, 1967, p. 88, nt. 48; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. 'Nova negotia' e 'transactio' da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971, pp. 116, 120 ss. e 124; G. GROSSO, in *BIDR*, 74, 1971, p. 357; C.A. MASCHI, *Tutela, fedecommissi, contratti reali (Omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio)*, in *Studi E. Volterra*, IV, Milano, 1971, p. 671, nt. 11; B. ALBANESE, 'Agere' 'gerere' e 'contrahere' in *D. 50, 16, 19: congetture su una definizione di Labeone*, in *SDHI*, 38, 1972, p. 237, nt. 64; W. WALDSTEIN, in *SDHI*, 38, 1972, p. 397; F. HORAK, *Logiche dei giuristi romani*, in *Labeo*, 19, 1973, p. 212 ss.; W. WOŁODKIEWICZ, in *RHD*, 52, 1974, p. 430; R. WITTMANN, in *ZSS*, 91, 1974, p. 546, nt. 1; P. FREZZA, *Giurisprudenza e prassi notarile nelle carte italiane dell'alto medioevo e negli scritti di giuristi romani*, in *SDHI*, 42, 1976, p. 201; E. BUND, in *ZSS*, 93, 1976, p. 408; M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR*, 80, 1977, p. 226 s., nt. 49; P. STEIN, *Sabino contra Labeone: due tipi di pensiero giuridico romano*, in *BIDR*, 80, 1977, p. 63 ss.; O. BEHREND, *Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht*, in *ZSS*, 95, 1978, p. 217, nt. 69; F. PETERS, *Die Verschaffung des Eigentums durch den Verkäufer*, in *ZSS*, 96, 1979, p. 189, nt. 52; G.L. FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano, 1981, p. 91 ss.; F. GORIA, *Osservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle Istituzioni di Gaio*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, Milano, 1981, p. 223, nt. 168; P. PESCANI, *Miscellanea. Studi sul 'Digestum Vetus'*, in *BIDR*, 84, 1981, pp. 206 e 244; Id., *Miscellanea. Origine delle lezioni della 'litera bononiensis' superiori a quelle della 'litera florentina'*, in *BIDR*, 85, 1982, p. 280; A. BÜRGE, *Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, 99, 1982, p. 142, nt. 49; C. NICOLET, *Pline, Paul et la théorie de la monnaie*, in *Athenaeum*, 62, 1984, p. 111 ss.; M.G. SCHACCHETTI, *Note sulle diffe-*

quelle che possano costituire la materia prima con cui realizzare una cosa diversa in futuro attraverso l'opera di trasformazione di un artigiano. Infatti, gli esempi riportati sono un uomo o una toga o un fondo che possano essere prezzo di una diversa cosa⁶⁴. E risultanze non differenti provengono in questo

renze di metodo fra Sabiniani e Proculiani, in *Studi A. Biscardi*, V, Milano, 1984, p. 386 ss.; G. MELILLO, *Il negozio bilaterale romano. 'Contrahere' e 'pacisci' tra il primo e il terzo secolo. Lezioni*, Napoli, 1986², p. 173 ss.; T. GIARO, *Dogmatische Wahrheit*, cit., pp. 38, nt. 121 e 69 ss.; M. SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura*, 38, 1987, p. 61; TH. MAYER-MALY, *'Pactum', Tausch und 'laesio enormis' in den sog. 'leges Barbarorum'*, in *ZSS*, 108, 1991, p. 222; M. TALAMANCA, in *BIDR*, 94-95, 1991-1992, p. 612; C. MÖLLER, *Die 'mercennarii' in der römischen Arbeitswelt*, in *ZSS*, 110, 1993, p. 309, nt. 68; B.W. FRIER, *Why Did the Jurists Change Roman Law? Bees and Lawyers revisited*, in *Index*, 22, 1994, p. 146, nt. 18; D.J. OSLER, *Georgius Hermonymus of Sparta and Text of Justinian's Institutes*, in *Index*, 22, 1994, p. 532; M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung beim Weinverkauf im klassischen römischen Recht*, in *TIJR*, 62, 1994, p. 292, nt. 175; A. TORRENT, *'Pretium certum': determinación del precio 'per relationem'*, in *BIDR*, 98-99, 1995-1996, p. 83; M. AVENARIUS, *«Ut liceat vobis prima legum cunabula discere»*, in *Index*, 24, 1996, p. 207; R.A. BAUMAN, *The Interface of Greek and Roman Law. Contract, Delict and Crime*, in *RIDA*, 43, 1996, p. 49, nt. 20; TH. MAYER-MALY, in *TIJR*, 64, 1996, p. 210; S. HERMAN, *Der Einfluß des römischen Rechts auf die Rechtswissenschaft Louisianas vor dem amerikanischen Bürgerkrieg*, in *ZSS*, 113, 1996, p. 331; P. CAPONE, *Valore ed uso giurisprudenziale di 'absurdus/e'?*, in *SDHI*, 63, 1997, p. 221, nt. 91; E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in *SDHI*, 63, 1997, p. 58, nt. 265 e p. 77, nt. 342; F.J. ANDRÉS SANTOS, in *Iura*, 54, 2003, p. 231; TH. MAYER-MALY, *Homer in römischen Rechtstexten*, in *TIJR*, 72, 2004, p. 232 ss.; ID., *Die Entwicklung der Abrenzung zwischen Tausch und Kauf*, in *Studi R. Martini*, II, Milano, 2009, p. 752 ss.; C.A. CANNATA, *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *Iura*, 58, 2010, p. 78, nt. 120; ID., in *Iura*, 60, 2012, p. 331 ss. e p. 337; G. NICOSIA, *Celio Sabino e le dispute su 'permutatio' ed 'emptio venditio'*, in *Iura*, 62, 2014, p. 19 ss. e nt. 8. Inoltre, si vd. Gai.3.141.

⁶⁴ La prospettiva del prezzo quale formulata da Sabino, secondo quanto adesso indicato, risulta confermata anche da due ulteriori testi incentrati proprio sul rapporto tra la res prodotta e il suo prezzo. Si tratta di Ulp. 6 ad ed. D.50.16.13.1: *res abesse (ut Sabinus ait et Pedius probat) etiam hae, quarum corpus manet, forma mutata est: et ideo si corruptae sint vel transfiguratae, videri abesse, quoniam plerumque plus est in manus pretio quam in re*, su cui cfr., anzitutto, R. MARTINI, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano, 1966, p. 140, nt. 6; B. SANTALUCIA, *Il contributo di Paolo alla dottrina della specificazione di mala fede*, in *BIDR*, 72, 1969, p. 106; A. CENDERELLI, *Ricerche su Sesto Pedio*, in *SDHI*, 44, 1978, p. 378 ss.; G. MELILLO, *'Res abest', 'res interdictit'*, in *Studi C. Sanfilippo*, II, Milano, 1982, p. 401 ss., il quale pone l'accento sul

senso dagli esempi tratti dai frammenti di Omero citati. Oltretutto, non sembra nemmeno irrilevante l'ulteriore circostanza, cui qui basti soltanto far cenno, per la quale la riflessione sabinaiana si colloca in un'età posteriore rispetto all'epoca in cui la letteratura suole individuare l'esistenza di Mela⁶⁵.

fatto che la *res* sia in primo luogo caratterizzata dal suo *pretium*; O. BEHREND, *Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die 'media sententia' in der Geschichte der römischen Jurisprudenz*, in *ZSS*, 112, 1995, p. 209, nt. 23; C. GIACCHI, *Per una biografia di Sesto Pedio*, in *SDHI*, 62, 1996, p. 83. Inoltre, appare rilevare Paul. 7 ad ed. D.50.16.14pr.: *Labeo et Sabinus existimant, si vestimentum scissum reddatur vel res corrupta reddita sit, veluti scyphi collisi tabula rasa pictura, videri rem abesse, quoniam earum rerum pretium non in substantia, sed in arte sit positum*, rispetto al quale vd., soprattutto, K. VISKY, *Sulla qualificazione della pittura e della scultura nelle fonti del diritto romano*, in *Studi G. Grosso*, IV, Torino, 1971, p. 342; E. SEIDL, *Labeos geistiges Profil*, in *Studi E. Volterra*, I, Milano, 1971, p. 66 ss.; F. REINOSO BARBERO, *'Definitio periculosa': Javoleno o Labeon?*, in *BIDR*, 90, 1987, p. 348; F. HORAK, *Aesthetische Probleme bei den römischen Juristen*, in *Iura*, 38, 1987, p. 164; A. CARCATERRA, *Concezioni epistemiche dei giuristi romani*, in *SDHI*, 54, 1988, p. 46; O. BEHREND, *Die Spezifikationslehre*, cit., p. 209, nt. 23. Da tali passi è evidente come Sabino, in situazioni in cui potesse scindersi la *res* dalla materia con cui essa era costituita, metta in rilievo la relazione che dovrebbe essere posta tra il *pretium* e la *res*, la quale non coincide con la materia prima, ma ricomprende anche l'avvenuta elaborazione. Il fatto che il prezzo fosse in entrambi i contesti in relazione all'avvenuta elaborazione della materia (D.50.16.13.1: *quoniam plerumque plus est in manus pretio quam in re*; D.50.16.14pr.: *quoniam earum rerum pretium non in substantia, sed in arte sit positum*), ravvisandosi la situazione inversa come caso di *res abesse*, rappresenta dunque un'evenienza del tutto omogenea a quella prevista da Mela e dallo stesso Sabino in D.18.1.20, dove appunto si tratta di *quam rem fieri velimus*. In un punto, invece, mi sembra che sussista una differenza fondamentale nei contesti considerati: in D.50.16.13.1 e in D.50.16.14pr. si pone il caso della restituzione di *res* già esistenti, in Mela e in D.18.1.20, invece, mantenendo lo stesso rapporto tra *res*, quale prodotto di una elaborazione della materia e prezzo pagato dal compratore, si prende in considerazione appunto la situazione per cui la *res* non è ancora prodotta ad opera dell'artefice.

⁶⁵ In relazione alla datazione del giurista infatti per tutti cfr. P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, München-Leipzig, 1912², p. 160; C. FERRINI, *Saggi*, cit., p. 11 ss.; F. MÜNZER, *s.v. Mela*, in *PWRE*, 15.1, Stuttgart, 1931, p. 383; R. ORESTANO, *Mela Fabio*, in *NNDI*, X, Torino, 1964, p. 514; W. KUNKEL, *Die Römischen Juristen*, Köln-Weimar-Wien, 2001, p. 116; altresì M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*, Torino, 2009, p. 638, il quale colloca l'esistenza di Mela tra il I sec. a.C. ed il I sec. d.C., affermando, sulla base delle numerose citazioni da parte di Proculo, Pomponio, Africano, Paolo, Ulpiano e Venuleio, come egli fu «probabilmente

Ridotta la validità euristica della prospettiva muciana ed esclusa la rilevanza della teoria sabiniana del prezzo nella compravendita, una spiegazione plausibile della concatenazione dei mezzi di protezione affermati da parte di Mela e soprattutto dell'assetto negoziale sottostante intercorso tra le parti sembra poter emergere dall'affermazione di un principio contrattuale intervenuta ad opera di un giurista invece contemporaneo di Mela.

Labeone, infatti, in tema di allocazione dei rischi all'interno del contratto di locazione elabora chiaramente la regola per la quale al conduttore *vectura tibi non debetur*, nel quadro di una fattispecie elaborata all'interno dei *Pithana* epitomati qualche secolo più tardi da Paolo, nell'ambito del trasporto marittimo:

Lab. *Pith. a Paul. epit. libri VIII* fr. 197 Lenel = Lab. 1 *Pith. a Paul. epit.* D.14.2.10pr.: *si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. Paulus: immo quaeritur, quid actum est, utrum ut pro his, qui impositi, an pro his, qui deportati essent, merces daretur: quod si hoc apparere non potuerit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium.*

In questo luogo, importa esclusivamente prendere in considerazione la prima parte del testo⁶⁶, in cui è riportato il parere

contemporaneo di Labeone», e dalle quali sappiamo che le materie di cui si sarebbe maggiormente occupato avrebbero riguardato proprio l'editto del pretore, sebbene nessun titolo delle sue opere ci sia stato tramandato.

⁶⁶ Sul passo, soprattutto, F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, II, 'Periculum est emptoris', in *ZSS*, 41, 1920, p. 155 ss., il quale espunge il tratto finale del testo «*immo quaeritur - fine*»; A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, in *AUPA*, 9, 1921, p. 38, nt. 3; E. BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, p. 210 ss.; M. KASER, *Periculum locatoris*, in *ZSS*, 87, 1957, p. 188 ss.; L. AMIRANTE, *Ricerche*, cit., p. 108; J.A.C. THOMAS, *Carriage*, cit., p. 502; E. BETTI, *Istituzioni*, II, cit., p. 425 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità del 'nauta'*, in *Labeo*, 11, 1965, p. 385; C. ALZON, *Les risques dans la 'locatio-conductio'*, in *Labeo*, 12, 1966, p. 334 ss.; R. RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst- und Werkvertrages*, in *SDHI*, 34, 1968, p. 216; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1969, p. 219; J.A.C. THOMAS, *Reflections*, cit., p. 682; Id., *Juridical aspects*, cit., p. 117 ss.; I. MOLNÁR, *Gefahrtragung*

di Labeone. La seconda, infatti, contiene il commento di Paolo, in una prospettiva che appare in contrasto⁶⁷ con la soluzione labeoniana, ma che comunque non rileva in questa sede. Il caso descritto da Labeone prevede come, se tra gli schiavi che il *conductor* si era impegnato a trasportare per nave fino ad una certa destinazione qualcuno di loro fosse morto *in nave*, da parte del locatore/proprietario degli schiavi non era dovuta la *vectura*, in relazione a quelli deceduti. Il conduttore, quindi, si impegnava a conseguire un certo risultato, in mancanza del quale si configurava un suo inadempimento contrattuale di cui doveva sopportare le conseguenze.

Per l'inadempimento contrattuale, la dottrina ha in genere ritenuto che dovrebbe parlarsi di «prestazione di condurre lo schiavo a destinazione»⁶⁸, oppure di «trasporto a destinazione»⁶⁹. Certamente tali definizioni sono accettabili, ma con alcune precisazioni. Innanzitutto mi sembra sia da sottolineare il fatto che se il conduttore si fosse obbligato soltanto alla prestazione di *facere* in sé, anche la riconsegna al porto d'arrivo di schiavi morti sarebbe stata conside-

beim römischen Dienst- und Werkvertrag, in *Labeo*, 21, 1975, p. 36 ss.; M. TALAMANCA, *I 'Pithana' di Labeone e la logica stoica*, in *Iura*, 26, 1975, p. 29; B. SCHMIDLIN, *'Horoi', 'pithana' und 'regulae'*, in *ANRW*, II.15, Berlin-New York, 1976, p. 101 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 347 ss.; W. FORMIGONI, *Pithanon a Paulo epitomatorum libri VIII. Sulla funzione critica del commento del giurista Iulius Paulus*, Milano, 1996, p. 58 ss.; R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 131 ss.; L. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione del contratto per impossibilità della prestazione e di ripartizione del rischio nella 'locatio conductio'*, in *'Iuris Vincula'. Studi M. Talamanca*, VIII, Napoli, 2001, p. 282 ss.

⁶⁷ Diversamente R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 137, il quale richiama anche il rapporto in generale che si sarebbe determinato tra il commento di Paolo e le soluzioni labeoniane, non sempre in grado di porre radicalmente in crisi queste ultime. Su tali aspetti, cfr., per tutti, M. TALAMANCA, *I 'Pithana'*, cit., p. 3 ss.

⁶⁸ R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 134, il quale collega la ripartizione del rischio che si verifica in tale contesto alla diversa fattispecie relativa alla locazione del fondo che si riscontra in Servio, Ulp. 32 *ad ed.* D.19.2.15.2 (ove l'*uti frui* contrattualmente concesso al *conductor* è collegato alla prestazione della *merces*, e su questo già L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*, Roma, 1998³, p. 217 s.), per cui il risultato del trasporto sarebbe sullo stesso piano dell'*uti frui* di una *locatio fundi*.

⁶⁹ E. BETTI, *Appunti*, cit., p. 211; J.A.C. THOMAS, *Carriage*, cit., p. 502.

rata adempimento della prestazione del *conductor*. Se viceversa si parte dal presupposto che la prestazione di *facere* dovesse essere necessariamente svolta su una *res* che il *conductor* si impegnava a restituire nella sua identità, allora diventa comprensibile come Labeone accolli il rischio della morte degli schiavi al conduttore, il quale indubbiamente aveva proceduto alla riconsegna di tutti gli schiavi al porto di arrivo. Il secondo aspetto il quale, infatti, deve essere tenuto presente riguarda il fatto che si tratti di inadempimento non imputabile e quindi di una fattispecie di rischio. In effetti la morte degli schiavi è stata spesso riferita alla *vis*⁷⁰. A far propendere in tale direzione depone decisamente il rilievo per cui nel testo non si fa alcun cenno alle cause della morte dello schiavo. Pertanto è da credere che sia l'accadimento in sé ad essere accollato interamente al *conductor*. Riterrei che la generica descrizione fatta da Labeone⁷¹ allontani la possibilità di individuare un pericolo 'particolare' in connessione al trasporto *in nave*. Infatti, da Ulp. 32 *ad ed.* D.19.2.13.1, le condizioni di trasporto relative sia all'imbarco sia alle circostanze ambientali del viaggio venivano ricondotte alla sfera della *culpa* del *conductor* e ciò avrebbe comportato il risarcimento del danno e non soltanto l'esonero dal pagamento della *merces*. Nel caso descritto invece si fa luogo ad una fattispecie di ripartizione del rischio. Questa sembra essenzialmente fondata sulla riconsegna degli schiavi morti. Su questa base, infatti, la *vis* della morte era accollata al *conductor*, in quanto parte obbligata a riconsegnare al porto d'arrivo la medesima *res* che era stata locata. Si deve tener conto, d'altro canto, che nel caso descritto il trasporto era stato effettuato, e quindi che la stessa prestazione di *facere* fosse stata adempiuta.

⁷⁰ Cfr. M. KASER, *Periculum*, cit., p. 189; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 349; R. FIORI, *La definizione*, cit., p. 133.

⁷¹ In modo diverso, R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 349, che parla di «particolare 'pericolo', proprio della attività svolta», dipendente dalla natura dell'attività, e L. VACCA, *Considerazioni*, cit., p. 284, nt. 69, la quale ritiene che Labeone porrebbe a carico del conduttore non la *vis maior*, bensì il rischio della sua attività professionale, ossia un *periculum operis* analogo a quello posto per il caso del rivo (Lab. 1 *pith.* D.19.2.62). Diversamente, J.M. RAINER, *Zur 'locatio conductio': Der Bauvertrag*, in *ZSS*, 109, 1992, p. 518.

La caratteristica fondamentale del risultato dell'attività di trasporto per mare, nella fattispecie considerata, dunque, consiste nel numero esatto degli schiavi che devono essere riconsegnati alla fine del viaggio. È questa specifica qualità, intesa in precisi termini quantitativi e come riconsegna della medesima *res locata*, del risultato dell'attività svolta che deve essere assicurata da parte del *conductor vehenda mancipia*. Il pericolo della morte degli schiavi quindi viene accollato interamente al *conductor* e connesso alla sua attività di trasporto in quanto tale, solo nel senso dell'obbligo della riconsegna della medesima *res locata*⁷². La misura della ripartizione del rischio viene precisata attraverso il principio di sinallagmaticità delle prestazioni: venendo meno il conseguimento dell'esatto risultato, di conseguenza verrà meno l'impegno del *conductor* al pagamento del corrispettivo della *merces*, in tal caso chiamata *vectura*. Il corrispettivo dunque è commisurato alla riconsegna, a seguito dell'attività svolta dal *conductor*, della medesima *res* che è stata locata. Lo stesso commento di Paolo, nell'ambito della critica che il giurista svolge nei *Pithana*, il quale invece prende in considerazione un criterio di determinazione della *merces* in relazione agli schiavi *qui impositi*, ossia agli schiavi caricati – aspetto che sembra indicare una diversa concezione dell'obbligazione del conduttore – appare confermare la posizione labeoniana, quale ora descritta.

In definitiva, dunque, il risultato dell'attività svolta rispetto alla *res* – per Labeone – fonda in tali casi la regola del *periculum conductoris*, fino al momento della riconsegna della *res*. Essa comporta che al *conductor* non venga pagato il corrispettivo o, se pagato, che esso venga restituito al locatore. E tale regola, per la sua portata generale, sembra un principio valido ed applicabile anche laddove il risultato del lavoro del conduttore consegnato al locatore venisse meno ad opera della rivendicazione operata da parte di un terzo.

⁷² In senso differente da R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., pp. 348-349, il quale tuttavia ritiene che la responsabilità del conduttore non venga valutata in base ad un giudizio negativo sulla sua condotta o sulle modalità del decesso, bensì in quanto la morte sia avvenuta, si può dire oggettivamente, sulla nave.

6. *Conclusioni: la versio e la perdita della prestazione ottenuta dal conduttore a seguito dell'esperimento dell'actio de in rem verso*

A differenza delle recenti configurazioni, le quali presuppongono che il servo quale parte dei negozi che coinvolgono il *peculium* sia ancora vivente, viceversa la fattispecie descritta da Mela assume la circostanza ancora più particolare per la quale il servo all'improvviso muoia.

Pertanto, il *dominus* potrebbe essere chiamato a rispondere soltanto relativamente ai cespiti ereditati, che nel caso non contemplano il peculio. Infatti, l'argento fornito dal committente entra certamente nel peculio del servo artefice. Tale fornitura, poiché presuppone che le parti si siano accordate nel senso per il quale l'artigiano debba realizzare *pocula* escludendo l'impiego della materia prima fornita, di sicuro depone a favore della sussistenza di un rapporto contrattuale intercorso tra il committente e il servo, invece che escluderne del tutto la rilevanza.

Ma l'accordo negoziale stipulato tra i due prevede che il servo debba realizzare *pocula* con altro argento presumibilmente in proprietà del *dominus* dello schiavo. Eccettuato il contratto di compravendita, secondo un caso invero solo in modo parziale somigliante a quello descritto da Mela per il rimedio autorizzato enucleato dal contemporaneo Labeone ed ugualmente contestato da parte di Ulpiano⁷³, in base all'accordo negoziale che è discusso dai giuristi che precedono lo stesso Mela in fattispecie analoghe dovrebbe trattarsi con ampia verosimiglianza del contratto di locazione. Secondo tale contratto però il servo artefice nel caso non riceve soltanto l'argento con cui realizzare i *pocula*, bensì anche il corrispettivo del lavoro impiegato dal servo nella lavorazione dell'argento effettivamente utilizzato per la realizzazione dei *pocula*. Il fatto che simile corrispettivo nel rapporto di committenza fosse presente rispetto alla fattispecie fin dalla configurazione di Q. Mucio, però, anzitutto impedisce di assumere la

⁷³ Cfr. *supra*, nt. 11.

stessa possibilità muciana dell'Austausch dell'*aurum faciundum* quale modello di riferimento. Infatti, nella stessa elaborazione muciana diventa determinante l'aspetto della *repen-sio* finale dell'oggetto realizzato: anche in questo caso, oltre al lavoro, dovrebbe essere integrata nella retribuzione la differenza di peso tra la materia prima fornita e quella effettivamente impiegata⁷⁴. Ma tale ultimo aspetto rileva nello stesso modo rispetto all'impossibilità di potersi riferire alla configurazione dello scambio in ambito sabiniano, in ordine al tema della natura del prezzo nel contratto di compravendita. Infatti, nella concettualizzazione di Sabino, rispetto alla circostanza per la quale il prezzo potesse consistere in una cosa qualsiasi, rileva nel senso indicato l'intero dovere di prestazione e non invece la materia prima fornita allo scopo della realizzazione del manufatto oggetto definitivo invece dello scambio negoziale tipizzato⁷⁵.

Due evenienze viceversa sono sembrate rilevanti al fine di determinare l'assetto negoziale sottostante il caso discusso dal giurista del primo secolo: la contemporaneità di Mela rispetto a Labeone e l'affermazione da parte di quest'ultimo giurista del principio del *periculum conductoris*. Poiché Ego *dominus* del servo ha esperito la *vindicatio* delle coppe non ancora entrate nella proprietà di Tu, in quanto, sebbene consegnate, non sono giunte al tempo decisivo per siffatto ingresso ma evidentemente pagate al servo deceduto, Tu può esperire l'*actio de in rem verso* contro Ego. Le coppe, infatti, per ragioni contrattuali sono trasferite nella proprietà di Tu, ma il servo di Ego ha ricevuto il corrispettivo del lavoro di realizzazione dei *pocula*. L'argento originariamente fornito dal committente, in quanto sostituito a quello impiegato nella realizzazione dei *pocula* proveniente dal patrimonio del *dominus*, e gli stessi *pocula* realizzati in ragione del contratto non fanno parte del peculio del servo. Pertanto Tu non può più esperire l'*actio de peculio* contro Ego. Egli non può esperire nemmeno l'*actio locati* contro Ego, in quanto quest'ultimo non è parte

⁷⁴ Cfr. *supra*, § 4.

⁷⁵ Cfr. *supra*, § 5.

del contratto ed il suo servo, viceversa parte contrattuale, invece è improvvisamente deceduto dopo la realizzazione delle coppe consegnate a Tu ma non ancora entrate nella proprietà di quest'ultimo. Tuttavia il servo di Ego per la realizzazione dei *pocula* non riceve soltanto l'argento fornito dal committente, benché non impiegato nel lavoro successivo dell'artigiano, bensì anche la retribuzione del proprio lavoro. Questa rimane in quanto tale un corrispettivo dei *pocula* realizzati, ma nella successione ereditaria, o anche prima come *munus* servile, va certamente al *dominus* del servo deceduto. Poiché i *pocula* non sono entrati ancora nella proprietà di Tu, benché a questi consegnati, Ego, che non è stato parte del contratto concluso per la realizzazione dei *pocula* ma per questi ha fornito la materia di propria appartenenza, è ancora legittimato ad esperire la *vindicatio* per ottenere nel proprio patrimonio il diritto dei *pocula* che ora invece non sono nella sua disponibilità. A fronte di tale perdita, in base al possibile esito di quest'ultima azione, Tu sarebbe legittimato in ragione del corrispettivo fornito al servo e andato comunque al *dominus* ad esperire l'*actio de in rem verso*. Infatti, il corrispettivo ottenuto da Ego costituisce di sicuro una *versio* che affonda indirettamente le sue radici nella fornitura della materia prima da parte del committente e di certo nel pagamento del lavoro di realizzazione dei *pocula* effettuato in ragione del contratto, benché Ego non sia stato parte del contratto. Tuttavia a fronte della perdita dei *pocula* da parte di Tu, questi, in quanto invece parte del contratto che ha consentito di realizzarli, sicuramente matura il diritto di riottenere indietro il corrispettivo versato per il lavoro di realizzazione dei *pocula* perduti, in base al contemporaneo principio labeoniano del *periculum conductoris*. Tale effetto dovrebbe trasferirsi al *dominus* Ego del servo non per una garanzia contrattuale assunta da parte di quest'ultimo, bensì in ragione del solo rapporto potestativo verificatosi tra costoro e dell'oggettivo incremento patrimoniale dal primo conseguito. E, invero, il tenore dell'accordo intercorso tra le parti descritto da Mela sulla necessità che l'artigiano non impieghi l'argento fornito per la realizzazione dei *pocula*, trova obiettivo riscontro negli effetti regolativi che

l'accordo stesso in casi analoghi aveva conseguito presso la riflessione di Alfeno.

Quindi in tal modo non avrebbe più rilevato la previsione di una *repensio* che sarebbe dovuta intervenire alla fine del rapporto negoziale, bensì sarebbe diventata viceversa determinante l'opportunità medesima stabilita al momento della conclusione del contratto di configurare un modello negoziale che permettesse il passaggio di proprietà della materia o ne escludesse viceversa la possibilità: legittimando pertanto anche in base a ciò i soggetti coinvolti alla protezione giurisdizionale.

GIANPIERO MANCINETTI, Una contestata posizione di Mela in tema di concessione dell'*actio de in rem verso* contro il *dominus* per l'obbligazione assunta dal servo

Il contributo è volto a determinare la ragione dell'*actio de in rem verso* autorizzata da Mela nel caso in cui l'artigiano debba realizzare *pocula* escludendo l'impiego della materia prima fornita da parte del committente ma utilizzando altro argento presumibilmente del *dominus* dello schiavo, il quale però all'improvviso muore. Constatata l'inesistenza di un *peculio*, nonché della *repensio* finale dell'oggetto realizzato e di una cosa quale sua retribuzione complessiva, differentemente dalla dottrina precedente si è visto come il *dominus* del servo possa esperire la *vindicatio* delle coppe non ancora entrate nella proprietà del committente. Quest'ultimo non può più esperire l'*actio de peculio* contro il *dominus* e nemmeno l'azione contrattuale, bensì soltanto l'*actio de in rem verso*, poiché la retribuzione del lavoro nella successione ereditaria, o anche prima quale *munus* servile, va al *dominus* del servo deceduto. Infatti, a fronte della perdita dei *pocula* da parte del committente, questi ha il diritto di riottenere indietro il corrispettivo versato in base al principio labeoniano del *periculum conductoris* e agli effetti regolativi che l'accordo in casi analoghi aveva maturato in Alfeno, legittimando i soggetti coinvolti alla protezione giurisdizionale. Per quest'ultima, determinanti sono sembrate la contemporaneità di Mela a Labeone e il principio del *periculum conductoris*.

Parole chiave: *actio de in rem verso*, *peculio*, accordo delle parti, *periculum conductoris*.

GIANPIERO MANCINETTI, A disputed position of Mela for the concession of the *actio de in rem verso* towards the *dominus* for the obligation assumed by the servant

The contribution is aimed at determining the reason for the *actio de in rem verso* authorized by Mela in the event that the craftsman has to make *pocula* excluding the use of the raw material supplied by the client but using other silver presumably from the slave's *dominus*, which, however, suddenly dies. Having ascertained the nonexistence of a wad, as well as the final *repensio* of the object made and of a thing such as its overall remuneration, differently from the previous doctrine, it has been seen how the *dominus* of the servant can ex-

Abstract

perience the *vindicatio* of the cups not yet entered in the property of the customer. The latter can no longer experience the *actio de peculio* against the *dominus* and not even the contractual action, but only the *actio de in rem verso* since the remuneration of work in the hereditary succession, or even earlier as *munus servile*, goes to the *dominus* of the deceased servant. In fact, in the face of the loss of the *pocula* by the client, he has the right to get back the amount paid, based on the labeonian principle of the *periculum conductoris* and the regulatory effects that the agreement in similar cases had matured in Alfenus, legitimizing the subjects involved in judicial protection. For the latter, the contemporaneity of Mela to Labeo and the principle of *periculum conductoris* seemed to be decisive.

Key words: *actio de in rem verso*, wad, agreement of the parties, *periculum conductoris*.

ARCHIVIO GIURIDICO *Filippo Serafini*

Periodico Fondato nel 1868

Pubblicazione trimestrale

Caratteristica dell'*Archivio giuridico* è stata, sin dall'inizio, quella di essere visto in Italia e all'estero, come un autorevole e qualificato punto di riferimento sui progressi della dottrina giuridica italiana in una visione che, pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evita peraltro ogni eccesso.

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi via e-mail (scritti in formato.doc). Ogni lavoro dovrà essere corredato di: Nome, Cognome, Qualifica accademica, Indirizzo postale, Indirizzo e-mail, Numero di telefono (è gradito anche un numero di cellulare). Ogni articolo dovrà essere corredato di un titolo in lingua inglese e un riassunto in lingua italiana e inglese di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni; e di almeno tre parole chiave in lingua italiana e inglese. Gli articoli, salvo casi eccezionali non potranno superare le 32 pagine (intendendosi già impaginate nel formato della rivista, ovvero circa 16 cartelle in formato A4 corrispondenti a 88.000 battute spazi e note inclusi). Le opinioni esposte negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

La Rivista adotta la procedura di revisione *double-bind peer review*.

I contributi pubblicati sono indicizzati nelle seguenti banche dati nazionali ed internazionali: Articoli italiani di periodici accademici (AIDA); Catalogo italiano dei Periodici (ACNP); DoGi Dottrina Giuridica; ESSPER Associazione periodici italiani di economia, scienze social e storia; Google Scholar; IBZ online International bibliography of periodical literature in the humanities and social sciences.

La casa editrice fornirà, ai rispettivi Autori, estratto degli articoli in formato pdf. Possono altresì essere forniti fascicoli cartacei degli 'estratti', a pagamento. Chi fosse interessato è pregato di richiedere preventivo di spesa a: **info@muccheditore.it**.

Recensioni e segnalazioni bibliografiche: gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'Archivio giuridico. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc. La Redazione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.