

Cultura giuridica e diritto vivente

Rivista on line del Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Urbino Carlo Bo

Materiali



IN TEMA DI DOPPIA VENDITA *A NON DOMINO*: ALCUNE CONSIDERAZIONI SU D.19.1.31.2 E D.6.2.9.4

Salvatore Antonio Cristaldi

Abstract

[The double sale *a non domino*: remarks on D.19.1.31.2 and D.6.2.9.4]. Two fragments – Ner. D.19.1.31.2 e Ulp. D.6.2.9.4 – deal with the problem which one between two buyers deserves protection. In one case, the two have bought from the same seller; in the other one from two *non domini*-sellers. In his general treatment the author examines in particular the latter case because with regard to this fragment there are different opinions among the jurists differently treated by the scholars. The author has an explanation for such divergences in the Roman jurisprudence and let the doctrine take a step forward on the *status quaestionis* so far.

Key words:

Sale *a non domino*, *traditio*, *dominium*, giurisprudenza romana

Vol. 7 (2020)





In tema di doppia vendita *a non domino*: alcune considerazioni su D.19.1.31.2 e D.6.2.9.4

Salvatore Antonio Cristaldi*

Premessa

In tema di vendita di cosa altrui ci sono pervenute due testimonianze che sono state da sempre oggetto di una speciale attenzione da parte degli studiosi¹.

Si tratta di due frammenti – uno di Nerazio e l'altro di Ulpiano (che cita pure un responso di Giuliano) – relativi ad un caso di doppia vendita *a non domino*, nei quali si affronta la questione riguardante la individuazione del compratore da tutelare, con

* Salvatore Antonio Cristaldi è Professore associato presso l'Università degli Studi di Enna "Kore".
Indirizzo mail:salvatore.cristaldi@unikore.it

¹ Mi limito a ricordare: R.J. POTHIER, *Trattato del diritto e dominio di proprietà*, II, Milano, 1810, p. 63 e ss.; F.V. VON SAVIGNY, *Sistem des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1848, p. 308 nt. m; C.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandecten*, I, Marburg und Leipzig, 1863, p. 670 e ss.; Ch. APPLETON, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne*, II, 1889, p. 17 e ss.; E. CARUSI, *L'azione Publiciana in diritto romano*, Roma 1967 (ed. anast. Roma 1889), p. 188 ss.; A. EHRHART, *Iusta Causa Traditionis. Eine Untersuchung über den Erwerb des Eigentums nach römischem Recht*, Berlin, 1930, p. 19 e ss.; M. KASER, *In bonis esse*, in *ZSS.*, 78 (1961), 188 ss.; R. GREINER, *Opera Neratii. Drei Textgeschichten*, Karlsruhe, 1973, p. 22 e ss.; P. APATHY, *Die actio Publiciana beim Doppelkauf vom Nichteigentümer*, in *ZSS.*, 99 (1982), p. 158 e ss.; L. DI LELLA, *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto*, Napoli, 1984, p. 104 e ss.; M. J. GARCÍA GARRIDO, *Similitudines e interpretación jurisprudencial en un caso de venta a non domino de un fundo ajeno*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo*, I, Napoli, 1997, p. 275 e ss.; J. M. CUESTA SAENZ, *La acción Publiciana*, Madrid, 1984, p. 78; J. MEIFELD, *Die aequitas bei L. Neratius Priscus*, Trier, 1991, p. 32 e ss.; G. THIELMANN, *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte - D.19.31.2 und D.6.2.9.4 -*, in *ZSS.*, 111 (1994), p. 197 e ss.; L. VACCA, *Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, in *Materiali per un corso di diritto romano*, Torino, 1997, p. 107 e ss.; EAD., *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento nella casistica della giurisprudenza romana*, in *Le situazioni affidanti* (a cura di M. LUPOI), Torino, 2016 e ora in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniane*, Padova, 2006, p. 609 e ss.; EAD., *Osservazioni in tema di actio Publiciana e acquisto a non domino*, in *Scritti per A. Corbino*, Lecce, 2016, p. 331 e ss.; M.J. TORRES, *Doble venta y venta a non domino: del derecho romano al derecho comunitario europeo*, in *Ridrom*, abril 2014, p. 193 e ss.; F. WUBBE, *Lichtledige Rechtswetenschap*, in *Ex iusta causa traditum. Essays in honour of Eric Pool*, Pretoria, 2005, p. 434 e ss.

prevalenza sull'altro, fra coloro che hanno comprato dal medesimo venditore o da due venditori non proprietari².

L'interesse degli studiosi si è rivolto principalmente alla compera da due venditori non proprietari, perché proprio con riferimento a questa ipotesi emerge, come vedremo, l'esistenza di una diversità di opinioni tra Nerazio e Giuliano (e Ulpiano, che mostra di aderire al parere espresso da questo giurista, da lui citato).

Scopo del presente lavoro è di offrire un contributo che possa chiarire, ancor più di quanto finora si è fatto in dottrina, i termini reali di questa diversità di opinioni, alla luce dei dati che dai due testi in questione è possibile ricavare.

2. La testimonianza che ci proviene da D.19.1.31.2...

Il brano di Nerazio si trova riportato in:

D.19.1.31.2 (Ner. 3 Membr.): *Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est³, qui prior ius eius adprehendit, hoc est, cui primum*

² Le due testimonianze riferite danno per presupposta la validità della vendita di cosa altrui. Al riguardo, in particolare, cfr. D. 18.1.28 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest. Nulla dubitatio est*, recita infatti il giurista, la compera e la vendita vengono in essere: ma la cosa può essere portata via al compratore (a seguito della rivendica vittoriosa del dominus) [Sul testo sono state sollevate delle perplessità. Ricordo che per G. BESELER, *Romanistische studien*, in *TR.*, 8 (1928), p. 288, sarebbe da cancellare il tratto “*nam-fin*” e da porre “*distrabi posse*” al posto di “*distrabere quem posse*”. *Contra* M. SCARLATA FAZIO, *Appunti esegetici in tema di vendita di cosa altrui*, in *RISG.*, 14(1939), p. 217]. Secondo alcuni studiosi, però, originariamente il giurista non avrebbe fatto riferimento alla fattispecie qui in esame. Il frammento, infatti, sarebbe il frutto di un rimaneggiamento giustiniano, perché nel contesto originale il giurista severiano si riferiva alla *venditio pignoris* da parte del creditore pignoratizio insoddisfatto (così D. DAUBE, *Generalisations in D.18.1. de contrahenda emptio*, in *Studi Arancio Ruiž*, 1, Milano, 1953, p. 186 e ss.). La tesi, salvo qualche rara eccezione [M. TALAMANCA, voce “*Vendita*” (*Diritto romano*), in *Enc. dir.*, 46 (1993), p. 338], non ha trovato particolare eco in dottrina. E comunque resta il fatto che le testimonianze che attestano la validità della vendita di cosa altrui sono troppe per essere considerate tutte il frutto di un rimaneggiamento giustiniano. La validità di una simile vendita si spiega tenendo conto del particolare regime delle obbligazioni del venditore proprio dell'*emptio venditio* romana (che è, com'è noto, consensuale ed obbligatoria). Nel diritto classico, infatti, per il venditore “è sufficiente”, come leggiamo in Paul. D.19.4.1 pr. ...*ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque si evicta res non sit, nihil debet*, per cui il venditore si considera adempiente purché assolvere alla triade obbligatoria indicata con le espressioni “*ob evictionem se obligari*”, “*possessionem tradere*”, “*purgari dolo malo*”. E a null'altro egli, infatti, è tenuto a meno che la cosa non sia evicta, circostanza, questa, che legittima il compratore ad esercitare l'*actio empti* per inadempimento. Come ho dimostrato in un mio precedente lavoro (cfr. S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2007, spec. p. 121 e ss.), è la somma, è l'insieme dei tre adempimenti strettamente interconnessi tra loro che “*sufficit*” ai fini dell'adempimento del contratto; adempiendo a questi doveri, infatti, il venditore romano assicura in capo al compratore una situazione di *habere*, che può essere anche diversa dal *dominium ex iure Quiritium*, ma che è, comunque, una situazione definitiva di appartenenza tutelata da un'*actio in rem*. Ebbene, una tale situazione “*minima*” di appartenenza può essere acquistata anche dal compratore che in buona fede ha comprato una cosa non appartenente al venditore.

³ G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1910, p. 132, corregge in “*tuendus esse*”. La correzione, da ultimo, sembra “appropriata” al THIELMANN, *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte*, cit., p. 201.

*tradita est. si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est*⁴.

È da notare che il Mommsen⁵ ha suggerito di inserire “*utrique*” dopo “*traditaque*” e di sostituire “*ius eius*” con “*uste*”. Se non che l’inserimento di “*utrique*”, pur “verosimile”, è stato giustamente considerato “non necessario”⁶, perché proprio dal successivo inciso “*cui primum tradita est*” si ricava agevolmente che la *traditio* è stata fatta – evidentemente in tempi diversi – ad entrambi i compratori⁷. Quanto, poi, alla sostituzione di “*ius eius*” con “*uste*”, considerata ancora di recente “opportuna” perché “suppone il pasticcio di un amanuense”⁸, a mio avviso essa non è necessaria, in quanto con quelle parole viene fatto riferimento alla condizione giuridica del venditore. Infondato è inoltre, a mio avviso, il dubbio che è stato espresso sull’inciso *hoc est, cui primum tradita est*, considerato da alcuni studiosi come una glossa⁹.

Ciascuno di noi, osserva Nerazio, ha comprato la stessa cosa da uno che non ne è proprietario, la compravendita è stata conclusa senza dolo (da entrambe le parti) e ad entrambi – in tempi diversi (come si intuisce dal successivo inciso *cui primum tradita est*) – è stata fatta la *traditio*. Sia che comprammo dalla medesima persona, sia che comprammo io da uno e tu da un altro (*sive ab alio atque alio*), di noi due deve essere tutelato colui che per primo si è immesso nella stessa posizione giuridica del venditore (*ius eius adprehendit*), e cioè colui che ha avuto fatta per primo la *traditio* della cosa, divenendone possessore. Se, però, uno di noi due avesse comprato dal proprietario, questi allora deve essere comunque tutelato (... *omnimodo tuendus est*)¹⁰.

⁴ Sul testo, tra gli altri, mi limito a ricordare: KASER, *In bonis esse*, cit., p. 188; GREINER, *Opera Neratii*, cit., p. 23; APATHY, *Die actio Publiciana*, cit., p. 160 e ss.; DI LELLA, *Formulae ficticiae*, cit., p. 104; MAIFELD, *Die aequitas*, cit., p. 32 e ss.; THIELMANN, *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte*, cit., p. 197 e ss.; VACCA, *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 107 e ss.; EAD. *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento*, cit., p. 609 e ss.; EAD., *Osservazioni in tema di actio Publiciana*, cit., p. 331 e ss.; C.A. CANNATA, *Profili romanistici*, pubblicato in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, IV, *Congresso Internazionale Aristec – Roma 1999* (a cura di L. VACCA), Torino, 2001, ora in *Scritti scelti di diritto romano*, II (a cur. di L. Vacca), Torino, 2012, p. 393 e s.

⁵ Nell’edizione MOMMSEN - KRUEGER dei Digesta, *ad h.l.*

⁶ CARUSI, *L’azione Publiciana*, cit., p. 191 nt. 59.

⁷ Sul punto, CARUSI, *L’azione Publiciana*, cit., p. 191 nt. 59; A. D’ORS, *Derecho privado romano Pamplona*, 2008, nt. 178 nt. 2. Anche a giudizio di THIELMANN, *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte – D.19.31.2 und D.6.2.9.4* -, cit., p. 200, l’inserimento di “*utrique*” dopo “*traditaque*” “erscheint entbehrlich”. L’aggiunta di “*utrique*” non è considerata “una buona soluzione” dal CANNATA, *Profili romanistici*, cit., p. 394, “perché la circostanza che essa sia stata effettuata ad entrambi i compratori non è un dato del caso”. C’è da dire che a giudizio di quest’ultimo studioso anche la breve proposizione “*traditaque est*” è da considerarsi alla stregua di un glossema: “essa è fuori luogo. Infatti, nel passo, della *traditio* si parla in seguito, prendendo in considerazione le conseguenze del fatto che essa sia stata effettuata all’uno e all’altro soggetto”.

⁸ CANNATA, *Profili romanistici*, cit., p. 393 e s.

⁹ THIELMANN, *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte*, cit., p. 199; CANNATA, *Profili romanistici*, cit., p. 194.

¹⁰ Concordo col THIELMANN, *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte*, cit., p. 239, a proposito dell’inciso *si alter ex nobis a domino emisset, is omnimodo tuendus est*. Anche a me sembra, infatti, che questa proposizione, assente come vedremo in D.6.2.9.4, abbia tutta l’aria di una aggiunta successiva, forse compilatoria, perché mostra una idea di *dominium* che non riflette quella consapevole complessità del fenomeno dell’appartenenza che si ritrova in epoca classica (riflessa in D.6.1.72, D.21.3.2 e D.44.4.32). Piuttosto, l’angolazione prospettica che essa sembra assumere appare più come il riflesso di un’idea

Il testo non fa espressa menzione dell'*actio Publiciana*, ma ad essa il giurista fa, di sicuro, implicito riferimento¹¹. Sappiamo, infatti, che Nerazio tratta dell'*actio Publiciana* proprio nel libro terzo delle sue *membranae* (lo stesso da cui è tratto D.19.1.31.2), come si ricava da un altro frammento proveniente dallo stesso libro, nel quale il giurista si occupa proprio della *ratio* e dei presupposti di quell'azione:

D.6.2.17 (Ner. 3 *membr.*): *Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: ... sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat*¹².

Qui, in particolare, si precisa che l'*actio Publiciana* mira non a far sottrarre la cosa al suo proprietario... ma a far sì che sia consentito a colui che l'ha comprata in buona fede e ne ha ottenuto il possesso, di “habere” quella cosa *potius*, cioè “con preferenza ... rispetto a qualunque terzo tranne il vero proprietario”¹³.

3. ... e da D.6.2.9.4

Un esplicito riferimento all'*actio Publiciana*, proprio per il caso di doppia vendita *a non domino*, si trova nell'altro frammento oggetto della presente indagine, che la *inscriptio* attribuisce ad Ulpiano:

D. 6.2.9.4 (Ulp. 16 *ad ed.*): *Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit, utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit. et Iulianus libro septimo digestorum scripsit*¹⁴, *ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. quae sententia vera est*¹⁵.

dell'appartenenza che conosce un'unica specie di proprietà e, dall'altro, la *possessio bonae fidei*, tipica dell'epoca giustiniana.

¹¹ Cfr. DI LELLA, *Formulae ficticiae*, cit., p. 105 nt.87; VACCA, *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 108.

¹² Per il testo si confrontino: S. PEROZZI, *L'editto Publiciano*, in *BIDR.*, 1 (1888), p. 49 e ss.; F. B. J. WUBBE, *Res aliena pignori data*, Leiden, 1960, p. 31; G. THÜR, *Justinians Publiciana und directa “in rem”*, in *ZSS.*, 89 (1972), p. 375; F. STURM, *Zur ursprünglicher Funktion der actio Publiciana*, in *RIDA.*, 9 (1962), p. 414; GREINER, *Opera Neratii*, cit., p. 21; V. SCARANO USSANI, *Ermeneutica, diritto e valori in L. Nerazio Prisco*, in *Labeo*, 23 (1977), p. 178 e ss. (=in *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, p. 51); APATHY, *Die actio Publiciana*, cit., p. 168 e ss.; DI LELLA, *Formulae ficticiae*, cit., p. 72 e ss.; VACCA, *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 96; EAD., *'Dominium', 'in bonis', proprietà provinciale*, in *Città territorio e diritto privato nei primi due secoli dell'impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 5-8 giugno 2002)*, Rende, 2010, p. 630; CANNATA, *Corso di istituzioni*, I, cit. p. 544; T. GIARO, *Der Fiktion des Eigentlichen Eigentümers*, in *Mélanges W. Wolodkiewicz*, I, Varsovie, 2000, p. 281 e ss.

¹³ L'espressione è del CANNATA, *Corso di istituzioni*, I, cit., p. 544.

¹⁴ In dottrina è stata evidenziata l'improprietà dell'uso di “scribere” con *ut* e il congiuntivo anziché con la proposizione infinitiva oggettiva [O. LENEL, *Textkritische Miscellen*, in *ZSS.*, 39 (1918), p. 158; G. BESELER, *Einzelne Stellen*, in *ZSS.*, 45 (1925), p. 436]. Osserva al riguardo il TONDO (*Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano, 1959, p. 142 nt. 6): “Quel costruito vale ad imprimere all'atto dell'affermazione, espresso con *scribere*, un valore, per così dire, normativo, in antitesi al valore meramente narrativo che gli è solito”. A giudizio di APATHY, *Die actio Publiciana*, cit., p. 165, invece, è “unerheblich” la questione “ob scripsit, ut zu beanstanden ... durch scribit magis esse ut zu ersetzen ist”. Cfr. inoltre, KASER, *In bonis*, cit., p. 188 nt. 52; MEIFELD, *Die aequitas*, cit., p. 37 nt. 31

¹⁵ Sul testo vd.: PEROZZI, *L'editto Publiciano*, cit., p. 53 e ss.; TONDO, *Convalida del pegno*, cit., p. 141 e ss.; L. LOMBARDI, *Dalla “fides” alla “bona fides”*, Milano, 1961, p. 238 e ss.; M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren*

Su questo frammento sono emerse perplessità a proposito del quesito posto all'inizio da Ulpiano su chi possa avvalersi dell'*actio Publiciana* nel caso in cui qualcuno abbia venduto separatamente (la stessa cosa) a due compratori in buona fede: colui al quale è stata per primo effettuata la *traditio* o colui che "*tantum emit*"?

Sul "*tantum emit*", in particolare, perplessità sono state sollevate dagli studiosi, perché l'inciso non potrebbe significare che uno dei due compratori abbia concluso soltanto la compravendita senza aver ricevuto anche la *traditio* della cosa (come immaginato già dall'Huschke¹⁶), dal momento che, se così fosse, non si spiegherebbe l'interrogativo *quis magis Publiciana uti possit*, che presuppone invece, per entrambi i compratori *a non domino*, l'avvenuta *traditio*¹⁷; e non si spiegherebbe nemmeno il successivo riferimento giuliano ad una *res priori ... tradita*, che lascia intravedere l'esistenza anche di una seconda *traditio*, evidentemente compiuta dal venditore successivamente.

Per questa ragione, si è detto, il *qui tantum emit* costituisce una "Irreführung"¹⁸ e l'alternativa "*utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit*" è formulata, "... daher zumindest ungenau..."¹⁹.

Perché allora il testo non resti "privo di senso"²⁰, alcuni studiosi hanno sostituito l'espressione "*tantum emit*" o con "*eam tum tenet*" (come ha fatto il Mommsen senza grande successo)²¹ o con "*prior emit*" (soluzione questa accolta da molti studiosi)²². Se si

römischen Recht, Graz, 1956, p. 293 nt. 6; ID., *In bonis esse*, cit., p. 188; GREINER, *Opera Neratii*, cit., p. 24; APATHY, *Die actio Publiciana*, cit., p. 161 e ss.; DI LELLA, *Formulae ficticiae*, cit., pp. 78, 104; CUESTA SAENZ, *La acción publiciana*, cit., p. 78; MAIFELD, *Die aequitas bei L. Neratius Priscus*, cit., p. 37 e ss.; VACCA, *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 107; EAD., *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento*, cit., p. 610 e ss.; A. BURDESE, *Editto publiciano e funzioni della compravendita romana*, ora in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso*, cit., p. 123 e ss.; THIELMANN, *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte*, cit., p. 199 e ss.; M. G. ZOZ, *Eccezione di dolo generale e 'replicatio doli'*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica* (a cura di L. GAROFALO), Padova, 2006, p. 522 nt. 78; S. RONCATI, *Emere vendere tradere. La lunga storia della regola I.2.1.41 nel diritto romano e nella tradizione romanistica*, Napoli, 2015, p. 139 nt. 57.

¹⁶ E. HUSCHKE, *Das Recht der publicianischen Klage mit Beziehung auf das in Aussicht stehende allgemeine deutsche Zivilgesetzbuch*, Stuttgart, 1874, p. 104 e ss. La tesi non è stata accolta in dottrina. Senza la *traditio* ad entrambi gli acquirenti, infatti, non potrebbe porsi, per i due acquirenti, la questione dell'esercizio dell'*actio Publiciana*. Al riguardo, tra gli altri, APATHY, *Die actio Publiciana*, cit., pp. 163 e spec. 167 e THIELMANN, *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte*, cit., p. 202. Sul punto, vd. *infra*, § 4.

¹⁷ Per altro, si consideri che, dovendosi stabilire chi dei due compratori ha più diritto alla *Publiciana* (*quis magis Publiciana uti possit*), risulta difficile immaginare che Ulpiano potesse porsi il problema di attribuire la *Publiciana* solo a chi "*tantum emit*", visto che egli ricorda, tra i requisiti dell'azione, proprio la *traditio* della *res*: D. 6.2.7.16 (Ulp. 16 *ad ed.*). *Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res empti eo nomine sit tradita: ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emptor sit, experiri publiciana non poterit.*

¹⁸ KASER, *In bonis esse*, cit., p. 188 nt. 5.

¹⁹ MEIFELD, *Die aequitas*, cit., p. 39.

²⁰ VACCA, *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 108 nt. 42.

²¹ In merito all'integrazione del Mommsen, il THIELMANN, *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte*, cit., p. 203 ha rilevato: "Mommsen Verbesserung *eam tum tenet* hat den sprachlichen Gleichklang mit *tantum emit* für sich, scheidet aber deswegen aus, weil ein Besitzer für die Gewährung der *actio Publiciana* ohnehin nicht in Frage kommt".

²² Così KASER, *In bonis esse*, cit., p. 188 e ss.; BURDESE, *Editto publiciano e funzioni della compravendita romana*, cit., p. 123; VACCA, *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 108 nt. 42. Per il CARUSI, *L'azione Publiciana*, cit., p. 190

accoglie questa sostituzione Ulpiano afferma che tra i due compratori, uno ha ricevuto per primo la *traditio*, l'altro, invece, conclusa la compravendita, ha ricevuto la *traditio* solo in un secondo momento.

C'è da osservare, però, che altri studiosi hanno considerato il tratto *utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit* come “überflüssig” e, quindi, come una possibile glossa²³. Senza l'alternativa *utrum – emit*, Ulpiano si limiterebbe a porre semplicemente il quesito circa il compratore da preferire, nel caso della doppia vendita, ai fini dell'esercizio dell'*actio Publiciana*.

A mio avviso, l'interrogativo di Ulpiano non necessita di sostituzioni particolari e non deve considerarsi una glossa, risultando perfettamente coerente e comprensibile. L'espressione “*tantum emit*”, infatti, va collocata nel quadro complessivo del discorso ulpiano. Se osserviamo i termini dell'alternativa “*utrum is cui priori res tradita est an is qui tantum emit*”, essa si lega strettamente all'iniziale “*si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus*”. Sottesa all'alternativa, dunque, c'è un chiaro riferimento alla vendita *a non domino*, seguita dal tratto “*quis magis Publiciana uti possit*”, che presuppone l'avvenuta *traditio* ad entrambi i compratori.

Ed ecco il punto.

L'interrogativo ulpiano si comprende solo se, a monte, si pone l'attenzione sul fatto che si poteva *tradere* senza uno spostamento fisico dell'oggetto²⁴. In certi casi particolari, infatti, bastava il consenso sulla causa e sull'oggetto affinché si considerasse avvenuta la *traditio* della *res* venduta. Si pensi alle cose non suscettibili di uno spostamento immediato, alle *columnae*, per esempio, che si consideravano *traditae si in re praesenti consenserint*²⁵; o, ancora, ai fondi, per i quali bastava l'indicazione dei confini dall'alto di una torre²⁶.

nt. 57, “avanti al *tantum* va logicamente sottinteso un *prior*, in correlazione del precedente *priori*, e la frase vuol dire che, mentre l'uno per primo ha ricevuto la tradizione, l'altro ha per primo comprato”. La sostituzione, a giudizio del TONDO, *Convalida del pegno*, cit., p. 142 nt. 6, sarebbe “plausibile” ma “non indispensabile”.

²³ APATHY, *Die actio Publiciana*, cit., p. 165; MAIFELD, *Die aequitas*, cit., p. 39; THIELMAN, *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte*, cit., pp. 199, 202 e 239.

²⁴ La possibilità di *tradere* senza uno spostamento fisico della cosa è stata a lungo considerata come il risultato di una (almeno) matura riflessione giurisprudenziale. Il diritto classico, scriveva P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952, p. 113, “si è mantenuto fermo ai termini possessori della questione, che sono stati invece superati dal diritto postclassico e giustiniano”. Cfr. anche G. LONGO, *Corso di diritto romano. I. I diritti reali*, Padova, 1962, p. 205 e ss. La dottrina più recente ha mutato orientamento. Sul punto: A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*², Torino, 2006, p. 45. Sulla *traditio* e sulle sue forme, oltre alla letteratura citata vd. anche: B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, p. 140 e ss. Sulla c.d. *traditio ficta*, in particolare, S. RICCOBONO, *Traditio ficta*, in *ZSS.*, 34 (1913), p. 159 e ss.; J.H.A. LOKIN, *Traditio; de verschaffing van het bezit*, in R. Feenstra, N. van der Wal & J.H.A. Lonin (ed.), *Flores Legum H.J. Scheltema Oblati*, Groningen, 1971, p. 121 e ss.; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010, p. 119 e nt. 50.

²⁵ Cfr. D. 41.2.1.21 (Paul. 54 ad ed.): ... *argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint*... Su cui VOCI, *Modi*, cit., p.116; LONGO, *Corso di diritto romano*, cit., p. 206; CORBINO, *Il formalismo negoziale*, cit., p. 45; P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1998, p. 135 e s.; P. FERRETTI, *Animo Possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, Torino, 2017, p. 155 (ed ivi ulteriore bibliografia).

²⁶ D. 41.2.18.2 (Celsus 23 Dig.): *Si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstrat vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepit, quam si pedem finibus intulisset*. Su cui VOCI, *Modi*, cit., p.116;

A questo proposito un caso concreto ipotizzabile potrebbe essere quello di un soggetto A che ha venduto delle colonne in presenza del compratore B (senza, dunque, che alla vendita sia seguito alcuno spostamento fisico delle colonne, rimaste dove si trovavano prima); A, ha poi rivenduto le stesse colonne a C, questa volta facendole portare via (spostandole quindi materialmente dal luogo dove prima si trovavano).

E così, ancora, potrebbe ipotizzarsi il caso di A che ha venduto un fondo a B, indicandogliene a distanza i confini (*traditio longa manu*); e ha poi rivenduto lo stesso fondo a C, questa volta facendone la materiale *traditio*, cioè introducendo C fisicamente nel fondo²⁷.

Il fatto che la cosa resti presso il venditore (o nella sua immediata disponibilità), spiega perché la vendita possa aver luogo una seconda volta e perché la *traditio* possa essere ripetuta nel tempo tra “soggetti” diversi.

Non mi sembra insomma necessario dovere ipotizzare²⁸ un improbabile (almeno a mio avviso) intervenuto smarrimento della cosa da parte del primo compratore (con successivo fortuito recupero della stessa da parte del venditore). Anche perché nulla – nella prospettiva che leggiamo – fa immaginare una tale singolare evenienza (che avrebbe dovuto per altro essere comunemente ed indipendentemente presupposta da giuristi diversi).

C'è da dire che Ulpiano si riferisce esplicitamente solo alla buona fede dei due compratori “*si .. quis...vendiderit bona fide ementibus*”. E, secondo me, non a caso.

Il giurista, evidentemente, menziona solo quel dato che, nel quadro del suo ragionamento, aveva una speciale importanza: ai fini dell'*actio Publiciana*, infatti, rilevava soltanto la buona fede del compratore e non anche quella del venditore²⁹. Il dolo del venditore, ovviamente rilevante ai fini di una sua responsabilità *ex empto*³⁰ e *furti*³¹, non

LONGO, *Corso di diritto romano*, cit., p. 206; CORBINO, *Il formalismo negoziale*, cit., p. 46; M. VINCI, *Demonstratio finium e compravendita*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* (a cura di L. GAROFALO), II, Padova, 2007, p. 417 nt. 13.

²⁷ E gli esempi concreti potrebbero essere diversi; si pensi solo a tutte quelle merci che potevano essere consegnate mediante “identificazione” (per es. uno “schiavo”, un “animale” etc.), senza dunque che vi fosse alcuna immediata amozione; merci – è il caso di precisare – rispetto alle quali il “gesto” della *traditio* poteva essere ripetuto nel tempo tra “attori” diversi.

²⁸ Così VACCA, *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento*, cit., p. 613; EAD., *Osservazioni in tema di actio Publiciana e acquisto a non domino*, cit., p. 332. Cfr. anche EAD., *Il c.d duplex dominium*, cit., p. 109.

²⁹ D. 6.2.7.11 (Ulp. 16 ad ed.): *Praetor ait: “qui bona fide emit”. non igitur omnis emptio proderit, sed ea, quae bonam fidem habet: proinde hoc sufficit me bonae fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim, licet ille callido consilio vendiderit: neque enim dolus venditoris mihi nocebit*; D. 6.2.7.15 (Ulp. 16 ad ed.): *Bonam autem fidem solius emptoris continet*.

³⁰ Per il caso di vendita conclusa dal venditore *sciens* dell'altruità della cosa: D.19.1.30.1 (Afr. 8 quaest.): *Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris: etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam non suam ignoranti vendidit: id est maxime, si manumissuro vel pignori daturò vendiderit*; D.19.1.11.15 (Ulp. 32 ad ed.): *Denique libro decimo apud Minicium ait, si quis servum ea condicione vendiderit, ut intra triginta dies duplam promitteret, postea ne quid praestaretur, et emptor hoc fieri intra diem non desideraverit, ita demum non teneri venditorem, si ignorans alienum vendidit: tunc enim in hoc fieri, ut per ipsum et per heredem eius emptorem habere liceret: qui autem alienum sciens vendidit, dolo, inquit, non caret et ideo empti iudicio tenebitur*; D. 19.1.11.18 (Ulp. 32 ad ed.): *Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat praestare.... nisi forte sciens alienum vendit: tunc enim secundum supra a nobis relatam Iuliani sententiam dicendum est ex empto eum teneri, quia dolo facit*; D. 19.1.45pr.-1 (Paul. 5 quaest.): *... in omnibus tamen*

costituiva l'oggetto della sua indagine.

Ulpiano, dunque, si interroga su chi, tra i due compratori dallo stesso non proprietario, debba essere preferito ai fini dell'esercizio dell'*actio Publiciana*: colui che, pur avendo concluso la vendita in un secondo momento, ha acquistato materialmente la cosa per primo (...*is cui priori res tradita est...*) o colui che, pur avendo concluso per primo la vendita ("*tantum emit*", appunto), non ha ancora materialmente presso possesso della cosa?

Il giurista risponde al quesito da lui posto all'inizio servendosi di un responso di Giuliano: se i compratori hanno comprato dallo stesso venditore *non dominus*, prevale colui che per primo ha ricevuto la *traditio*.

Se non che, Giuliano prosegue affermando che, nel caso in cui i compratori hanno invece comprato da due differenti "*non domini*" ("*quod si a diversis non dominis*"), prevale colui che possiede rispetto a chi fa richiesta (di avere il possesso con l'*actio Publiciana*): *melior causa sit possidentis quam petentis*.

Come può dunque vedersi, Giuliano nel suo responso va oltre³² l'interrogativo iniziale posto da Ulpiano³³. Mentre, infatti, questi si riferisce alla vendita effettuata da un

his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet. Il venditore in questi casi avrebbe risposto *ex empto* prima dell'avverarsi della evizione.

³¹ C'è da dire che, con riferimento ai beni mobili, Gaio (2. 50) ci ricorda che non commette furto, l'erede che, ritenendola ereditaria, abbia venduto (o donato) una cosa commodata o locata al defunto o presso di lui depositata; o l'usufruttuario della schiava che, credendo suo anche il nato da lei, l'abbia venduto (o donato). Ed in tal senso vd. D. 41.3.36pr. (Gaius 2 *rer. cott.*): *Potest pluribus modis accidere, ut quis rem alienam aliquo errore deceptus tamquam suam vendat forte aut donet et ob id a bonae fidei possessore res usucapi possit: veluti si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam existimans hereditariam esse alienaverit. 1. Item si quis aliqua existimatione deceptus crediderit ad se hereditatem pertinere, quae ad eum non pertineat, et rem hereditariam alienaverit, aut si is, ad quem usus fructus ancillae pertinet, partum eius existimans suum esse, quia et fetus pecudum ad fructuarium pertinet, alienaverit.* In esso, il giurista dice che in molti modi può accadere che qualcuno tratto in errore venda (o doni) come sua una cosa altrui, che per questo può essere usucapita dal compratore di buona fede. Così è nel caso in cui l'erede abbia alienato, credendola del defunto, una cosa che questi aveva in comodato, locazione o in deposito. Così pure se qualcuno, credendo gli spettasse un'eredità che a lui non spettava, abbia alienato la cosa ereditaria; o se l'usufruttuario di una serva, credendo che il parto gli appartenesse, *quia et fetus pecudum ad fructuarium pertinet*, lo abbia alienato. Il venditore che non sa (è in errore) che la cosa non gli appartiene, dunque, con la consegna della cosa non commette furto. Su quest'ultima problematica rinvio, da ultimo, a M. FRUNZIO, *Res furtivae. Contributo allo studio della circolazione degli oggetti furtivi in diritto romano*, Torino, 2017, *passim*.

³² PEROZZI, *L'editto publiciano*, cit., p. 54; APATHY, *Die actio Publiciana*, cit., p. 161: "Julians Äußerung geht mithin über die einleitende Fragestellung Ulpians hinaus". Cfr. anche pp. 165 e 171. Sul punto, inoltre, MEIFELD, *Die aequitas*, cit., p. 39.

³³ G. BESELER, in *ZSS.*, 45 (1925), p. 436, al riguardo, ha suggerito di correggere l'interrogativo di Ulpiano in questi termini "Si duobus <res> [quis] ven[d]i[d]erit..." in modo da recuperare l'originaria corrispondenza tra il quesito (di Ulpiano) e il responso (di Giuliano). Ma, come ha rilevato il THIELMAN, *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigtes*, cit., p. 202, la piena corrispondenza tra le due parti del frammento non è né logica né assolutamente necessaria. Altri studiosi hanno spiegato questa non perfetta coincidenza tra quesito e responso presumendo una maggiore ampiezza dell'interrogativo iniziale di Ulpiano, poi abbreviato dai compilatori, i quali, però, avrebbero lasciato interamente il responso di Giuliano (APATHY, *Die actio Publiciana*, cit., p. 161). Altri, invece, hanno immaginato che Ulpiano abbia voluto riportare tutto intero il pensiero di Giuliano perché se ne comprendesse meglio la *ratio* sottostante (CARUSI, *L'azione Publiciana*, cit., p. 190). E altri ancora hanno considerato la circostanza assolutamente normale: "sarebbe stata una coincidenza estremamente fortunata se ci fosse stata già una risposta pronta che si armonizzasse esattamente con l'interrogativo iniziale". Per Ulpiano era sufficiente "che i punti di vista essenziali apparissero nella soluzione"; il giurista aveva tutto l'interesse a riportare l'intero responso

solo venditore *non dominus* (*si duobus q u i s separatim vendiderit bona fide ementibus*), il giurista adrianeo aggiunge un'ulteriore precisazione, pronunciandosi anche su una fattispecie da quello non presa in considerazione.

Il caso concreto potrebbe essere quello di un soggetto A che ha venduto a B un fondo indicandogliene i confini. B, a sua volta, ha venduto lo stesso fondo a C sempre nello stesso modo. A ha poi rivenduto a D il fondo, immettendolo nel possesso, introducendolo, cioè, nel fondo stesso. Il conflitto qui poteva sorgere tra D e C (e tra D e B).

4. Significato da attribuire alle differenti opinioni espresse nei due brani in esame

Come dunque abbiamo visto, con riferimento al caso di compera dallo stesso non proprietario, la soluzione "*potior sit cui priori res tradita est*", indicata da Giuliano (e condivisa da Ulpiano: *quae sententia vera est*), coincide con quella di Nerazio, secondo il quale "*...is ex nobis tuendus est, qui prior ius eius adprehendit ...*": per ognuno di loro, infatti, tra i due compratori la preferenza viene accordata a colui che per primo ha avuto fatta la *traditio* della cosa.

Alla base di questa soluzione di Nerazio, di Ulpiano (e di Giuliano), si trovano, però, fatti diversi.

Nerazio, è vero, non fa espressamente menzione della *actio Publiciana*, ma ad essa, come si è già detto, il giurista fa sicuramente implicito riferimento per la disciplina del caso³⁴.

Questa circostanza merita ora di essere evidenziata perché risulta preziosa ai fini dell'individuazione del caso concreto sottoposto all'attenzione del giurista.

Poiché l'*actio Publiciana* presuppone che il compratore non abbia il possesso della cosa³⁵, se ne deve inferire che lo stesso accada anche nel caso contemplato da Nerazio. Entrambi i compratori, cioè, non hanno più il possesso della cosa e il giurista si chiede a chi dei due debba spettare l'*actio* in esame per il recupero della stessa (*is ex nobis tuendus est...*).

Per Nerazio, dunque, si tratta di stabilire chi dei due compratori potrà esercitare la *Publiciana* per il recupero della cosa presso terzi.

Per Giuliano, invece, uno dei compratori ha ricevuto una *traditio* non materiale, senza cioè uno spostamento fisico dell'oggetto e l'altro è stato immesso nel possesso, sicché il primo pretende di esercitare l'*actio Publiciana* nei confronti del secondo.

Dunque, fatti diversi ma identica soluzione³⁶.

se gli venivano fornite ulteriori informazioni oltre alla risposta limitata alla domanda: "In der modernen juristischen Literatur würde man in solchen Situationen mit dem Zusatz 'vgl.'" (THIELMANN, *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte*, cit., p. 201). Quest'ultima opinione mi sembra da preferire.

³⁴ Cfr. DI LELLA, *Formulae ficticiae*, cit., p. 105 nt. 87; VACCA, *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 108.

³⁵ Si consideri, infatti, Gai. 4.36. *Item usucapio fingitur in ea actione, quae Publiciana vocatur. datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petit.*

³⁶ A mio avviso, Nerazio, Giuliano e Ulpiano, in questo caso, non si sono ispirati nell'adozione della loro soluzione – come sostengono, tra gli altri, l'APATHY, *Die actio Publiciana*, cit., p. 175 e ss.; la VACCA, *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 107 e ss. – alla logica degli acquisti a titolo derivativo. Il venditore *non dominus* non è

C'è, invece, una evidente diversità tra le soluzioni dei giuristi appena menzionati per il caso di compera *a diversis non dominis*: mentre, infatti, Nerazio accorda la tutela (anche qui) al compratore che per primo ha ricevuto la *traditio* della cosa; Ulpiano e Giuliano, invece, l'accordano al compratore che ne ha il possesso.

Ebbene, questa diversità di opinioni tra Nerazio e Giuliano è stata variamente spiegata in dottrina.

Secondo alcuni studiosi essa non sarebbe ricollegabile ad una vera e propria controversia giurisprudenziale: a) perché il responso di Giuliano sarebbe interpolato, rispecchiando perfettamente il pensiero giustiniano e non quello classico, riflesso, invece, nella testimonianza di Nerazio³⁷; b) perché le soluzioni dei due giuristi dipenderebbero da presupposti senz'altro diversi. È questa l'intuizione del Savigny³⁸ secondo cui Nerazio, a differenza di Giuliano, si riferirebbe ad un caso nel quale nessuno dei due acquirenti *a non domino* ha il possesso della cosa, che starebbe invece presso un terzo, contro il quale entrambi gli acquirenti vorrebbero contemporaneamente agire³⁹.

In questo quadro, poi, vanno annoverati pure quanti nel tempo, e in varia misura, hanno proposto particolari vie interpretative, accentuando ora uno ora un altro elemento della fattispecie riferita (come chi ha cercato di attribuire un particolare significato all'inciso *is ex nobis tuendus est* o al termine *dominus* o chi ha insistito sulla buona fede delle parti)⁴⁰, al fine di conciliare le diverse soluzioni.

titolare di una situazione proprietaria "trasmissibile" da cui i compratori possono far derivare il loro diritto. La soluzione comune ai tre giuristi si fonda sul fatto che colui che per primo ha ricevuto la *traditio* della cosa *ex causa emptiois* ed è in buona fede ha maturato i requisiti ai fini della titolarità dell'*actio Publiciana*, come si ricava da D. 6.2.7.16 (Ulp. 16 *ad ed.*): *Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit et ei res empti eo nomine sit tradita: ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emptor sit, experiri publiciana non poterit*. Trovandosi, perciò, entrambi i compratori *a non domino* nella medesima condizione giuridica, tra i due la tutela accordata a colui che per primo, proprio a seguito della *traditio*, ha acquisito una situazione di appartenenza "con preferenza" (così CANNATA, *Corso di istituzioni*, I, cit., p. 544) – *potius rem habeat* – rispetto a chiunque altro (e quindi, ovviamente, anche rispetto all'altro acquirente), tranne il vero proprietario: D.6.2.17 (Ner. 3 *membr.*): *Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur: ... sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat*. In questo, come detto, le posizioni di Nerazio, Giuliano e Ulpiano sono perfettamente coincidenti.

³⁷ LENEL, *Textkritische*, cit., p. 158; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II,2, Roma, 1928, p. 338 e s.; ID., *Istituzioni di diritto romano* (rist. decima ediz.), Milano, 1987, p. 266 e nt. 83.

³⁸ von SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, cit., p. 308 nt. m.

³⁹ Da questo punto di vista la tesi coincide, in parte, con quella dello HUSCHKE, *Das Recht der publicianischen Klage*, cit., p. 94 e ss., secondo cui Nerazio alluderebbe all'ipotesi di una controversia tra i due acquirenti *a non domino* con un terzo, mentre Giuliano farebbe riferimento ad una controversia interna tra i due acquirenti. A giudizio dell'Huschke, l'interrogativo iniziale di Ulpiano si ricollegerebbe ad una antica controversia relativa ai presupposti richiesti ai fini dell'*actio Publiciana*: "Die so gestellte Frage erinnert nun offenbar an die ältere Controverse, ob schon der Kauf oder erst die Tradition der Anfang ... des Publicianischen Rechts sei" (p. 96). Secondo l'Huschke, però, Ulpiano (nel suo interrogativo) e Nerazio farebbero riferimento ad un caso nel quale la *traditio* avrebbe avuto luogo soltanto a favore di uno dei due compratori. Per Giuliano, invece, ci sarebbe stata: un'unica *traditio* solo nel caso di compravendita da un venditore *non dominus*; una duplice *traditio* nel caso di compravendita *a diversis non dominis*. *Contra* vd. CARUSI, *L'azione Publiciana*, cit., p. 194; e, più recentemente, APATHY, *Die actio Publiciana*, cit., pp. 163 e spec.167), secondo cui "Daß Huschkes These von der einmaligen *traditio* unhaltbar ist, vermag auch sein Harmonisierungsversuch nicht zu überzeugen".

⁴⁰ VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandecten*, I, cit., p. 670 e ss., per esempio, ha proposto una singolare interpretazione dell'inciso *is ex nobis tuendus est* figurante in D.19.1.31.2, per la verità, già presente – per

Secondo altri⁴¹, invece, le due opinioni rifletterebbero l'esistenza di una vera e propria controversia⁴² tra giuristi (che, a giudizio di alcuni affonderebbe addirittura le sue radici nelle due scuole di appartenenza, essendo Giuliano un sabiniano e Nerazio un proculiano⁴³; e che avrebbe visto il prevalere dell'insegnamento di Giuliano dal momento che "Ulpiano non esita a dividerlo"⁴⁴).

È questa l'opinione della dottrina più recente, che ha respinto tutte le precedenti interpretazioni dei due testi⁴⁵.

Più in particolare, la soluzione di Nerazio, Giuliano (e Ulpiano) con riguardo al caso di acquisto dal medesimo *non dominus* – fondata sul criterio della priorità del

ammissione dello stesso studioso – in uno scolio di Stefano (Basil. XV.2.9) [Cfr. *Supplementum editionis Basilicorum Heimbachianae Lib.XV-XVIII Basilicorum cum scholiis antiquis integros*, C.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, Lipsiae, 1846, p. 42]. A suo giudizio, il primo acquirente da tutelare (*is ... tuendus est*) non sarebbe l'attore ma il convenuto (e cioè il possessore). Non ci sarebbe, dunque, differenza alcuna, sotto il profilo della tutela, tra il caso in cui i due acquirenti hanno acquistato dallo stesso *non dominus* e quello in cui hanno acquistato da *non domini* diversi. La tesi è stata fortemente criticata dall'APATHY, *Die publiciana*, cit., p. 167 e s. Altrettanto originale è l'interpretazione di T. GIMMERTHAL, *Die Publicianische Klage und die Mancipation*, I, Bremen, 1872, p. 126 e s. A suo giudizio le due fonti, pur alludendo allo stesso caso, avrebbero fatto riferimento a presupposti diversi. Mentre, infatti, per Nerazio sarebbero stati in buona fede solo i venditori (*Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret*), per Giuliano, invece, lo sarebbero stati solo gli acquirenti ("*Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus*")⁴⁰. Secondo lo studioso, segnatamente, Nerazio e Giuliano avrebbero condiviso l'antico orientamento secondo il quale ai fini della Publiciana si rendeva necessaria la buona fede anche da parte del venditore. Ora, nel caso proposto da Nerazio, poiché i due venditori erano di buona fede, tutti e due i compratori avrebbero avuto diritto alla Publiciana e, pertanto, bisognava guardare a colui che per primo ha ricevuto la cosa. Nel caso di Giuliano, invece, poiché i due venditori erano in mala fede, nessuno dei due compratori sarebbe stato legittimato all'esercizio della Publiciana e, quindi, bisognava considerare migliore la condizione di chi possedeva. La tesi è stata considerata del tutto arbitraria (così CARUSI, *L'azione Publiciana*, cit., p. 193). Altrettanto sofisticata è la tesi di A. BISCARDI, *Il dogma della collisione alla luce del diritto romano*, Città di Castello, 1935, p. 108. A suo dire, per Nerazio la regola generale è che la preferenza deve essere accordata a colui che ha ricevuto la cosa dal proprietario bonitario. Pertanto, se entrambi gli acquirenti hanno acquistato dallo stesso proprietario bonitario, deve essere preferito il primo acquirente; se hanno acquistato, invece, da diversi *non domini*, deve essere preferito colui che ha acquistato dal proprietario bonitario. Al proprietario bonitario farebbe pure riferimento Giuliano, ma solo nel primo dei due casi presi in considerazione: l'acquisto dallo stesso *non dominus*. La soluzione individuata dal giurista sarebbe così coerente con quella di Nerazio: *potior sit cui priori res tradita est*. Nel caso invece di acquisto da diversi *non domini*, il termine *dominus* non farebbe riferimento al proprietario bonitario ma a al mero possessore. E questo spiegherebbe la particolare soluzione adottata dal giurista a favore del possessore attuale: *melior causa sit possidentis quam petentis*. Ma come giustamente è stato osservato dall' APATHY, *Die actio Publiciana*, cit., p. 166.: "Daß mit dem Wort non dominus in D. 6, 2, 9, 4 einmal der bonitarische Eigentümer und einmal ein bloßer Besitzer gemeint sein soll, ist wenig einsichtig"

⁴¹ Tra gli altri, in particolare, vd.: POTHIER, *Trattato del diritto e dominio di proprietà*, II, cit., p. 63 e ss.; CARUSI, *L'azione Publiciana*, cit., p. 192; GREINER, *Opera Neratii*, cit., p. 24; APATHY, *Die publiciana*, cit., p. 162; DI LELLA, *Formulae ficticiae*, cit., p. 109; VACCA, *Il cd. duplex dominium*, cit., p. 107 e ss.; MEIFELD, *Die aequitas*, cit., p. 37.

⁴² Che per alcuni studiosi si legherebbe addirittura ad una diversa visione dei due giuristi in merito all'*a. Publiciana* "di recente introdotta". Così DI LELLA, *Formulae ficticiae*, cit., p. 109.

⁴³ Cfr. POTHIER, *Trattato del diritto e dominio di proprietà*, II, cit., p. 63 e ss.; CARUSI, *L'azione Publiciana*, cit., p. 192; CUESTA SAENZ, *La acción Publiciana*, cit., p. 78.

⁴⁴ DI LELLA, *Formulae ficticiae*, cit., p. 105. Cfr. *infra* in questo stesso paragrafo.

⁴⁵ Così APATHY, *Die actio Publiciana*, cit., p. 167 e ss. Per una critica ai diversi tentativi di conciliazione tra le due testimonianze, vd. MEIFELD, *Die aequitas*, cit., p. 41; e THIELMANN, *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigzte*, cit., p. 239.

possesso –, si ispirerebbe alla logica e alla disciplina che governa gli acquisti a titolo derivativo⁴⁶; disciplina che non sarebbe stata applicabile, secondo Giuliano, nel caso specifico di acquisto da diversi *non domini*, proprio per l'assenza di un comune dante causa⁴⁷.

In questa direzione si è orientata la Vacca (che è tornata a più riprese, anche di recente, su questo tema⁴⁸). A suo giudizio la soluzione di Nerazio e Giuliano (coincidente) per l'ipotesi in cui gli acquirenti abbiano acquistato dal medesimo *non dominus*, si spiega considerando che il venditore *non dominus*, al momento della *traditio* ad uno qualunque dei due compratori, ha perso “definitivamente la disponibilità patrimoniale del bene, ed anche se egli stesso dovesse successivamente riacquistare il possesso per trasmetterlo all'altro compratore, non avendo più la disponibilità non può trasferirla validamente”⁴⁹.

Viceversa, nel caso in cui i due compratori hanno acquistato da due diversi *non domini*, “prevale comunque il possessore attuale su colui che esperisce la Publiciana, in quanto egli può eccepire all'attore un titolo altrettanto forte, in relazione al quale la causa d'acquisto del vendicante non ha alcuna interferenza”⁵⁰.

A giudizio della studiosa, quindi, “il ragionamento di Giuliano appare giustamente correttivo di quello di Nerazio, che non distingueva, come si è visto, fra l'ipotesi di acquisto dal medesimo *non dominus* e l'ipotesi di acquisto da diversi *non domini*”⁵¹.

⁴⁶ APPLETON, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne*, II, 1889, p. 20 e ss.; TONDO, *Convalida del pegno*, cit., p. 141 e s.; APATHY, *Die actio Publiciana*, cit., p. 181: “Wir können danach die übereinstimmende Beurteilung im Falle des Erwerbs von demselben Nichteigentümer durch Neraz, Julian und Ülpian und deren Entscheidung zugunsten des ersten Erwerbers aus der Parallele zur derivativen Erwerb erklären”.

⁴⁷ TONDO, *Convalida del pegno*, cit., p. 141 e s.; APATHY, *Die actio Publiciana*, cit., p. 187. Per il THIELMANN, *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte*, cit., p. 239, invece, tanto le soluzioni di Giuliano e Nerazio possono essere spiegate allo stesso modo. “Neraz’ – mit der Julians übereinstimmende – Entscheidung im Fall der Doppelveräußerung durch einen Nichtberechtigten ist ebenfalls nicht anders als mit dem Derivationsgedanken zu erklären. Er paßt aber – trotz im Ergebnis übereinstimmender Entscheidung – normalerweise nicht für die Veräußerung durch verschiedene Nichtberechtigte. Den Gesichtspunkt der zeitlichen Reihenfolge hat Neraz im Sinne einer Billigkeitslösung gewählt wie Julian den der *possessio*”.

⁴⁸ VACCA, *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 107 e ss.; EAD. *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento*, cit., p. 609 e ss.; EAD. *Osservazioni in tema di actio Publiciana e acquisto a non domino*, cit., p. 331 e ss.

⁴⁹ VACCA, *Il c.d. duplex dominium*, cit., p. 109. La *ratio* del responso, cioè, andrebbe ricercata nella circostanza che, in quest'ultimo caso, “deve prevalere il principio della invalidità del trasferimento compiuto da colui che non ha più la disponibilità del diritto, in quanto il *non dominus* che vende per la seconda volta ha perso la disponibilità del bene nel momento in cui ha compiuto la *traditio ex iusta causa* al primo acquirente, quindi non potrà più validamente disporne alienando la cosa al secondo acquirente, anche se fosse in grado di ritrasferire il possesso del bene, fortuitamente riacquistato....” (così VACCA, *Osservazioni in tema di actio Publiciana e acquisto a non domino*, cit., p. 331; EAD. *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento*, cit., p. 613).

⁵⁰ VACCA, *Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana*, cit., p. 109.

⁵¹ VACCA, *Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana*, cit., p. 109. Cfr. EAD. *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento*, cit., p. 613: “Il ragionamento di Giuliano appare giustamente correttivo..., in quanto, in quest'ultimo caso, trovandosi i due compratori nella medesima situazione giuridica (entrambi hanno acquistato *in bonis* da chi ne aveva la piena disponibilità non essendosene in precedenza spogliato), il problema si sposta sul piano strettamente processuale: il possessore può eccepire (probabilmente con un'*exceptio in factum*) al primo compratore che agisce con la Publiciana una *traditio ex iusta causa*, rispetto alla quale il primo compratore non può efficacemente replicare né eccependo il dolo della controparte, né

Ebbene, a mio avviso, la diversità delle soluzioni proposte – per il caso di acquisto da diversi *non domini* – da Nerazio (in D.19.1.31.2) e da Giuliano/Ulpiano (in D.6.2.9.4) non dipende da un conflitto di opinioni circa la titolarità (o i presupposti) dell'*actio Publiciana*⁵² ma dalle particolari circostanze considerate da Ulpiano e Giuliano nella soluzione del caso così come sono emerse nel corso della presente indagine⁵³.

Mentre, infatti, la soluzione di Nerazio si riferisce (anche questa volta) ad un caso nel quale entrambi i compratori (da diversi non proprietari) hanno perduto il possesso della cosa; quella di Giuliano, invece, si riferisce ad una ipotesi nella quale uno dei due compratori ha il possesso della stessa (*melior causa sit possidentis quam petentis...*) e l'altro no.

Entrambi hanno ricevuto la *traditio*, ma solo uno dei compratori ne ha avuto la materiale consegna. Per questa ragione, l'altro compratore – che ha maturato pure lui i requisiti per l'esercizio della *Publiciana*, avendone comunque ricevuto la *traditio* sebbene non materiale – pretende di esercitarla nei confronti di chi ha il possesso della cosa.

La soluzione di Giuliano veste perfettamente l'ipotesi formulata.

Colui che chiede con la *Publiciana* (rendo così il senso dell'espressione "...*quam petentis...*") di avere il possesso della cosa, è colui a cui è stata fatta la *traditio* non materiale. Ma questi, secondo Giuliano, non prevarrà: *melior causa sit possidentis quam petentis*.

Nel caso di acquisto *a diversis non dominis*, dunque, la soluzione di Giuliano è diversa perché diverso è il caso preso in considerazione dal giurista: tra i due compratori uno ha il possesso della cosa e l'altro no.

E, come osserva anche Paolo in

D. 50.17.128pr. (Paul. 19 *ad ed.*): *In pari causa possessor potior haberi debet.*

Se la fattispecie fosse stata diversa, diverso, a mio avviso, sarebbe stato il criterio utilizzato da Giuliano per risolvere il conflitto tra i due acquirenti *a diversis non dominis*.

Se entrambi gli acquirenti avessero perduto il possesso della cosa, Giuliano non avrebbe potuto applicare il criterio che considera migliore la posizione del possessore.

Avrebbe allora prevalso la soluzione della priorità nella *traditio*?⁵⁴

facendo valere un titolo più forte, in quanto anche il suo titolo era *a non domino*. In questo caso prevale, dunque, l'apparenza della situazione possessoria attuale, non entrando in gioco il principio della non disponibilità del diritto da parte di chi non ne può essere più titolare in quanto se ne è precedentemente spogliato con un suo atto di volontà, espresso nell'accordo contrattuale. Entrambi ovviamente cederebbero di fronte alla rivendica del *dominus*, terzo rispetto agli accordi contrattuali e agli atti di trasferimento del possesso rispetto ad entrambi i compratori".

⁵² Pertanto, non ritengo che il ragionamento di Giuliano possa considerarsi "giustamente correttivo di quello di Nerazio" (così, appunto, VACCA, *Il cd. duplex dominium e l'actio Publiciana*, cit., p. 109. Cfr. EAD. *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento*, cit., p. 613). Nel caso in esame, entrambi i compratori si trovano nella stessa condizione. Entrambi hanno maturato i requisiti per l'esercizio della *Publiciana*. Ma, mentre nel caso di Nerazio, nessuno dei due compratori ha il possesso della cosa; in quello di Giuliano, invece, uno dei due ha il possesso (considerata la particolare fattispecie a lui sottoposta).

⁵³ In questo senso si sono già espressi a suo tempo, sebbene in termini diversi e con differenti ricostruzioni, il SAVIGNY, *Sistem des heutigen Römischen Rechts*, cit., p. 308 nt. m e l'HUSCHKE, *Das Recht der publicanischen Klage*, cit., p. 94 e ss. Cfr. *supra* in questo stesso paragrafo.

⁵⁴ Del resto, si consideri che attestazioni dell'uso di questo criterio ci sono pervenute anche in epoca postclassica e giustiniana, in tema di controversie *ex causa donationis* relative al "*dominium*" di fondi provinciali "*rei tributariae*": Fr. Vat. 315. *Diocletianus et Constantinus Ulpiae Rufinae. Cum ex causa donationis*

Non lo sappiamo. Ma non possiamo escluderlo, anche perché Giuliano utilizza il criterio della priorità nella *traditio* non solo per risolvere il conflitto tra due acquirenti dallo stesso venditore *non dominus* (in D.6.2.9.4), ma anche per risolvere il conflitto tra due acquirenti di cui, però, uno aveva acquistato *a non domino* e l'altro *a domino*⁵⁵.

A tal riguardo, si consideri, in particolare:

D. 21.3.2 (Pomp. 2 *ex Plaut.*): *Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit, pretio autem soluto Titius Sempronio heres exstiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse priorem te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione summovertetur et si ipse Titius eum possideret, Publiciana peteres*

e

D. 6.1.72 (Ulp. 16 *ad ed.*): *Si a Titio fundum emeris Sempronii et tibi traditus sit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem alii vendiderit et tradiderit, aequius est, ut tu potior sis. nam et si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summovertes. sed et si ipse possideret et tu peteres, adversus exceptionem domini replicatione uteris.*

Il senso di questi due brani – uno di Pomponio (che riferisce l'opinione di Giuliano, alla quale aderisce) e l'altro di Ulpiano – si chiarisce meglio leggendone un altro – assai più articolato, ma di contenuto sostanzialmente analogo – dello stesso Ulpiano, nel quale egli anche questa volta (come in D.6.2.9.4) riferisce l'opinione di Giuliano⁵⁶, condividendone il pensiero⁵⁷:

D.44.4.4.32 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit*⁵⁸: *Iulianus ait aequius esse praetorem*⁵⁹ *te tueri, quia et,*

uterque dominium rei tributariae vindicetis, eum, cui priori possessio vel soli tradita est, haberi potioem convenit. (a. 291 p. c.); C.3.32.15. Impp. Diocletianus et Maximianus AA et CC Aurelio Proculino. ... *cum, et si ex causa donationis utriusque dominium rei vindicetis, eum, cui priori possessio soli tradita est, haberi potioem conveniat.* Data XV kal. Oct. AA cons. Per quanto entrambi rivendichino il dominio della cosa *ex causa donationis* ad avere la preferenza dovrà essere sempre colui al quale la *traditio* fu fatta per primo. Cfr. RONCATI, *Emere vendere tradere*, cit., p. 137 e ss.

⁵⁵ Circostanza questa che esclude che l'applicazione dell'uno o dell'altro criterio nei singoli casi dipenda dalle specifiche condizioni del dante causa: *dominus/non dominus*.

⁵⁶ Tramandata pure da Pomponio in D.21.3.2.

⁵⁷ Come si desume dall'assenza di una presa di posizione di segno contrario.

⁵⁸ L'orientamento prevalente considera il *tradiderit* come sostituzione compilatoria al posto di *mancipaverit* (o *mancipio dedit*). Cfr. O. LENEL, *Paltingenesi*, II col. 865 nt. 2; ed ancora, tra gli altri: C. LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano*, in *BIDR.*, 14 (1901), p. 254; P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1924, pp. 251-252 e nt. 1; F. PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang beim Kauf*, in *ZSS.*, 50 (1930), p. 418; G. G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934, p. 146 e ss.; P. KOSCHAKER, *Fr. 4.32 D.44.4 Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto romano*, in *Ivra*, 4 (1953), p. 1 e nt. 3; F. GALLO, *Un capitolo di storia della pubblicità*, *Rec. di COLORNI*, *Per una storia della pubblicità immobiliare*, in *Labeo*, 3 (1957), p. 105 e ss., spec. p. 121 e ss.; APATHY, *Die actio Publiciana*, cit., p. 176; C. A. CANNATA, *Corso di istituzioni*, I, cit., p. 546 nt. 266; ID., *'Exceptio doli generalis'* e

*si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summovertetur et, si ipse eum possideret et Publiciana peteres, adversus excipientem “si non suus esset” replicatione utereris, ac per hoc intellegeretur eum fundum rursus vendidisse, quem in bonis non haberes*⁶⁰.

diritti reali, in *L'eccezione di dolo generale*, cit., p. 242; U. ELSENER, *Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit*, Neuchâtel, 2004, p. 73; A. BURDESE, *L'eccezione di dolo generale in rapporto alle altre eccezioni*, in *L'eccezione di dolo generale*, cit., p. 470; ZOZ, *Eccezione di dolo generale e 'replicatio doli'*, cit., p. 519. Il riconoscimento dell'interpolazione non è cosa di poco conto sia ovviamente ai fini dell'individuazione della concreta situazione trasferita al secondo compratore Mevio (*nudum ius Quiritium*/possesso), sia ai fini dell'individuazione dei rapporti di prevalenza nell'ambito del potenziale conflitto fra i due compratori e situazioni a loro trasferite. Ammettendo l'interpolazione, il conflitto si svolge tra un compratore-proprietario bonitario (Tu, divenuto tale – secondo quanto comunemente sostenuto in dottrina – per effetto della convalida per sopravvenuta legittimazione del *tradens* Tizio) e un secondo compratore-titolare del *nudum ius Quiritium* (Mevio, al quale il fondo sarebbe stato mancipato). Ricostruito in questi termini, il conflitto tra le due diverse situazioni vede il prevalere della proprietà bonitaria sul *nudum ius Quiritium*. Sul punto, da ultimo vd.: VACCA, *Il cd. duplex dominium*, cit., p. 110. *Contra* V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano, 1954, p. 95 e ss., che individua nel frammento due diverse *traditiones*, una *fatta a non domino*, l'altra *a domino*. Nel conflitto fra i due acquirenti avrebbe dovuto prevalere l'acquirente *a domino* e cioè il secondo.

⁵⁹ Secondo il DI LELLA, *Formulae Ficticiae*, cit., p. 107 e il BURDESE, *Editto publiciano e funzioni della compravendita romana*, cit., p. 124, dovrebbe leggersi al posto di *praetorem, priorem*. Si tratta tuttavia di un'opinione che non ha trovato eco in dottrina.

⁶⁰ Sul testo, normalmente accostato agli altri due riferiti, oltre alla letteratura già citata, vd.: P. BONFANTE, *Scritti giuridici varii, II, Proprietà e servitù*, Torino, 1918, p. 458 e ss.; A. DE SARLO, *La definizione dell'actio Publiciana nel diritto dei classici*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1899-1948, p. 209 e ss.; TONDO, *Convalida del pegno*, cit., p. 96 e ss.; F. STURM, *Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana*, in *RIDA*, 9 (1962), p. 390; G. DIOSDI, *Ownership in ancient and preclassical roman law*, Budapest, 1970, p. 170 nt. 28; F. RANIERI, *Alienatio convalescit. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto dell'Europa continentale*, Milano, 1974, p. 7 e ss.; CUESTA SAENZ, *La acción publiciana*, cit., p. 74 e ss.; B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, p. 118; H. ANKUM, *Le droit romain classique a-t-il connu un droit de propriété bonitaire relatif?*, in *Satura R. Feenstra*, Freiburg, 1985, pp. 130 e 133 e ss.; E. POOL, *Lateinische Syntax und juristische Begriffsbildung: in bonis alicuius esse und bonitarisches Eigentum im klassischen römischen Recht*, in *ZSS.*, 102 (1985), p. 277; H. ANKUM, M. VAN GESSEL-DE ROO, E.H. POOL, *Die Verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse/in bonis habere im klassischen römischen Recht (In bonis II)*, in *ZSS.*, 105 (1988), p. 429; G. MACCORMACK, *Dolus in decisions of the mid-classical jurist (Julian-Marcellus)*, in *BIDR.*, 96-97 (1993-94), p. 107 e ss.; THIELMANN, *Nochmals: Doppelveräußerung durch Nichtberechtigte*, cit., p. 212 e ss.; G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. La successione*, Bologna, 1997 (rist. a cura di F. GNOLI), p. 134 e ss.; L. VACCA, *La riforma di giustiniano in materia di “usucapio” e “longi temporis praescriptio” fra concezioni dommatiche classiche e prassi postclassica*, in *BIDR.*, 96-97 (1993-1994), p. 182; EAD., *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà. Materiali per un corso*, cit., p. 288 nt. 67; EAD., *La doppia vendita e la rilevanza dell'affidamento*, cit., p. 614 e s.; F. CUENA BOY, *Sistema Jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Santander, 1998, p. 140 nt. 449; A. R. MARTIN MINGUIJÓN, *Acciones ficticias y acciones adjecticias fórmulas*, Madrid, 2001, p. 88; F. WUBBE, *Pomp. D.50.17.33 und so weiter*, in *Iurisprudentia universalis (Festschrift für T. Mayer-Maly)*, Wien, 2002, p. 915 nt. 11; M. V. SANSÓN RODRÍGUEZ, *La buena fe en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones desde la perspectiva del derecho privado romano*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-16 giugno 2001)*, a cura di L. GAROFALO, III, Padova, 2003, p. 335; RONCATI, *Emere vendere tradere*, cit., p. 61 e ss.; J. E. RODRÍGUEZ DIEZ, *Potestas alienandi. Transfer of ownership by a non-owner from Roman law to the DCFR*, Oisterwijk, 2016, p. 202 e ss.

Tizio ha venduto e consegnato a “Tu” un fondo che apparteneva a Sempronio, ottenendone il prezzo. Successivamente Tizio, divenutone nel frattempo *dominus ex iure Quiritium* (in quanto erede di Sempronio), ha rivenduto e consegnato⁶¹ il fondo a Mevio.

La soluzione prospettata proprio da Giuliano – e con ogni probabilità condivisa anche questa volta da Ulpiano – è nel senso di ritenere più equo che il pretore dia la prevalenza al primo compratore (“Tu”), a chi per primo ha ricevuto il fondo⁶².

Questi, infatti, è colui che per primo ha maturato i requisiti per la *Publiciana*, colui, cioè, che ha acquisito per primo una posizione di appartenenza tutelata *erga omnes*⁶³.

Certo, la fattispecie da ultimo presa in considerazione non è del tutto identica a quella contemplata da Giuliano nella seconda ipotesi di D.6.2.9.4.

E, tuttavia, la circostanza che Tizio venda prima come *non dominus* e poi come *dominus*, introduce una variante che costringe a considerare il caso come se i venditori fossero soggetti diversi, autori di distinti atti di trasferimento della cui efficacia traslativa si discute, appunto, nel testo.

Per altro, se esaminiamo il caso nel dettaglio, quel che balza subito all’attenzione dell’interprete è che in esso si contempla pure l’ipotesi in cui nessuno dei due compratori ha il possesso della cosa. Questa, infatti, si trova presso Tizio (il venditore):

D.21.3.2 (Pomp. 2 *ex Plaut.*): *Si a Titio...: Iulianus ait aequius esse priorem te tueri... et si ipse Titius eum possideret, Publiciana peteres.*

D.6.1.72 (Ulp. 16 *ad ed.*): *Si a Titio ... sed et si ipse possideret et tu peteres, adversus exceptionem dominii replicatione uteris.*

D.44.4.4.32 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Si a Titio ... Iulianus ait ... et, si ipse eum possideret et Publiciana peteres...*

⁶¹ Vd. *supra*, in questo stesso paragrafo.

⁶² Questi, infatti, ha un’*exceptio in factum comparata* o *doli mali* contro la *reivindicatio* del fondo esperita nei suoi confronti da Tizio (divenuto ormai proprietario) ed inoltre l’*actio Publiciana* per il recupero del fondo eventualmente da questi posseduto, nonché una *replicatio* con cui paralizzare l’*exceptio* “*si non suus esset*” che fosse opposta da Tizio all’*actio Publiciana*. Sulla genuinità dell’*exceptio in factum* sono state avanzate, in passato, talune perplessità. Secondo alcuni essa starebbe in luogo dell’originale *exceptio rei venditae et traditae* (così B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, Palermo, 1920, p. 47 e ss.; G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Paris, 1924, p. 81; PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang beim Kauf*, cit., p. 418; F. WIEACKER, *Lex commissoria*, Berlin, 1932, p. 55); secondo altri, invece, si tratterebbe di un glossema postclassico (così KOSCHAKER, *Fr. 4.32 D.44.4 Contributo*, cit., p. 3 e ss.). La dottrina dominante tende comunque a salvarne la genuinità. In tal senso vd.: C. LONGO, *L’origine della successione particolare nelle fonti di diritto romano*, in *BIDR.*, 14 (1901), p. 254; DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, cit., p. 252; C. FERRINI, *Sulla “exceptio rei venditae ac traditae”*, in *Opere*, III, Milano, 1929, p. 282 e ss.; GALLO, *Un capitolo di storia della pubblicità*, cit., p. 123; TONDO, *Convalida del pegno*, cit., p. 96 nt. 8; APATHY, *Die actio Publiciana*, cit., p. 176 e ss.; DI LELLA, *Formulae Ficticiae*, cit., p. 108; MACCORMACK, *Dolus in decisions of the mid-classical jurist (Julian-Marcellus)*, cit., p. 108; BURDESE, *Editto publiciano e funzioni della compravendita romana*, cit., p. 124 e ss.; CANNATA, *Corso di istituzioni*, I, cit., p. 546 nt. 269.

⁶³ Per Giuliano e Ulpiano, evidentemente, non rileva la condizione di *dominus ex iure Quiritium* del venditore nella seconda vendita ai fini dell’applicazione del criterio della prevalenza del compratore che ha per primo ricevuto la *traditio*.

Ebbene, anche con riferimento a questa ipotesi, che si caratterizza per l'attuale assenza di possesso da parte di entrambi i compratori, Giuliano (come del resto Nerazio in quello a lui sottoposto), non esita ad applicare il criterio della priorità nella *traditio*.

Insomma, l'applicazione dell'uno o dell'altro criterio si lega strettamente alle specifiche circostanze del caso.

In tal senso, per altro, si consideri che una questione simile a quella che qui stiamo considerando si era posta anche in materia di garanzie reali⁶⁴:

D. 20.4.14 (Paul. 14 *ad Plaut.*): *Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit*⁶⁵.

Per Paolo, se un non proprietario, in tempi diversi, ha dato in pegno la stessa cosa a due persone, è da preferirsi il primo (creditore), sebbene – prosegue il giurista – se riceviamo una cosa in pegno da diversi non proprietari, sia migliore la posizione del possessore.

Come appare evidente, i due criteri utilizzati (prevalenza del creditore cui la cosa è stata data in pegno per primo/prevalenza del creditore che risulta possessore) sono proprio quelli che figurano anche in D.6.2.9.4 (prevalenza di colui che per primo ha ricevuto la *traditio* della cosa/prevalenza del possessore)⁶⁶. Ed anche in questo caso i due aventi causa ottengono la cosa, nel primo caso, dallo stesso non proprietario; nel secondo, da diversi non proprietari (*si a diversis non dominis...*)⁶⁷.

Questo però non vuol dire che per il conflitto tra i due creditori pignorati si applichino sempre gli stessi criteri⁶⁸.

Così, non è che se il debitore costituisce il pegno sulla stessa cosa a favore di due diversi creditori si applica sempre lo stesso criterio della priorità del primo (creditore) come abbiamo letto nella testimonianza precedente.

Se diverse erano le condizioni di fatto, diverso sarebbe stato il criterio utilizzato.

Si consideri al riguardo:

D. 20.1.10 (Ulp. 73 *ad ed.*): *Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut utrique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus extraneos serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse condicionem...*⁶⁹

⁶⁴ CARUSI, *L'azione publiciana*, cit., p. 190 nt. 58; cfr. GARCÍA GARRIDO, *Similitudines e interpretación jurisprudencial*, cit., p. 281.

⁶⁵ Sul testo, tra gli altri, TONDO, *Convalida del pegno*, cit., p. 141 e ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, II, Padova, 1963, p. 247 e ss.; A. WACKE, *Prozessformel und Beweislast im Pfandrechtsprätendentenstreit*, in TR., 37 (1969), p. 384 e s.

⁶⁶ Come osserva il TONDO, *Convalida del pegno*, cit., p. 142: "Applicazione di criteri perfettamente uguali, in rapporto a situazioni corrispondenti". Cfr. anche p. 146.

⁶⁷ Con riguardo a questo secondo caso, in particolare, scrive il FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, II, cit., p. 248, che "la norma «*possessor melior est*» discende dalla impossibilità di stabilire una qualunque relazione di diritto che condizioni una priorità della posizione dell'uno dei creditori di fronte agli altri".

⁶⁸ FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, II, cit., p. 247 e ss.

⁶⁹ FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, II, cit., p. 249; WACKE, *Prozessformel und Beweislast im Pfandrechtsprätendentenstreit*, cit., p. 396; G. HANARD, *Interdit salvien et action servienne. La genèse de l'hypothèque romain*, in RIDA., 41 (1994), 274; M. DE SIMONE, *Litis aestimatio e actio pignoratitia in rem. A proposito di D.*

Ulpiano afferma che se un debitore ha costituito in pegno simultaneamente (*simul*) a due, in modo che fossero obbligate per l'intero nei confronti di entrambi, ciascuno potrà avvalersi per l'intero dell'azione Serviana contro i terzi; se poi nasca controversia tra loro, è migliore la condizione di chi possiede...

Anche qui (come in D. 20.4.14) un debitore – *dominus*, questa volta, ma la circostanza ai nostri fini non assume un rilievo specifico come dimostra anche D.44.4.32 – ha costituito in pegno la stessa cosa a due diversi creditori; tuttavia, nel caso fra di loro vi sia conflitto, questa volta non sarà migliore la condizione di chi ha avuto per primo la cosa (in pegno) ma lo sarà la condizione di chi la possiede.

Qui, la diversa soluzione dipende esclusivamente dal fatto che il debitore ha costituito il pegno non in tempi diversi (come nel frammento di Paolo), ma simultaneamente, circostanza questa che impedisce di individuare una priorità dell'un creditore rispetto all'altro; non resta, dunque, che ricorrere al criterio secondo cui "*possidentis meliorem esse condicionem*".

C'è da dire che il frammento appena menzionato riproduce "quasi alla lettera"⁷⁰ un testo proprio di Giuliano:

D. 43.33.1.1 (Iul. 49 *dig.*): *Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligatae essent, singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur: inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis condicio melior erit*⁷¹,

nel quale il giurista sostiene che se un colono ha portato delle cose a titolo di pegno nel fondo appartenente a due, *ita ut utrique in solidum obligatae essent*, i creditori potranno *recte* esperire l'*interdictum Salvianum adversus extraneum*; *inter ipsos*, invece, sarà migliore la condizione del possessore.

Evidentemente, anche in questo caso sarebbe stato impossibile utilizzare ai fini della tutela interdittale il criterio della priorità nella consegna della cosa vista la costituzione simultanea del pegno a favore dei due creditori.

Insomma, anche qui, come nel caso di doppia vendita *a diversis non dominis* preso in considerazione, la soluzione dipende esclusivamente dalle circostanze presenti nei fatti presi in considerazione dai giuristi.

20.1.21.3, in *AUPA*, 51(2006), p. 26 e 27; F. DE LULLIS, *Studi sul pignus conventum. Le origini. L'interdictum Salvianum*, Torino, 2017, p. 216.

⁷⁰ DE SIMONE, *Litis aestimatio e actio pigneraticia in rem*, cit., p. 26 e 27;

⁷¹ Sul brano, tra gli altri, HANARD, *Interdit salvien et action servienne*, cit., p. 270 e ss.; e da ultimo rinvio a DE LULLIS, *Studi sul pignus conventum*, cit., p. 215 (ed ivi ulteriore bibliografia).

Cultura giuridica e diritto vivente

Direttivo

Direzione scientifica

Direttore: Giuseppe Giliberti

Co-direttori: Luigi Mari, Lucio Monaco, Paolo Morozzo Della Rocca.

Direttore responsabile

Valerio Varesi

Consiglio scientifico

Luigi Alfieri, Jean Andreau, Franco Angeloni, Antonio Blanc Altemir, Alessandro Bondi, Licia Califano, Maria Aránzazu Calzada Gonzáles, Piera Campanella, Antonio Cantaro, Francesco Paolo Casavola, Alberto Clini, Maria Grazia Coppetta, Lucio De Giovanni, Laura Di Bona, Alberto Fabbri, Carla Faralli, Fatima Farina, Vincenzo Ferrari, Paolo Ferretti, Andrea Giussani, Matteo Gnes, Peter Gröschler, Guido Guidi, Giovanni Luchetti, Guido Maggioni, Valerio Marotta, Realino Marra, Paolo Pascucci, Susi Pelotti, Aldo Petrucci, Paolo Polidori, Elisabetta Righini, Orlando Roselli, Eduardo Roza Acuña, Gianni Santucci, Patrick Vlacic, Umberto Vincenti.

Coordinamento editoriale

Marina Frunzio, M. Paola Mittica.

redazioneculturagiuridica@uniurb.it

Redazione

Luciano Angelini, Chiara Lazzari, Massimo Rubechi.

Collaborano con *Cultura giuridica e diritto vivente*

Giovanni Adezati, Athanasia Andriopoulou, Cecilia Ascani, Chiara Battaglini, Alice Biagiotti, Chiara Bigotti, Roberta Bonini, Darjn Costa, Marica De Angelis, Giacomo De Cristofaro, Elisa De Mattia, Luca Di Majo, Francesca Ferroni, Valentina Fiorillo, Chiara Gabrielli, Federico Losurdo, Matteo Marchini, Marilisa Mazza, Maria Morello, Massimiliano Orazi, Natalia Paci, Valeria Pierfelici, Iliaria Pretelli, Edoardo A. Rossi, Francesca Stradini, Desirée Teobaldelli, Matteo Timiani, Giulio Vanacore, Giordano Fabbri Varliero.

Cultura giuridica e diritto vivente è espressione del Dipartimento di Giurisprudenza (DiGiur) dell'Università di Urbino. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2384-8901**



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con Licenza [Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).
