

MARINA FRUNZIO *

Il leneliano titolo de furtis dei libri ad Plautium di Paolo

ABSTRACT

- ✓ Nell'articolo sono esaminati i passi che a giudizio del Lenel compongono il libro 7 *Ad Plautium* di Paolo, dedicato al furto (D. 19.1.36; D. 41.1.48 pr.-2; D. 47.2.67. pr.-5; D. 9.4.31). L'analisi si rivela interessante non solo per la ricostruzione del pensiero del Lenel, ma anche per un primo tentativo di comprensione di un'opera, i libri di commento paolino a Plauzio, ancora per molti aspetti oscura. Nella prospettiva, da un lato, di illustrare più compiutamente la figura di un grande giurista severiano; dall'altro, di tentare una ricostruzione dell'opera e del pensiero di un più oscuro giurista di età precedente qual è Plauzio, nei suoi rapporti con Paolo e con gli altri giuristi che sembrano interpreti di un singolarmente interessante ed articolato percorso di saperi.
- ✓ The article examines the texts that, according to Lenel, compose the Book 7 of Paul's *Ad Plautium*, on the subject of theft (D. 19.1.36, D. 41.1.48 pr.-2, D. 47.2.67 pr.- 5; D 9.4.31). The analysis aims both to rebuild Lenel's thinking, and to understand the Paul's Books *Ad Plautium*, that still presents many obscure aspects. Therefore it has been analyzed, on one hand, the figure of a great Severian jurist; on the other hand, the work and thought of Plauzio, in his relations with Paul and the other jurists who are exponents of an interesting path of knowledge.

* Ricercatore per il ssd IUS/18 Diritto romano e Diritti dell'antichità. È docente di Diritto penale romano e Lavoro e lavoratori in diritto romano nell'Università di Urbino.

MARINA FRUNZIO

IL LENELIANO TITOLO DE FURTIS DEI LIBRI
AD PLAUTIUM DI PAOLO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Analisi e commento di D. 19.1.36 (Paul. l. 7 *ad Plautium*), (Lenel: 1139): la congruità del testo rispetto al tema della furtività. – 3. Analisi e commento di D. 41.1.48 pr.-2 (Paul. l. 7 *ad Plautium*), (Lenel 1140): *bona fides* e acquisto dei frutti. – 4. Analisi e commento di D. 47.2.67 pr.-5 (Paul. l. 7 *ad Plautium*), (Lenel 1141): un'ampia casistica a proposito del *furtum facere*. – 5. Analisi e commento di D. 9.4.31 (Paul. l. 7 *ad Plautium*), (Lenel 1142): *cum familia furtum faciat*. – 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Secondo la restituzione leneliana¹ il libro 7 *Ad Plautium* comprende quattro frammenti collocati dallo studioso sotto la rubrica *De furtis*. Di que-

¹ Palingenesia iuris civilis. Iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani digestis continentur ceteraque iuris prudentiae civilis fragmenta minora secundum auctores et libros dispositi I, col. 1158-1159, fram. 1139-1142, Lipsiae 1889.

Il titolo *de furtis* nella sequenza dei titoli proposta dal Lenel per i commentari paolini *ad Plautium* si collocherebbe nel terzo libro, dopo il titolo *de tutelis* e prima del *de iure patronatus*. Può essere opportuno riportare preliminarmente uno stralcio della scheda che nel progetto SIR (ERC 2014, *Scriptores Iuris Romani, Host Institution: Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Roma 'La Sapienza'*: in www.scriptores-iuris-romani.eu) illustra lo stato attuale dell'opera paolina *ad Plautium* secondo la ricostruzione del Lenel, e ne auspica una nuova lettura: «dopo aver recepito dalle *inscriptiones* l'ampiezza totale dell'opera paolina in 18 libri, lo stesso Lenel preferisce ricostruirne il tessuto creando una divisione interna per titoli (40) che non sempre corrispondono a quelli nei quali il singolo frammento è collocato nella compilazione giustiniana. L'opera che ne risulta si articola pertanto secondo la seguente scansione:

- liber I – *De in ius vocando* (1 passo) + *De vadimoniis* (2 passi) + *De cognitoribus et procuratoribus* (4 passi)
- liber II – *Si eum eo agatur qui incertum promiserit* (2 passi) + *De noxalibus actionibus* (1 passo) + *De hereditatis petitione* (1 passo) + *De rei vindicatione* (1 passo) + *De lege Aquilia* (3 passi)
- liber III – *De iudiciis divisoriiis* (4 passi) + *De adpromissoribus* (5 passi)

sti quattro solo uno appartiene al *De furtis* secondo i compilatori, mentre gli altri tre vengono posizionati sotto diversi titoli. Si tratta, seguendo l'ordine della Palingenesi, di:

D. 19.1.36 (Paul. l. 7 *ad Plautium*), (Lenel: 1139), collocato dai compilatori giustinianeici sotto il titolo *De actionibus empti venditi*

D. 41.1.48 *pr.*-2 (Paul. l. 7 *ad Plautium*), (Lenel: 1140), collocato dai compilatori giustinianeici sotto il titolo *De acquirendo rerum dominio*

D. 47.2.67 *pr.*-5 (Paul. l. 7 *ad Plautium*), (Lenel: 1141), collocato dai compilatori giustinianeici sotto il titolo *De furtis*

D. 9.4.31 (Paul. l. 7 *ad Plautium*), (Lenel: 1142), collocato dai compilatori giustinianeici sotto il titolo *De noxalibus actionibus*.

Interessante si dimostra l'analisi dei testi sotto diverse angolazioni. Intanto, la valutazione circa la loro possibile coerenza interna e rispetto alla materia della furtività. Secondariamente, non parrà superfluo il tentativo di una prima ipotesi sui rapporti tra Plauzio e Paolo, sulla tipologia di 'materiali' sottostanti alle riflessioni espresse dal giurista severiano e sul genere letterario a cui provare, congetturalmente, ad ascrivere l'opera di Plauzio.

-
- liber IV – *De condictione* (4 passi) + *De pecunia constituta* (1 passo) + *De institoria actione* (1 passo) + *De peculio. Quod iussu* (5 passi/7?)
 - liber V – *Depositum* (4 passi) + *Fiduciae* (3 passi) + *Mandati* (3 passi) + *Empti venditi* (6 passi)
 - liber VI – *De re uxoria* (13 passi)
 - liber VII – *De tutelis* (4 passi) + *De furtis* (4 passi) + *De iure patronatus* (4 passi)
 - liber VIII – *De bonorum possessionibus* (4 passi) + *De testamentis aperiendis* (1 passo) + *De legatis* (9 passi/10?)
 - liber IX – *De legatis* (17 passi)
 - liber X – *De operis novi nuntiatione* (1 passo) + *De damno infecto* (2 passi)
 - liber XI – *De testamentis vel legatis* ? (2 passi)
 - liber XII – *De testamentis vel legatis* (6 passi)
 - liber XIII – *De interdictis* ? (4 passi)
 - liber XIV – *De exceptionibus* ? (4 passi) + *De stipulationibus et liberationibus* (6 passi) + *De hereditate vel actione vendita* (2 passi) + *De stipulationibus praetorius* (4 passi)
 - liber XV – *De servitutibus* (8 passi) + *De usucapione* (2 passi)
 - liber XVI – *De manumissionibus* (12 passi)
 - liber XVII – *De iure domum revocandi* (1 passo) + *De conductionibus* (10 passi)
 - liber XVIII – *De cognitionibus* ? (3 passi) + *Quae actiones heredi et in heredem dentur* (3 passi)».

2. Analisi e commento di D. 19.1.36 (Paul. l. 7 ad Plautium), (Lenel: 1139): la congruità del testo rispetto al tema della furtività

Partiamo allora nella nostra analisi da

D. 19.1.36 (Paul. 7 ad Plaut.): Venditor domus antequam eam tradat, damni infecti stipulationem interponere debet, quia, antequam vacuum possessionem tradat, custodiam et diligentiam praestare debet et pars est custodiae diligentiaeque hanc interponere stipulationem: et ideo si id neglexerit, tenetur emptori.

Il venditore di una *domus* che minaccia un crollo, prima di farne la consegna, è tenuto ad impegnarsi con una *cautio damni infecti*², perché, si dice, nell'ambito degli obblighi di '*custodiam et diligentiam praestare*' che gravano su di lui, fino alla *traditio* del possesso, rientra anche la suddetta cauzione. Ove si rifiuti, sarà tenuto nei confronti del compratore.

Siamo, cioè nell'ipotesi di una compravendita di un edificio pericolante, e il quesito che Paolo affronta consiste nel chiedersi, quando non sia ancora avvenuto il trasferimento del possesso, chi, tra venditore e compratore sia tenuto nei confronti del vicino che teme un danno dalla rovina dell'edificio. Per il giurista non v'è dubbio che gravi sul venditore tale responsabilità, la quale discenderebbe direttamente da un suo obbligo di '*custodiam et diligentiam praestare*', sussistente fino a quando egli trattiene il possesso materiale del bene.

Il testo parrebbe inserirsi nell'ambito di un'ampia riflessione di Paolo sulla importanza del momento del *possessionem tradere* nell'*emptio venditio*

² Sul tema del danno temuto, cfr., soprattutto, B. ALBANESE, *Gai. 4.31 e il "lege agere damni infecti"*, in *AUPA* 31, 1969, p. 5 ss.; G. MACCORMACK, *The cautio damni infecti: Buyer and Seller*, in *ZSS* 88, 1971, p. 300 ss.; T. GIARO, *Il limite della responsabilità "ex cautione damni infecti"*, in *BIDR* 78, 1975, p. 251 ss.; F. BETANCOURT, *Recursos supletorios de la "cautio damni infecti" en el Derecho Romano clásico*, in *AHDE* 45, 1975, p. 7 ss.; S. TAFARO, *Il giurista mediatore tra istanze sostanziali e schema processuale: l'actio ex cautione damni infecti*, in *Index* 5, 1974-1975, p. 66 ss.; G. FALCONE, *Sulle tracce del "lege agere damni infecti"*, in *AUPA* 43, 1995, p. 521 ss.; C. SALMEN-EVERINGOFF, *Zur cautio damni infecti: die Rückkehr eines römisch-rechtlichen Rechtstitutes in das moderne Zivilrecht*, Frankfurt am Main 2009, spec. p. 15 ss.; T. FINKENAUER, *Vereblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Tübingen 2010, spec. p. 270 ss.; R. SCEVOLA, *A proposito del dialogo tra sistemi normativi nell'esperienza giusprivatistica romana: alcune considerazioni sulla 'cautio damni infecti'*, in *Dialogo tra corti e principio di proporzionalità. Atti del I Convegno dei 'Colloquia' dei Ricercatori della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Padova, Padova, 13-14 gennaio 2013* (a cura di M. Bianchini e G. Gioia), Padova 2013, p. 361 ss.

ai fini di molteplici effetti. In questo senso, D. 19.1.36 deve essere letto, come ha proceduto la dottrina più recente³, accanto a D.19.4.1 pr. (Paul. 34 *ad ed.*) in cui appare, al di là del resto – distinzione tra *emptio* e permuta –, una riflessione tendente a centralizzare la posizione del venditore su una serie di obblighi che la differenzierebbero da quella dell'*emptor*:

Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx, at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes, emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque si evicta res non sit, nihil debet:...

Il giurista, partendo dalla differenziazione tra *vendere* ed *emere*, venditore e compratore, prezzo e merce, avvia la sua riflessione sul contenuto delle rispettive prestazioni delle parti, che non sarebbero evidenziabili all'interno della permuta, ma solo dell'*emptio venditio*. Per concludere che, mentre il compratore sarebbe soltanto tenuto ad un *nummos accipientis facere (debere)*, il venditore avrebbe tra i suoi obblighi, oltre a quello di trasferire la *vacua possessio*, anche quelli di '*purgari dolo malo*' e, come si ricava e *contrario*, di garantire dal *periculum evictionis*.

Ma, specificamente, l'obbligo di impegnarsi per il venditore a garantire dal pericolo di un danno è sostenuto diffusamente da Paolo in altri luoghi. Così, ad esempio, in

D. 39.2.18.8 (Paul. 48 *ad ed.*): Venditorem autem aedium prius, quam possessionem tradat, stipulari oportet, quia huius quoque rei culpam praestat.

Il venditore di un edificio, prima di trasferirne il possesso, sarebbe tenuto ad impegnarsi nei confronti dell'*emptor* con una *stipulatio*, essendo, sino a quel momento, responsabile per colpa.

Il richiamo ancora ad un vero e proprio obbligo di *diligentiam et custodiam praestare* appare chiaramente da

D. 39.2.18.9 (Paul. 48 *ad ed.*): Sed quid fiet, si venditor sine culpa stipulari non potuerit et ob hoc emptor stipulatus fuerit? Nonne damnum patitur? An

³ Si legga l'analisi accurata di S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano 2007, spec. p. 125 e nt. 12 con bibliografia e fonti.

hoc damnum in aliena re acciderit, revolvitur autem ad emptorem, quia actionem ex empto non habet? Sed nihil in hac causa proficit stipulatio, nisi in id, quod post traditionem accidit, quia, dum venditoris custodia est, is stipulari debet omnemque diligentiam emptori praestare: et quod alia actione quaeri potest, id in stipulatione damni infecti omnino non deducitur.

E analogamente, si dispone in

D. 39.2.38 pr. (Paul. 10 *ad Sab.*): Emptor aedium ante traditam sibi possessionem ideo inutiliter stipulatur, quia venditor omnem diligentiam ei praestare debet, tunc certe utiliter stipulatur, cum omnis culpa a venditore aberit, veluti si precario emptori in his aedibus esse permisit custodiamque ei afuturus tradidit.

L'eventuale stipulazione dell'*emptor aedium ante traditionem* sarebbe contratta *inutiliter* in quanto in capo al venditore grava, ancora qui, *omnem diligentiam* e la sua garanzia è dunque *utiliter* effettuata. Poi il passo equipara la situazione di assenza di colpa in capo al venditore a quella generata dall'aver consentito in precario all'*emptor* di immettersi in un immobile, per poi trasferirgliene la custodia. Il gioco dei due avverbi, *utiliter/inutiliter* segna le rispettive posizioni ed obblighi delle parti, venditore e compratore, il cui momento di verifica cadrebbe sempre nell'avvenuto o non avvenuto trasferimento del bene.

Nei passi la dottrina specie più recente non ha esitato ad intravedere da un lato, un aggravamento, da parte di Paolo della posizione del venditore, dall'altro un ampliamento del concetto di *custodia* che tenderebbe a divenire uno strumento tecnico vero e proprio⁴.

Preliminarmente, tuttavia, va subito detto che tanto D. 19.1.36 da cui siamo partiti, che D. 39.2.19.9 e D. 39.2.38 pr. non sono immuni da sospetti di interpolazioni. In particolare, la dottrina ha ritenuto insitico ogni rife-

⁴ M. SERRANO VICENTE, *Custodiam praestare. La prestación de custodia en el derecho romano*, Madrid 2006, p. 305 ss. che riconosce un ampliamento della custodia ai beni immobili, sostenendo, p. 307, che in «toda la época clásica, la custodia se entiende como una actividad – técnica – y no como un criterio de responsabilidad».

I passi, va rilevato, sembrano nel loro insieme autorizzare la conclusione che il *possessionem tradere* non fosse, nella visione paolina, almeno, esaustivo di tutti gli obblighi del venditore: al contrario, la lettura di D. 19.1.4.1 pr. sembrerebbe riferirsi ad una serie di comportamenti i quali sarebbero necessari e sufficienti a descrivere la posizione contrattuale del venditore (*sufficit*), *tradere possessionem*, *obligare se ob evictionem*, *purgari dolo malo*. Sul punto, S.A. CRISTALDI, *op. cit.*, p. 124 ss.

rimento alla *diligentia* nei su citati frammenti, soprattutto per la presenza dell'endiadi custodia-diligenza che rifletterebbe una chiara aggiunta compilatoria. F. Haymann⁵, certo uno dei più severi cacciatori di interpolazioni, giudica postclassico l'intero D. 19.1.36, mentre, meno radicalmente, G. Von Beseler⁶, ricostruisce così: [*stipulationem interponere debet*] <*utiliter stipulatur*>, espungendo *et diligentiam*, seguito dall'Arangio Ruiz⁷ e dal Kunkel⁸.

Da parte nostra, non disconoscendo un indubbio fondamento alla base delle proposte revisioniste citate, ci sembra tuttavia inaccoglibile la soluzione di Haymann di eliminare l'intero contenuto di D. 19.1.36. Troppi i riferimenti ad un dovere per il venditore, secondo il pensiero di Paolo, di impegnarsi alla *cautio* prima del trasferimento del possesso del bene per poter seriamente pensare di sbarazzarsi di ogni riferimento testuale ad esso⁹. In

⁵ F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationrecht I. Über Haftung für custodia*, in ZSS 40, 1919, p. 3295 ss.

⁶ G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS 47, 1927.

⁷ V. ARANGIO RUIZ, *La Responsabilità contrattuale nel Diritto Romano*, rist II ed. 1935, Napoli 1957 (1987), p. 199.

⁸ W. KUNKEL, *Diligentia*, in ZSS 45, 1925, p. 279 ss.

⁹ Si occupano specificamente della responsabilità e delle posizioni contrattuali: G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale I. La responsabilità per custodia*, Milano 1938; J. ROSENTHAL, *Custodia und Aktivlegitimation zur Actio furti*, in ZSS 68, 1951, p. 217 ss.; E. BETTI, "Periculum". *Problema del rischio contrattuale in Diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, Milano 1956, p. 142 s., ove l'Autore ritiene il contenuto del *custodiam praestare* oggetto di *pactum*; ID., *Imputabilità dell'inadempimento contrattuale dell'obbligazione in diritto romano*, Roma 1958; G.I. LUZZATTO, *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, in BIDR 63, 1960, p. 47 ss.; A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel Diritto Romano*, Milano 1966; F. PASTORI, *Comodato. Contratto. Responsabilità*, Milano 1986; P. VOCI, *Diligentia, custodia, culpa: i dati fondamentali*, in SDHI 56, 1990, p. 29 ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari 1994; R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C-II sec. d.C.)*, Milano 1995; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano (Materiali per un corso di diritto romano)*, Catania 1996; C. BRANCATI, *Il carattere temporaneo della misio in possessionem*, in *Studi Urbinati* 68, 2000/01, p. 165 ss.; M.R. CIMMA, *La responsabilità nel diritto privato romano*, in *Diritto@Storia* 1, 2002; C.A. CANNATA, *Scritti scelti di diritto romano II* (a cura di L. Vacca), Torino 2012.

La *Pro Quinctio* di Cicerone offre numerosi spunti di riflessione sul ricorso allo strumento pretorio della *cautio damni infecti*, dato di un certo rilievo se solo si pensi che si tratta molto probabilmente della prima orazione dell'Arpinate, datata comunemente nell'81 a.C.. Al riguardo, uno squarcio del paragrafo XXVII ne riporta un interessante spaccato attraverso un continuo richiamo all'editto pretorio: *Omnia sunt, C. Aquili, eius modi quivis ut perspicere possit in hac causa improbitatem et gratiam cum inopia et veritate contendere. Praetor te quem ad modum possidere iussit? Opinor, ex edicto. Sponsio quae in verba facta est? SI EX EDICTO PRAETORIS BONA P. QVINCTI POSSESSA NON SVNT. Redeamus ad*

ogni caso, pur convenendo sulla natura compilatoria del termine *diligentia*, resta dal nostro punto di vista inalterata la sostanza del passo in questione e dei testi che ne confermano la paternità paolina.

Invero, non è difficile cogliere nel riferimento alla *custodia* anche una verisimile applicazione del criterio dell'*utilitas contrahendi*¹⁰, interpretazione che secondo noi sarebbe avallata dalla contrapposizione, che riteniamo senz'altro genuina, tra la *stipulatio* dell'*emptor* e quella del *venditor* (*ante traditam possessionem*), per cui la prima sarebbe realizzata *inutiliter*, la seconda *certe utiliter*.

Se la collocazione di D. 19.1.36 non desta dunque particolare preoccupazione all'interno del pensiero paolino in tema degli obblighi del venditore, tuttavia con ciò non si è ancora chiarita, invece, la sua collocazione nel titolo *De furtis*, come abbiamo rilevato in apertura.

In realtà è proprio il Lenel che ci lascia un importante indizio per la comprensione del suo pensiero. Lo Studioso richiama infatti a confronto di D. 19.1.36 un passo di Ulpiano, tratto dal libro 29 *ad Sabinum*, rubricato dallo stesso Studioso nei libri di commento ulpiane a Sabino e dedicato al furto. Si tratta di

D. 47.2.14 pr. (Ulp. 29 *ad Sab.*)¹¹: Eum qui emit, si non tradita est ei res, furti

*edictum. Id quidem quem ad modum iubet possidere? Numquid est causae, C. Aquili, quin, si longe aliter possedit quam praetor edixit, iste ex edicto non possederit, ego sponsione vicerim? Nihil, opinor. Cognoscamus edictum. QVI EX EDICTO MEO IN POSSESSIONEM VENERINT. De te loquitur, Naevi, quem ad modum tu putas; ais enim te ex edicto venisse; tibi quid facias definit, te instituit, tibi praecepta dat. EOS ITA VIDETVR IN POSSESSIONE ESSE OPORTERE. Quo modo? QVOD IBIDEM RECTE CVSTODIRE POTERVNT, ID IBIDEM CVSTODIANT; QVOD NON POTERVNT, ID AVFERRE ET ABDVCERE LICEBIT. Quid tum? DOMINVM, inquit, INVITVM DETRVDERE NON PLACET. Sull'orazione, K. KUMANIECKI, L'orazione pro Quintio di Marco Tullio Cicerone, in AA. VV., in *Studi classici in onore di Quintino Cataudella*, Catania 1972, Vol. III, p. 129 ss.; J.M. MAY, *Trials of Character. The Eloquence of Ciceronian Ethos*, Chapel Hill-London, 1988; E. NARDUCCI, *Cicerone. La parola e la politica*, Roma-Bari 2009.*

¹⁰ Su cui, M. NAVARRA, "Utilitas contrahentium" e *sinallagma*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni in diritto romano*. II (a cura di L. Garofalo), Padova 2007, p. 225 ss., ma si veda, pure, EAD., *Ricerche sull'utilitas nel pensiero dei giuristi romani*, Torino 2002.

¹¹ A sua volta collocato al fr. 2734, col. 1125, *De custodia a venditore praestanda*. Sul testo, cfr. D. LIEBS, *Römische Jurisprudenz in Afrika mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*, Berlin 1993, p. 103 nt. 254; L. MANNA, *Spunti per un'indagine dei criteri della responsabilità contrattuale in diritto postclassico*, in *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 11-12 maggio 1995, Milano 1998, p. 493 ss.; M. PENNITZ, *Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum "actionenrechtlichen Denken" im römischen*

actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem Celsus scripsit. Mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conditionem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit: quae sententia vera est, et ita Iulianus. Et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet.

Nel passo si afferma una regola, confermata da Celso, per cui la legittimazione all'azione di furto spetta a chi risponde di *custodia*. Regola che in ogni caso, doveva certo ammettere eccezioni, considerata l'ampiezza dei casi in cui si concedeva l'*actio furti* anche al di fuori dei limiti della responsabilità contrattuale (così, il caso del comodatario)¹². Il ragionamento di Lenel si fonderebbe, allora, proprio su questo, nel collocare D. 19.1.36 all'interno di una tradizione in cui centrale è la posizione giuliana nel legame tra l'*actio furti* e la *custodia*. Cosa che sarebbe testimoniata da un altro passo, sempre tratto dal l. 29 del commento ulpiano a Sabino, che riportiamo per completezza e chiarezza del discorso.

D. 47.2.14.10 (Ulp. 29 *ad Sab.*): An pater, cuius filio commodata res est, furti actionem habeat, quaeritur; et Iulianus ait patrem hoc nomine agere non posse, quia custodiam praestare non debeat, sicuti, inquit, is qui pro eo, cui commodata res erat, fideiusserit, non habet furti actionem. Neque enim inquit is, cuiuscumque interierit, rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam

Privatrecht, Wien Köln Weimar 2000, p. 115 nt. 40; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, München 2006, p. 213 nt. 1018. Si può oltretutto vedere l'imponente disamina tracciata da J.H. DALHUISEN, *Dalbuisen on Transnational comparative, commercial, financial and trade Law II. Contract and Movable Property*⁶, London 2016. Rileva lo Studioso inglese che se «the Roman Law of goods and the passing of the risk in them had been fairly simple», tuttavia ciò non può dirsi «if the sale was conditional or suspended, if there remained a choice between various performance, duties, or if the buyer had to approve the goods». In tutti questi casi, in cui rientrerebbe anche D. 47.2.14.pr. «the risk could not pass, therefore notably not before the final price was determined (*pretium certum*), which was seen as a substantive protection for the buyer and assumed at the same time a sufficient individualization upon counting, weighing or measuring». Non del tutto convincente ci sembra la lettura di M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi sviluppi vicende*, Napoli 2008, p. 262, secondo il quale l'ultima frase del passo in esame non sarebbe di derivazione giuliana perché l' «*et ita et Iulianus*» sarebbe «correlabile alla parte di discorso precedente a quella contenente il riferimento alla *custodia* («*et sane periculum rei ad emptorem pertinet, dummodo custodiam venditor ante traditionem praestet*»)). L'aggancio formale non impedisce infatti di credere che la regola enunciata nella conclusione del passo possa comunque essere stata sostenuta anche da Giuliano.

¹² Sul punto, M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce cit.*

rem tenetur, quod ea res culpa eius perierit. Quam sententiam Celsus quoque libro duodecimo digestorum probat¹³.

Vero è che in D. 19.1.36 si fa questione di immobili. E come abbiamo chiarito, dobbiamo immaginare una tendenza di Paolo ad estendere gli obblighi del *venditor aedium*, ammettendone evidentemente anche la responsabilità per *custodia* e correlata estensione della furtività¹⁴.

Ma tale conclusione non è immune da problemi. Già Mario Talamanca¹⁵ aveva rilevato con preoccupazione come, immaginando in epoca severiana un obbligo di *custodia* in capo al *venditor* dell'immobile, si sarebbe stati costretti ad ammettere per costui anche l'assunzione della responsabilità per furto. Con la conseguenza, piuttosto gravosa, di riconoscere l'ammissibilità

¹³ Su cui, *ex multis*, da ultimo, A. VALIÑO, *El hurto de la cosa dada en comodato al filius in potestate: a propósito de D. 47.2.14.10 (Ulp. 29 ad Sab.)*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano 2004, p. 391 ss., con rassegna bibliografica.

¹⁴ Che ci fosse un legame saldissimo tra responsabilità per custodia e responsabilità per furto è un dato fuori discussione. Basterebbe leggere, a conferma, i noti paragrafi gaiani, 3.203-207: *Furti autem actio ei competit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si eius intersit rem non perire. Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse; adeo quidem, ut quamvis ipse dominus, id est ipse debitor, eam rem subripuerit, nibilo minus creditori competat actio furti. Idem si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestandae sufficiat; nam si solvendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse. Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodavimus: nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare. Sed is, apud quem res deposita est custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit. qua de causa si res ei subrepta fuerit, quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id eius interest rem salvam esse, furti itaque agere non potest, sed ea actio domino competit.*

Rileva il Cannata, *op. cit.*, come la custodia, quale attività dovuta dal debitore per evitare la perdita o il danneggiamento del debitore verrebbe a configurarsi talora come responsabilità senza colpa, talaltra come *diligentia in custodiendo*. Nella prima accezione il debitore risponderebbe pure per il furto della cosa. Dunque, la costruzione classica tenderebbe a distinguere nettamente i problemi legati alla custodia da quelli connessi alla colpa. Per la *diligentia in custodiendo* si tratterebbe invece di un criterio elaborato in età epiclassica e dunque recepito dai compilatori giustiniani. Tuttavia, la costruzione della *custodia* come responsabilità senza colpa e quella della *custodia* come *diligentia in custodiendo* non corrisponderebbero a due regimi pratici diversi, trattandosi, al contrario, di due costruzioni dommatiche diverse dello stesso criterio della responsabilità.

¹⁵ M. TALAMANCA, *s.v. Vendita in generale (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.* 46, 1993, p. 448 nt. 1501.

del furto immobiliare all'epoca di Paolo, cosa, come è noto, che parrebbe doversi radicalmente escludere. Proprio per tale considerazione il Talamanca concludeva nel senso che originario sarebbe stato il termine *diligentia*, a cui, successivamente sarebbe stato aggiunto quello di *custodia*.

Tradizionalmente infatti si ritiene in dottrina che in origine il furto fosse limitato alla sola ipotesi di *subreptio* di *res mobiles*. Ancora fondamentale nella ricostruzione della storia del delitto di furto è l'opera di Bernardo Albanese, secondo il quale dalla ristretta concezione dell'epoca decemvirale si passò ad una nozione del *furtum* estremamente ampia, in seguito ad un poderoso processo di estensione da parte della giurisprudenza: «Contrariamente a quanto è stato talvolta, e anche autorevolmente affermato, noi riteniamo che nel sistema delle XII Tavole la nozione di *furtum* fosse assai più limitata di quanto è dato constatare con certezza per le epoche successive. In effetti a nostro parere le poche testimonianze rimasteci per la legislazione decemvirale si riferiscono indubbiamente ad una concezione di *furtum* corrispondente esclusivamente alla ristretta ipotesi della sottrazione dell'altrui *res mobile*»¹⁶.

L'analisi dello Studioso palermitano, a tutt'oggi largamente seguita in letteratura, non trascurava di riconoscere tuttavia la verisimiglianza di un tentativo, forse ascrivibile all'epoca repubblicana, di estendere il furto ai beni immobili¹⁷. Come noto, la relativa notizia viene comunemente ricavata da un famoso brano di Gellio, *Noct. Att.* 11.18.13-14:

¹⁶ B. ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in *AUPA* 23, 1953, p. 8 ss.

¹⁷ Cfr., M. KASER, *Das altrömischen Jus*, Göttingen 1949, p. 213 nt.1 e H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung des furtum und seine etymologischen Ableitungen*, in *ZSS* 67, 1950, p. 253. Sul furto in epoca arcaica, segnaliamo, in aggiunta, H.F. HITZIG, *Beiträge zur Lehre vom furtum*, in *ZSS* 23, 1902, p. 315 ss.; A. QUARITSCH, *Institutionen und Rechtsgeschichte. Kompendium des römischen Privatrechts und Zivilprozesses*, Berlin 1904, p. 233 ss.; M. WLISSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren. IV. Das Gesetz der Zwölftafeln über den fur manifestus*, in *ZSS* 25, 1904, p. 95 ss.; M. PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto*, in *BIDR* 12, 1908, p. 205 ss.; P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain I. Les sources*, Lyon-Paris, 1915; ID., *L'animus lucri faciendi dans la théorie romaine du vol*, in *NRH* 42, 1918, p. 73 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *La répression du vol flagrant et du non flagrant dans l'ancien droit romain*, in *Al Qanoun Wal Iqtisad* II, 1932, p. 109 ss. (= *Rariora*, Roma 1946, rist. Camerino 1970, p. 197 ss. e *Scritti di diritto romano* II, Napoli 1974, p. 371 ss.), *VIR* II, Berlin 1933, c. 975 ss.; F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Recht*, München 1934, p. 32 e p. 47; E. CARRELLI, *La repressione del furto flagrante nel diritto quiritario*, in *AUBA* 2, 1939, p. 107 ss.; F.H. JOLOWICZ, *Digest XLVII.2 De furtis*, Cambridge 1940; ID., *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge 1952, p. 170 ss.; D. PUGSLEY, *Furtum in the XII Tables*, in *The Irish Jurist* 4, 1969, p. 139 ss.; A. WATSON, *The Law of the ancient Romans*, Dallas 1970, p. 76 ss.; D. FLORIA HIDALGO, *La casuística del 'furtum' en la jurisprudencia ro-*

In quo (=De furtis) id quoque scriptum est, quod vulgo inopitatum est, non hominum tantum neque rerum moventium, quae auferre occulte atque subripui possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum; condemnatum quoque furti colonum, qui fundo quem conduxerat, vendito possessione eius dominum intervertisset. 14. Atque id etiam, quod magis inopinabile est, Sabinus dicit furem esset hominis iudicatum, qui cum fugitivus praeter oculos forte domini, obtentu togae, tamquam se amiciens, ne videretur a domino obstitisset.

L'antiquario e curioso archiviato di notizie, dopo aver suggerito al lettore di prendere visione del *De furtis* sabiniano (11.18.12)¹⁸, segnala come sorprendente stranezza che proprio lì si riporti una decisione secondo la quale sarebbe stato condannato per furto un colono che aveva venduto il fondo locato. La stranezza starebbe nel fatto che il furto riguarderebbe non una cosa mobile sottratta in modo clandestino, ma un bene immobile. Il che costituisce poi un importante indizio nel senso di individuare nella *subreptio* di *res mobiles* la primigenia e forse tipica ipotesi di furto, dalla quale la giurisprudenza sarebbe partita per enucleare via via nuove fattispecie.

È pacifico in dottrina ritenere che l'ammissibilità del furto del fondo non sia da interpretare come un'innovazione attribuibile a Sabino, limitandosi quest'ultimo solo a riportare la notizia che verisimilmente accoglieva¹⁹.

mana, Madrid 1991; A. WATSON, *Studies in Roman Private Law*, London-Rio Grande 1991, p. 309 ss.; M. BALZARINI, *Il furto manifesto tra pena pubblica e privata*, in *ACOP* 5, 1992, p. 49 ss.; L. PEPE, *Ricerche sul furto nelle XII Tavole e nel diritto attico*, Milano 2004; P. FERRETTI, *Complicità e furto nel diritto romano*, Milano 2005; I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit*, Milano 2006; M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce* cit., con ulteriori ragguagli bibliografici.

¹⁸ *Noct. Att.* 11.18.12: ...*Sed quod sit 'oblatum', quod 'conceptum' et pleraquae alia ad eam rem ex egregiis veterum moribus accepta neque inutilia cognitu neque iniucunda qui legere volet inveniet Sabini librum, cui titulus est 'De furtis'*. Non si può escludere che in realtà il libro citato da Gellio, *cui titulus est 'De furtis'* non fosse altro che una parte dei *libri tres* sabiniani specificamente rivolta al furto. Anche in questo caso, cioè escludendo l'esistenza di un'opera autonoma dedicata dal giurista al furto, ne risulterebbe tuttavia confermata l'ampia attenzione che nell'ambito del diritto civile egli aveva rivolto al tema: considerazioni, da ultimo, in M. FRUNZIO, *Res furtivae. Contributo allo studio della circolazione degli oggetti furtivi in diritto romano*, Torino 2017, cui ci permettiamo di rinviare.

¹⁹ È del tutto evidente, infatti, nei paragrafi gelliani il contrasto tra l'autorità di Sabino, invocato apertamente come fonte di conoscenza del diritto rispetto a indefiniti *veteres* che si sarebbero resi autori della ammissibilità del furto immobiliare. Sul punto, cfr. B. ALBANESE, *op. cit.*, p. 58 ss. Per una accorta lettura di *Noct. Att.* 11.18, si veda, ora, F. BATTAGLIA, *An Aulus Gellius 'commentary' on Masurius Sabinus (Noct. Att. 11.18)*, in *Tijds. voor Rechtsg.* 97, 2016, p. 565 ss. Su Gellio, v. nota 39 del presente lavoro.

D'altronde, è stato sostenuto che la posizione di Sabino al riguardo non fosse nella direzione di un generico e indifferenziato accoglimento del *furtum fundi*, ma che il giurista abbia ammesso il furto del fondo solo intendendo la *contractatio* in un certo modo: così, l'Astolfi²⁰ ha ritenuto di ricavare dalla lettura di alcuni passi che il pensiero del giurista fosse di concepire intanto il furto di una *res quae tolli non potest*. Di qui, l'ammissione anche del *furtum fundi*, in cui la *contractatio* sarebbe consistita in un *tangere*. La conclusione dello Studioso si basa essenzialmente sull'analisi di

D. 47.2.21 pr. (Ulp. 40 *ad Sab.*): Volgaris est quaestio, an is, qui ex acervo frumenti modium sustulit, totius rei furtum faciat an vero eius tantum quod abstulit. Ofilius totius acervi furem esse putat: nam et qui aurem alicuius tetigit, inquit Trebatius totum eum videri tetigisse: proinde et qui dolium aperuit et inde parvum vivi abstulit, non tantum eius quod abstulit, verum totius videtur fur esse. Sed verum est in tantum eos furti actione teneri, quantum abstulerunt. Nam et si quis armarium, quod tollere non poterat, aperuit et omnes res, quae in eo erant, contractaverit atque ita discesserit, deinde reversus unam ex his abstulerit et antequam se reciperet, quo destinauerat, deprehensus fuerit, eiusdem rei et manifestus et nec manifestus fur erit, rell.

Riferisce Ulpiano di una *vulgaris quaestio* consistente nel dubbio per cui se qualcuno avesse tolto un tomolo di frumento da un mucchio andasse considerato *fur* di tutto o solo di quello che asportò. Secondo il parere di Ofilio lo si dovrebbe ritenere ladro dell'intero mucchio. Per Trebazio quell'azione consistente nell'asportazione di una parte di un tutto implicherebbe il contatto con il mucchio alla stessa stregua di chi aprendo una botte e prelevando un pò di vino sarebbe da considerare ladro non solo di quanto tolse, ma del vino nella sua interezza. Ulpiano aggiunge un caso particolare, in cui taluno aveva asportato solo alcune cose da un ripostiglio che non riusciva a portare via. Poi, andatosene, ritornò successivamente e rubò ancora un oggetto, ma prima di riuscire a nascondersi, fu sorpreso. Allora per la medesima *res* egli sarà tenuto a risponderne sia di furto manifesto che di furto non manifesto.

Il passo attesta certamente di un'attenzione da parte di Trebazio e Ofilio per il tema del furto di beni immobili e lascia scorgere un orientamento rivolto ad ammettere il furto della cosa immobile almeno quando fosse rav-

²⁰ R. ASTOLFI, *Sabino e il 'furtum fundi'*, in *SDHI* 51, 1985, p. 402 ss.

visabile la *subreptio* di una *res* parte di un tutto. La provenienza poi dai libri di commento a Sabino lascerebbe intravedere una tradizione di pensiero che dall'età repubblicana, passando per Sabino, viene raccolta dal severiano Ulpiano.

Esso sarebbe da leggere insieme ad un brano che lo precede nello stesso frammento ulpiano,

D. 47.2.21.8 (Ulp. 40 *ad Sab.*):...Proinde si involucrum, quod tollere non potuit, solvit, ut contrectet, deinde contrectavit quasdam res: quamvis singulas res, quae in eo fuerunt, tollere potuerit, si tamen involucrum tollere non potuerit, singularum rerum, quas tulerit, fur est, ceterarum non est. quod si totum vas tollere potuit, dicimus eum totius esse furem, licet solverit, ut singulas vel quasdam tolleret: et ita Sabinus ait,

in cui si afferma che se taluno, nell'impossibilità di asportare l'intero *involucrum*, lo aprì e asportò solo alcune cose, sarà tenuto per il furto di quelle. Secondo Sabino sarebbe invece da considerare responsabile per il furto del tutto ove, potendo asportare l'intero *vas*, avesse tuttavia prelevato da esso solo alcuni oggetti.

Qui Sabino, espressamente richiamato, sembra allora sostenere che fosse ladro del tutto chi avesse sottratto solo alcuni oggetti, in quanto, prelevata una parte, si riteneva che idealmente l'asportazione avesse avuto ad oggetto il contenuto nella sua interezza. D'altronde, come ha cura di precisare l'Astolfi²¹, vi sono casi in cui si commette furto pure quando vi sia un mutamento nello stato d'animo e non oggettivo, dimostrandosi, così che la casistica in tema di furtività era fin da epoca relativamente antica, estremamente variegata.

Che fosse stata sostenuta la possibilità di un *furtum fundi locive* prima di Sabino lo ricaviamo, inoltre, da molte e tutte notissime testimonianze.

D. 41.3.38 (Gai. 2 *rerum cott. sive aureorum*): Quam rem ipse quidem non potest usucapere, quia intellegit alienum se possidere et ob id mala fide possidet. Sed si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit is usucapere, quia neque vi possessum neque furtivum possidet: abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri.

Il passo presenta numerosi spunti di riflessione e va considerato sostan-

²¹ R. ASTOLFI, *op. cit.*, p. 406.

zialmente genuino, anche per la sua corrispondenza a I. 2.6.7²². In esso Gaio distingue la posizione del possessore di mala fede che non potrà mai usucapire il bene da quella dei terzi aventi causa da lui. Infatti, ove un terzo acquisti il bene in buona fede potrà usucapirlo. Ma – questo è il ragionamento sotteso – se si tratta di cosa rubata o il cui impossessamento sia avvenuto in modo violento, il terzo, seppure in buona fede, non potrà usucapire. Le discipline di riferimento nelle due ipotesi, sottrazione di beni e impossessamento *vi*, discendono, come noto, rispettivamente dalla *lex Atinia de rebus subreptis* e dalla *lex Plautia de vi*²³. Al di fuori di questi due casi

²² I. 2.6.7: *Quod autem ad eas res, quae solo continentur, expeditius procedit: ut si quis locis vacantis possessionem propter absentiam aut neglegentiam domini, aut quia sine successore decesserit. Sine vi nanciscatur. Qui quamvis ipse mala fide possidet, quia intellegit se alienum fundum occupasse, tamen, si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res adquiri, quia neque furtivum neque possessum accepit. Abolita est enim quorundam, veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri, et eorum, qui res soli possident, principalibus constitutionibus prospicitur, ne cui longa et indubitata possessio auferri debeat.* Segnaliamo la presenza nel passo del verbo *nanciscor* (*sine vi nanciscatur*) che sovente indica con una discreta valenza tecnica l'effetto dell'acquisto del possesso: sul punto, la completa disamina di F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza del mondo antico*, Milano 2001, p. 328 nt. 63.

²³ La *lex Atinia* di cui abbiamo notizia soprattutto grazie a Gell., *Noct. Att. 17.7* (riportato alla nota seguente), D. 41.3.4.6 (Paul. 54 *ad ed.*) e D. 50.16.215 (Paul. *Ad leg. sing. Fuf. Canin.*) fu emanata prima della *lex Plautia* (149 a.C. è la data che abbiamo proposto in un precedente studio, *La "lex Atinia de rebus subreptis": un'ipotesi sulla datazione*, in *Labeo* 43, 1997, p. 259 ss. e che oggi ribadiamo in *Res furtivae cit.*, p. 67 ss., con ulteriori riflessioni) e probabilmente nel vietare l'usucapione delle *res mobiles* sottratte clandestinamente, introduceva il principio della *cd. reversio* in potestà, secondo cui le cose così rubate sarebbero state nuovamente usucapibili in seguito al loro recupero da parte del derubato. La giurisprudenza sottopose il dettato letterale della legge ad un'operazione interpretativa, per cui la *reversio* fu intesa, con talune eccezioni, come recupero da parte del *dominus*. La *lex Plautia de vi*, di data incerta, ma probabilmente della prima metà del I sec. a.C., dovette stabilire l'iusucapibilità delle *res vi possessae*, sia mobili che immobili e correlata *reversio* in potestà: M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova 1969, p. 181 e p. 188 nt. 18, con bibliografia, la collocava tra il 78 e il 63 a.C. Autori più recenti pensano ad un arco temporale compreso tra il 70 e il 63: cfr. L. LABRUNA, *Il console "sovversivo". Marco Emilio Lepido e la sua rivolta*², Napoli 1976, spec. p. 105 ss. (= *Genera ivris institutorvm morvm. Studii di storia costituzionale romana*, Napoli 1998, p. 216 ss. e *Marco Emilio Lepido e la sua rivolta*, a cura di C. Cascione, Napoli 2000, p. 128 ss.); ID., *Tutela del possesso fondiario e ideologia repressiva della violenza nella Roma repubblicana*², Napoli 1986, p. 7 (= *Alle radici dell'ideologia repressiva della violenza nella storia del diritto romano*, in *Admunicula*, Napoli 1991, p. 171 e *Diritto e storia. L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei*, a cura di A. Corbino con la collaborazione di F. Milazzo, Padova 1995, p. 332); ID., 'Iuri maxime...adversaria'. *La violenza tra repressione privata e persecuzione pubblica nei conflitti politici della tarda repubblica*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana*. Atti del convegno internazionale di diritto romano, Copanello 4-7 giugno

l'usucapione, conclude il giurista, sarebbe possibile – sempre ricorrendo la *bona fides* in capo all'accipiente. Trattandosi, in particolare, di cosa immobile il cui impossessamento non fosse avvenuto attraverso la violenza, nulla, a detta del giurista antoniniano, potrebbe impedire il sorgere del *ius usucapionis*, non avendo più ai suoi tempi vigore la *sententia dei veteres* secondo cui sarebbe stato possibile anche un *furtum fundi locive*.

I *veteres* cui si riferisce Gaio (ma anche Gellio) non sappiamo chi fossero. Trebazio, Ofilio che abbiamo visto interessarsi del furto anche di una cosa non asportabile. Ma non si può escludere che si tratti anche dei tre *fundatores* autori, come noto, della famosa discussione sugli effetti temporali della *lex Atinia*²⁴.

1990, a cura di F. Milazzo, Napoli 1992, p. 267 s. (= Genera, cit., p. 15 s.); R.A. BAUMAN, *Il 'soversivismo' di Emilio Lepido*, in *Labeo* 24, 1978, p. 69 ss.; A. CAVARZERE, *La 'lex Plautia de vi' nello specchio deformante della 'pro Caelio' di Cicerone*, in *Atti del III Seminario romanistico gardesano*, Milano 1988, p. 237; L. VACCA, *L'editto di Lucullo*, in *Illecito* cit., p. 221; M. BALZARINI, s. v. 'Violenza (dir. rom.)', in *Enc. Dir.* 46, 1993, p. 836 e nt. 56; C. RENDA, *La 'lex Plautia de vi': problemi e ipotesi di ricerca*, in *Index* 36, 2008, p. 492; G. D'ANGELO, *Occupazione clandestina e lex Plautia de vi*, in *AUPA* 55, 2012, p. 279 ss.. Per questi aspetti, ora, M.A. CALZADA, *Reversio in potestatem de las res furtivae et vi possessae*, in *SDHI* 78, 2012, p. 167 ss. e M. FRUNZIO, *Res furtivae* cit.

²⁴ Della disputa ci informa Gell., *Noct. Att.* 17.7, che riporta le parole della legge e si sofferma – attraverso la voce di Scevola, Bruto e Manilio – sulla portata esatta del verbo "erit" che vi si leggeva: *Legis veteris Atinae verba sunt: 'Quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto'. Quis aliud putet in hisce verbis quam de tempore tantum futuro legem loqui? Sed Q. Scaevola patrem suum et Brutum et Manilium, viros adprime doctos, quae sisse ait dubitasseque, utrumne in post facta furta lex valeret an etiam in ante facta: quoniam 'subruptum erit' utrumque tempus videretur ostendere, tam praeteritum quam futurum. Itaque P. Nigidius, civitatis Romanae doctissimus, super dubitatione hac eorum scripsit in tertio vicesimo grammaticorum commentariorum. Atque ipse quoque idem putat incertam esse temporis demonstrationem, sed anguste perquam et obscure disserit, ut signa rerum ponere videas ad subsidium magis memoriae suae quam ad legentium disciplinam. Videbatur tamen hoc dicere suum verbum et 'est' 'esse' et 'erit': quando per sese ponuntur, habent atque retinens tempus suum: cum vero praeterito iunguntur, vim temporis sui amittunt et in praeteritum contendunt. Cum enim dico 'in campo est' et 'in comitio est', tempus istans significo; item cum dico 'in campo erit', tempus futurum demonstro; at cum dico: 'factum est', 'scriptum est', 'subruptum est', quamquam 'est' verbum temporis est praesentis, confunditur tamen cum praeterito et praesens esse desinit. 'Sic igitur' inquit etiam istud, quod in lege est: si divides separeque duo verba haec 'subruptum' et 'erit', ut sic audias 'subruptum <erit>' tamquam 'certamen erit', aut 'sacrificium erit', tum videbitur lex in postfuturum loqui: si vero copulatae permixteque dictum intellegas, ut 'subruptum erit' non duo, sed unum verbum sit idque unitum patiendi declinatione sit, tum hoc verbo non minus praeteritum tempus ostenditur quam futurum'. Da leggere insieme a D. 41.3.24 pr.-1 (Pomp. 24 ad *Quintum Mucium*): *Ubi lex inhibet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest. 1. Interdum etiamsi non fuerit inchoata usucapio a defuncto, procedit heredi eius: veluti si vitium, quod obstat non ex persona, sed ex re, purgatum fuerit, ut puta**

Ancora Ulpiano e ancora commentando Sabino afferma,

D. 47.2.25 pr. (41 *ad Sab.*): Verum est, quod plerique probant, fundi furti agi non posse.

Alcuni dunque, ormai è chiaro, avevano ritenuto ammissibile il furto del fondo, ma la loro opinione non era prevalsa di fronte ad una maggioranza (*plerique*) di giuristi che ne avevano negato il fondamento.

Il Gaio delle *Institutiones* conferma l'esistenza di un'*improbata sententia* per la quale si reputava che *furtivum fundum fieri posse*, Gai. 2.51:

...et quamvis ipse qui vacantem possessionem nactus est intellegat alienum esse fundum, tamen nihil hoc bonae fidei possessori ad usucapionem nocet cum improbata sit eorum sententia, qui putaverint furtivum fundum fieri posse.

Non nascondiamo di pensare, ma il punto non può essere affrontato in questa sede, che il tentativo di estendere il furto agli immobili fosse determinato dalla necessità di apprestare una più significativa tutela a quei beni che certo mantenevano tutta la loro tradizionale importanza. Circostanza aggravata dal fatto che, verisimilmente, la legge Atinia aveva vietato l'usucapione

si fisci res esse desiderit aut furtiva aut vi possessa, esaminato anche oltre nel testo. La lettura delle due testimonianze sembra autorizzare l'esistenza di una tradizione risalente ai tre *fundatores*, autori della disputa sulla retroattività. Probabilmente, Quinto, figlio di Publio aveva riportato la notizia sulla discussione che però Gellio raccoglie da Nigidio Figulo, il quale ne aveva trattato nel libro 23 dei suoi Commentarii grammaticali. E Pomponio, a sua volta, riferisce di una distinzione, forse raccogliendola ancora da Quinto (o forse frutto della sua stessa interpretazione) tra un vizio *ex re* e un vizio *ex persona*: il primo sarebbe occorso, tra gli altri, nel caso del furto che come una macchia colpisce il bene e lo segue nella sua circolazione. Ma Pomponio si richiama ancora a Quinto, D. 50.16.123 (26 *ad Q. Muc.*) per l'interpretazione del verbo '*erit*' presente pure nella *lex Atinia*: *Verbum 'erit' etiam praeteritum nec solum futurum tempus demonstrat...*, cioè, il verbo '*erit*' talora indica anche il perfetto e non solo il tempo futuro, riannodando così alla tradizione muciana, e attraverso questi, ai tre *fundatores* l'interpretazione sulle parole della legge Atinia e rendendo vieppiù sostenibile l'ipotesi che Quinto, sulla scia del padre, avesse a sua volta commentato la legge. In ogni caso, nella formazione di Quinto non si esita a intravedere un'attenzione ed un gusto spiccato per l'interpretazione delle parole, cosa che, come attesta proprio la discussione sulla retroattività della nostra legge, dovette essere in comune col padre: cfr., ad esempio Varr., *De ling. lat.* 5.15.83 sull'etimologia di '*pontufex*', Cic., *Top.* 9.38, su l'*'aqua pluvia'* e ancora Cic., *Top.* 8.37 sulla natura composta del termine '*postliminium*'. La notizia di Gellio rappresenta anche un prezioso elemento per collocare con una certa serenità, la *lex Atinia* nel II sec. a.C. Sul punto, in merito al quale svolgeremo a breve ulteriori considerazioni, si legga quanto osserviamo in *Res furtivae* cit.

pione solo delle *res mobiles* sottratte in modo clandestino. Conclusione che ricaviamo oltretutto anche dalla disposizione sulla *reversio* in potestà in essa contenuta, la quale implicava, nella sua accezione originaria, che in seguito ad uno spostamento fisico del bene, conseguenza del furto, se ne determinasse il suo ritorno (*re-vertor*) nella posizione antecedente all'illecito²⁵.

Il tentativo potrebbe, inoltre, rispondere alla necessità di estendere a talune fattispecie di comportamento fraudolento, non ancora disciplinate con specifici mezzi giurisdizionali la legittimazione, attiva e passiva, all'*actio furti*²⁶. Conclusione che sembrerà più chiara nel corso del presente lavoro e in seguito all'analisi di una serie di testi che testimoniano inequivocabilmente come questa fosse la preoccupazione almeno della giurisprudenza alto-medio repubblicana.

Ne ricaviamo per gli immobili che fino all'emanazione della *lex Plautia de vi*, l'autore di un impossessamento fraudolento non avrebbe potuto usucapire il bene, ma il terzo in buona fede sì, come Gaio ha cura di spiegare. Inoltre, la *lex Plautia* aveva considerato solo l'ipotesi dell'impossessamento *vi*, lasciando comunque fuori il caso del furto immobiliare in senso stretto, che dobbiamo ritenere senza alcuna tutela efficace sino a tutta l'epoca giustiniana²⁷.

Ma quanto detto sinora, merita tuttavia ulteriori precisazioni. Infatti, a ben vedere, le fonti riferiscono di un'opinione maggioritaria che avrebbe prevalso e secondo cui il furto non sarebbe stato ammissibile per gli immobili, ma non escludono che in singoli casi alcuni giuristi abbiano potuto ragionare diversamente. Lo stesso Ulpiano in D. 47.2.21.pr., che abbiamo

²⁵ Il che non esclude una successiva operazione interpretativa estensiva, per cui, in seguito all'emanazione della *lex Atinia*, furono considerate furtive, nel senso dell'inusucapibilità, anche cose non sottratte in senso stretto. Lo dimostrerebbero tutti i passi della giurisprudenza classica che sembrano talora riferirsi genericamente alle *res furtivae*. Ma il punto non può essere affrontato in questa sede.

²⁶ Va da sé che lo sguardo che rivolgiamo alla materia della furtività e alla repressione del furto attiene del tutto alla fase per così dire, 'privatistica' del delitto, cioè al rapporto privato tra *fur* e *derubato*. Non ci occupiamo pertanto degli aspetti 'pubblicistici' e delle pene scaturenti dall'attività di controllo della comunità. Su questi aspetti, rinviamo a C. CASCIONE, *Tresviri capitales. Storia di una magistratura minore*, Napoli 1999.

²⁷ Considerazione questa che secondo il D'ANGELO (*Occupazione* cit., p. 290) implicherebbe che la regola della continuazione della *possessio animo retenta* fosse operante ancora all'epoca della *lex Plautia*: «In forza di detta regola, infatti, il possesso clandestino dell'occupante veniva sicuramente meno non solo – come è ovvio – se il titolare riusciva a cacciare quest'ultimo, ma anche se l'occupante, al contrario, respingeva il titolare mutando così in violento il suo possesso». Sul punto, la nostra ricerca, *Res furtivae* cit., spec. p. 56 ss.

poc' anzi letto, sembra, con le dovute cautele, collocarsi sulla medesima linea di pensiero di Trebazio ed Ofilio.

Ma non solo. Celso, come ci riferisce ancora Ulpiano, sembra muoversi nella stessa direzione²⁸.

D. 13.3.2 (Ulp. 18 *ad Sab.*): Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus, sed ita, si dominus sit qui deiectus condicat: ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait.

Si tratta sempre di casi specifici, ma sono emblematici di un modo di ragionare poco dogmatico e ritagliato in base a particolari e concrete considerazioni. È probabile infatti che, fermo restando l'abbandono della antica *sententia veterum*, alcuni giuristi abbiano ammesso il furto immobiliare in ipotesi circoscritte e forse allo scopo di conferire ad esse una tutela giurisdizionale altrimenti mancante.

Se queste considerazioni sono almeno plausibili, la collocazione di D. 19.1.36 nell'ambito del libro 7 *Ad Plautium* di Paolo, come ipotizzata dal Lenel, acquisterebbe una sua possibile e ragionevole spiegazione. La scelta dello Studioso seguirebbe così il filo degli obblighi del *venditor* per approdare alla tutela del furto, lasciandoci scorgere il forte indirizzo di ricostruzione giuridica che ne è probabilmente alla base.

Il nostro vuole essere solo un tentativo di spiegare la scelta del Lenel, valendo più che mai in questo caso l'avvertenza di Dario Mantovani²⁹: «... Il più delle volte, le scelte di Lenel non hanno una motivazione esplicita e, di conseguenza, chi non ne sia persuaso deve prima di tutto ipotizzare quali argomenti l'abbiano determinata e solo allora provarsi a criticarli. Una condizione, come si vede, molto precaria, che si vive per di più con la sensazione che sfugga pur sempre qualcosa, che a Lenel, invece, era presente».

²⁸ Non sembra, invece, che alcuna preoccupazione abbia suscitato l'ammissibilità del furto di cose appartenenti al fondo, quali la terra, i frutti, ecc. Sul tema, L. PARENTI, *Notazioni sulla legittimazione attiva all'actio furti per i frutti del fondo dato in locazione al colono*, in *Semin. Compl. de derecho romano* 28, 2015, p. 783 ss. cfr., pure, F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur actio furti in Klassischen römischen Recht*, in *ZSS* 32, 1911, spec. p. 67 ss.; F. LUCREZI, *Il furto di terra e di animali in diritto ebraico e romano. Studi sulla "Collatio" VII*, Torino 2015; M. FUENTESECA, *Actio furti y reparación de danôs*, in *Semin. Compl. de derecho romano* 28, 2015, p. 369 ss.; L. MINIERI, *Furto di terra e furto di bestiame nel tardoantico*, in *Iura and Legal System* 4, 2017, p. 6 ss.

²⁹ D. MANTOVANI, *Un'integrazione alla Palingenesi leneliana dei Digesta di Giuliano (Paul. 1 ad edict. D. 2.4.19, 21 e l'in ius vocari de domo sua)*, in *AUPA* 50, 2005, p. 13.

Probabile ci sembra pure la conclusione che Paolo abbia raccolto nell'opera di Plautio le tracce di una riflessione sul tema della responsabilità contrattuale, forse già avviata nella direzione in particolare della posizione venditoria e l'abbia ampliata e adattata alle nuove esigenze della realtà economica³⁰, così come resa coerente alla sua impostazione di pensiero, non di rado originale e innovativa³¹.

3. Analisi e commento di D. 41.1.48 pr.-2 (Paul. l. 7 ad Plautium), (Lenel 1140): *bona fides* e acquisto dei frutti.

Procediamo ora nell'analisi del secondo brano contenuto nel titolo *De furtis* del libro 7 di commento a Plautio.

³⁰ Non apparirà in tal senso superfluo ricordare che in epoca imperiale la realtà delle compravendite di edifici pericolanti era particolarmente diffusa. Corrispondono certo a verità le descrizioni della *forma urbis* fatte da Giovenale, che dipinge una Roma retta da fragili puntelli e la notizia secondo cui nel II sec. d.C. le *insulae* erano circa 46.602, a fronte di appena 1797 *domus*. Sul punto, cfr., tra gli altri, G. FIORE COLTELLACCI, *I segreti tecnologici degli antichi romani* (spec., *Le insulae, i condomini della plebe*, ivi), Roma 2016.

³¹ Abbiamo avuto modo in più di un'occasione (cfr. M. FRUNZIO, 'Reversio in potestatem' delle res furtivae e 'furtum suae rei' nel pensiero del giurista Paolo, in *Cultura giuridica e diritto vivente* 1, 2014 e EAD., *Res furtivae cit.*) di rilevare l'originalità del pensiero di Paolo, soprattutto in tema di usucapione e furtività. Così, ad esempio, a proposito dell'ipotesi del tutto peculiare del cd. *furtum suae rei*, che incontreremo ancora nel corso del presente studio, ci è sembrato di notare che il giurista pervenga a soluzioni anche dirimpenti quando distingue tra un furto compiuto dal *dominus* su cosa propria a cui abbia fatto seguito la distrazione della *res*, da un furto analogamente compiuto in cui, però, diversamente, il proprietario ruba per trattenere presso di sé il bene. La distinzione che sembra effettuare Paolo attiene più specificamente alle conseguenze circa l'usucapibilità: nel primo caso, la cosa per essere nuovamente usucapibile, deve far rientro nella *potestas* del derubato; nel secondo, essa è immediatamente usucapibile, come se l'atto della *subreptio* coincidesse con quello della *reversio*. Soluzione che non sembra sia prevalsa ma che tuttavia lumeggia bene il contributo rigoroso e attento del giurista severiano alla materia della circolazione dei beni. D'altronde, è ben nota l'attenzione del giurista in generale alle dottrine possessorie, per lo più visibile all'interno della sua grande opera, i commentari *ad edictum*. Basterà, al riguardo, anche solo un breve sguardo al libro 54 *ad edictum*, dedicato proprio alla *possessio* e all'*usucapio*, per verificare l'ampiezza del contributo paolino alla materia. In particolare, pensiamo al lungo squarcio che il Lenel, *Palingenesi cit.*, colloca al frammento 673, colonna 1070, squarcio che si apre con D. 41.3.4.6, proprio in tema di *lex Atinia* e che prosegue affrontando una vasta disamina inerente alla disciplina degli oggetti furtivi. Sul commento di Paolo all'editto, G. LUCHETTI, *I primi due libri del commentario di Paolo ad edictum. Parte I, in Iura* 57, 2009, p. 149 ss.; ID., *I primi due libri del commentario di Paolo ad edictum. Parte II, in AA. VV., Studi in onore di R. Martini II*, Milano 2009, p. 509 ss.; I. PONTORIERO, *Il terzo libro del commentario di Paolo "ad edictum" I*, Bologna 2013.

D. 41.1.48 pr.-2: Bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit non tantum eos, qui diligentia et opera eius pervernerunt, sed omnes, quia quod ad fructus attinet, loco domini paene est. denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emptoris fiunt. nec interest, ea res, quam bona fide emi, longo tempore capi possit nec ne, veluti si pupilli sit aut vi possessa aut praesidi contra legem repetundarum donata ab eoque abalienata sit bonae fidei emptori. 1. In contrarium quaeritur, si eo tempore, quo mihi res traditur, putem vendentis esse, deinde cognovero alienam esse, quia perseverat per longum tempus capio, an fructus meos faciam. Pomponius verendum, ne non sit bonae fidei possessor, quamvis capiat: hoc enim ad ius, id est capionem, illud ad factum pertinere, ut quis bona aut mala fide possideat: nec contrarium est, quod longum tempus currit, nam e contrario is, qui non potest capere propter rei vitium, fructus suos facit. 2. Et ovium fetus in fructu sunt et ideo ad bonae fidei emptorem pertinent, etiam si praegnates venierint vel subreptae sint. et sane quin lac suum faciat, quamvis plenius uberibus venierint, dubitari non potest: idemque in lana iuris est.

Il *principium* recita la regola generale per cui *non dubie* che l'acquirente in buona fede faccia suoi i frutti, *interim*, anche *ex re aliena*, attraverso la *perceptio*, e non solo quelli che pervennero grazie alla sua opera e diligenza, ma tutti, perché rispetto ad essi si pone *loco domini*. Se poi sono stati separati dal suolo divengono subito suoi, non importando se la *res* possa o meno essere usucapita, come nel caso di cosa del pupillo, o cosa posseduta con la violenza o donata al preside in spregio alla *lex de repetundis* e da lui alienata ad un possessore di buona fede.

Ma dal paragrafo 1 ecco affacciarsi il dibattito giurisprudenziale (*in contrarium quaeritur*) in cui è richiamata l'opinione di Pomponio. Dibattito che coinvolge non solo gli aspetti inerenti all'acquisto di *res alienae*, ma come subito ci si potrà accorgere, più specificamente investe la disciplina delle *res furtivae* e i problemi connessi alla loro usucapibilità.

Ci si chiede, infatti, cosa accada quando, al momento della *traditio*, l'acquirente, dapprima convinto che la cosa appartenga al venditore, venga a conoscenza che invece si tratti di *res aliena*. La *quaestio* si incentra sulla possibilità di acquistare o meno i frutti, in merito alla quale viene invocato il parere di Pomponio, secondo cui ci sarebbe da dubitare (*verendum*) che l'acquirente possa essere definito possessore di buona fede. Paolo interviene chiarendo che la circostanza per cui l'usucapione in questo caso non sarebbe impedita non atterrebbe punto al problema dell'acquisto dei frutti. Tant'è che, chiarisce il giurista, nel caso opposto, quello cioè in cui taluno non possa usucapire per un vizio oggettivo del bene (si pensi al furto o

all'impossessamento violento), non è per ciò solo impedito l'acquisto dei frutti.

Per comprendere appieno il senso del passo bisogna porre mente al fatto che, verisimilmente, secondo le discipline introdotte dalla legge Atinia e dalla legge *Plautia*, neppure il possessore di buona fede avrebbe potuto usucapire rispettivamente le cose sottratte o il cui impossessamento fosse avvenuto attraverso la violenza, salvo che se ne fosse determinata la loro *reversio* in potestà. Ma rispetto ai frutti la giurisprudenza pare ragionare in modo diverso e consentire in linea di massima che il possessore di buona fede possa acquistarli in proprietà. Ulteriore distinzione, come noto, si applica ai parti dell'*ancilla furtiva*, i quali, in base ad una opinione largamente seguita dall'età repubblicana in poi, non tendono ad essere considerati frutti in senso stretto e dunque non possono essere immediatamente acquistati in proprietà, ma, tutt'al più in seguito al decorso del tempo, per usucapione.

In questo modo va spiegato il paragrafo 2 del passo in esame, in cui Paolo chiarisce che i parti degli animali, il latte e la lana spettano, per la loro indubitabile qualifica di frutti, al possessore di buona fede. L'esistenza di un ampio dibattito in materia, visibile anche dal *non dubie*, sappiamo che prende vita dall'interpretazione muciana in materia di *perceptio fructus* (D. 22.1.45)³² per cui '*fructos percipiendo ... suo facit*'.

La presunta 'regola' muciana in base alla quale il possessore di buona fede farebbe suoi i frutti all'atto della *perceptio*, è evidentemente seguita da Plauzio a cui dobbiamo, pertanto, con alta verisimiglianza il tratto iniziale '*bonae fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit*'. Quel che risulta dopo è il commento paolino che sembrerebbe propendere per la soluzione di considerare il possessore di buona fede, quanto ai frutti, in una posizione assimilabile a quella del proprietario³³.

³² D. 22.1.45 (Pomp. 22 ad Q. Mucium): *Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo: nam si ponum decerpserit, vel ex silva caedit, non fit eius, sicuti nec cuiuslibet bonae fidei possessoris quia non ex facto eius is fructus nascitur*. Sull'estensione però della regola dell'acquisto dei frutti con la *perceptio* al *possessor bonae fidei*, già dall'epoca muciana, permangono seri dubbi, non potendosi escludere che tale estensione sia successiva (forse dello stesso Plauzio?). Sul punto con ampiezza di argomentazioni, R. CARDILLI, *La nozione giuridica di fructus*, Napoli 2000, p. 108 ss.

³³ In D. 22.1.25.1 (Iul. 7 dig.) parrebbe essere esplicitata la posizione giuliana di consentire al *possessor bonae fidei* l'acquisto attraverso la *separatio*, posizione verisimilmente seguita da Paolo: *In alieno fundo, quem Titius bona fide mercatus fuerat, frumentum sevi: an Titius bonae fidei emptor perceptos fructus suos faciat? Respondi, quod fructus qui ex fundo percipiuntur intellegi debet propius ea accedere, quae servi operis suis adquiruntur, quoniam in percipiendis fructibus magis corporis ius ex quo percipiuntur quam seminis, ex quo oriuntur*

Difatti Paolo sostiene l'idea che l'acquirente di buona fede non acquista i frutti col decorso dell'usucapione, ma li fa suoi immediatamente. Conveniamo col Cardilli nel considerare l'*interim* come non qualificante «la natura giuridica dell'acquisto da parte del compratore di buona fede (teoria della cd. proprietà temporanea)», ma piuttosto evocativo di «un lasso di tempo, in particolare quello necessario per l'acquisto della cosa frugifera altrui per usucapione»³⁴. Pertanto, l'acquisto dei frutti avviene durante il tempo che è invece necessario per l'usucapione della cosa madre.

Sulla disciplina dei frutti, acquistabili in proprietà, rispetto a quella diversamente apprestata per i nati dall'uomo³⁵, interessante si presenta il

aspicitur: et ideo nemo unquam dubitavit, quin, si in meo fundo frumentum tuum severim, segetes et quod ex messibus collectum fuerit meum fiet. porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est. Praeterea cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus iuris in percipiendis fructibus habent? Cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut eius qui vectigalem fundum habet fructus fiunt, simul atque solo separati sunt.

Cfr., M. KASER, *Zum Fruchterwerb des Usufruktuars*, in *Studi G. Scherillo* 1, Milano 1972, p. 405 ss.; G. THIELMANN, *Produktion als Grundlage des fruchterwerbs*, in *ZSS* 94, 1977, p. 76 ss.; J.L. LINARES PINEDA, *Las doctrinas de la adquisicion de fructos*, in *BIRD* 90, 1987, p. 439 ss.

³⁴ R. CARDILLI, *op. cit.*, p. 316 ss. Cfr., pure, V. ARANGIO RUIZ, *Corso di istituzioni di diritto romano*, Napoli 1921, p. 60 e E. BETTI, *Problemi e criteri metodici d'un manuale d'Istituzioni romane*, in *BIDR* 34, 1925, p. 290.

³⁵ Proprio a proposito del problema del *partus* dell'*ancilla furtiva*, in D. 1.5.26 (Iul. 69 dig.), Giuliano afferma: *...praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usum non capitur...* Diversamente, lo stesso Giuliano dispone per il caso in cui l'*ancilla* non sia stata rubata *praegnas*, D. 41.3.33. pr. (Iul. 44 dig.): *Non solum bonae fidei emptores, sed et omnes, qui possident ex ea causa, quam usucapio sequi solet, partus ancillae furtivae usum suum faciunt, ideque ratione iuris introductum arbitror: nam ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi lex duodecim tabularum vel Atinia obstaret, ex ea causa necesse est partum usucapi, si apud eum conceptus et editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem eius ignorabat* (sul difficile rapporto tra le due leggi, scorrettamente rette da un verbo al singolare, cfr., P. HUVELIN, *op. cit.*, p. 261 ss.). Le testimonianze si riannodano alla *vetus quaestio* del *partus ancillae*, che non venendo considerato alla stessa stregua di un qualsiasi frutto non era suscettibile di usucapione: sul punto, M. KASER, *Partus ancillae*, in *ZSS* 75, 1958, p. 156 ss. Per la dottrina più recente sul tema, cfr., F. ZUCCOTTI, «*Fruges fructusque*» (*studio esegetico su d. 50.16.77*). *Per una ricerca sulle origini della nozione di «frutto»*, Padova 2000, p. 91 ss.; R. CARDILLI, *op. cit.*, p. 84 ss.; F. ZUCCOTTI, «*Partus ancillae in fructu non est*», in *Antecessori oblata. Cinque studi inediti dedicati ad Aldo Dell'Oro*, Padova 2001, p. 187 ss.; M.V. SANNA, «*Conceptus pro iam nato habetur*» e nozione di frutto, in *Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione*. Atti del Convegno di Cagliari, 13-14 ottobre 2000, a cura di F. Botta, Torino 2003, p. 230 ss. La distinzione ha condotto, non senza un qualche fondamento, P. FERRETTI, *In rerum natura*

confronto tra il passo in esame e D. 41.3.4.19³⁶, sempre di Paolo.

D. 41.1.48.1–2: ...nam e contrario is, qui non potest capere propter rei vitium, fructus suos facit. Et ovium fetus in fructu sunt et ideo ad bonae fidei emptorem pertinent, etiam si praegnates venierint vel subreptae sint. et sane quin lac suum faciat, quamvis plenis uberibus venierint, dubitari non potest: idemque in lana iuris est, rell.

D. 41.3.4.19 (Paul. 54 *ad ed.*): Lana ovium furtivarum si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest, si vero apud bonae fidei emptorem, contra: quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit, rell.

La lana delle pecore furtive se fu tosata presso il ladro non può essere usucapita, viceversa se fu tosata presso il *bonae fidei emptor*, diviene immediatamente di costui, senza necessità di essere usucapita, in quanto compresa nei frutti. La necessità che la lana fosse *detonsa apud bonae fidei emptorem* e non *apud furem* segna una precisazione di Paolo che integra D. 41.1.48.1-2, specificandone, potremmo dire, la trattazione.

Ma non è tutto. Per la piena comprensione del passo, anche al fine di chiarire i ‘materiali’ utilizzati da Paolo, dobbiamo dire che l’autorità di Pomponio, apertamente invocata, vale a rendere ancora più complessa la tradizione del pensiero giuridico che il giurista severiano raccoglie.

La sottile distinzione richiamata nel testo fra un vizio oggettivo, intrinseco del bene e quello soggettivo, attinente al particolare atteggiamento psicologico del possessore, evidenzia una riflessione a cui Pomponio, come

esse. In rebus humanis nondum esse. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico, Milano 2008, p. 62, a concludere che «è proprio l'idea dell' 'esistenza' e non quella di 'parte' che consente di spiegare il caso dell'*ancilla praegnans subrepta*. Se il concepimento è avvenuto prima della sottrazione, il nato non può essere usucapito dal compratore di buona fede della schiava gravida: il figlio 'esiste' al momento del furto e, come la madre, è *furtivus*. Riassumendo, soltanto chi esiste può dirsi sottratto e quindi furtivo», su cui le osservazioni di F. LAMBERTI, *Concepimento e nascita nell'esperienza giuridica romana. Visuali antiche e distorsioni moderne*, in *Serta giuridica. Scritti Grelle*, Napoli 2011, p. 303 ss. Cfr., pure, E. BIANCHI, *Per un'indagine sul principio 'conceptus pro iam nato habetur' (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano 2009, p. 290 ss. e M.V. SANNA, 'Partus ancillae', 'fetus pecudis' e il principio del 'commodum', in *Teoria e storia del diritto privato* 5, 2012. Da ultima, M. FRUNZIO, *Res furtivae cit.*, p. 157 ss.

³⁶ Cfr., pure, D. 22.1.28 pr. (Gai. 2 *rer. cott.*): *In pecudum fructu etiam est sicut lac et pilus et lana: itaque agni et haedi et vituli statim pleno iure sunt bonae fidei possessori et fructuarii*, dove l'aggiunta dell'*et fructuarii* potrebbe essere postclassica: M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto I. Dalle origini a Diocleziano*, Napoli 1962, p. 148.

abbiamo prima rilevato³⁷, approda sulla base di materiale sicuramente muciano. D. 41.3.24 che riportiamo ancora per chiarezza ne costituisce la limpida prova:

D. 41.3.24 (Pomp. 24 *ad Q. Mucium*): Ubi lex inhihet usucapionem, bona fides possidenti nihil prodest. 1. Interdum etiamsi non fuerit inchoata usucapio a defuncto, procedit heredi eius: veluti si vitium, quod obstabat non ex persona, sed ex re, purgatum fuerit, ut puta si fisci res esse desierit aut furtiva aut vi possessa.

Ricordiamo che i tre *fundatores*, Bruto, Manilio e Scevola avevano commentato il testo della *lex Atinia* e avevano discusso in merito alla sua presunta portata retroattiva. La ragione della disputa risiedeva in un dato formale³⁸, cioè nella presenza nel testo della legge dell'espressione '*subruptum erit*', la quale avrebbe potuto riferirsi tanto al passato quanto al futuro. Gellio (*Noct. Att.* 17.7) che ci informa della disputa³⁹, dice di aver raccolto la notizia dai Commentarii grammaticali di Nigidio Figulo il quale a sua volta ne aveva avuto conoscenza dall'opera di Quinto, il figlio di Mucio⁴⁰. Perciò ben potrebbe supporre che nell'analisi dei vizi intrinseci della cosa Paolo leggesse Pomponio, commentatore di Quinto il quale potrebbe avere proprio lui per la prima volta introdotto (o ripreso, a sua volta, dal padre) il concetto di vizio che colpisce i beni, li macchia seguendoli di mano in mano e ne impedisce l'usucapione. Concetto poi esplicitato con maggiore consa-

³⁷ Si veda retro alla nota 24.

³⁸ O, per meglio dire, 'grammaticale'.

³⁹ Il brano è riportato per esteso alla nota 24 del presente lavoro. Su Aulo Gellio cfr., in generale, B. BALDWIN, *Studies in Aulus Gellius*, Lawrence, 1975, spec. p. 76; C. MASI DORIA, *Civitas operae obsequium. Tre studi sulla condizione giuridica dei liberti*, Napoli 1993, soprattutto, per quel che ci riguarda, p. 95 nt. 25; M.L. ASTARITA, *La cultura nelle 'Noctes Atticae'*, Catania 1993, p. 122 ss.; O. DILIBERTO, *Materiali per la palinogenesi delle XII Tavole I*, Cagliari 1992, spec. p. 244 ss.; ID., *La pena tra filosofia e diritto nelle Noctes Atticae di Aulo Gellio*, in *Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano*, a cura di O. Diliberto, Napoli 1993, p. 121 ss.; ID., *I destinatari delle Noctes Atticae*, in *Labeo* 42, 1996, p. 277 ss.; D. NÖRR, *L'esperienza giuridica di Gellio ('Noctes Atticae' XIV 2)*, in *Atti dei Convegni Lincei, Filellenismo e tradizionalismo a Roma nei primi due secoli dell'Impero*, Convegno Internazionale, Roma 27-28 aprile 1995, 1996, p. 33 ss.; O. DILIBERTO, *Bibliografia ragionata delle edizioni a stampa della Legge delle XII Tavole (secoli XVI-XX)*, Roma 2001 e M. TALAMANCA, *Aulo Gellio ed i 'municipes'. Per un'esegesi di 'Noctes Atticae'*, in *Gli Statuti Municipali*, a cura di L. Capogrossi Colognesi, E. Gabba, Pavia 2006.

⁴⁰ Sul *modus ratiocinandi* di Figulo, A. SWOBODA, *P. Nigidii Figuli operum reliquiae*, Amsterdam 1964.

pevolezza da Pomponio che ‘formalizza’ la distinzione tra vizio *ex re* e vizio nascente dall’atteggiamento psicologico del possessore, *ex persona*. Senza trascurare poi la circostanza per cui a sua volta Pomponio leggeva Plautio il quale forse aveva sostenuto l’estensione al possessore di buona fede della regola dell’acquisto dei frutti attraverso la *perceptio*⁴¹.

Questo aspetto diventa nella dimensione della giurisprudenza classica un nodo centrale: assicurare una disciplina distinta per le *res* oggetto di furto innanzitutto, che non possono circolare (*rectius*: essere acquistate in proprietà per usucapione, potendosene sempre disporre attraverso atti traslativi del possesso), in quanto affette da un vizio che le segue ovunque, anche presso il possessore di buona fede; e *res* il cui ‘limite’ si delinea, invece, rispetto al possessore, il quale, all’atto dell’acquisto del possesso difettava della *bona fides* (da intendersi, in questo caso, come ignoranza circa l’altruità della cosa).

La differenza concreta tra il vizio *ex re* e il vizio *ex persona* sta in ciò: che mentre nel primo caso, l’usucapione è interdetta tanto per l’autore dell’illecito, quanto per i successivi aventi causa da lui, nell’ipotesi di vizio *ex persona*, il *possessor malae fidei* non potrà usucapire, ma un terzo in buona fede, sì. Questo vale, in sintesi, almeno fino a quando il vizio oggettivo non sia purgato attraverso il meccanismo della *reversio*; e subordinatamente a ciò, bisogna poi, tenere distinte le sorti delle *res furtivae* principali da quelle dei loro frutti, avendo cura di chiarire la diversa posizione giuridica dei nati dell’uomo, rispetto a frutti e prodotti animali. All’interno di questo quadro, com’è facile immaginare, il dibattito giurisprudenziale si colora di diverse e tra loro a volte contrastanti opinioni, che non è questa la sede opportuna per affrontare.

La scelta del Lenel di inserire il testo nella rubrica *De furtis* si presenta qui ancora più limpida che nel caso precedente: il tema centrale appare la *bona fides*, ma ritagliata sullo sfondo della furtività dei beni, in un’alternanza di posizioni giuridiche, possessore della *res furtiva* principale, possessore del prodotto della *res furtiva*, che ne delimita l’operatività.

Infine, emerge all’interno del copioso dibattito, la complessità delle tradizioni di pensiero, da Publio a Quinto, attraverso questi a Pomponio, lettore di Plautio e dunque a Paolo che a sua volta lo commenta. Il che consente una prima immagine dell’opera di commento paolino nient’affatto marginale sia per la conoscenza del pensiero di Paolo su singoli aspetti, sia

⁴¹ Si tratta di un’eventualità non trascurabile: si veda retro alla nota 32.

per la ricostruzione di una pagina composita e densissima della tradizione del pensiero giuridico romano⁴².

4. Analisi e commento di D. 47.2.67 pr.-5 (Paul. l. 7 ad Plautium), (Lenel 1141): un'ampia casistica a proposito del *furtum facere*.

Veniamo ora all'analisi del testo successivo, l'unico, come si accennava in apertura del presente lavoro, ad essere collocato dai compilatori giustiniani specificamente nel titolo *De furtis* del Digesto.

⁴² Gioverà ricordare che nel nostro attuale ordinamento, ai sensi dell'art. 1147 c.c., il possesso di buona fede si presume ed è sufficiente che sussista al momento dell'acquisto, in applicazione della regola *'mala fides superveniens non nocet'* ("È possessore di buona fede chi possiede ignorando di ledere l'altrui diritto. La buona fede non giova se l'ignoranza dipende da colpa grave. La buona fede è presunta e basta che vi sia stata al tempo dell'acquisto").

La qualifica di possessore di buona o di mala fede rileva essenzialmente dal punto di vista della fattispecie acquisitiva dei beni mobili. Infatti secondo il disposto dell'art. 1153 c.c., colui che acquista il possesso di bene mobile in virtù di un titolo astrattamente idoneo a trasferire la proprietà (o altro diritto reale) del bene, ne acquista la proprietà piena, anche se l'alienante risulti, poi, privo della legittimazione in concreto, secondo la regola del 'possesso vale titolo'. Per cui, ove esista un titolo astrattamente idoneo l'acquisto sarà immediato; viceversa, occorrerà l'usucapione decennale se si tratta di possessore in buona fede, ventennale se in mala fede (art. 1161 c.c.). Ne deriva che nel nostro codice civile la mancanza di titolo si configura come limitazione all'operatività della regola suddetta, e in ciò si è potuto registrare un notevole progresso, specie in termini di semplicità nella circolazione dei beni, rispetto alla regolamentazione del codice civile del 1865. Infatti, l'art. 701 così disponeva: "È possessore di buona fede chi possiede come proprietario in forza di un titolo abile a trasferire il dominio, del quale titolo ignorava i vizi". Definire se il possesso è di buona o di mala fede è rilevante pure per individuare gli ulteriori effetti del possesso. In caso di possesso di buona fede, al possessore spettano i frutti naturali separati e quelli civili percepiti, o che avrebbero potuto esserlo secondo l'ordinaria diligenza, sino alla proposizione della domanda di rivendicazione. Qualora il possessore sia di mala fede i frutti, invece, spettano dal momento dell'illegittima apprensione del possesso. Sia per il possesso di buona fede che per quello di mala fede, per il tempo per cui è dovuta la restituzione, è dovuto anche il rimborso delle spese sostenute per la produzione dei frutti e per il mantenimento e la conservazione del bene. In entrambi i casi, ancora, è dovuta un'indennità per i miglioramenti apportati alla cosa e per le addizioni che il proprietario voglia ritenere (con differenze circa la misura dell'indennità a seconda sempre che si tratti di possessore in buona o in cattiva fede); nonché il rimborso delle spese straordinarie sostenute per la conservazione della cosa (cfr. l'art. 1150 c.c.). Solo al possessore di buona fede, infine, è riconosciuto un diritto di ritenzione sulla cosa, all'interno del giudizio rivendicatorio, per conseguire il pagamento delle indennità (art. 1152 c.c.). Il quale avrebbe un carattere eccezionale, non suscettibile dunque di estensione analogica.

Per i riferimenti bibliografici essenziali, rimandiamo a L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*³, Milano 1975; R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*², in *Trattato di diritto civile e com-*

D. 47.2.67(66)pr.-5: Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam: quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori sive speciali pactione tantum obligaverat: idque et Iulianus putat. 1. Si is, cui res subrepta sit, dum apud furem sit, legaverat eam mihi, an, si postea fur eam contrectet, furti actionem habeam? et secundum Octaveni sententiam mihi soli competit furti actio, cum heres suo nomine non habeat, quia, quacumque ratione dominium mutatum sit, domino competere furti actionem constat. 2. Eum, qui mulionem dolo malo in ius vocasset, si interea mulae perissent, furti teneri veteres responderunt. 3. Iulianus respondit eum, qui pecuniis exigendis praepositus est, si manumissus exigat, furti teneri. quod ei consequens est dicere et in tutore, cui post pubertatem solutum est. 4. Si tu titium mihi commendaveris quasi idoneum, cui crederem, et ego in titium inquisii, deinde tu alium adducas quasi titium, furtum facies, quia titium esse hunc credo, scilicet si et ille qui adducitur scit: quod si nesciat, non facies furtum, nec hic qui adduxit opem tulisse potest videri cum furtum factum non sit: sed dabitur actio in factum in eum qui adduxit. 5. Si stipulatus de te sim 'per te non fieri', quo minus homo eros intra 'kalendas illas mihi detur', quamvis mea interesset eum non subripi (cum subrepto eo ex stipulatu non teneris, si tamen per te factum non sit quo minus mihi daretur), non tamen furti actionem me habere.

Si tratta di un testo complesso, articolato in una serie di casi differenti la cui sequenza richiede, prima di un'analisi complessiva, uno sguardo specifico sulle singole ipotesi trattate. Procediamo dunque analiticamente per ogni paragrafo.

pr.: Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam: quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori sive speciali pactione tantum obligaverat: idque et Iulianus putat.

Si afferma che se colui che ha dato a pegno una cosa, l'ha poi venduta, sebbene sia il proprietario, commette furto, e ciò tanto nel caso in cui la consegni al compratore, quanto in quello in cui si obblighi con patto separato a consegnargliela, opinione, quest'ultima, avallata dall'autorità di Giuliano.

Potremmo dire che il tratto iniziale, *Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam: quamvis dominus sit, furtum facit*, possa ascrivere a Plautio, vissuto,

merciale (già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni), Milano 2000; R. CATERINA, *Il possesso*, in *Trattato dei diritti reali* I, Milano 2008.

come si ipotizza più di frequente, nel I sec. d.C. Non è, cioè, improbabile che la questione del furto commesso dal proprietario si sia ben presto presentata all'attenzione dei giuristi, e che Plauzio abbia partecipato, in sede di *responsum*, al dibattito giurisprudenziale, concludendo per l'ammissibilità dell'illecito. Impostata così da Plauzio, Giuliano e Paolo avrebbero completato la fattispecie, e soprattutto se ne sarebbe occupato Paolo che si era spinto molto oltre i suoi *antecessores* nella ricerca di una disciplina aderente ai diversi interessi coinvolti.

Così il *principium* del passo.

Il dubbio interpretativo, probabilmente mosso da Plauzio, consiste nel chiedersi se possa ritenersi legittimato passivo all'azione di furto il *dominus* che abbia sottratto il pegno garantito. È, dunque, l'ipotesi del cd. *furtum suae rei*, cui si è fatto cenno in precedenza⁴³, descritto da Gaio in 3.200 e 3.204⁴⁴.

Gai. 3.200: Aliquando etiam suae rei quisque furtum committit, veluti si debitor rem, quam creditor pignori dedit, subtraxerit, vel si bonae fidei possessor rem eam possidenti subriperim...

Gai. 3.204: Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse; adeo quidem, ut quamvis ipse dominus, id est debitor, eam rem subriperit, nihilo minus creditori competat actio furti.

Paolo, sembra ammettere la responsabilità per il furto in capo al proprietario-ladro quando costui abbia distratto la cosa ad un terzo (con conseguente inusucapibilità). Cosa che non doveva aver suscitato consensi unanimi, per il fatto che, essendo la disciplina del furto nata, verisimilmente, a difesa della proprietà, si reputava inconcepibile che lo stesso proprietario potesse essere legittimato passivo all'azione di furto, subire una condanna, e le relative conseguenze infamanti. L'espressione adoperata dal giurista severiano, *quamvis dominus sit*, permette di scorgere tutta la sua cautela nel legittimare passivamente il *dominus* e poco si discosta dal tono con cui si esprime Gaio, quando ne tratta, lasciandosi sfuggire un evidente imbarazzo (*ut quamvis ipse dominus... id est ipse debitor... nihilo minus*, 3.200).

⁴³ Retro, alla nt. 31.

⁴⁴ Su cui, principalmente, H. ANKUM, *L'application de la loi Atinia aux cas de furtum pignoris et de furtum fiduciae*, in *Auctoritas. Mélanges offerts au professeur Olivier Guillot*. Publications de l'Université Paris Sorbonne (PUPS 2006), p. 20 ss.

Ma l'attenzione dei giuristi era rivolta anche alla circolazione illegittima dei beni: una *macula furti* avrebbe comportato l'immediata inusucapibilità dell'oggetto. E ulteriore problema sarebbe stato quello di stabilire in che modo il vizio si sarebbe potuto estinguere. Infatti, la giurisprudenza pare concorde nell'affermare che la *reversio* indicata come rimedio necessario per la purgazione della furtività debba avvenire presso il *dominus* della cosa. Ma *quid iuris* quando autore dell'illecito fosse stato lo stesso *dominus* e la cosa fosse presso di lui? Si sarebbero dovute ammettere in un unico atto *subreptio* e *reversio*? Questo è lo sfondo delle tematiche a cui Paolo sembra aver offerto un notevole contributo in termini di rigore ed originalità⁴⁵.

Si passa quindi, nel paragrafo 1, ad una differente ipotesi:

1. Si is, cui res subrepta sit, dum apud furem sit, legaverat eam mihi, an, si postea fur eam contrectet, furti actionem habeam? et secundum Octaveni sententiam mihi soli competit furti actio, cum heres suo nomine non habeat, quia, quacumque ratione dominium mutatum sit, domino competere furti actionem constat.

Una *res*, che è stata precedentemente sottratta al suo proprietario, viene lasciata in legato e poi nuovamente rubata: ci si chiede a chi spetti l'azione di furto, all'erede o al legatario.

È ancora il tema della legittimazione all'*actio furti*, ma stavolta della legittimazione attiva. Anche questo caso lascia indubbiamente scorgere un dubbio interpretativo che, tuttavia, viene ora risolto riprendendo l'opinione di Ottaviano, secondo il quale l'azione di furto spetterebbe al legatario, attuale proprietario del bene. È proprio al *iuris peritus*, vissuto tra il I e il II sec. d.C. (e secondo il Grozio, proculciano⁴⁶) potrebbe rimontare la paternità dell'interpretazione per cui l'*actio furti* sarebbe di spettanza dell'attuale

⁴⁵ Si veda retro, alla nt. 31.

⁴⁶ Sul giurista, C. FERRINI, *Ottaviano e le sue dottrine*, in *Rendiconti del Regio Istituto Lombardo di Scienze e Lettere* 20, 1887. Cfr., oggi, M. VARVARO, *Per la storia del "certum": alla radice della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008, p. 41 nt. 109, con indicazioni bibliografiche. Numerose sono le testimonianze di un'intensa attività di questo giurista a cui possono essere ascritte non poche intuizioni originali. Si veda, solo a titolo di esempio, D. 6.1.6 (Paul. 6 ad ed.): *Si in rem aliquis agat, debet designare rem, et utrum totam an partem et quotam petat: appellatio enim rei non genus, sed speciem significat. Octavenus ita definit, quod infectae quidem materiae pondus, signatae vero numerum, factae autem speciem dici oportet: sed et mensura dicenda erit, cum res mensura contenebitur*, su cui M.P. PAVESE, *Scire leges est verba tenere. Ricerche sulle competenze grammaticali dei giuristi romani*, Torino 2013, p. 156.

dominus della *res*, richiamandosi all'antico insegnamento secondo cui l'azione suddetta aveva un esclusivo ambito dominicale. Forse il dubbio sulla legittimazione attiva era proprio all'attenzione di Plauzio che, può ipotizzarsi, discuteva se legittimare attivamente chi avesse vantato la proprietà al momento del furto o al momento dell'esercizio dell'azione.

Quanto all'accostamento dei due termini, *subreptio* e *contrectatio*, sebbene da più parti non si dubiti che il secondo rappresenti proprio il criterio per eccellenza utilizzato da Paolo per la descrizione del delitto di furto, rileviamo, sommessamente, come, nel caso di specie, possa dirsi qualcosa di più, cioè che esso possa avere avuto la funzione di indicare un atto furtivo non precipuamente consistente nell'asportazione clandestina in senso stretto, ma comprensivo in generale di un qualsiasi comportamento di disposizione dolosa della *res*.

Ancora un altro caso è illustrato al paragrafo 2.

2. Eum, qui mulionem dolo malo in ius vocasset, si interea mulae perissent, furti teneri veteres responderunt.

Colui che ha chiamato dolosamente in giudizio un mulattiere, è tenuto per furto, se le mule nel frattempo siano perite. E ciò secondo il parere dei *veteres*.

Il paragrafo presenta numerosi profili di interesse e non può escludersi che sia interamente da attribuire a Plauzio che a sua volta si richiamava ai *veteres*. I quali dunque non sarebbero tali per Paolo, ma per Plauzio stesso⁴⁷.

Innanzitutto, gli studiosi concordano nell'escludere che nella fattispecie si faccia questione della complicità tra l'autore del comportamento fraudolento e terzi, che sarebbero stati coinvolti in una successiva azione di

⁴⁷ Così P. HUVELIN, *op. cit.*, p. 380 e B. ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio* cit., p. 44. Cfr., inoltre, G. LONGO, *La complicità nel diritto penale romano*, in *BIDR* 61, 1958, p. 125; A. WATSON, *Contrectatio as an Essential of Furtum*, in *LQR* 77, 1961, p. 526 ss.; ID., 'Contrectatio' again, in *SDHI* 28, 1962, p. 335 ss.; G. MACCORMACK, *Ope consilio furtum factum*, in *TR* 51, 1983, p. 271 ss. L'Autore, p. 272, afferma: «On the natural interpretation of the wording of the text the person who summons the mule driver to court is held liable in theft if the mules are lost. However widely or narrowly one construes *dolus malus*, a matter considered further below, there is no implication that he intended the mules actually were stolen. Likewise there is no implication in the word *perissent* that the mules actually were stolen. Whether they were or not is irrelevant in law; all that the mule driver has to prove for success in his action is the disappearance or loss of the mules». Si veda, inoltre, ID., *Dolus in Republican Law*, in *BIDR* 27, 1985, p. 1 ss.

sottrazione delle mule⁴⁸. Senza forzature, infatti, è ben evidente come anche per i *veteres* un comportamento palesemente fraudolento possa integrare il delitto di furto di per sé, a prescindere, cioè, da una successiva azione di terzi. Quel che rileva è il *perire* degli animali in seguito al comportamento malizioso di un soggetto, restando del tutto indifferente lo scopo per cui costui ha inteso porre in essere il dolo: «...la specifica malvagia intenzione dell'*in ius vocans* può essere considerata indifferentemente o come orientata nel senso di agevolare un'eventuale sottrazione ad opera di terzi, o, invece, nel senso di provocare altrimenti un danno al mulattiere»⁴⁹.

Potremmo a ciò anche aggiungere che così spiegato il testo dice molto anche sul concetto dell'azione di furto, attorno al quale sembrano ruotare tutte le fattispecie descritte in D. 47.2.67(66), a partire dal *principium*. Infatti, il perimento delle bestie, da intendersi in senso molto ampio (dispersione, morte, danneggiamento, fuga)⁵⁰ va ad essere in qualche modo reintegrato con la condanna al doppio del loro valore. Anche in un caso come questo, dove la sottrazione può essere al massimo supposta, ma non provata, e di fronte, invece, ad un comportamento dell'agente che più che essere furtivo è chiaramente doloso.

⁴⁸ Circostanza già invocata da P. HUVELIN, *op. cit.*, p. 380, per cui «en réalité l'*in ius vocans* commet un vol même si les mules ont péri tout à fait fortuitement, et il est auteur unique de ce vol». Cfr., inoltre, W.W. BUCKLAND, *Digest XLVII.2 (de furtis) and the Methods of the Compilers*, in *Tijds. voor Rechtsg.*, 10, 1930, p. 128; D. DAUBE, *Zur Palingenesie einiger Klassikerfragmente*, in *ZSS* 76, 1959, p. 161 nt. 50; O. BEHREND, *Der Zwölfstafelnprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrecht*, Göttingen 1974, p. 16, nt. 35; Id., *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex*, in *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen* 7, Göttingen 1976, p. 271 nt. 26; B. NICHOLAS, *Theophilus and contractatio*, in *Studies J. A. Thomas*, London 1983, p. 119; V.M. AMAYA GARCIA, *Coautoria y complicidad: estudio histórico y jurisprudencial*, Madrid 1993, p. 40 ss.; E. STOLFI, *Studi sui 'libri ad Edictum' di Pomponio. I. Trasmissione e fonti*, Napoli 2002, p. 499 nt. 140; P. FERRETTI, *Complicità e furto* cit., p. 23 nt. 68 ss.

⁴⁹ B. ALBANESE, *La nozione* cit., p. 45. Lo studioso palermitano individua nel responso la prova del processo di estensione operato dai giuristi della prima fase repubblicana della nozione di furto, quando cioè ancora non si era proceduti nel senso di delimitare, ad esempio, attraverso la *contractatio*, che sarebbe stata ampiamente utilizzata da Paolo, il nucleo dell'agire furtivo.

⁵⁰ Già P. HUVELIN, *op. cit.*, insegnava l'ampiezza del verbo '*perire*', indicandone i molteplici significati. Ci sembra quanto mai importante riferire alcune parole dell'ALBANESE, *La nozione* cit., p. 45 nt. 6, al riguardo: «Da notare che è singolare come il famoso D. 50.16.9 – relativo appunto ad un contrasto tra Marcello e Giuliano nell'interpretazione del *perire*... – sia escerpito dal l. 5 *ad edictum* di Ulpiano relativo alla *in ius vocatio*. È troppo arduo congetturare una connessione del testo enigmatico, isolato come si ritrova nel Digesto con questioni del tipo di quella trattata in D. 47.2.67.2?».

Al punto che il Beherends ha ritenuto il passo in questione una prova eloquente di un atteggiamento della giurisprudenza repubblicana, a individuare il furto pure in atti di semplice disturbo, orientati puramente a provocare un danno – quando, naturalmente, fossero di natura dolosa⁵¹.

Nel paragrafo 3 di D. 47.2.67(66) si fa il caso di un servo, che era solito riscuotere crediti per conto del padrone.

3. Iulianus respondit eum, qui pecuniis exigendis praepositus est, si manumissus exigat, furti teneri. quod ei consequens est dicere et in tutore, cui post pubertatem solutum est.

Una volta manomesso e nonostante che, dunque, a seguito della manomissione, abbia perduto la legittimazione ed i poteri connessi alla riscossione dei crediti, lo schiavo continua, ingiustificatamente, nella sua attività. Per Giuliano, senza alcun dubbio, egli commette furto, nel momento in cui lascia intendere di essere ancora legittimato alla riscossione.

Con *'quod ei consequens est dicere'* Paolo riannoda a questo caso quello di un tutore che, raggiunta il pupillo l'età pubere, continua tuttavia a riscuotere i crediti. Percependo allora denaro illegittimamente risponde anche egli per furto. La *ratio* che accomuna le due fattispecie – è chiarissimo – sta nel comportamento fraudolento del servo come del tutore che agiscono evidentemente lasciando credere di essere ancora nella posizione giuridica idonea ad incassare il denaro, rispettivamente per conto del *dominus* e del pupillo.

La trattazione della seconda fattispecie incentrata sul comportamento ingiusto del tutore ha ricevuto molti attacchi, non solo dalla consueta critica interpolazionistica: il Voci, ad esempio, rilevando alcune scorrettezze formali, piuttosto che procedere nel senso della demolizione dell'intero passo, ha ritenuto trattarsi di un malaccorto tentativo di sintesi operato in epoca postclassica⁵². In effetti, già l'Albanese, a cui non si può certo attribuire un *furor* demolitorio, aveva notato il contrasto tra l'indebita esazione di cui si discute per il servo e la *solutio* che invece appare a proposito del *tutor*⁵³.

⁵¹ O. BEHERENDS, *Gesetz und Sprache. Das römischen Gesetz unter dem Einfluß der ellenistischen Philosophie*, in *Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzedenkens*, Göttingen 1995, p. 227. Al riguardo, cfr. le osservazioni svolte da M.A. FENOCCHIO, *op. cit.*, p. 199 ss.

⁵² P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano 1952, p. 153.

⁵³ B. ALBANESE, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, in *AUPA* 25, 1956, p. 122, nt. 81.

Più di recente si tende a confermare la genuinità del passo, mantenendo tuttavia per ferma la conclusione per cui esso, così come si presenta, sembri una versione sintetica di un discorso ben più ampio, senza tuttavia che ciò offuschi l'indubitabile armonia interna che lega i due casi.

E proprio infatti su tale considerazione che si è ipotizzato, da parte del Waldestein, non senza ragione, che il caso trattato da Paolo sia un'aggiunta a quello discusso da Giuliano, aggiunta giustificata dal tentativo del giurista di procedere ad una costruzione analogica⁵⁴. La conclusione dello Studioso, secondo noi del tutto condivisibile, viene ricavata in seguito ad un ampio esame in merito all'argomento consequenziale nella giurisprudenza classica e sull'uso dei termini *consequentia*, *consequens* e *consequenter* presenti nelle fonti, spie di un'applicazione del ragionamento analogico, rinvenibile anche nel nostro passo. Pur nella diversità delle due fattispecie descritte, una incentrata sul comportamento di un tutore, l'altra su quello di uno schiavo, infatti la *ratio* di fondo, tuttavia, sembra la stessa e ciò giustificherebbe, per conseguenza appunto, il ricorso all'analogia.

Il paragrafo 4 introduce una fattispecie ancora diversa e non scevra di una qualche difficoltà interpretativa.

4. Si tu Titium mihi commendaveris quasi idoneum, cui crederem, et ego in Titium inquisii, deinde tu alium adducas quasi Titium, furtum facies, quia Titium esse hunc credo, scilicet si et ille qui adducitur scit: quod si nesciat, non facies furtum, nec hic qui adduxit opem tulisse potest videri cum furtum factum non sit: sed dabitur actio in factum in eum qui adduxit.

Tu mi raccomandi Tizio come soggetto solvibile cui concedere un mutuo. Io facendo una serie di indagini, scopro che si tratta di persona affidabile. Ma all'atto della conclusione del contratto tu mi presenti un altro soggetto invece di Tizio ed è perciò che sarai responsabile per furto nei miei confronti.

⁵⁴ W. WALDESTEIN, *Konsequenz als Argument Klassischer Juristen*, in ZSS 195, 1975, p. 48. Con decisione lo Studioso afferma: «Ein aufschlußreiches Beispiel für die Bezeichnung der analogen Anwendung einer Entscheidung auf einen ähnlichen Fall als *consequens* ist Paul. D. 47, 2, 67, 3. Zunächst zitiert Paulus dort eine Entscheidung Julians, wonach derjenige, der – offenbar als Sklave – mit dem Einziehen von Forderungen beauftragt worden war, sich eines Furtums schuldig macht, wenn er nach seiner Freilassung weterhin Forderungen des Freilasser eintreibt. Daran ist die wohl von Paulus stammende Bemerkung geknüpft, es sei ei *consequens*, dasselbe hinsichtlich eines Tutors zu sagen, der nach erlangter Mündigkeit seines Pflegebefohlenen Zahlungen annimmt». Adesivamente I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum cit.*, p. 104.

Condividiamo l'intuizione dell'Albanese secondo cui proprio la fermezza del responso ne rivela la appartenenza a Plauzio, considerato che all'epoca di Paolo il processo di riflessione (e, secondo l'Autore di ri-definizione) sul furto avrebbe dovuto evidenziarsi attraverso una più ampia discussione sulla natura del caso. Né ci pare improbabile sostenere che a sua volta Plauzio abbia ripreso la questione dai giuristi precedenti, e discusso, accogliendone il contenuto.

Da '*quia Titium*' in poi la lettura si complica, per una serie di indubitabili scorrettezze formali, a cominciare dall'improvviso cambiamento del *crederem* in *credo* (un passaggio dall'ipotesi alla certezza) e dalla scomparsa del '*tu*' sostituito da '*hic qui adduxit*' (un passaggio alla forma impersonale). La spiegazione introdotta dal *quia* può in verità essere facilmente riportata ad una glossa, considerato, dal punto di vista della sostanza, che essa non ha neppure troppo senso. Ma contro le proposte radicali di alcuni studiosi, si pone ancora, secondo noi come più convincente la lettura esegetica dell'Albanese. Il quale attribuisce a Giustiniano la parte finale, *nec hic—in eum qui adduxit* che potrebbe essere stata collocata dai compilatori frettolosamente ad escludere una diversa soluzione paolina, ad esempio, il riferimento all'*actio de dolo*, come ha pensato il De Francisci⁵⁵.

In ogni caso, la soluzione in base alla quale si commette furto ove il terzo sia a conoscenza dell'inganno significa in buona sostanza ritenere *fur* colui che accetta fraudolentemente un mutuo, con la complicità del soggetto che lo aveva proposto. Soluzione che, al di là di alcuni possibili rilievi formali, non appare affatto incoerente rispetto all'elaborazione del furto in epoca severiana. Parallelamente, proprio la presenza di imprecisioni stilistiche, potrebbe nascondere, non lo possiamo escludere, anche un accenno di discorso che Paolo apprende da Plauzio e commenta e che poi i compilatori restituiscono, nell'intento di abbreviarlo, in una versione, quella attuale, poco rigorosa.

E giungiamo così al paragrafo 5.

5. Si stipulatus de te sim 'per te non fieri, quo minus homo Eros intra kalendas illas mihi detur', quamvis mea interesset eum non subripi (cum subrepto eo ex stipulatu non teneris, si tamen per te factum non sit quo minus mihi daretur), non tamen furti actionem me habere.

⁵⁵ P. DE FRANCISCI, Synallagma. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, Pavia 1916, p. 122.

Si affronta l'interpretazione di una *stipulatio* compiuta in forma negativa. Nel passo si dice: «se ho ricevuto da te una promessa in questi termini: 'non sia impedito da te che lo schiavo Eros mi sia consegnato entro la tal data', sebbene io abbia interesse a che lo schiavo non venga sottratto (in caso di furto non saresti tenuto con l'*actio ex stipulatu*, sempre che non avessi impedito tu che mi fosse dato), tuttavia non avrò l'azione di furto».

Il giurista nega chiaramente allo stipulante l'esperimento dell'*actio furti*, nonostante il suo interesse alla conservazione dello schiavo, né il promittente risponderà con l'*actio ex stipulatu*, salvo che non sia dipesa da lui la mancata dazione dello schiavo stesso.

Nel tentativo di definire i limiti della responsabilità contrattuale, Paolo nega allo *stipulans* l'esercizio dell'*actio furti* che evidentemente non trova nella logica del giurista alcuna sufficiente giustificazione, neppure nell'accertata esistenza dell'interesse specifico affinché lo schiavo non sia sottratto. Infatti, nel caso la mancata dazione non va ad integrare una *contrectatio* dello schiavo stesso, ma tutt'al più un comportamento eventualmente malizioso. Né, come rilevato dal Kaser⁵⁶, il problema circa la responsabilità per furto viene risolto da Paolo alla luce della forma con cui è confezionata la *stipulatio*, ma attraverso un'analisi concreta della specifica condotta del soggetto, in cui il mero interesse non è di per sé sufficiente.

D. 47.2.67. pr.-5 presenta, in conclusione, una significativa varietà di fattispecie. A partire dal dubbio iniziale, se attribuire al proprietario-ladro la responsabilità per furto, si passa al caso di un doppio comportamento

⁵⁶ M. KASER, *Grenzfragen der Aktivlegitimation zur actio furti*, in *Festgabe von Lübtow*, 1980, p. 291 ss. Lo Studioso tedesco, dopo un'accurata analisi comparativa di D. 47.2.13 (Paul. 5 ad Sab.): *Is cui ex stipulatu debetur, furti actionem non habet, si ea subrepta sit, cum per debitorem stetisset, quo minus eam daret* e di D. 47.2.86 (Paul. 1 man.): *Is, cui interest non subripui, furti actionem habet, si et rem tenuit domini voluntate, id est veluti is cui res locata est. is, autem, qui sua voluntate vel etiam pro tutore negotia gerit, item tutor vel curator ob rem sua culpa subreptam non habet furti actionem. Item is qui ex stipulato vel testamento servum debetur, quavis intersit eius, non habet furti actionem: sed nec is qui fideiussit pro colono*, rileva, per il nostro passo: «Anders als in fr. 13 und 86, verspricht der Schuldner hier nicht unmittelbar die Leistung des Sklaven, sondern daß er die termingerechte Leistung nicht verhindern werde. Das ist kein *certam rem dari*, sondern ein *non fieri (spondere)*, das mit dem Untergang der Sache nicht erlischt und darum keine Perpetuierung zuläßt. Daß der Gläubiger die a. f. nicht erhält, ist auch hier unzweifelhaft. Paulus hat dem von ihm zitierten Juristen, am ehesten dem Plautius (o. Anm. 70), nicht widersprochen: das *quamvis mea interest non subripui* will ja nicht die Bejahung, sondern die Verneinung der Aktivlegitimation des Stipulationsgläubigers rechtfertigen. Das ist nicht anders als in Gai. 3, 207 beim Depositär: *quia restituendae eius nomine depositi non tenetur nec ob id interest rem salvam esse*: Es liegt kein solches Interesse (ob id) vor, wie es für die a. f. erforderlich wäre».

delittuoso – una *subreptio* cui abbia fatto seguito una *contrectatio* su una *res* lasciata in legato – e ci si chiede se l'*actio furti* spetti all'erede o al legatario. Di poi si affronta il tema della legittimazione passiva all'azione di furto per colui che dolosamente chiamò in giudizio un mulattiere allo scopo di provocare il perimento dei suoi animali, caso certamente esaminato dai *veteres*. Nel paragrafo successivo è in gioco il comportamento disonesto del servo e del tutore che, pur non avendone più titolo, hanno continuato a riscuotere i crediti per conto del *dominus* e del pupillo. Dunque, si ravvisa furto a carico di colui che, avendo indicato un soggetto come sicuramente solvibile e pertanto idoneo a ricevere un mutuo, ne presenta poi un altro all'atto della conclusione del contratto. E infine, viene in rilievo l'interpretazione di una *stipulatio* in forma negativa, alla luce della quale escludere l'esperibilità dell'*actio furti*.

Ma pur nella indubbia varietà dei casi affrontati e dei riferimenti giurisprudenziali presenti, il testo è attraversato da un unico filo rosso: la valutazione in concreto della concessione dell'azione di furto, la quale viene in discussione sia per i suoi profili 'risarcitori', sia con riguardo al tema della legittimazione attiva e passiva.

5. Analisi e commento di D. 9.4.31 (Paul. l. 7 ad Plautium), (Lenel 1142): *cum familia furtum faciat*

L'ultimo testo da considerare è

D. 9.4.31: Quod ait praetor, cum familia furtum faciat, ad eum modum se actionem daturum, ut tantum actor consequatur, quantum si liber fecisset consequeretur, quaeritur, utrum ad pecuniae praestationem respiciat an etiam ad noxae deditorem, ut puta si ex pretiis noxae deditorum duplum colligatur, sequentes actiones inhibeantur. Sabinus et Cassius putant pretium quoque noxae deditorum imputari debere, quod Pomponius probat et est verum: nam et si servus indefensus ductus sit, aestimatio eius imputanda est. Certe non tantum duplationis, sed et conditionis rationem habendam Iulianus putat. Furti faciendi tempus spectandum esse, an eiusdem familiae sint servi: nam si hi, qui plurium dominorum erunt⁵⁷, unius esse postea coeperint, locus edicto non erit.

⁵⁷ C. FERRINI, in *Digesta Iustiniani Augusti (recognoverunt et ediderunt)*, P. Bonfante, C.

“Relativamente a quello che dice il pretore, che ‘quando il furto è commesso dai servi’, concederà l’azione in modo tale che l’attore consegua tanto quanto conseguirebbe se fosse stato derubato da un uomo libero, si chiede se l’obbligo debba riguardare la pena pecuniaria ovvero anche la dazione a nozza”. Questo l’inizio del passo che propone la *quaestio* sulla base di un lemma edittale. Di qui ci si chiede se restano in piedi le varie azioni relative quando si sia ottenuto il doppio del prezzo attraverso la dazione a nozza.

Il quesito specifico viene risolto attraverso il parere di Sabino e Cassio, per i quali andrà computato anche il valore di coloro che sono stati dati a nozza. Parere seguito anche da Pomponio ed accolto come *verum* da Paolo: infatti, aggiunge quest’ultimo, anche ove *servus indefensus ductus sit*, il suo valore (*aestimatio*) dovrà essere calcolato. Poi il giurista severiano riporta il pensiero di Giuliano, per il quale si dovrà tenere in conto soprattutto la *ratio condictionis*, più che la *ratio duplationis*. Quest’ultimo termine non è troppo chiaro e forse esso andrebbe sciolto in *dupli actionis*, come sospetta il Blume⁵⁸, che ben si accorderebbe, crediamo, col ‘*ex pretiis noxae deditorum duplum colligatur*’ di poco precedente.

Dovrà considerarsi – ancora secondo Paolo – il momento in cui è stato perpetrato il furto, onde verificare se i servi appartenevano allo stesso padrone: infatti, se quelli che precedentemente appartenevano a diversi padroni, solo in seguito hanno cominciato ad appartenere ad uno solo, non sarà applicabile l’editto in parola (*locus edicto non erit*).

Proprio sulla base di tale testimonianza, il Lenel ricostruisce in questo modo il tenore dell’editto richiamato:

Quod ait praetor, cum familia furtum faciat, ad eum modum se actionem daturum, ut tantum actor consequatur, quantum, si liber fecisset, consequeretur⁵⁹.

Il testo è centrato sulla discussione che doveva essere insorta fra i giuristi romani in merito all’ammontare della condanna nell’*actio furti*, richiamandosi anche ad un parere di Sabino e Cassio secondo i quali nel computo sarebbe dovuto rientrare anche il valore di coloro che fossero stati dati a

Fadda, C. Ferrini, S. Riccobono, V. Scialoia), Milano 1960, p. 251, introduce dopo *erunt*, ‘*autem*’ a rimarcare il contrasto con la disciplina prima descritta.

⁵⁸ La nota del Blume è riferita in *Digesta Iustiniani Augusti* cit.

⁵⁹ O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* 3, Leipzig 1927, p. 335.

nossa; parere seguito da Pomponio e accolto apertamente da Paolo (*et est verum*).

Secondo il Marrone, in realtà, non si discuterebbe dell'eventualità di un'azione per la differenza: «a proposito di furto di una *familia servorum* si invocano le autorità di Sabino e Cassio per dire che il debito del *dominus familiae* non *sciens* corrispondente alla *poena* quale sarebbe stata se il furto fosse stato commesso da un uomo libero (cfr. D. 47.6.1 pr., Ulp.), va calcolato tenuto conto di quanto prestato per lo stesso delitto»⁶⁰.

Non ci pare azzardato pensare che il riferimento al pensiero di Plauzio sia contenuto nella prima parte del testo, da *quod a inhibeantur*. Si potrebbe cioè credere che Paolo abbia riferito un quesito presente nell'opera di Plauzio svelato dal *quaeritur*, e nascente proprio dall'interpretazione delle parole dell'editto *Si familia ...* applicate al caso in presenza.

In verità, tutta la materia dei delitti commessi dai servi fu oggetto, come notissimo, di ampie discussioni. Specialmente larga attenzione da parte dei giuristi, relativamente agli illeciti della *familia servorum*, fu dedicata all'elemento della *scientia domini* rispetto al delitto compiuto. Così, ad esempio, ci informa Marcello, che se il furto è commesso da una *familia* di schiavi in proprietà tra un *dominus sciens* e un *dominus ignorans* il primo sarà tenuto con l'azione di furto in via nossale, il secondo, invece, conformemente a quanto previsto nell'editto, cioè come se il furto fosse stato commesso da un uomo libero. È plausibile poi che il *dominus sciens* condannato potesse chiedere al *socius ignorans* quanto pagato per uno dei due schiavi.

D. 47.6.5 (Marc. 8 *dig.*): Familia communis sciente altero furtum fecit: omnium nomine cum eo qui scit furti agi poterit, cum altero ad eum modum, qui edicto comprehensum est ... si ergo dumtaxat duos habuerimus servos communes ... cum eo, quo ignorante factum est, agere volet, duplum tantum consequetur. et videamus an iam in socium alterius servi nomine, non sit dandum iudicium, quemadmodum si omnium nomine socius decidisset: nisi forte hoc casu severius a praetore constituendum est, nec servorum conscio parcendum est⁶¹.

⁶⁰ M. MARRONE, *Sul concorso tra azione 'in solido' e azione nossale: a proposito di D.9.4.4.3 (Paul. 3 ad ed.)*, in *AUPA* 48, 2003, p. 17 e note.

⁶¹ Sospetta della genuinità del passo, specie della parte conclusiva, G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 4, Tübingen 1920, p. 288; ID., *Unklassische Wörter*, in *ZSS* 57, 1937, p. 51, ma *contra*, L. FANIZZA, *Giuristi crimini leggi nell'età degli Antonini*, Napoli 1982, p. 65 nt. 154.

E ulteriormente Ulpiano precisa che in base all'editto il proprietario *ignorans* della *familia* di schiavi che aveva commesso un furto avrebbe potuto darla a nozza, o pagare una somma a titolo di *aestimatio* pari al valore della lite ove l'illecito fosse stato compiuto da un uomo libero.

Se ne ricava che, a differenza del furto commesso dal *servus communis*, per quello compiuto dalla *familia* la *scientia* serviva come criterio idoneo ad escludere l'applicazione della clausola edittale⁶². Così Ulpiano,

D. 47.6.1 pr.-1 (Ulp. 38 *ad ed.*): Utilissimum id Edictum Praetor proposuit, quo dominis prospiceret aduersus maleficia servorum: videlicet ne cum plures furtum admittunt, evertant domini patrimonium, si omnes dedere, aut pro singulis aestimationem litis offerre cogatur. Datur igitur arbitrium hoc edicto, ut, si quidem uelit dicere noxios seruos, possit omnes dedere, qui participauerunt furtum: enimvero si maluerit aestimationem offerre, tantum offerat, quantum si unus liber furtum fecisset, et retineat familiam suam 1. Haec autem facultas domino tribuitur toties, quotiens ignorante eo furtum factum est: ceterum si sciente, facultas ei non erit data: nam et suo nomine, et singulorum nomine conveniri potest noxali iudicio, nec una aestimatione, quam homo liber sufferet, defungi poterit: is autem accipitur scire, qui scit, et potuit prohibere: scientiam enim spectare debemus, quae habet et voluntatem: ceterum si scit, prohibuit tamen, dicendum est, usurum edicti beneficio.

Il passo ci informa che la *ratio* di tale utilissimo editto riposa sulla necessità di un'efficace protezione dei padroni contro gli illeciti dei servi. E per evitare che il compimento dell'illecito potesse comprometterne il patrimonio, si concesse ai padroni la facoltà di scegliere se abbandonarli tutti alla riparazione o offrire per ciascuno l'importo della *lis*. In tale secondo caso, l'*aestimatio* sarebbe stata commisurata a tanto quanto il *dominus* avrebbe offerto se un solo uomo libero avesse commesso il furto, conservando la sua *familia*⁶³. Tale *facultas*, si precisa, veniva concessa ogni qualvolta egli fosse

⁶² Al riguardo, S. SCIORTINO, *Denegare iudicium e denegare actionem*, in *AUPA* 58, 2015, p. 227 e nt. 96. Cfr., pure, P. FERRETTI, *Complicità e furto* cit., p. 253 ss. E. STOLFI, "In limine litis": *esame delle disposizioni introduttive del processo formulare*, in *Rivista di Diritto Romano* 2011, p. 78, rileva come la responsabilità del padrone per i delitti commessi dai servi della casa fosse più gravosa per l'ipotesi di danneggiamento rispetto, ad esempio, a quella del furto.

⁶³ Circa l'espressione '*litis aestimationem offerre*' non vi può esser dubbio che essa sia usata sinonimicamente in luogo di '*litis aestimationem sufferre*' e sta ad indicare il pagamento della pena stabilita per l'illecito. Sul punto, A. MANNI, *Noxae deditio del cadavere e respon-*

stato *ignorans* del delitto, diversamente l'editto non avrebbe potuto trovare applicazione.

Importante e chiarificatrice la precisazione finale: si intende per 'consapevole' colui che sapeva e poteva impedire, dovendo considerarsi non la mera '*scientia*', ma la *scientia* che include la volontà. Infatti, seguendo una linea interpretativa favorevole ai padroni, essi avrebbero ben potuto avere consapevolezza del furto, ma essersi ad esso opposti. Per beneficiare, in altre parole, dell'editto, non era indispensabile dimostrare di aver ignorato il delitto, quanto piuttosto dare prova da parte del *dominus* che, pur avendone avuto coscienza, aveva tentato di impedirlo.

6. Conclusioni

Le conclusioni che possiamo trarre da questa sommaria analisi dei testi di commento paolino a Plauzio sono diverse.

In primo luogo, se si potevano inizialmente nutrire dubbi circa la congruità di tutti i passi con la materia della furtività, soprattutto con riguardo a D. 19.1.36, a proposito del *venditor* di una *domus*, essi ci appaiono a questo punto sufficientemente scongiurati. Anzi, più precisamente, potremmo dire che spesso al fondo dei casi discussi vi sia il tema della legittimazione, attiva e passiva, all'*actio furti*. Il rimedio giurisdizionale assume tutta la sua centralità e giustifica il collegamento interno tra fattispecie del tutto diverse, eppure tutte meritevoli di nuove considerazioni.

Sappiamo con certezza che proprio questa azione ha risentito di numerosi adattamenti nel corso dei secoli. E di molteplici estensioni da periodo a periodo e all'interno delle singole riflessioni dei giuristi. L'*actio furti* si configura – è risaputo – come un rimedio di età antichissima e di portata estremamente ampia, capace di colmare pure i vuoti di tutela dei via via sempre nuovi rapporti che si venivano a creare. Da probabile rimedio di esclusiva spettanza dominicale⁶⁴, la ritroviamo in età classica ad essere utilizzata contro lo stesso *dominus*, quando ciò sia sentito come funzionale alla

sabilità, in *Culpa. Facets of Liability in Ancient Legal Theory and Practice*. Proceedings of the Seminar held in Warsaw 17-19 February 2011, p. 89 ss.

⁶⁴ Cfr., ad esempio, F.M. DE ROBERTIS, *La legittimazione attiva nell'actio furti*, Bari 1950, ma abbiamo anche visto come ancora i giuristi di età classica, a partire da Gaio, provino esitazione nell'ammettere il proprietario alla legittimazione passiva all'azione.

protezione di interessi economici più meritevoli. E dell'importanza strategica di tale mezzo abbiamo una rappresentazione non solo attraverso la lente dell'attenzione rivolta ad esso dai giuristi, ma anche dagli editti pretori e dalla rilevante presenza dei temi in cui è coinvolta pure all'interno della Compilazione. Non ci deve sembrare dunque improbabile che Plauzio ne abbia discusso, recuperando casi a lui precedenti e le generazioni successive riannodano i fili di un dibattito che mostra i segni di un lunghissimo e variegato percorso. Al suo interno, non emerge solo il rapporto Paolo-Plauzio, ma trovano voce le opinioni di Quinto, e attraverso lui di suo padre Mucio e in ideale asse atemporale, Sabino e Pomponio che apprende da Quinto, senza essere tuttavia distante dallo stesso Plauzio, i cui libri a sua volta commenta.

Da questa analisi ci sembra, cautamente, di poter rilevare che l'opera di Plauzio non fu, probabilmente, un commento all'editto: la natura eminentemente casistica dei temi affrontati, la loro frequente risalenza ai *veteres*, sembrano piuttosto indurci a propendere per una raccolta di *responsa*⁶⁵ o di *quaestiones*, da cui Paolo attinge per recuperare la discussione, integrandola ed attualizzandola⁶⁶. Il che ovviamente non esclude che in singoli casi il giurista possa aver tratto spunto dalle parole dell'editto per avviare il suo commento, definendo in via di responso la disciplina del caso che aveva in osservazione.

L'opera di Paolo diventa allora anche un'importante testimonianza di una via di saperi di matrice casistica percorsa la quale acquistano luce anche i singoli apporti dei giuristi, le loro impostazioni culturali, la loro sapienza. Cosa che la sua stessa ampiezza, d'altronde, induce a credere: a differenza, ad esempio di analoghe opere di commento ci troviamo di fronte, complessivamente, a ben 18 libri, cioè oltre il doppio di quelli di Giavoleno, 5 libri, e di Pomponio, 7⁶⁷.

⁶⁵ L'opinione fu già sostenuta da C. FERRINI, *Atilicinus*, in *ZSS* 7, 1886, p. 76 e ID., *Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani*, in *Rend. Ist. Lombardo* II, 18, 1885, p. 900 ss. seguito pure dall'ALBANESE, *La nozione di furtum fino a Nerazio* cit., p. 47. Più di recente, si leggano anche le osservazioni di R. CARDILLI, *La nozione* cit., p. 315 ss.

⁶⁶ Il caso dell'attore che cita in giudizio il mulattiere dolosamente per provocargli un danno (D. 47.2.67.2), già da solo dimostrerebbe che ci troviamo di fronte ad una materia in discussione presso i *veteres*, ripresa da Plauzio e commentata da Paolo.

⁶⁷ Per la letteratura, specialmente, P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts*, Leipzig 1888, p. 206 nt. 25; S. RICCOBONO, *Studi critici sui libri XVIII di Paulus ad Plautium*, in *BIDR* 6, 1893, p. 119 ss.; C. FERRINI, *I libri ad Plautium di Paolo*, in *Opere C. Ferrini 2. Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano 1929, p. 205 ss.; C.A. MASCHI,

A sua volta il per noi misconosciuto Plauzio assume un ruolo non insignificante nella storia giuridica del I secolo, tanto da divenire egli stesso uno dei 'ponti' autorevoli di collegamento tra l'epoca repubblicana e quella classica della giurisprudenza romana⁶⁸.

Iulius Paulus. *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi*, in ANRW II. 15, 1976, p. 680 e p. 690 nt. 116.

⁶⁸ Considerazione che diventa assai più significativa ove si voglia accogliere la conclusione di F. SCHULTZ, *History of roman legal Science*, Oxford, 1953, p. 215 e p. 228, secondo la quale il commentario paolino era lemmatico: lo schema lemmatico sarebbe poi stato distrutto o da un editore pre-justiniano, o dagli stessi compilatori. Per ciò che attiene al lavoro di Plauzio, l'Autore ritiene che esso fosse una raccolta di *problemata*.