

3. Alcune precisazioni

L'esplicito confronto fra *dominium* e *in bonis esse* è assente nel Digesto⁵⁷, dove l'espressione *in bonis esse* è impiegata con riferimento a una situazione giuridica protetta o creata dal pretore soltanto in tre testi.

⁵⁷ Giustiniano soppresse la locuzione *nudum ius Quiritium* lasciando sopravvivere soltanto il termine *dominium*; v. C. 7.25.1: *Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex iure Quiritum vel tantummodo in bonis reperitur, quia nec huiusmodi esse volumus distinctionem nec ex iure Quiritum nomen...*; sulla costituzione v. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Abstraktes Eigentum e forme di appartenenza fondiaria nell'impero romano*, in *SDHI*, LXVII, 2001, 187 ss.; la costituzione è richiamata anche in C. 7.31.1 pr.: *Cum nostri animi vigilantia ex iure Quiritum nomen et substantiam substulerit...* Una duplice traccia deformata è rimasta in D. 6.1.1.2 (Ulp. 16 *ad ed.*): *... si quis ita petit 'filium suum' vel 'in potestate ex iure Romano'... ex lege Quiritium vindicare posse*; a parte le diverse questioni ricostruttive che il testo ha suscitato sugli strumenti di tutela della *patria potestas* in età classica (v. K. HACKL, *Die Feststellung der Vaterschaft und der väterlichen Gewalt*, in *ZSS*, XC, 1973, 141 ss. e ivi ampia letteratura), si ritiene concordemente che nella prima espressione *Romano* sia stato sostituito a *Quiritium* e nella seconda *lege a iure*: O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, Lipsiae, 1889, 508, nt. 6 e 7; V. ARANGIO-RUIZ, *Studi formulari*, in *BIDR*, XXXII, 1922, 56; G. SCHERILLO, *D. 6, 1, 1 § 2*, in *SDHI*, IV, 1938, 225; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in *AUPA*, XXIV, 1955, 397; A.M. RABELLO, *Effetti personali della 'patria potestas'*, Milano, 1979, 274, nt. 50; P. VOCI, *Storia della 'patria potestas' da Augusto a Diocleziano*, in *Iura*, XXXI, 1980, 82 e nt. 204.

'IN BONIS ESSE' E 'NUDUM IUS QUIRITIUM'

1. Introduzione. 2. Il problema del 'dominio bonitario' nella letteratura romanistica. 2.1. La ricostruzione delle situazioni giuridiche proprietarie in Bonfante. 2.2. La rilevanza giuridica dell'attività del proprietario bonitario nel pensiero di Kaser. 2.3. Approfondimenti terminologici: le ricerche di Wubbe e quelle di Ankum, van Gessel-De Roo e Pool. 2.4 La critica della nozione di 'proprietà pretoria' in Diósdí. 3. Alcune precisazioni. 3.1. Ricerca delle modalità di descrizione delle fattispecie di *in bonis* e rilievi critici sulla teoria tradizionale del dominio bonitario. 3.2. Genericità della locuzione *in bonis esse* e conseguente qualificazione dell'appartenenza nel regime del diritto romano classico. 4. Lo sdoppiamento di *in bonis esse* e *nudum ius quiritium*. 4.1. La disponibilità *in bonis* dello schiavo e gli effetti giuridici della sua attività. 4.2. Le limitazioni della *potestas* dello schiavo in capo al titolare del *nudum ius Quiritium*. 5. Acquisto *a non domino* e convalida dell'*in bonis habere* (D. 44.4.4.32). 5.1. Il responso di Giuliano nel caso di acquisto *a non domino* di *res mancipi* mediante *traditio* e il problema della tutela del contraente leso. 5.2. Operatività dell'*exceptio doli* a tutela del contraente leso nei confronti del *tradens*. 5.3. Operatività dell'*exceptio in factum (quem in bonis non haberet)* a tutela del contraente leso nei confronti del titolare del *nudum ius Quiritium*. 6. Acquisto della proprietà *in bonis* e pagamento del prezzo. 7 Note conclusive.

1. Introduzione

Il dibattito che si è sviluppato nel corso dell'Ottocento e del Novecento sulla teoria della 'proprietà bonitaria' o 'proprietà pretoria'¹, in riferimento a determinate situazioni giuridiche possessorie tutelate nella sfera dello *ius honorarium*, si trova al momento in una fase di stasi e dubbio che si possa riaccendere producendo altre lievi varianti sull'interpretazione dei temi classici. Anzi, proprio quel dibattito impone che si osservi estrema cautela nel delineare eventuali ipotesi ricostruttive dei meccanismi di trasferimento delle *res* e delle connesse modalità di tutela processuale. Ciò perché nella definizione dei modelli di appartenenza sono emerse ipotesi contrastanti. Vi è chi ha costantemente esaltato la relazione fra la c.d. 'proprietà bonitaria' e l'*actio Publiciana* e chi invece si

¹ P. BONFANTE, *Sul c.d. Dominio bonitario ed in particolare sulla denominazione 'in bonis habere'* in *Scritti giuridici vari*, II, *Proprietà e servitù*, Torino, 1926, 370 ss.; M. KASER, *In bonis esse*, in *ZSS*, LXXVIII, 1961, 173 ss.; E. POOL, *Lateinische Syntax und juristische Begriffsbildung: in bonis «alicuius» esse und bonitarisches Eigentum im klassischen römischen Rechtsquellen*, in *ZSS*, CII, 1985, 470 ss.; H. ANKUM, M. VAN GESSELDE ROO, E. POOL, *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse/in bonis habere im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, CIV, 1987, 238 ss.; EID., *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse/in bonis habere im klassischen römischen Recht. Teil 2*, in *ZSS*, CV, 1988, 334 ss.; EID., *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse/in bonis habere im klassischen römischen Recht. Teil 3*, in *ZSS*, CVII, 1990, 155 ss.

Se la cosa consegnata non era nell'effettivo godimento del proprietario quiritario, e se i diritti del proprietario erano esercitati da un'altra persona, questa proprietà veniva definita dalle fonti classiche *nudum ius Quiritium*⁵⁶.

Bonorum possessio; 2) *Bonorum emptor*; 3) *Ductio servi ex noxali causa*; 4) *Missio in possessione damni infecti nomine ex secundo decreto*; 5) *Addictio bonorum libertatum conservandorum causa*; 6) Pagamento della *litis aestimatio* da parte del convenuto con la *rei vindicatio*; 7) Assegnazione dei rami o alberi tagliati nel fondo del vicino dietro autorizzazione del pretore. Secondo Diósdí (*Ownership*, cit.) per quanto riguarda l'*adiudicatio nei iudicia imperio continens* si dubita che essa costituisca una situazione di *in bonis*: la fonte pertinente Ulp. D. 6.2.7 pr. manca di menzionare '*in bonis*'; sebbene una *missio in possessionem* possa portare all'usucapione (cfr. Paul. D. 39.2.5, pr.) l'espressione *in bonis* non si rinviene nel testo; l'*addictio bonorum libertatum servandorum causa* era solo un caso di *bonorum possessio* (cfr. D. 40.5.4.21); dopo il pagamento della *litis aestimatio* la proprietà quiritaria e la situazione effettiva probabilmente diventavano distinte (qui Diósdí ritiene insieme a Bonfante che sia comunque un caso di *in bonis*); la *restitutio fideicommissoria ex S.C. Trebellianum* non può intendersi come un caso di *in bonis*. Gaio infatti usa l'espressione in modo vago, senza indicare una speciale situazione tutelata dal pretore (cfr. D. 36.1.65 [3] pr.); non si ritiene corretto interpretare il taglio del bosco sul fondo altrui con un permesso del pretore, come un caso di *in bonis*, in quanto non ci sarebbe alcun riferimento nelle fonti (cfr. Ulp. D. 43.27.1 pr.).

⁵⁶ Così Gai. 1.54; 3.166; C. 7.25.1. In Fr. Dos. 9, sono usate le parole '*tantum ex iure Quiritium*'. L'espressione *nudum ius Quiritium* non è attestata per il periodo repubblicano.

ma l'*usucapiens* diventava un proprietario quiritario che aveva allo stesso tempo la cosa *in bonis*⁵⁴.

Lo sdoppiamento della proprietà quiritaria e della situazione patrimoniale effettiva (*in bonis esse*) aveva luogo non soltanto se la *res Mancipi* fosse stata trasferita mediante *traditio*, sebbene questo dev'essere stato il caso più importante. A parte D. 2.9.2.1, D. 9.4.26.6 e D. 44.4.4.32, tale situazione poteva anche verificarsi come la conseguenza di un'assegnazione definitiva del possesso da parte del pretore⁵⁵.

⁵⁴ Sul punto v. G. DIÓSDI, *Ownership*, cit., 172, le cui equilibrate valutazioni ritengo debbano essere contrapposte alle molte e dure censure al pensiero di Gaio (le ricorda sinteticamente C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*², Torino, 1976, 68: la complessità del problema è sfiorata da M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998, 136 s.; si veda, però, F. CASAVOLA, *Gaio nel suo tempo*, in *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, 147 ss.; R. QUADRATO, 'Gaius dixit' la voce di un giurista di frontiera, Bari, 2010). Ritengo rilevanti due considerazioni sull'opera di Gaio: maturità dell'opera, scritta dopo i commentari *ad edictum* e *ad Q. Mucium* (v. Gai 1,188; 3,54); genuinità sostanziale (cfr. L. CHIAZZESE, *Confronti testuali*, in *AUPA*, XVI, 1933, 93 e 102 s.). Sulla sistematica del manuale gaiano, v. E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II. *Contesti e pensiero*, Milano, 2002, 31 ss. e bibliografia ivi citata; R. MARTINI, *Di alcune singolarità della sistematica gaiana*, in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per Giovanni Grottanelli de' Santi*, Milano, 2007, I, 121 ss.

⁵⁵ P. BONFANTE, *Sul c.d. Dominio bonitario*, cit., 374, ha fatto una lista di questi casi, ma su questi, sono sorte obiezioni (v. in particolare DIÓSDI, *Ownership*, cit., 172, nt. 43): 1)

è mostrato incline a ridimensionare tale relazione². E una più meticolosa disamina di alcune tesi ben radicate sul punto potrebbe alla fine convin-

² Per quest'ultima tendenza, v. G. DIÓSDI, 'In bonis esse' und 'nudum ius Quiritium', in *Studi Volterra*, II, Milano, 1971, 125 ss.; ID., *Ownership in ancient and preclassical roman Law*, Budapest, 1970, 166 ss.; l'impostazione dell'ungherese (sulla quale v. pure O. ROBINSON, *recensione* a DiósdI, in *Iura*, XXI, 1970, 290 ss.) e il suo richiamo alla necessità di mantenersi aderenti alle fonti sono stati dalla romanistica sostanzialmente trascurati. Sull'*actio Publiciana*, a parte il classico lavoro di C. APPLETON, *Histoire de la propriété prétorienne et de l'action Publicienne*, Paris, 1889, si veda per lo meno, M. KASER, *In bonis esse*, cit.; F. STURM, *Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana*, in *RIDA*, IX, 1962, 357 ss.; R. FEENSTRA, *Action publicienne et preuve de la propriété, principalement d'après quelques romanistes du moyen âge*, in *Mélanges Philippe Meylan*, Lausanne, 1963, 91 ss.; ID., *Dominium and 'ius in re aliena': The Origin of a Civil Law Distinction / Legal Scholarship and Doctrines of Private Law, 13th – 18th Centuries*, Norfolk, 1996, 113 ss.; P. APATHY, *Die publizianische Klage. Das relative Recht des rechtmäßigen Besitzers*, Wien, 1981, 12 ss.; ID., *Die 'actio Publiciana' beim Doppelkauf vom Nichteigentümer*, in *ZSS*, XCIX, 1982, 158 ss.; L. VACCA, *Il c.d. 'Duplex dominium' e l'actio Publiciana*, in *La proprietà e le proprietà*, Atti del Convegno della Società Italiana di Storia del diritto. Pontignano 30 settembre - 3 ottobre 1985, a cura di E. Cortese, Milano, 1988, 39 ss. (= EAD., *Possesso e tempo nell'acquisto della proprietà. Saggi romanistici*, Padova, 2012, 97 ss.); A. BURDESE, *Editto publiciano e funzioni della compravendita romana*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale di Pisa-Viareggio-Lucca del 17-21 aprile 1990*, I, a cura di L. Vacca, Milano, 1991, 119 ss. Sul nesso '*actio Publiciana*' / proprietà pretoria, v. *infra* nt. 10.

cere molti giuristi, all'interno e fuori del contesto romanistico, che gli storici del diritto si dedicano con tenacia a dimostrare l'indimostrabile.

Il modo per evitare tutto ciò consiste non nell'abbandonare le acquisizioni della romanistica in questo campo, ma nell'elaborarle. Almeno quattro dei contributi degli studiosi attivi nella prima metà del Novecento che, a mio parere, dominano il nostro pensiero – la discussione di Bonfante³ sul regime delle *res Mancipi* e delle *res nec Mancipi*, gli scritti di De Visscher⁴ sull'individualismo proprietario e l'evoluzione delle forme di appartenenza nell'età arcaica e repubblicana, il parallelo di Kaser⁵ tra le forme proprietarie esclusive e quelle collettive o le indagini di Grosso⁶

³ P. BONFANTE, 'Res Mancipi' e 'nec Mancipi', Roma, 1888-89, poi con il titolo *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, in *Scritti giuridici varii*, II, cit., 69 ss.; ID., *Sul c.d. Dominio bonitario*, cit., 370 ss.; ID., *Corso di diritto romano*, II, Roma, 1926-1928.

⁴ F. DE VISSCHER, *La notion de puissance dans l'organisation de l'ancien droit romain*, in *Nouvelles études des de droit romain public et privé*, Milano, 1949, 263 ss.; ID., «Mancipium» et «res Mancipi», ivi, 193 ss.; ID., *Individualismo ed evoluzione della proprietà nella Roma repubblicana*, in *SDHI*, XXIII, 1957, 26 ss.; ID., «Auctoritas», «res Mancipi» et «usucapio», in *Études de droit romain public et privé*³, Milano, 1966, 233 ss.

⁵ M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Weimar, 1943; ID., *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, in *ZSS*, LXVIII, 1951, 147 ss.; ID., *In bonis esse*, cit., 173 ss.

⁶ G. GROSSO, *Corso di diritto romano. Le cose*, Torino, 1941; ID., *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino,

capias: semel enim impleta usucapione proinde iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea Mancipata vel in iure cessa esset.

Le espressioni '*divisionem accepit dominium*' e '*duplex dominium*'⁵¹, atte a suscitare equivoci, come nei lavori di Ciapessoni e Feenstra, i quali ritenevano che Gaio stesse parlando di due tipi di proprietà⁵², inducono Diósdí a rigettare quelle interpretazioni e ad aderire alla ricostruzione di Bonfante, secondo il quale *duplex dominium* non significa due generi di proprietà, ma lo sdoppiamento (*divisio*) della proprietà in due. Quest'orientamento è rafforzato dal fatto che *in bonis esse* non è mai definito *dominium* da Gaio⁵³. Inoltre, dopo il decorso del tempo necessario per l'usucapione, la situazione di *in bonis esse* non per questo cessava. Essa non si trasformava in proprietà quiritaria,

⁵¹ Gai.1.54.

⁵² P. CIAPESSONI, '*Duplex dominium*', *Studi su Gaio*, Pavia, 1934, 91 ss. *Contra* F. LA ROSA, *In tema di 'duplex dominium*', in *Ann. Cat.*, III, 1949, 521 ss. La visione di Ciapessoni è anche sostenuta da R. FEENSTRA, '*Duplex dominium*', cit., 62 ss., il quale estende la nozione di *duplex dominium* anche a coloro che hanno acquistato *a non domino*, ma il testo di Gaio parla ambigualmente soltanto dell'acquisto di una *res Mancipi* da un proprietario mediante *traditio*.

⁵³ In Gai.1.54 troviamo l'espressione *in potestate domini*, ma in questo caso la parola *dominus* non significa 'proprietario'. Essa denota il 'padrone' rispetto allo schiavo. In tal senso v. F. LA ROSA, *In tema di 'duplex dominium*', cit., 521 ss.

la commissione giustiniana⁴⁷, la terminologia sembra adottata in senso generico: nelle *Institutiones* di Gaio, infatti, ricorre l'espressione '*nullius in bonis est*' per designare le cose su cui non si esercita il possesso⁴⁸.

Le *Istituzioni* di Gaio e altre fonti pregiustiniane⁴⁹, comunque, presentano passi dove *dominium ex iure Quiritium* e *in bonis esse* sono separati. Anche Diósdí si soffermava sul più discusso testo di Gaio, frequentemente usato come un argomento a favore della teoria della supposta proprietà pretoria⁵⁰:

Gai. 2.40 - 41: *Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus quisque est aut dominus non intellegitur. Quo iure etiam erat aut non intellegebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere. Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usu-*

⁴⁷ Gai.1.35; 1.54; 1.167; 2.9-11; 2.40-41; 2.88; 2.222; 3.80; Ulp.1.16; 19.20; 22.8; Fr. Dos. 9.

⁴⁸ Gai. 2.9; 2.11. Utili puntualizzazioni in G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14 e le 'res incorporales'*, in *AUPA*, LV, 2012, 125 ss.

⁴⁹ Vedi nt. 47.

⁵⁰ Si veda, infatti, U. BRASIELLO, *Problemi di diritto romano esegeticamente valutati. 2. In bonis habere ed editto Publiciano*, Bologna, 1959, 85 ss.; V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano, 1954, 89 ss.; G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali*, cit., 41 ss.

sulle strutture proprietarie e gli schemi di convivenza conseguenti – mi sembrano punti di partenza inevitabili per qualunque utile ricostruzione storiografica del dominio romano e delle forme cosiddette bonitarie. Ma per andare oltre dobbiamo collocarle nel contesto del pensiero contemporaneo, che è molto più ampio di quello nel quale esse sono naturalmente inserite. I rischi di questa strategia sono ovvi: eclettismo arbitrario e teorizzazione superficiale.

Lavorando a favore di questa espansione dell'ambito concettuale in cui si svolgono i nostri studi ci si può muovere in molte direzioni. Qui mi limiterò a sviluppare, seguendo il pensiero di Bonfante e di Kaser, quella che potrei definire come la 'dimensione culturale' dell'analisi giuridica sul problema dell'*in bonis esse*. Il termine 'cultura' ha talvolta acquisito un'aura di cattiva fama nelle cerchie dei romanisti, per la molteplicità dei suoi referenti e la voluta indeterminatezza con cui lo si è troppo spesso chiamato in causa⁷. Invece,

1944; ID., *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato*, Torino, 1970.

⁷ La generale combinazione di transazioni simboliche che definiamo in maniera lata *cultura romanistica*, contenitore e contenuto della realtà giuridica, è l'elemento riconoscibile di differenziazione: sul punto v. le riflessioni di M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*³, Bari, 2004, 268 ss. e gli esempi che egli riporta relativamente al profilo formale e contenutistico dell'esperienza giuridica romana, all'apporto originale e creativo, del tutto distaccato dalle tradizioni precedenti, dei giuristi medievali

il concetto di cultura cui aderisco non ha né una molteplicità di referenti né alcuna insolita ambiguità: esprime una gamma di significati trasmessa storicamente e per mezzo della quale gli storici del diritto comunicano, perpetuano e sviluppano la loro conoscenza e i loro atteggiamenti verso le fonti giuridiche. Naturalmente, termini come ‘significato’, ‘modello’ e ‘concezione’ richiedono una spiegazione, ma è proprio qui che entra in gioco l’ampliamento di cui ho parlato.

2. Il problema del ‘dominio bonitario’ nella letteratura romanistica

È sempre difficile stabilire se si ha un debito più profondo verso coloro che hanno scritto pagine capaci di stimolare la riflessione sostenendo tesi con le quali sembra opportuno o addirittura

e sull’abusato uso opportunistico del diritto romano. Indubbiamente alcune questioni sembrano perpetuarsi quasi costantemente in tutte le esperienze e i periodi storici, alcune idee sembrano ripresentarsi in forme diverse ma sostanzialmente con la stessa capacità di indicare un nucleo problematico durevole: ricorrenze tematiche accomunate da un riferimento a una rappresentazione, o meglio a un atto di rappresentazione, che, però, nel loro emergere e nel loro consolidarsi nel tempo rendono palese la loro eterogeneità. Per la difficoltà a individuare un’unica tradizione romanistica v. P. CAPPELLINI, *Dal diritto romano al diritto privato moderno*, in *Diritto privato romano. Un profilo storico*, a cura di A. Schiavone, Torino, 2003, 453 s.

ture, contraggono debiti d’eredità e a Diósdí appare utile disporre di questo patrimonio per individuare quanto sia forte l’incidenza delle tradizioni e in che misura ne sia ancora riconoscibile la traccia. Intorno al fenomeno del dominio bonitario ruotano concetti di varia provenienza ma, comunque, assorbiti e ugualmente implicati in questa nozione.

Diósdí mostra come nelle *Institutiones* di Gaio l’espressione *in bonis esse* manca di un preciso significato, e non è idonea a designare una forma di proprietà pretoria quale distinta dalla proprietà civile. Allo studioso sembra che Gaio, quando vuole designare la posizione del proprietario quiritario, usa senza esitare le parole *in bonis esse*, e l’espressione *nullius in bonis est* include anche la proprietà civile, ma naturalmente nell’ambito di una formulazione negativa che esclude ogni tipo di appartenenza. Come in qualche frammento del Digesto, *in bonis esse* denota anche una posizione che era tutelata dal pretore, ma ciò non significa altro che l’appartenenza di qualcosa a qualcuno.

I giuristi, infatti, adoperarono la locuzione in varie accezioni, tanto che l’espressione *in bonis esse* – come aveva segnalato Bonfante – non è considerata tra i termini tecnici del linguaggio giuridico del diritto classico⁴⁶. Anche prendendo in considerazione i testi che non furono rimaneggiati dal-

⁴⁶ P. BONFANTE, *Sul c.d. Dominio bonitario*, cit., 370 ss.

divaricazioni notevoli tra il fenomeno bonitario e la giuridicità onoraria.

Ciò costringe a ridiscutere il tema, ponendo in questione la genesi della costruzione tradizionale. Occorre ridiscutere sino in fondo questa egemonia per verificare se essa provenga da una precedente tradizione, per stabilire fino a che punto quell'idea è ancora accettabile ed eventualmente in quali termini.

Da questo punto di vista, *Ownership in ancient and preclassical roman law*, di György Diósdí⁴⁵, ha il pregio di essere una ricerca di vastissimo respiro, che si misura anche con la questione del dominio bonitario; nell'utilizzo delle fonti, l'Autore si avvale sia del dato propriamente normativo, sia di quello offerto dalla *scientia iuris*, evitando però attentamente di considerarli sullo stesso piano come ugualmente idonei alla ricostruzione delle forme giuridiche proprietarie.

Per impostare la ricerca sull'*in bonis esse*, Diósdí ritiene necessario, in via preliminare, determinare i valori semantici al fine di definire, sia pure negli aspetti generali, cosa si possa e si debba intendere per *in bonis*, e valutare con cognizioni adeguate le difficoltà che possano derivare dai diversi significati. Le accezioni della locuzione *in bonis* appaiono tali da consentire di tracciare un percorso storico, di cogliere, se c'è, un *continuum*. Le varie soluzioni, anche quando realizzano rot-

⁴⁵ G. DIÓSDÍ, *Ownership*, cit., 166 ss. (v. *supra* nt. 2).

necessario polemizzare, oppure verso coloro che hanno scritto pagine con le quali ci si sente immediatamente in sintonia.

Il ricercatore dovrebbe partire senza alcun 'pregiudizio teorico', anche se è discutibile che ciò sia sempre possibile. È perlomeno necessario avere qualche idea di *dove* e *come* guardare; e ciò non può non dipendere dall'oggetto della ricerca e dalla formulazione delle domande principali, le quali possono riguardare, per fare un elenco assolutamente parziale e generico, la rappresentazione e la costruzione della realtà giuridica, le strategie di persuasione, le procedure di legittimazione e giustificazione, ecc.⁸

⁸ Ogni produzione scientifica si articola, infatti, in un contesto di produzione sociale, politico e culturale. Essa implica un ambiente di elaborazione circoscritto da determinazioni specifiche: una professione, una scuola di appartenenza, una categoria di giuristi, ecc. È dunque soggetta a condizionamenti e limitata da un particolare ambito d'osservazione. In funzione di questa collocazione si elaborano dei metodi, si precisa una topografia d'interessi, si organizzano determinate questioni da affrontare. Queste implicazioni possono riguardare l'ambito delle relazioni tra scienza e insegnamento del diritto. Sul tema, con riferimento alla giusprivatistica italiana, v. M. NARDOZZA, *Manualistica e cultura del codice civile in Italia tra Otto e Novecento*, Roma, 2012. Sul versante romanistico, M. TALAMANCA, *Il diritto romano fra modello istituzionale e metodologia casistica*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo, Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese (1914-1995)*, a cura di L. Vacca, Napoli, 2008, 331 ss., ha messo in guardia dal pericolo della «sopravalutazione moderna

Nel selezionare alcune dimensioni del discorso ritenute come più rilevanti – o che emergono come più rilevanti nel materiale oggetto di studio – e scegliendo i metodi più appropriati per studiarle, non ci si può lasciare condizionare dal fatto che i giuristi romani attuavano positivamente – piuttosto che enunziare teoricamente – gli strumenti dell'attività interpretativa. Occorre tuttavia individuare, attraverso un'indagine fedelmente ricognitiva, i fattori immanenti che ispirarono le varie soluzioni, secondo quella mentalità problematica che risulta dalla particolare inclinazione dei giuristi alla logica del concreto⁹.

del modello istituzionale, soprattutto al livello dell'insegnamento», per via della disattenzione «alla casistica, dovuta alle vicende che la scienza del diritto privato ebbe fra l'Ottocento ed il Novecento ... meccanicamente riflesse sul mondo romano» (ivi, 335).

⁹ Una particolare attenzione, in questo senso, dovrebbe anzi essere prestata alle indagini che già i Culti svolserono, a più riprese, ripercorrendo in modo analitico le problematiche giuridiche rappresentate dalla distinzione fra *res Mancipi* e *nec Mancipi*, per riferirle correttamente alla *Mancipatio*, sulla base del 'riscoperto' commentario di Boezio ai *Topica* di Cicerone; penso soprattutto all'opera di Jacques Cujas, *Paratitla in Codicis Iustiniani lib. VII, de usuc. transform.* (che consulto in J. CUJACIUS, *Opera omnia*, II, Neapoli, 1758, c. 469 ss.), oppure all'opera di BUDÉ, *Annotationes Priorae et Posteriores Gulielmi Budaei Parisiensis, Consiliarij RRegij, ac libellorum supplicum in Regia Magistris, in Pandectas*, Lutetiae, 1556, c. 25 ss.; sugli aspetti del lavoro di Cujas e di Budé attorno alle problematiche del trasferimento della proprietà e della distinzione tra *res*

ne e di complicità concettuale dalla quale la tradizione giuridica romana, come cercheremo di dimostrare, sembra mantenersi distante⁴⁴.

2.4- La critica della nozione di 'proprietà pretoria' in *Diòsdi*

La letteratura ricordata ha costantemente individuato il contenuto della situazione giuridica denominata nelle fonti in termini di *in bonis esse* o *in bonis habere*, facendo leva sul carattere della pienezza del godimento e dell'esclusività del dominio tutelati *iure praetorio*. Per quanto trattasi di profilo del quale certo occorre tener conto per stabilire quale sia l'interesse del possessore *in bonis*, i limiti della sua tutela, l'ambito del potere di escludere i terzi dal godimento, la teoria della proprietà pretoria non sembra idonea a spiegare la ragione e il carattere delle regole destinate al possessore *in bonis*.

Il pensiero romanistico contemporaneo ha dovuto fare i conti con questa egemonia, e anche quando l'abbia messa in questione, ha riscontrato

⁴⁴ Cfr. le impressioni di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce *Proprietà (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 201, nt. 137, il quale esprime, sinteticamente, forti perplessità, sottolineando come le costruzioni terminologiche degli autori olandesi gli «appaiano di poca o nulla utilità pratica».

tosto come gli aspetti essenziali di quel processo interpretativo che è, fondamentalmente, l'attività del giurista. Secondo Pool i giuristi classici avrebbero utilizzato espressioni del tipo *rem esse in bonis meis / alicuius* per indicare la proprietà in senso ampio, come nella formula Serviana⁴² del creditore pignoratizio ed espressioni più tarde, del tipo *rem meam / alicuius*⁴³ per indicare specificamente la proprietà pretoria. L'uso, quindi, che farebbe la maggior parte dei romanisti delle espressioni abbreviate *in bonis esse* o *in bonis* tralascerebbe la distinzione tra forma grammaticale, significato e sviluppo semantico delle due predette espressioni più precise, che indicherebbero differenti posizioni proprietarie.

In questa prospettiva, in base alla quale si ritiene che l'*in bonis esse* sia un termine tecnico, impiegato dai giuristi classici nel senso di proprietà pretoria, sostanzialmente si estremizza l'impostazione di Kaser, giungendo a un livello di astrazio-

⁴² Sul tema, v. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, II, *Le garanzie reali*, Padova, 1963, 327 ss.; F. LA ROSA, *La protezione interdettale del 'pignus' e l'actio Serviana*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, VII, Milano, 1987, 312 ss.; A. BISCARDI, *Appunti sulle garanzie reali*, Milano, 1976, 152 ss.; G. HANARD, *Interdit Salvien et action Servienne. La genese de l'hypothèque romaine*, in *RIDA*, XLI, 1994, 249.

⁴³ Sulla costruzione v. E. POOL, *Die verschiedenen Bedeutungen*, cit., CV, 1988, 432 ss.; pure E. POOL, *Lateinische Syntax und juristische Begriffsbildung: in bonis 'alicuius' esse und bonitarisches Eigentum im Klassischen Römischen Recht*, in *ZSS*, CII, 1985, 470 ss.

In base all'orientamento tradizionale si presume che ci sia una stretta connessione tra l'*actio Publiciana* e l'*in bonis esse*, sebbene le fonti non giustificano questa tesi¹⁰, laddove, ad eccezione di

mancipi e *nec mancipi*, si veda L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, I, Milano, 1976, 59 ss.

¹⁰ La supposta connessione tra l'*in bonis esse* e l'*actio Publiciana* è stata sostenuta da R. FEENSTRA nel suo '*Duplex dominium*', in *Symbolae Martino David dedicatae*, I, Leiden, 1968, 55 ss. Egli giunge alla conclusione che l'intervento di Giustiniano (C. 7,25,1) non abolì la proprietà bonitaria, perché altrimenti l'*actio Publiciana* non sarebbe esistita nel Digesto (v. p. 69). Tradizionalmente comunque, l'*actio Publiciana* è definita nella letteratura come l'azione dei proprietari 'bonitari': v. quanto scriveva l'APPLETON, *Histoire*, cit., 3, «... les Jurisconsultes emploient une périphrase: ils disent que la chose se trouve dans les biens d'une personne; *in bonis*. Aussi les modernes l'ont-ils appelée l'*in bonis*. Mais bien plus souvent les Prudentes se servent d'une autre locution et désignent le propriétaire prétorien par ces mots: *celui qui a la Publicienne*. C'est que toute institution prétorienne se confond nécessairement avec l'action qui la sanctionne». Sul nesso '*actio Publiciana*' / proprietà pretoria v. M. KASER, *Besitz und Verschulden bei den dinglichen Klagen*, in *ZSS*, LI, 1931, 92; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1947, 338 ss.; ID., *La 'vindicatio' romana primitiva*, in *Il Filangieri*, XXXX, 1951, 321 ss.; M. KASER, *Neue Studien*, cit., 131 ss.; G. PUGLIESE, *Sentenza di rivendicazione ed acquisto della proprietà in diritto romano*, in *RIDA*, VI, 1959, 347 ss.; M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*, München, 1966, 205; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1971, 229 ss.; M. MARRONE, *Contributi in tema di legittimazione passiva alla 'rei vindicatio'*, in *Studi Scherillo*, I, Milano, 1972, 341 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato*

un singolo frammento ulpiano¹¹, non è menzionato mai l'*in bonis esse* insieme all'*actio Publiciana*. L'espressione *in bonis esse* non compare, infatti, nel titolo del Digesto sull'*actio Publiciana*¹² e Gaio, che si occupa di entrambe le questioni, non per questo le pone in collegamento¹³.

2.1.- La ricostruzione delle situazioni giuridiche proprietarie in Bonfante

Nella trattazione del Bonfante sulla nozione di '*in bonis esse*', le fonti sono attentamente esaminate¹⁴. La sua analisi rivela che l'espressione *in bonis esse* non era uno dei termini tecnici del linguaggio giuridico dei Romani, essendo stata usata nelle fonti con significati differenti¹⁵.

romano, Torino, 1987, 294 e 336; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1989, 62, 83 e 407; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*², Padova, 1990, 312 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 71 e 340; F. STURM, *La nature juridique de la 'rei vindicatio'*, in *Études dédiées à H. Ankum*, Amsterdam, 1995, 505 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1999, 318 ss.

¹¹ Ulp. D. 44.4.4.32.

¹² D. 6.2.

¹³ Ciò può anche dedursi dal titolo sulla '*Publiciana*' nel Digesto. Giustiniano abolì il contrasto tra '*nudum ius Quiritium*' e '*in bonis esse*', ma l'*actio Publiciana*' fu mantenuta.

¹⁴ P. BONFANTE, *Sul c.d. dominio bonitario*, cit., 370 ss.

¹⁵ Ivi, 386: «Da tutto ciò risulta, che in bonis non era termine tecnico per designare l'istituto pretorio, bensì una

definizione della proprietà (sono le espressioni del tipo '*rem in bonis meis esse*' e '*rem in bonis meam esse*')⁴⁰.

Storia giuridica e linguaggio sono certo tra i fattori che avrebbero assunto sempre maggiore rilievo, divenendo addirittura dominanti in alcune correnti più interessanti e più vive della romanistica contemporanea⁴¹, e storia e linguaggio dei giuristi sono indubbiamente i due problemi che si collocano al centro dell'opera degli studiosi olandesi. La caratteristica della loro prospettiva anzi sta proprio nell'aver visto storia e linguaggio non come due problemi diversi, seppure destinati a integrarsi e a fecondarsi reciprocamente, ma piut-

⁴⁰ H. ANKUM, M. VAN GESSEL-DE ROO, E. POOL, *Die verschiedenen Bedeutungen*, cit., CIV, 1987, 241 ss.

⁴¹ Le enucleazioni tra lingua e diritto del mondo antico hanno sempre derivato il loro fondamento in una asserita analogia implicita tra lo spirito della lingua e lo spirito del diritto, con la conseguenza che si sono riversati gli assunti della dimensione linguistica in quella del diritto e viceversa. Cfr. sul punto P. STEIN, *Lo svolgimento storico della nozione di «regula iuris» in diritto romano. Antologia giuridica romanistica ed antiquaria*, Milano, 1968, 99. È importante ricordare come nel diritto, al pari della lingua, Savigny era portato a intravedere piuttosto che il prodotto di un atto, il risultato di un processo: F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), Hildersheim, 1967. Sul problema cfr. G. MARINI, *Il paragone tra diritto e linguaggio nella giurisprudenza romantica*, in *Atti e Memoria dell'Accademia Toscana di Scienze e Lettere La Colombaria*, XL, 1975, 231 ss. (= ID., *Storicità del diritto e dignità dell'uomo*, Napoli, 1987, 27 ss.).

Roo e Pool³⁸, secondo i quali il proprietario bonitario andrebbe identificato nel titolare di un potere assoluto su una cosa corporale diverso dal proprietario quiritario. Tale forma di titolarità assoluta avrebbe gli elementi idonei per essere tutelata dal pretore contro i terzi, anche nei confronti del proprietario quiritario, rivelandosi quale una vera e propria forma di 'proprietà pretoria'. A nulla varrebbe opporre, secondo costoro, il regime per così dire transitorio della situazione 'bonitaria', in quanto, sostiene Ankum³⁹, le due posizioni di proprietario quiritario e proprietario bonitario si possono sommare in capo al medesimo soggetto.

Gli studiosi olandesi pongono alla base della problematica una questione terminologica prima mai esaminata: accanto ai tradizionali termini adoperati per indicare la proprietà del *ius civile* risultano utilizzate due diverse espressioni per la

³⁸ H. ANKUM, M. VAN GESSEL-DE ROO, E. POOL, *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse/in bonis habere im klassischen römischen Recht*, in *ZSS, CIV*, 1987; *CV*, 1988; *CVII*, 1990. Con l'espressione 'proprietà pretoria' o 'bonitaria' E. POOL, *Die verschiedenen Bedeutungen*, cit., *CVII*, 1990, 171 ss., intende riferirsi alla signoria di un bene posta sotto l'assoluta tutela (*erga omnes*) del pretore; da questa posizione andrebbe distinta quella del *bona fide possessor (ad usucapionem)*, tutelata solo relativamente dall'*actio Publiciana*'.

³⁹ H. ANKUM, *Le droit romain classique a-t-il connu un droit de propriété bonitaire relatif?*, in *Satura R. Feenstra*, Fribourg (Suisse), 1985, 125 ss.

Può essere utile sottolineare, in primo luogo, come il suo approccio sia prevalentemente critico. Ciò che preme a Bonfante non è tanto confutare esplicitamente le ricostruzioni sistematiche pandettistiche, quanto liberare la dogmatica giuridica da ogni astrattezza e rigidità normativa e da ogni parzialità valutativa.

L'elaborazione dei giuristi romani ha sete di esperienza e di vita. Il passaggio dal dato empirico all'idea di un istituto giuridico non è che la conquista di un centro o di una direzione prospettica secondo cui l'esperienza giuridica possa dispiegarsi nell'universalità organica della propria vita. Bonfante indaga il pensiero dei giuristi romani per evidenziare la dimensione semantica che il linguaggio giuridico ha progressivamente mostrato¹⁶. In tal modo indaga il formarsi in senso

frase, tanto dell'uso edittale, quanto del linguaggio comune dei giuristi, esprime in ordine alle cose l'esser proprietario. Questa frase veniva adoperata a significar l'in bonis pretorio, ma in guisa, che ciò risultasse chiaro dalle relazioni del discorso».

¹⁶ Per quanto riguarda le indagini di Bonfante sul regime proprietario e sui poteri del *pater familias*, v. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, I, cit., 407 ss.; 489 ss.; ID., *Ancora sui poteri del 'pater familias'*, in *BIDR*, LXXIII, 1970, 357 ss.; ID., *Proprietà e signoria in Roma antica*, I, Roma, 1994, 185 ss. Per ciò che concerne la individuazione semantica nel discorso dei giuristi romani, v. A. CARCATERRA, *Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani. 'Interpretatio iuris'*, Bari, 1972, 26 ss.; ID., *Struttura del linguaggio giuridico-precettivo romano. Contributi*, Bari, 1968; B.

tecnico del concetto di *res*, in quanto derivante da un originario impiego atecnico più generale, nonché la distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi* con tutte le conseguenze cui ha dato luogo. Come è noto, egli teorizza che la formulazione del concetto tecnico di *res* può essere intesa come la risultante dello svilimento di un'economia di tipo chiuso, come la risultante del mutamento dell'unità della famiglia arcaica, e quindi come la risultante delle differenze che si dovettero venire a configurare fra i vari beni tutti inizialmente ed esclusivamente nella disponibilità del *pater familias*¹⁷.

BIONDI, *Valore delle etimologie dei giuristi romani*, in *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, 739 ss.

¹⁷ Altri aspetti dovevano aggiungersi a quanto sinteticamente accennato nel testo e Bonfante li ricollegava all'origine della struttura stessa dell'ordinamento romano e della sistemazione delle situazioni giuridiche proprietarie messe in opera dai *prudentes*. L'attenzione è per il *dominus* concepito nella sua disponibilità di diritti e di potestà in tal misura assoluti da porlo, in particolare nell'età arcaica, quasi titolare di una sua specifica sovranità. Su questa concezione v. R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II, Leipzig, 1894 (in particolare v. il § 35). Per le importanti implicazioni dell'influsso di Jhering v. *infra* nt. 21. Sui poteri del *pater familias*, cfr. P. VOCI, *Esame delle tesi del Bonfante su la famiglia romana arcaica*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, I, Napoli, 1953, 104 ss.; F. GALLO, 'Potestas' e 'dominium' nell'esperienza giuridica romana, in *Labeo*, XVI, 1970, 17 ss.

del *bonorum possessor* e del *bonorum emptor*³⁶ e che Gaio riferisce l'espressione al proprietario quiritario, se quest'ultimo è realmente nella posizione di esercitare i diritti di un proprietario: «...semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse»³⁷.

La complessa problematica di cui ci siamo qui limitati a mettere in luce solo alcuni tratti essenziali sollecitò in profondità e variamente la riflessione storiografica e critica. Da un lato, si promuoveva un lavoro di sviluppo, di elaborazione, di messa a punto e perfezionamento delle proposte bonfantiane a livello metodologico; dall'altro lato, si ricavavano da tale lavoro gli strumenti critici e storiografici idonei a una nuova e più penetrante esplorazione della cultura giuridica del passato.

L'orientamento tradizionale, incline a individuare una forma di proprietà pretoria contrapposta al *dominium ex iure quiritium*, continuerà però a condizionare il dibattito anche in alcuni interventi successivi, in particolare con le ricerche condotte dagli studiosi olandesi Ankum, van Gessel-De

³⁶ Gai. 3.80: *Neque autem bonorum possessorum neque emptorum res pleno iure fiunt, sed in bonis efficiuntur.*

³⁷ Gai. 2.41. Nello stesso senso Gai. 1.54 (su questo passo v., da ultimo, S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2007, 141, nt. 56).

C. 8,15 (*Si aliena res pignori data sit*) e soprattutto in C. 8,15,6³¹ che termina: *et per alium alienam rem invito domino pignori obligari non posse certissimum est*. Lo studioso si concentrava sul tenore della formula dell'*actio Serviana*: al momento della costituzione del pegno in favore del creditore il bene in garanzia doveva essere *in bonis* del debitore (v. C. 8,15,5³²). Wubbe riteneva che la formula non richiedesse il *dominium ex iure Quiritium* del debitore³³ e, nel procedere ad analizzare il significato di *in bonis*, concludeva che il suo uso in Gaio (2,40-41)³⁴ e in altri luoghi non presenta carattere tecnico, e vale non a indicare la c.d. proprietà bonitaria o pretoria ma in senso generale qualsiasi cosa rientrante nel patrimonio di un soggetto³⁵. Wubbe evidenziava particolarmente come rientrassero nella nozione di *in bonis esse* anche la situazione

³¹ C. 8,15,6: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Quae praedium in filios a se titulo donationis translatum creditori suo dat pignori, se magis contrario pigneraticio obligavit iudicio, quam quicquam dominis nocet, cum serviana etiam actio declarat evidenter iure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis in bonis fuerint, et per alium alienam rem invito domino pignori obligari non posse certissimum est.*

³² C. 8,15,5: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pigneraticiae daretur.*

³³ Ivi, 10.

³⁴ Il noto passo di Gaio è citato *infra* 2.4.

³⁵ Ivi, 13 ss.

A partire da questo livello dell'indagine la valutazione si estende alla ricostruzione delle situazioni giuridiche proprietarie, tra cui l'*in bonis habere*, analizzate dall'interno della griglia concettuale impiegata in un determinato periodo dai *prudentes*, avendo cura di approfondire l'intrecciarsi e lo stratificarsi delle diverse classificazioni elaborate in materia (oltre alla distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*, anche quella altrettanto importante tra *res corporales* e *incorporales*)¹⁸. Sostanzialmente Bonfante avviava una ricerca causale tra la terminologia giuridica e quella non giuridica per individuare condizionamenti nella struttura e nei caratteri del lessico dei giuristi romani.

Anche per quanto concerne le affermazioni sulla genuinità o meno di espressioni e termini rinvenibili nelle fonti e sulla loro più attendibile origine, nella costruzione bonfantiana si nota uno scarto netto rispetto a ricerche di un autore come Beseler¹⁹: qui non si sollevavano problemi di natura meramente stilistica (che in molti casi erano pregiudizi), bensì di evoluzione interna degli aspetti linguistici e – quanto al momento di emersione di categorie giuridiche come quella di *dominium* – per bisogni propri della qualificazione sistematica, sostituitasi al momento creativo, immediatamente espressivo della realtà. Per Bonfante la 'sostantivazione' oltre che effetto è anche

¹⁸ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II.1, cit., 7 ss.

¹⁹ G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I-V, Tübingen, 1910-1931.

causa di sviluppi ulteriori sul piano degli approfondimenti concettuali e istituzionali. Così, attestata la presenza e l'individuazione cronologica dell'impiego di un termine giuridico, per esempio solo in età classica, ciò garantiva sufficientemente della probabile storia anteriore della realtà e del comportamento designati con il sostantivo e, prima, con il verbo²⁰.

Bonfante affrontava il tema dell'*in bonis habere* muovendo dalla radicata convinzione che le regole e i principi comunemente stabiliti dall'ordinamento romano in materia di trasferimento della proprietà quiritaria fossero divenuti inadeguati a governare gli scambi, nella fase concomitante all'espandersi delle dimensioni della *civitas*, a partire almeno dalla seconda metà del II secolo a.C., caratterizzata da una decisa accelerazione delle contrattazioni. Gli interventi del pretore e della giurisprudenza a tutela delle forme giuridiche di appartenenza vengono interpretati come rimedi processuali di adattamento del regime degli acquisti derivativi, che avvenivano tra romani e stranieri, alle nuove esigenze di speditezza dei traffici. Il discorso si estendeva al tema della validità degli atti di trasferimento delle *res* e a tutte le questioni che il problema aveva attratto, in particolar modo la valutazione della opponibilità ai terzi dell'atto invalido (*traditio* di *res Mancipi*).

²⁰ È nota la discussione e l'investigazione filologica di termini quali *erus* e *dominus*, su cui fondamentale è il richiamo a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, I, cit., 414 ss.

problemi, elaborando un metodo insieme saldo, flessibile e articolato e strumenti di non comune acutezza. L'esperienza e il metodo dei giuristi romani rivelavano modelli strutturali e operativi nuovi.

Bonfante e Kaser hanno aperto la via per una revisione generale della teoria della proprietà bonitaria. I loro studi richiamano l'attenzione sulla inconsistenza della terminologia romana e sul bisogno dell'esame di ogni testo senza pregiudizi. Ma i loro risultati sono, naturalmente, ancora influenzati dalla visione tradizionale dominante.

2.3- *Approfondimenti terminologici: le ricerche di Wubbe e quelle di Ankum, van Gessel-De Roo e Pool*

È a partire dalla pubblicazione della tesi di dottorato di Wubbe³⁰ che le conoscenze acquisite riguardo il significato delle espressioni '*in bonis esse*' e '*in bonis habere*', nell'ambito delle azioni di diritto onorario, sono state radicalmente messe in discussione. La ricerca si concentra sul significato di queste espressioni e sul problema se queste abbiano avuto un carattere tecnico-giuridico.

Wubbe sollevava dubbi sui testi che indicano l'impossibilità di costituire validamente il pegno o l'ipoteca su una *res aliena* senza il consenso del proprietario, come le Costituzioni conservate in

³⁰ F.B.J. WUBBE, *Res aliena pignori data. De Verpanding van andermans zaak, in het klassieke Romeinse Recht*, Leiden, 1960.

fronti dell'orientamento tradizionale di quanto lo fosse stato il maestro italiano. Innanzitutto, Kaser affrontava il tema della rilevanza giuridica dell'attività del proprietario bonitario, allo scopo di individuare il contenuto della relazione fra soggetto e bene giuridico, mediante la considerazione della tutela dell'interesse del proprietario bonitario²⁹. Un primo elemento che si ricava esaminando la sistemazione operata dalla giurisprudenza classica sull'*in bonis*, e soprattutto mettendo in relazione questa sistemazione con quella di altre situazioni giuridiche, è la elementarietà di questa medesima sistemazione. I giuristi classici si astengono dal sottoporre alla propria attenzione la situazione bonitaria nella sua complessità. Un altro elemento è la indifferenza per la situazione giuridica del *nudus dominus*. L'*in bonis* appare una situazione dinamica che consente una utilizzazione economica del patrimonio e conseguentemente un godimento diretto da parte di chi è *in bonis*; il *nudus dominus* ha solo formalmente dei legami con la *res*, ma non ha la disponibilità della *res*.

Dall'opera di Kaser la romanistica ha tratto alimento e stimolo in relazione ad altri importanti

²⁹ Anche Kaser, con una concessione forse involontaria fatta alla teoria tradizionale, concluse che l'*in bonis esse* potesse giustamente definirsi 'dominio bonitario'; v. M. KASER, *In bonis esse*, cit., 184: «Es ist hiernach gerechtfertigt das *in bonis esse* ein pratorisches, oder wenn man der von Theophilus angeregten Terminologie folgen will, ein bonitarisches Eigentum zu nemmen».

L'epoca presa in esame coincide con il momento in cui si vengono a trovare riuniti nell'editto del pretore, in una forma compiuta, l'antico *ius Quiritium*, il *ius gentium*, ovvero il nuovo diritto formatosi dalla necessità di regolare i rapporti con i *non cives* a seguito all'espansione italica e mediterranea, e il *ius honorarium*, formatosi sulla base degli strumenti processuali concessi dal pretore in forza del suo *imperium*. Bonfante mira a conseguire una consapevolezza più puntuale delle soluzioni e dei procedimenti interpretativi impiegati dai giuristi romani, cogliendone i legami con fasi remote rispetto al quadro che emerge dalle fonti disponibili. Su questo terreno egli sviluppa una riflessione destinata a trovare un'eco anche oltre il quadro degli studi proprietari. Il suo pensiero considera il mutamento delle forme proprietarie, anche nelle sue manifestazioni extranormative, e la vita concreta dell'ordinamento. Una spia di tale riflessione è nel problema del diritto classico, nella sua formazione ed evoluzione rispetto all'assetto giustiniano²¹.

²¹ La maniera di Bonfante di intendere il pensiero dei giuristi romani non come un rigido sistema di immobili categorie e di definizioni assolute, ma come una riflessione costantemente aperta alla vita dell'ordinamento, è in buona misura il risultato della lezione di Jhering. L'influsso esercitato da Jhering su Bonfante è ben noto, ma è impossibile non tornare a prenderlo in considerazione ogni qual volta si analizza la formazione bonfantiana (sul nesso Jhering-Bonfante, v. M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo*

Novecento, Torino, 2007, 28 ss., ove bibliografia). Il fondamento della reazione di Jhering alle limpide e astratte costruzioni logico-formali della pandettistica, risiedeva essenzialmente nella considerazione secondo la quale la realtà sociale, economica, politica, non si esaurisce in una stabile e costante ripetizione di eventi ma, anzi, propone l'immagine di un intreccio così complesso di fatti e conseguenze da rendere ardua un'adeguata conoscenza del suo divenire. Si riconosceva che la nozione di un istituto si forma in base a valutazioni di vario genere, sempre indistinte e non chiaramente coscienti, le quali esprimono tuttavia un giudizio ricco di contenuto storico, economico, sociologico, politico. Queste valutazioni emergevano direttamente o indirettamente dalla disciplina positiva, che costituiva il punto di partenza della ricostruzione *a posteriori* dello schema concettuale. Così, fra vita e forme vi è ora dialettica, ora tensione. La vita creatrice, la vita che produce più vita, che è sempre più vita, ha un posto centrale nel pensiero di Jhering e dovette stimolare dal profondo la riflessione del giovane Bonfante: cfr. R. VON JHERING, *Geist*, II, 1, cit., 122 ss.; anche I, 82 e 107 ss.; ID., *Friedrich Karl von Savigny*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutige röm. u. deutsch. Privatrechts*, V, 1861, 354 ss., ora in *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern f. die Dogmatik*, II, Jena, 1882, 14. Ma accanto e insieme alla vita vi è, per Bonfante, ciò che è più della vita, le forme, che sono prodotte dalla vita stessa e che ora la arricchiscono ora la irrigidiscono. Bonfante ebbe non solo il merito di cogliere e mettere a frutto le sollecitazioni più fertili di questa dottrina (fertili soprattutto in rapporto alla astratta normatività e al dogmatismo imperanti nella scienza giuridica pandettistica), ma anche il merito di scorgere i limiti di essa e di correggerne gli eccessi. Così, la ammirata e allarmata perplessità di Jhering di fronte alla sterminata ricchezza del processo vitale e alla funzione delle categorie inerenti a quel processo, lascia il posto a un appassionato ma lucido

È indubbio che un autore come Max Kaser, la cui saldezza e la cui precisione di metodo derivavano principalmente da una rigorosa preparazione filologica, si mostrasse più inquieto, più fervido e fornito di strumenti solidi. Nel 1943 il libro su *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*²⁸ metteva a punto e trasferiva sul piano della critica storiografica i criteri fenomenologici elaborati da Bonfante a livello teorico. In quel libro la romanistica del Novecento, dopo aver invano cercato udienza presso la critica pandettistica più ortodossa, era per così dire interrogata sulle sue ragioni istituzionali e sollecitata a dar essa stessa conto delle sue procedure e delle sue operazioni. Nel volume citato i tratti fondamentali della tradizione erano portati in luce mediante l'organica integrazione dei diversi piani da cui essa appariva costituita: la storicità, la storia, la traduzione, la critica. In tal modo si rinunciava alla sempre in qualche misura arbitraria operazione di definire dall'esterno un contesto giurisprudenziale e si chiamava il contesto stesso a significarsi attraverso le proprie strutture. Così, come voleva Kaser, l'esperienza giuridica romana era resa in tutta la sua viva molteplicità.

Egli seguiva lo schema del Bonfante, pur essendo apparentemente meno scettico nei con-

²⁸ M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln-Graz, 1956 [questa seconda edizione è identica alla prima del 1943]; v. pure, ID., *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, *Festschrift Koschaker*, 1, Weimar, 1939, 445 ss.

sempre nuove e diverse, ammoniva che a essa occorre chiedere i modelli e non farli discendere da astratte definizioni; faceva comprendere che i modelli della giurisprudenza e del pensiero giuridico sono tanti quanti sono i momenti dell'esperienza. Erano quelli gli anni in cui una storiografia e in particolare una scienza giuridica nuova, venivano, non senza difficoltà, affermandosi nel nostro paese (sulle vicende della romanistica italiana, dal punto di vista della ricostruzione della formazione disciplinare, v. M. TALAMANCA, *Diritto romano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, (Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981), Milano, 1982, 707 ss.; ID., *Un secolo di 'Bullettino'*, in *BIDR*, XCI, 1988, I ss.; ID., *La romanistica italiana fra Ottocento e Novecento*, in *Index*, XXIII, 1995, 159 ss.; v. pure, ID., *Vincenzo Arangio-Ruiz (1884-1964): Trent'anni dopo*, in *BIDR*, XCVI- XCVII, 1995, IX ss. Un momento altrettanto importante di bilancio storiografico, che coinvolge il tema della partecipazione dei romanisti alla formazione del ceto intellettuale delle classi dirigenti italiane, dall'Unità alla Repubblica, è costituito dallo scritto di A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, 1991, 275 ss.). Si trattava di una scienza giuridica che chiedeva alla storiografia non solo di essere giudicata nei suoi risultati, ma anche e in primo luogo di essere compresa nelle sue ragioni e di essere orientata nelle sue operazioni. La storiografia romanistica, più rigidamente legata al pandettismo, si era mostrata inadeguata al proprio compito istituzionale. E fu allora che fruttò la lezione bonfantiana. Certo, non fu soltanto l'opera di Bonfante a promuovere, in quell'occasione, un rinnovamento delle funzioni della metodologia. Altri maestri, altre proposte, soprattutto maestri e proposte tedesche, contribuirono a maturare una nuova consapevolezza critica.

Il rapporto giurisprudenza / diritto privato si configurava unitariamente anche se ci appare non privo di sfumature. A Bonfante sembrava, infatti, possibile delineare un 'modello' di ordinamento (nell'ambito del rapporto giurisprudenza / diritto privato) che si presentava come punto di arrivo dell'evoluzione giuridica romana, le cui caratteristiche essenziali non risultavano toccate dalle mutazioni politiche. In tale modello si esaltavano la mancanza di cambiamenti essenziali nel catalogo delle fonti, la permanenza dell'organizzazione processuale formulare, un tratto di continuità tra

interesse per la realtà, che è corrente di vita, insieme a una ferma fiducia nell'azione razionale; l'inquieta relazione vita-forme diventa un rapporto decisamente dialettico. Nel passaggio da Jhering a Bonfante, invero, si determina un mutamento di segno all'interno della medesima corrente di ricerca, che la rende più aderente alla situazione culturale e ricca di forza edificatrice. Il rovesciamento della posizione pandettistica compiuto da Bonfante consiste in questo, e proprio questa è la peculiarità della sua riflessione: Bonfante, sviluppando e puntualizzando le indicazioni di Jhering, riconosce all'esperienza un'importanza fondamentale, ma proprio per questo non la considera estranea alla riflessione romanistica né, d'altra parte, la assume surrettiziamente in essa. Persuaso della necessità di partire dall'esperienza, egli non è meno persuaso della necessità di non privilegiare, in sede storiografica, alcun momento parziale di essa e di assumere la ragione storica come criterio metodologico capace di consentire all'esperienza di liberamente esplicitarsi in tutta la varietà delle sue articolazioni.

assetti costituzionali e metodi scientifici dei giuristi²².

²² Tale modello avrebbe potuto essere delineato seguendo il criterio giuridico-dogmatico astratto del puro dover essere oppure secondo il criterio storico-sociologico concreto. La scelta ricadeva sul criterio storico-fattuale, che appariva più ricco di implicazioni, laddove si traduceva non già nell'analisi dei fatti intesi nella loro materialità storica, bensì nello studio delle scelte operate dai giuristi e dagli utenti del diritto in relazione a questioni concrete, scelte che, pur fondate su formulazioni teoriche-astratte, incidevano sulla realtà. Negli orientamenti successivi della romanistica, si terranno distinte una 'forma' e una 'sostanza' della *interpretatio prudentium*, che sarebbe ricognitiva e dipendente dal primo punto di vista, creativa e discrezionale dal secondo. Si veda E. BETTI, *Forma e sostanza dell'«interpretatio prudentium»*, in *Atti Congresso internazionale di diritto romano (Verona, 27-28-29 settembre 1948)*, II, Milano, 1951, 101 ss., ora in ID., *Diritto Metodo Ermeneutica – Scritti scelti*, a cura di G. Crifò, Milano, 1991, 367 ss., sebbene vi è chi ha autorevolmente sostenuto la natura puramente ricognitiva del lavoro giurisprudenziale, come V. ARANGIO-RUIZ, *La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana*, in *Foro italiano*, LIX, 1934, 49 ss., e chi si è posto in un'ottica di segno nettamente opposto, sostenendo la natura creativa, come P. DE FRANCISCI, *Arcana Imperii*, Milano, 1948, III, 1, 148 ss. Più affine alla posizione bettiana, tendente a individuare un approccio ricognitivo sul piano formale e creativo sul piano sostanziale, si mostrerà G. GROSSO, *L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità*, in *SDHI*, III, 1937, 265 ss.; ID., *Premesse generali al corso di diritto romano*⁴, Torino, 1960, 67 ss. Per utili approfondimenti, volti a recuperare il rapporto dell'interpretazione giurisprudenziale con gli aspetti consuetudinari, v. F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del di-*

attraverso un'aderente e articolata fenomenologia dell'esperienza giuridica romana. E tale esperienza è attentamente delineata in tutta la sua varietà²⁷.

²⁷ Non c'è dubbio che, per lo storico del diritto che legga Bonfante, lo stimolo maggiore è costituito dal continuo richiamo all'esperienza e alla sua infinita varietà. Non occorre ora dire che tale richiamo opera sia attraverso la concreta strutturazione metodologica della ricerca, sia attraverso la configurazione che la romanistica stessa assume nell'opera bonfantiana. Le pressanti sollecitazioni di Bonfante a far valere l'esperienza in tutta la sua varietà caddero quando comparvero i saggi (P. BONFANTE, *'Res mancipi' e 'nec mancipi'*, cit.; ID., *Sul c.d. Dominio bonitario*, cit., 370 ss.; ID., *Sulla 'exceptio rei venditae et traditae'*, in *Scritti giuridici varii*, cit., 450 ss.; ID., *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell'eredità*, Roma, 1915, in *Scritti giuridici varii*, cit., 469 ss.) che avrebbero costituito poi il *Corso* sulla proprietà (P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, I e II, cit.; ID., *Corso di diritto romano*, III, *Diritti reali*, Roma, 1933, rist. a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano, 1972), in uno spazio culturale nel quale la metodologia pandettistica aveva finito per provocare una sorta di irrigidimento e di inabilità di molti settori della storiografia. La pandettistica insegnava che esiste un unico modello di giurista e che a esso non può che corrispondere un unico modello di metodo. Cfr., però, sul punto, M. NARDOZZA, *«Il problema della storia dei giuristi romani» nella romanistica italiana tra Ottocento e Novecento*, in *Dogmengeschichte und historische Individualität der Juristen / Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani (Atti del Convegno Montepulciano 14-17 giugno 2011)*, a cura di Chr. Baldus, M. Miglietta, G. Santucci, E. Stolfi, Trento, 2012, 663 ss. Bonfante educava, invece, al gusto e all'attesa della varietà giuridica, mostrava che l'esperienza dei giuristi romani si articola secondo forme

pratico e utilitario, poco curandosi del fatto che esse si articolano in un orizzonte teorico e che, dunque, adoperandole come le adopera, egli spezza un'organica connessione di elementi e perde di vista la totalità del processo dialettico in cui quegli elementi agivano. Non ci sarà, tuttavia, da dolersi di questa riduzione pragmatica della metodologia bonfantiana. Solo a prezzo di tale riduzione, infatti, essa potrà divenire operante a livello storiografico. Non dimentichiamo che Kaser²⁶ ha implicitamente previsto e autorizzato la riduzione, riconoscendo che il piano sul quale si muove lo storico del diritto è, e non può non essere, il piano pragmatico, e che, pertanto, ogni operazione dello storico del diritto si costituisce fatalmente come parziale e unilaterale. Si dirà che altre metodologie, come quella pandettistica, non mancano di fornire ragguagli al riguardo. Il fatto è, però, che la pandettistica vi arriva astraendo dalla varietà e dalla complessità dell'esperienza e assolutizzando un momento particolare di essa. Nella pandettistica la funzione della storiografia è limitata a un senso meramente e inflessibilmente assiologico e ridotta all'ambito della rigida alternativa 'storia'-'dogma'. Nel pensiero di Bonfante, per contro, il rilievo della posizione e della funzione della storiografia in rapporto agli altri piani e alle altre funzioni della sfera giuridica è raggiunto non mediante astratte e rigide definizioni, ma

²⁶ M. KASER, *In bonis esse*, cit., 184.

Egli calibrava la discussione sulle rigide forme di circolazione dei beni, ancora imperniate alla fine della repubblica sull'obsoleta distinzione fra *res Mancipi* e *nec Mancipi* e sull'ormai vetusta *Mancipatio*. Le garanzie nella circolazione dei beni predisposte con un particolare sistema di pubblicità dei trasferimenti delle *res pretiosiores*, effettuati con il rituale della *Mancipatio*, alla presenza dei cinque testimoni e del *libripens*, potevano funzionare, per come erano state concepite, all'interno di una piccola comunità di pastori e agricoltori, dalle dimensioni ridotte, e rafforzata con la presenza di un forte controllo sociale. Ma dal momento in cui il commercio e la ricchezza si sviluppano nella *civitas* estesa dalle sue conquiste, e con l'evolversi delle contrattazioni almeno a partire dall'età delle guerre annibaliche, la *Mancipatio* e le sue formalità non potevano più essere puntualmente osservate.

Nello sviluppo della *traditio* si individuano e distinguono due momenti: il primo è quello dell'economia chiusa, in cui lo scambio delle *res* si effettua mediante contratti con effetti reali e per l'effetto traslativo della *traditio* si esige la sussistenza del contratto-base di essa. Il secondo è quello dell'economia sviluppata. L'esigenza di validità della causa è diventata un impedimento per l'incremento della circolazione delle *res*, perché gli

ritto, Torino, 1971, 7 ss. Per la valorizzazione del dato sociologico, aderente a una valutazione creativa e autonoma dell'apporto giurisprudenziale, v. L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*², Milano, 1975.

acquirenti successivi di queste, finché non si compie il periodo dell'*usucapio*, sono esposti alla *reivindicatio* del proprietario.

Bonfante tende a porre in stretta relazione le situazioni di *possessio ad usucapionem* con le situazioni di *in bonis*. In questo caso ha influito molto la circostanza che si sia preso a modello, in riferimento ai requisiti necessari per i casi di *in bonis*, la situazione tutelata dall'*actio Publiciana*, sovrapponendo in un'unica trama l'elaborazione giurisprudenziale sull'*usucapio* con i casi di *in bonis esse* o *in bonis habere*²³. Da questo punto di vista, anche se ha cercato di dimostrare che *in bonis esse* e *actio Publiciana* non sempre corrispondono reciprocamente²⁴, Bonfante si mantiene in linea con l'orientamento tradizionale, affermando che la terminologia 'dominio pretorio' potesse in definitiva applicarsi all'*in bonis esse*²⁵. Egli ritiene, infatti, che i casi di *possessio ad usucapionem* fossero protetti con azioni onorarie fittizie, per mezzo delle quali, in pratica, si assimilava rispetto ai terzi rivendicanti, la posizione giuridica del possessore che non aveva ancora usucapito a quella di un pro-

²³ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, cit.

²⁴ P. BONFANTE, *Sul c.d. Dominio bonitario*, cit., 376 ss.; v. pure L. VACCA, *Il c.d. 'Duplex dominium'*, cit., 39 ss. La romanistica prestò poca attenzione alle investigazioni terminologiche di Bonfante, almeno fino a quando, molto tempo dopo, Kaser affrontò il problema (M. KASER, *In bonis esse*, cit., 173 ss.); v. *infra* § 2.2.

²⁵ Ivi, 377: «Sul riconoscimento dell'*in bonis* come figura di proprietà sembra che non si possa aver dubbio».

prietario quiritario. Pertanto questo tipo di tutela processuale, finalizzato a far decorrere il tempo per usucapire, poteva configurarsi quando la *possessio* fosse in buona fede e in base ad una *iusta causa*: un elemento quest'ultimo che, sempre secondo Bonfante, si rivelerebbe come un limite ulteriore all'acquisto per usucapione. Così ogni tipo di *possessio ad usucapionem* tutelato dal pretore corrisponderebbe, nel diritto romano classico, alla c.d. proprietà pretoria, destinata poi a ricongiungersi con il *dominium ex iure Quiritium* al momento del compiersi dell'*usucapio*.

2.2- La rilevanza giuridica dell'attività del proprietario bonitario nel pensiero di Kaser

Se dopo esserci soffermati sugli aspetti della riflessione bonfantiana che hanno maggiormente contribuito all'edificazione di una storiografia capace di cogliere senza deformarla la vita dell'universo romano in tutta la varietà dei suoi piani e delle sue relazioni, ci chiediamo quale stimolo e quale ausilio sia venuto da quella storiografia alla critica romanistica, la risposta, almeno in prima istanza, non pare difficile.

Lo storico del diritto che legge Bonfante, se anche sia insensibile alle sue attitudini sociologiche, orienta, probabilmente, la sua lettura secondo un piano pragmatico, tende, cioè, ad appropriarsi di certe indicazioni per un uso immediato

ciali riguardanti i diritti di potestà sullo schiavo, misure che furono realizzate con la creazione della nozione di *nudum ius Quiritium*. Si delinea così una vicenda in bilico tra affermazione degli istituti tradizionali e loro crisi improvvisa, individuazione di nuove modalità interpretative dei processi di trasformazione in corso e primi approdi interpretativi, in un moltiplicarsi di soluzioni del tutto peculiari a una realtà prettamente giurisprudenziale.

La separazione della proprietà quiritaria e dell'*in bonis esse* non rimase limitata agli schiavi. Come si nota dalle fonti fu estesa più tardi alle al-

KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., 298). Sturm ha chiarito l'inattendibilità di tale orientamento (F. STURM, *Zur ursprünglichen Funktion der actio Publiciana*, cit.), ribadendo l'orientamento tradizionale secondo il quale l'azione fu creata per la protezione degli acquisti informali, così che originariamente essa fosse utilizzabile soltanto da coloro che avevano acquistato la cosa dal proprietario (ivi, 397 ss. e 415). Sturm nega le supposte difficoltà di prova con la *rei vindicatio*, e precisa come la teoria medievale della *probatio diabolica* non sia supportata dalle fonti romane (ivi, 363 ss.), precisando altresì come dal punto di vista dell'onere probatorio non vi fosse alcuna differenza tra la *rei vindicatio* e l'*actio publiciana* (ivi, 385). Sul problema dell'onere probatorio, da ultimo, v. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Ripartizione e attenuazione dell'onere probatorio nei giudizi di rivendica*, in *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, a cura di C. Cascione, E. Germino, C. Masi Doria, Napoli, 2006, 369 ss.; EAD., *Riflessioni sulla struttura della rivendica romana e sulla prova della proprietà*, in *Filia. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli, 2007, 2473 ss.

Due frammenti si riferiscono al caso di una *ductio ex noxali causa iussu praetoris*⁵⁸; il terzo frammento prospetta una situazione giuridica anomala di vendita di cosa altrui, nella quale il tradente acquista effettivamente la proprietà della *res* solo in un secondo tempo rispetto al trasferimento, allorché succede all'effettivo proprietario. Il passo è in Ulp. D. 44.4.4.32⁵⁹, ove si prospetta il caso di chi abbia venduto e consegnato con *traditio*, dietro pagamento del prezzo, un fondo non suo e, divenuto successivamente erede dell'originario ed effettivo proprietario di tale fondo, lo rivende e ne effettua *traditio* a un secondo diverso acquirente.

Le fattispecie presenti in altri passi del Digesto, invece, appaiono eterogenee. Probabilmente la nozione empirica di appartenenza, che indica la posizione più vasta del soggetto nei confronti della cosa *in bonis*, è idonea a rappresentare un profilo essenziale del fenomeno, il quale tuttavia non sempre appare riconducibile all'ordinamento del *ius honorarium*: anzi, proprio il carattere primario dell'attribuzione accentua la necessità di stabilire la ragione e il modo in cui l'appartenenza *in bonis* si manifesta nella realtà giuridica romana.

⁵⁸ Paul. D. 2.9.2.1 e 9.4.26.6.

⁵⁹ Il passo verrà analizzato nel § 5 con riferimento al problema della convalida dell'atto di trasferimento anomalo e al § 6 con riferimento al problema del pagamento del corrispettivo della vendita.

3.1- Ricerca delle modalità di descrizione delle fattispecie di 'in bonis' e rilievi critici sulla teoria tradizionale del dominio bonitario

Se si assume, quale momento di riflessione, la varietà di casi riportati nel Digesto a proposito dei quali appare impiegata l'espressione *in bonis esse* (*habere*), una volta operata la distinzione tra fattispecie e soluzione giurisprudenziale, risulta che l'indagine sull'*in bonis* si risolve in una ricerca sulle modalità di descrizione delle fattispecie.

I testi in cui compare nel Digesto l'espressione *in bonis esse* (*habere*) esprimono una vasta gamma di differenti significati⁶⁰:

a) in 20 frammenti in *bonis esse* (*habere*) è impiegato in un'accezione assai vasta, designando rapporti di appartenenza inquadrabili nello schema della proprietà, anche in relazione all'esercizio di una *rei vindicatio*⁶¹. Quest'uso dell'espressione è presente in un testo ulpiano:

Ulp. D. 50.16.49: ... *in bonis autem nostri computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. Aequè bonis adnumerabitur etiam, si quid est in*

⁶⁰ Cfr. G. DIÓSDI, *Ownership*, cit., 169 ss.

⁶¹ Gai. D. 36.1.65 (63), pr; Maec. 35.2.30.5; Pap. 35.2.11.3; Paul. 21.2.41.2; 31.12 pr.; 33.2.1; 31.49.3; 42.5.6.2; Scaev. 20.1.34.2; 35.2.95.2; 36.1.80.16; Ulp. 5.4.6 pr.; 35.2.62.1; 35.2.82; 37.1.1; 37.6.1.11; 42.8.10.9; 50.12.2.2; 50.16.49; Ven. 42.8.8.

to dei diritti di potestà sullo schiavo. In accordo con i nuovi principi, i diritti di potestà sullo schiavo furono riconosciuti soltanto a coloro che effettivamente avevano lo schiavo *in bonis*. Il proprietario quiritario che aveva alienato lo schiavo con la *traditio*, o che era stato definitivamente privato dello schiavo dal pretore, risultava titolare soltanto del *nudum ius*, ma non aveva una *potestas*. La tutela nei trasferimenti 'informali' in ipotesi di soggetti in schiavitù richieste, oltre rimedi processuali¹⁰⁶, anche misure nuove, cioè previsioni spe-

¹⁰⁶ L'*actio Publiciana* era disponibile soltanto a coloro che non avevano titolo a esperire la *rei vindicatio*. In questo modo il campo d'applicazione delle due azioni era chiaramente delimitato. Questa dualità si spiega non già per difficoltà di prova con la *rei vindicatio*, sebbene la tesi della *probatio diabolica* è divenuta il problema di un appassionato dibattito che risale a F.B.J. WUBBE, *Quelques remarques sur la fonction et l'origine de l'action Publicienne*, in *RIDA*, VIII, 1961, 417 ss.: l'autore sostiene che la funzione originaria dell'*actio Publiciana* non fosse la protezione di coloro che avevano acquistato senza le formalità prescritte, ma la protezione del *possessor bonae fidei*. In tal senso, l'azione era anche disponibile fin dall'inizio a coloro che avessero acquistato una cosa *a non domino* (ivi, 430). Secondo Wubbe, l'*actio Publiciana* fu introdotta a causa delle difficoltà di prova con la *rei vindicatio*. Egli ascrive le supposte difficoltà alla creazione della nozione di proprietà assoluta, di cui il peso della *probatio diabolica* si sarebbe imposto sull'attore (ivi, 422 e 426). Su questo punto Wubbe aderisce all'opinione di Kaser, secondo il quale dopo l'introduzione della formula petitoria, l'*actio Publiciana* avrebbe preso il posto della *legis actio sacramenta in rem*, determinando, in base alla sua ben nota concezione, una protezione di carattere relativo (cfr. M.

dell'*actio Publiciana*. In conseguenza se una *res mancipi* era acquistata da un soggetto mediante semplice *traditio*, l'acquirente godeva della tutela di un meccanismo procedurale: poteva ottenere la disponibilità della cosa dal proprietario con l'*actio Publiciana* e una *replicatio*; se citato in giudizio dal proprietario poteva paralizzare gli effetti della *vindicatio* con l'*exceptio rei venditae et traditae*¹⁰⁵. Essendo protetto anche contro terzi, la sua posizione giuridica era apparentemente solida.

I rimedi processuali dimostrarono veramente di essere efficienti in relazione alle varie *res mancipi*. Nel caso, invece, in cui oggetto di trasferimento mediante *traditio* fosse stato uno schiavo, probabilmente si sarebbero presentati seri problemi, in quanto il venditore che aveva eseguito la *traditio* conservava la proprietà quiritaria ed era nella posizione di privare il compratore dello schiavo, nonostante questi usufruisse di tutela processuale. Il venditore poteva compiere la *manumissio* dello schiavo e rivendicare la proprietà che era stata acquistata dallo schiavo. Così l'*actio Publiciana* e l'*exceptio rei venditae et traditae* mancavano di dare un'adeguata garanzia all'acquirente dello schiavo. La necessaria tutela fu apprestata nel diritto preclassico, quando il proprietario quiritario fu priva-

¹⁰⁵ Vedi P. BONFANTE, *Sulla exceptio rei venditae et traditae*, cit., 450 ss.; J. GONVERS, *L'exceptio rei venditae et traditae*, Lausanne, 1939; P. KOSCHAKER, *Fr. 4,32, D. 44,4. Contributo alla dottrina della convalida nel diritto romano*, in *Iura*, IV, 1953, 1 ss.; v. *infra* § 5.2.

*actionibus, petitionibus, persecutionibus; nam haec omnia in bonis esse videntur*⁶².

È probabile che, al di là di possibili alterazioni del testo, lo stesso giurista classico impiegasse l'espressione in quest'ampia accezione. Ciò è confermato anche da altri frammenti, dove può osservarsi un uso simile di *in bonis esse*. La situazione soggettiva in relazione al bene e la terminologia tecnica sono variabili, coerentemente con una realtà per sua natura mutevole; l'*in bonis* può indifferentemente esprimere la piena proprietà o una generica posizione giuridica possessoria. Sotto questo profilo era facile l'accostamento tra il possesso in buona fede e la superficie⁶³. Probabilmente il giurista impiegava l'espressione *in bonis esse* per comodità di linguaggio, nell'intento, quindi, di semplificare il discorso. In questo senso si potrebbe ipotizzare che *in bonis* sia espressione che sottintende tutte quelle situazioni soggettive

⁶² Sul passo, da ultimo v. A. SPINA, *Ricerche sulla successione testamentaria nei 'responsa' di Cervidio Scevola*, Milano, 2012, 187; nonché M. BRETONE, *I fondamenti*, cit., 11 e i collegamenti che propone con *Iul. D. 33.2.10* e *Pap. D. 31.66.6*.

⁶³ Sul problema della tutela reale del superficiario che, nel periodo classico, veniva approntata per il tramite di azioni decretali, *in factum*, e per mezzo dell'*actio Publiciana* (*Ulp. D. 6.2.11.10*), cfr. L. GAGLIARDI, *La tutela prevista dal diritto romano per i superficiari: dalle azioni 'in personam' alle azioni 'in rem'*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, a cura di L. Garofalo, Napoli, 2011, tomo secondo, 5 ss., spec. 9 e 34 ss.

che permettono al titolare una autonoma attività di godimento su una *res*.

b) In 24 frammenti *in bonis esse* designa un diritto su una cosa, compreso il dominio quiritario, senza ulteriori specificazioni⁶⁴. Un buon esempio è offerto da Marciano:

D. 20.6.8.12: *Si debitor vendiderit rem nec tradiderit, an non repellatur creditor, quasi adhuc res in bonis sit debitoris, an vero, cum teneatur ex empto, pignus extinguatur? Quod et magis est. Sed quid si pretium venditor consecutus non sit nec paratus sit emptor dare? Tantundem potest dici.*

Significativo anche quanto si rinviene in Modestino:

D. 41.1.52: *Rem in bonis nostris habere intelligimur, quotiens possidentes exceptionem aut amittentes ad recipendam eam actionem habemus*⁶⁵.

Lo stesso significato bisognerebbe attribuire all'espressione in oggetto in altri due frammenti, dove la circostanza di essersi astenuti dall'eser-

⁶⁴ Afr. D. 37.6.4; Cels. 50.17.190; Gai. 20.1.15.1; 20.4.11.3; Lab. 36.4.14; Marc. 20.6.8.12; 34.5.18 (19),1; Mod. 41.1.52; Paul. 5.3.32; 39.2.18 pr.; 40.12.38.2; 50.1.21.4; Pap. 20.1.3 pr.; Pomp. 21.2.16.2; Tryph. 23.3.75; Ulp. 4.2.9.6; 23.3.7.3; 37.7.1.9; 38.2.3.20; 43.32.1.5; 47.2.12.2; 47.4.1.10; 47.8.2.22; Ven. 42.8.25.4.

⁶⁵ Su questo passo, da ultimo v. S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 147, nt. 68, e ivi ampia bibliografia.

I testi analizzati danno una risposta chiara del perché nel corso dell'ultimo secolo della Repubblica romana fu introdotta la divisione della proprietà nel *nudum ius Quiritium* e nell'*in bonis habere*. Il progresso di trasformazione dei traffici commerciali e di potestà schiavistica negli ultimi due secoli a. C. – com'è stato notato¹⁰⁴ – risultava dall'espansione dei trasferimenti informali di proprietà. Il pretore reagì a tale situazione, probabilmente nel primo secolo a. C., con l'introduzione

RASCHI, *Sulle 'leges de civitate' (Iulia, Calpurnia, Plautia Papi-ria)*, in *SDHI*, XLIV, 1978, 321 ss.; ID., *La questione della cittadinanza nell'ultimo secolo della Repubblica*, in *'Res Publica' e 'Princeps'*, Atti Copanello, VII, Napoli, 1996, 35; G. MANCINI, *Cittadinanza e 'Status' negli antichi e nei moderni*, Pescara, 2000; F. LAMBERTI, *Percorsi della cittadinanza romana dalle origini alla tarda repubblica*, in *Derecho, Persona y Ciudadanía. Una experiencia jurídica comparada*, a cura di B. Periñán Gomez, Madrid - Barcelona - Buenos Aires, 2010, 17 ss.; ID., *'Civitas Romana' e diritto latino fra tarda repubblica e primo principato*, in *Index*, XXXIX, 2011, 234 ss.; V. MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.)*. Una sintesi, Torino, 2009.

¹⁰⁴ Sullo sviluppo della schiavitù si veda W.L. WESTERMANN, *The slave Systems of Greek and Roman Antiquity*, Philadelphia, 1955, 69 ss.; A. WAGNER, *Die soziale Entwicklung des Sklavenrechts in der römischen Kaiserzeit: insbesondere auf Grund des Codex Iustinianus*, Marburg, 1968; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1971², 283 ss.; F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, II, Napoli, 1973, 255.; O. ROBLEDA s.j., *Il diritto degli schiavi*, cit.; M. MORABITO, *Les réalités de l'esclavage d'après le Digeste*, Paris, 1981; A. SCHIAVONE, *'Ius'. L'invenzione del diritto in occidente*, Torino, 2005, 222.

Nel regime classico dell'acquisto mediante soggetti *in potestate* l'operato dello schiavo integra solamente – quasi *longa manus* del *dominus* – l'elemento materiale della disponibilità di fatto delle *res*. Lo schiavo sostituisce il padrone solo nell'elemento corporale del possesso (*possessio corpore servi, animo nostro*), senza che rilevi la eventuale mutazione del suo atteggiamento psicologico: finché lo schiavo appartiene *in bonis*, tutto quanto rientra nella sua sfera di disponibilità e, in definitiva, solo di chi lo ha *in bonis*.

4.2- Le limitazioni della potestas dello schiavo in capo al titolare del 'nudum ius Quiritium'

I diritti derivanti dalla potestà sugli schiavi, quindi, erano accordati alla persona che aveva lo schiavo *in bonis*. Questi aveva la *potestas*, sia che fosse o meno il proprietario quiritario; gli acquisti dello schiavo gli appartenevano; aveva titolo a manomettere lo schiavo; poteva, inoltre, ottenere la *bonorum possessio* se lo schiavo manomesso moriva. Il fatto di non essere proprietario quiritario comportava soltanto che lo schiavo da lui manomesso non diveniva cittadino romano e non poteva essere chiamato erede (Ulp. 22, 8). Il *nudum ius Quiritium*, d'altro canto, conferiva solo due diritti di modesta importanza economica¹⁰³.

¹⁰³ Sui problemi della cittadinanza romana, v. A.N. SHERWIN WHITE, *The Roman Citizenship*², Oxford, 1979; G. LU-

cizio del possesso su una cosa è espressa con le parole '*nullius in bonis est*'⁶⁶.

⁶⁶ Gai. D. 1.8.1; Marc. D.1.8.6.2. Per alcune questioni relative alla relazione *res nullius* e *nullius in bonis*, cfr. U. ROBBE, *La differenza sostanziale fra 'res nullius' e 'res nullius in bonis' e la distinzione delle 'res' pseudo-marciana «che non ha né capo né coda»*, I, Milano, 1979; C. BUSACCA, *Studi sulla classificazione delle cose nelle Istituzioni di Gaio*, 1, Villa San Giovanni, 1981, 49 ss., 77 ss.; F. GNOLI, *Sulla sottrazione di 'res hereditariae' nelle Istituzioni di Gaio*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, III, Milano, 1982, 206 ss.; ID., '*Hereditamen exipilare*', I, *Il principio 'rei hereditariae furtum non fit' e la 'usucapio hereditatis'*, Milano, 1984, 30 ss.; A. CASTRO SÁENZ, *Precisiones terminológicas sobre la herencia yacente: 'res nullius in bonis' y 'hereditas iacet'*, in *RIDA*, XLVIII, 2001, 19 ss. Nell'opera di G. DIÓSDI, *Ownership*, cit., 169 ss., non appare presa in considerazione la prospettiva dinamica dell'atto di impossessamento delle *res*, prospettiva che riterrei utile per valutarsi il fenomeno dell'appartenza in una diversa fenomenologia: ovvero l'acquisizione materiale della *res* al fine di farla propria. Le fonti richiamate non consentono, per il periodo classico, di ritenere che le *res nullius in bonis* siano acquistabili in proprietà mediante *occupatio*. Nel caso delle *res hereditariae* prima dell'*aditio*, le quali vengono denominate come *res nullius in bonis*, il loro acquisto in proprietà può effettuarsi solo dopo il decorso del possesso di un anno (*usucapio pro herede*): Gai. 2.9; Gai. ep. 2.1.1; D. 1.8.1 pr.; D. 43.24.13.5; D. 28.5.65(64); D. 15.1.3 pr.; D. 9.2.13.2; D. 47.19.6. Sulla complessità del problema, cfr. G. FRANCIOSI, '*Usucapio pro herede*' (*contributo allo studio dell'antica 'hereditas'*), Napoli, 1965; L. VACCA, voce *Usucapione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 989 ss. (= EAD., *Possesso e tempo nell'acquisto della proprietà*, cit., 131 ss.).

Dalle fonti e dalla ricostruzione storiografica qui sinteticamente approntata, sembra emergere come l'espressione *in bonis esse* fosse impiegata dai giuristi in un senso più o meno ampio, senza denotare una situazione giuridica precisamente definita. L'espressione indica l'appartenenza di una *res* a qualcuno, senza ulteriori specificazioni. Questa conclusione, naturalmente, porta all'abbandono di un preconcetto circa l'esistenza di un uso tecnico dell'espressione *in bonis esse*. Un tale assunto non sarebbe in sintonia con il linguaggio giuridico del periodo classico e, in più, nessuna espressione può essere considerata 'tecnica' se impiegata in diverse accezioni o significati. Nel caso in cui la proprietà quiritaria e l'appartenenza di fatto fossero separate, l'*in bonis esse* indicava solo l'appartenenza di fatto in generale, ma non specificamente la proprietà pretoria. Se con *in bonis esse* si fosse voluto indicare la proprietà pretoria, le fonti avrebbero dovuto mettere detta formula in correlazione con il *dominium ex iure Quiritium*. Nei testi questo manca, anzi essi evidenziano come i giuristi impiegassero l'espressione *in bonis esse*, senza esitare, anche in riferimento alla proprietà quiritaria. Da un lato, la titolarità è considerata un semplice presupposto: la natura del soggetto e le vicende dell'acquisto riguardano fenomeni diversi dalla situazione proprietaria. Dall'altro, un significato ancora differente deve attribuirsi alle soluzioni che direttamente disciplinano il regime di circolazione delle *res* e sono de-

fructuario teneatur et plurimum ex iure possessio mutuatur.

Il principio generale affermato, in linea con quanto già sostenuto da Gaio (2,94), è che la proprietà o il possesso per mezzo dello schiavo opera in favore di chi ne ha la effettiva disponibilità. Si spiega così perché, per quanto concerne il caso del servo in usufrutto, Gaio dubitava se potesse riconoscersi l'automatico acquisto del possesso in capo all'usufruttuario; Papiniano¹⁰¹ lo risolve ricollegandosi al fatto che lo schiavo *naturaliter a fructuario tenetur*. Lo schiavo in ogni caso non può mai *deteriorem facere condicionem domini*¹⁰², e non è da escludere che le esigenze pratiche abbiano influito nel far accettare questa deroga alla logica del regime possessorio in situazioni di detenzione qualificata.

¹⁰¹ Sull'apporto di Papiniano, si veda V. GIUFFRÉ, *Papiniano: fra tradizione e innovazione*, in ANRW, II.15, Berlin-New York, 1976, 632 ss., H. ANKUM, *Papiniano, un jurista oscuro?*, in *Seminarios Complutenses de Derecho romano*, I, 1990, 33 ss.; ID., *Le laconisme extrême de Papinien*, in *Estudios de historia del Derecho europeo. Homenaje al prof. G. Martínez Díez*, I, Madrid, 1992, 43 ss.; A. SICARI, *Leges venditionis. Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano*, Bari, 1996; E. STOLFI, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le «sententiae prudentium» nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, in *RDR*, I, 2001, in particolare 347 ss.

¹⁰² Cfr. D. 50.17.133 (Gai, 8 *ad edictum provinciale*): *Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest*. Sul commento gaiano all'editto provinciale, v. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, 341 ss.

Nei giuristi posteriori a Gaio è possibile ugualmente riscontrare l'opinione secondo la quale gli acquisti dello schiavo erano direttamente attribuiti a chi ne aveva la effettiva disponibilità, anche in fattispecie in cui la situazione giuridica possessoria non è tipicamente qualificata. Emblematico quanto ricaviamo da Papiniano in D. 41.2.49.1: *Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt, habere possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est*. Nel frammento del Digesto precedente a quello ora citato è riportata l'opinione sempre di Papiniano in merito all'ipotesi dell'acquisto del possesso per il tramite del *servus* in usufrutto: D. 41.2.49, pr.: *Possessio quoque per servum, cuius usufructus meus est, ex re mea vel ex operis servi acquiritur mihi, cum et naturaliter a*

to genuino. Rotondi non è comunque incline a vedere un massiccio intervento dei compilatori e ciò in quanto il punto di vista di Paolo compare – con perfetto parallelismo – tanto nei testi di Paolo nel Digesto che in quelli delle *Pauli Sententiae*, una compilazione che Rotondi ritiene postclassica, estratta dalle opere di Paolo ma che lo induce a evitare di supporre alterazioni perfettamente parallele da parte dei Visigoti e da parte dei Giustiniane. Sul problema dell'attribuzione della compilazione delle *Pauli Sententiae*, v. I. RUGGIERO, *Immagini di 'ius receptum' nelle 'Pauli Sententiae'*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano, 2009, 436 ss.; per quanto riguarda il problema della fuga del servo v. EAD., *Il maestro delle 'Pauli Sententiae': storiografia romanistica e nuovi spunti ricostruttivi*, in *Dogmengeschichte und historische Individualität der Juristen / Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani*, cit., 485 ss., spec. 497 ss. e ivi bibliografia.

stinate al proprietario in via mediata e indiretta. In particolare può dirsi che la disciplina dell'*in bonis* segue, non precede, la disciplina delle *res*⁶⁷. Pertanto, sembra necessario distinguere la disciplina delle *res* dalla disciplina dell'*in bonis*.

La descrizione dei vari modi in cui si atteggia l'*in bonis habere*, tra loro differenziati sia in relazione ai soggetti che ne possono essere titolari, sia in relazione ai beni che ne possono costituire oggetto, rende difficile ricostruire organicamente la disciplina sotto una denominazione unitaria. D'altra parte, non si può ammettere che quelle soluzioni sull'uso dei beni si riferiscano a una determinata figura giuridica finché non se ne precisi la struttura e la funzione. Per non correre il rischio di iden-

⁶⁷ Sul regime delle *res*, G. SCHERILLO, *Lezioni di diritto romano. I. Le cose. Parte prima. Concetto di cosa. Cose 'extra patrimonium'*, Milano, 1945, 16 ss.; G. PUGLIESE, «*Res corporales*», «*res incorporales*» e il problema del diritto soggettivo, in *RISG*, V, 1951, 237 ss. (= *Scritti giuridici scelti*, Napoli, 1985, 225 ss.); G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose-contratti*, Torino, 1974, 39 ss.; A. BURDESE, *Considerazioni sulle 'res corporales' e 'incorporales' quali elementi del patrimonio (in margine al pensiero di Gaetano Scherillo)*, in *Gaetano Scherillo (Atti Convegno - Milano 1992)*, Milano, 1994, 23 ss. (= *Miscellanea romanistica*, Madrid, 1994, 177 ss.); da ultimo, M. VARVARO, *Per la storia del 'certum'. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino, 2008; S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010, 99 ss.; C. BALDUS, *'Res incorporales' im römisches Recht*, in *Unkörperliche Sachen im Zivilrecht*, a cura di S. Leible, M. Lehmann, H. Zech, Tübingen, 2011, 7 ss.

tificare arbitrariamente lo strumento con ogni scopo concreto perseguito, bisogna valutare se emerga dalle fonti uno schema di appartenenza che rappresenti la realtà giuridica generalizzata rispetto alle singole manifestazioni. Non si tratta soltanto di appurare se i giuristi raggruppavano sotto la stessa denominazione fenomeni che hanno una disciplina particolare, ma di stabilire anche quale fosse la rappresentazione giuridica della situazione bonitaria, in modo da poter eventualmente ricavare dalle soluzioni relative ai singoli casi, quelle che eventualmente costituiscono la c.d. configurazione generale dell'*in bonis esse*.

Sofferamoci ad analizzare la funzionalità del dogma della «proprietà pretoria». Le definizioni notoriamente forniscono, se elaborate con sufficiente cura, un utile orientamento o riorientamento del pensiero giuridico, così che la loro esplicitazione può essere un modo efficace di sviluppare e controllare la direzione di indagine⁶⁸.

⁶⁸ I giuristi precisano i propri oggetti di ricerca soltanto mediante l'impiego di categorie logicamente definite, essi li pensano nel quadro delle fattispecie, degli istituti. Ma questa dimensione del sapere giuridico è caratterizzata e nello stesso tempo limitata dal formalismo: il linguaggio giuridico stesso è la condizione della conoscenza giuridica, che deve iscriversi nel campo formale. E infine è attraverso il linguaggio che opera l'interpretazione di tutto ciò che cade sotto l'esperienza dei giuristi. Sul problema v. M. NARDOZZA, *Tradizione romanistica*, cit., 10 ss., 61 ss. e 111 ss., in riferimento alla posizione di Emilio Betti e di Riccardo

bilmente non del tutto univoco: v. D. 41.2.1.14 (Paul. 54 ad ed.): *Per servum, qui in fuga sit, nihil posse non possidere Nerva filius ait, licet respondeatur, quamdiu ab alio non possideatur, a nobis cum possideri ideoque interim etiam usucapi ...* Si tenga presente che la base della trattazione possessoria nel Digesto è proprio quella di Paolo: il libro relativo (54) rappresenta anzi in tutta l'opera quello più largamente sfruttato dai compilatori, che per altri contesti utilizzavano, invece, usualmente il commento *ad Edictum* di Ulpiano. La preferenza in questo caso accordata a Paolo più che essere dovuta alla corrispondenza della sua dottrina possessoria con quanto si insegnava nelle scuole d'oriente e recepito da Giustiniano (cfr. sul punto E. ALBERTARIO, *I problemi possessorii relativi al 'servus fugitivus'*, Milano, 1929), dovette probabilmente dipendere proprio dalla competenza specifica di Paolo nella materia possessoria. L'esame del commentario ulpiano *ad Edictum* mostra che nella sede corrispondente Ulpiano accennava soltanto al possesso. I compilatori hanno utilizzato la trattazione ulpiana sugli interdetti (libri 67-73), dove – anche per ciò che riguarda direttamente gli interdetti possessori – Paolo torna ad assumere la solita funzione sussidiaria. Sul punto, v. G. ROTONDI, *'Possessio quae animo retinetur'. Contributo alla dottrina classica e postclassica del possesso e dell'animus possidentis'*, in *BIDR*, XXX, 1921, 1 ss., il quale rileva come tale assoluta prevalenza di Paolo fa sì che non sempre sia possibile determinare, in ordine ai singoli problemi, se quanto il giurista ci riferisce sia una sua veduta personale o il senso di un orientamento già consolidatosi nella dottrina anteriore: i compilatori potrebbero aver elaborato la trattazione fondamentale – quale è per loro quella di Paolo – trascurando di armonizzarvi i testi, meno numerosi e meno completi, di altri giuristi e non sarebbe questo l'unico caso in cui le vedute nuove sono introdotte dai commissari soltanto in alcuni testi – i fondamentali – lasciando all'interprete l'onere di conciliare con essi gli altri rimasti, con puro valore storico, nello sta-

nel I sec. d.C.⁹⁸, è riportata da Ulpiano in D. 43.16.1.46: *Vivianus refert: servos quosdam vi depulit, alios retinuit et vinxit aut etiam eis imperavit: vi te deiectum intellegi: desisse enim possidere, cum servi ab alio possideantur*. Qui appare chiaro, e sul punto è anche conforme Ulpiano, che il giurista considerasse il *dominus* privo del possesso qualora gli schiavi *per quos retinebat possessionem* fossero stati *deiecti* o fossero caduti sotto il possesso altrui. Lo schiavo che veniva abbandonato (*derelictus*) dal padrone permaneva in condizione servile *sine domino*, essendo una *res nullius* suscettibile di *occupatio* da parte di qualunque altro soggetto⁹⁹.

Pomponio, contemporaneo di Gaio, afferma che il *dominus* dello schiavo non può possedere e quindi neppure usucapire per il tramite del proprio servo se questi era *fugitivus* (Pomp. D. 41.1.54.4: ... *nec ... usucapere poterit ... per fugitivum quidem, quem non possidet*). In questo caso, ove Gaio parla di un possesso del servo su se stesso, lo schiavo fuggendo si sottrae alla disponibilità del padrone in modo, se anche non definitivo, comunque assoluto¹⁰⁰.

⁹⁸ Su Viviano, v. C. FERRINI, *Viviano - Prisco Fulcinio* (1886), in *Opere*, II, Milano, 1929, 78 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Viviano giurista minore?*, Milano, 1997.

⁹⁹ Sul punto v. S. ROMANO, *Studi sulla 'derelictione' nel diritto romano*, Padova, 1933, 68 ss.; P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Padova, 1952, 233 ss.; O. ROBLEDA s.j., *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, Roma, 1976, 84.

¹⁰⁰ In Paolo è possibile rinvenire un ulteriore elemento di riscontro di tale orientamento giurisprudenziale, proba-

L'individuazione nella letteratura, specie manualistica, delle modalità di tutela del soggetto che è *in bonis* segue generalmente questo criterio: l'acquisto del possesso della *res*, accompagnato da circostanze qualificanti, viene esso stesso elevato a titolo per una protezione *iure honorario* che tenderà a perpetuarsi anche nell'ipotesi di perdita del possesso. Il pretore assegna al possessore *in bonis*, innanzitutto, un rimedio da esperire contro colui che sottrae la *res* o ne impedisce il godimento. L'incompatibilità fra l'assolutezza delle prerogative proprietarie *ex iure Quiritium* e la tutela *iure honorario* sarebbe evidente. Il pretore assegnerà i frutti della cosa al possessore *in bonis* anziché al *nudus dominus*; nel giudizio vertente sulla proprietà il titolare dell'*in bonis* è avvantaggiato dall'onere della prova che grava sulla controparte; il possessore *in bonis* è agevolato in tutti i modi nell'acquisto della proprietà (con la prospettiva di una *usucapio*)⁶⁹.

Orestano. Cfr. pure P. COSTA, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, in *Quaderni fiorentini*, VII, 1978, 311 ss.

⁶⁹ La formulazione astratta in termini di 'proprietà pretoria' è causa caratteristica di schematizzazioni, la quale per la sua inclinazione acritica è foriera di pregiudizi che tradizionalmente pesano sulla materia. Si tramandano da concezioni moderne e rispetto all'indagine si manifestano come autoproiezioni, più volte fra loro legate in un reciproco rafforzamento. Mi riferisco in particolare all'evoluzionismo, di cui è singolare la persistenza nella letteratura (v. Y. THOMAS, *Res, chose et patrimoine [Note sur le rapport sujet-objet en droit romain]*, in *Archives de philosophie du droit*,

Ammettiamo, in via di ipotesi, che la proprietà bonitaria o pretoria designi un fenomeno tipico, i cui termini sono rappresentati, da un lato, dal bene acquistato informalmente (*traditio* di *res Mancipi*) o *a non domino* e dall'altro, dall'acquisto del possesso in buona fede e secondo *iusta causa*. Vedremo in seguito che la probabile spiegazione delle difficoltà incontrate dalla teoria del dominio bonitario consiste nella indeterminatezza qualitativa e quantitativa del godimento che viene semplicemente presupposta.

La teoria tradizionale del dominio bonitario fonda il criterio di qualificazione sulla situazione

XXV, 1980, 413) ben oltre la sua crisi irreparabile in altri contesti disciplinari: e occorre osservare che l'astrazione è appunto assunta come la fase ultima di una evoluzione giuridica. Si pensi al soggettivismo, di cui la persistenza è almeno meglio comprensibile per il peso di una tradizione secolare sulla nostra scienza del diritto: v. M. VILLEY, *Les origines de la notion de droit subjectif (Leçon d'histoire de la philosophie du droit)*, Paris, 1962, 221 ss.; in ordine al dibattito conseguente cfr. R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto, linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, XI, 1960, 149 ss., ora in ID., *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*, Bologna, 1978, 113 ss.; sulla problematica del diritto soggettivo è tornato di recente E. STOLFI, *Riflessioni attorno al problema dei «diritti soggettivi» fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, in *Studi senesi*, CXVIII, 2006, 120 ss.; ID., *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, 2010, 139 ss.; su Villey v. N. RAMPAZZO, *Diritto soggettivo e 'ius' nella visione di Michel Villey*, in *RIDA*, LIV, 2007, 379 ss.

esercitare la tutela sulla schiava manomessa (Gai. 1.167).

Raffrontando le testimonianze antiche dei giuristi conservate nel Digesto con quanto abbiamo visto descritto da Gaio, possiamo verificare se l'inquadramento gaiano sia stato adottato da parte di giuristi di epoca precedente o più tarda.

Prendiamo in esame, ad esempio, l'opinione di Proculo⁹⁶, riferita da Pomponio in D. 41.1.21, pr. (Pomp. 11 *ad Sab.*): *Si servus meus cum tibi bona fide serviret rem emisset traditaque ei esset, Proculus nec meam fieri, quia servum non possideam ...*

Nella fattispecie il giurista nega che il *dominus* possa conseguire la proprietà della *res*, per mezzo dell'acquisto mediante *traditio*, da parte del suo servo, perché il titolare pur essendo *dominus* non possiede il servo.

In Viviano riscontriamo analogo ragionamento a proposito della possibilità o meno di concessione dell'interdetto *unde vi*⁹⁷, nell'ipotesi di acquisto di beni effettuato da schiavo abbandonato o che si trovi nel possesso altrui. L'opinione di Viviano, più tardo di Proculo, ma comunque attivo

⁹⁶ Su Proculo, v. R.A. BAUMAN, *Lawyers and politics in the Early Roman Empire*, München, 1989, 119 ss.

⁹⁷ Sui problemi di origine dell'interdetto *unde vi*, già rintracciabile per l'età repubblicana in vari luoghi della *pro Tullio* e della *pro Cecina* di Cicerone, nonché sul regime preclassico e sul destino del *procurator*, v. O. PAPERI, *'Procurator' e 'interpretatio' nell'editto 'unde vi'*, in *SDHI*, LXIII, 1997, 401 ss.

Ulp. 1,19: *Servus in quo alterius est usufructus, alterius proprietatis, a proprietatis domino manumissus liber non fit, sed servus sine domino est.*

5) La *bonorum possessio* sull'eredità dello schiavo manomesso era riconosciuta a chi formalmente possedeva lo schiavo *in bonis*.

Gai. 1.135: *Ergo si servus in bonis tuis, ex iure Quiritium meus erit...bonorum autem quae cum is morietur, reliquerit, tibi possessio datur, quocumque ius Quiritium fuerit consecutus*⁹⁵.

6) A coloro che vantano sullo schiavo un *nudum ius Quiritium* erano lasciati solo il diritto di accordare la cittadinanza romana allo schiavo già manomesso, con l'*iteratio* (Gai. 1.35), e il diritto di

⁹⁵ Vedi anche Gai. 1.167 (nt. 93). In Gai. 1.95-96 è attestata la differenza di regime normativo privatistico intercorrente fra Latini e stranieri: in caso di naturalizzazione dei primi essi acquistavano direttamente la *patria potestas* civilistica sui propri figli, mentre per i secondi era necessario un particolare beneficio imperiale. Su quest'ultimo aspetto v. M. TALAMANCA, *Gli ordinamenti provinciali nella prospettiva dei giuristi tardo-classici*, in *Istituzioni giuridiche e realtà politiche nel Tardo Impero (III-V sec. d.C.). Atti di un incontro tra storici e giuristi. Firenze, 2-4 maggio 1974*, a cura di G.G. Archi, Milano, 1976, 241 nt. 380, il quale ipotizza che la totale scomparsa dei Latini in età giustiniana potrebbe essere alla base dell'espansione di ogni loro riferimento contenuto nelle opere dei giuristi raccolte nel Digesto, mentre la trattazione delle problematiche connesse ai Latini «sono invece presenti in quanto dei prudentes ci rimane al di fuori della compilazione».

di appartenenza⁷⁰. L'usufruttuario, il superficiario, il titolare della servitù hanno di fronte a loro un altro soggetto, il proprietario; invece, chi possiede *in bonis* non deve rendere conto a nessuno del suo godimento pieno ed esclusivo: il dominio bonitario è un diritto autonomo al pari del *dominium ex iure Quiritium*⁷¹. E ciò è considerato sufficiente per

⁷⁰ La terminologia *dominium* bonitario si basa su un passo del commentario alle *Institutiones* di Giustiniano attribuito a Teofilo (v. Paraphr. 1,5,4, il cui testo è riportato *infra* nt. 81). La fonte, comunque, non è in grado di fare chiara luce sulla concezione del diritto preclassico e classico. Sull'attribuibilità della Parafrasi a Teofilo e sull'impiego di fonti del periodo classico, v. B. SANTALUCIA, *Contributi allo studio della Parafrasi di Teofilo*, in *SDHI*, XXXI, 1965, 171 ss., ove bibliografia; M. AMELOTTI, *Le scuole di diritto in epoca giustiniana*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*², a cura di M. Talamanca, Milano, 1989, 695 e G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle 'Institutiones' di Giustiniano*, in *AUPA*, XLV, 1998, 306 s., ove altra bibliografia.

⁷¹ Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*², Giessen, 1806, che affermava come nelle fonti le condizioni dell'enfiteuta e del titolare dell'*ager vectigalis* fossero equiparate al dominio bonitario, laddove osserva come un settore della giurisprudenza romana disputava se la concessione dell'*ager vectigalis* dovesse ricondursi al regime della *locatio conductio* o a quello della compravendita. La medesima questione si porrà per l'enfiteusi nel periodo postclassico (su ciò cfr. Inst. 3.24.3; C. 4.66. 1). Il fatto che i giuristi abbiano discusso della riferibilità dello schema *emptio-venditio* al caso dei *praedia, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur*, implica che essi riconoscevano al concessionario (che può alienare, vendere, donare) un *dominium bonitarium*: una signoria sulla cosa rilevante nel diritto pretorio e tutelata mediante *actio Publiciana*, ma poi ricompresa da Giustiniano

concludere che le altre situazioni soggettive possono individuarsi in base alla determinazione positiva del contenuto, mentre il dominio bonitario soltanto in base alla titolarità piena ed esclusiva delle cose, analogamente alla proprietà *iure civili* (di qui l'inquadramento nel *duplex dominium*).

La formulazione del problema del dominio bonitario nei termini delineati nasconde probabilmente una petizione di principio, se con essa si intende fare riferimento al fenomeno della appartenenza di un bene a un soggetto. La proprietà pretoria non può essere distinta dagli altri diritti reali, osservandosi che il titolare dell'*in bonis* può fare tutto ciò che l'ordinamento non vieta, mentre i titolari degli altri diritti reali possono fare solo ciò che l'ordinamento permette e tutela nei limiti del loro diritto.

Anche il possessore *in bonis* ha diritto di compiere una certa attività, tutelata in quanto e nella

in una categoria unica di *dominium* (cfr. C. 7, 25. I). Savigny indicava anche altre tracce di questa equiparazione del diritto dell'enfiteuta al dominio. Si tratta di testimonianze (ad es. D. 13.3.1 e C. 11.62.12) alle quali non darà peso nelle edizioni successive, per sostenere invece nell'*ager vectigalis* e nell'enfiteusi l'esistenza di uno *ius in fundo* o *ius praedii* e la contrapposizione fra concessionario e *dominus*. Cfr. F.C. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*⁷, Giessen, 1864, 115 ss., dove l'A. accoglie espressamente le critiche di Thibaut alle tesi contenute nella seconda edizione dell'opera sul possesso. Vedi in proposito A.F.J. THIBAUT, *Ueber die Natur der Rechte des Emphyteuta*, in *Civilistische Abhandlungen*, Heidelberg, 1814, 266 ss.

4) Le regole riguardanti la *manumissio* degli schiavi trovano una particolare disciplina. Per prima cosa, lo schiavo poteva essere manomesso dalla persona cui effettivamente apparteneva:

Fr. Dos 9: *Sed et illud observandum, ut is qui manumittitur, in bonis manumittentis sit*⁹³ ...

Se colui che manometteva era allo stesso tempo il proprietario quiritario, lo schiavo manomesso acquistava lo *status* di cittadino Romano, altrimenti egli diveniva soltanto Latino:

Gai. 1.35: *Ergo si servus in bonis tuis, ex iure Quiritium meus erit, Latinus quidem a te solo fieri potest ... Quod si cuius et in bonis et ex iure Quiritium sit, manumissus ab eodem scilicet et Latinus fieri potest et ius Quiritium consequi*⁹⁴...

Il proprietario dello schiavo poteva procedere alla *manumissio* se aveva la *capacitas agendi* e la effettiva disponibilità dello schiavo. Il *nudus proprietarius* gravato da usufrutto non poteva manomettere:

ROLDÁN, 'Dolo desinere possidere' fra editto del pretore e scienza giuridica, Bari, 2010.

⁹³ Gai. 1.167: *Unde si ancilla ex iure Quiritium tua sit, in bonis mea, a me quidem solo non etiam a te, manumissa Latina fieri potest ...*

⁹⁴ Così Ulp. 1.16: *Qui tantum in bonis, non etiam ex iure Quiritium servum habet, manumittendo Latinum facit ...* Cfr. H. ANKUM, M. VAN GESSEL-DE ROO, E. POOL, *Die verschiedenen Bedeutungen*, cit., CVII, 1990, 176; M. DE DOMINICIS, *Les latins juniens dans le pensée du législateur romain*, in *RIDA*, XX, 1973, 317 ss.

È anche addotto da altre fonti che lo schiavo non acquistava nulla per il titolare di un mero *nudum ius Quiritium*⁹⁰.

Gai. 3.166: *Sed, qui nudum ius Quiritium in servo habet, licet dominus sit, minus tamen iuris in ea re habere intelligitur, quam usufructuarius et bonae fidei possessor. Nam placet ex nulla causa ei adquiri posse ...*

La titolarità formale della proprietà dello schiavo diviene soltanto un momento dei rapporti del soggetto con la *res*, e per giunta un momento statico, che si configura come una titolarità non sorretta da potenzialità economica.

È la disponibilità di fatto dello schiavo, propria di chi lo ha *in bonis*, a poter costituire il fondamento del diretto trasferimento in capo al possessore degli effetti giuridici dell'acquisto mediante il servo, alla stessa stregua dell'usufruttuario dello schiavo. La *potestas*, quindi, è un potere che comprende e implica il possesso o comunque la disponibilità di fatto sui soggetti sottoposti ad essa⁹¹.

3) Le azioni nossali si esercitano contro chi ha il servo *in bonis* (Gai. 4.77)⁹².

⁹⁰ V. Ulp. 19.20. Per quel che riguarda la posizione dell'usufruttuario e del possessore di buona fede: Gai. 3.164 e Ulp. 19.20-21.

⁹¹ Sul punto, cfr. F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles, 1947, 226, nt. 6; G. NICOSIA, *L'acquisto del possesso*, cit., 25 ss., ove si osserva altresì, la differenza per Gaio, con il regime della *manus* e del *mancipium*.

⁹² Sul punto, v. C. SANFILIPPO, 'Interrogatio in iure', in *Il Circolo giuridico*, X, 1939, 28. Da ultimo, Y. GONZÁLEZ

misura in cui sia diretta a soddisfare il suo interesse.

La protezione di chi è *in bonis* incide innanzi tutto sulla posizione giuridica del possessore verso il *nudus dominus*. Il possessore *in bonis* è un soggetto cui l'ordinamento offre rimedi *iure honorario*, ma che soggiace pur sempre all'azione petitoria; e l'azione petitoria verrà sempre e fondatamente intentata se il possessore *in bonis* non ha provveduto a soddisfare le pretese del *dominus ex iure Quiritium*. Praticamente, il possessore *in bonis* destinato a non subire l'azione petitoria, e candidato, perciò, all'usucapione⁷², è il possessore il cui

⁷² Si veda Gai 4,36, dove chi è legittimato attivo all'*actio Publiciana* viene qualificato come colui che '*rem nondum usucepit*'. Sul punto si vedano le osservazioni di G. NICOSIA, '*Institutiones iuris Romani. Passi scelti delle Istituzioni di Gaio e di Giustiniano [in lito]*', Catania, 1985, 1, 445 ss. (ID., *Nuovi profili essenziali di diritto romano*⁴, Catania, 2001, 173), che mette in rilievo il ruolo dell'usucapione in epoca classica nel senso di sanatoria e quasi completamente rispetto agli atti di trasferimento della proprietà. Sulla transitorietà dell'*in bonis habere* v. anche le osservazioni di L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano, 1961, 245; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce *Proprietà (dir. rom.)*, cit., 201; L. VACCA, voce *Usucapione (dir. rom.)*, cit., 1003. Per le implicazioni con la materia possessoria e con il tema dell'usucapione, oltre a E. ALBERTARIO, '*Possessio pro suo' e la contrapposizione 'possessio pro suo', 'possessio pro alieno'*', in *Studi di diritto romano*, II, *Cose, diritti reali, possesso*, Milano, 1941, 185 ss.; ID., '*Possessio iusta' e 'possessio iniusta'*', ivi, 205 ss., si veda C.A. CANNATA, '*Possessio', 'possessor', 'possidere' nelle fonti giuridiche del basso impero romano: contributo allo studio*

titolo è inficiato da un vizio, ma che possiede in modo conforme alla volontà del proprietario. Ne segue che tra proprietario *ex iure Quiritium* e possessore *in bonis* non esiste alcun vero antagonismo.

Il contratto di trasferimento di una *res* voluto dalle parti privo di forma solenne, in caso di esecuzione, determina una situazione di fatto, diversa dalla situazione di diritto *iure civile*, ma consentita dall'avente diritto; e se l'avente diritto – ponendo in essere la sola *traditio* e non la *mancipatio* – voleva trasferire la proprietà della *res Mancipi*, l'esecuzione trasferirà un possesso senza trasferire la proprietà. Vi è, quindi, una divaricazione tra titolo di trasferimento e modo per trasferire la concreta possibilità di esercitare il diritto⁷³.

del sistema dei rapporti reali nell'epoca postclassica, Milano, 1962; L. VACCA, *La riforma di Giustiniano in materia di 'usucapio' e 'longi temporis praescriptio' fra concezioni dommatiche classiche e prassi postclassica*, in *BIDR*, XCVI- XCVII, 1993-1994, 147 ss. (= EAD., *Possesso e tempo nell'acquisto della proprietà*, cit., 207 ss.); P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova, 1998.

⁷³ L'*actio Publiciana* verrà introdotta dal pretore proprio per affrontare i problemi che nascono con i trasferimenti di proprietà informali, mentre le garanzie di pubblicità della *mancipatio* già erano in crisi e risultavano inadatte a una *civitas* che aveva allargato, e di molto, i propri confini. Il fenomeno della *traditio* di *res Mancipi*, così come quello dell'acquisto *a non domino*, poneva delicati problemi applicativi, anche per i suoi riflessi sulla posizione dei terzi, la cui soluzione non aveva conosciuto nel periodo classico un adeguato sviluppo teorico. L'anomalia dell'atto di tra-

fruttuario ha, rispetto al *dominus*, la disponibilità materiale dello schiavo, non il possesso⁸⁹.

⁸⁹ Su quest'aspetto della problematica, cfr. S. SOLAZZI, *Saggi di critica romanistica*, VII. *Il servo in usufrutto e Gai. II, 91*, in *BIDR*, XLIX-L, 1947, 373 ss., il quale solleva dubbi sulla genuinità gaiana secondo il metodo ipercritico disatteso nella letteratura; G. NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i «potestati subiecti»*, Milano, 1960, 72 ss., che coglie una linea evolutiva nel pensiero della giurisprudenza a partire dalle posizioni sfumate di Gaio a quelle più possibiliste di Papiniano nell'ammettere la produzione degli effetti traslativi in capo a chi fosse nella disponibilità di fatto del servo; B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo, 1985, 116, il quale precisa che il possessore di buona fede in Gai. 2.88 è *in bonis* al pari del possessore di cui si parla in Gai. 2.92 (*contra* L. VACCA, *Il c.d. 'Duplex dominium'*, cit.); M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, cit., 156 ss.; R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, Napoli, 2000, 133 ss. Sulla forma e sul modo in cui si esprime il giurista (a proposito del *quaeritur*) v. R. QUADRATO, *'Gaius dixit'*, cit., XI, ove esplicito richiamo a Gai. 2.94 e ad altri passi nei quali l'esposizione è in forma dubitativa, laddove l'A. ritiene che siano da ricondurre alla cautela metodologica di Gaio, attento a non appesantire la trattazione istituzionale con l'esposizione di questioni controverse (v. anche R. QUADRATO, *Gaius dixit'*, cit., XXXIV); su tale ultimo aspetto della problematica, in ordine alla quale sarebbe dato conseguire comunque la idoneità del giurista a confrontarsi con il dibattito giurisprudenziale controverso, v. M. TALAMANCA, *Il diritto romano*, cit., 337, il quale rileva come sia il genere letterario – e non l'autore – a «condizionare la qualità delle *Institutiones*».

1) la *potestas* sullo schiavo è sempre conferita a coloro che l'hanno *in bonis*. Il titolare del *nudum ius Quiritium* è privo di *potestas*:

Gai. 1.54 *Ceterum cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis vel ex iure Quiritium vel ex utroque iure cuiusque servus esse intellegitur), ita demum servum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit: Nam qui nudum ius Quiritium in servo habet, is potestatem habere non intellegitur.*

2) Gli acquisti dello schiavo sono sempre ricondotti alla persona cui apparteneva effettivamente *in bonis*, coerentemente con il principio della incapacità patrimoniale dello schiavo:

Gai. 2.88: *Dum tamen sciamus: si alterius in bonis sit servus, alterius ex iure Quiritium, ex omnibus causis ei soli per eum adquiritur, cuius in bonis est*⁸⁸.

Gai 2,94: *Per eum vero, quem bone fide possidemus, sine dubio et possidere et usucapere possumus.*

Occorre notare, tra l'altro, che in Gaio l'acquisto dei diritti da parte del possessore trova analogo inquadramento con riferimento alla fattispecie dell'usufrutto dello schiavo, i cui acquisti si trasmettono direttamente in capo all'usufruttuario, anche se in Gai 2,94 si afferma che «*quaeritur an per eum possidere aliquam rem et usucapere possimus*». In quest'ultima fattispecie, infatti, l'usu-

⁸⁸ Allo stesso modo Ulp. 19.20: *Si servus alterius in bonis, alterius ex iure Quiritium sit, ex omnibus causis acquirit ei, cuius in bonis sit.*

sferimento delle *res Mancipi*, se effettuato con la *traditio a non domino*, si riverberava sulle conseguenze che l'informalità del contratto di compravendita comportava, non solo limitatamente al singolo acquisto viziato, ma anche nei confronti dei successivi trasferimenti e, di conseguenza, per la stessa circolazione giuridica dei beni. Il problema (sul quale a livello di teoria generale, v. per lo meno, L. MENGONI, *L'acquisto 'a non domino'*, Milano, 1949; ID., *Natura giuridica degli acquisti 'a non domino'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 1305 ss.; ID., *Gli acquisti 'a non domino'*, Milano, 1975; F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1935) è stato oggetto di indagine storico-compatistica: AA.VV., *Vendita e trasferimento della proprietà*, cit.; P.M. VECCHI, *Principio consensualistico. Origini storiche e realtà applicative*, Torino, 1999. Per una recente rivisitazione romanistica, v. S. RANDAZZO, *'Leges Mancipii'. Contributo allo studio dei limiti della rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano, 1998; S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione*, cit.; S. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 99 ss.; G. GUIDA, *La tutela del compratore in caso di evizione fra garanzia e responsabilità. Soluzioni giurisprudenziali romane e problemi teorici attuali*, Napoli, 2013. Le soluzioni dei giuristi, muovendo dalla caratteristica duplicità del regime di caducazione del contratto, rispettivamente, tra le parti contraenti e rispetto ai terzi aventi causa, miravano a enucleare una duplicità di piani del contratto traslativo: l'uno, tutto interno al singolo contratto, si incentrava sui meccanismi di composizione dei rapporti tra le parti artefici della conclusione del contratto mediante *traditio*; l'altro, apprezzabile in una diversa prospettiva esterna al contratto e relativa al più ampio fenomeno della circolazione giuridica, alimentava l'ulteriore sviluppo dei traffici (sul contratto traslativo, M. TALAMANCA, voce *Vendita in generale (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 163 ss.; F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, Torino, 1955; ID., *Studi sulla distinzione fra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, Torino,

L'esplicito riferimento alla nozione tecnica di titolarità dà luogo ad altri dubbi sia sul metodo sia sui risultati della dottrina sopra riferita. Per forza logica, e solo per questa ragione, deve ammettersi che il contenuto del diritto sia collegato alla titolarità. Quando si dice che un diritto appartiene a un soggetto, o che un soggetto è investito di un diritto, si intende implicito il riferimento al criterio legale in base al quale è possibile individuare il soggetto cui compete un determinato interesse e la correlativa tutela; non si intende indicare la ragione, il fine dell'attribuzione. Il collegamento fra

1958, 86 ss., 218 ss.; ID., *Il principio 'emptio dominium transfertur' nel diritto pregiustiniano*, Milano, 1960; M. TALAMANCA, *Recensione a F. Gallo, Il principio 'emptio dominium transfertur'*, in *Studi economico-giuridici*, a cura della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari, XLIII, 1962-63, Padova, 1964, 9 ss.). Ed è proprio sugli elementi che definiscono questo secondo profilo che i terzi vengono a fondare e, sussistendo gli ulteriori requisiti di prevalenza, a consolidare il loro acquisto nei confronti dell'alienante che pure otteneva la caducazione del contratto viziato. L'analisi coinvolge, sul campo, la problematica degli elementi della fattispecie dell'acquisto a titolo derivativo, come la buona fede, la *iusta causa*, il decorso del tempo. Il discorso necessariamente tocca il tema della nullità del contratto di compravendita e le critiche che questa figura ha attratto con riferimento ai rimedi pretori. L'esito sul piano positivo è preciso: l'intervento del pretore non è finalizzato a graduare la tutela del possessore *in bonis* e dei terzi aventi causa da quest'ultimo, in maniera proporzionale alle anomalie contrattuali, ma con riferimento alle effettive esigenze della circolazione.

riguardano la proprietà degli schiavi⁸⁵. Non si menzionano mai altri generi di cose e persino la parola *res* è usata soltanto quando si espone la nozione di divisione e non le sue conseguenze giuridiche⁸⁶. Esiste un solo testo in cui Gaio, con riguardo all'eredità, parla di *res* in generale invece che di schiavi⁸⁷.

Le conseguenze giuridiche dello sdoppiamento del *dominium ex iure Quiritium* e dell'*in bonis esse* risultano le seguenti:

⁸⁵ C. 7.25.1; Gai. 1.35; 1.54; 1.167; 2.88; Ulp. 1.16; 19.20; 22.8; Fr. Dos. 9; sul punto DIÓSDI, *Ownership*, cit. 176. Estremamente importante il riferimento in Varrone, ricavabile da R. LEONHARD, sv. *Dominium*, in *Pauly-Wissowa*, 5.1, München, 1903, c. 1308 ss.: *In emptionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem iustam adiit; si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo iure civili potuit; autsi in iure cessit, qui potuit cedere, et id ubi oportuit [ubi]; autsi usu cepit aut si e praeda sub corona emit; tumve cum in bonis sectione cuius publice veniit*. Sul passo v. O. SACCHI, *Regime della terra e imposizione fondiaria. Testo e commento storico-giuridico della legge agraria del 111 a.C.*, Napoli, 2006, 213 ss.; ID., *Le nozioni di Stato e di proprietà in Panezio e l'influenza della dottrina stoica sulla giurisprudenza romana dell'epoca scipionico-cesariana*, in *RIDA*, LII, 2005, 338, il quale mette in evidenza che in tale fonte ai vari modi di acquisto della proprietà sullo schiavo, è riferito ancora il 'parlante' *dominium* secondo un uso consolidato nel linguaggio anche tecnico latino della media tarda repubblica.

⁸⁶ Gai. 2.40-41; 3.80.

⁸⁷ Gai. 2.222: *Secundum hanc igitur opinionem, si ea res ex iure Quiritium defuncti fuerit, potest a legatario vindicari ... quod si in bonis tantum testatoris fuerit ...*

Le situazioni giuridiche che erano denominate *in bonis esse* erano tutelate da differenti strumenti legali, non solo dall'*actio Publiciana*⁸³, la quale poteva essere anche esercitata da coloro che avevano acquistato la cosa '*a non domino*', così che la posizione di questi ultimi non era identificabile con la supposta 'proprietà bonitaria'. Inoltre, come già detto, le fonti non stabiliscono alcuna connessione tra l'*actio Publiciana* e l'*in bonis esse*⁸⁴.

Le cause della dualità tra *nudum ius Quiritium* e *in bonis esse* vanno in realtà ricercate più a fondo.

4.1- La disponibilità 'in bonis' dello schiavo e gli effetti giuridici della sua attività

Analizzando i testi dove si tratta della divisione della proprietà, si nota che tutti praticamente

⁸³ Se l'attore era al tempo stesso proprietario quiritario, gli era disponibile la *rei vindicatio*. Il *bonorum possessor* era protetto dall'interdetto *quorum bonorum* (Gai. 4.144), il *bonorum emptor* dall'*actio Rutiliana* (Gai. 4.35). Se c'era qualche rivendica poteva esperirsi la corrispondente *actio in personam*. Quindi, *in bonis esse* era una nozione generale, contenente vari titoli legali. Il campo di applicazione dell'*actio Publiciana* era considerevolmente più ristretto. Sulla proprietà bonitaria come superamento delle limitazioni del regime di trasferimento della proprietà, nonché sulla *bonorum possessio* come soluzione all'iniquità del regime successorio civile, v. A. CASTRO SÁENZ, *Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del derecho: 'bonorum possessio' e 'in bonis habere'*, in *RIDA*, XLVII, 2000, 193 ss.

⁸⁴ In tal senso v. DIÓSDI, *Ownership*, cit., 176.

titolarità e contenuto è assai stretto, nel senso che normalmente il contenuto viene attuato in concreto da parte del titolare. Ma questo nesso è tale da fare apparire immediatamente chiara la necessità di fondare l'indagine relativa alla nozione di *in bonis* (e di *duplex dominium*) sull'analisi delle modalità generali e costanti di attuazione e di tutela del contenuto del diritto e delle sue finalità, proprio perché il titolo dell'attribuzione è un presupposto: esso indica l'aver il diritto, il fatto d'essere titolari, non la natura del diritto.

Le vicende relative alla titolarità concernono l'efficacia e l'opponibilità degli atti, non riguardano il modo d'essere del diritto. Probabilmente, la supposta equivalenza fra l'esercizio del diritto e la sua opponibilità *erga omnes* ha indotto a considerare i problemi e le vicende della titolarità come problemi del contenuto, traducendosi nella nota distinzione fra titolarità formale e titolarità sostanziale.

3.2- Genericità della locuzione 'in bonis esse' e conseguente qualificazione dell'appartenenza nel regime del diritto romano classico

L'espressione *in bonis esse* (o *in bonis habere*) non designa, con riferimento all'esperienza giuridica romana del periodo preclassico e classico, una fattispecie concreta determinata, ma sottintende una generalizzazione effettuata dai giuristi, volta a

individuare l'insieme dei principi giuridici applicabili a una serie di situazioni giuridiche possessorie, le quali, accanto a connotati particolari che ne giustificano, eventualmente, una tutela *iure praetorio*, presentano comuni caratteristiche sul piano tipologico, riassunte dalla predetta denominazione e alle quali non sempre corrisponde una tutela pretoria. In altri termini, la realtà desumibile dalle fonti non offre all'attenzione dell'interprete dell'esperienza giuridica romana l'*in bonis esse* allo stato puro, avulso, cioè, da caratteristiche più specifiche che si riflettono, sul piano semantico, in una terminologia particolare; quest'ultima è l'unica, pertanto, ad avere efficacia individualizzante sul piano sociale, mentre quella denominazione più generica ha, sostanzialmente, un valore definitorio, alla luce di un sistema giurisprudenziale che a siffatta qualificazione della situazione possessoria riconnette determinate conseguenze giuridiche.

Così non esisteva un'alternativa tra proprietà quiritaria e bonitaria, ma tra soggetti che potevano esercitare i diritti del proprietario e proprietari quiritari che non avevano titolo a farlo. L'espressione *nudum ius Quiritium*, invece, sembra essere stata utilizzata in senso tecnico, perché essa chiaramente e senza ambiguità denotava un diritto formale di proprietà, il cui oggetto era già ef-

un termine che comprende ugualmente l'acquirente di una *res Mancipi* mediante *traditio*, il *bonorum possessor* o il *bonorum emptor*.

4. *Lo sdoppiamento di 'in bonis esse' e 'nudum ius quiritium'*

Abbiamo accennato ai casi in cui la proprietà quiritaria e l'appartenenza di fatto (*in bonis esse*) sono separate, così che il proprietario ha soltanto un titolo giuridico, cui non corrisponde un effettivo godimento.

Alla domanda di quale sia il significato da attribuirsi a questa particolare dualità tra proprietà e situazione patrimoniale effettiva nell'esperienza giuridica romana, di solito è stata data la seguente risposta: per mezzo dell'*actio Publiciana* e dell'*exceptio rei venditae et traditae* il pretore tutelava coloro che avevano acquistato una *res Mancipi* con una semplice *traditio*, anche contro il proprietario, rendendoli così 'proprietari bonitari'⁸². Pertanto, secondo l'opinione tradizionale, la *ratio* dello sdoppiamento della proprietà in *nudum ius* e *in bonis esse* consisteva unicamente nella necessità di regolare la situazione di coloro che erano protetti dall'*actio Publiciana*.

Questa spiegazione non può convincere.

⁸² Vedi la letteratura riferita nella nt. 1 e 2.

Una situazione simile sorge se la proprietà quiritaria e la posizione patrimoniale effettiva si sdoppiano, così che l'attuale possessore non possa essere detto proprietario⁸¹. La sua posizione può meglio essere espressa dal vago 'in bonis esse',

mente F.B.J. WUBBE, *Res alieni pignori data*, cit.; Kaser invece, considera, in conformità con l'orientamento tradizionale, che l'*in bonis esse* debba essere inteso come una 'proprietà pretoria' (M. KASER, *In bonis esse*, cit., 200 ss.).

⁸¹ La terminologia di Teofilo non testimonia le concezioni del diritto classico: Theoph. *paraphr.* 1.5.4 (trad. lat.): *Est apud romanos . . . naturale dominium et legitimum dominium. Naturale autem dicitur in bonis, et dominus bonitarius; legitimus autem dicitur ex iure Quiritium, ... dominus vero quiritarius. Si quis autem utrumque haberet dominium, pleno iure dominus dicebatur, utpote qui utrumque legitimum et naturale, haberet dominium.* Teofilo, infatti, forniva un modello di doppia proprietà, traducendo l'*in bonis* di cui parla Gaio, con il termine '*dominium naturale*' in contrapposizione al '*dominium legitimum*'. A parte Gaio, nelle fonti non si rinviene alcun giurista del periodo classico che esprima il concetto della proprietà bonitaria contrapposta al *dominium civile*, o che adoperi il termine *duplex dominium*. Da questo angolo di visuale si potrebbe discutere il problema della composizione della Parafraresi e della sua finalità didattica: spunti interessanti, nel ripercorrere il magistero di Ferrini, in F. GORIA, *Contardo Ferrini e il diritto bizantino*, in *Contardo Ferrini nel I centenario della morte. Fede, vita universitaria e studio dei diritti antichi alla fine del XIX secolo*, a cura di D. Mantovani, Milano 2003, 111 ss., spec. 127, ove si pone il problema se il testo della Parafraresi potesse essere ritenuto di supporto alla comprensione del dettato latino delle *Institutiones*, oppure assumesse a rango di un'esposizione autonoma, nonché se l'insegnamento degli *antecessores* si andasse già distaccando dal testo delle istituzioni imperiali.

fettivamente nella disponibilità di un altro soggetto⁷⁴.

Questo è il motivo per il quale si deve ritenere inappropriata la denominazione 'proprietà bonitaria' o 'proprietà pretoria'. Soltanto nella *Parafraresi* di Teofilo compare la contrapposizione tra 'dominio legittimo' e 'dominio naturale'⁷⁵.

Basta osservare che il *bonorum possessor sine re* non era tutelato contro chiunque, mentre il proprietario quiritario – se la cosa era effettivamente di sua proprietà (*in bonis esse*) – non aveva un'azione pretoria ma un'*actio iuris civilis*.

La teoria del dominio bonitario può essere accettata soltanto limitatamente al fatto che, senza dubbio, erano soliti esserci casi in cui il pretore negava la tutela al proprietario quiritario, e la concedeva a un altro soggetto. Questi casi, comunque, non sono stati ricondotti a un'elaborazione generale. La vaga nozione di *in bonis esse* era anche qui usata ma, occasionalmente, furono impiegate anche altre denominazioni⁷⁶. I giuristi romani usavano costantemente l'espressione *in bonis esse* nei casi in cui essi volevano esprimere l'appartenenza di una cosa o la rivendica di un dato patrimonio, senza che si specificasse più attentamente il titolo legale. Sostenere, quindi, che in taluni casi colui che è *dominus* è solo un *nudus do-*

⁷⁴ v. il titolo di C. 7,25,1 (*de nudo ex iure quiritium tollendo*).

⁷⁵ v. *retro* nt. 70 (nonché la nt. 81).

⁷⁶ Così per *bonorum possessor*, *bonorum emptor*; cfr. L. VACCA, *Il c.d. 'Duplex dominium'*, cit., 49.

minus, perché in concreto non può esercitare alcun potere di disposizione su quanto gli appartiene, stante la disponibilità della cosa da parte di un terzo, è certamente diverso dall'affermare che sulla stessa cosa possano insistere due proprietari, uno civile e uno pretorio⁷⁷.

Com'è noto, i giuristi classici si sforzarono sempre di usare termini quali *dominium*, *usus fructus*, *bonae fidei possessor* ecc. nella loro precisa accezione giuridica⁷⁸. Si è verificato che fosse ne-

⁷⁷ L. VACCA, *Il c.d. 'Duplex dominium'*, cit.

⁷⁸ Sul punto vedi in special modo E. LEVY, *West Roman vulgar Law. The Law of property*, Philadelphia, 1951, 19 ss., 61 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, cit., 97 ss.; ID., 'Dominium' e 'possessio', in *La proprietà e le proprietà*, cit., 19 ss., 246 ss. Per una sintesi del dibattito, cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, 'Proprietà assoluta' e 'proprietà relativa' nella storia giuridica europea, in *Drevnee pravo-lus Antiquum*, 2 (14), Mosca, 2004, 7 ss., la quale puntualizza l'assenza ancora nel II secolo a.C. di termini idonei a significare definitivamente un'idea astratta di proprietà sulla cosa. La parola *dominium*, quale compiuta astrazione della signoria sulla cosa, sarebbe comparsa solo nel I secolo a.C. ad opera di Alfeno Varo (D. 8.3.30) o del suo maestro Servio Sulpicio Rufo, senza escludere però che l'impiego dell'espressione *dominium loci* riferita a una questione di servitù prediale possa essere stato di Paolo. In questi termini già R. MONIER, *La date d'apparition du 'dominium' et de la distinction juridique des 'res' en 'corporales' et 'incorporales'*, in *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napoli, 1948, 357 ss.; G. PUGLIESE, 'Res corporales', 'res incorporales' e il problema del diritto soggettivo, in *RISG*, V, 1951, 252; M. LAURIA, 'Usus', in *Studi Arangio-Ruiz*, IV, 1953, 493; M. BRETONE, *La nozione romana di usu-*

cessario un sostantivo collettivo comprendente diversi titoli. In questi casi è stata usata l'espressione *in bonis esse*. Così i giuristi classici occasionalmente impiegarono questa vaga e imprecisa espressione. Ciò è particolarmente dimostrato da un frammento di Gaio: D. 20.1.15.1: *Quod dicitur creditorem probare debere cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse ...*⁷⁹

In questo caso di garanzia reale il debitore che ha costituito un pegno non necessariamente era il proprietario. Egli poteva essere creditore di una garanzia reale, o un probabile possessore di buona fede. Per questa ragione Gaio non usa le parole *rem debitoris fuisse*, dal momento che una tale espressione avrebbe escluso, a parte la proprietà, ogni altra possibilità. Invece egli usa l'espressione *in bonis esse*, idonea ad assorbire tutti i possibili titoli legali⁸⁰.

frutto, I, Napoli, 1962, 23; G. FRANCIOSI, 'Usucapio pro herede', cit., 183 ss. e nt. 149.

⁷⁹ Sul passo cfr. M. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Upsala, 1910, 76, che ritiene interpolato il tratto 'quae-cottidie'; la fonte è citata anche in H. KRELLER, *Pfandrechtliche Interdikte und formula Serviana*, in *ZSS*, LXIV, 1944, 341; H. WAGNER, *Voraussetzungen, Vorstufen und Anfänge der römischen Generalverpfändung*, Marburg, 1968, 64 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. II. Le garanzie reali*, Padova, 1963, 171 s.; X. D'ORS, *La manumission del esclavo hipotecado en Derecho. Manumission del esclavo bajo otras formas de garantia*, in *AHDE*, XLVII, 1977, 81 s.

⁸⁰ Questa è la conclusione cui perviene G. DIÓSDI, *Ownership*, cit., 174 e da un altro punto di vista sostanzial-

tre cose, sebbene lo schiavo continuasse ad essere il caso più importante¹⁰⁷.

5. *Acquisto 'a non domino' e convalida dell'in bonis habere' (D. 44. 4. 4. 32)*

Possiamo ora prendere in esame il testo di Ulpiano in tema di convalida¹⁰⁸ dell'acquisto *a non domino*, cui abbiamo fatto cenno nel § 3.

Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.32: *Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse praetorem te tueri, quia et, si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summo veretur et, si ipse eum possideret et Publiciana peteres, adversus excipientem 'si suus non esset'*

¹⁰⁷ Così Gai. 2.222 e C. 7.25.1.

¹⁰⁸ Sul fenomeno della convalida del contratto viziato, per conservarne la validità degli effetti rispetto a certe persone (controparte o terzi), nell'esperienza giuridica romana, si veda V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*², Roma, 1907; H. SIBER, 'Confirmatio donationis', in ZSS, LIII, 1933, 136 ss.; E. BETTI, voce *Convalescenza del negozio giuridico (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1957, 788 s.; P. KOSCHAKER, 'Fr. 4, 32, D. 44, 4. Contributo', cit.; S. TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano, 1959, *passim*, spec. 96 ss.; per l'esperienza di diritto comune, si veda il lavoro di F. RANIERI, 'Alienatio Convalescit': contributo alla storia e alla dottrina della convalida nel diritto dell'Europa continentale, Milano, 1974.

replicatione uteris, ac per hoc intellegeretur eum fundum rursus vendidisse, quem, in bonis non haberet.

La soluzione di Giuliano prospettata nel testo è riportata in forma abbreviata in altri due passi del Digesto:

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

Pomp. 2 *ex Plautio* D. 21.3.2: *Si a Titio fundum emeris qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit, pretio soluto autem Titius Sempronio heres extiterit et eundem fundum Maevio vendiderit et tradiderit: Iulianus ait aequius esse praetorem¹⁰⁹ te tueri, quia et si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione summoveretur et si ipse Titius eum possideret, Publiciana peteres.*

5.1- *Il responso di Giuliano nel caso di acquisto 'a non domino' di 'res Mancipi' mediante 'traditio' e il problema della tutela del contraente leso*

Partiamo dunque dall'analisi di D. 44.4.4.32.

Qual'è la fattispecie discussa? Si tratta di un acquisto *a non domino*; siccome l'acquirente è in buona fede, deve attendere il decorso del tempo

¹⁰⁹ Nel passo è scritto *priorem*, ma si tratta di un errore dell'ammanuense in luogo di *praetorem*.

dell'usucapione per acquistare la proprietà. Qui è rilevante il potenziale conflitto di posizioni tra il primo e il secondo acquirente del medesimo bene: nel caso prospettato, alla prima alienazione, quella appunto viziata, dal venditore (Tizio) di un fondo altrui all'acquirente (Tu), ne è seguita un'altra dallo stesso venditore (Tizio), che nel frattempo è succeduto all'effettivo proprietario (Sempronio) del fondo, al secondo acquirente (Mevio). Rilevante è il fatto che, da un lato, Mevio vanta a proprio favore un atto di acquisto, di per sé valido ed efficace perché esente da vizi, posto in essere da colui che aveva già alienato il bene, quando tuttavia non era ancora proprietario. Dall'altro, l'alienante può invocare, a sua volta, la patologia che affliggeva il proprio contratto, in modo da poter dedurre la piena e completa disponibilità giuridica del bene che in modo vizioso aveva in precedenza alienato al primo acquirente.

Ciò su cui il giureconsulto Giuliano appunta l'attenzione è la posizione del primo acquirente in quanto, richiamandosi a un criterio d'equità, gli appare meritevole di tutela da parte del pretore nei confronti dell'alienante Tizio. Se questi agisse contro l'acquirente per recuperare la *res* si vedrebbe paralizzato da un'*exceptio in factum comparata vel doli mali*¹¹⁰; nel caso che Tizio possedesse

¹¹⁰ È quanto si legge nel frammento, ma come più avanti si vedrà, Giuliano parla solo di *exceptio doli*. L'*exceptio facti comparata vel doli mali* è un'estensione del mezzo procedurale effettuata dai compilatori, affascinati da un insegnamento

ancora il fondo l'acquirente potrebbe esperire l'*actio Publiciana* e paralizzare un'eventuale *exceptio* di Tizio con una *replicatio*.

Giuliano pone l'accento su un problema particolare, cioè se l'acquirente *a non domino* del fondo lo abbia *in bonis*. Infatti, il giurista concentra l'attenzione sulla posizione dell'acquirente (*Tu*), analizzandone ogni possibile profilo. Al problema sollevato dà una risposta negativa: l'acquirente non è *in bonis* perché quando è stata effettuata l'alienazione della *res* il venditore non era titolare del diritto di proprietà su di essa¹¹¹. Quando Tizio succede al vero proprietario Sempronio, effettua un'alienazione del fondo a Mevio, il quale agisce in rivendica della *res* nei confronti del primo acquirente. A questo punto si pone il problema se dare o meno ragione a Mevio. Anche in questo

dei post-classici, secondo i quali a ogni eccezione in *factum* corrisponderebbe l'*exceptio doli* (in tal senso v. B. BIONDI, 'Iudicia bonae fidei', in *AUPA*, VII, 1920, 448 ss.); infatti il cumulo di due *exceptio*, finalizzate al medesimo risultato, corrisponde alla tendenza dei giuristi bizantini di mettere a disposizione dei litiganti quanti più strumenti processuali possibili; tendenza naturalmente estranea alla logica dei giuristi classici; in questo senso v. L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, tr. it., Milano, 1938, 151 nt. 56; 153 nt. 61; per quanto riguarda il dualismo fra *actio* ed *exceptio* nel processo formulare v. M. TALAMANCA, voce *Processo civile (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 42 ss.

¹¹¹ Ciò significa (cosa sottintesa nel ragionamento del giurista) che se il proprietario estraneo al negozio tra *Tu* e Tizio (trattasi di Sempronio) avesse rivendicato il fondo, sarebbe risultato vincitore.

literary tradition and questions the legitimacy of the use of the traditional category of the *in bonis dominium*.

MASSIMO NARDOZZA

Professore a contratto di Storia del diritto medievale e moderno

Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale

e-mail: max.nardozza@libero.it

bonis esse (habere), tra loro differenziati sia dalle specie di soggetti che ne possono essere titolari, sia dalle specie di beni che ne possono costituire oggetto. L'A. richiama la necessità di valutare se emerge dalle fonti uno schema di appartenenza che rappresenta la realtà giuridica generalizzata rispetto alle singole manifestazioni, avvertendo come non si tratta soltanto di appurare se i giuristi raggruppavano sotto la denominazione 'in bonis esse' fenomeni che hanno una disciplina particolare, ma di stabilire anche quale fosse la rappresentazione giuridica della situazione bonitaria, in modo da poter eventualmente ricavare dalle soluzioni che sono configurate per la disciplina dei singoli casi, quelle che eventualmente costituiscono la c.d. configurazione generale della figura. Nel corso del lavoro l'A. affronta la tradizione letteraria e mette in discussione la legittimità dell'impiego della categoria tralattiva del «dominio bonitario».

The essay describes the various ways in which the roman-classical experience of *in bonis esse (habere)* developed, drawing distinctions in respect of both the kind of persons entitled thereto, and the goods object thereof. The Author recalls the necessity of evaluating as to whether the sources indicate a scheme of belonging which may represent the generalised legal reality vis-à-vis its specific characterisations. This entails not only an assessment of whether jurists grouped under the heading 'in bonis esse' phenomena with particular legal regimes, but also defining which the juridical qualification of the institute was, in order to possibly derive from the solutions laid down for single cases the features amounting to a somewhat general configuration of the same institute. In the course of the work the A. deals with the relevant

caso Giuliano ritiene equo tutelare tra i due acquirenti il primo, perché la sua posizione giuridica sembra accrescersi in modo consequenziale alla successione di Tizio a Sempronio¹¹².

Per quale motivo la posizione del primo acquirente (*Tu*) è da preferirsi? Ebbene, quando Tizio succede a Sempronio (vero proprietario del fondo), ciò che acquista è un mero *nudum ius Quiritium* di proprietà sulla *res* in quanto questa, avendola già trasferita in precedenza, non è più nel suo effettivo godimento. In virtù della successione ciò che si convalida è la posizione di 'in bonis esse' di *Tu*, che così sarà in grado di opporre un'*exceptio* alla rivendica di Mevio (questi da Tizio altro non poteva acquistare che un *nudum ius Quiritium*).

A questo responso bisogna prestare molta attenzione: la soluzione giuliana riguardava un problema estremamente delicato, e cioè la difficoltà esistente nel riconoscere all'acquirente di

¹¹² L'intento di Giuliano era quello di dimostrare che l'acquirente (*Tu*) era proprietario *in bonis*; pertanto si concentra sul rapporto Tizio-*Tu* astraendo la seconda vendita di Tizio fatta a Mevio, della quale si occupa la frase finale. Nel passo c'è un salto, dovuto a un taglio dei compilatori, fra la frase precedente in cui Giuliano accorda una *replicatio* e l'ultima che non può servire a motivare quella: '*si non suus esset replicacione doli mali uteris, ac per hoc intellegetur <....> eum fundum rursus vendidisse quem in bonis non haberet*'; così P. KOSCHAKER, 'Fr. 4,32, D. 44,4. Contributo, cit., 1 ss.; da ultimo S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione*, 162 ss. (e ivi letteratura).

una *res Mancipi 'a non domino'* la posizione di *in bonis esse*. La fattispecie riguardava una situazione per così dire di 'confine', ai limiti cioè della *possessio ad usucapionem* e dell'*in bonis esse*, perché una *res Mancipi* era stata venduta e consegnata da chi non era proprietario (l'alienante Tizio diventa proprietario solo dopo la consegna della *res*). La risposta di Giuliano deve essere stata senz'altro apportatrice di un'idea nuova, per questo Pomponio e Ulpiano¹¹³ si richiamano all'autorevolezza del giureconsulto per decidere nel senso indicato. La novità consisteva nell'ammettere, pur di fronte ad una fattispecie di acquisto '*a non domino*', una possibilità di convalida dell'*in bonis*.

Nell'individuare tale regola, Giuliano ha evidentemente dovuto tener conto degli interessi, facenti capo all'alienante e ai terzi acquirenti, che potevano essere compromessi dall'anomalia contrattuale¹¹⁴. La soluzione elaborata rappresentava un delicato punto di equilibrio tra due concorrenti finalità, in senso generale: l'una eliminativa, in quanto mirava a tutelare sia la posizione del contraente leso dalla patologia, sia gli interessi che

¹¹³ Pomp. D. 21.3.2; Ulp. D. 44.4.4.32; D. 6.1.72.

¹¹⁴ La letteratura che ha dibattuto il tema dell'invalidità contrattuale nel diritto romano classico, è assai vasta; le diverse posizioni sono prese in considerazione da M. BRUTTI, voce *Invaldità (storia)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, 560 ss.; è importante pure M. KASER, *Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien, 1977.

culiarità delle forme di appartenenza e della disciplina ad esse riservata, e i concetti utilizzati dai giuristi, al fine di disciplinare l'emersione di nuove forme di appartenenza, le cui modalità di appropriazione non erano ancora regolate dall'ordinamento civile.

Le ragioni storiche e culturali di siffatto modo di procedere vanno ricercate nelle radici stesse del costituirsi del diritto romano classico, quale insieme di categorie concrete, quale elaborazione casistica di adattamento degli istituti proprietari tradizionali. Lo sdoppiamento della proprietà quiritaria e dell'*in bonis esse* è proprio il sintomo evidente di come i giuristi preferissero adattare a nuovi usi i vecchi istituti già affermati e ricchi di tradizione. Ed, in effetti, le varie situazioni di *in bonis* sono, nella concezione dei giuristi romani, una soluzione di compromesso: l'anomalia conseguente a un trasferimento informale del *dominium* era destinata a normalizzarsi con il decorso del tempo dell'usucapione. Trasformazione e conservazione del sistema operano, quindi, in stretta aderenza l'una all'altra, per lo più nell'ambito di una contrapposizione tra il sistema giuridico 'tradizionale' del *ius civile* e quello 'equitativo' del *ius honorarium*.

ABSTRACT

Il saggio affronta la descrizione dei vari modi in cui si configura nell'esperienza romano-classica l'*in*

nita, in termini di rigore e di precisione, ha riportato il contrasto tra *nudum ius* e *in bonis* come un dualismo tra proprietà quiritaria e proprietà bonitaria, argomentando che la contrapposizione fosse coerentemente riferibile ai rapporti logici tra i due tipi di proprietà.

Il problema delle forme giuridiche di appartenenza dei beni acquista, nel periodo repubblicano e in quello immediatamente successivo, contorni del tutto peculiari, che concorrono a farne una tematica ricca di ambiguità e di difficoltà, non solo per la comparsa di nuove forme di ricchezza indotte dall'accelerato sviluppo economico, tipico dell'economia schiavistica, ma anche per la scarsa elaborazione del bagaglio concettuale che i *prudentes* trovano a loro disposizione nell'accingersi ad affrontare tale problematica.

Se nelle epoche precedenti tutta la ricchezza si identificava con la terra e con le cose in genere, le guerre annibaliche, prima, e il serrato sviluppo del sistema schiavistico, poi, hanno determinato non solo l'emersione di nuove forme di circolazione della ricchezza, ma anche la progressiva riduzione della rilevanza delle primitive forme di trasferimento.

A siffatte sollecitazioni, indotte dallo sviluppo economico, non si può certo dire abbia corrisposto un'adeguata opera di revisione delle tradizionali categorie giuridiche. Il nodo centrale della problematica dell'*in bonis* è quindi costituito proprio da questa costante contraddizione tra le pe-

quest'ultima poteva pregiudicare, laddove presupponeva l'eliminazione in assoluto degli effetti prodotti dal contratto tra le parti, come se questo non fosse mai stato posto in essere (avendo l'alienante trasferito un bene di cui non aveva la proprietà); l'altra, invece, conservativa, tendente alla salvaguardia della posizione di chi comunque aveva fatto affidamento sulla presenza di un titolo di acquisto, in quanto mirava a mantenere l'ordine dei rapporti ai quali all'esterno il contratto invalido aveva dato vita.

5.2- Operatività dell'"exceptio doli' a tutela del contraente leso nei confronti del 'tradens'

Avendo fin qui prevalentemente richiamato l'attenzione sul ragionamento di Giuliano, non si è approfondito il problema della qualificazione dei mezzi processuali (*exceptio* e *replicatio*) esperibili, che è giunto il momento di affrontare.

Dalla fattispecie esaminata si ricava come per il *ius civile* non si potesse convalidare un trasferimento di proprietà *a non domino* nell'ipotesi di un successivo acquisto del dominio da parte dell'alienante. Questa impossibilità era dovuta all'assenza del concetto di successione particolare. Il pretore, sulla spinta della giurisprudenza, accordò una forma di 'convalida indiretta', potendosi così opporre alla vindicazione dell'alienante un'*exceptio* fondata sulla iniquità del venire *contra*

*factum proprium*¹¹⁵. Si tratta, però, di stabilire a quale tipo di *exceptio* ci si riferisce – e vengo così al punto sopra accennato – in quanto nei passi che abbiamo ritenuto tagliati (D. 6.1.72 e D. 21.3.2), l'intervento dei compilatori designa i mezzi processuali 'tout court' come *exceptio* e *replicatio*, non essendo più vigente il '*litigare per concepta verba*', proprio dei giuristi classici.

In altri termini, il problema è quello di verificare se ci troviamo di fronte a un'estensione della portata dell'*exceptio rei venditae et traditae*.

Com'è noto quest'*exceptio* fu creata dal pretore per tutelare l'acquirente in caso di *traditio* di *res Mancipi* contro una rivendica dell'alienante. Posto ciò, cosa succede nel caso di vendita e consegna di *res Mancipi* da parte del non proprietario, che solo dopo la consegna acquista la proprietà? La maggioranza degli studiosi ritiene che la *iurisprudencia* classica abbia risolto la questione con

¹¹⁵ Cfr. P. KOSCHAKER, 'Fr. 4,32, D. 44,4. Contributo, cit. Vedi pure E. RIEZLER, 'Venire contra factum proprium' (*Studien in römischen, englischen und deutschen Zivilrecht*), Leipzig, 1912, 4 ss. Sul problema della colpa verso se stessi, nel contesto attuale, da ultimo v. F. FESTI, *Il divieto di 'venire contro il fatto proprio'*, Milano, 2007; F. PROCCHI, *L'exceptio doli generalis e il divieto di 'venire contra factum proprium'*, in *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, 105 ss.

I giuristi romani, al di là dello stereotipo che tende a idealizzare il loro apporto creativo in termini di rigore esemplare, non sembrano essersi mai impegnati nell'elaborazione di un sistema coerente¹³⁸. Chi insiste nello stabilire un'analogia con la logica matematica¹³⁹, nel tentativo di accreditare una rappresentazione, non meglio defi-

¹³⁸ Cfr. sul punto, L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (Repertorio di strumenti per una lettura ideologica)*, Torino 1975, 127 ss., il quale osserva come nel discorso dei giuristi romani la maggior parte delle informazioni giuridiche venga espressa sotto forma di enunciati logicamente non connessi, laddove dalle fonti emergerebbe come si enfatizzi la *regula*, intesa come descrizione e non come artefatto logico. Seppure sia possibile rinvenire nel Digesto, soprattutto nella parte introduttiva, *principia iuris*, idonei a essere letti coerentemente ad altri enunciati generali e vicendevolmente implicati, l'A. osserva come il fenomeno appaia limitato al discorso etico-politico che, almeno a partire dalla giurisprudenza del periodo tardo-classico, si sovrappone a quello giuridico.

¹³⁹ Con usuale riferimento a G.W. LEIBNIZ, *Disputatio juridica de condicionibus* (1665), in *Opera omnia*, IV, 3, Genevae, 1768, che attribuiva ai giustinianeii «*certissimas ac pene mathematicas demonstrationes*» e, in seguito, a F.C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, cit., che affermava che i giuristi romani «calcolano con i loro concetti» con una certezza quale non si trova al di «fuori della matematica». Anche R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, III, 5, Leipzig, 1906, 9, sottolineava per il diritto antico la «*mathematische Regelmässigkeit und Genauigkeit*».

anni e il titolo di proprietà e l'effettiva situazione erano di nuovo consolidate.

Chi invece sostiene che con l'*actio Publiciana* e con l'*exceptio rei venditae et traditae* si sia sviluppato un sistema per così dire parallelo a quello dello *ius civile*, è indotto a inquadrare lo sdoppiamento della proprietà nel *duplex dominium* (di cui parla, come abbiamo visto, Gaio) come la conseguenza del sovrapporsi di due sistemi normativi per cui, accanto allo *ius civile*, prodotto del vecchio mondo rurale e dell'economia di autosussistenza della *civitas* primitiva (agricola e pastorizia), si imporrebbe il nuovo diritto del pretore e con esso una nuova forma di proprietà distinta dal vecchio *dominium* e ad esso opponibile, detta *in bonis esse* o *in bonis habere*. Questa prospettiva presta il fianco a molteplici perplessità e a un'erronea definizione della schematizzazione di Gaio. La nozione di *duplex dominium* non si adatta, infatti, alle ragioni e al regime degli effetti dell'*actio Publiciana*. Quest'ultima era finalizzata, piuttosto, a conciliare la struttura degli atti di trasferimento della proprietà con l'emergere della rilevanza della causa negoziale e dei principi che esigevano la tutela dell'affidamento e della buona fede¹³⁷.

¹³⁷ Sul punto, v. L. VACCA, *Possesso e tempo nell'acquisto della proprietà*, cit., *passim*, che ha chiarito come all'introduzione dell'*actio Publiciana* e all'*exceptio rei venditae et traditae* si ricollegano, in ben più ampio contesto, il problema dell'*usucapio* e dei suoi presupposti.

un'applicazione analogica dell'*exceptio rei venditae et traditae*¹¹⁶.

Quest'orientamento non può condividersi. Come cercherò di dimostrare secondo Giuliano, nel caso di convalida dell'alienazione '*a non domino*' sulla base di un acquisto successivo della proprietà da parte dell'alienante, all'acquirente spettava un'*exceptio doli* e un'*exceptio in factum*, a seconda che dovesse opporsi contro la rivendica dell'alienante (Tizio) o la rivendica del secondo acquirente (Mevio). Solo più tardi (a parte l'opera dei post-classici), i compilatori giustinianeî risolveranno la questione con una estensione della portata dell'*exceptio rei venditae et traditae*¹¹⁷.

¹¹⁶ G. BESELER, *Beiträge*, I, cit., 111; G. BOYER, *Recherches historiques sur la resolution des contrats*, Paris, 1924, 81; B. BIONDI, '*Iudicia bonae fidei*', cit., 48 ss.; F. PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang beim Kauf*, in ZSS, L, 1930, 417 ss.; *contra* J. GONVERS, *L'exceptio rei venditae et traditae*, Lausanne, 1939, 55 ss.

¹¹⁷ Dalla lettura del passo sembra emergere che Giuliano ritiene equo che il pretore accordi l'*exceptio doli* contro l'alienante e un'*exceptio in factum* contro Mevio. L'*exceptio doli* viene in questi casi qualificata *generalis seu praesentis*, poiché il dolo consiste nell'accanimento dell'attore a far valere giudizialmente la propria pretesa nonostante fatti sopravvenuti o circostanze concomitanti, quindi a tenere un comportamento doloso nel corso del giudizio; essa si contrappone alla *cd. exceptio doli specialis seu praeteriti*, con cui si fa valere il dolo dell'attore al momento della conclusione del negozio. Per la letteratura v. M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e*

Un itinerario non concluso quindi, ma non per questo meno storicizzabile, perché emerso nella sua complessità proprio nel periodo che andava caratterizzando una giurisprudenza che, negli anni immediatamente successivi all'avvento del Principato, si stava costruendo secondo moduli spesso antitetici a quelli inizialmente programmati come cardini teorici dell'autonomia del *ius civile*.

In base a D. 21.3.1 sembrerebbe che all'acquirente di un '*fundus alienus*' venduto da un non proprietario, il giureconsulto Marcello con-

temporanea. *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova-Venezia-Treviso, 14-16 giugno 2001, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 34 e nt. 118, che ha ribadito come la distinzione, sul piano terminologico, tra *dolus praesens* (o *generalis*) e *dolus praeteritum* (o *specialis*) non è romana; le espressioni che si leggono nelle fonti (e da cui gli interpreti dell'età intermedia hanno tratto spunto per coniare la contrapposizione) assumono un significato differente: Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.33; Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.2.1; Ulp. 76 *ad ed.* D. 44.4.4.18; la formulazione dell'*exceptio doli* contenuta nell'editto adrianeo e riportata da Gaio (4.119: *Si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit neque fiat*; O. LENEL, *Das 'Edictum perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*⁸, Leipzig, 1927, rist. Aalen, 1985, 512) è comunque relativa sia al cd. dolo negoziale sia al cd. dolo processuale; cfr. anche A. BURDESE, voce '*Exceptio doli*' (*dir. rom.*), in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 1073; ID., *L'eccezione di dolo generale da Aquilio a Labeone*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006, 91 ss.

proteggere l'acquirente di uno schiavo dalle intrusioni del proprietario quiritario, nei casi in cui la vendita avveniva mediante semplice *traditio*; poiché l'acquisto per essere valido avrebbe dovuto essere effettuato con la *mancipatio* o l'*in iure cessio*, si poneva il problema della tutela processuale dell'acquirente fin tanto che non avesse usucapito.

La soluzione dello sdoppiamento della proprietà nel titolo formale e nell'*in bonis* (tutelato con formule processuali fittizie, con le quali si fingeva il decorso dell'usucapione), non può essere considerata tra le splendide creazioni del diritto romano preclassico. Fu piuttosto un adattamento dell'ostinato conservatorismo dei giuristi romani alle trasformazioni dei traffici commerciali¹³⁶ e un compromesso pratico che consentiva di rispettare formalmente il regime giuridico dei trasferimenti proprietari previsto dall'antico *ius civile*. Del resto, la divisione della proprietà significava solo una tappa transitoria. Per il correlativo breve periodo della *usucapio*, il *nudum ius* cessava in uno o due

¹³⁶ Sul «conservatorismo» dei giuristi, tema qui solo sfiorato, v. G. GROSSO, *Labeone e Capitone: tradizionalismo e conformismo nei giuristi*, ora in *Scritti storico giuridici*, I. *Storia diritto società*, Torino, 2000, 145 ss.; D. NÖRR, *Zum Traditionalismus der römischen Juristen*, in *Festschrift W. Flume*, I, Köln, 1978, 153 ss.; ID., *I giuristi romani: tradizionalismo o progresso? Riflessioni su un problema inesattamente impostato*, in *BIDR*, LXXXIV, 1981, 9 ss.; M. BRETONI, *Storia del diritto romano*⁸, Roma-Bari, 1993, 37 ss e 63 ss.

l'assoluta irrilevanza del contratto invalido ed escluderebbe anche la rilevanza circolatoria, della quale segnerebbe pertanto, in negativo, il limite esterno (*quod inizio vitiosum est, non potest tactu temporis convallescere*¹³⁵). La giurisprudenza classica è intervenuta a regolamentare espressamente le conseguenze dell'invalidità del trasferimento della proprietà nei confronti dell'acquirente, stabilendo che il trasferimento anomalo non pregiudica i diritti acquistati dal terzo in buona fede e in base a una *iusta causa*. Anche a fronte dell'invalidità della *traditio* ricorre un'apposita previsione di salvezza dell'avente causa dal *tradens*.

Il profilo dell'idoneità della *traditio* a fungere da strumento della circolazione, si pone con tratti del tutto peculiari e si risolve in un giudizio di adeguatezza dell'atto di trasferimento formulato con particolare riguardo alle esigenze della circolazione giuridica e precipuamente rivolto alla tutela di chi è *in bonis* rispetto al nudo proprietario.

7. Note conclusive

I giuristi romani non distinguevano tra proprietà quiritaria e bonitaria ma, all'interno della proprietà quiritaria, tra *plenum ius* e *nudum ius*.

La distinzione tra *nudum ius Quiritium* e *in bonis esse* è possibile ritenere che sia stata introdotta per

¹³⁵ Paul. D. 50.17.29.

cedesse l'*exceptio rei venditae et traditae* contro l'alienante divenuto in seguito proprietario.

Ulp. 76 ad ed. D. 21.3.1 pr. *Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris et tuum postea factum petas, hac exceptione recte repellendum. 1. Sed et si dominus fundi heres venditori existat, idem erit dicendum.*

Questo passo è contenuto nel libro XXI°, titolo terzo, riguardante proprio l'*exceptio rei venditae et traditae*. Molti studiosi hanno pensato, perciò, che i compilatori abbiano espunto il nome dell'*exceptio* (infatti il passo dice '*hac exceptione*') in quanto, venute meno le esigenze processuali dell'*agere per formulas*, cadeva ogni utile possibilità di distinzione, altrimenti non si spiegherebbe la sua collocazione nel titolo terzo del libro XXI° (*sedes materiae*)¹¹⁸.

Dato che il passo ha subito rimaneggiamenti, evidenti nell'inelegante legato '*recte repellendum*', e non potendosi affermare con certezza che Marcello si riferisse all'*exceptio rei venditae et traditae* (*hac exceptione* potrebbe essere un'interpolazione dei compilatori), bisogna considerare due fatti: a) la fattispecie trattata in D. 21.3.1 è la stessa trattata

¹¹⁸ Che Marcello sia stato il primo a concedere quest'eccezione, appare molto verosimile a Bonfante, perché la posizione dottrina all'opposto sempre assunta da Marcello di fronte a Giuliano rende probabile che il primo l'abbia accordata in contrasto con il grande giureconsulto; cfr. P. BONFANTE, *Sull'exceptio rei venditae et traditae*, cit., 459.

in D. 44.4.4.32; b) i due passi fanno parte del 76° libro del commentario di Ulpiano all'editto.

Come spiegare allora che in una fattispecie non diversa (e nello stesso punto dell'opera) Ulpiano una volta segue l'opinione di Giuliano e un'altra quella di Marcello?

Un aiuto ci viene dal Lenel¹¹⁹. Il grande ricostruttore dell'editto ritiene presumibile che nel libro 76° del commentario di Ulpiano, il commento dell'*exceptio rei venditae et traditae* fosse precedente al commento dell'*exceptio doli*. Se così stanno le cose, è poco probabile che l'inizio del commento a proposito dell'*exceptio rei venditae et traditae* si apra con la discussione del caso di un acquisto 'a non domino', perché deve convenirsi che essa è una fattispecie particolare. La logica vuole che Ulpiano incominciasse l'esposizione trattando la fattispecie tipica e generale: *traditio* di *res Mancipi a domino*. Eppure nel Digesto il titolo terzo (libro XXI°) incomincia, per intenzione dei compilatori, con il caso di un acquisto *a non domino*. È agevole ipotizzare il motivo per il quale tralasciarono, della trattazione ulpiana, la parte concernente la *traditio* di *res Mancipi* (del proprietario civile): venuta meno al tempo di Giustiniano la distinzione tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*, tra *nudum ius Quiritium* e in

¹¹⁹ O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, cit., 511, nt. 10; ID., *Palingenesia Iuris Civilis*, cit., Ulp. 1672-1676.

rente (*Tu*), inserirono '*pretio soluto*' per dire che si era convalidato l'acquisto della proprietà. Così dal loro punto di vista la *vindicatio* di Mevio rimaneva senza effetto, perché nulla avrebbe potuto più acquistare dall'alienante Tizio, già spogliatosi in precedenza della proprietà.

La ricerca del criterio che fonda la idoneità della *traditio* al trasferimento della proprietà si impone non solo per ragioni di completezza ricostruttiva della prospettata fattispecie di tutela dell'acquirente *a non domino*, ma anche per un ulteriore risvolto applicativo: la concreta individuazione di quegli elementi che devono necessariamente sussistere nel trasferimento della proprietà affinché lo stesso rivesta rilevanza esterna, laddove il problema dell'acquisto *a non domino* rappresentava un problema giuridico da avviare a soluzione essenzialmente sulla base di regole che, disponendo la tutela dell'acquirente *in bonis* in relazione all'ipotesi di patologia negoziale, prefiguravano una valenza circolatoria del contratto viziato. Giuliano, infatti, come abbiamo visto in D. 44.4.4.32, accertato che la patologia considerata è tale da non privare il trasferimento della rilevanza esterna, propende coerentemente a individuare uno specifico criterio di soluzione applicabile al conflitto che contrappone l'alienante (che può invocare il vizio della prima vendita) ai suoi aventi causa.

La comminatoria della nullità della *traditio* di *res Mancipi a non domino*, infatti, presupporrebbe

molti interpreti della soluzione giuliana hanno accentuato l'importanza del 'pretio soluto' per sostenere che rispetto a Mevio la posizione giuridica del primo acquirente (*Tu*) fosse rafforzata in virtù del pagamento del prezzo, e per ciò andasse tutelato.

Appare naturalmente chiara l'infondatezza di questa lettura. La posizione irregolare del primo acquirente (*Tu*) a non domino si rafforza in conseguenza dell'acquisto della proprietà *in bonis*, mentre la posizione del secondo acquirente (Mevio) è quella di un nudo proprietario, che come tale non può prevalere su quella di chi possiede *in bonis*. Il pagamento del prezzo non rileva nella discussione. La ragione del perché 'pretio soluto' sia stato inserito dai compilatori soltanto con riguardo al primo trasferimento della *res*, da Tizio non proprietario a *Tu*, è dovuta al fatto che nel diritto giustiniano qualsiasi tipo di compravendita richiedeva per il trasferimento della proprietà il pagamento del prezzo. Nella fattispecie, per l'ottica giustiniana, il secondo acquirente non poteva acquistare alcunché perché il trasferimento della proprietà si era già realizzato da Tizio a *Tu*. Di fronte a questo problema i compilatori dovevano neutralizzare la posizione di Mevio e non poteva aver senso per il loro tempo farlo mediante l'*exceptio in factum* indicata da Giuliano. Ecco che allora si videro costretti a rimaneggiare l'esposizione della *quaestio*. E siccome non era per loro rilevante la posizione di *in bonis* del primo acqui-

*bonis esse*¹²⁰, la *traditio* diviene il solo modo d'acquisto della proprietà, così che non si configura più il caso originario dell'*exceptio rei venditae et traditae*.

Il senso, quindi, di D. 21.3.1 rispecchia l'ottica giustiniana, e cioè che l'*exceptio rei venditae et traditae* si dà contro l'alienante non proprietario, che solo dopo la vendita della cosa ne acquista la proprietà.

Il problema è quello di capire se anche Marcello accordasse questa *exceptio* e se nel periodo classico la delicata *quaestio* dell'acquisto a non domino suscitasse contrasti all'interno della giurisprudenza, a proposito dell'estensione della portata dell'*exceptio rei venditae et traditae*. Il contrasto vedrebbe da una parte Giuliano, contrario a un'estensione dell'*exceptio rei venditae et traditae* (ed infatti accorda un'*exceptio doli*) e dall'altra Marcello, favorevole a un'applicazione estensiva. L'orientamento di Giuliano sarebbe quello prevalente, tant'è che Pomponio e Ulpiano si richiamano alla sua opinione¹²¹. Però, per quale motivo

¹²⁰ C. 7,31,1 *De usucapione trasformanda et de sublata differentia rerum Mancipi et nec Mancipi*; C. 7,25,1 *De nudo ex iure Quiritium tollendo*.

¹²¹ Sull'assenza di Giuliano nella *Legge delle citazioni* v. A. GUARINO, *Salvius Iulianus. Profilo biobibliografico*, Catania, 1945, 423 s., ora in *Labeo*, X, 1964, 399 s.; sul ruolo privilegiato riconosciuto a Gaio, cfr. A. DELL'ORO, *Il Digesto di Giustiniano e la Legge delle citazioni*, in *Syntelexis Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1964, 356 s.; A.M. HONORÉ, *Gaius. A Biography*, Oxford, 1962, 129 s.; A. WATSON, *The*

Ulpiano in D. 44.4.4.32 segue l'orientamento di Giuliano, mentre in D. 21.3.1 segue l'orientamento contrastante di Marcello? È proprio qui che si acuiscono i sospetti sulla genuinità di 'recte repellendum', perchè è strano che debba ritenersi 'recte' da respingere un'*exceptio* nell'unico caso in cui può essere adoperata. Mommsen, che certo ne intuiva l'ambiguità, aveva pensato che il 'recte' fosse un errore dell'ammanuense in luogo di 'ab eo te'¹²². Quel 'recte', invero, non può essere attribuito a una disattenzione del copista, ma a una dimenticanza dei compilatori che in quel punto tagliano il ragionamento di Ulpiano. Come sappiamo da D. 44.4.4.32 il giurista appoggiava l'opinione di Giuliano così che, nel riportare in D. 21.3.1 quella divergente di Marcello, può darsi

Law of Citations and Classical Texts in the Post-Classical Period, in *T*, XXXIV, 1966, 402 ss.; V. BUDIL, *Gaius noster*, in *Studi G. Grosso*, III, Torino, 1970, 313 s. e O. STANOJEVIC, *Gaius noster*, Amsterdam, 1989, 117 ss. Contrario alla sottovalutazione scientifica dell'apporto di Marcello, H. ANKUM, *Le juriste romain classique Ulpianus Marcellus: sa vie et ses œuvres*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle-Genève-Munich, 1999, 125 ss.; ID., *Quelques observations sur la méthode et les opinions juridiques d'Ulpianus Marcellus*, in *Au-delà des frontières. Mélanges W. Wolodkiewicz*, I, Varsovie, 2000, 17 ss.

¹²² Cfr. C. LONGO, *L'origine della successione particolare nelle fonti del diritto romano*, in *BIDR*, XIV, 1902, 254 nt. 2, contrario alla correzione di Mommsen e favorevole nel ritenere che si tratti di un taglio del ragionamento ulpiano; v. pure P. BONFANTE, *Sull'exceptio rei venditae et traditae*, cit., 450 ss.

della *traditio* di *res nec mancipi*¹³². Ecco perché nel caso di acquisto della proprietà *in bonis* il pagamento del prezzo è indifferente, ed è quanto Paolo conferma. L'inciso '*si pro eo satisfactum est*', è quindi una aggiunta dei compilatori¹³³. Per loro, non essendoci più alcuna differenza di regime tra *res mancipi* e *nec mancipi*, comunque la *traditio* sarebbe risultata idonea al trasferimento della proprietà. Siccome nella fattispecie il prezzo non era stato ancora pagato, bisognava aggiungere almeno la *satisfactio* del venditore per giustificare il trasferimento (il diritto giustiniano richiedeva infatti la *satisfactio* o il *fidem emptoris sequi*¹³⁴).

Quindi tornando al passo di Ulpiano D. 44.4.4.32 si può sostenere che le parole '*pretio soluto*' siano interpolate. È parso anomalo che il pagamento del prezzo sia richiesto solo per il primo acquirente (*Tu*) e non anche per Mevio. Così che

¹³² Quest'osservazione risale a un'intuizione di E. ALBERTARIO, *Il momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1929; maggiormente sviluppata da G.G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934.

¹³³ L'interpolazione aggiuntiva delle parole '*si pro eo satisfactum est*', è stata accettata da Pringsheim, Appleton, Meylan, Albertario e Arangio-Ruiz; in senso contrario E. POOL, *A proposito di Paul.*, cit., 470, per il quale l'inciso in questione non è una semplice aggiunta, in quanto ritiene che il pagamento del prezzo da parte del compratore fosse un requisito necessario per la tutela processuale della proprietà bonitaria secondo il diritto pretorio.

¹³⁴ Vedi I. 2.1.41; D. 18.1.19.

La *quaestio* offerta all'attenzione del giurista Paolo riguarda la possibilità o meno della manumissione di uno schiavo, da parte del compratore che non ha ancora versato il prezzo. Paolo afferma che colui il quale acquista uno schiavo senza ancora aver versato il prezzo corrispettivo lo possiede *in bonis*.

Questa soluzione è estremamente significativa. Al di là delle conseguenze giuridiche connesse alla *manumissio*, a seconda che venga effettuata dal proprietario quiritario o da colui che ha solo l'*in bonis*, e cioè il riconoscimento della cittadinanza romana o di quella latina¹³¹, è importante sottolineare come da questo passo di Paolo si possa dedurre una rilevante differenza, per il periodo classico, fra *mancipatio* di *res Mancipi* e *traditio* di *res nec Mancipi*, proprio sotto il profilo del pagamento del prezzo. Mentre nel primo caso – *mancipatio* – per il trasferimento della proprietà è indispensabile il pagamento del prezzo, nel secondo – *traditio* – quest'ultimo è indifferente.

Ora, il pretore modellò la tutela dell'*in bonis esse*, nel caso della *traditio* di *res Mancipi*, sulle orme

le l'espressione '*in bonis emptoris esse*' alla fine del testo, è un'indicazione certa che si tratta di una *traditio* e non di una *mancipatio*, perché in detta ipotesi Paolo avrebbe usato '*emptoris esse coepisse*' (*ex iure Quiritium*); cfr. E. POOL, *A proposito di Paul. D. 40, 12, 38, 2: trasferimento della proprietà pretoria senza pagamento del prezzo?*, in *Vendita e trasferimento della proprietà*, cit., 467 ss.

¹³¹ Di ciò abbiamo già trattato al § 4.

che Ulpiano esprimesse il suo dissenso nella parte a bella posta tagliata dai giustiniani.

Le alternative che possono offrirsi alla nostra ricostruzione sono due:

a) '*hac exceptione*' è un'interpolazione con la quale si sostituiva l'*exceptio doli*, così che non vi sarebbero conflitti con la decisione di Giuliano; b) Marcello ritiene che nel caso di acquisto *a non domino* bisogna applicare estensivamente l'*exceptio rei venditae et traditae*; si pone in questo modo un contrasto tra l'orientamento di Giuliano e quello di Marcello. L'opinione del primo è preferita da Pomponio e Ulpiano; in tal senso, per quanto riguarda l'atteggiamento di Ulpiano nei confronti del parere di Marcello, non si può andar oltre l'ipotesi di una discordanza espunta dai compilatori¹²³.

¹²³ Occorrerebbe tener presente il fatto che in molti casi l'opinione di Ulpiano sembra presentare la riproposizione alquanto più estesa e corposa di contributi anteriori, ripercorsi con un'attenzione non necessariamente ispirata da fedeltà filologica. Sul problema v. P. DE FRANCISCI, *Nuovi studi intorno alla legislazione giustiniana durante la compilazione delle pandette*, in *BIDR*, XXII, 1910, 160 ss., secondo il quale almeno il confronto tra i libri III-IV dell'*ad Sabinum* ulpiano e i libri XXIX-XXX dei *digesta* di Giuliano proverebbe chiaramente che Ulpiano copiava o seguiva da vicino Giuliano anche là dove si potrebbe credere che esposesse il suo pensiero. Si tratta di un giudizio critico che ha pesato a lungo sulla valutazione dell'opera ulpiana, ma che in seguito conoscerà significativi tentativi di rimediazione in senso opposto. Cfr. A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. 'Nova negotia' e 'transactio' da Labeone a Ulpiano*,

In definitiva non si riesce a fornire al problema della qualifica dell'*exceptio* (per il periodo classico) una risposta univoca. Forse meriterebbe di essere rivalutata la tesi di Krueger¹²⁴ secondo il quale l'*exceptio rei venditae et traditae* non sarebbe mai sorta, nè per l'*in bonis* nè per gli altri casi, cioè non sarebbe mai stata un'*exceptio* edittale ma un'*exceptio in factum* senza tipo fisso e costante. Krueger metteva in rilievo il fatto che, nonostante pure le *exceptiones in factum* avessero nomi tipici, la denominazione dell'*exceptio* in questione era tutt'altro che fissa: *exceptio rei venditae* la chiama Giuliano (D. 41.4.7.6), *exceptio de re empti et tradita* Pomponio (D. 16.1.32.2). La funzione dell'*exceptio rei venditae et traditae*, sia nei casi di acquisto a domi-

Napoli, 1971, 43 ss. e 177 ss.; M. TALAMANCA, *Per la storia della giurisprudenza romana*, in *BIDR*, LXXX, 1977, 225 s. e 266 s.; A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, 1994, 221 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, *La tradizione civilistica. Alcune riflessioni su Vat. 75 e 76*, in *AUPA*, XLV, 1998, 135, ove bibliografia; E. STOLFI, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani: le «sententiae prudentium» nella scrittura di Papiniano, Paolo e Ulpiano*, in *RDR*, I, 2001, estr.; ID., *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, I, *Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, 25; G. NEGRI, *Appunti sulle antologie casistiche nella letteratura giuridica dell'età dei Severi. I libri disputationum di Ulpiano*, in 'Cunabula iuris'. *Studi G. Broggin*, Milano, 2002, 263 ss.

¹²⁴ H. KRUEGER, *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli. I. Das Verhältnis der exceptio doli (generalis) zur exceptio rei venditae et traditae und zur exceptio pacti*, Halle, 1892. La tesi è stata riprosta, da ultimo, dalla U. ELSENER, *Les racines romanistes de l'introduction de l'abus du droit*, Bâle, 2004, 62 ss.

chiarire è se queste parole siano o meno interpolate¹²⁹.

La fattispecie discussa nel frammento ulpiano, come abbiamo visto al paragrafo precedente, riguarda la convalida dell'*in bonis habere* relativamente a un acquisto fatto *a non domino*. Ora, nelle fonti è esplicitamente affermato il principio che per l'acquisto della proprietà *in bonis* non è indispensabile il pagamento del prezzo. È quanto si ricava da Paul 15 resp. D. 40.12.38.2: *Quaesitum est, an emptor servo recte libertatem dederit nondum pretio soluto. Paulus respondit servum quem venditor emptori tradidit*¹³⁰, *si pro eo satisfactum est et nondum pretio soluto in bonis emptoris esse coepisse*.

¹²⁹ Ritengono *pretio soluto* un'interpolazione, Betti, Pringsheim, Boyer, Appleton, Albertario, Meylan, citati in E. LEVY, E. RABEL, *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, III, Weimar 1935, 340. La letteratura che si è occupata di questo passo e comunque quella che ha affrontato il profilo dell'acquisto della proprietà in seguito a *traditio* disposta sulla base di un contratto di compravendita, è assai vasta; le diverse posizioni nella letteratura, sono approfonditamente discusse, da M. TALAMANCA, voce *Vendita in generale (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, cit., 163 ss.; si veda pure M. MARRONE, *Trasferimento della proprietà delle cose vendute e pagamento del prezzo*, in *Vendita e trasferimento della proprietà*, cit., 483 ss., spec. 490 e 496.

¹³⁰ Alcuni autori hanno sospettato un'interpolazione nella parola '*tradidit*' e proposto di sostituirla con '*mancipio dedit*'. Non si tratterebbe cioè, di una semplice *traditio* dello schiavo ma di una *mancipatio*. In tal senso Longo, Albertario e Pringsheim; si veda E. LEVY, E. RABEL, *Index*, cit., 156; ritiene infondata l'interpolazione Pool secondo il qua-

Mevio altro non ha acquistato da Tizio che un *nudus ius Quiritium*, non poteva rivendicare la *res* nei confronti di chi (*Tu*), la possedeva *in bonis* (dal momento che Tizio era succeduto a Sempronio). Giuliano fa l'esempio della doppia alienazione perché vuole dimostrare, in sostanza, che il primo acquirente (*Tu*) ha *in bonis* la *res*, e per farlo analizza prima i rapporti tra *Tu* e Tizio e poi quelli tra *Tu* e Mevio. Ora, se contro Tizio Giuliano ammetteva un'*exceptio doli*, non poteva accordare la stessa *exceptio* contro Mevio. Il comportamento di questo secondo acquirente, sotto il profilo del dolo, non è eccezionale. Mevio poteva acquistare da Tizio solo il *nudum ius* e per questo fatto doveva cedere di fronte ad un'*exceptio in factum*, 'quem in bonis non haberet' .

6. Acquisto della proprietà 'in bonis' e pagamento del prezzo

La letteratura romanistica ha concentrato l'attenzione sul passo in D. 44.4.4.32, per affrontare l'arduo problema della rilevanza, per il trasferimento della proprietà, del pagamento del prezzo nella compravendita. Nel passo in questione l'attenzione degli studiosi è stata richiamata dalle parole '*pretio soluto*'. Naturalmente il dubbio da

no come nei casi di acquisto *a non domino*, sarebbe quindi stata sostenuta dall'*exceptio doli*, l'unica in tal senso adoperata ancora nell'epoca di Sabino; nell'età adrianea, con Celso (D. 21.3.1.3)¹²⁵, un'*exceptio in factum*, indeterminata nella formula e nella nomenclatura, prenderà il posto dell'*exceptio doli*: ma solo nei più tardi giureconsulti, Paolo, Ulpiano ed Ermogeniano (D. 21.3.3), essa acquisterà una formulazione costante e la corrispondente appellazione tecnica di *exceptio rei venditae et traditae*.

In effetti, che l'*exceptio rei venditae et traditae* fosse stata concessa dal pretore per tutelare l'acquirente in caso di *traditio* di *res Mancipi* dalla rivendica dell'alienante, è un'affermazione divenuta *communis opinio* nella romanistica. Però non vi sono prove inconfutabili sulle quali attestare questa affermazione¹²⁶.

In questa sede non ci è possibile approfondire ulteriormente le ricerche in detta direzione.

Quel che si può dire è che i giuristi giustiniane si erano posti la questione della convalida di un trasferimento di proprietà informale *a non do-*

¹²⁵ Sul passo v. A. BURDESE, *Autorizzazione ad alienare in diritto romano*, Torino, 1950, 59 ss.; G. COPPOLA BISAZZA, *Dallo 'iussum domini' alla 'contemplatio domini'*, Milano, 2008, 276 ss.; R. FERCIA, *Il contratto annullabile e la sua 'ombra': invalidità, processo e autonomia privata tra storia e sistema*, in '*Actio in rem*' e '*actio in personam*', cit., 574.

¹²⁶ Né Gai. 2.41, né Ulp. 1.16, menzionano l'*exceptio rei venditae et traditae*.

mino, risolvendola con un'applicazione estensiva dell'*exceptio rei venditae et traditae*, soluzione che forse per il periodo classico qualche giurista come Marcello aveva già tentato di adottare, in casi particolari, senza però riuscire a prevalere sull'orientamento della *iurisprudencia* dominante, fautrice di un'applicazione restrittiva.

5.3- *Operatività dell' "exceptio in factum" (quem in bonis non haberet) a tutela del contraente leso nei confronti del titolare del 'nudum ius Quiritium'*

Ancora una puntualizzazione sembra opportuna.

Come abbiamo visto nell'esporre la fattispecie dell'acquisto *a non domino* in D. 44.4.4.32, dopo che l'alienante (Tizio) non proprietario ha venduto il fondo, nel momento in cui succede al vero proprietario (Sempronio) effettua una seconda vendita (a Mevio). Naturalmente, Giuliano si occupa di questo caso per confermare ulteriormente che la posizione del primo acquirente (*Tu*) è *in bonis*, e che può respingere, pertanto, la rivendica di un terzo avente causa dal *nudus dominus*.

Ma con quale mezzo processuale l'acquirente (*Tu*) può paralizzare la rivendica? Anche in questo caso, infatti, i compilatori hanno espunto il nome dell'*exceptio*, essendo ormai questa divenuta un mezzo di difesa sostanziale.

Ora, la maggior parte degli studiosi ritiene che contro la rivendica di Mevio dovesse essere accordata, già per il periodo classico, l'*exceptio rei venditae et traditae*¹²⁷.

L'infondatezza di quest'orientamento è la risultante del fatto che, pur avendo tutti chiara la dinamica della fattispecie, non si è dato il dovuto peso alle singolarità della regolamentazione del periodo classico rispetto a quelle del periodo giustiniano. Questa mancanza deve attribuirsi alla circostanza che, a parte qualche studioso¹²⁸, nessuno ha mai posto il problema in modo specifico, lasciandosi sfuggire il nucleo centrale della decisione di Giuliano. Il giurista, infatti, accorda contro la rivendica di Mevio, che è un *nudus dominus*, un'*exceptio in factum*.

Come abbiamo già detto, Giuliano è per una interpretazione restrittiva dell'*exceptio rei venditae et traditae*, tant'è che l'acquirente (*Tu*) può opporre a Tizio in rivendica un'*exceptio doli* (solo in seguito, forse con Marcello, si avrà una interpretazione analogica dell'*exceptio rei venditae et traditae*, generalizzata in prosieguo dai giustiniane). Siccome

¹²⁷ Così L. VACCA, *Il c.d. 'Duplex dominium'*, cit., 67, nt. 46; F. PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang beim Kauf*, cit., 418, rendendosi conto del fatto che Mevio non aveva venduto e consegnato la cosa a *Tu*, credette che qui Giuliano accordasse un'applicazione analogica dell'*exceptio rei venditae et traditae*.

¹²⁸ J. GONVERS, *L'exceptio*, cit., 72 ss. (di cui comunque non seguiamo le sue conclusioni).